

**STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA**

**Nr. 4/2020
octombrie – decembrie**

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf. univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Mircea Dan BOB

prof. dr. Ovidiu PODARU

prof. dr. Sergiu BOGDAN

conf. 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/ TABLE DES MATIÈRES/TABLE OF CONTENTS

- » **In honorem** : Lista contributorilor 7-11
- » **In honorem** : Mircea-Dan BOB, Despre (r)evoluții în Drept/
(R)evolutions in Law..... 12-38
- » **Studii**: Lucian BERCEA, Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU, Ordinea oamenilor liberi. O scurtă incursiune în istoria analizei economice a dreptului/
Free men's order. A short incursion into the history of legal economics 39-121
- » **Studii**: Mircea-Dan BOB, Despre evoluția fundației testamentare în Dreptul civil român/
On the evolution of testamentary foundations in Romanian civil law..... 122-137
- » **Studii**: Sevastian CERCEL, Unificarea legislativă a Principatelor Române și consolidarea dreptului în primele decenii ale Regatului României/
The Legislative Unification of the Romanian Principalities and the Consolidation of Law in the First Decades of the Kingdom of Romania 138-185
- » **Studii**: Alina-Emilia CIORTEA, Influența dreptului roman asupra situației patrimoniale a soțului supraviețuitor în moștenirea legală din vechiul drept francez scris/
The Influence of Roman Law on the patrimonial situation of the surviving spouse in the intestate succession of French written law 186-211
- » **Studii**: Valerius M. CIUCĂ, Judecătorul și fabulistul orheian Alecu Donici, precursor al etnologiei juridice românești/
The judge and fabulist from orhei Alecu Donici, a precursor of romanian legal ethnology 212-245
- » **Studii**: Mircea DUȚU, Fundamente istorice și permanente definitorii ale culturii juridice românești. Tradiție neolatină, sinteză europeană și amprentă proprie în unificarea constituțional-legislativă/
Historical fundamentals and definitive permanences of the

- Romanian legal culture. neolatin tradition, european synthesis and own footprint in constitutional-legislative unification*..... 246-285
- » **Studii:** Marius FLOARE, Aspecte juridice privind sănătatea publică în contextul istoric al marilor epidemii/
Legal Issues Regarding Public Health in the Context of the Great Epidemics 286-306
- » **Studii:** Emese FLORIAN, *Patria pietas* – condiția juridică a copilului în familia postmodernă/
Patria pietas - the legal condition of the child in the postmodern family 307-326
- » **Studii:** Juanita GOICOVICI, Perspective asupra evoluției garanției pentru evicțiune în dreptul roman/
Perspectives on the evolution of the vendor's warranty against eviction in Roman Law..... 327-365
- » **Studii:** Manuel GUȚAN, Proclamația de la Islaz și nașterea constituționalismului liberal românesc: un răspuns dat Profesorului V. Hanga/
Proclamation of Islaz and the birth of the Romanian liberal constitutionalism: a response to Professor V. Hanga 366-394
- » **Studii:** Gábor HAMZA, *Bemerkungen zum Verhältnis zwischen dem Allgemeinen Teil des Privatrechts (Zivilrechts) und der Tradition des römischen Rechts*/
Remarks on the Relationship between the General Part of Private Law (Civil Law) and the Tradition of Roman Law 395-408
- » **In honorem :** Ștefan HERCHI, *In memoriam* Profesorul Hanga/
In memory of Professor Hanga..... 409-414
- » **Studii:** Dragoș ISACHE, Efectele partajului în noul Cod civil român: o (r)evoluție?/
Settlement's Effects in the new Romanian Civil Code: a (r)evolution?..... 415-455

- » **Studii:** Tomislav KARLOVIĆ, *Reconsidering the authority to sell as the augmentation or restriction of creditor's rights in fiducia cum creditore* 456-476
- » **Studii:** Codrin MACOVEI, *De veghe în turpitudinea nedemnului. Prolegomene ale posibilei invocări/ The catcher in the unworthy heir`s turpitude. Prolegomena of the possible invocation*477-501
- » **Studii:** Marilena MARIN, *Colonii și arenda pământului în Roma antică/ Colonists (semi-free people) and land lease in Ancient Rome*502-515
- » **Studii:** Dan Constantin MĂȚĂ, *Gheorghe Mârzescu și vocația libertății. Despre un profesor uitat al Facultății de Drept din Iași/ Gheorghe Mârzescu and the vocation of freedom. About a forgotten Professor of the Faculty of Law from Iași*.....516-539
- » **Studii:** Arthur MIHĂILĂ, *Teorii despre dreptul natural în Antichitate și Evul Mediu/ Natural law theories in Antiquity and Middle Ages*540-566
- » **Studii:** Carmen Oana MIHĂILĂ, *Călătorie prin trecut și prezent. Căsătoria și regimurile matrimoniale/ Journey through the past and the present. Marriage and matrimonial regimes*567-608
- » **Studii:** Christine MORIN, *(R)évolution en matière de libéralités : L'exemple de la liberté testamentaire au Québec/ Evolution or revolution concerning wills and testaments: the unique example of the province of Quebec in North America*609-652
- » **Studii:** Anthony MURPHY, *Restauratio Iustinianus. Despre reforma dezmoștenirii în dreptul succesoral român/ Restauratio Iustinianus. On the reform of disinheritance in the Romanian succession law*653-671
- » **Studii:** Malina NOVKIRISHKA-STOYANOVA, *Le pécule romain et l'origine de la responsabilité limitée en droit romain/ The roman peculium and the origin of limited liability in Roman law*672-725

- » **Studii:** Dan OANCEA, Sorin-Alexandru VERNEA, Vlad-Victor OCHEA,
Actio redhibitoria și influența acesteia asupra dreptului românesc/
The redhibitory action and its influence in Romanian law 726-749
- » **Studii:** Ioana OLARU, Pactele asupra unei succesiuni viitoare - 150 de ani
de singurătate/
Agreements as to succession - 150 years of solitude 750-786
- » **Studii:** Elena-Alina OPREA, Regula *knock out* în soluționarea conflictului
clauzelor standard/
The knock out rule and the conflict of general standard forms.....787-821
- » **Studii:** Cristina POP, Studiul dreptului în școlile Romei antice/
Legal education in Ancient Rome's schools.....822-852
- » **Studii:** Ionuț-Florin POPA, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor
pentru neexecutarea contractului/
*The role of culpability in the operation of remedies for the non
performance of the contract*.....853-902
- » **Studii:** Dan-Andrei POPESCU, Pactele succesoriale privite din perspectiva
dreptului internațional privat/
*Agreements as to succession from the Private international law's
perspective*.....903-933
- » **Studii:** Jakob Fortunat STAGL, « Qu'est-ce que la vérité ? » Réponses
romaines au problème des « fausses nouvelles »/
“What is truth?” Roman answers to the question of “fake news” 934-954
- » **Studii:** Adrian TAMBA, Garanțiile negative/
Negative Pledges 955-976
- » **Studii:** Philip THOMAS, Late Republican (r)evolutions in Roman law/
Late Republican (r)evolutions in Roman law..... 977-1005
- » **Studii:** Cristina TOMULEȚ, Asupra existenței și utilității dreptului natural:
evoluția unui concept/
On the evolution of natural law 1006-1059

IN HONOREM

LISTA CONTRIBUTORILOR

Lucian Bercea: profesor în Departamentul de Drept Privat al Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara, unde predă Drept comercial, Drept bancar și Dreptul creditului; decanul Facultății de Drept a a Universității de Vest din Timișoara; membru al Consiliului Științific al Asociației Europene de Drept Bancar și Financiar – AEDBF Europe; membru fondator al Centrului pentru Dreptul Afacerilor Timișoara; avocat în Baroul Timiș (lucian.bercea@e-uvt.ro)

Dan-Adrian Căramidariu: lector universitar în Departamentul de Drept Privat al Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara, unde predă Drept comercial, Economie, Dreptul consumului și Dreptul comerțului internațional; membru fondator al Centrului pentru Dreptul Afacerilor Timișoara; avocat în Baroul Timiș (dan.caramidariu@e-uvt.ro);

Mircea-Dan Bob: profesor de Drept Roman, Drept civil – Succesiuni și Drept succesoral comparat la UBB Cluj-Napoca, a fost membru al Comisiei de redactare a Noului Cod civil și este președintele Comisiei Științe juridice a CNATDCU (mirceabob@law.ubbcluj.ro);

Sevastian Cercel, profesor de Drept civil la Universitatea din Craiova, este directorul Institutului de cercetări socio-umane al Academiei

Române "Nicolăescu-Plopșor" din Craiova și a fost decanul Facultății de Drept a Universității din Craiova (sevastiancercel@yahoo.com);

Alina-Emilia Ciortea: doctor în drept, LL.M. in Comparative Law la Louisiana State University (SUA), cadru didactic asociat al UBB Cluj-Napoca și avocat în Baroul Cluj (alina.emilia.ciortea@gmail.com);

Valerius Ciucă: profesor de Drept Roman la UAIC din Iași și fost judecător la CJUE, fondator al Centrului Robertianum de Drept privat la UAIC Iași (valerius_m_ciuca@yahoo.com);

Mircea Duțu: profesor de Dreptul mediului, este președintele Universității Ecologice din București și directorul Institutului de cercetări juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române (mircea.dutu@gmail.com);

Marius Floare, lector dr. la Drept medical, Scriere juridică și Dreptul familiei, UBB Cluj-Napoca, avocat în Baroul Cluj și formator INPPA (marius.floare@law.ubbcluj.ro);

Emese Florian, profesor de Dreptul familiei la UBB Cluj-Napoca (florian.emese23@gmail.com);

Juanita Goicovici, lector dr. la Drept Roman, Drept civil – Contracte (**master**) și Dreptul **consumatorului** la UBB Cluj-Napoca (juanita.goicovici@law.ubbcluj.ro);

Ștefan Herchi, lector dr. la Drept internațional public, Drept internațional privat și Arbitraj intern și internațional, Universitatea din Oradea și avocat în Baroul Oradea (stefan.herchi@gmail.com);

- Hamza Gabor: *profesor emeritus* de Drept Roman la Facultatea de Drept, Universitatea Ötvös Lorand din Budapesta, membru al Academiei Ungare de Științe (gabor.hamza@ajk.elte.hu);
- Dragoș Isache: doctorand UBB Cluj-Napoca, notar public în CNP Bacău și formator la Institutul notarial român (dragos_isache@yahoo.com);
- Tomislav Karlović: conferențiar dr. la Drept Roman, Facultatea de Drept, Universitatea din Zagreb (tkarlovi@pravo.hr);
- Codrin Macovei: lector dr. la Drept civil – Contracte și Succesiuni la UAIC din Iași, notar în CNP Iași și formator la Institutul notarial român (codrinmacovei@yahoo.com);
- Marilena Marin: conferențiar dr. la Istoria dreptului românesc, Drept roman, Publicitate imobiliară și carte funciară, Universitatea Ovidius din Constanța și avocat în Baroul Constanța (marilenamarin@yahoo.com);
- Dan-Constantin Măță: conferențiar dr. la Istoria dreptului românesc, Drept administrativ, Contencios administrativ și contravențional la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; avocat în Baroul Iași (danmata@uaic.ro);
- Arthur Mihăilă: lector dr. la Sociologia dreptului, Filosofia dreptului și Logică juridică, UBB Cluj-Napoca (arthurmihaila@yahoo.co.uk);
- Carmen-Oana Mihăilă, lector dr. la Dreptul familiei și Drept civil, Universitatea din Oradea (carmen.oana.mihaila@gmail.com);
- Christine Morin, prof. la Drept civil – Succesiuni, fondatoare a Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés, Univesitatea Laval din Quebec, reprezentantă a

notariatului din Quebec în UINL
(Christine.Morin@fd.ulaval.ca);

Anthony Murphy, doctorand la UBB Cluj-Napoca și tânăr afiliat NOUS –
Network for Constitutional Economics and Social Philosophy
(anthony.murphy@ubbcluj.ro);

Malina Novikirishka-Stoyanova, profesor de Drept Roman și Drept civil la
Universitatea Klement Ohrid, Sofia (mnovkirishka@abv.bg);

Dan Oancea, prof. univ. dr., Drept roman și Istoria dreptului românesc,
Universitatea din București, avocat în Baroul București
(dan.oancea@drept.unibuc.ro);

Sorin-Alexandru Vernea, asist. univ. dr., Drept roman și Istoria dreptului
românesc, Universitatea din București, judecător
(vernea.sorin-alexandru@drept.unibuc.ro);

Vlad-Victor Ochea, drd., colaborator extern, Drept roman și Istoria dreptului
românesc, Universitatea din București, avocat în Baroul
București (vlad-victor.ochea@drept.unibuc.ro);

Ioana Olaru, doctor, notar public în CNP București și formatoare la
Institutul notarial român (ioanaolaru1@yahoo.com);

Elena-Alina Oprea, lector dr. la Dreptul comerțului internațional și Contracte
de afaceri interne și internaționale, UBB Cluj-Napoca
(alina.oprea@law.ubbcluj.ro);

Cristina Pop, asist.dr. la Drept Roman și Drept civil – Succesiuni, UBB Cluj-
Napoca (cristina.pop@law.ubbcluj.ro);

Ionuț-Florin Popa, prof. de Drept civil – Obligații la UBB Cluj-Napoca și notar
în CNP Cluj (ionut.popa@ionut-popa.ro);

Dan-Andrei Popescu, conferențiar de Drept internațional privat la UBB Cluj-
Napoca și notar în CNP Cluj (bnpdap@yahoo.com);

Jakob Fortunat Stagl, prof. de Drept Roman și Introducere în drept la Universidad de Chile, Santiago de Chile (jakob.stagl@yahoo.de);

Adrian Tamba, asist.dr. la Drept civil – Drepturi reale și Obligații, UBB Cluj-Napoca (tamba_adrian@yahoo.com);

Philip Thomas, profesor *emeritus* de Drept Roman la Universitatea din Pretoria (philip.thomas231@gmail.com);

Cristina Tomuleț, asist.drd. la Drept constituțional. Instituții și proceduri și Drept constituțional. Libertăți publice, UBB Cluj-Napoca (cristina.tomulet@law.ubbcluj.ro).

DESPRE (R)EVOLUȚII ÎN DREPT - STUDII
DEDICATE CENTENARULUI PROFESORULUI
VLADIMIR HANGA -

Culegerea, de studii pe care o publicăm vine în întâmpinarea unui moment special: centenarul nașterii profesorului doctor docent Vladimir Hanga. Reputația de erudit de care se bucura în rândurile intelectualității clujene era dublată de prestigiul profesional și moral avut în mediul universitar din România. Activitatea științifică și funcțiile deținute în cadrul unor organisme internaționale ne îndreptățesc să-l considerăm o personalitate de talie internațională.

Născut la Cucova (jud. Buzău) la 21 octombrie 1920, a urmat cursurile Facultății de Drept din București începând din 1939 și absolvind în postura de șef de promoție *magna cum laudae* în 1943. Era perioada de aur a acestei instituții de învățământ, când studenții aveau șansa să audieze personalități ale lumii savante și avocațiale precum Istrate Micescu, Anibal Teodorescu, Mihai Rarincescu, Vintilă Dongoroz, Constantin Stoicescu sau Ion Rosetti-Bălănescu. Tânărul absolvent Hanga era pasionat de antichitatea greacă și latină, astfel că s-a angajat inițial ca traducător la Institutul de studii clasice din capitală. Astfel a avut ocazia de a colabora la traducerea și editarea în limba română a documentelor medievale transilvănene, publicate în lucrarea colectivă „Documente privind istoria României” (10 volume). A urmat studii doctorale, intrând apoi asistent universitar la Drept Roman la București. Perspectiva de avansare la catedră îi era însă compromisă de diferența mică de vârstă față de eminentul romanist Constantin Tomulescu. Ca urmare, după doi ani de activare în Capitală, a acceptat catedra similară vacantă de la

Universitatea din Cluj, pe care a ilustrat-o în perioada 1949-1986; a predat în plus și cursul de Drept civil – Succesiuni între anii 1954 și 1965, precum și alte discipline, în mod episodic, atât la Drept cât și la Facultatea de Studii Economice. A fost decan la Drept între 1969 și 1973, prorector din 1973 până în 1976, după care a demisionat din funcțiile de conducere universitară pentru că devenise reprezentantul României în Comisia pentru drepturile omului din cadrul ONU. În perioada 1984-1989 a fost arbitru la Curtea de arbitraj permanent de la Haga. A fost profesor consultant la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca până în anul 2008, dar a activat și în învățământul privat: a predat la Universitatea creștină Dimitrie Cantemir din Cluj-Napoca, a fost fondator și prorector al Universității Vasile Goldiș din Arad. A publicat în principalele limbi de circulație științifică internațională, cu predilecție în limba franceză. Ca urmare a acestui fapt, dar și a prestigiului său personal și profesional, a fost desemnat în 2003 președinte de onoare al reînființatului grup român al Asociației Henri Capitant a prietenilor culturii juridice franceze.

S-a remarcat prin traducerea în limba română și îngrijirea de ediție pentru una din lucrările fundamentale ale culturii juridice mondiale: *De iure belli ac pacis*, scrisă de Hugo Grotius; prefața lucrării fusese întocmită de maestrul și conducătorul său de doctorat, profesorul George Dumitriu, de la Facultatea de Drept din București.

Volumul care intenționează marcarea centenarului nașterii sale pornește de la domeniile principale în care omagiatul a activat, didactic și științific: Dreptul roman, Istoria dreptului și Dreptul succesoral. Tema generică aleasă se bazează pe ceea ce scria profesorul Hanga într-un articol intitulat *Drept roman și drept actual*:

„În aforismul *habent sua fata libelli* al profesorului de gramatică latină Terentianus Maurus, există o idee care se aplică cu ușurință și legislației, întrucât de fapt fiecare legiferare este legată de societatea din care provine și de care depinde. Dacă schimbările sociale necesită noi reglementări, legile vechi sunt înlocuite cu altele noi. Cu alte cuvinte, *habent sua fata leges*.”

prof.dr. Mircea-Dan BOB

CURRICULUM VITAE - VLADIMIR HANGA

I. DATE PERSONALE:

Data și locul nașterii: 21 octombrie 1920, comuna Cucova, jud. Bacău
Cetățenia: română

II. STUDII:

Primare: Școala Primară, comuna Scurta, jud. Putna

Liceale: 1939, absolvent al Liceului Ferdinand I din Bacău - șef de promoție și premiant de onoare al liceului

Universitare: 1943, licențiat al Facultății de Drept din București - șef de promoție, *magna cum laudae*

Doctorat:

- a. 1947, Doctor în Drept al Universității București, Facultatea de Drept – cu mențiunea „Laureat”, titlul tezei de doctorat - „Originea și structura posesorie a căsătoriei *sine manu*”
- b. 1949, Doctor în științe economice și politice al Universității București - cu mențiunea „Laureat”, titlul tezei de doctorat – „Instituții alimentare romane”

III. TRASEU PROFESIONAL:

- 1948-1949 — Asistent universitar la Facultatea de Drept a Universității București
- 1949-1960 — Conferențiar universitar la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca
- 1960-1986 — Profesor universitar la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca
- 1968-1973 — Decan al Facultății de Drept din cadrul UBB Cluj-Napoca
- 1973-1976 — Prorector al UBB Cluj-Napoca
- 1986 — Profesor consultant la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca
- 1977-1984 — expert O.N.U. pentru drepturile civile și politice
- 1984-1989 — membru al Curții Permanente de Arbitraj de la Haga
- membru al *Société de législation comparée*, Paris
- membru al *Société d'Histoire du Droit*, Paris
- membru al *International Law Association*
- membru al *Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*, Bruxelles
- membru al *Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions*, Bruxelles
- membru al colegiului redacțional al revistei *Southeastern Europe* a Universității din Arizona (S.U.A.) și al revistei *Grotiana* din Amsterdam (Olanda)
- membru al Consiliului Științific al revistelor *Studia UBB – Iurisprudentia* (Cluj-Napoca) și *Revista română de drept privat* (București)
- președinte de onoare al grupului român al Asociației *Henri Capitant* a prietenilor culturii juridice franceze

IV. TITLURI, PREMII, DISTINCȚII:

- 1962, Doctor Docent
- 1981, Premiul „Simion Bărnuțiu” al Academiei Române
- 1997, DHC al Universității de Vest din Timișoara
- 2004, DHC al Universității „Aurel Vlaicu” din Arad
- 2009, premiul Andrei Rădulescu al Societății de științe juridice, pentru traducerea Instituțiilor lui Iustinian (împreună cu Mircea-Dan Bob)
- 2010, DHC al Universității „Vasile Goldiș” din Arad

V. DISCIPLINE PREDATE:

Drept roman

Drept civil - Succesiuni

Istoria generală a statutului și dreptului românesc

Istoria statului și dreptului românesc

Tehnică juridică

Teoria și practica arbitrajului de stat

Drept internațional privat

Teoria statului și dreptului

Limba latină

Istoria economiei și a gândirii politice

Relații și organizații economice internaționale

Informatică juridică

VI. LUCRĂRI PUBLICATE

A. Tratate, cursuri, monografii

1. Originea și structura posesorie a căsătoriei *sine manu*, teză de doctorat în Drept, premiată de Facultatea de Drept București, 1946, 141 p.
2. Instituțiile alimentare romane, teză de doctorat în științe politico-economice, premiată de Facultatea de Drept București, 1948, 101 p.
3. Note după cursul de Istoria statului și dreptului românesc, (1950-1951), Cluj, 1955, 459 p.
4. Istoria statului și dreptului român, vol. I, ed. a III-a, (revăzută și întregită cu indicații bibliografice), București, 1957, 713 p. (litografiat), ed. I, Cluj, 1955, 459 p.
5. Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului român, vol. I, Antichitatea, în colaborare cu Șt. Pascu, București, 1955, 271 p.
6. Curs de drept privat roman, ed. a II-a, (litografiat), ed. Litografia Învățământului, Cluj, 1958, 527 p.
7. Cetatea celor șapte coline, București, 1957, 192 p.
8. Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului român, vol. II, ed. Feudalismul, București, 1958-1962, 869 p. (în colaborare cu Șt. Pascu)
9. Istoria generală a statului și dreptului. De la origini la revoluțiile burgheze, manual universitar unic, București, 1958, 306 p.
10. Curs de drept succesoral român, Cluj, 1959, 248 p. (litografiat)
11. Hrestomatia pamaatnikov feodalnogo gosudarstva i prava (cap. privind România feudală și Ungaria feudală), coord. Acad. V.M.Koretki, Moscova, 1961, p.703-735 și 801-830
12. Drept privat roman, București, 1964, 392 p. (în colab. cu M. Jakotă)

13. Caius Iulius Caesar, ed. Tineretului, București, 1967, 257 p. (tiraj 30.000 ex.)
14. Introduction bibliographique a l'histoire du droit et a l'ethnologie juridique de la Roumanie, Bruxelles, 1967, 72 p.
15. Teoria generală a statului și dreptului, București, 1967, p.29-46, 110-135
16. (manual colectiv)
17. Hugo Grotius. Despre dreptul războiului și al păcii, București, 1968, traducere, note și comentarii de G.Dumitriu; prefață și studiu introductiv Vl. Hanga
18. Bibliographie juridique roumaine (1944-1968), vol. I, București, 1969,
19. p.359-376 (operă colectivă)
20. Drept privat roman, București, 1971, 381 p.
21. Alexandru cel Mare, ed. Albatros, București, 1974, București, 192 p. (tiraj 50.000 ex.)
22. Bibliographie juridique roumaine (1968-1972), vol. II, București, 1974,
23. p.249-267 (operă colectivă)
24. Mari legiuitori ai lumii, ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, 290 p.
25. Drept privat roman. Tratat, București, 1978, 463 p.
26. Istoria dreptului românesc, Tratat, coordonator și autor al vol. I, ed. Academiei RSR, București, 1980, 664 p.
27. Relații și organizații economice internaționale, ed. Universității ClujNapoca, 1981, 128 p. (în colab.)
28. Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni, Roma, 1983, 246 p. (în colab.)
29. Les institutions du droit coutumier roumain, ed. Academiei Române, București, 1988, 260 p.

30. Principiile dreptului privat roman, ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, 135 p.
31. Dreptul și calculatoarele, ed. Academiei, 1991, 235 p.
32. Istoria dreptului românesc (Dreptul cutumiar), ed. Fundației Chemarea, Iași, 1993, 146 p.
33. Mari legiuitori ai lumii, ediția a II-a, ed. Lumina lex, București, 1994, 325 p.
34. Manual de drept privat roman, ediția a V-a, ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1994, 325 p.
35. Calculatoarele în serviciul dreptului, ed. Lumina lex, București, 1995, 157 p.
36. Etudes d 'histoire du droit, vol. I-II, ed. Servo-Sat, Arad, 1997, 245 p. 230
37. Instituțiile lui Iustinian (cărțile I-II), ed. Lumina Lex, București, 2005
38. Curs de drept privat roman, ed. Rosetti, București, 2005, (în colab. cu Mircea Dan Bocșan)
39. Curs de drept privat roman, ed. a II-a, ed. Universul juridic, București, 2006, (în colab. cu Mircea Dan Bocșan)
40. Adagii juridice latinești, ed. Lumina Lex, București, 2007
41. Manual de drept privat roman, ed. Cordial-Lex, Cluj-Napoca, 2009 (în colab. cu Ioan Trifa)
42. Curs de drept privat roman, ed. a III-a, ed. Universul juridic, București, 2010 (în colab. Mircea Dan Bob)
43. Curs de drept privat roman, ed. a IV-a, ed. Universul juridic, București, 2011 (în colab. Mircea Dan Bob)
44. Curs de drept privat roman, ed. a V-a, ed. Universul juridic, București, 2013 (în colab. Mircea Dan Bob)

B. Articole și studii de specialitate

1. Humanismul la Roma, în *Frământări I* (1938), nr.1, p. 15-16
2. Neohelenismul german din veacul lui Goethe, în *Frământări I* (1939), nr. 4, p. 23-25
3. Funeraliile romane, în *Frământări I* (1939), nr. 7-8, p. 20-21
4. Note privind jurisprudența străină, în *Pandectele săptămânale XII* (1946), nr. 1-10 (lunar)
5. Quintus Mucius Scaevola, în *Pandectele române XXVII* (1948), nr. 1, coll. 1-3
6. Legile penale ale lui Sulla, în *Buletinul Universității Babeș-Bolyai*, 1956, seria Științe sociale, vol. I, nr. 1-2, p. 105-120
7. Legiuirile Caragea, în *Justiția nouă*, XII, (1956), nr.5, p.943-947
8. Pravilniceasca condică, în *Justiția nouă*, XIII, (1957), nr. 7, p. 1361-1365
9. Tehnica juridică. Criteriu de distincție între Școala sabiniană și proculiană, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1959, seria III, fasciculus 2, p. 55-65
10. Bartolus și teoria statutelor, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1959, seria 111, fasciculus 2, p.181-187
11. Contribuții la problema imunității feudale pe teritoriul patriei noastre, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1960, seria III, fasciculus 2, p.29-52
12. Zakon sudnii liudemă, în *Revista Studii*, XIV/1961, nr. 1, p.229-230
13. Contribuții la studiul satelor devălmașe românești, în *Studii*, XIV/1961, nr. 3, p. 751-766
14. Problemele cursului de istoria statului și dreptului român, în *Revista învățământului superior*, IV/1962, nr.8, p.58-67

16. Actele juridice ale organizațiilor obștești, în *Justiția Nouă*, XIX/1963, nr. 8, p. 30-42
17. *Ius publicum — ius privatum*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1963, seria *Iurisprudentia*, p. 7-20
18. Cercetările privind istoria statului și dreptului în țara noastră, în *Studii*, 1964, nr. 1, p. 117-133; nr. 2, p. 364-371
19. Rolul istoriei statului și dreptului în formarea tânărului jurist, în *Revista învățământului superior*, VI/1964, p. 21-25
20. Notă cu privire la elementele posesiunii romane, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1964, seria *Iurisprudentia*, p. 167-169
21. Rezultatele cercetărilor cu privire la istoria statului și dreptului român, în *Justiția Nouă*, XX/1964, nr. 7, p.3-15
22. Lucrările celei de a XII-a Conferință internațională Pugwash, în *Justiția Nouă*, XX/1964, nr. 12, p. 165-168
23. On International Regional Conventions, in *Proceeding of the Thirteenth Pugwash Conference on Science and World Affairs*, Czechoslovakia, 1964, p. 143-145
24. L 'evolution constituonnelles des pricipautes Roumanines apres 1815, în *Actes du XIIe Congres International des Scinces Historiques*, editat de Comité International des Sciences Historiques, Viena, 29 august — 3 septembrie 1965, vol. V, p. 253 și urm.
25. The Importance of the Mutual Economic and Cultural Relations between Various Countries, in *Proceedings of the Sixteenth Pugwash Conference on Science and World Affairs*, Poland, 1966, p.169-190 (în colab. cu I. Agârbiceanu)
26. Proclamația de la Islaz (1848), declarație a drepturilor omului și cetățeanului, în *Revista română de drept*, XXIV/1968, nr. 5, p. 45-54

27. Gândirea politică a lui Nicolae Bălcescu, în Revista română de drept, XXV/1969, nr. 7, p. 66-73
28. Elemente psihologice în mediațiunea internațională, în Revista română de studii internaționale, nr. 3 (13), 1971, p. 83-88
29. Jacques Cujas, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, 1969, seria Iurisprudentia, p. 89-96
30. Le droit geto-dace, in Gesellschaft und Recht in griechisch-römischen Altertum Teil 2, ed. de Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin
31. – Schriften der Sektion für Altertunswissenschaft, 52, Berlin, 1969, p. 47-76
32. Jumătate de secol de învățământ juridic clujean (1919-1969), în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, 1970, seria Iurisprudentia, p. 21-35 (în colab.)
33. Jocurile simulate, în Forum, an. XII, 1970, nr. 10, p. 82-83
34. La Proclamation d'Islaz (Declaration des droits de l'homme et du citoyen -
35. 1848), în Revue internationale de droit comparé, 1970, nr. 3, p. 491-501
36. Il Diritto scitico, în Studi in onore di Giuseppe Grosso, Torino, Ed. G. Giapichelli, 1970, vol. 10, p.287-303
37. Hugo Grotius și problema suveranității, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, 1971, an XVI, seria Iurisprudentia, p. 15-22
38. Organizația Națiunilor Unite și codificarea dreptului internațional, în
39. Revista română de drept, an XXVII, 1971, nr.8, p.33-45
40. Le droit romano-byzantin a-t-il été reçu dans les Principautés Roumanies?, în Revue d'histoire, tom. X, nr. 2, 1971, p. 237-257

41. Der Beitrag Nicolae Titulescu zur Lösung einiger Fragen des Völkerrechts und der internationalen Beziehungen, în Internationales Recht und Diplomatie, Köln, 1971, p. 101-110
42. Die Naturrechtsauffassung von Hugo Grotius in De iure belli ac pacis, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, 1972, XVII, seria Iurisprudentia, p. 73-79
43. Câteva reflecții asupra lui Hugo Grotius, în Revista română de studii internaționale, p. 115-128, nr. 4(18), 1972
44. Grotiana, studii olandeze cu privire la Hugo Grotius, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, 1973, XVIII, seria Iurisprudentia, p. 113-118
45. Cel de al 49-lea Congres al juriștilor din Republica Federală Germană, în
46. Studii cercetări juridice, nr. 2, an 18 (1973), p. 315-317 (în colab.)
47. Les facteurs objectifs d'inspiration du droit dans la Roumanie, în Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridique, tom. 17, 1973, nr. 2, p.203-219
48. Opera juridică a umanismului transilvănean Johannes Honterus (1498-1549), în Revista română de drept, an XXX, 1974, p.39-47 (în colab. cu Günter Tontsch)
49. La colonat dans la Dacie Romaine, în Revue historique de droit français et étranger, 1973, an 51, nr. 4, p. 730-731
50. Le droit comparé et l'enseignement juridique. Aperçu historique, în Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridique, tom. 18, 1974, nr. 1, p. 53-61
51. Morala și dreptul în concepția filosofilor greci, în Studia Napocensis, I, Cluj, 1974, p. 7-26

52. Le rôle de la conscience juridique dans le processus de création du droit dans la Roumanie, în *Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridique*, tom.18, 1974, nr. 2, p. 203-218
53. Instituțiile de stat și de drept în cetățile grecești din Dobrogea, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1974, seria *Iurisprudentia*, p. 95-104
54. Vorwort la lucrarea lui G. Tontsch *Die Rechtstellung des Ausländers in Rumünien*, Kiel, 1975, p. 13-15
55. Horace. *Carmina*, III, 24, 9-16 et la propriété foncière chez les Gétodaces, în *Revue historique de droit français et étranger*, 1975, nr. 1, p. 190 și urm.
56. Les Gétodaces furent-ils polygames ou monogames?, în *Revue historique de droit français et étranger*, 1975, nr. 1, p. 708 urm.
57. Le rôle de la technique juridique dans le processus de création du droit dans la Roumanie, în *Revue roumaine des sciences sociales. Serie de sciences juridique*, tom. 19, 1975, nr. 1, p. 17-30
58. Argumente juridice ale revendicărilor românești din *Supplex Libellus Valachorum*, în *Revista de istorie*, tom 29, 1976, nr.1, p. 105-113
59. The process of creation of Romanian law, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1977, seria *Iurisprudentia*, p. 8-14
60. Drept roman și drept actual, în *Studii și cercetări juridice*, an 22 (1977) nr. 3, p. 271-280
61. Il concetto di rivoluzione e le trasformazioni del diritto romano, în
62. *Index*, 1977, nr. 7, p. 125-132
63. Formarea statului dac, în *Studii și cercetări juridice*, an 24 (1979) nr. 3, p. 279-293
64. Mutamenti quantitativi e qualitativi, în *Labeo. Rassegna de diritto romano*, Napoli, 1980 (26), nr. 2, p. 222-229

65. Juridical institutions of the Dacians, în *Nouvelles Etudes d'Histoire*, vol. 66. 1, 1980, Bucarest, p.56-69
67. Les problèmes de l'État dans le *De iure belli ac pacis* de Hugo Grotius, în
68. *Grotiana*, vol. II, 1981, p. 30-44
69. Instituțiile politico-juridice autohtone în perioada migrațiilor (sec.III-VIII), în *Studii și cercetări juridice* nr. 2, an 27, aprilie-iunie, 1982, p. 153-158
70. La contribution de Nicolae Titulescu à la solution de quelques problèmes de droit des relations internationales, în *Revue Roumaine d'Etudes Internationales*, nr. 4-5, an 16, Bucarest, 1982, p. 359-369
71. Patru sute de ani de la nașterea lui Hugo Grotius, în *Revista română de drept*, nr.4, an 39, 1983, p.26-27
72. Statul și dreptul în lucrarea lui Hugo Grotius *De iure belli ac pacis*, în
73. *Studii și cercetări juridice* nr. 4, an 28, 1983, p. 326-336
74. Les premisses de la formation des institutions juridiques sur le territoire carpto-ponto-danubien, în *Solidalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli, 1984, p. 4019-4030
75. Premisele formării instituțiilor juridice în spațiul carpto-ponto-danubian, în *Studii și cercetări juridice*, nr. 2, an 30, 1985, p. 167-173
76. Die Rezeption des Römisch-Byzantinischen Rechtes in den Rumänischen Fürstentumen. Theorien und Realitäten, în *Nouvelles Etudes d'Histoire*, Stuttgart, 1985, p. 7-19
77. L'idée de droit naturel dans le *De iure belli ac pacis*, în *Grotiana*, 6,
78. 1985, p.38-45
79. Delicte informatice, în *Studii și cercetări juridice* nr. 3, an 31, 1986,
80. p. 270-274

81. La conception de Hugo Grotius sur le droit naturel, în *Revue Roumaine d'Etudes Internationales*, nr.2, an XXX, Bucarest, 1986, p. 265-273
82. Contractele informatice, în *Studii și cercetări juridice* nr. 1, 1987, p. 70-75
83. Informatica și documentarea juridică, în *Studii și cercetări juridice* nr. 3, 1987, p. 270-275
84. 1987, p. 270-275
85. Logică, calculatoare, drept, în *Studii și cercetări juridice* nr. 1, 1988, p. 85-91
86. Învățământul juridic asistat de calculator, în *Studii și cercetări juridice* nr.2, 1988, p. 75-179
87. Le sceau de Rome dans la formation du droit roumain, în *Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridique*, nr.2, 1988, p.167-173
88. Calculatorul în ajutorul deciziei, în *Studii și cercetări juridice* nr. 1, 1989, p. 85-91
89. Calculatoarele și dreptul de autor, în *Studii de drept românesc*, anul 2(35), nr. 1, ianuarie-martie, 1990, p. 75-78
90. Ocrotirea programelor de calculator, în *Studii de drept românesc*, nr. 2, aprilie-iunie, 1990, p. 193-199
91. La société et le droit dans la période de transition de I 'antiquité dacoromaine au féodalism roumain, în *Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridique*, tom XXXIV, nr. 1, 1990, p.67-73
92. L 'actualité du droit romain, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, nr. 2, 1990, seria *Iurisprudentia*, p. 3 și urm.

93. Les vues de l'historien Nicolae Iorga sur l'Etat et le Droit byzantins, în *Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridiques*, nr. 1-2, 1991, p. 83 și urm.
94. Formations préétatiques roumaines au commencement du Moyen-Âge, în *De la Res Publica a los estados modernos*, Bilbao, 1992, p. 161 și urm.
95. Les hommes bons et vieux, în *La justice au Moyen-Âge*, Lille, 1992, p. 63 și urm.
96. Le droit de la famille dans l'ancienne coutume roumaine, în *Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridique*, nr. 2, 1993, p. 227 și urm.
97. Trei decenii de la dispariția unui romanist: George Dumitriu, în *Studii de drept românesc*, nr. 1, 1993, p. 271 și urm.
98. La politique législative de Justinien, în *Revue roumaine des sciences juridique*, nr. 1, 1993, p. 135 și urm.
99. La position juridique des personnes dans la coutume féodale roumaine, în
100. Homenaje al prof. Gonzalo Martinez Diaz, Madrid, 1993, p. 267-278
101. L'acte à cause de mort dans le droit roumain. Des origines à la révolution de 1848, în *Recueils de la Société J.Bodin*, Bruxelles, 1993, p. 223 și urm.
102. Les institutions juridique des cités grecques, în *Revue roumaine des sciences juridique*, nr. 1, 1994, p.77 și urm.
103. La Constitution Roumaine de 1866, în *Cuadernos informativos de derecho*, Barcelona, nr. 17, 1994, p. 4387 și urm.
104. Cu privire la pronunțarea limbii latine, în *Acta Musei Porolissensis*, XVIII, Zalău, 1994, p. 489 și urm.

105. Răspunderea contractuală în dreptul roman, în Studii de drept românesc, nr. 1, 1995, p. 101 și urm.
106. Affectio maritalis, în Revue roumaine des sciences juridique, nr. 1, 1995, p. 109 și urm.
107. La Constitution Roumaine de 1923, în Libertés, pluralisme et droit, Bruxelles, 1995, p. 301 și urm.
108. Răspunderea juridică în Legea celor XII table, în Studii de drept românesc, nr. 3-4, 1996, p. 261 și urm.
109. Valoarea prezentă a eposului homeric, în Acta Musei Napocensis 33, nr. 1, 1996, p. 261 și urm.
110. Al XI-Iea Colocviu Romanistic-canonistic (Roma), în Studii de drept românesc, nr. 3-4, 1996, p. 278 și urm.
111. Palingenesia Iuris Daci, în Omaggio Adamesteanu, Clusium, 1996, p. 129 și urm.

C. Dicționare și enciclopedii

1. Dicționar diplomatic, București, 1979, 1061 p. (în colab.)
2. Enciclopedia civilizației romane, București, 1982, 827 p. (în colab.)
3. English-Romanian Legal Dictionary, București, 1994, 152 p., în colaborare cu Rodica Calciu
4. Dicționar juridic român-englez, București, 1995, 158 p., în colaborare cu Calciu Rodica
5. Mic dicționar juridic, ed. Lumina Lex, București, 1999
6. Dicționar juridic poliglot, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2008, în colaborare cu Ioan Trifa
7. Dicționar juridic latin-român, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, în colaborare cu Ioan Trifa

8. Dicționar juridic poliglot român-englez-francez-german-italian, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, în colaborare cu Ioan Trifa și Rodica Hanga Calciu
9. Mic dicționar poliglot român-englez-latin-francez-italian-german, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, în colaborare cu Ioan Trifa
10. Mic dicționar socio-juridic grec-român, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2010, ediție îngrijită de Ioan Trifa
11. Termeni socio-juridici latini în limba engleză, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca,
12. 2010, ediție îngrijită de Ioan Trifa

D. Recenzii

1. Gh. Năstase, Stabilitate și nestabilitate în materie de funcțiune publică, în *Pandectele săptămânale*, XXIII (1947), nr.8-10, p.82
2. Dr. Franco Bonofacio, *Ricerche sulla Ie Falcidia de legatis*, în *Pandectele române*, XXVII (1949), nr. 10, p. 59
3. R. Hoetink, *The Origine of the Dual Mode in Roman Procedure*, în *Curierul judiciar*, LVII (1948), nr. 3-4, p. 32
4. Răspuns la o recenzie, în *Justiția Nouă*, nr. 7/1957, p. 1361-1365
5. Răspuns la o „nouă recenzie”, în *Justiția Nouă*, nr. 1/1958, p. 159-166
6. I.S.Novitski, *Osnovi rîmakogo grajdaneskogo prava*, în *Revista Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1959, seria III, Fasciculus 2, P.189-191
7. T.R.Popescu, *Dreptul familiei, I-II*, în *Justiția Nouă*, XV (1959) nr. 1, p. 164-
8. 170 (în colab.)
9. Gh. Fekete, *Curs de drept civil*, în *Justiția Nouă*, XV (1959) nr. 1, p.164-170

10. (în colab.)
11. E. Barasch, I.Nestor, S.Zielberstein, Ocrotirea părintească, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1961, seria III, Fasciculus 2, p. 192-195
12. D. Tudor, Istoria sclavagismului în Dacia Romană, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1963, seria *Iurisprudentia*, p. 151
13. T. Drăganu, Actele de drept administrativ, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1963, seria *Iurisprudentia*, p. 129-133 (în colab. cu I. Ceterchi)
14. H. Jacotă, Curs de drept internațional privat, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1963, seria *Iurisprudentia*, p.133-135 (în colab.)
15. Gh. Cront, Instituții medievale românești. Înfrățirea pe moșie. Jurătorii, în *Revista Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1970, seria *Iurisprudentia*, p. 180, vol. 1-2 (în limba germană)
16. M. Malița, Diplomația. Școli și instituții, (recenzie în limba germană), în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1973, seria *Iurisprudentia*, p. 183-184
17. J. de Momilly, La loi dans la pensée grecque, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1973, seria *Iurisprudentia*, p. 183-184
18. P. Catalano, Tribunato e resistenza: Populus Romanus Quirites, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1977, seria *Iurisprudentia*, p. 74
19. Haralambos K. Papstathis, To nomothetikon ergon tis kyrillometho dianis hieropostolis en Megali Moravia, Salonic, 1978, în *Studii și cercetări juridice*, nr. 3/1979, p. 308-309
20. G. Diosdi, Contract in Roman Law, Budapest, 1981, 230 p., în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1983, seria *Iurisprudentia*, p. 74 și urm.
21. P. Movcian, Prava celoceka, 1982, în *Studii și cercetări juridice*, nr.3/1983, p. 282-283

22. Mario G. Losano, *Informatica per le scienze sociali*, Torino, 1985, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, nr. 1, 1986, seria *Iurisprudentia*, p. 78
23. P.H. Steinauer, *L 'informatique et l'application du droit*, Fribourg, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1979, seria *Iurisprudentia*, p. 73-74
24. P.H. Steinauer, *La logique au service du droit*, Fribourg, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, 1979, seria *Iurisprudentia*, p. 75-76
25. H.K. Papastathis, *Nomocanon Gheorghiou Tropezountiou*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai*, nr. 1, 1987, seria *Iurisprudentia*, p.76
26. Mario G.Losano, *II diritto privato dell 'informatica; II diritto pubblico dell 'informatica*, Torino, 1986, în *Studii și cercetări juridice*, nr. 4/1987, p. 371-372
27. Mario G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1986, în *Studii și cercetări juridice*, nr.4/1988, p. 383-384
28. M. Jacotă, Gh.Piticaru, *Drept privat roman*, în *Studii de drept românesc*, serie nouă, nr.2, an II/35, aprilie-iunie, 1990, p. 211
29. M. Jacotă, *Dreptul roman*, în *Studii de drept românesc*, serie nouă, nr. 3/1993, p. 284 și urm.

E. Traduceri și documente latine

Colaborator ca traducător de limbă latină la publicarea documentelor medievale transilvănene apărute în 10 volume în *Documente privind istoria României*, ed. Academiei, București, 1953.

VII. COMUNICĂRI ȘTIINȚIFICE

A. În țară

1. Bartolus și teoria statutelor, 1956, dec. 14-16, sesiunea științifică a Universității Cluj
2. Cu privire la formele de acordare a imunității feudale în vechiul drept românesc, 1958, mai 25-29, sesiunea științifică a Universității Cluj
3. Problema prescripției extinctive în dreptul succesoral roman, sesiunea științifică a Universității Cluj, 1960
4. Concepțiile lui Hugo Grotius cu privire la dreptul natural, 1964, 13-14 iunie, sesiunea științifică a Universității Cluj
5. Elemente psihologice în mediațiunea internațională, 1969, sesiunea științifică a A.D.I.R.I. București

B. În străinătate

1. *Société internationale F.D. Visscher pour l'Histoire des droits de l'antiqué*
 1. Namur — Liege (sept. 1985): Les intérêts économique de Rome et l'organisation financière de la Dacie romaine
 2. Salzburg (sept. 1988): Le travail libre dans la Dacie après la conquête romaine. Aspects juridiques
 3. Ferrara (sept. 1989): Les lois pénales de Sylla
 4. Miskolc — Eger (sept. 1991): La responsabilité juridique dans les tryptiques de la Dacie romaine
 5. Amsterdam — Utrecht (sept. 1991): La politique législative de Justinien

6. Oxford (sept. 1993): Palingenesia iuris Daci
 7. Viena (sept. 1994): L'affectio maritalis dans le mariage postclassique
 8. New-Orleans (sept. 1995): La réception. Ses formes et son importance historique
 9. Bruxelles (sept. 1996): *Defensores* - les ombudsmen romains
2. *Société Jean Bodin pour l'Histoire comparatife des institutions*
1. Budapesta (mai 1990): L 'acte à cause de mort dans le droit roumain (Des origines à la Révolution de 1848)
 2. Copenhaga (mai 1993): Le procès dans le droit coutumier roumain
 3. Anvers (mai 1996): La sécularisation des biens ecclésiastiques en Roumanie au 19^e siècle
3. *Société d'histoire du droit*
1. Louvain (mai 1988): Le langage juridique est-il le langage descriptif du droit ou le droit lui même?
 2. Lille (mai 1989): Les hommes bons et vieux dans la justice du Moyen-Âge Roumain
 3. San Sebastian (mai 1990): Formations préétatique roumaines au commencement du Moyen-Âge
 4. Strasbourg (mai 1991): Le droit de la famille dans l'ancienne coutume roumaine
 5. Pavia — Milan (mai 1992): Rome et l'organisation des villes et des villages en Dacie
 6. Anvers (mai 1993): La Constitution Roumaine de 1923: libertés et unification

7. Rennes (mai 1994): L'administration et le droit dans l'unification de l'Empire romain
8. Alicante (mai 1995): L'empire russe et le droit au XVIIIe siècle
9. Budapesta (mai 1996): La formation de la coutume roumaine (Ius Valachicum)

4. *Bicentenaire de la Revolution française. Organizat de Universitatea René Descartes (Facultatea de Drept)*
 1. Paris (sept. 1989): La Revolution et les projets roumaines de réformes socio-politiques (1789-1815)

5. *Da Roma alla Terza Roma. Seminari internazionali di Studi Storici*
 1. Roma (aprilie 1988): L'organisation de la paix universelle de Georges de Podbrany, roi de Bohème (1458-1471)
 2. Roma (aprilie 1992): L'historien N Iorga sur l'Etat et le Droit de la Nouvelle Rome

6. *Colloquio dei romanisti*
 1. Novi-Sad (oct. 1991): L'historien Polybe et la democratie romaine

7. *Colloquio Internazionale Romanistico Canonistico*
 1. Roma (mai 1996): La personnalité internationale de l'individu dans le droit de l'avenir

IX. PARTICIPĂRI LA DIFERITE CONGRESE

2. Congresul istoricilor de la Viena (1965) și București (1980)
3. Conferința mișcării mondiale Pugwash: Karlovy-Vary (1964), Sopot (1966), Zagreb (1967), Ronneby (1967) și Nisa (1968)
4. Seminarul Universităților vest-europene, Cambridge (1967)
5. Congresul orașelor înfrățite, Liubliana (1967)
6. Conferința UNESCO, Varna (1968)
7. Conferința asupra mediațiunii internaționale, Londra (1969)
8. Seminariile științifice ale Universității libere din Amsterdam (1970-1971)
9. Zilele juridice româno-franceze, Paris —Orléans (1971)
10. Congresul juriștilor germani, Diisseldorf (1972) etc.

X. CURSURI ȘI PRELEGERI DESFĂȘURATE ÎN STRĂINĂTATE

Profesorul Vladimir Hanga a desfășurat activități didactice (universitate și postuniversitare) și în străinătate, la prestigioase universități, după cum urmează: Collège d'Europe, Bruges, 1971 (*L'inspiration et la mise en oeuvre du droit dans la Roumanie*), în Franța (Societatea de drept comparat din Paris), Facultatea de Drept din Strassbourg (1969) având ca temă *Le droit geto-dace*. În Olanda a conferențiat la Universitatea liberă și Facultatea de Drept din Amsterdam și Leiden (1971) pe teme *Reflections sur Grotius* și *La reception du droit romano-byzantin dans les Principautés Roumaines*.

La Congresul juriștilor de la Düsseldorf (1972) a vorbit despre *Nicolae Titulescu und die europäische Verständigung*.

În anul 1974, a conferențiat la Facultatea de Drept din Heidelberg despre *Die Rezeption des römisch-byzantinischen Rechtes in den rumänischen Fürstentümern. Theorien und Realitäten*, la Facultatea de Drept din Kiel despre *Der Beitrag Nicolae Titulescu zur Lösung einiger Fragen des Völkerrechte und der internationalen Beziehungen*, iar la Institutul Max Planck pentru istoria dreptului din Frankfurt am Main, despre *Der siebenbürgische Humanist Johannes Honterus – als Rechtswissenschaftler*.

În cadrul Seminarului de studii organizat de Universitatea din Sassari (Italia), a conferențiat în 1976 despre *Importanza del diritto romano*; la Colocviul internațional de romanistică de la Leipzig (1977) despre *Römisches Recht und aktuelles Recht*, iar la Facultatea de Drept din Geneva despre *L'actualité du droit romain*, în anul 1978.

La Geneva și New York, între anii 1977 -1984 a avut calitatea de expert O.N.U. la ședințele privind drepturile civile și politice, participând activ la discuțiile, propunerile și soluțiile Comitetului.

XI. CONDUCĂTOR DE DOCTORAT

A condus doctorate în specializările Drept roman și Istoria dreptului românesc la UBB Cluj-Napoca. Printre cei îndrumați se numără: Mircea-Dan Bob (profesor de Drept Roman și Drept civil – Succesiuni la UBB Cluj-Napoca), Durido Buia (fost profesor de Drept Roman și Procedura civilă, la UBB Cluj-Napoca și Univ. Dimitrie Cantemir Cluj-Napoca), Ioan Floca (fost profesor de Drept bisericesc și administrație la Institutul teologic universitar din Sibiu) Radu Ghidău (avocat, fost preparator la Drept Roman la UVG Arad), Radu Mihnea (avocat, conferențiar la Drept Roman și Drept civil – Obligații la Univ. Dimitrie Cantemir Cluj-Napoca), Ioan Trifa (profesor și fost decan al Facultății de Drept a UVG Arad) și Gheorghe Vîja (fost președinte al tribunalului Sibiu, fost conferențiar la Istoria Dreptului la ULB Sibiu).

STUDII

ORDINEA OAMENILOR LIBERI. O SCURTĂ INCURSIUNE ÎN ISTORIA ANALIZEI ECONOMICE A DREPTULUI

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.1
Data publicării online: 16.03.2021

Lucian BERCEA, Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU*

Rezumat: La aproximativ o jumătate de secol de la formarea curentului de gândire juridică care se numește analiza economică a dreptului (*law & economics*), este foarte clar că aplicarea instrumentelor, ideilor și conceptelor cu care operează știința economică în analiza juridică și evaluarea dreptului pe baza finalităților sale economice constituie o provocare serioasă pentru juriști, chiar și pentru cei din sistemele de *common law*, unde trebuie căutate originile *law & economics*. Virulent contestată și, în aceeași măsură, apărută, deconstruită și reformulată, prin aportul sociologiei, al psihologiei și al studiilor comportamentale, analiza economică a dreptului a urmat evoluțiile care au marcat știința economică a ultimelor decenii și a reușit, în cele din urmă, să pătrundă și în acele sisteme și doctrine juridice care au fost, tradițional, refractare la orice încercare de contaminare, mai ales dacă provenea din spațiul anglo-saxon. Studiul de față încearcă să exploreze originile și fundamentul intelectual al analizei economice a dreptului, prezentând, totodată, principalele critici și reconsiderări ale acestui influent curent de gândire, prin referire, pe de o parte, la câteva aplicații ale acestuia, în dreptul proprietății, dreptul contractelor și dreptul societar, și, pe de altă parte, la unele dintre contribuțiile principale, care au marcat curentul în evoluția sa și care ar trebui să reprezinte lecturi de bază pentru juristul care, format într-un sistem de învățământ juridic hiper-pozitivist, caută alternative

* Prof.univ.dr. Lucian Bercea. Lect.univ.dr. Dan-Adrian Cărămidariu, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara.

de înțelegere și aprofundare a dreptului. Altfel spus, studiul de față își propune să contribuie la vehicularea unor idei și a unor nume care au rămas mult prea străine juristului român.

Cuvinte cheie: liberalism economic, analiza economică a dreptului, metoda economică.

FREE MEN'S ORDER. A SHORT INCURSION INTO THE HISTORY OF LAW & ECONOMICS

Anstract: About half a century after the formation of the current of legal thinking called law & economics, it is evident that the application of instruments, ideas and concepts with which economic science operates in legal analysis and the evaluation of law based on its finalities and its economic challenges are a severe challenge for lawyers, even for those in common law systems.

Virtually challenged and, to the same extent, defended, deconstructed and reformulated, through the contribution of sociology, psychology and behavioural studies, the economic analysis of law has followed the developments that have marked the economic science of recent decades. It has finally managed to penetrate those legal systems and doctrines that have been refractory, by tradition, to any attempt of legal contamination, especially if it came from the Anglo-Saxon space.

The present study attempts to explore the origins and intellectual foundation of the economic analysis of law while presenting the main criticisms and reconsiderations of this influential current of thought by referring, on the one hand, to several applications of it, in property law, contracts and company law, and, on the other hand, to some of the main contributions which have marked the current in its evolution and which should be essential readings for the lawyer who, formed in a hyper-positivist legal system of education, seeks alternatives for understanding and deepening the law. In other words, the present study aims to contribute to the circulation of ideas and names that have lingered far too foreign to the Romanian jurist.

Keywords: economic liberalism, law & economics.

Cuprins

I.	Imperialismul deprimant al științelor economice.....	41
II.	Originile	46
A.	Liberalism economic și ordine juridică.....	46
B.	Contribuții seminale: Coase, Calabresi, Posner.....	51
III.	Fundamentul intelectual și programul științific al analizei economice a dreptului.....	65
IV.	Metoda economică în studiul dreptului	77
V.	Critica analizei economice a dreptului	85
A.	Critica normativă.....	85
B.	Critica metodologică.....	91
VI.	Economia comportamentală și dreptul. Consecințele paternalismului.....	97
A.	Critica psihologică sau limitele reale ale modelelor analizei economice a dreptului.....	97
B.	<i>Behavioral law & economics, nudging</i> și paternalismul liberal	102
VII.	Câteva aplicații. Economia proprietății, a contractelor și a corporațiilor..	108
VIII.	Concluzii. Utilitatea (necesitatea?) <i>law & economics</i>	119

I. Imperialismul deprimant al științelor economice

În 1849, istoricul, filosoful și matematicianul scoțian Thomas Carlyle avertiza că există o știință mohorâtă și deprimantă care pare să fi găsit secretul Universului în ofertă și cerere („*supply and demand*”). Apriga luptă dintre acestea atenționează asupra unei realități dure: raritatea resurselor este omniprezentă și atotpătrunzătoare, forțându-l în permanență pe om să facă alegeri, să decidă între mijloace și scopuri concurente, să aleagă între satisfacții prezente sau viitoare, știind că nimic nu va putea fi obținut decât prin efort și sacrificiu, pentru că totul are un cost. În cuvinte puține, ideea de

bază a științei economice este o veste proastă, dar previzibilă: „*there is no such thing as a free lunch*”.¹

Când Carlyle scria despre această „*dismal science*”², o făcea negreșit sub influența unor evoluții care, cu câteva decenii înainte, păreau inimaginabile: Revoluția industrială distrusese relații și cutume sociale vechi de secole, produsese invenții și inovații care îi dădeau omului un ascendent formidabil asupra naturii și pusese bazele consumului de masă. În același timp, conturase o lume rece, în care adevăratul ascendent era, de fapt, al capitalului, iar acumularea avuțiilor devenea scopul primordial, căruia i se subordonau politica și societatea, în ansamblu, și față de care pauperizarea accentuată a proletariatului, exploatarea cruntă a copiilor și, în anumite părți ale lumii, a sclavilor³ nu erau altceva decât pagube colaterale.

Tabloul înfricoșător pictat de pastorul-economist Thomas Robert Malthus, marcat de foamete și sărăcie, previziunile pesimiste ale lui David Ricardo și, în general, indiferența primilor apostoli ai acestei științe față de relele noii lumi l-au revoltat negreșit pe Carlyle, care îi disprețuia pe cei care predicau binefacerile capitalismului incipient și considera că dezbaterile

¹ Adagiul, folosit adesea în manualele de economie și utilizat de Milton Friedman pentru titlul unei cărți publicate în 1975, trebuie legat de practica unor localuri americane din secolul al XIX-lea de a oferi mese de prânz gratuite clienților care cumpărau cel puțin o băutură. Cum mâncarea era foarte sărată, clienții sfârșeau prin a comanda și alte băuturi.

² „*Dismal*” înseamnă 1. mohorât, deprimant; 2. jalnic, lamentabil.

³ Calificând știința economică ca sumbră, abjectă și deprimantă („*dreary, desolate and, indeed, quite abject and distressing*”), Carlyle căuta argumente în favoarea reintroducerii sclaviei în coloniile britanice din Indiile de Vest. După cum se știe, în prima jumătate a secolului al XIX-lea, Marea Britanie a abolit sclavia în colonii (inclusiv în cele a căror economie depindea de munca sclavilor, precum insulele producătoare de zahăr din Marea Caraibelor) și a demarat o campanie globală împotriva acesteia, impunând restricții și sancțiuni comerciale statelor care continuau să o practice.

despre ideile lui Malthus și Ricardo îl lasă pe observator fără speranță, și pentru această lume, și pentru cealaltă („*without hope for this world or the next*”).⁴

Deși opiniile istoricului scoțian, promotor în Marea Britanie al funestului romantism german, au fost viguros combătute de John Stuart Mill, unul dintre oamenii de știință englezi cu remarcabile contribuții la consolidarea economiei în secolul al XIX-lea, metafora formidabilă despre „*știința sumbră*” nu a mai putut fi dislocată și a fost adesea folosită de către criticii economiei și ai economiștilor și chiar de către economiști înșiși.⁵ Cu toate acestea, „*mizerabila știință*” a avut foarte mult noroc, s-ar putea spune, pentru că începând cu jumătatea secolului al XIX-lea a pornit într-o aventură de durată, la finalul căreia a marcat toate celelalte științe sociale, impregnându-le cu propriile metode de cercetare și orientându-le spre propriile mijloace și obiective.

⁴ A se vedea Th. Carlyle, *Chartism*, 1839, republicat în *The Works of Thomas Carlyle*, vol. 29, Charles Scribner's Sons, New York, 1904, p. 200, citat în J. Persky, *Retrospectives. A Dismal Romantic*, în *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, nr. 4, 1990, pp. 165-172, în special p. 166.

⁵ Cu altă ocazie, Carlyle a scris despre economie că ar fi „*pig philosophy*”, iar John Ruskin, elev al lui Carlyle și fin observator al relațiilor economice din vremea sa, a denumit-o „*a bastard science*”. În fine, pentru Robert Southey, un radical poet romantic, devenit ultra-conservator, economia nu era decât o pseudo-știință. A se vedea J. Persky, *op. cit.*, p. 171. De remarcat că economiști de calibrul profesori la universități celebre, s-au folosit de metafora lui Carlyle în cărțile lor de popularizare a economiei. A se vedea, *exempli gratia*, Ch. Wheelan, *Naked Economics. Undressing the Dismal Science*, W.W. Norton & Company, New York, 2002; D. Rodrik, *Economics Rules. The Rights and Wrongs of the Dismal Science*, W.W. Norton & Company, New York, 2015; J. Aldred, *Licence to Be Bad. How Economics Corrupted Us*, Allen Lane, 2019.

Din acest punct de vedere, nici dreptul nu avea cum să reziste cu succes imperialismului științelor economice.⁶ La aproximativ o jumătate de secol de la formarea curentului de gândire juridică care se numește *analiza economică a dreptului (law & economics)*, este foarte clar că aplicarea instrumentelor, ideilor și conceptelor cu care operează știința economică în analiza juridică și evaluarea dreptului pe baza finalităților sale economice constituie o provocare serioasă pentru juriști, chiar și pentru cei din sistemele de *common law*, unde trebuie căutate originile *law & economics*. Virulent contestată și, în aceeași măsură, apărută, deconstruită și reformulată, prin aportul sociologiei, al psihologiei și al studiilor comportamentale, analiza economică a dreptului a urmat evoluțiile care au marcat știința economică a ultimelor decenii și a reușit, în cele din urmă, să pătrundă și în acele sisteme și doctrine juridice care au fost, tradițional, refractare la orice încercare de contaminare, mai ales dacă provenea din spațiul anglo-saxon.

Dominația politică, economică și culturală pe care Statele Unite ale Americii au exercitat-o începând cu 1945, prăbușirea blocului statelor socialiste în 1989-1991, globalizarea accentuată și impunerea, în contextul acesteia, a unor modele și instrumente juridice de afaceri specifice spațiului

⁶ A se vedea G. J. Stigler, *Economics: The Imperial Science?*, în *Scandinavian Journal of Economics* vol. 86, nr. 3, 1984, pp. 301-313. Stigler, eminent reprezentant al Școlii de la Chicago și laureat al Premiului Nobel pentru economie, concluzionează: „*So economics is an imperial science: it has been aggressive in addressing central problems in a considerable number of neighbouring social disciplines and without any invitation*” (p. 311). Dacă pe Carlyle știința economică îl umplea de dezgust, la mai puțin de un secol de la acida sa critică, Keynes era convins că „*ideile economiștilor și filosofilor politici, atât atunci au dreptate, cât și atunci când nu au dreptate, sunt mult mai puternice decât este înțeles în mod obișnuit. Într-adevăr, acestea conduc în mare parte lumea*” (J. M. Keynes, *Teoria generală a ocupării forței de muncă, a dobânzii și a banilor*, Publica, București, 2009, p. 456). De la constatarea lui Keynes la observația lui Stigler nu pare să fie decât un mic pas.

anglo-saxon⁷ au consolidat foarte mult influența *law & economics* în teoria juridică și economică, dar și în procesele de legiferare, atât la nivel internațional, cât și la nivelul unor sisteme naționale. De asemenea, analiza economică a dreptului se predă, astăzi, în marile școli de drept, în special în Statele Unite ale Americii, Marea Britanie și Germania, și continuă să genereze o amplă literatură de specialitate, sintetizată *inter alia* în manuale universitare⁸ și lucrări cu caracter enciclopedic sau de dicționar.⁹

Studiul de față încearcă să exploreze originile și fundamentul intelectual al analizei economice a dreptului, prezentând, totodată, principalele critici și reconsiderări ale acestui influent curent de gândire, prin referire, pe de o parte, la câteva aplicații ale acestuia, în dreptul proprietății, dreptul contractelor și dreptul societar, și, pe de altă parte, la unele dintre contribuțiile principale, care au marcat curentul în evoluția sa și care ar trebui

⁷ A se vedea K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019. Autoarea argumentează în esență că dreptul, așa cum este înțeles și practicat mai ales în SUA și în Marea Britanie, reprezintă un instrument de favorizare a acumulării de capital, de consolidare a averilor și de dominație economică a marilor companii asupra statelor, dreptul fiind indispensabil capitalului, din acest punct de vedere.

⁸ A se vedea, printre altele, R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9th Edition, Wolters Kluwer, 2014, respectiv mai accesibilele R. B. Cooter Jr., Th. Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Pearson, 2014; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Fifth Edition, Wolters Kluwer, 2019. Pentru o introducere de limbă franceză, a se vedea E. Mackaay, St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008. În spațiul juridic de limbă germană cel mai utilizat manual de analiză economică a dreptului (privat) este H. B. Schäfer, C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer Gabler, 5. Auflage, Berlin, 2012.

⁹ A se vedea, spre exemplu, F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics. Volume 1: Methodology and Concepts; Volume 2: Private and Commercial Law; Volume 3: Public Law and Legal Institutions*, Oxford, 2017; E. Zamir, D. Teichman (ed.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, 2014; F. Parisi, *The Language of Law and Economics. A Dictionary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

să reprezinte lecturi de bază pentru juristul care, format într-un sistem de învățământ juridic hiper-positivist, caută alternative de înțelegere și aprofundare a dreptului. Altfel spus, studiul de față își propune să contribuie la vehicularea unor idei și a unor nume care au rămas mult prea străine juristului român.

II. Originile

A. Liberalism economic și ordine juridică

Premisele fundamentale pe care se construiește analiza economică a dreptului (și la care aderă majoritatea cercetătorilor care se revendică de la acest curent) trebuie căutate în economia neoclasică, în special în teoria prețurilor și alocării resurselor, individualismul metodologic, maximizarea rațională a utilității / a profitului și calculul marginal. Acestea pot fi aplicate cu succes în înțelegerea și evaluarea regulilor și instituțiilor de drept.¹⁰

Pentru adepții *law & economics*, acest curent de gândire reprezintă cea mai importantă inovație în știința dreptului de la Codul lui Hammurabi încoace, respectiv de la conștientizarea de către comunitățile umane a

¹⁰ A se vedea E. M. Fink, *Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics*, în *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, p. 932. A se vedea și definiția din B. A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1017: „1. A discipline advocating the economic analysis of the law, whereby legal rules are subjected to a cost-benefit-analysis to determine whether a change from one legal rule to another will increase or decrease allocative efficiency and social wealth. Originally developed as an approach to antitrust policy, law and economics is today used by its proponents to explain and interpret a variety of legal subjects. (...)”. A se vedea, de asemenea, și explicațiile din Th. J. Miceli, *Economic Models of Law*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 1: *Methodology and Concepts*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 9-28, în special pp. 18-23.

necesității unor reguli de conviețuire socială, astfel încât extinderea științei economice asupra dreptului nu poate să fie decât o necesitate, iar imperialismul amintit *supra* pare să își găsească o temeinică justificare. De abia de la momentul apariției analizei economice a dreptului, legea devine veritabil obiect al cunoașterii științifice, un obiect de studiu cu caracter formal și cuantificabil.¹¹

Dacă cititorul ar considera, dând crezare celor care văd în *law & economics* prima și cea mai importantă inovație în știința dreptului, că analiza economică oferă răspunsuri finale și incontestabile la întrebările care frământă dreptul, precum rosturile democrației, utilitatea pedepsei cu moartea, necesitatea interdicției avortului sau liberalizarea consumului de droguri, ar trebui probabil avertizat cu severitate. Analiza economică a dreptului nu pretinde să rezolve pentru totdeauna niciuna dintre aceste probleme, însă reușește să ofere cercetătorului în drept o (nouă) metodă de investigare a acestor probleme, contribuind esențial la înțelegerea funcționării sistemului juridic¹² și, ulterior, la formularea unor propuneri de reformare.

Analiza economică a dreptului a demonstrat, printre altele, că reglementarea cu caracter supletiv a contractelor particulare, instituirea unui regim al răspunderii delictuale sau sancționarea unor abuzuri de putere în

¹¹ A se vedea N. Georgekapoulos, *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 3. Am discutat despre originile și fundamentul analizei economice *inter alia* în D.-A. Cărămidariu, *Juriști și economiști. Despre o reciprocă ignorare: analiza economică a dreptului în doctrina juridică din România*, în R. Bercea, A. Mercescu (ed.), *Despre juriști*, Universul Juridic, București, 2017, pp. 240-280. Prezentul studiu reia parțial unele dintre ideile expuse cu acea ocazie.

¹² A se vedea R. A. Posner, *The Economic Approach to Law*, în *Texas Law Review*, vol. 53, 1975, pp. 757-782, în special p. 768.

relațiile economice, posibile numai din cauza imperfecțiunii piețelor, este necesară și utilă, a oferit o justificare economic-rațională anumitor instituții și le-a repudiat pe altele, arătând convingător de ce anumite tipuri de intervenții (legislative și judiciare, deopotrivă) ar trebui abandonate.

De aceea, putem pleca în explorarea originilor și fundamentului analizei economice a dreptului de la constatarea că aceasta este, în primul rând, o metodă care împrumută conceptele din economie pentru a înțelege mai bine dreptul. Ea se situează la confluența celor două discipline, fără a face parte nici din drept, nici din economie. Analiza economică a dreptului nu înlocuiește metodele tradiționale ale juristului, ci le completează.¹³ Într-adevăr, ambiția de a constitui o completare a metodelor tradiționale ale juristului înseamnă mult mai puțin decât ambiția de a reprezenta cea mai mare inovație în drept de la Codul lui Hammurabi încoace.

Originile curentului de gândire *law & economics* trebuie plasate cu mult înainte de secolul al XX-lea, pentru că elemente de analiză economică a dreptului se regăsesc *inter alia* la Thomas Hobbes, Adam Smith, David Ricardo, Frédéric Bastiat, Jeremy Bentham și John Stuart Mill.

Iată câteva exemple, dincolo de cel, probabil foarte cunoscut, al lui Adam Smith, preocupat de efectele economice ale legislației specifice mercantilismului secolelor al XVII-lea și al XVIII-lea. La începutul secolului al XIX-lea, confruntat cu consecințele celebrelor *Corn Laws*, acte normative care restricționau puternic importul de cereale ieftine de pe continent în Marea Britanie, Ricardo a studiat evoluția productivității agricole în raport de aceste legi. Bastiat, un reprezentant de seamă al liberalismului francez din aproximativ aceeași perioadă, a publicat în 1850, cu puțin înainte de a muri,

¹³ A se vedea Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, p. XXI.

un eseu intitulat *La Loi*, în care a observat acele consecințe (economice) ale legii pe care legiuitorul nu le-ar fi intenționat.¹⁴ Contribuțiile lui Bentham și Mill privesc modelul metodologic al lui *homo oeconomicus*, premisă esențială pentru orice analiză (micro)economică și, deci, și pentru demersurile de tip *law & economics*. Vom reveni asupra acestui model în cele ce urmează.

Două tradiții intelectuale de anvergură pot fi identificate în analiza economică a dreptului.¹⁵ Prima este, într-adevăr, aceea a economiei politice, care pleacă de la Adam Smith și continuă până în zilele noastre printr-o serie lungă de economiști de calibru, indiferent de orientarea lor ideologică. Interesul față de drept al economiei politice își are originile în importanța normei juridice pentru piață.

Legea care guvernează drepturile de proprietate, contractele și libertatea comerțului joacă fără îndoială un rol important în funcționarea piețelor, astfel că orice preocupare față de piață și jocul dintre cerere și ofertă stârnește un interes față de drept și față de felul în care normele juridice influențează comportamentele economice ale participanților la piață. Dacă piața reprezintă ordinea spontană a cetățenilor liberi¹⁶, ea leagă ordinea economică de ordinea juridică, întrucât prima trebuie, pe de o parte, apărată

¹⁴ A se vedea E. Mackaay, *History of Law and Economics*, în B. Bouckaert, G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Northampton, vol. 1, 2000, pp. 67-68. A se vedea și K. N. Hylton, *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, în *Maryland Law Review*, vol. 64, nr. 1, 2005, pp. 85-107, în special pp. 86-89; Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, pp. 7-17, iar pentru influența lui Bastiat asupra modului de a înțelege realitățile economice, a se vedea H. Hazlitt, *Economia într-o singură lecție*, Liberalis, Iași, 2020.

¹⁵ A se vedea E. W. Kitch, *The Intellectual Foundations of "Law and Economics"*, în *Journal of Legal Education*, vol. 33, 1983, pp. 184-196, în special pp. 184-185.

¹⁶ A se vedea G. Mursa, *Logica pieței*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014, în special pp. 69-116.

de cea de-a doua, iar, pe de altă parte, tot prin intermediul ordinii juridice, plasată în interiorul unor limite care echilibrează imperativul eficienței cu regulile echității.

A doua tradiție, perceptibilă în doctrina americană, este aceea a școlilor de drept, în care analiza economică a dreptului s-a dezvoltat cu ajutorul curentului *legal realism*.¹⁷ Conform acestuia, juriștii trebuie să studieze dreptul în practică, utilizând în acest scop științele sociale, inclusiv economia. Cea mai convingătoare pledoarie în acest sens rămâne în continuare cea semnată de Oliver Wendell Holmes în *The Path of the Law*, în 1897, prin care acesta anticipa unele dintre curentele gândirii juridice americane din secolul al XX-lea, printre care și *law & economics*.¹⁸

Factorii care au determinat, la jumătatea secolului al XIX-lea, un prim interes al economiei față de drept au fost sintetizați astfel: (i) utilizarea pe scară largă a unor modele evoluționiste atât în drept, cât și în știința economică; (ii) influența școlii istorice germane, care i-a încurajat pe economiști să studieze în detaliu instituțiile sociale, printre care și dreptul; (iii) apariția teoriilor utilitariste ale bunăstării, preocupate de relația între distribuția resurselor și eficiență; (iv) dezvoltarea în general a științelor sociale, din care făceau parte atât dreptul, cât și economia, împreună cu

¹⁷ Prin „*legal realism*” se înțelege teoria conform căreia dreptul nu se bazează pe norme sau principii juridice, ci pe decizii judecătorești derivând din interese sociale și politici publice. Astfel, analiza politicilor publice este utilizată pentru soluționarea unei probleme juridice, căutându-se cea soluție care promovează cel mai bine bunăstarea publică. A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1034.

¹⁸ Cuvintele judecătorului O. W. Holmes despre importanța economiei în formarea juristului și critica sa la adresa „*divorțului*” dintre drept și economie au fost reluate și în studiile de doctrină din România, mai ales că eseul lui Holmes a fost tradus în limba română. A se vedea O. W. Holmes, *Cărarea dreptului*, trad. de L. Bojin și C. Valentin, în *Noua Revistă de Drepturile Omului*, nr. 3/2006, pp. 159-176.

creința larg împărtășită că științele sociale ar trebui unificate.¹⁹ Percepția dreptului în acea epocă ca fiind un instrument de administrare, aflat în serviciul factorului politic, îl obliga practic pe jurist să se intereseze de chestiunile economice.²⁰

Această primă preocupare a economiștilor pentru analiza dreptului a cunoscut un declin în perioada interbelică, cauza acestuia fiind metoda utilizată, criticabilă sub multe aspecte și apreciată ulterior de către istoricii gândirii economice ca fiind prea puțin științifică, respectiv lipsită de rigoare și de o structură logică definită, prea ușor verificabilă și aproape imposibil de infirmat.²¹

B. Contribuții seminale: Coase, Calabresi, Posner

Curentul analizei economice a dreptului a reapărut, de data aceasta în toată forța, începând cu deceniile al șaselea și al șaptelea ale secolului trecut, fiind eminamente legat de Școala de la Chicago.²² La baza analizei economice a dreptului se găsește filosofia economică a Școlii de la Chicago, pentru că în

¹⁹ A se vedea H. Hovenkamp, *The First Great Law & Economics Movement*, în *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 993-1058, în special p. 1056.

²⁰A se vedea R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 14.

²¹A se vedea Lanneau, *op. cit.*, p. 15. Autorul francez trimite la M. Blaug, *La Méthodologie Economique*, 2^{ème} édition, Economica, Paris, p. 110. Economistul britanic M. Blaug este considerat a fi unul dintre cei mai influenți istorici ai gândirii economice, lucrarea sa de referință fiind considerată *Economic Theory in Retrospect* (1962), tradusă în limba română în 1992: *Teoria economică în retrospectivă*, Editura Didactică și Pedagogică, București.

²² Pentru istoria ideilor Școlii de la Chicago, care a generat o amplă literatură exegetică, a se vedea R. Van Horn, Ph. Mirowski, *The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism*, în Ph. Mirowski, D. Plehwe (ed.), *The Road from Mont Pelerin. The Making of the Neoliberal Thought*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015 (2009), pp. 139-178.

cadrul acesteia s-au conturat primele elemente veritabile de analiză economică a normei juridice și, ulterior, programul științific al acestui curent de gândire. Nașterea *law & economics* la Chicago este esențial legată de Ronald Coase, Guido Calabresi și Richard Posner, despre contribuțiile decisive ale acestora urmând să discutăm în cele ce urmează.

Mai întâi, Ronald Coase. Acesta se impune în analiza economică a dreptului prin articolul *The Problem of Social Cost* din 1960, în care extinde asupra juridicului conceptul costurilor de tranzacție, pe care îl elaborase în 1937 în lucrarea *The Nature of The Firm*. Totuși, analiza efectuată de Coase nu este în întregime originală, acesta amintind într-un articol, de asemenea celebru, faptul că a fost inspirat de economistul liberal Frank Knight, unul dintre fondatorii Școlii de la Chicago.²³

Teorema lui Coase nu poate fi evidențiată în absența unei scurte discuții asupra costurilor de tranzacție.²⁴ Costurile de tranzacție sunt costurile suportate de părțile unui contract pentru a-și procura informațiile necesare încheierii acestuia, în vederea coordonării acțiunilor lor. Asupra definirii costurilor de tranzacție nu s-a putut realiza un consens în literatura economică, motiv pentru care teoremei lui Coase îi lipsește o dovadă formală. Mai mult, Coase nu a considerat niciodată ideile enunțate în lucrarea *The Problem of Social Cost* ca alcătuind o teoremă corectă și completă din punct de vedere științific, opiniile sale fiind ridicate la acest rang de către George

²³ A se vedea R. H. Coase, *Law and Economics at Chicago*, *The Journal of Law and Economics*, vol. 36, nr. 1, 1993, pp. 239-254, în special p. 250. Coase citează studiul lui F. H. Knight din 1924, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, publicat în *Quarterly Journal of Economics*, vol. 38, nr. 4, pp. 582-606. Knight critica teoriile microeconomice enunțate de economistul britanic A. C. Pigou, Coase reluând și extinzând aceste critici.

²⁴ A se vedea Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, pp. 184-191; T. Kirat, *Économie du droit*, Éditions La Découverte, Paris, 2012, pp. 56-58.

Stigler. Însă, primii autori de *law & economics* s-au servit cu larghețe de această teoremă, folosind-o pentru analiza efectelor diverselor propuneri de norme juridice și motivându-și pe baza ei opțiunile de politică legislativă.

Întrebarea esențială pe care și-a pus-o analiza economică a dreptului este, din acest punct de vedere, următoarea: poate ordinea juridică să garanteze / să contribuie la / să îmbunătățească eficiența economică? Aceasta nu este altceva decât acea situație ideală în care resursele rare sunt alocate sau realocate în așa fel încât necesitățile să fie satisfăcute în cel mai înalt grad posibil, bunăstarea socială fiind, astfel, maximizată.²⁵ Poate, deci, dreptul să contribuie la detensionarea relației fundamentale și permanent antagonice dintre raritatea resurselor și infinitul necesităților, sau, prin felul în care modelează comportamentele subiecților de drept și le orientează alegerile cu conținut economic, amplifică tensiunea?

Ordinea juridică distribuie *ab initio* drepturile subiective prin enunțarea de norme și prin jurisprudență, ceea ce ar corespunde unei alocări originare a resurselor în societate. Însă, participanții la circuitul juridic

²⁵ Într-un limbaj riguros, ar trebui să ne referim la „eficiența alocativă”, care caracterizează obținerea celei mai bune combinații de bunuri cu cea mai eficientă alocare de resurse și care include atât eficiența producției, cât și a distribuției. Însă, economiștii par să pună, uneori, semnul egalității între noțiunile de „eficiență alocativă”, „eficiență economică” și „bunăstare economică”. A se vedea C. Angelescu *et al.*, *Dicționar de Economie*, ediția a 2-a, Editura Economică, București, 2001, pp. 188-189. În toate cazurile, eficiența se leagă natural de economia de piață, majoritatea manualelor de economie operând cu acest concept. A se vedea, *inter alia*, R. G. Lipsey, K. A. Chrystal, *Principiile economiei*, Editura Economică, București, 2002, pp. 27-28; J. E. Stiglitz, C. E. Walsh, *Economie*, Editura Economică, București, 2005, p. 44; N. G. Mankiw, M. P. Taylor, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 2012, pp. 184-185. Am discutat despre eficiență în economie și în drept în D.-A. Cărămidariu, *Eficiența economică, un principiu în dreptul contractelor*, în L. Bercea (ed.), *Contractele nenumite în afaceri*, Universul Juridic, București, 2017, pp. 115-128, în special pp. 116-119.

transferă aceste resurse unii altora, prin încheierea de acte juridice, în special contracte, în virtutea autonomiei de voință și libertății contractuale. Astfel, drepturile subiective sunt redistribuite în societate, în funcție de interesele sociale și economice ale indivizilor.

În aceste condiții, esențială pentru răspunsul la întrebarea dacă ordinea *de lege lata* încurajează eficiența economică sau risipa este redistribuirea drepturilor ca urmare a tranzacțiilor încheiate între particularii participanți la circuitul juridic, iar nu distribuția originală, întrucât numai redistribuirea pe care o realizează particularii este, în final, decisivă pentru alocarea resurselor în societate și economie. Ca urmare, trebuie analizat în ce fel influențează ordinea juridică redistribuirea drepturilor subiective, care rămâne determinantă pentru alocarea resurselor și, deci, pentru procesele economice de producție și consum, respectiv de satisfacere a nevoilor. Acestea sunt problemele pe care Coase a încercat să le soluționeze prin lucrarea sa din 1960.

Potrivit teoremei lui Coase, într-o societate în care (i) drepturile subiective, în special dreptul de proprietate, sunt enunțate într-o manieră clară, lipsită de echivoc, (ii) libertatea contractuală, respectiv libertatea de acțiune a indivizilor este garantată și (iii) costurile de tranzacție, respectiv costurile informării, coordonării acțiunilor individuale și ale recunoașterii, respectiv satisfacerii drepturilor individuale, sunt nule, alocarea resurselor va fi mereu aceeași și Pareto-eficientă²⁶, indiferent de modalitatea în care au fost

²⁶ În accepțiunea economistului italian Vilfredo Pareto, atunci când bunurile sunt distribuite între indivizi, orice creștere a satisfacției unui consumator se va traduce prin reducerea satisfacției a cel puțin unui alt consumator. Această prezumție i-a permis enunțarea condiției de eficiență care îi poartă numele (*optimul Pareto*): o distribuție de valori economice între două persoane este Pareto-optimă atunci când nu mai există nicio posibilitate de schimb care ar face-

distribuite inițial drepturile subiective. În esență, Coase arată că, în absența costurilor de tranzacție, alocarea resurselor este independentă de distribuția drepturilor de proprietate. Cu alte cuvinte, în ipoteza inexistenței costurilor de tranzacție, distribuția inițială a drepturilor de proprietate nu poate afecta eficiența.

Teorema lui Coase nu privește decât drepturi care pot face obiectul unor acte juridice, respectiv al contractelor care privesc, *lato sensu*, schimbul de resurse. Apoi, din perspectiva teoremei, costurile de tranzacție includ și acele costuri aferente utilizării mecanismelor pieței de către subiecții de drept participanți la circuitul civil. Într-adevăr, din acest punct de vedere, piața este circuitul civil.

I s-a reproșat lui Coase că teorema sa: (i) nu ar reprezenta un real progres față de ceea ce s-ar fi spus în microeconomie până atunci; (ii) ar fi o tautologie; (iii) ar ignora comportamentele strategice ale participanților la viața socială și economică (spre exemplu, comportamentul pasagerului clandestin²⁷); (iv) ar ignora asimetriile (în special, de forță economică) dintre

o pe cel puțin una dintre cele două mai bine situată, fără a o face pe cealaltă mai rău situată. Optimul Pareto a fost supus unor critici serioase, fiind propusă înlocuirea sa cu criteriul elaborat de N. Kaldor și J. Hicks. Pentru analiză, a se vedea N. B. Oman, *The Dignity of Commerce. Markets and the Moral Foundations of Contract Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2016, pp. 67-76, iar, în literatura juridică din România, R. Rizoiu, *Garanțiile reale mobiliare. O abordare funcțională*, Universul Juridic, București, 2011, pp. 123-126; C. Paziuc, *Răspunderea contractuală. O analiză juridică și economică*, Universul Juridic, București, 2019, pp. 36-38.

²⁷ Pasagerul clandestin este persoana care vrea să obțină un avantaj fără a furniza ceva în contrapartidă. Comportamentele de tipul pasagerului clandestin („*free rider*”) se manifestă în special în legătură cu utilizarea bunurilor publice care pot fi consumate simultan de mai multe persoane, fără ca utilitatea fiecăruia în parte să poată fi măsurată. Noțiunea pasagerului clandestin contribuie la analiza eșecurilor de piață.

părțile contractului, care, de multe ori, ar avea un impact semnificativ asupra rezultatului tranzacției.

După Coase, ori de câte ori există costuri de tranzacție, acestea fiind mai mari decât zero, ordinea juridică și distribuția originală a drepturilor pe care aceasta o realizează au o influență certă asupra eficienței alocării resurselor și, în consecință, asupra bunăstării societății. Cu cât aceste costuri de tranzacție sunt mai mari, cu cât participanții la circuitul civil sunt nevoiți să aloce resurse tot mai mari pentru a se informa, a-și coordona acțiunile pe piață și a-și satisface drepturile în justiție, cu atât mai proastă (mai puțin eficientă) ar trebui să fie alocarea resurselor și, în consecință, mai scăzută bunăstarea socială. Aceasta nu este o tautologie, ci o observație empirică plină de consecințe. Criticii potrivit căreia opiniile sale nu reprezintă o contribuție nouă la înțelegerea problematicii economice și a legăturilor între economie și drept, Coase i-a răspuns după cum urmează: „*I showed, as I thought, that if transaction costs were not introduced into the analysis, for the range of problems considered, the law has no purpose*”²⁸; cu alte cuvinte, nu ar putea fi identificat scopul unei legi în absența noțiunii de costuri de tranzacție, pentru că scopul legii ar trebui să fie tocmai acela de a minimiza costurile de tranzacție.

La un an după apariția articolului *The Problem of Social Cost* al lui Coase, Guido Calabresi, american de origine italiană, își publică ideile despre distribuția riscurilor și regimul juridic al răspunderii civile. Acest studiu, intitulat *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, este a

²⁸ A se vedea R. Coase, *The Nature of the Firm: Influence*, în *Journal of Law, Economics and Organisation*, vol. 4, nr. 1, 1988, pp. 33-47, în special p. 34.

doua contribuție semnificativă la dezvoltarea analizei economice a dreptului.²⁹

În 1970, Calabresi publică *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, în care își dezvoltă ideile legate de răspunderea civilă delictuală, pentru ca doi ani mai târziu, împreună cu profesorul A. Douglas Melamed, să propună, pe baza noțiunii de „*entitlement*”, o legătură între drepturile reale și răspunderea civilă.³⁰

Prin „*entitlement*” cei doi autori înțeleg îndrituirea pe care statul (ordinea juridică) o acordă unui particular asupra unui bun sau a unei situații juridice și prin care acesta tranșează între interesele conflictuale ale subiecților de drept, preferându-le pe unele altora și făcându-le, astfel, pe primele să prevaleze.³¹ Delimitarea cadrului conceptual bazat pe noțiunea de „*entitlement*” este apoi utilizată pentru o analiză a relației dintre dreptul de proprietate și fapta delictuală, întrebările la care se caută un răspuns fiind două: (i) în ce condiții se poate acorda / recunoaște o anumită îndrituire?; (ii) care sunt criteriile după care se aleg normele de protecție a îndrituirii

²⁹ A se vedea G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, în *The Yale Law Journal*, vol. 70, nr. 4, 1961, pp. 499-553. Dacă în acest articol și în cartea care i-a urmat Calabresi acreditează ideea că riscurile trebuie suportate de acela care o poate face la cel mai mic cost, iar identificarea respectivului poate fi realizată pe baza indicațiilor precise ale științei economice (deci, în mod obiectiv-științific), ulterior își nuanțează opinia și pare să îmbrățișeze o viziune culturalistă, care ia în considerare, în stabilirea subiectului care este „*the cheapest avoider of a cost*”, întregul sistem juridic, așa cum este el contaminat de opinii și atitudini. A se vedea, în acest sens, G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse University Press, 1985, în special p. 69.

³⁰ A se vedea G. Calabresi, A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, în *Harvard Law Review*, vol. 85, nr. 6, 1972, pp. 1089-1128. Pentru o analiză aplicată a conceptului de „*entitlement*” la unele norme și instituții din dreptul civil român, a se vedea Paziuc, *op. cit.*, pp. 31-36 (autorul utilizează conceptul *in extenso*, în cuprinsul întregii sale lucrări).

³¹ A se vedea Calabresi, Melamed, *op. cit.*, p. 1090.

recunoscute, respectiv cum se alege între regimul juridic al proprietății și cel al răspunderii într-o asemenea situație?

Premisa de la care pleacă studiul semnat de Calabresi și Melamed este aceea că diversele interese individuale, pe care legiuitorul le recunoaște și pe care este chemat să le cântărească, se bucură, tocmai în acest scop, de diverse instrumente de protecție, de putere și intensitate diferite. Într-adevăr, anumite interese devin „*drepturi ale omului*” și se bucură, în consecință, de o protecție care atinge, în anumite cazuri, absolutul. Altele sunt protejate prin intermediul legii penale, ceea ce înseamnă că, în cazul vătămării lor, costul remediilor este în sarcina statului, care inițiază și gestionează tragerea la răspundere a făptuitorului. În fine, alte interese recunoscute de lege se bucură de o protecție limitată: deși judecătorul îl poate obliga pe cel vinovat de lezarea dreptului sau interesului să renunțe la acțiunile sale vătămătoare și/sau să plătească despăgubiri, un asemenea rezultat nu va putea fi obținut de către subiectul lezat decât dacă acesta își asumă costurile procedurilor judiciare. Din acest motiv, standardul probator care se pretinde statului, atunci când inițiază demersuri împotriva unei persoane vinovate de încălcarea legii penale, este mai ridicat decât cel pretins reclamantului într-un litigiu civil.³²

Este foarte important a se ști care este natura și întinderea protecției pe care legiuitorul o consideră potrivită pentru fiecare tip de „*îndrituire*”, deși același drept sau interes al unui subiect poate fi apărat prin mijloace diferite, în funcție de situație. În concret, Calabresi și Melamed deosebesc între instrumentele sau mijloacele oferite de „*property rules*”³³, „*liability rules*”³⁴

³² *Idem*, p. 1092.

³³ Fără îndoială, autorii au în vedere regimul juridic al dreptului de proprietate (privată).

³⁴ Este vorba despre regimul răspunderii civile, delictuale și contractuale.

și de ceea ce ei numesc „*inalienable entitlements*”.³⁵ Legiuitorului nu îi revine numai sarcina de a enunța reguli care să permită rezolvarea conflictelor între drepturile ocrotite, ci el trebuie să asigure și punerea lor în executare silită.³⁶

Un drept aflat sub regimul juridic al proprietății trebuie înțeles ca fiind unul care poate fi transferat între particulari, pe baza unei negocieri purtate între vânzător și cumpărător, și care privește, eminentemente, valoarea de transfer. Legiuitorul a decis în patrimoniul cui trebuie recunoscută existența dreptului, însă nu a luat nicio decizie cu privire la valoarea acestuia, lăsând stabilirea ei în seama particularilor. Dacă intervin regulile din materia răspunderii – acele „*liability rules*” – legiuitorul, edictând norme cu privire la modul de calcul al prejudiciului, s-a pronunțat și cu privire la valoarea dreptului sau interesului lezat³⁷, astfel încât, pentru a hotărî cu privire la întinderea reparației, judecătorul nu are nevoie de convenția particularilor aflați înaintea sa. În fine, în concepția autorilor, un drept (o îndrituire) este inalienabil(ă) în măsura în care transferul său de la vânzător la cumpărător nu este permis. În concret, legiuitorul va stabili întinderea inalienabilității, interzicând circulația bunului afectat, și va determina întinderea despăgubirii ce ar trebui plătită dacă bunul declarat inalienabil este înstrăinat sau distrus.³⁸

³⁵ Din perspectiva sistemului român de drept privat, aceste reguli se găsesc atât în materia drepturilor reale, cât și a contractelor speciale.

³⁶ A se vedea Calabresi, Melamed, *op. cit.*, p. 1090.

³⁷ *Idem*, p. 1092.

³⁸ Exemplul folosit de Calabresi și Melamed pentru cele trei tipuri de norme care protejează drepturile este al proprietarului unui imobil cu destinația de locuință. „*Property rules*” intervin dacă un cumpărător este interesat de achiziția casei, „*liability rules*” atunci când proprietarul este expropriat pentru cauză de utilitate publică, iar inalienabilitatea locuinței atunci când proprietarul ar fi pus sub interdicție pentru lipsă de discernământ. Pentru juristul român, cel puțin cea de-a doua ipoteză, a aplicării regimului răspunderii în cazul exproprierii, apare ca relativ improprie, dar, în contextul studiului în discuție, exemplul nu este greșit.

Bazându-se pe aceste concepte, Calabresi și Melamed studiază problema poluării, un subiect predilect pentru analiștii de *law & economics* și un exemplu clasic, de manual, pentru noțiunea externalităților negative de ordin tehnic, cu certe implicații economice. Fără îndoială, studiul semnat de cei doi profesori americani a contribuit foarte mult la cristalizarea politicilor de protecție a mediului, sub aspectul instrumentelor de intervenție, și a fundamentat *inter alia* principiul „*poluatorul plătește*”, definitiv în dreptul mediului. Pe de altă parte, teoria „*îndrituirilor*” și a nivelurilor diferite de protecție pe care legea le instituie în favoarea lor a reprezentat un important punct de plecare pentru diverse studii specifice domeniului, asupra cărora vom reveni *infra*.

Deși istoria succintă a analizei economice a dreptului pleacă neîndoiește de la studiile lui Coase și nu poate ignora contribuțiile lui Calabresi și ale coautorului său, adevăratul *founding father* al curentului ar putea fi considerat juristul american Richard Posner, care se revendică, asemenea lui Coase, de la gândirea economică a Școlii de la Chicago. Vom vedea, însă, în cele ce urmează, că între *teoria pură* a Școlii de la Chicago și ideile care se desprind din lucrările lui Coase sau Posner există unele divergențe, deși Posner se bazează *in extenso* pe tipul de analiză economică practicat și, până la urmă, impus de Școala de la Chicago. Unul dintre reproșurile care i s-ar putea face, dinăuntrul școlii sale, este acela că renunță la modelarea matematică a fenomenelor despre care discută, în timp ce Școala de la Chicago practică un discurs economic hiper-matematizat.³⁹

³⁹ A se vedea P. A. Diamond, *Posner's Economic Analysis of Law*, în *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, nr. 1, 1974, pp. 294-300. Recenzentul recunoaște că lipsa matematicii este singura critică pe care i-o poate aduce cărții lui Posner. Aceasta era

Până atunci, trebuie să amintim că, publicând în 1973 lucrarea *Economic Analysis of Law*, Posner este primul care analizează, din perspectivă economică, sistemul de drept american. Conceptele economice pe care Posner le exportă în analiza juridică sunt relativ simple⁴⁰ și îi permit ample discuții despre dreptul de proprietate, contracte, organizațiile de afaceri, reglementarea pieței, distribuția averilor, polarizarea socială, represiunea penală, sistemul constituțional al Statelor Unite și procedurile judiciare. Postulatele de bază ale cărții lui Posner, care deschide pentru prima oară analiza economică a dreptului unui public mai larg, fără specializare prealabilă în științele economice, sunt reprezentate de raționalitatea agenților economici și de eficiență. Aceasta din urmă este definită de Posner în sens tehnic ca fiind acel mod de exploatare a resurselor economice care maximizează satisfacția consumatorului, măsurată prin intermediul disponibilității acestuia de a plăti pentru bunurile și serviciile oferite pe piață.⁴¹

Posner se declară un adept convins al piețelor, pentru care optează ori de câte ori sunt în discuție chestiuni economice. Ca mecanism de reglare a raporturilor de schimb din economie și, deci, ca instrument de alocare / realocare a resurselor rare, piața este de preferat oricărui model care implică decizii luate în mod colectiv, la nivel politic. Epoca în care Posner își scrie

destinată unui public format în special din studenți la drept, cu puține cunoștințe de economie. Într-adevăr, *Economic Analysis of Law* este, întâi de toate, un manual.

⁴⁰ Este vorba, în special, despre legea generală a cererii și a ofertei, rolul costurilor de oportunitate și tendința factorilor de producție (a resurselor, în general) de a migra înspre zonele de activitate economică care promit maximizarea profiturilor, în condițiile libertății contractuale. A se vedea R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1973, p. 5.

⁴¹ A se vedea Posner, *Economic Analysis...*, *cit.supra*, p. 4.

manualul de analiză economică a dreptului este exact aceea în care intervenționismul de inspirație keynesiană își dovedește limitele și este înlocuit de monetarism / neoliberalism, care nu pot fi separate de Școala de la Chicago și de influența pe care aceasta începe să o exercite începând cu sfârșitul anilor 1960 și începutul anilor 1970.

Atunci când arată că există dovezi abundente în sensul că reglementarea economiei produce în mod frecvent rezultate mai puțin eficiente decât sistemul de alocare a resurselor prin intermediul pieței⁴², Posner nu face decât să reflecte – este adevărat că pe un ton mai puțin radical – ideile celor mai vehemenți apărători ai piețelor pe care Școala de la Chicago i-a produs. Exemplul elocvent este, fără îndoială, Milton Friedman, a cărui argumentație urmărea să evacueze statul din orice fel de problemă pe care ar putea-o rezolva piața prin mecanismele specifice. Ghidajul fin al economiei, pentru care pledaseră Keynes și adepții acestuia, pentru că îl considerau capabil să depășească interesele individuale și să contribuie la realizarea binelui public⁴³, trebuia eliminat dintre funcțiile statului, pentru că economia

⁴² Iată textul original: „*There is abundant evidence that legislative regulation of the economy frequently, perhaps typically, brings about less efficient results than the market-common law system of resource allocation.*” (Posner, *Economic Analysis...*, cit. supra, p. 390).

⁴³ Cartea lui Posner de analiză economică a dreptului apare în același an, 1973, în care J. K. Galbraith, economist deosebit de influent și profesor la Harvard, publică *Economics & The Public Purpose*, o lucrare în care militează pentru „*un nou socialism*”, arătând că reglarea economiei prin intervenția statului nu poate fi abandonată pentru că este singurul mijloc prin care se poate diminua periculoasa putere a corporațiilor și se poate reduce inegalitatea socială. Deși Galbraith ar părea să aibă dreptate, deceniile care au urmat au fost dominate ideologic de gândirea Școlii austriece, metamorfozate în Școala de la Chicago, de Friedman și curentul monetarist, prin „*Reagonomics*”, „*Thatcherism*” și dereglementarea accentuată a deceniilor 1980–2000. Sub titlul *Știința economică și interesul public*, cartea lui Galbraith a fost tradusă și publicată în limba română în 1982, la Editura Politică. Nu este foarte clar dacă cenzura epocii a înțeles până la capăt argumentația economistului de la Harvard, care în niciun caz nu făcea apologia economiei planificate, ci pleda, în continuare, pentru intervenționism și pentru un stat

se poate regla și singură. De aceea, Posner nu este foarte interesat de problema echității, care intersectează, totuși, chestiunea distribuirii și a redistribuirii resurselor.⁴⁴

Recunoscând influența modului în care resursele sunt distribuite în societate asupra deciziilor de piață ale actorilor economici, Posner alege să se concentreze asupra aspectelor legate de eficiență și să renunțe la discuția despre echitatea repartiției veniturilor⁴⁵, fiindcă singura problemă de care este cu adevărat interesat este următoarea: maximizarea rezultatelor activității economice prin intermediul tranzacțiilor de piață sau prin atribuirea pe cale legală ori judiciară a drepturilor subiective, care nu ar trebui decât să mimeze mecanismele eficiente ale pieței.

În sfârșit, se impune o ultimă precizare legată de Posner. Cititorul care a avut bunăvoința de a nu omite nota de subsol care îl cita pe Posner în original a observat cu siguranță caracterul incomplet al ideii redată în limba română față de originalul englez. Atunci când spune că reglementarea economiei produce rezultate mai slabe decât sistemul de alocare a resurselor prin intermediul pieței, Posner folosește sintagma „*the market-common law system of resource allocation*”, pe care o opune lui „*legislative regulation*”, arătând că sistemul combinat, de piață și *common law*, este de preferat

social, în perfectă tradiție keynesiană, completată cu o doză de instituționalism. Pentru asimilarea în dreptul (public) român a ideilor lui Galbraith a se vedea C. Clipa, *Noțiunea de interes public, între definiții juridice și speculații economice*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 1/2019, pp. 87-124.

⁴⁴ Criza economică declanșată în Statele Unite ale Americii în 2007-2008 îl face pe Posner să se îndoiască de modelul economic neoliberal pe care l-a așezat în centrul abordării sale. A se vedea R. A. Posner, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Harvard University Press, 2009.

⁴⁵ A se vedea Posner, *Economic Analysis...*, cit. supra, pp. 220-221.

reglementării exhaustive a raporturilor particularilor. Deci, nu piața singură este un mecanism (mai) eficient, ci numai dacă pe aceasta se greșează un sistem juridic de tip *common law*. Posner este, așadar, primul care enunță teza eficienței superioare a sistemului de *common law* în raport cu celelalte sisteme juridice, în special cu cel romano-germanic.

Bref, Posner susține că sistemul juridic anglo-saxon este mult mai bine plasat pentru a contribui la maximizarea rezultatelor activității economice, fiindcă favorizează tranzacționarea, încurajând încheierea contractelor, preferă piața intervenției publice și specifică foarte bine drepturile de proprietate. Simplificat, argumentul său principal este acela că judecătorul de *common law* poate judeca (și) în termeni de eficiență, de vreme ce oricum nu există o lege scrisă și obligatorie care să îi impună un set limitativ de alte criterii în soluționarea litigiilor dintre particulari. Cu toate că Posner nu pare să ofere, cel puțin la momentul 1973⁴⁶, prea multe explicații în sprijinul ideii sale, ea este punctul de plecare pentru teoriile *legal origins* și pentru concurența normativă.⁴⁷

⁴⁶ Posner a publicat ulterior o carte foarte bine primită, în care a revenit asupra eficienței sistemului judiciar: *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, reluând subiectul și în alte cărți și articole, spre exemplu în *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, în *Florida State University Law Review*, vol. 32, nr. 4, 2005, pp. 1259-1279. În *Economics of Justice*, teza principală a lui Posner este aceea că tendința judecătorului de *common law* este aceea de a soluționa litigiile cu care este investit într-o manieră aptă să apropie sistemul real al economiei de piață de acela al concurenței pure și perfecte, pe care Posner o numește „*effective competition*”.

⁴⁷ Dezbaterea despre concurența normativă a fost declanșată de seria de articole publicate între 1997 și 2008 de o echipă de cercetători formată din R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer și R. Vishny, care au constatat, pe baza unor date empirice, că sistemul de *common law* (i) oferă o mult mai bună protecție investitorilor (capitalului), ceea ce a contribuit la dezvoltarea sectorului financiar; (ii) este sărac în norme imperative și reticent față de intervenția statului în raporturile particularilor, ceea ce conduce la un grad mai scăzut de corupție, o piață a muncii funcțională și o piață neagră de dimensiuni reduse; (iii) cunoaște o justiție mai puțin rigidă, dar

Afirmațiile lui Posner, precum și studiile cercetătorilor care au aderat la ideile sale și le-au dezvoltat⁴⁸ au provocat, chiar dacă cu o întârziere considerabilă, reacția acidă a doctrinei juridice franceze și, cu puțini ani înainte, a celei germane, care au încercat să demonstreze eficiența sistemului de drept romano-germanic, bazat pe coduri scrise și, astfel, creator de stabilitate și certitudine juridică, cel puțin din acest moment adăugându-se dezbaterii o infuzie puternică de culturalism juridic.

III. Fundamentul intelectual și programul științific al analizei economice a dreptului

Remarcabila efervescentă și diversitatea cercetărilor de analiză economică a dreptului, care au urmat, îndeaproape, apăsării butonului declanșator de către triada Coase – Calabresi – Posner, fac necesară sistematizarea și ordonarea ideilor curentului, delimitarea fundamentelor sale intelectuale și evidențierea programului științific al acestuia.

cu un grad mai ridicat de autonomie față de puterea executivă, ceea ce implică o securizare mai bună a drepturilor de proprietate și executarea corespunzătoare a obligațiilor contractuale. A se vedea R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, în *Journal of Economic Literature*, vol. 46, nr. 2, 2008, pp. 285-332, în special p. 298, dar și E. L. Glaeser, A. Shleifer, *Legal Origins*, în *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, nr. 4, 2002, pp. 1193-1229.

⁴⁸ A se vedea, spre exemplu, câteva dintre primele lucrări care au preluat, analizat și completat argumentele lui Posner despre eficiența *common law*-ului: P. H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, nr. 1, 1977, pp. 51-63; G. L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, nr. 1, 1977, pp. 65-82; R. Cooter, L. Kornhauser, *Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nr. 1, 1980, pp. 139-163; R. P. Terrebonne, *A Strictly Evolutionary Model of Common Law*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, nr. 2, 1981, pp. 397-407.

Nu este greșită afirmația conform căreia teorema lui Coase este și rămâne fundament esențial pentru analiza economică a dreptului, pentru că permite sintetizarea principalelor teze cu care se operează în *law & economics*. Acestea sunt:

i. Indivizii reacționează față de normele juridice și hotărârile judecătorești în calitate de *homines oeconomici*⁴⁹, adică într-un mod rațional, care tinde la maximizarea utilității. Sancțiunile juridice au efectul unor prețuri care fac anumite comportamente mai scumpe decât altele. Înseamnă, deci, că estimarea consecințelor pe care le produc normele juridice și hotărârile judecătorești în realitatea imediată ar trebui să aibă la bază modelul comportamentului economic al oamenilor. Departe de a fi perfect, supus unor multiple critici, inclusiv pentru aparenta sa lipsă de moralitate, și de aceea reconstruit cu ajutorul psihologiei comportamentale, care i-a trasat limite clare, modelul omului economic nu poate fi abandonat, întrucât contribuția sa la înțelegerea fenomenelor economice și a implicațiilor lor juridice este valoroasă.⁵⁰

ii. Eficiente în sens economic sunt acele efecte (consecințe) ale normelor juridice și ale hotărârilor judecătorești care măresc bunăstarea socială, fiind, *a contrario*, ineficiente acelea care o reduc. Evaluarea consecințelor pe care le produc normele juridice și hotărârile judecătorești în

⁴⁹ A se vedea D.-A. Căramidariu, *Everybody minding their own business. Perenitatea unui model: omul economic și relevanța sa în drept*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 1/2019, pp. 17-39.

⁵⁰ Nimeni altul decât Karl Popper sugera în *The Poverty of Historicism* (1957) că modelul economic de comportament ar putea să-și găsească o aplicabilitate generală în științele sociale. Totuși, *homo oeconomicus* ar trebui privit numai în legătură cu fenomenele economice pentru a căror observare și analiză a fost conceput.

realitatea imediată ar trebui să se facă pe baza conceptelor cu care operează economia bunăstării.⁵¹

iii. Tuturor instituțiilor din ordinea juridică (sistemul de drept), deci nu numai legiuitorului, ci și, în măsura în care este posibil, instanțelor judecătorești, le revine sarcina să adopte măsuri care produc consecințele dezirabile în sensul (i) și (ii), adică măsuri care să mărească bunăstarea socială sau, cel puțin, să nu o diminueze.⁵²

Înțelegerea analizei economice a dreptului prin prisma acestor teze permite utilizarea sa pentru studiul întregului sistem juridic, atât a dreptului privat, cât și a dreptului public. Astfel, analiza economică a dreptului nu se limitează la acele ramuri de drept, cum ar fi, spre exemplu, dreptul societar sau dreptul concurenței, care au o certă legătură cu viața economică, ci se extinde și asupra altor ramuri, care nu reglementează activități economice *stricto sensu*.

Analiza economică a dreptului a elaborat un program științific propriu, întrucât ea nu se poate rezuma la identificarea, din perspectivă economică, a consecințelor normelor juridice în vigoare, ci, bazându-se pe evaluarea dreptului pozitiv, formulează propuneri de reformare a acestuia. Dacă s-ar limita la identificarea și evaluarea economică a normelor juridice, fără să lege de această analiză o propunere de adaptare a cadrului normativ existent, analizei economice a dreptului i-ar lipsi orice impuls reformator și ar fi, cel mai probabil, neinteresantă pentru juriști.

⁵¹ Economia bunăstării este acea parte a științei economice care abordează normativ actele, faptele și comportamentele participanților la viața economică, reprezentând un ansamblu de teorii, doctrine și judecăți de valoare despre ce gândesc și cum acționează actorii economici.

⁵² A se vedea H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 4-5.

Aceștia sunt mult mai interesați de situațiile în care analiza economică ajunge la concluzia necesității schimbării normelor în vigoare, propunând modificarea cadrului juridic existent și înțelegându-se pe sine ca fiind un veritabil fundament al politicii legislative.⁵³ Avansarea unor propuneri concrete de modificare a dreptului în vigoare, ca urmare a unei analize economice a acestuia, reprezintă diferența dintre analiza economică pozitivă a dreptului și analiza economică normativă a dreptului. În ceea ce privește dreptul privat american, analiza economică a dreptului nu a depășit, la începuturile sale, nivelul unei analize pozitive, întrucât s-a concluzionat că normele în vigoare satisfac cerințele normative ale analizei economice. Am amintit deja că Posner a constatat că sistemul de drept american și, în general, cel caracteristic spațiului anglo-saxon satisfac cerința eficienței. Chiar și în această ipoteză, analiza economică pozitivă a dreptului poate deveni interesantă pentru juriști, atunci când se pune problema de a ști în ce măsură au instanțele judecătorești facultatea de a face uz de imperativul eficienței economice atunci când pronunță soluția și „fac”, astfel, dreptul. Răspunsul depinde de măsura în care în conținutul normei aplicabile se regăsește, fie și numai implicit, ideea eficienței economice.

În orice caz, atunci când elaborează propuneri de modificare a normelor existente, analiza economică a dreptului devine un veritabil model teoretic de politică legislativă, intrând în concurență cu alte asemenea modele și fiind, prin urmare, chemată să își apere programul și propunerile.

⁵³ Probabil că acesta este sensul cel mai apropiat de modul în care se face acum *law & economics* în doctrina din Statele Unite ale Americii, unde reprezintă, mai întâi, o abordare științifică a politicilor publice.

Analizei sau teoriei economice pozitive a dreptului i se subsumează toate acele teorii, care se raportează analitic sau empiric la drept, respectiv care se preocupă într-o manieră pozitivă de descrierea, explicarea și estimarea comportamentelor subiecților de drept. Pentru analiza economică pozitivă a dreptului, acesta este un fenomen social, miza analizei pozitive fiind aceea de a îmbunătăți și de a extinde cunoașterea despre societate și despre raporturile sociale și economice. Teoria economică pozitivă servește drept fundament pentru formularea *ex ante* a unor prognoze cu privire la comportamentul destinatarilor normelor juridice. Asemenea prognoze ar trebui să aibă în vedere, printre altele, modificarea stimulilor la introducerea de noi reguli, pentru că dreptul nu este, din această perspectivă, nimic altceva decât un mecanism care mărește sau micșorează, după caz, costurile de oportunitate ale uneia sau alteia dintre alternativele pe care subiecții de drept le au, teoretic, la dispoziție. Cunoașterea consecințelor intervențiilor legiuitorului în viața socială este absolut necesară, fiindcă numai așa se pot recunoaște și utiliza interdependențele funcționale între normă și consecința ei, între subiecții de drept, interesele și faptele lor, modelabile prin cadrul normativ.

În același timp, analiza economică pozitivă poate fi utilizată și *ex post*, pentru evidențierea necesității și evoluției anumitor instituții juridice. Astfel, pentru jurist, analiza economică pozitivă a dreptului este un instrument util din multe puncte de vedere, spre exemplu când cercetează realitatea care se impune a fi reglementată juridic, când evaluează consecințele adoptării unei legi sau când studiază consecințele aplicării *in concreto* a legii de către judecător.

Analiza economică normativă (sau prescriptivă) a dreptului încearcă, plecând de la premisele teoretice evocate *supra*, să formuleze un răspuns la întrebarea privind cea mai bună, adică cea mai eficientă, soluție juridică

pentru o problemă socială. Criteriul pe care analiza normativă îl folosește este cel utilitarist⁵⁴, fiind de preferat acea ordine juridică în care utilitatea totală este maximizată, respectiva ordine juridică devenind cea mai eficientă din punct de vedere economic.

Aplicând dreptului pozitiv acest test, analiza normativă urmează să formuleze propuneri de modificare, de înlocuire ori chiar de renunțare la norma juridică pe care a testat-o prin prisma eficienței ei economice. Totuși, legătura normativă între analiza economică a dreptului și utilitarismul economic nu este necesară, fiindcă de cele mai multe ori, prin funcția sa descriptivă, economia ajută dreptul să câștige un plus de raționalitate, fără să interfereze prea mult cu caracterul normativ al științelor juridice.⁵⁵

Apoi, analiza economică a dreptului poate fi atât consecvențională, cât și neconsecvențională.⁵⁶ Atunci când analiza economică a dreptului evaluează normele în vigoare în funcție de gradul în care evită risipa unor resurse rare, înseamnă că le evaluează în funcție de consecințele care se răsfrâng asupra membrilor corpului social, astfel încât face parte din categoria teoriilor sociale consecvenționale.⁵⁷

Conform acestora, acțiunile și deciziile oricărui subiect de drept se evaluează în funcție de consecințele pe care le produc, criteriul fiind valabil și pentru norma juridică. Printr-o asemenea abordare, analiza economică a dreptului se îndepărtează puternic de concepția potrivit căreia singura

⁵⁴ Pentru relevanța utilitarismului în drept, a se vedea Cărămidariu, *Everybody minding their own business...*, *cit.supra*, pp. 19-24.

⁵⁵ A se vedea E. V. Towfigh, N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 5-7.

⁵⁶ A se vedea Schäfer, Ott, *op. cit.*, p. XXXIV.

⁵⁷ A se vedea Georgekapoulos, *op. cit.*, p. 22; Oman, *op. cit.*, pp. 15-16.

justificare a normei provine din conformitatea acesteia cu prevederile textului constituțional, nefiind necesară și, de altfel, nici posibilă o altă justificare. Totodată, analiza economică a dreptului se îndepărtează și de concepția potrivit căreia valoarea faptelor și deciziilor subiecților de drept se regăsește în înseși faptele și deciziile lor, cu ignorarea consecințelor pe care acestea le produc.

Numai că analiza economică a dreptului nu se limitează la concepția consecvențională. Într-o societate liberă, normele de conviețuire socială se pot forma și în mod spontan, prin simpla interacțiune a subiecților. Aceste norme nu se bazează întotdeauna pe analiza consecințelor lor, o astfel de analiză fiind uneori imposibilă. Prin urmare, ele sunt rezultatul acțiunii umane, dar nu sunt rezultatul prevederii umane. Asemenea norme s-au dovedit a fi stabile în timp, deși nu sunt la adăpost de orice critică. Legitimarea lor provine din stabilitatea pe care au dobândit-o în timp, iar nu din analiza consecințelor pe care le produc. Analiza economică a dreptului tratează și formarea unor asemenea reguli și importanța lor pentru societate și pentru drept.

În fine, deși legarea originilor *law & economics* de Școala de la Chicago nu este greșită, programul științific al analizei economice a dreptului ignoră, într-o anumită măsură, teoria pură a acestui curent economic, așa cum este ea formulată, spre exemplu, în manifestul lui Milton Friedman din 1962, *Capitalism and Freedom*.⁵⁸ Potrivit lui Friedman, orice formă de dirijare sau chiar numai de coordonare a proceselor economice de către stat este inacceptabilă, după cum trebuie respinsă și încercarea statului de a corecta eșecurile reale sau presupuse ale pieței, pentru că intervenția pretins

⁵⁸ A se vedea M. Friedman, *Capitalism și libertate*, Editura Enciclopedică, București, 1995.

corectoare a statului în mecanismele pieței nu este decât o sursă de ineficiență. Asemenea intervenții sunt costisitoare și pot conduce la o pierdere economică cu mult mai mare decât aceea pe care încearcă să o prevină. Cu alte cuvinte, Școala de la Chicago recomandă, chiar și în cazul unui eșec evident de piață, o politică guvernamentală pasivă, de tipul „*do nothing*”, de preferat oricărui intervenționism statal.

Sigur că, atunci când a analizat costurile de tranzacție, Coase a urmărit, la rândul lui, un scop anti-intervenționist, încercând să arate că externalitățile negative nu trebuie neapărat corectate printr-o intervenție a forței publice, ci ar putea fi internalizate (deci, corectate) chiar de către participanții la viața economică, prin negocieri. Aceasta este în deplină concordanță cu primele două părți ale programului științific al analizei economice a dreptului, respectiv cu recomandarea ca, pe de o parte, dreptul pozitiv să permită particularilor încheierea unor acte juridice având ca obiect schimbul de bunuri (resurse economice) și, pe de altă parte, să încurajeze asemenea raporturi juridice, facilitându-le în cel mai înalt grad posibil.

A treia parte a programului avansat de analiza economică a dreptului, respectiv propunerea ca ordinea juridică să se constituie într-o replică a mecanismelor de piață în acele situații în care costurile de tranzacție sunt prohibitive, este în mod explicit de factură intervenționistă.

Această parte a analizei economice a dreptului reprezintă sâmburele tare al curentului, aspect subliniat în doctrina de *common law*⁵⁹, care a arătat că pentru știința dreptului cea mai relevantă analiză economică este aceea care se bazează pe prezumția că piețele eșuează în obținerea unor rezultate

⁵⁹ A se vedea C. G. Veljanovski, *The New Law-and-Economics: A Research Review*, Oxford Centre for Socio-Legal Studies, 1982, p. 129.

eficiente. Trebuie subliniat faptul că, fie și numai prin dimensiunea sa descriptivă, școala de *law & economics* poate oferi o contribuție valoroasă pentru studiul dreptului, întrucât performanța economică rămâne un factor important pentru stabilirea caracterului echitabil / echilibrat al unui act normativ, cel puțin dacă privim această performanță din perspectivă macroeconomică.

În ceea ce privește asocierea programului științific al analizei economice a dreptului cu preceptele Școlii de la Chicago, ar trebui spus și că *law & economics* ar fi putut arăta astăzi altfel, dacă Coase, Posner și toți cei care le-au urmat nu ar fi reușit să își impună, în interiorul curentului, punctul de vedere și, în special, metodologia.⁶⁰ Victoria lor în fața abordărilor diferite, precum cele avansate de James Buchanan și Gordon Tullock, Friedrich August von Hayek⁶¹ sau Anthony Downs⁶², a fost posibilă și datorită extraordinarei influențe pe care monetariștii de la Chicago, grupați în jurul lui Friedman, au reușit să o exercite în contextul crizelor economice ale anilor

⁶⁰ A se vedea Lanneau, *op. cit.*, p. 16. Lucrarea lui James Buchanan și Gordon Tullock, *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*, care a apărut în 1962, a fost publicată și în limba română, a se vedea J. Buchanan, G. Tullock, *Calculul consimțământului. Fundamentele logice ale democrației constituționale*, Editura Publica, București, 2010.

⁶¹ Hayek este considerat, neîndoiește, unul dintre campionii liberalismului clasic, dar viziunea sa despre drept nu corespunde întrutotul celei cu care se operează în *law & economics*, Hayek fiind un critic serios al utilitarismului și al modelului *omului economic* imaginat de utilitariști și esențial în analiza economică a dreptului. A se vedea F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 2013 (1973), pp. 184-190. Pentru o analiză comparativă a discursurilor lui Hayek și Posner, a se vedea excelentul eseu al juristului german E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

⁶² Lucrarea lui Anthony Downs din 1957, *An Economic Theory of Democracy*, a fost publicată în limba română în 2009, a se vedea A. Downs, *O teorie economică a democrației*, Editura Institutul European, Iași, 2009.

1970 și al înlocuirii intervenționismului keynesian cu *laissez-faire*-ul neoliberal.

Indiscutabil, contribuțiile autorilor enumerați *supra* sunt importante puncte de plecare pentru interdisciplinaritate în drept și economie. Neoinstituționalismul economic, teoria alegerii publice și teoriile economice constituționale ocupă un loc asemănător celui pe care se așază analiza economică a dreptului, pentru că toate sunt interesate de problematici relevante juridic. Însă, numai analiza economică a dreptului a urmat până în prezent un demers sistematic de studiu și evaluare a consecințelor reale pe care le produc normele și instituțiile juridice, din perspectiva economiei bunăstării. Această situație în cadrul teoretic conturat de „*welfare economics*” caracterizează analiza economică a dreptului și o deosebește de celelalte teorii amintite *supra*.

De ce este, deci, importantă analiza economică a dreptului pentru jurist? Altfel formulat, de ce ar trebui să fie interesat juristul, indiferent dacă are sau nu studii economice, de mesajul „*deprimantei*” științe economice, pentru a nu uita metafora lui Carlyle?

În primul rând, în *law & economics* se operează cu concepte relativ puține, astfel că analiza economică are marele merit de a reduce complexitatea. Analiza consecințelor dreptului trebuie să se fundamenteze pe modelul lui *homo oeconomicus*, evaluarea lor trebuie să aibă loc în conformitate cu preceptele economiei bunăstării. Reducând complexitatea, analiza economică a dreptului îmbunătățește comunicarea între economiști și juriști, dar și între juriști. Dacă astăzi juriștii specializați în diferite ramuri ale dreptului nu își mai spun prea multe unul altuia, ca urmare a deosebirilor prea mari între variile instituții și figuri juridice și între modelele argumentative ale diferitelor discipline juridice, analiza economică a efectelor dreptului

pozitiv și evaluarea acestora ar putea reprezenta o semnificativă punte de legătură între juriști, o metodă de cercetare comună, cu eventual potențial (re)unificator.

În al doilea rând, comunicarea îmbunătățită nu comportă numai un aspect intra- și unul interdisciplinar, ci și unul internațional. Integrarea europeană implică armonizare juridică, iar analiza economică a dreptului poate conduce la internaționalizarea metodelor juridice și la cristalizarea unei științe europene a dreptului. Acest aspect a fost subliniat în doctrina germană de cel puțin un sfert de secol, respectiv la mijlocul anilor 1990, dată la care primele eforturi în vederea unificării dreptului privat european aveau deja o vechime considerabilă.⁶³ Nu suntem siguri că, în prezent, lucrurile stau la fel, elanul integrator părând să se fi diluat în bună măsură.⁶⁴

În al treilea rând, în măsura în care analiza economică a dreptului emite prognoze cu privire la consecințele normelor juridice, există posibilitatea verificării lor empirice. Chiar dacă estimările economice sunt falsificabile, pentru știința dreptului, care urmează să se autoanalizeze prin prisma consecințelor economice ale regulilor juridice, se deschide calea dezvoltării ca știință reală, în sensul modern al teoriilor despre științe.

În al patrulea rând, criteriul eficienței, care stă la baza evaluării consecinței normei de drept, a câștigat în credibilitate, în condițiile în care, urmare a prăbușirii comunismului, piața și capitalismul nu par să mai cunoască oponenți veritabili. Analiza dreptului pe baza criteriului eficienței economice pare a fi, deci, corectă sau, cel puțin, s-ar înscrie în tendințele

⁶³ La inițiativa profesorului danez Ole Lando, Comisia pentru Dreptul European al Contractelor își începuse activitatea în 1980, primele inițiative de acest gen datând din 1976.

⁶⁴ Cu toate acestea, reputatul analist german de *law & economics* Eidenmüller reia argumentul și în ediția a 4-a a lucrării sale, la douăzeci de ani de la prima ediție din 1995.

contemporane. Crizele periodice care afectează capitalismul și chestionarea obligatorie a tezelor neoliberalismului, care acompaniază oscilațiile negative ale dinamicii economiilor de piață, nu diminuează valabilitatea afirmației de mai sus, ci, dimpotrivă, subliniază larga utilitate a părții a treia din programul științific al *law & economics*, respectiv aceea în care intervenția forței publice este solicitată pentru corectarea eșecurilor de piață și minimizarea costurilor de tranzacție.

Având aceste elemente în vedere, devine clar că analiza economică a dreptului se concentrează, pe de o parte, asupra normei și utilității acesteia și, pe de altă parte, asupra satisfacerii preferințelor actorilor economici și sociali, indiferent de natura și caracterele lor sau ale celor cu care interacționează. Din această perspectivă, analiza economică a dreptului se deosebește de orice teorie hedonistă, scopul său fiind acela de a căuta și de a găsi justificarea normei juridice. Ea examinează norma în vigoare sub aspectul capacității acesteia de a servi la satisfacerea preferințelor sociale și de a promova bunăstarea socială.

Cine acceptă că piața generează bunăstare, acceptă că acele societăți care permit pieței să regleze majoritatea activităților care privesc satisfacerea nevoilor umane vor fi întotdeauna mai bine plasate decât acelea care se orientează spre alte modele de organizare socială. Cu alte cuvinte, generarea de bunăstare pare un obiectiv legitim pentru drept, care poate fi atins atunci când sistemul juridic susține piața, apără drepturile subiective și asigură forța obligatorie a contractelor.⁶⁵

Fără îndoială, însă, că bunăstarea socială nu este unul dintre cele mai simple subiecte ale științei economice. Geometria conceptului este, inevitabil,

⁶⁵ A se vedea Oman, *op. cit.*, p. 68.

variabilă. Uneori, bunăstarea nu poate fi determinată, alteori preferințele participanților la viața economică și socială sunt atât de diferite, încât concilierea lor, în sensul propus de Calabresi și Melamed, este economic și juridic o sarcină dificilă. Însă, pentru curentul *law & economics*, dreptul caută întotdeauna să maximizeze bunăstarea socială, oricum am privi-o. Așa fiind, analiza economică a dreptului favorizează în mod tradițional o concepție non-intervenționistă asupra dreptului.

Or, abordând problema de această manieră, analiza economică a dreptului nu numai că se supune intereselor societății, dar rămâne deschisă oricăror inovații filosofice sau metodologice, precum și cercetărilor empirice menite să determine interesele societății. Analiza economică a dreptului ar trebui, de aceea, să refuze orice dominație asupra societății și a științei, idee care atenuază imperialismul amintit la început. Această atitudine transpare din contribuțiile lui Coase sau Posner, care au promovat un pragmatism deosebit al abordărilor de tip *law & economics*. Dacă schimbările sociale conduc la apariția de noi norme juridice, metodele noi de determinare a preferințelor sociale ar trebui integrate în orice analiză economică.

IV. Metoda economică în studiul dreptului

Știința economică a dezvoltat metode diverse în vederea realizării obiectivelor pe care și le-a propus. În principiu, teoria economică încearcă să modeleze anumite procese evolutive în timp și să le explice cu ajutorul modelării. Totodată, modelarea este utilizată pentru a prognoza comportamentele viitoare ale participanților la viața economică. În secolele trecute, economia a cunoscut o matematizare accentuată, matematica fiind limbajul de la care economiștii s-au așteptat să le ofere o claritate mai mare în

comparație cu redarea verbală a modelelor pe care le-au conceput. Conceptele economice au adesea sensuri variabile, putând desemna în același timp fenomene diferite, contururile fiind adesea imprecise.

Matematica prezintă în acest context avantajul de a evada din ambiguitatea limbajului. Totuși, hiper-matematizarea economiei nu a fost neapărat o direcție de succes în efortul de explicare a realităților economice și sociale, *mainstream*-ul științelor economice acceptând între timp că metodele matematice trebuie coroborate cu metodele și instrumentele psihologiei și sociologiei.

Modelele economice construiesc anumite prezumții de fapt și încearcă să deducă din aceste prezumții o serie de consecințe pentru varii procese economice și sociale. Puterea de convingere a unui model economic depinde, prin urmare, de robustețea prezumțiilor pe baza cărora operează. Spre exemplu, dacă modelul economic în discuție presupune că promovarea judecătorilor depinde de calitatea hotărârilor lor și din aceasta trage anumite concluzii cu privire la eficiența sistemului judiciar, atunci asemenea concluzii nu sunt convingătoare decât dacă, într-adevăr, promovarea magistraților depinde de calitatea hotărârilor lor, iar nu de numărul de dosare soluționate sau de relațiile politice ale judecătorului.⁶⁶

Aici intervine ceea ce se numește știința economică empirică, care încearcă să testeze prezumțiile economiștilor. Empirismul economic cunoaște două direcții, și anume economia experimentală și econometria. Cercetarea empirică încearcă, în esență, să descopere relațiile de dependență între diverși factori ai realității. Spre exemplu, se urmărește modalitatea în care evoluează o variabilă dependentă în funcție de modificările unor variabile independente

⁶⁶ A se vedea Towfigh, Petersen, *op. cit.*, p. 21.

din mediul înconjurător. Pentru a rămâne la exemplul indicat, se caută răspuns la întrebarea: cum influențează calitatea hotărârilor, numărul dosarelor soluționate și relațiile politice ale judecătorului (trei variabile independente) promovarea acestuia în carieră (variabila dependentă)?

Experimentele au avantajul că mediul înconjurător, în care se găsesc și acționează variabilele independente, poate fi controlat, pentru a ne asigura de faptul că anumite efecte nu pot fi urmarea intervenției unor factori terți. Numai că este foarte greu pentru economist să observe toți factorii care îl interesează într-un mediu controlabil. Economistul nu poate, de exemplu, să supună unui experiment controlat deciziile economice ale unui guvern. De aceea, econometria adoptă calea inversă: econometriștii analizează date și informații reale, iar nu generate în laborator, fiind însă obligați să se asigure că pot observa din punct de vedere practic toți factorii relevanți teoretic. Economistul își va alege metoda în funcție de natura întrebării la care este chemat să răspundă.⁶⁷

Indiferent, însă, de metoda pe care o alege, economistul va opera cu câteva prezumții considerate clasice în știința economică și care sunt utilizate, în consecință, și în analiza economică a dreptului. Acestea se regăsesc în fiecare manual de economie, fiind de fapt un set de reguli sau principii generale cu ajutorul cărora economiștii explică realitatea economică, fără a omite faptul că ele sunt criticabile și au fost reconfigurate în repetate rânduri. Reunite într-o veritabilă paradigmă, ele nu pot fi dissociate de analiza

⁶⁷ Milton Friedman are meritul de a-și fi convins colegii economiști că realismul ipotezelor unui model economic este, pur și simplu, irelevant, important fiind ca predicțiile (concluziile) la care contribuie modelul să fie corecte. A se vedea studiul său intitulat *The Methodology of Positive Economics*, în M. Friedman, *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1966.

economică a dreptului și privesc: (i) individualismul metodologic; (ii) raritatea resurselor; (iii) principiul utilității și (iv) ipoteza raționalității. Ultimele două prezumții au fost reunite în modelul comportamental al lui *homo oeconomicus*, care rămâne, *faute de mieux*, fundament al analizei economice a dreptului.

Individualismul metodologic semnifică faptul că obiect al analizei științifice îl reprezintă numai activitățile sau acțiunile individuale. Deciziile colective adoptate în cadrul unor persoane juridice, indiferent că sunt de drept privat sau de drept public, nu sunt opera unei voințe colective și nu urmează logica unei asemenea voințe, ci se descompun și se explică prin cooperarea unor actori individuali. Chiar dacă operează cu ipoteza individualismului metodologic, teoria economică pozitivă nu pretinde că poate explica și prognoza comportamentul fiecărui actor care participă la viața economică, ci urmărește modele de comportament identificabile prin agregare, adică media comportamentelor individuale ale unor actori aflați în fața unor situații identice sau foarte asemănătoare și, deci, comparabile. Astfel, se operează cu un model tipizat al omului care acționează în economie. Și dreptul utilizează asemenea modele, operând similar.⁶⁸

Prezumția rarității resurselor este fundamentală pentru știința economică. Afirmatia conform căreia resursele de care omenirea dispune sunt rare, de vreme ce necesitățile sunt nelimitate, este exact acea axiomă care l-a

⁶⁸ A se vedea Towfigh, Petersen, *op. cit.*, p. 24. Modelele umane cu care operează dreptul merită o analiză mai aprofundată, care depășește însă limitele acestei lucrări. Spre exemplu, standardul lui *bonus pater familias* / al bunului administrator sau al consumatorului mediu par să ascundă mai multe imagini pe care dreptul le are despre oameni ca destinatari ai normelor juridice. A se vedea L. Bercea, *Este judecătorul român (doar) un „consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat”?*, în R. Bercea, A. Mercescu (ed.), *Despre juriști, cit.supra*, pp. 102-118.

însăpăimântat pe Carlyle în secolul al XIX-lea și care se regăsește astăzi în aproape toate manualele de economie.⁶⁹ Nu trebuie să avem în vedere exclusiv raritatea bunurilor materiale, ci poate fi vorba și despre raritatea unor bunuri imateriale, cum ar fi spre exemplu securitatea, educația sau ordinea juridică, acestea putând fi oricând rare din punct de vedere economic.

Ca urmare a rarității resurselor, satisfacerea nevoilor nu poate fi realizată decât ca urmare a adoptării unor decizii de preferință, actorii economici aflându-se întotdeauna în situația de a alege între mai multe alternative. Decizia individuală este ghidată de preferințe și limitată de o serie de restricții.

Preferințele circumscriu motivația interioară a fiecărui individ, în calitatea sa de actor economic, fiind independente de posibilitățile sale de acțiune și conținând judecățile de valoare ale individului, cu caracter eminentamente subiectiv. Economistii presupun că preferințele individuale sunt de regulă constante și se modifică foarte greu în timp, numai pe termen lung. De aceea, ele joacă un anumit rol în explicarea comportamentelor economice, dar nu sunt decisive atunci când se pune problema modificării unui anumit comportament.

Restricțiile țin de mediul extern, care limitează alegerile actorului economic. Ele nu decurg numai din raritatea resurselor de care dispune subiectul, ci și din comportamentul celorlalți participanți la viața economică, precum și din limitările instituționale, informale, informaționale și de timp cărora le este supus. Orice scumpire a resurselor analizate întărește

⁶⁹ Autor al influentei definiții a economiei drept știința care studiază comportamentele umane din perspectiva modului de alocare a unor resurse rare în scopuri alternative este economistul britanic Lionel Robbins, care a contribuit decisiv la formularea teoriei alegerilor raționale („*rational choice theory*”).

restricțiile, orice ieftinire le slăbește, creând pentru actorul economic stimulente suplimentare. Dreptul pozitiv este în general, din acest punct de vedere, o restricție. Alte restricții pot fi impuse de cutume și de morala publică.

În imaginația economiștilor, restricțiile pot fi modificate, preferințele fiind, după cum am arătat, caracterizate de o foarte mare stabilitate în timp. Restricțiile pot fi mai ușor analizate și mai lesne influențate, întrucât țin de un cadru obiectiv, spre deosebire de subiectivismul inerent preferințelor. De aceea, atunci când economiștii încearcă să influențeze comportamentele umane, încearcă întotdeauna să modifice restricțiile cărora se supun actorii economici, iar nu preferințele lor.

Modelul comportamental al lui *homo oeconomicus* se compune din două ipoteze, aceea a utilității și aceea a raționalității. În concret, actorii economici vor evalua alternativele cu care se confruntă în funcție de utilitatea fiecăreia, alegând-o rațional pe aceea care le va procura un grad maxim de utilitate. În principiu, poate fi avută în vedere utilitatea de ordin material, emoțional, etic etc. În concepția inițială a lui Posner, numai utilitatea cuantificabilă ar trebui luată în considerare, însă acest punct de vedere a fost abandonat, utilitatea pe care o percepe individul putând fi și urmarea unui comportament altruist, ale cărui consecințe nu diminuează, ci măresc bunăstarea unui terț, atunci când altruismul are pentru subiectul în discuție o importantă valoare etică, iar o decizie altruistă îi poate oferi o satisfacție superioară, măbind gradul de utilitate. În orice caz, evaluarea alternativelor nu conține nici o dimensiune morală, ci se mulțumește cu afirmația conform căreia actorii se comportă în conformitate cu preferințele lor și evaluează independent ce este „bine” pentru ei.

Conform teoriei utilității individuale, toți actorii economici sunt caracterizați printr-o funcție subiectivă a utilității, care alocă fiecărei alegeri în fața căreia se găsesc o anumită utilitate, aceasta putând fi exprimată matematic. Cu toate acestea, economiștii operează numai cu prezumții, fiind evident că funcția subiectivă a utilității rămâne o necunoscută.

Formularea teoretică a funcției individuale de utilitate permite analizarea deciziei subiectului economic din perspectiva unei probleme de optimizare. Opțiunile sunt evaluate în funcție de capacitatea fiecăreia de a-i oferi decidentului utilitate, fiind preferată cea care permite obținerea celei mai mari utilități. Matematic, aceasta corespunde maximului funcției. Ipoteza raționalității indică faptul că actorii economici vor acționa rațional, alegând întotdeauna alternativa care le maximizează utilitatea.

Pentru a putea acționa în asemenea condiții, orice participant la viața economică va trebui să reacționeze la modificările restricțiilor cărora li se supune. Decizia sa este, prin urmare, dependentă atât de preferințele sale (constante), cât și de restricțiile aflate în schimbare, pe care le evaluează cu ajutorul funcției sale individuale de utilitate. Aceasta presupune, în principiu, că decidentul deține toate informațiile de care are nevoie cu privire la diversele alternative și gradele lor diferite de utilitate, fiind complet informat. Prezumția informațiilor complete a fost abandonată, fiind indubitabil faptul că subiectul nu deține niciodată toate informațiile de care ar avea nevoie, astfel încât decizia sa va fi adoptată în condiții de risc și incertitudine. Consecința este aceea că raționalitatea deciziei nu mai poate fi evaluată obiectiv, ci numai din perspectiva individuală a celui care a adoptat-o. Informarea completă presupune costuri nejustificat de mari prin raportare la

utilitatea ce se urmărește a fi obținută prin decizia care reclamă acea informare⁷⁰.

Ipoteza raționalității ca element al comportamentului economic este privită în prezent cu o doză semnificativă de reticență, întrucât în suficiente situații actorii economici nu se comportă rațional și nu acționează ca maximizatori de utilitate. Economia comportamentală, care are marele merit de a fi subliniat această realitate, a deplasat analiza economică a dreptului înspre *behavioral law & economics*, care adaugă psihologia economiei și dreptului.⁷¹ Cu toate contestările ulterioare, ipoteza raționalității rămâne, totuși, pertinentă, cel puțin dacă nu se uită faptul că, în anumite condiții, ea trebuie completată, atenuată sau înlocuită, după caz, cu alte ipoteze.

⁷⁰ Am analizat eșecul parțial al modelului „consimțământului informat” pe care se fundamentează modelul constructiv al contractelor de adeziune, în special al contractelor standard, în L. Bercea, *Contractul de adeziune. O analiză structurală și funcțională a standardizării contractuale*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 4/2020.

⁷¹ Pentru dezvoltări, a se vedea Kirat, *op. cit.*, p. 11; Towfigh, Petersen, *op. cit.*, pp. 169-173; Schäfer, Ott, *op. cit.*, pp. 103-110, dar și R. H. Thaler, *Comportament inadecvat. Nașterea economiei comportamentale*, Publica, București, 2015, în special pp. 365-382, despre impactul *behavioral economics* asupra analizei economice a dreptului: „(...) nu putem stabili dacă am reușit să dăm cuiva un impuls să susțină cauza analizei economice comportamentale a dreptului. Ce pot spune este că astăzi se face multă analiză economică comportamentală a dreptului (...). Unul dintre reprezentanții proeminenți ai domeniului, Russell Korobkin, profesor de drept la UCLA, este gata să strige victorie: „Lupta dusă pentru a separa analiza economică a regulilor și instituțiilor juridice de haina strâmtă a presupunerilor alegerilor strict raționale a fost câștigată.” Mereu temător față de încrederea prea mare, nu sunt gata să spun „misiune îndeplinită”, dar cu siguranță putem declara „misiune lansată.” (pp. 381-382). Vom reveni *infra* asupra ideilor centrale ale *behavioral law & economics*.

V. Critica analizei economice a dreptului

A. Critica normativă

Analiza economică a dreptului a stârnit reacții acide, atât în doctrina americană de drept, cât și în sistemele de inspirație romano-germanică, acestea din urmă văzându-se provocate din cel puțin două perspective. Pe de o parte, pretențiile normative ale economiștilor tindeau la inversarea ordinii valorilor, plasând criteriul economic al eficienței în fața valorii esențiale a dreptului care ar trebui să rămână echitatea. Pe de altă parte, făcând din eficiență miza primordială a oricărei analize juridice, adepții *law & economics* postulează superioritatea sistemului de *common law*, atacând implicit tradiția civilistă, a codurilor scrise și a judecătorului, al cărui rol este redus, în spiritul lui Montesquieu, la a fi nimic mai mult decât „*la bouche de la loi*”.

Reacția doctrinei franceze s-a articulat în special după ce teoria *legal origins* a reușit să se impună, fiind adoptată și promovată la nivelul instituțiilor fundamentale ale sistemului economic și financiar global⁷², însă o parte însemnată a doctrinei americane și a doctrinei germane au reacționat

⁷² Ne referim, desigur, la rapoartele *Doing Business* ale Băncii Mondiale. Prima ediție, publicată în 2003 pentru anul următor, folosea metodele și conceptele propuse de teoria *legal origins*, părând să susțină concluzia conform căreia sistemele de *common law* favorizează afacerile într-un grad mult mai ridicat decât oricare alt sistem juridic. Pentru reacția franceză la rapoartele *Doing Business*, a se vedea, *inter alia*, A.-J. Kerhuel, B. Fauvarque-Cosson, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law*, în *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 811-830. După Katharina Pistor, concurența normativă pare a fi fost câștigată de sistemele juridice de *common law*, întrucât marile corporații transnaționale își securizează activele pe plan global prin recursul fie la legea engleză, fie la aceea a statului federat New York, întrucât acestea prezintă cel mai înalt grad de utilitate în sigilarea juridică a capitalului. A se vedea Pistor, *op. cit.*, pp. 132-133.

încă de la începutul anilor 1980, prin voci puternice, cum ar fi Arthur Leff⁷³ și Ronald Dworkin în Statele Unite ale Americii⁷⁴ sau Karl Heinz Fezer în Germania.⁷⁵

O analiză a diverselor critici particulare la adresa analizei economice aplicate în domenii specifice ale dreptului excedează studiului de față, însă el nu va evita expunerea unor critici generale, ale căror afirmații chestionează de principiu postulatele și metodele utilizate în *law & economics*. Criticile la adresa analizei economice a dreptului ar putea fi grupate în mai multe categorii, în funcție de natura principalelor contraargumente pe care le avansează în confruntarea cu abordarea economică. Pot fi observate critici normative, metodologice și, în fine, interpretative.

Din punct de vedere normativ, s-a chestionat, mai întâi, valoarea conceptului de maximizare a bunăstării, sub care analiștii de *law & economics* plasează orice studiu al normei de drept, iar, ulterior, și ideea conform căreia eficiența este instrumentul prin care se maximizează bunăstarea. Primul care se întreabă dacă bunăstarea, respectiv maximizarea acesteia, sunt într-adevăr valori esențiale pentru sistemul juridic este Dworkin⁷⁶, însă argumente

⁷³ Leff a formulat una dintre primele critici la adresa manualului lui Posner. A se vedea A. Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, în *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 451-482.

⁷⁴ A se vedea R. Dworkin, *Why Efficiency? A Response to Professors Calabresia and Posner*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 563-590.

⁷⁵ A se vedea K. H. Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, în *Juristenzeitung*, nr. 41, 1986, pp. 817-824.

⁷⁶ A se vedea R. Dworkin, *Is Wealth a Value?*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nr. 2, 1980, pp. 191-226.

puternice au formulat și J. Coleman⁷⁷, A. Kronman⁷⁸ sau E. J. Weinrib⁷⁹. Acești autori evaluează critic în special cele două criterii propuse pentru măsurarea eficienței și orientarea politicilor publice înspre maximizarea bunăstării: criteriul Pareto și criteriul Kaldor-Hicks. Dworkin, de exemplu, arată că deciziile puterii publice nu pot decât arareori să producă un rezultat optim în sens Pareto, întrucât marea lor majoritate se adoptă ca urmare a unor dispute între particulari sau între diverse categorii sociale sau socio-profesionale și care sunt tranșate prin alegerile impuse de puterea publică. Din acest motiv, s-ar putea considera criteriul Kaldor-Hicks mai bun, însă nici acesta nu este sustenabil, întrucât nu pretinde beneficiarilor unei anumite măsuri (*i.e.* un anumit act normativ) să îi despăgubească pe cei care ar suferi o pierdere ca urmare a aplicării măsurii, ci declară că bunăstarea netă a societății va fi maximizată numai dacă există posibilitatea despăgubirii.

Consecința recurgerii la acest criteriu pentru evaluarea efectelor normelor juridice ar putea să ofere justificare infracțiunilor contra patrimoniului sau unor exproprieri fără despăgubire efectivă, ceea ce niciun jurist nu poate accepta. Transferul unor bunuri în patrimoniul unor persoane care nu ar avea alt „merit” decât acela că ar plăti mai mult acele bunuri decât foștii lor proprietari poate fi oricând motivat pe baza criteriului Kaldor-Hicks și, cu atât mai mult, pe baza optimului Pareto, astfel încât un asemenea mod de motivare *ex ante* sau de evaluare *ex post* a unor norme juridice este departe

⁷⁷ A se vedea J. L. Coleman, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 509-551.

⁷⁸ A se vedea A. Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, în *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, nr. 2, 1980, pp. 227-242.

⁷⁹ A se vedea E. J. Weinrib, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, în *The University of Toronto Law Journal*, vol. 30, nr. 3, 1980, pp. 307-332.

de a fi satisfăcător.⁸⁰ Totodată, critica vizează și rolul judecătorilor, care nu ar putea fi acela de instrument de politici publice, eventual maximizatoare de eficiență, ci acela de apărare a drepturilor subiective și de aplicare a legii, în ceea ce privește obligațiile corelative drepturilor subiective și neexecutate de bunăvoie.⁸¹

Valoarea normativă a eficienței a fost pusă la îndoială și de către unii filosofi ai economiei, arătându-se că nu s-ar putea acorda eficienței nicio valoare normativă în absența justiției și a echității, ci eventual numai prin integrarea sa în cadrul mai larg al acestor din urmă idealuri sociale. Economia dezvoltării propune o abordare concentrată mai puțin pe agregarea bunăstării, și mai mult pe dreptatea socială, respectiv pe capacitatea acesteia de a contribui la egalitatea de șanse. Din acest punct de vedere, i se reproșează analizei economice a dreptului că ignoră rosturile (re)distribuției, că nu este interesată de problematica drepturilor și libertăților cetățenești și că nu propune nicio soluție pentru recuperarea unor categorii sociale marginalizate. Acest tip de abordare, care rămâne fidel concepțiilor intervenționiste, nu este unul periferic, fiind recunoscut la nivelul *mainstream*-ului științelor economice.⁸² Amartya Sen argumentează, spre exemplu, că adepții *law & economics* greșesc atunci când cred că deciziile sau măsurile de politici publice pot să se întemeieze pe agregarea intereselor și preferințelor

⁸⁰ A se vedea Coleman, *op. cit.*, pp. 532-534.

⁸¹ *Idem*, pp. 549-551.

⁸² Literatura este, și în acest domeniu, abundentă. Trimitem, spre exemplu, la M. Nussbaum, A. Sen (ed.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993; A. Sen, *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2009; A. Deaton, *The Great Escape: Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2013. Economistul indian Amartya Sen și colegul său britanic Angus Deaton sunt laureați ai Premiului Nobel pentru economie.

individuale, pentru că există adesea o diferență majoră între modul în care un anume individ își definește interesele și ceea ce crede același individ că ar trebui să fie interesul public.⁸³

În fine, unii economiști au negat importanța eficienței ca instrument de maximizare a bogăției și a bunăstării, demonstrând că creșterea economică contribuie mult mai mult la bunăstarea generală decât eficiența alocativă. Aceași concluzie poate fi trasă și în ceea ce privește inovarea, care intră adesea în conflict cu obiectivul eficienței pe termen scurt.⁸⁴

Totodată, criza economică și financiară care a marcat anii 2010 a demonstrat că, de fapt, adevăratul pericol pentru bunăstarea socială nu îl reprezintă ineficiența, care este, în definitiv, inerentă, până la un anumit grad, oricărui mod de organizare economică, ci escaladarea riscurilor sistemice, prin dereglementare. Ironia constă neîndoielnic în aceea că abordările specifice *law & economics*, concentrate pe eficiență, au favorizat dereglementarea, au împins în planul secund politicile anti-risc și au alimentat astfel cea mai recentă criză a capitalismului. *In nuce*, ineficiența pe termen scurt, generată de politicile sociale cu caracter redistributiv și de reglementările care previn riscurile sistemice⁸⁵, ar trebui acceptată, fiindcă nu este nimic altceva decât asigurarea necesară pentru crizele recurente ale sistemului economic capitalist. Posibilele consecințe negative, economice,

⁸³ Am folosit traducerea în limba germană a cărții lui Amartya Sen din 2009, *The Idea of Justice*. A se vedea A. Sen, *Die Idee der Gerechtigkeit*, C. H. Beck, München, 2010, pp. 202-221.

⁸⁴ A se vedea, *inter alia*, J. Huerta de Soto, *Teoria eficienței dinamice*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2011, pp. 17-69.

⁸⁵ Asemenea tipuri de intervenții măresc costurile întreprinzătorilor, fie pe cele direct legate de activitățile productive (prin niveluri superioare de impozitare), fie pe cele de conformare. Eficiența alocativă va fi afectată.

sociale și politice ale acestor crize justifică prețul unor pierderi temporare de eficiență. Or, această realitate pare să lipsească din analizele obișnuite de *law & economics*.

La baza deficiențelor de ordin normativ care întemeiază reproșurile la adresa analizei economice a dreptului se găsește abordarea specifică microeconomiei. Postulatul raționalității, costurile de oportunitate și toate celelalte elemente cu care se operează în mod curent în *law & economics* au fost extrase din *toolbox*-ul microeconomiei. Însă, asemenea instrumente pot fi periculoase pentru cel care le manevrează dacă, în completarea lor, nu se recurge la macroeconomie. Din acest din urmă punct de vedere, dreptul ar trebui considerat un cadru general de referință, orientat spre evitarea riscurilor sistemice și maximizarea oportunităților economice, iar nu (doar) un set de reguli aplicabile unor tranzacții individuale.⁸⁶

Maximizarea oportunităților economice oferă o perspectivă prea puțin confortabilă pentru analiza economică clasică a dreptului, întrucât aduce în centrul discuției problema inegalităților sociale și acceptă premisa conform căreia distribuția (mai) echilibrată a averilor în societate favorizează creșterea economică și inovația, descătușează energiile individuale și maximizează numărul indivizilor angrenați în activități productive, în raport cu o economie marcată de puternice inegalități sociale.

⁸⁶ Acest punct de vedere este susținut *inter alia* de profesorul canadian M. J. Trebilcock, autor al seminalei lucrări *The Limits of Freedom of Contract* (1993). Acesta susține că politicile publice trebuie concepute în așa fel încât oportunitatea accesului la mecanismele de piață să fie asigurată și extinsă pentru un număr cât mai mare de persoane cărora, fie din motive istorice de clasă, fie din considerente strict individuale, accesul la piață și, deci, la oportunitățile de natură contractuală, le-a fost restrâns. A se vedea M. J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1997, p. 268.

Poate că aceste critici de ordin normativ la adresa *law & economics* au la bază anumite concepții ideologice sau ideologizante. Însă, fundamentul neoliberal al școlii de analiză economică a dreptului impregnează ideologic în egală măsură (dar, desigur, în sens contrar) orice demers care se înscrie în acest curent de gândire.

B. Critica metodologică

Din punct de vedere metodologic, analiza economică a dreptului se bazează excesiv pe modelele economiei clasice și neoclasică: *homo oeconomicus*, raționalitatea, piața cu concurență pură și perfectă. În cheia acestei paradigme, analiștii de *law & economics* discută și despre drept, pe care îl asimilează tranzacțiilor dintre particulari și se întreabă dacă normele juridice alocă resursele în mod eficient. Sceptici față de focusarea exclusivă asupra eficienței, unii comentatori consideră că dreptul nu este decisiv pentru modul de alocare a resurselor în societate, deși joacă un anumit rol în rezolvarea problemei economice.⁸⁷

Una dintre primele obiecții la adresa metodei bazate pe conceptul eficienței a fost aceea că, în final, îi va favoriza pe cei avuți în dauna celor lipsiți de resurse materiale, promovând o filosofie socială și economică care va înclina întotdeauna balanța de partea capitalului.⁸⁸ Critica este mai mult decât o lozincă, pentru că premisa care stă la baza ei este teoretic corectă: conform concepției contractualiste, care pretinde rezolvarea tuturor dilemelor legate

⁸⁷ A se vedea D. M. Driesen, R. P. Malloy, *Critiques of Law and Economics*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 1: *Methodology and Concepts*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 300-317, în special p. 303.

⁸⁸ A se vedea L. A. Bebchuk, *The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 671-709, în special p. 672.

de distribuirea resurselor prin convențiile libere ale particularilor, aceștia vor efectua întotdeauna o analiză de tip cost-beneficiu, cântărind avantajele și dezavantajele opțiunilor lor patrimoniale. Numai că dorința unui individ de a plăti, respectiv de a încheia o anumită tranzacție, depinde întotdeauna de capacitatea sa de a plăti, de solvabilitatea sa. Nu întâmplător, economiștii sunt mult mai interesați de „*cererea solvabilă*” atunci când discută despre cerere și ofertă ori despre tranzacțiile efectiv încheiate pe piață. Cererea solvabilă este o funcție de preț, dar și de venit.

Or, dacă intenția trebuie să se reflecte și în capacitatea propriu-zisă de tranzacționare, atunci subordonarea analizei juridice conceptului de eficiență economică îi va favoriza pe cei care dispun de resurse, iar nu pe cei care nu dispun de ele. Rămâne de văzut dacă un asemenea rezultat este compatibil cu ideile consolidate despre drept, justiție și echitate.

Apoi, studiile de psihologie comportamentală au arătat că există o mare diferență între modul în care subiecții acționează ca vânzători, respectiv în calitate de cumpărători. Tendința este aceea de a cere un preț mai mare pentru un bun scos la vânzare decât cel pe care același subiect îl acceptă atunci când vrea să cumpere un bun similar. Ceea ce se află deja în patrimoniul subiectului cunoaște o valorizare superioară față de ceea ce ar urma să intre în patrimoniul său.⁸⁹ În aceste condiții, raportarea la eficiență devine instabilă, iar geometria conceptului în cel mai bun caz variabilă. Prin urmare, distribuirea de drepturi prin intermediul ordinii juridice influențează prețurile de piață, dar evoluția prețurilor face ca alocările inițiale să apară ca ineficiente și să reclame diverse realocări. Însă, cum acestea se vor repercuta

⁸⁹ Ideea este subliniată *inter alia* în H. Gintis, *The Evolution of Private Property*, în *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 64, nr. 1, 2007, pp. 1-16.

din nou asupra nivelului prețurilor, care se (re)formează în permanență prin jocul dintre cerere și ofertă, s-ar putea ca realocările să fie considerate ineficiente, pretinzând redistribuirea drepturilor.

Această concluzie nu pare să îi îngrijoreze foarte tare pe economiști, întrucât permanentele ajustări ale raporturilor economice (pe care primatul eficienței le pretinde și piața le impune) țin chiar de esența mecanismelor schimbului, iar echilibrul piețelor trebuie privit întotdeauna în dinamica sa. Pentru Dworkin, însă, eficiența și maximizarea bunăstării sociale prin intermediul eficienței sunt concepte slabe, insuficient determinate⁹⁰, a căror contribuție la înțelegerea dreptului este cel puțin problematică, dacă nu chiar dăunătoare.

În fine, critica de natură metodologică ridică două alte probleme serioase pentru coerența analizei economice a dreptului. Pe de o parte, se repropune abordărilor de tip *law & economics* că tind să fetișizeze modelarea economică, pretinzând că ideile și concluziile la care ajung pe baza aplicării unor modele matematice în drept corespund adevărului absolut. Or, totul depinde de definirea variabilelor independente, a celor dependente, a relațiilor dintre ele, a ipotezelor de lucru și a domeniului în care modelul ar putea să fie relevant. După cum bine se știe, majoritatea modelelor economice se construiesc în condiții de *caeteris paribus*, ceea ce echivalează cu o puternică limitare a aplicabilității și relevanței lor practice. Concluziile oricărui asemenea model sunt întotdeauna într-o relație directă cu maniera în care cercetătorul și-a construit ipotezele și și-a definit domeniul de studiu.

Această realitate îi pune pe cercetătorii care abordează dreptul dintr-o perspectivă de *law & economics* în fața unor dificultăți destul de mari. O

⁹⁰ A se vedea Dworkin, *Is Wealth a Value?*, *op. cit.*, pp. 192-193, 215.

modificare în dreptul pozitiv sau un anumit tip de hotărâre judecătorească pot fi considerate eficiente sau nu în funcție de modul în care analistul se raportează la sistem și își definește variabilele. Însă, de foarte multe ori se ignoră faptul că ceea ce sporește eficiența într-un sector se poate traduce într-o pierdere de eficiență la nivelul de ansamblu al economiei. Asupra acestei chestiuni s-a atras atenția încă din anii 1950, când s-au elaborat teoriile *second best*.⁹¹ În esență, acestea spun că, dacă, pe o anumită piață, o anumită distorsiune (deci, o sursă de ineficiență) nu poate fi eliminată, s-ar putea distorsiona, prin intervenții publice, o altă piață, aflată în interdependență cu prima, astfel încât s-ar contrabalansa, cel puțin în parte, efectele negative ale distorsiunii de pe prima piață, rezultatul final apropiindu-se mai mult de optim.

În același timp, metodele pe care analiștii de *law & economics* le propun sunt parțial incorecte pentru că se bazează pe o incompatibilitate forțată între eficiență și realocarea resurselor de către puterea publică prin intermediul politicilor sociale. Mulți economiști acceptă că transferurile de venit dinspre categoriile avute înspre cei pauperi sporește bunăstarea socială, pentru că resurse de aceeași întindere măresc utilitatea marginală a celor vulnerabili într-o proporție mult mai mare decât o pot face pentru cei bogați. Așa cum am arătat deja, s-ar putea ca echilibrarea distribuției veniturilor în societate să producă un rezultat eficient, maximizând bunăstarea, ceea ce

⁹¹ A se vedea R. G. Lipsey, K. Lancaster, *The General Theory of Second Best*, în *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1, 1956, pp. 11-32. Concluziile teoriei *second best* au fost folosite în critica analizei economice a dreptului *inter alia* în M. J. Rizzo, *The Mirage of Efficiency*, în *Hofstra Law Review*, vol. 8, nr. 3, 1980, pp. 641-658.

neagă valoarea unor studii de *law & economics* care preferă să ignore relația dintre utilitatea marginală și politicile de redistribuire.⁹²

În concluzie, analiza economică a dreptului este marcată de o serie de aspecte nevralgice, iar direcțiile principale pe care s-a concentrat reacția critică sunt două: pe de o parte, se au în vedere fundamentele și metodele curentului, iar, pe de altă parte, numeroasele implicații de ordin ideologic.

Astfel, s-a pus în primul rând sub semnul întrebării modelul lui *homo oeconomicus*, considerându-se că nu poate fi redus comportamentul uman la dimensiunea sa economică. Acest model trebuie completat sau rafinat, pe baza concluziilor psihologiei și sociologiei. Apoi, în contextul mai larg al criticii paradigmei economice neoclasice, s-a arătat că ipotezele cu care operează microeconomia neoclasică nu se confirmă în realitate, astfel încât analiza economică a dreptului distorsionează natura instituțiilor sociale și juridice și efectele acestora asupra comportamentelor umane. Așa fiind, *law & economics* ar avea o utilitate prea scăzută pentru practica juridică.⁹³

În final, aceste argumente i-au convins pe adepții analizei economice a dreptului că prezumțiile preluate din microeconomie trebuie completate și îmbunătățite cu elemente de psihologie, sociologie și macroeconomie, ceea ce a conturat atât (sub)curentul instituționalist al analizei economice a dreptului, cât și *behavioral law & economics*, la care urmează să ne referim.

⁹² A se vedea C. E. Baker, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, în *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, nr. 1, 1975, pp. 3-48. Și din acest punct de vedere, analizei economice a dreptului i se reproșează, de fapt, că este un demers ideologic care sacrifică rigoarea metodei pentru a-și susține programul politic, defavorabil oricărei politici cu caracter redistributiv. A se vedea și D. Kennedy, *Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, în P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Springer, 2002, pp. 1123-1132.

⁹³ A se vedea Fink, *op. cit.*, p. 938.

Alte critici s-au concentrat pe ideologia curentului, percepută ca distructivă pentru drept, distorsionând scopul legii și amenințându-i însăși existența.⁹⁴ Pe de o parte, piața ajunge să fie singurul barometru viabil, modelul pieței extinzându-se asupra unor sfere și domenii din afara activității economice propriu-zise. Problemele apar atunci când extinderea paradigmei pieței asupra tuturor relațiilor sociale produce efecte greu de acceptat.

În această logică se înscrie și critica eficienței drept criteriu primordial al politicilor publice, inclusiv pentru legiuitor, care ar trebui să evalueze ordinea juridică strict prin prisma capacității acesteia de a extinde relațiile de piață și de a produce, astfel, bunăstare. În concret, aceasta nu ar însemna, însă, nimic altceva decât favorizarea anumitor categorii și grupuri sociale, de regulă a celor avuți în fața celor pauperi. La o privire mai atentă, pretențiile pozitivistice ale curentului *law & economics* cu privire la bunăstare nu ar fi decât un punct de vedere profund ideologizat și contestabil în multe privințe.

Pretenția științifică emisă *ab initio* de membrii mișcării analizei economice a dreptului, care îi conferă legitimitate și acceptabilitate, nu se justifică în integralitate, cel puțin pentru motivul că foarte multe dintre studiile inițiale de *law & economics* s-au cantonat exclusiv în sfera normativului, au testat prea puțin modelele pe care le-au avansat⁹⁵ și s-au ferit de orice comparație între propriile modele economice și metodele clasice ale științei dreptului. Analistii limbajului analizei economice a dreptului au ajuns, de aceea, la concluzia că tonul sentențios al cercetărilor de *law & economics*

⁹⁴ *Idem*, p. 939.

⁹⁵ De exemplu, multe cercetări inițiale fac referire la metoda analizei cost-beneficiu, însă foarte puține o și folosesc în concret. A se vedea Driesen, Malloy, *op. cit.*, p. 304.

nu are alte scopuri decât acelea de a-i intimida pe non-economiști (pe juriștii fără studii economice, mai ales) și de a îngusta aria de cercetare propusă.⁹⁶

VI. Economia comportamentală și dreptul. Consecințele paternalismului

A. Critica psihologică sau limitele reale ale modelelor analizei economice a dreptului

Așa cum a fost concepută sub auspiciile Școlii de economie de la Chicago, bazându-se exclusiv pe modelul șubred al raționalității ireproșabile a lui *homo oeconomicus*, analiza economică a dreptului a ignorat una dintre cele mai importante observații ale lui Keynes, ținta predilectă de atac a neoliberalilor non-intervenționiști. Acesta era convins că instabilitatea economică nu este doar un rezultat al speculațiilor pe piață, ci și al naturii umane, pentru că o mare parte a faptelor oamenilor nu au la bază niciun fel de calcul matematic, ci un „impuls spontan”.⁹⁷ Keynes, preocupat de găsirea unei soluții care să salveze sistemul economic capitalist de el însuși și, în consecință, societatea liberală, nu a aprofundat analiza acestor „*animal spirits*”, cum le-a numit, dar ele se regăsesc în fundamentul teoriilor sale (macro)economice.

Ideea lui Keynes a fost reluată, verificată empiric și, abordată din alt unghi, a servit la reconsiderarea și reformularea ipotezelor analizei economice

⁹⁶ A se vedea D. N. McCloskey, *The Rhetoric of Law and Economics*, în *Michigan Law Review*, vol. 86, nr. 4, 1988, pp. 752-767.

⁹⁷ A se vedea Keynes, *op. cit.*, pp. 225-226.

a dreptului. Dacă prezumțiile cu care operează modelul științific al lui *homo oeconomicus* se relativizează sau sunt, pur și simplu, complet eronate, capacitatea modelului de a servi unor prognoze credibile cu privire la efectele unor norme juridice se diminuează substanțial, economiștii descoperind cu ajutorul psihologilor că realitatea este departe de laboratorul în care a fost distilat idealul raționalității perfecte. Meritul este cu siguranță al curentului *behavioral economics*, ale cărui contribuții au fost esențiale pentru desprinderea științei economice de dogmele clasice și neoclasice, prin subminarea radicală a modelului omului economic însuși, pe care se bazează ideile comune ale economiștilor despre eficiență și despre primatul piețelor.⁹⁸

Sub influența psihologiei, economia comportamentală își completează discursul cu elementele care limitează relevanța și aplicabilitatea postulatelor economiei (neo)clasice despre om ca agent economic. Astfel, sunt puse în evidență (i) amintirile; (ii) probabilitățile; (iii) izolarea anumitor informații; (iv) sentimentul de siguranță și (v) posibilitatea inducerii unor informații false⁹⁹, sau, într-o altă configurare, (i) aversiunea față de pierdere, (ii) încrederea exagerată, (iii) ignorarea informațiilor care contrazic propriile prejudecăți; (iv) cedarea în fața unor tentații de moment, chiar dacă

⁹⁸ Rodrik, *op. cit.*, p. 202. Pentru un foarte bun rezumat al reconfigurării omului economic de către economiștii comportamentali și al întâlnirii sale subsecvente cu dreptul, a se vedea T. Rostain, *Educating Homo Oeconomicus: Cautionary Notes on the New Behavioral Law and Economics*, în *Law & Society Review*, vol. 34, nr. 4, 2000, pp. 973-1006; dar și C. Jolls, *Bounded Rationality, Behavioral Economics, and the Law*, în Parisi (ed.), *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 60-77, cu câteva aplicații practice.

⁹⁹ A se vedea C. Jolls, C. R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, în *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1471-1550, în special pp. 1476-1481. Cei trei autori demonstrează convingător că raționalitatea, voința și egoismul (individualismul) uman sunt limitate („*People can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self interest.*”).

consecințele sunt recunoscute ca negative; (v) luarea în considerare a echității și existența unui simț al reciprocității, care limitează individualismul.¹⁰⁰

Cea mai importantă contribuție în materie provine de la Herbert A. Simon și Richard Nelson. Simon a susținut încă din 1955 că modelul omului economic trebuie revizuit drastic, fiindcă se bazează pe o serie de ipoteze greu verificabile în realitate.¹⁰¹ De asemenea, Nelson a avansat ideea conform căreia organizațiile (firmele) progresează mai degrabă prin metoda „încercare și eroare” („*trial and error*”) decât prin optimizare matematică.¹⁰²

Meritul remarcabil al lui Simon este de a fi demonstrat că informațiile nu vor fi niciodată complete și că, de aceea, raționalitatea va fi întotdeauna limitată („*bounded rationality*”). În viziunea sa, individul rațional nu are niciodată suficiente informații, astfel încât va trebui să suporte costul procurării lor. În condițiile în care informațiile sunt costisitoare, omul economic nu își va procura decât acele informații despre care crede că îi vor procura o utilitate superioară efortului pe care l-a depus în vederea obținerii. Prin urmare, opțiunea pe care o va face individul nu va fi niciodată maximizatoare de satisfacție (utilitate), ci numai satisfăcătoare. Simon înlocuiește standardul informațiilor complete cu un standard al informațiilor eficiente.¹⁰³

¹⁰⁰ Rodrik, *op. cit.*, p. 203. Toți autorii trimit la influențele studii ale lui Kahneman și Tversky din anii 1970-1980.

¹⁰¹ A se vedea H. A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, în *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1, 1955, pp. 99-118, în special p. 99.

¹⁰² A se vedea Richard R. Nelson, *Bounded Rationality, Cognitive Maps, and Trial and Error Learning*, în *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 67, nr. 1, 2008, pp. 78-89. Nelson și-a conturat teoriile încă din anii 1970-1980, scriind despre dezvoltare economică și organizațională.

¹⁰³ A se vedea Eidenmüller, *op. cit.*, p. 38. Informația satisfăcătoare este o opțiune de tip *second best*.

În ceea ce privește existența „amintirilor”, ce contează nu este volumul informațiilor pe care un individ le-a înmagazinat de-a lungul timpului, ci numai acele informații de care, în momentul alegerilor pe care le face, își poate aduce aminte. Atunci când încearcă să aprecieze probabilitatea cu care se va produce un anumit eveniment, inclusiv suportarea consecinței unei norme juridice, subiectul nu operează cu probabilități reale, ci se bazează pe experiențe trecute, pe probabilitățile cu care s-a confruntat în trecut și pe asemănările dintre prezent și trecut.

În plus, atunci când analizează opțiunile care se află la dispoziția sa, individul tinde să se concentreze asupra deosebirilor, ignorând asemănările între aceste opțiuni, astfel încât anumite informații și anumite relații între variabilele care compun alternativele sunt, pur și simplu, trecute cu vederea. Kahneman și Tversky au arătat în 1979 că de aici rezultă preferințe inconsistente, iar principiul raționalității este sever limitat.¹⁰⁴ Apoi, indivizii preferă întotdeauna probabilitățile mari, chiar dacă câștigurile asociate unor asemenea probabilități sunt mai mici decât cele asociate unor potențiale câștiguri mari, aversiunea față de risc manifestându-se în diverse grade. În sfârșit, psihologii i-au învățat pe economiști că deciziile indivizilor pot diferi în funcție de modalitatea în care li se prezintă informațiile. Falsificarea informațiilor, chiar și prin reformulare, poate conduce la efecte pe care omul perfect rațional nu le poate anticipa.¹⁰⁵ Or, acest efect contrazice vădit premisa informațiilor complete, dar și principiul raționalității. După Kahneman și

¹⁰⁴ A se vedea D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, în *Econometrica*, vol. 47, nr. 2, 1979, pp. 263-291, în special p. 271.

¹⁰⁵ A se vedea I. P. Lewin, S. L. Schneider, G. S. Gaeth, *All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects*, în *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 76, nr. 2, 1998, pp. 149-188, în special p. 150.

Tversky, impactul perspectivei este cert și nu poate fi ignorat, pentru că ignorarea sa pervertește atât ipotezele, cât și concluziile oricărei analize și conduce la erori grave de raționament, atât în ceea ce privește politica legislativă, cât și în privința aplicării concrete a dreptului.

Totodată, studiile de economie comportamentală au relevat și alte realități care tind să infirme atât ipotezele modelului omului economic, cât și concluziile acestuia. Spre exemplu, s-a putut demonstra că indivizii sunt în principiu capabili de cooperare, existând o tendință spre echitate și reciprocitate, majoritatea oamenilor înclinând spre a recompensa comportamentele cinstite și buna-credință și spre a pedepsi comportamentele necinstite, înșelătoare etc. Cu aproximativ două decenii în urmă, psihologii și economiștii au conturat imaginea lui *homo reciprocans*, o versiune îmbunătățită a omului economic, capabilă să recunoască situațiile în care cooperarea între indivizi este în avantajul tuturor.¹⁰⁶ Teoria jocurilor și cercetările de psihologie aplicată au contribuit mult la redesenarea lui *homo oeconomicus*.¹⁰⁷ În primul rând, acestea au relativizat concepția despre individualismul omului economic și au înmulțit îndoielile cu privire la anumite calități ale modelului, subliniind că acesta nu este capabil să descrie oamenii, marcați în realitate de puternice disonanțe cognitive, și nu ar trebui să emită o asemenea pretenție.

¹⁰⁶ Pentru o expunere sintetică, a se vedea S. Gächter, *Human Prosocial Motivation and the Maintenance of Social Order*, în Zamir, Teichman, *op. cit.*, pp. 28-60, în special pp. 31-37.

¹⁰⁷ A se vedea E. Fehr, S. Gächter, *Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity*, în *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, nr. 3, 2000, pp. 159-181; A. Falk, *Homo Oeconomicus Versus Homo Reciprocans: Ansätze für ein neues wirtschafts-politisches Leitbild*, în *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, vol. 4, nr. 1, 2003, pp. 141-172.

Principalele reconfigurări pe care modelul omului economic le-a suferit, ca urmare a colaborării dintre economiști și psihologi, sunt modelul *satisficing man*, avansat de Simon, teoria perspectivelor a lui Kahneman și Tversky, modelul *homo reciprocans* vehiculat de teoria jocurilor și, în sfârșit, perspectiva oferită de teoriile care încearcă să integreze comportamentele altruiste și comunicarea între indivizi. Pe măsură ce comunicarea crește în intensitate, sporește dorința indivizilor de a contribui la realizarea unor bunuri comune (publice). În modelul original și, evident, în analiza posneriană a dreptului o asemenea dorință este ignorată complet.¹⁰⁸

B. Behavioral law & economics, nudging și paternalismul liberal

Contribuția economiei comportamentale a remodelat analiza economică a dreptului, dând naștere unui curent inițial disident, dar care a reușit în final să se impună, generând, la rândul său, o literatură vastă, cu reverberații solide în prezent. Într-o primă fază, analizele comportamentale au fost recepționate cu entuziasm, în special de către acei juriști care nu puteau accepta prea ușor dominația ideilor posneriene și vedeau în concluziile economiei comportamentale o armă puternică în confruntarea cu adepții *law & economics*.¹⁰⁹ Ulterior, studiile comportamentale și ideile noului curent au fost asimilate de analiza economică a dreptului, considerându-se că reprezintă un avans semnificativ în modul de a înțelege cum reacționează

¹⁰⁸ A se vedea A. Dieckmann, Ch. Sorge, *Der homo oeconomicus. Modellmensch par excellence?*, în A. Dieckmann, Ch. Sorge, *Der homo oeconomicus in der Rechtsanwendung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 28.

¹⁰⁹ A se vedea M. Kelman, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, în *Southern California Law Review*, vol. 52, 1979, pp. 669-698.

subiecții de drept față de regulile care le reglementează comportamentele, precum și în elaborarea politicilor publice.

Astfel, integrarea economiei comportamentale în analiza juridică s-a reflectat în diferite arii ale dreptului, cu predilecție, însă, în dreptul concurenței și al consumului, în dreptul societar și al piețelor de capital, dar și în diversele ramuri ale dreptului public.

Din „aducerea la realitate” a analizei posneriene a dreptului prin intermediul *behavioral law & economics* au rezultat în final atât un tip de teorie socială, cât și mai multe instrumente de politici publice, care au fost foarte în vogă în primele două decenii ale secolului al XXI-lea și au influențat discursul public în lumea occidentală. Ne referim, pe de o parte, la paternalismul *soft*, de inspirație liberală, opus intervenționismului dur și statului-providență, și, pe de altă parte, la conceptul de *nudge*, ca mod de a concepe și de a pune în aplicare diverse politici publice, prin modificarea cadrului normativ existent.

În cea mai simplă definiție, paternalismul este o filosofie care limitează autonomia unui individ sau a unui grup, în scopuri ce țin de propria lor bunăstare. O putere publică paternalistă este convinsă că, indiferent de cauze, subiecții asupra cărora este exercitată nu sunt capabili să ia cele mai bune decizii de maximizare a bunăstării și, prin urmare, trebuie orientați, direct sau indirect, explicit sau implicit, brutal sau cu finețe, spre acele opțiuni care sunt maximizatoare de bunăstare, și îndepărtați de acele soluții sau decizii care le-ar face rău.

Fără a putea expune aici, pe larg, conceptele care stau la baza paternalismului, tipurile acestuia și multiplele critici care i-au fost aduse, ne rezumăm la a spune că, în realitate, orice demers de inspirație paternalistă păcătuiește prin aceea că le neagă subiecților de drept, în diverse grade,

capacitatea de autodeterminare, discernământul și libertatea. Această negare este inevitabilă pentru că o intervenție normativă paternalistă vizează înlocuirea raționamentului (viciat, prin ipoteză) al destinatarului normei cu raționamentul legiuitorului (văzut, firește, *lato sensu*), care, spre deosebire de primul, este capabil să înțeleagă ce i-ar face acestuia bine și ce nu.¹¹⁰ Diferența dintre paternalismul contemporan și un regim totalitar nu ar părea să fie decât de metodă, ar putea sugera oricând un critic grăbit.

Într-adevăr, paternalismul *soft* susține ideea că intervenția puterii publice trebuie să fie imperceptibilă pentru destinatar, că acesta nu trebuie să aibă reprezentarea influenței care se exercită asupra sa și că această influență nu ar trebui să îi îngrădească libertatea de alegere, ci doar să îi pună la dispoziție un ghid orientativ, menit să îl ferească de alegeri dezavantajoase.¹¹¹ Indiferent, însă, de forma pe care o îmbracă, deznodământul paternalismului este, în linii mari, aceleași: prezumându-i imaturi și iresponsabili pe destinatarii acțiunii publice (ai normei juridice, în cazul nostru), orice demers paternalist nu poate sfârși decât prin a-i infantiliza, cu consecințe negative dintre cele mai diverse și de lungă durată.¹¹²

¹¹⁰ A se vedea J. Le Grand, B. New, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend*, Princeton University Press, Princeton, 2015, p. 23.

¹¹¹ A se vedea R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, în *The American Economic Review*, vol. 93, 2003, pp. 175-179; R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, în *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, nr. 4, 2003, pp. 1159-1202. După cum se poate deduce, Thaler și Sunstein folosesc termenul „*libertarian*” pentru tipul de paternalism pe care îl susțin. Rămâne de discutat în ce măsură libertarianismul ar fi compatibil cu orice formă de paternalism, oricât de *light*, chiar dacă Thaler și Sunstein susțin că nu sunt deloc interesați să spună indivizilor ce să facă, ci doar să îi ajute să își realizeze propriile obiective.

¹¹² Iată un exemplu: jurisprudența relativ recentă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia clauzelor abuzive din contractele de credit pentru consum a suprasolicitat standardul transparenței contractuale pretins profesioniștilor, adăugându-i, succesiv, noi componente,

Popularizarea ideilor paternalismului *soft* a apărut o dată cu publicarea unei foarte influente cărți¹¹³ de către economistul Richard Thaler și juristul Cass Sunstein în 2008, cei care, precedați fiind de Kahneman și Tversky, au contribuit probabil cel mai mult la deconstruirea miturilor microeconomiei clasice, de care s-au folosit Posner și adepții acestuia.

Foarte controversat, conceptul de *nudge*, care se traduce prin „ghiont”, sugerează că procesele decizionale pot fi (și ar trebui) influențate, atât la nivel individual, cât și la nivel de grup, prin metode indirecte, cât mai subtile, care nu impun, ci numai ajută, orientează, ghidează. *Nudging*-ul se deosebește net de alte forme de influențare a comportamentelor, cum ar fi educația sau aplicarea legii. Situat la confluența ciberneticii cu științele neuronale, de unde de altfel și provine, conceptul trebuie privit, în optica lui Thaler și Sunstein,

fără ca judecătorii să observe că (i) majorarea implicită a costurilor de conformare pe care trebuie să le suporte profesioniștii se traduce, în final, în costuri mai mari pentru consumatori, de pe urma acestora având de suferit cel mai mult tocmai categoria cea mai vulnerabilă a acestora, precum și că (ii) extinderea obligației profesionistului de informare precontractuală diminuează substanțial șansele ca partenerul contractual al acestuia să se informeze în mod efectiv, ceea ce îl face, la limită, și mai expus eventualelor abuzuri ale profesionistului. Pentru o analiză aprofundată, a se vedea L. Bercea, *Transparența costurilor în contractele de credit pentru consumatori. Cât de departe trebuie să ajungă Curtea de Justiție a Uniunii Europene ca să afle că a greșit drumul?*, în D.-A. Popescu, I.-F. Popa, S. Golub, L.-M. Harosa (ed.), *In honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică*, Hamangiu, București, 2018, pp. 997-1031. Alte exemple se regăsesc în diverse acte normative sau în propuneri de legi, inclusiv în România, precum și în practicile recente de comunicare în politică și afaceri, dar acestea din urmă sunt străine de obiectul acestui studiu.

¹¹³ A se vedea R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008. Cartea a fost tradusă și în limba română: *Nudge: Cartea ghionturilor pentru decizii mai bune legate de sănătate, bogăție și fericire*, Publica, București, 2016. În 2017, lui Thaler i s-a decernat premiul Nobel pentru economie, pentru contribuțiile sale la analiza economică și psihologică a deciziilor individuale. Juristul Sunstein, care a fost membru al administrației președintelui Barack Obama și, în această calitate, a contribuit la punerea în aplicare a unor instrumente de tip *nudge* în politicile publice din SUA, a fost în perioada 2009–2014 cel mai citat cercetător în drept din spațiul de limbă engleză.

ca „orice aspect de arhitectură a alegerii care modifică de o manieră previzibilă comportamentul oamenilor, dar fără a interzice nicio opțiune și fără a schimba în mod semnificativ stimulentele economice. Ca să conteze drept simplu ghiont, intervenția trebuie să fie ușor și ieftin de evitat. Ghionturile nu sunt dispoziții imperative. Să așezi fructele la nivelul privirii se consideră ghiont. Să interzici mâncarea cu aditivi, nu.”¹¹⁴

Politicile de tip *nudge*, inspirate și susținute de Thaler și Sunstein, au fost criticate din foarte multe puncte de vedere. Unii economiști au sugerat că, deși noile teorii își asumă abandonarea modelului omului economic, pe care îl consideră nerealist și, deci, prea puțin util, reprezentarea pe care acestea o au despre destinatarul politicii publice este, de fapt, aceeași, concluziile fiind diferite.¹¹⁵ În același timp, o serie de juriști și alți cercetători în științele sociale s-au întrebat dacă, raportat la principiile dreptății sociale și ale justiției distributive, tehnicile și instrumentele de politică publică bazate pe *nudging* ar fi admisibile.¹¹⁶ Acestea au fost analizate critic și din perspectiva statului de

¹¹⁴ A se vedea Thaler, Sunstein, *Nudge: Cartea ghionturilor...*, op. cit., p. 20. Exemplul fructelor se referă la politicile de combatere a obezității.

¹¹⁵ A se vedea, *exempli gratia*, R. Sugden, *Do people really want to be nudged towards healthy lifestyles?*, în *International Review of Economics*, vol. 64, 2017, pp. 113-123. Într-un text foarte scurt, profesorul englez acuză ipocrizia lui Thaler și Sunstein. Pentru că lasă unele concepte într-o ambivalență care le profită, autorii *nudging*-ului pot susține că intervenționismul pe care îl predică nu este paternalist, deși intențiile acestuia sunt neîndoiește paternaliste. Mai mult, aceștia ar putea oferi chiar și argumente pentru afirmația că destinatarii intervențiilor pe care le încurajează și-ar dori să fie impulsionați în acest mod, ceea ce pare să nu fie adevărat. Sugden concluzionează că paternalismul care marchează teoriile *nudge* este departe de a fi liberal sau libertarian, cum susțin autorii acestora.

¹¹⁶ A se vedea D. M. Hausman, B. Welch, *Debate: To Nudge or Not to Nudge?*, în *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, nr. 1, 2010, pp. 123-136. Cei doi autori susțin, în esență, că acțiunile de tip *nudging* ale puterii executive sunt mult mai predispuse spre a fi deturnate în abuzuri decât măsurile vădit coercitive, întrucât cele din urmă pot fi mult mai ușor monitorizate de societatea civilă și de instanțe. Apoi, s-ar putea ca unele *nudge*-uri să conducă la decizii

drept și a arhitecturii constituționale în societățile democratice¹¹⁷, concluziile la care au ajuns studiile fiind, de asemenea, puțin favorabile paternalismului libertarian imaginat de Thaler și Sunstein. La mai bine de un deceniu de la apariția fulminantă a lui *Nudge*, punerea în circulație a unui concept precum „*neuroliberalism*” nu mai poate stârni prea multă mirare. Acesta ar desemna totalitatea metodelor și instrumentelor prin care se utilizează psihologia și neurologia în configurarea, influențarea și dirijarea comportamentelor umane în cadrul unor societăți libere.¹¹⁸

În special Sunstein a răspuns *in extenso* tuturor criticilor cu care s-au confruntat ideile pe care le-a elaborat împreună cu Thaler și pe care le-a aplicat în parte în politicile publice din Statele Unite ale Americii, concentrându-se mai ales asupra aspectelor de ordin etic pe care *nudging*-ul le implică. În esență, Sunstein susține că „*arhitectura alegerilor*” este

individuale în contradicție cu preferințele subiecților, atât cu cele exprimate, cât și cu cele pe care aceștia le-ar avea dacă procesele lor cognitive și decizionale nu ar fi deturnate de ghionturile guvernului. De asemenea, cei doi autori atrag atenția asupra pericolului care rezultă din exploatarea excesivă a acestor tehnici, în defavoarea persuasiunii raționale, pentru că exploatarea emoțiilor, a disonanțelor de orice fel și a iraționalului va lăsa puțin loc pentru rațiune și discernământ, diminuând autonomia volițională a subiecților. Or, susțin Hausman și Welch, numai persuasiunea rațională este în concordanță cu suveranitatea individuală, care este, până la urmă, fundamentul ordinii juridice.

¹¹⁷ A se vedea, spre exemplu, R. Lepenies, M. Małecka, *The Institutional Consequences of Nudging – Nudges, Politics, and the Law*, în *Review of Philosophy and Psychology*, vol. 6, nr. 3, 2015, pp. 427-437; A. Alemanno, A. Spina, *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, în *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, nr. 2, 2014, pp. 429-456. Pentru o lucrare mai amplă care analizează deficitul de legitimitate democratică al politicilor de tip *nudging*, a se vedea A. Kemmerer, Ch. Möllers, M. Steinbeis, G. Wagner (ed.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

¹¹⁸ A se vedea M. Whitehead, R. Jones, R. Lilley, J. Pykett, R. Howell, *Neuroliberalism: Behavioural Government in the Twenty-First Century*, Taylor & Francis, New York, 2017, p. 1.

inevitabilă și că nicio societate nu poate evita un anumit tip de paternalism¹¹⁹, afirmație care conține negreșit un sâmbure de adevăr.

Teoriile de tip *nudge* sunt, așa cum arătat, direct legate de modul în care studiile comportamentale au reconfigurat știința economică și analiza economică a dreptului, deschizând ambele domenii și mai mult spre psihologie, neuroștiințe, etică, filosofie și științele politice. După Kahneman și Tversky, respectiv după Thaler și Sunstein analiza economică a dreptului nu mai poate fi gândită și practică exclusiv în termenii posnerieni ai economiei neoclasice, dar aceasta rămâne un punct solid de plecare și nu poate fi, pur și simplu, plasată în afara discuției.

VII. Câteva aplicații. Economia proprietății, a contractelor și a corporațiilor

Am încercat să expunem, cât mai pe scurt posibil, principalele idei și direcții de evoluție ale analizei economice a dreptului. Demersul este, cu siguranță, incomplet, cel puțin pentru faptul că nu ne-am referit la unele reconfigurări și critici ale analizei economice a dreptului care provin, la rândul lor, din spațiul nord-american, dar a căror recepție este controversată.¹²⁰

Pe de altă parte, credem că nu am putea încheia această expunere fără o succintă referire la unele dintre materiile în care analiza economică a

¹¹⁹ Dintre lucrările prin care Sunstein răspunde criticilor *nudging*-ului, ar trebui menționate: C. R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, 2014; C. R. Sunstein, *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, 2016.

¹²⁰ Ar fi, spre exemplu, cazul discursurilor de tip *critical legal studies* sau al abordării feministe a analizei economice a dreptului.

dreptului a avansat contribuții semnificative. O trecere în revistă a tuturor acestora ar fi imposibilă, motiv pentru care ne vom concentra asupra următoarelor trei materii: drepturile reale, dreptul contractelor și dreptul societar. Toate trei fac parte din dreptul privat, însă nu ar trebui să se concluzioneze, pe baza acestei alegeri, că interesul *law & economics* pentru problemele de drept public (constituțional, administrativ, fiscal sau penal, de exemplu) ar fi inexistent. Acestea depășesc, însă, aria noastră de expertiză.

i. Drepturile reale. Societățile cu economii de piață recunosc în regimul juridic al dreptului de proprietate și al celorlalte drepturi reale unul dintre instrumentele fundamentale în alocarea resurselor și (re)distribuția averilor. Poate că nu ar mai trebui amintit că arhitectura proprietății reprezintă una dintre ariile majore de conflict între filosofi, economiști, antropologi, istorici și juriști. Concepțiile merg de la considerarea proprietății private ca fiind cel mai important garant al drepturilor și libertăților cetățenești, de care nu s-ar putea bucura nimeni în absența ocrotirii patrimoniului personal, până la identificarea în dreptul de proprietate a sursei tuturor rețelilor sociale, a instituției care a permis înrobirea celor mulți de către foarte puțini.

Dacă economiștii acceptă că proprietatea privată este un ingredient de bază în economia de piață, găsirea unui răspuns adecvat și, eventual, complet la întrebarea ce este, totuși, proprietatea, nu mai este de foarte mare interes pentru ei.¹²¹ Aceștia vor fi mult mai dornici să afle care sunt efectele diverselor

¹²¹ Pentru un rezumat din perspectivă economică al diverselor teorii despre proprietate, a se vedea G. M. Hodgson, *Conceptualizing Capitalism. Institutions, Evolutions, Future*, The Chicago University Press, Chicago, 2016, pp. 101-111. Pentru afirmația că analiza economică a ignorat prima întrebare a oricărei teorii despre proprietate, și anume ce este aceasta, a se vedea H. E. Smith, *The Economics of Property Law*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law*

forme pe care drepturile reale le îmbracă asupra bunăstării, a modului de alocare a resurselor și de redistribuire a averilor în societate, respectiv care sunt cele mai eficiente remedii pentru încălcarea acestor drepturi sau cum pot fi ele protejate de o manieră congruentă cu principiul eficienței.

Unul dintre manualele populare de analiză economică a dreptului sintetizează în felul următor principalele întrebări care merită studiate în legătură cu proprietatea: (i) cum se constituie drepturile de proprietate?; (ii) care sunt bunurile care pot fi apropiate de particulari?; (iii) care sunt puterile pe care proprietarul le exercita în legătură cu bunurile sale?; (iv) care sunt remediile pentru încălcarea drepturilor de proprietate?¹²² Negreșit, la toate aceste întrebări se pot formula răspunsuri, într-o manieră comprehensibilă și în principiu corectă, și pe baza simplului studiu al legii în vigoare, cel puțin dacă ne plasăm într-un sistem juridic de inspirație continentală sau franco-germană, pentru că, spre deosebire de *common law*, în tradiția civilistă s-au elaborat și aplicat teorii solide despre patrimoniu și proprietate. Sistemele juridice anglo-saxone au recurs la ordonarea și sistematizarea teoriilor despre proprietate în special prin integrarea științei economice, pentru că economia oferă și ea răspunsuri la toate cele patru întrebări de mai sus, concentrându-se însă pe aspecte cu adevărat problematice: costurile de tranzacționare, bunurile publice, externalitățile.

and Economics, vol. 2: *Private and Commercial Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 148-177. În *common law*, este relativ obișnuită ideea că proprietatea este o înmănunchere de drepturi („*a bundle of rights*”, „*a bundle of sticks*”). Pentru o scurtă analiză critică a conceptului, a se vedea R. C. Ellickson, *Two Cheers for the Bundle-of-Sticks Metaphor, Three Cheers for Merrill and Smith*, în *Econ Journal Watch*, vol. 8, nr. 3, 2011, pp. 215-222.

¹²² A se vedea Cooter Jr., Ulen, *op. cit.*, p. 58. De remarcat că, din aproximativ 530 de pagini, manualul menționat dedică 120 proprietății.

Astfel, s-au putut găsi suficiente puncte care să susțină un dialog între economiști și juriști, aceștia din urmă fiind în măsură să conceapă acele instrumente de care primii ar putea avea nevoie pentru a putea gestiona raritatea unei anumite resurse. În definitiv, reglementarea drepturilor de proprietate intelectuală, regimul juridic al coproprietății sau anumite reguli privitoare la administrarea bunurilor din domeniul public (sau privat) al statului ori la dezmembrămintele proprietății nu ar trebui privite decât ca soluții la probleme specifice ce ar putea fi subsumate problemei generale a repartiției resurselor. Constituirea (atribuirea) unor drepturi de proprietate poate rezolva adesea diverse eșecuri de piață, iar competența de constituire sau de atribuire poate fi asumată atât de către puterea publică, cât și de particulari, dacă acestora le sunt asigurate controlul efectiv asupra obiectului dreptului și libertatea contractuală, care să le permită alegerea opțiunii celei mai bune pentru punerea în valoare a proprietății lor.

Este meritul analizei economice a dreptului de a fi pus în evidență tehnicile de tip *fencing*, care asigură controlul asupra obiectului dreptului de proprietate și care, într-o formă sau alta, nu numai că ajung la un moment dat să se reflecte în lege, ci să influențeze modul în care se rezolvă conflicte, se atribuie drepturi și se introduc în circuitul civil / comercial noi utilizări ale unor drepturi / bunuri vechi.¹²³

În general, sistemul juridic nu atribuie drepturi decât atunci când regulile sale sunt aplicate în soluționarea unor conflicte referitoare la utilizările alternative ale unor resurse rare. Când apar, indiferent de cauze (tehnologice, sociale, economice, politice), variante noi de utilizare a unor

¹²³ A se vedea E. Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 290.

drepturi existente, există teoretic posibilitatea ca ele să conducă la diverse forme de externalități. Rezolvarea acestora pretinde îmbunătățirea sau extinderea cadrului juridic și a instituțiilor juridice existente, ceea ce implică, mai întâi, o viziune dinamică asupra drepturilor reale. Aceasta este mai degrabă apanajul analizei economice și reprezintă una dintre marile beneficii pe care *law & economics* le-a adus în studiul drepturilor reale. Ori de câte ori, spune analiza economică, apar idei, produse, instrumente și concepte noi cu privire la utilizarea resurselor, apar și diverse încercări de ridicare a unor „garduri” protectoare, ceea ce nu semnalizează nimic altceva decât că forțele economice constituie / atribuie drepturi de proprietate și / sau de folosință asupra unor valori, echipându-le pentru așteptată întâlnire cu piața.

ii. *Contractele*. Negreșit, analiza economică a dreptului a impus o abordare „contractualistă” a raporturilor juridice în general. Abordarea economică a dreptului contractelor deschide orizonturi, care ar fi rămas cel mai probabil ascunse juristului cantonat exclusiv în principiile clasice ale materiei, aducându-l în lumea reală a contractelor dezechilibrate și incomplete, expresie a piețelor imperfecte. Externalitățile, asimetria informațională, dezechilibrul de putere între părți, raționalitatea limitată, oportunistul contractual și strategiile de evitare a riscului sunt provocările la care analiza economică a supus teoriile consolidate despre contract pe care le-au construit juriștii, în special cei din sistemele continentale de drept.

Din perspectivă normativă, analiștii de *law & economics* au subliniat importanța economică a dreptului supletiv al obligațiilor și contractelor, comparându-i rolul cu acela pe care îl au banii atunci când funcționează ca mijloc de schimb și contribuie la accelerarea raporturilor economice. Într-adevăr, comparația nu este deplasată, întrucât existența unor reguli juridice care vin în completarea voinței părților și care pot, în caz de conflict, să fie

puse în executare forțat, consolidează decisiv contractul ca instrument juridic al schimbului economic și facilitează tranzacționarea. Or, economiștii știu de mult că extinderea raporturilor de schimb este benefică și contribuie la bunăstarea generală, fiind expresia diviziunii sociale a muncii, respectiv a specializării accentuate a factorilor de producție.

Însă, contribuția analizei economice a dreptului la înțelegerea contractului trece de simpla enumerare și explicare a funcțiilor economice ale acestuia și ale cadrului normativ care îl reglementează. Chiar dacă locul unei discuții aprofundate nu este aici, trebuie cel puțin menționat faptul că analiza economică a produs teoria, pe cât de populară, pe atât de controversată, a încălcării eficiente a contractului.

Asociată în special cu numele lui Richard Posner¹²⁴, teoria „*efficient breach of contract*” a fost propusă de Robert L. Birmingham în 1970¹²⁵ și elaborată de Charles Goetz și Robert Scott într-un articol din 1977¹²⁶. În esență, celebra teorie explică de ce sistemul juridic de *common law* manifestă o preferință pentru repararea prejudiciului contractual conform criteriului așteptărilor legitime ale creditorului („*expectation interest*”), față de criteriul încrederii legitime („*reliance interest*”), cel al interesului restitutoriu („*restitution interest*”), daunele punitive („*punitive damages*”) și executarea

¹²⁴ Posner a avut ocazia să expună teoria „*efficient breach of contract*” în motivarea hotărârii majoritare din speța *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, judecată de *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, instanța superioară la care a funcționat, în 1985.

¹²⁵ A se vedea R. L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, în *Rutgers Law Review*, vol. 24, 1970, pp. 273-292.

¹²⁶ A se vedea Ch. J. Goetz, R. E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, în *Columbia Law Review*, vol. 77, nr. 4, 1977, pp. 554-594.

în natură („*specific performance*”).¹²⁷ Explicată foarte simplu, teoria sugerează că o parte la un contract ar trebui să poată să-și încalce obligațiile și să plătească daune, dacă această abordare ar fi mai eficientă din punct de vedere economic decât executarea conformă a contractului. Daunele bazate pe așteptările legitime ar reprezenta, în acest context, un stimulent pentru neexecutare numai atunci când executarea ar fi inefficientă.

O altă contribuție majoră a analizei economice în materia contractelor trebuie identificată în cercetarea îndelungată și aprofundată a standardizării contractuale. Cu toate că primele studii dedicate contractului standard și condițiilor generale de afaceri provin din doctrina franceză și germană¹²⁸, doctrina americană¹²⁹ a preluat, extins și rafinat teoriile despre contractele de adeziune și clauzele standard.¹³⁰ Concepțiile americane, îmbogățite prin

¹²⁷ Clasificarea prejudiciilor și, subsecvent, a remediilor contractuale a fost sistematizată în dreptul nord-american de Lon Fuller și William Perdue, în celebrul articol *The Reliance Interest in Contract Damages*, publicat în *The Yale Law Journal*, vol. 46, nr. 3, 1937, pp. 373-420. Pentru o analiză a relațiilor dintre criteriul așteptării legitime, criteriul încrederii legitime și criteriul interesului restitutoriu, a se vedea I.-F. Popa, *Coordonatele răspunderii contractuale. Partea I – Fundamentele răspunderii contractuale*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 5/2015, pp. 136-172; C. Paziuc, *Interesul ocrotit prin daunele-interese contractuale și calculul daunelor-interese*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, L. Toma-Dăuceanu (ed.), *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Universul Juridic, București, 2018, pp. 690-713.

¹²⁸ Este suficientă menționarea lui Raymond Saleilles cu lucrarea sa din 1901, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, precum și a lui Ludwig Raiser cu *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, din 1935.

¹²⁹ Începuturile preocupărilor nord-americane pentru *boilerplate* (contractul standard) datează de dinaintea emergenței analizei economice a dreptului. A se vedea F. Kessler, *Contracts of Adhesion. Some Thoughts About Freedom of Contract*, în *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943.

¹³⁰ Am folosit elemente din teoriile americane asupra contractului standard în L. Bercea, *Contractul standard ca text contrafactual*, în Nicolae, Rizoiu, Toma-Dăuceanu (ed.), *op. cit.*, pp. 733-765. Pentru o expunere diacronică a subiectului, a se vedea D.-A. Cărmidariu,

aportul economiei și psihologiei, au reverberat în Europa, spre exemplu în unele dintre normele unionale de drept al consumului, în egală măsură tributare reconfigurărilor teoretice impuse de *behavioral law & economics* și paternalismului liberal predicat de Thaler și Sunstein.

În fond, întrebările la care analiza economică a contractului caută un răspuns sunt pe cât de simplu formulate, pe atât de complexe: (i) care dintre promisiunile particularilor trebuie investite cu forță obligatorie?; (ii) care ar trebui să fie remediile pentru încălcarea unei contract obligatoriu? Dacă este adevărat, așa cum a remarcat unul dintre marii specialiști americani în teoria contractului, E. Allen Farnsworth, că niciun sistem juridic nu a fost atât de nesăbuit încât să declare obligatorii și să pună în executare silită orice fel de promisiuni¹³¹, atunci căutarea răspunsului la prima întrebare se va transforma în leitmotivul (aproape) oricărui studiu în materie, mai ales că aceasta o conține, cel puțin în germene, pe cea de-a doua. Și în acest caz, juriștii sunt echipați pentru formularea de răspunsuri, însă analiza economică le atrage atenția că, dacă promisiunile particularilor, înzestrate cu forță obligatorie, privesc transferul / schimbul de resurse economice, atunci soluțiile economice la problemele contractului ar trebui să aibă întâietate.

iii. Corporațiile. Existența și rațiunea entităților înființate în vederea organizării și distribuirii producției de bunuri se situează între primele preocupări de anvergură ale lui Ronald Coase. Acesta a avansat încă din 1937, prin *The Nature of the Firm*, puncte de vedere care au marcat teoria firmei în microeconomie și, ulterior, în subramura teoriei jocurilor. Însă, astăzi opiniile

Contractul standard în sistemul de drept american. Scurt studiu de doctrină, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2019, pp. 102-132.

¹³¹ A se vedea E. A. Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 3rd edition, vol. 3, Wolters Kluwer, New York, 2004, p. 13.

majoritare sunt de acord că o firmă nu este totuna cu o corporație, motiv pentru care teoria firmei nu este neapărat (și) o teorie a corporației.

Dacă firma este un concept economic prin care se desemnează organizarea unor activități productive de către mai mult de o persoană, în afara piețelor formale, corporația este, din perspectiva sa juridică, un ansamblu specific de drepturi formalizate și obligații (răspunderi) corelative, creat prin lege și distribuit între diverse persoane fizice și juridice, cu scopul de a genera profit. Însă, termenii de firmă și corporație ajung să se confunde în analiza economică și juridică.¹³²

Modelele explicative pe care analiza economică le-a avansat cu privire la natura entităților de afaceri se referă, într-adevăr, la ansamblul de drepturi recunoscute legal, obligații, responsabilități și privilegii care se regăsesc într-o asemenea entitate, observând în acest scop tehnicile juridice pe care această organizație le subsumează diverselor sale obiective. În general, teoriile cele mai uzuale văd în corporație o construcție juridică, organizată în jurul unor patrimonii și a unor contracte, însă fiecare dintre aceste modele teoretice este marcat de limite și neajunsuri.¹³³

Dacă analiza se concentrează pe conceptul de patrimoniu, atunci corporația ar trebui privită drept un bun asupra căruia acționarii sau asociații exercită un drept de coproprietate, administratorii urmând să fie angajați în

¹³² A se vedea L. Stout, *The Economic Nature of the Corporation*, în Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 2: *Private and Commercial Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 337-357. Evident, în terminologia dreptului nostru societar, noțiunea de „firmă” este folosită în alt sens, iar cea de „corporație” este mai degrabă evitată. Legea nr. 31/1990 vorbește în continuare despre societăți (comerciale) ca persoane juridice, iar termenul de „companie” este utilizat mai degrabă în legătură cu entitățile cu capital integral sau majoritar de stat.

¹³³ L. Stout, *op.cit.*, p. 343.

scopul administrării proprietății acestora. Această concepție implică o serie de consecințe importante pentru relația dintre acționari și administratori, care reprezintă una dintre temele majore ale dreptului societar. Contribuția analizei economice este semnificativă și îmbracă forma modelului „*principal – agent*”.

Acest model a fost elaborat în 1976 de către economiștii M. Jensen și W. Meckling¹³⁴ și se fundamentează pe teoria caracterului incomplet al contractelor, enunțată de Coase. Autorii pleacă în studiul lor de la observațiile pe care le făcuse Adam Smith cu 200 de ani înainte cu privire la administrarea unor societăți pe acțiuni de către persoane care nu aveau și calitatea de proprietari ai acestora și care, din acest motiv, nu puteau să trateze afacerile acelor societăți cu aceeași prudență pe care o manifestau față de propriile interese. Din acest motiv, relațiile dintre acționari, pe de o parte, și administratori, pe de altă parte, trebuie privite din perspectiva unor interese potențial divergente între cele două categorii de *stakeholders*. Or, recunoașterea acestui caracter potențial divergent reclamă instituirea unor reguli speciale care să guverneze relația și să configureze de așa manieră regimul răspunderii administratorilor încât raporturile să fie durabile.

Teoria proprietății și modelul „*principal – agent*” sunt instrumente pertinente de analiză în materia dreptului societar, însă ele contrazic în parte realitatea juridică. Ca persoană juridică, societatea (comercială) nu poate să

¹³⁴ Pentru aplicația modelului la relația dintre acționariat și administratori, a se vedea M. Jensen, W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, în *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, pp. 305-360. Pentru o analiză critică a modelului *principal – agent*, a se vedea A. J. Meese, *The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment*, în *William & Mary Law Review*, vol. 43, nr. 4, 2002, pp. 1629-1702.

fie obiect al unui drept de (co)proprietate propriu-zis. Acționarii sunt proprietarii unui număr de titluri de valoare, în baza cărora se bucură de anumite drepturi, recunoscute legal și statutar. Însă, acolo unde numărul acționarilor este foarte mare, problemele ce rezultă din formarea deciziilor colective devin aproape insurmontabile, iar puterea de influențare a administratorilor de către acționari scade vertiginos, ceea ce face ca exercitarea unui drept de proprietate să nu (mai) implice și exercitarea unui control efectiv asupra bunului apropiat.

O altă teorie, influentă la rândul ei, vede corporația ca pe un nod, o legătură sau o înmănunchere de contracte. Teoria *nexus of contracts* așază corporația în centrul unei rețele de acorduri contractuale, explicite și implicite, între diversele părți interesate, cum ar fi acționarii, administratorii, salariații, creditorii (furnizori și clienți) ș.a.¹³⁵ Doctrina este în general de acord că această abordare are multe puncte tari și este utilă analizei juridice a corporațiilor. Nu numai că ea ține cont de dimensiunile reale ale corporațiilor multinaționale, evitând reducionismul nerealist al teoriei proprietății, dar ea reduce în centrul dezbaterii natura voluntaristă a celor mai multe raporturi care se nasc în jurul și în legătură cu o corporație.

Apoi, teoria nodului de contracte explică foarte bine realitatea pe care cei care „configurează” corporații o modelează în permanență, în interesul diverșilor subiecți implicați, prin acte constitutive, statute și contracte, jonglând cu normele dreptului supletiv și forțând limitele dreptului imperativ.

¹³⁵ Autorii teoriei sunt juriștii F. H. Easterbrook și D. R. Fischel. A se vedea *Limited Liability and the Corporation*, în *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, nr. 1, 1985, pp. 89-117, dar și tratatul lor *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996.

În acest punct, această teorie se leagă de avantajele personalității juridice¹³⁶ și oferă un punct de vedere veridic și rezonabil pentru înțelegerea modului în care corporațiile influențează realitățile economice și sociale.

Nici teoria nodului de contracte nu este însă scutită de obiecții, cea mai simplă fiind aceea că nu este foarte clar care este punctul în care șirul sau șirurile de contracte ar trebui să se oprească. S-a sugerat că limita ar trebui identificată acolo unde, deși contractul influențează corporația și poate fi pus în legătură cu aceasta, corporația în cauză nu mai este, juridic vorbind, parte la acel contract.¹³⁷

Contribuții majore ale analizei economice pot fi identificate și în materia tratamentului întreprinderilor aflate în dificultate, a cărui reglementare juridică ține în mare măsură cont de teoriile economice despre prejudicii contractuale, raporturi dintre asociați, administratori și creditori, restructurare și consolidare financiară, după cum aceste teorii se regăsesc în alte domenii ale vieții corporative: concurența, piețele de capital, răspunderea socială a corporațiilor, relațiile de muncă etc.

VIII. Concluzii. Utilitatea (necesitatea?) *law & economics*

Născută în sălile de curs și bibliotecile Universității din Chicago, plasată la fecunda confluență dintre tradiția *common law*-ului american și ideile școlii austriece de gândire economică, beneficiind ulterior de dominația geopolitică și culturală exercitată de către lumea de limbă engleză, analiza

¹³⁶ Ne referim la segregarea patrimoniilor și limitarea răspunderii asociaților, noțiuni care se subsumează conceptului de *entity shielding*, precum și la *asset lock-in*, respectiv la strategiile de acumulare și securizare de active. A se vedea Pistor, *op. cit.*, cap. 1-3.

¹³⁷ A se vedea Stout, *op. cit.*, p. 347.

economică a dreptului este astăzi omniprezentă. Recepționat cu mare dificultate în spațiul tradiției franco-germane a dreptului civil, curentul *law & economics* este câștigătorul unor bătălii în războiul ideilor și face parte din *mainstream*-ul cercetării juridice. Analiza economică a dreptului se predă în facultăți, face obiectul unor centre de cercetare, este reflectată în articole, manuale și tratate, conturează reviste prestigioase, dicționare și colecții enciclopedice.

Agenda de cercetare pe care analiza economică a dreptului o deschide este deosebit de amplă, motiv pentru care incursiunea de față în istoria ideilor curentului *law & economics* este inevitabil incompletă și insuficientă. Ceea ce ar trebui semnalat, însă, este că numeroase abordări pe care analiza economică le propune (și care au marcat decisiv politicile publice și adesea și jurisprudența în sistemele de origine) au fost ignorate în România atât în unele materii ale dreptului privat, cât și în marea parte a dreptului public. Cauzele nu țin numai de limitările inerente de timp și spațiu, ci și de faptul că, spre deosebire de alte curente de idei, analiza economică a dreptului se prezintă sub o remarcabilă eterogenitate. Vigoarea dezbatelor și a conflictelor de idei care marchează științele economice nu poate decât să profite dreptului, pentru că îl forțează la un dialog reconfigurator, la provizoriul capăt al căruia juriștii ar trebui să se raporteze altfel la știința lor.

Piețele, prețurile, eficiența și utilitatea nu sunt acel *non plus ultra* pe care și-l imaginează unii economiști. Însă, concluziile pe care analiza economică le impune sunt interesante și, în cele mai multe cazuri, pertinente, oferindu-i juristului o deschidere pe care probabil că nu i-o mai poate pune la dispoziție nicio altă știință socială. Indiferent de finalitatea proclamată a unei norme juridice, efectele reale pe care aceasta le produce în plan social și economic nu pot fi apreciate decât prin recursul la modelele de comportament

uman pe care le-a imaginat economia neoclasică și le-a remodelat economia comportamentală.

De aceea, analiza economică este necesară și pentru legiuitor, și pentru judecător. Pe primul îl va putea orienta în politicile publice, contribuind decisiv la previzibilitatea și stabilitatea sistemului juridic.¹³⁸ Pe cel de-al doilea îl va sensibiliza cu privire la calculele, motivațiile, erorile de raționament, prejudecățile și, în definitiv, interesele părților care se prezintă în fața sa, ceea ce nu poate fi niciodată greșit, oricât de mult ar fi limitat judecătorul de regulile formale ale procesului judiciar.

Provocat peste măsură, dreptul a reacționat vitriolic la pretențiile economiei. Omul rațional, individualist, în permanentă maximizare a bunăstării și minimizare a efortului tensionează aparent ordinea unei societăți deschise, bazate pe democrația constituțională, drepturile omului și normele supletive ale dreptului privat. O asemenea ordine nu ar trebui redusă la o discuție despre eficiența economică, specifică teoriilor despre bunăstare individuală și optim social. Însă, lecția economiei, oricât de deprimantă li s-ar părea unora, oricât de derizorie li s-ar părea altora, este că libertatea și *rule of law* depind, mai mult decât am crede, de bunăstare și optim. Împreună, alcătuiesc ordinea juridică a oamenilor liberi.

¹³⁸ Influentialul filosof și jurist german Gustav Radbruch observa în 1927 că legiuitorul trebuie să conceapă legea plecând de la premisa că omul nu este ghidat decât de propriul interes, pe care îl va urmări fără scrupule, dacă legea nu îl va opri să o facă, fiind totodată atât de inteligent încât să observe imediat orice scăpare legislativă. Ideea este cu siguranță mai veche, regăsimuse la Machiavelli, care știa că pentru a edicta legi bune oamenii trebuie prezumați răi. Poate că legiuitorul însuși ar trebui să se comporte conform modelului economic, adoptând acele norme care garantează în cel mai înalt grad atingerea rezultatelor scontate, fără consecințe adverse.

STUDII

DESPRE EVOLUȚIA FUNDAȚIEI TESTAMENTARE ÎN DREPTUL CIVIL ROMÂN

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.2
Data publicării online: 16.03.2021

Mircea-Dan BOB*

Rezumat: Lăsarea averilor în scop pios și caritabil a fost o constantă practică a vechiului drept românesc. A avut însă și o bază legală care să o susțină sau încurajeze? Cum se explică faptul că, abia anul 1924 a adus o reglementare expresă a fundațiilor, la șase decenii distanță de intrarea în vigoare a codului lui Cuza? Care este situația actuală? Toate aceste întrebări sunt menite să identifice răspunsuri care să clarifice o problemă centrală: există vreo soluție de continuitate în asigurarea unui cadru legal adecvat pentru încurajarea și validarea fondărilor testamentare.

Cuvinte cheie: fundație, istoria dreptului, persoană juridică, legiferare.

* Profesor, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, mircea.bob@law.ubbcluj.ro.

ON THE EVOLUTION OF TESTAMENTARY FOUNDATIONS IN ROMANIAN CIVIL LAW

Abstract: Leaving wealth for pious and charitable purposes has been a constant practice of the old Romanian law. However, did it also had a legal basis to support or encourage it? How can it be explained that only in 1924 an express regulation of foundations was created, six decades apart from the entry into force of Cuza's Civil Code? What is the current situation? All these questions are meant to identify answers that clarify a primary issue: is there any continuity solution in ensuring an adequate legal framework for encouraging and validating testamentary foundations in Romanian law.

Keywords: foundation, history of law, legal person, legiferation.

Cuprins

I.	Introducere.....	124
II.	Vechiul drept românesc și conceptul de persoană juridică.	125
III.	Vechiul drept românesc și fundația testamentară.....	127
IV.	Situația în codul civil român.....	129
V.	Succesiunea Otetelișanu	131
VI.	Consacrarea legislativă a fundațiilor testamentare	135
VII.	Există continuitate în asigurarea unui cadru legal adecvat pentru încurajarea și validarea fondărilor testamentare?	136

I. Introducere

Cercetarea doctorală pe care am realizat-o sub îndrumarea profesorului Hanga între anii 1997 și 2000 s-a axat pe evoluția succesiunii testamentare în dreptul român¹. Am publicat apoi în anul 2002 o culegere de practică testamentară relevantă din perioada 1862-2001². România revenise la un regim politic bazat pe încurajarea proprietății private și pe libertatea inițiativei private; am mizat pe faptul că aceasta va redeschide economic posibilitatea și va redștepta apetitul omului de a dispune *mortis causa* de rezultatele muncii sale. Intuiția avută a fost bună: practica notarială indică o creștere în ultimele două decenii a numărului de succesiuni dezbătute în baza testamentelor lăsate de defuncți.

Actualitatea subiectului nu este însă motivația primară a cercetării, servindu-mi numai pentru a face legătura cu figura regretatului meu maestru, profesor doctor docent Vladimir Hanga. Rândurile de față nici nu au caracter de noutate absolută. Am reunit câteva cercetări anterioare, tocmai pentru a evidenția soluția de continuitate între începutul studiilor doctorale (sub bagheta domniei sale) și felul în care le-am valorificat, prin istoria dreptului și dincolo de aceasta, în dreptul succesoral pozitiv. Este un modest gest prin care, ucenic și urmaș al său la catedrele de Drept Român și de Succesiuni, încerc să arăt cum am folosit învățăturile primite.

¹ M.D. BOCȘAN, *Evoluția succesiunii testamentare în dreptul român*, teză, Lumina Lex, București, 2000, 184 p.

² M.D. BOCȘAN, *Practica testamentară. Jurisprudență română 1862-2001*, Rosetti, București, 2002, 366 p.

Voi puncta pentru început identitatea practică și conceptuală a fundațiilor testamentare ținând cont de dualitatea semantică dintre calitatea lor de persoane juridice și aceea de acte juridice. Voi aborda apoi nefericita lor non-identitate legislativă în modernitatea adusă de codul lui Cuza, examinând reacția practicii într-o decizie reper a instanței noastre supreme: cea dată în procesul intentat legatarului universal Ioan Kalinderu de către moștenitorii legali ai testatorului Otetelișanu. Vom examina apoi reacția legislativă la astfel de practici, pentru a veni până în actualitatea codului civil român din 2011. Întrebarea centrală la care doresc să identific un răspuns prin analizele de mai sus sună astfel: există vreo soluție de continuitate în asigurarea unui cadru legal adecvat pentru încurajarea și validarea fondărilor testamentare? Întrevăd *ab initio* posibilitatea ca ceea ce voi descoperi pe parcurs să mă oblighe la defalcarea răspunsului: există continuitate legislativă? beneficiază fondările testamentare de un cadru legislativ prielnic?

*

II. Vechiul drept românesc și conceptul de persoană juridică.

Prima chestiune de studiat trebuie să fie una de ordin general: **cunoștea vechiul drept românesc conceptul de persoană juridică?** Răspunsul ne va conduce concomitent și la fundațiile testamentare.

Caritatea *post mortem* exprimată prin înființarea unor așezăminte (stabilimente) cu scopuri social-educative nu a fost străină vechiului drept românesc. Testatorii au înființat entități destinate ajutorării celor în nevoie, dedicate alinării suferințelor cauzate de boli, afectate educației tinerilor, menite a culturaliza masele sau pentru a urmări scopuri politice și, nu în ultimul rând, pentru a perpetua memoria fondatorului(-ilor). Chiar dacă acest

tip de subiecte de drept exista deci în practică, nici documentele, nici pravilele până la Codul Calimach (1817)³ nu au folosit noțiunea. Se pare că Pravila lui Alexandru cel Bun ar fi vorbit de anumite corporații și bresle la art. 14, 18 și 102 (*fiscus*), art. 10 (*vicus* = sat), 148, 201 (*piae causae* = biserica), 208 (*xenodochia* = sanatoriu). Existența acestora era însă numai faptică, neavând personalitate juridică. Nu exista vreo clasificare a respectivelor subiecte de drept din perspectiva obiectului de activitate și al scopului. Reglementările sunt vagi și nu permit separarea dreptului public de cel privat⁴. Este de înțeles astfel de ce nu exista noțiunea de fundație privată de utilitate publică, utilizându-se – așa cum am precizat – noțiunile de stabiliment sau de așezământ⁵.

Aveau mănăstirile și bisericile personalitate juridică în postură de fundații religioase? Răspunsul afirmativ a fost întemeiat pe modul de redactare a documentelor care vizau bunurile bisericii dar și achiziția acestui gen de bunuri – care se făcea în același mod ca și pentru persoanele fizice⁶. Părerea mea a fost și este că argumentul adus este o simplă conjectură, câtă vreme dreptul lui Iustinian conține dispoziții detaliate privind bisericile, fără

³ Al. Spineanu, Notă la dec.nr. 130/1922 a Cas. I, în PR 1923.I.116. Pravilniceasca Condică (1790 - v. ediția critică a Academiei Române, București, 1957), cap. XVII §1 și Codul Caragea (1818 - v. ediția critică a Academiei Române, București, 1955) III.14.1 vorbesc despre *tovărășii* (asociații profesionale, bresle) pentru a desemna asociațiile negustorilor. Codul Calimach a fost primul care a definit conceptul de persoană și a folosit – tot pentru entitățile constituite de comercianți – termenul de *persoane moralești* (M. Guțan, *Istoria dreptului românesc*², Hamangiu, București, 2008, p. 158-159, respectiv D. Țop, O. Măstăcan, *Istoria statului și dreptului românesc*, C.H. Beck, București, 2009, p. 129).

⁴ Gh. Cronț, în *Istoria dreptului românesc*, vol. I coord. Vl. Hanga, Ed. Academiei Române, București, 1980, p. 495.

⁵ Const.Gr. Zotta, Notă la dec.nr. 508/1928 de Cas. I, în PR 1935.I.57.

⁶ Gh. Cronț, *Dreptul de ctitorie în Țara Românească și Moldova. Constituirea și natura juridică a fundațiilor din evul mediu*, în *Studii și materiale de istorie medie (IV)* 1960, p. 101-113.

a teoretiza însă conceptul juridic; niciuna din legile bizantine importate în Principatele române nu trimite la existența persoanelor morale, ci dispozițiile se prezintă în stadiul lor original. Dacă ar fi existat conceptul, românii nu l-ar fi introdus în legile preluate și prelucrate? Un alt argument în susținerea răspunsului negativ ar fi unul de ordin documentar: documentele de sec. XVII-XVIII cuprinse în Codul lui Constantin Mavrocordat privind procesul dintre mănăstirea Hangul și Maria Cantacuzino nu invocă codurile, ci Leviticul și obiceiurile țării⁷.

III. Vechiul drept românesc și fundația testamentară

Am stabilit până aici inexistența conceptului de persoană juridică până la enunțarea acestuia în cuprinsul Codului Calimach, cod a cărui aplicare în practică a fost oricum restrânsă⁸. Așa cum am arătat cu altă ocazie⁹, se poate afirma că ceea noi numim astăzi persoane juridice luau naștere prin simpla voință a fondatorilor. Indiferent că era vorba de mănăstiri, școli, biserici, spitale sau bresle, rolul hrisovului domnesc era numai unul de confirmare și de publicitate a situației drepturilor de proprietate¹⁰. Vechiul drept românesc

⁷ Documentele nr. 1312-1318, 1319-1325 și 1609-1613 "Condica lui Constantin Mavrocordat", ediția C. Istrati, vol. III, Iași, 1987.

⁸ V. Bocșan, *Evoluția...*, *cit.supra*, p. 129-131.

⁹ M.D. Bocșan, Observații privind conceptul de persoană juridică, în *Juridica* nr. 3/2001, p. 125.

¹⁰ Realitatea așezămintelor este „o veche tradiție juridică, care se poate considera ca o prelungire și o interpretare românească a principiilor juridice bizantine” (Cronț, *Dreptul...*, *cit.supra*, p. 100).

a urmat deci o libertate empirică în materie¹¹. Putem acum să ne întrebăm: **care a fost situația pentru fundațiile testamentare?**

Indiferent că avem în vedere vechiul drept cutumiar sau vechile pravile și coduri anterioare momentului 1 decembrie 1865, activitatea fundațională a fost constant validată și încurajată. Această constatare nu trebuie înțeleasă în sensul în care am percepe-o astăzi, trecând-o prin filtrul modului nostru de a vedea lucrurile. Noi avem o perspectivă legistă, în care ne raportăm mereu la o bază teoretică identificată într-un text de lege care permite sau nu o anumită decizie practică. Or, cadrul legislativ prielnic despre care scriam mai sus nu se concretiza în vechiul drept românesc în texte de lege coerente și precise, realizate pe baze teoretice prealabil identificate. Era vorba mai degrabă de o tradiție perpetuată într-un sistem de gesturi sociale și permisiuni ierarhice, cultivată de influența dominantă (spirituală și economico-politică) a bisericii ortodoxe. Cu alte cuvinte, conta mai puțin faptul că fundația testamentară este sau nu consacrată în calitate de persoană juridică, că are sau nu un regim juridic specific în reglementările legale (cutumiare sau scrise). Fundația testamentară era o realitate, nu o ficțiune juridică, iar contemporanii acelor vremuri se preocupau mai degrabă de certitudinea dispunerii pentru cauză de moarte și de primirea acesteia de către organul clerical sau de autoritatea laică.

¹¹ V. Hillard, *Tendința realistă în personalitatea juridică a dreptului civil*, teză, București, 1928, p. 35.

IV. Situația în codul civil român

Situația s-a schimbat în plan legislativ, odată cu **adoptarea primului cod civil român modern**.

Noțiunea de persoană morală (juridică) fondată pe teoria ficțiunii a intrat efectiv în dreptul nostru în același timp cu preluarea masivă a Codului Napoleon: art. 811 c.civ. 1864 (corespunzând art. 910 c.civ.fr. 1804) a instituit obligativitatea autorizării prealabile a constituirii persoanelor morale și a întemeiat teoria ficțiunii acestora în comparație cu cele fizice. Codul civil de la 1864 a preluat astfel, odată cu textele, poziția ostilă a legiuitorului francez de la 1804 față de persoanele juridice.

Revoluția proclamase în 1789 în Franța abolirea privilegiilor feudale și ecleziastice și a expropriat averile de mână moartă ale bisericii catolice. Aceasta nu stătuse cu mâinile în sân: a încercat să-și salveze pozițiile economice înființând congregații religioase, la nivel declarativ, în care urmarea de fapt să-și pună la adăpost averile amenințate de confiscare. Ca urmare, exproprierea întinselor domenii clericale și reintroducerea acestora în circuitul civil a fost corelată cu măsuri legislative de preîntâmpinare a refacerii proprietăților neproductive: autoritatea publică trebuia să verifice oportunitatea înființării oricărei persoane juridice, avizul dat având rol de acordare a personalității morale. Acest sistem al acordării personalității juridice a consacrat teoria ficțiunii în materie și s-a perpetuat și consolidat în timp, pe măsura creșterii intervenționismului statal. Mai mult, măsurile restrictive descrise s-au concentrat prioritar asupra fundațiilor – formă

preferată de biserica catolică și de corporațiile satelite acesteia¹². Așa se explică de ce Codul civil al lui Napoleon privea cu suspiciune orice încercare mascată de a perpetua Vechiul Regim sub forma înființării unor persoane juridice fără scop patrimonial. Codul a stabilit că nicio persoană juridică nu există fără autorizare prealabilă, iar fundațiile nici măcar nu sunt reglementate în cuprinsul său.

Comisiile care au lucrat la primul cod civil român în perioada 1859-1864 au preluat tehnica și concepția legislativă napoleoniană în materia examinată. Gestul este explicabil, dacă ținem cont de câteva realități ale epocii. Influența franceză era dominantă în toate sectoarele vieții din Principatele Unite românești. Majoritatea juriștilor români studiaseră dreptul la Paris, cea mai bună facultate de drept din lume la acel moment. Codul francez era ca un soare strălucitor în sec. XIX, fiind – de la Iustinian și până în acel moment – prima codificare de înaltă ținută din spațiul juridic european.

Poziția legislativă ostilă fundațiilor, importată din Franța, nu a găsit un teren fertil în România. Există două motive conjugate pentru a înțelege constatarea astfel formulată:

- codul civil al lui Cuza a fost timp de multe decenii o literă moartă pentru populația covârșitor rurală, care se conducea în mare măsură după reguli cu notorietate multiseculară¹³;

¹² V. în acest sens și aprecierile lui M. Rădulescu, în *La fondation privé (Stiftung) dans le droit allemand*, teză, Paris, 1924, p. 113.

¹³ C.G. Dissescu, *L`influence du code civil français en Roumanie*, în *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, vol. II, Paris, p. 861-862; v. și M.D. Bocșan, „Redactarea Codului civil român din 1865”, în “*Studia Universitatis Babeș-Bolyai, series Iurisprudentia*” nr. 1/2003, p. 72-75, online la adresa <https://studia.law.ubbcluj.ro/articol/736>

- tradiția din fostele Principate extracarpătice mergea de prea multe secole în sens contrar teoriei ficțiunii¹⁴. Astfel se explică de ce practica noastră judiciară a validat legatul făcut în favoarea unei fundații inexistente la data deschiderii succesiunii. Tradiția vechiului drept românesc a fost urmată nu numai de particulari¹⁵, ci chiar și de regele Carol I¹⁶, în pofida prevederilor legislației civile (art. 475 alin. 2, art. 811 și 817 c.civ. 1864) și ale Constituției din 1866¹⁷.

V. Succesiunea Otetelișanu

Lucrurile au mers mai departe odată cu o cauză celebră în sec. XIX: **succesiunea Otetelișanu**¹⁸. În testamentul acestuia redactat în 1876 se putea citi următoarea clauză: „După încetarea din viață a soției mele, întreaga mea avere va servi la facerea unui Institut de fete române, cărora li se va da o creștere și educație de mame de familie, fără pretenție sau lux; prisosul ce va rămânea după bugetul anului se va capitaliza spre a se da zestre acestor

¹⁴ Pentru detalii asupra acestei tradiții, v. articolul meu *Etude historique sur les fondations testamentaires en droit roumain*, în *Forum historiae iuris*, 27.III.2000, <https://forhistiur.net/2000-03-dan-bocsan>.

¹⁵ De exemplu: Ateneul Român a fost înființat prin două donații făcute de persoane particulare în 1872 și 1884, legea de *recunoaștere* (nu de acordare) a personalității juridice este adoptată la 31 martie 1886, iar Statutul Societății „Ateneul Român” are data de 29 noiembrie 1922 (a se vedea Legea nr. 1112/31.03.1886, publicată în M. Of., Partea I, nr. 4/4.04.1886, p. 50, respectiv art. 1 din Statutul Societății „Ateneul Român”, publicat în M. Of., partea I, nr. 189/29.11.1922).

¹⁶ „Fundația Universitară Carol I” s-a înființat în urma scrisorii din 3 mai 1891 a Regelui către președintele Consiliului de miniștri și i s-a *recunoscut* personalitatea juridică prin Legea din 4 iulie 1891, publicată în M. Of., Partea I, nr. 81/1891.

¹⁷ Art. 27 din Constituția de la 1866 prevedea: „Românii au dreptul de a se asocia, conformându-se regulilor care regulează exercițiul acestui drept”.

¹⁸ Dosarul cauzei este complet redat în Bocșan, *Practica...*, *cit.supra*, p. 36-53.

fete, care nu va fi nici mai mult nici mai puțin decât două sute galbeni uneia, No. 200#”. Era un caz tipic de înființare a unei fundații pe cale testamentară. Testatorul, consiliat de un prieten jurist (Ioan Kalinderu¹⁹), a dorit să preîntâmpine dificultățile inerente teoriei ficțiunii mai sus expuse și a inclus în testament următoarea clauză: „În cazul în care s-ar susține și admite de orice persoane interesate, că legatul averii mele imobile, pe care-l fac acestui Institut, care se va crea, este nul, fie pentru că este făcut unui stabiliment care nu va avea în fapt o existență materială în momentul încetării mele din viață, fie pentru orice altă nulitate s-ar putea invoca în contra acestei dispoziții a înființării așezământului mai sus arătat, în asemenea caz, zic, legatul în întregul său va fi privit ca făcut direct Dlui Ioan L. Calinderu, cu îndatorire și rugăciune ce-i fac de a îndeplini în întreg dispozițiile mele sus arătate în privința înființării stabilimentului”.

Tribunalul Ilfov a trimis în posesie în 1889 pe Kalinderu asupra întregii averi a defunctului Otetelișanu. Moștenitorii legali au atacat în instanță testamentul pe motivele prevăzute de dispunător, precum și pe altele. Aceștia au solicitat invalidarea în principal pentru că dispoziția de înființare a fundației prin singură voința testatorului ar fi nulă. Reclamanții considerau tot nulă și dispoziția în favoarea lui Kalinderu, care ar fi un simplu interpus sau – mai degrabă – un executor testamentar prin care dispunătorul voise să facă indirect ceea ce nu putea face direct: fondarea unei persoane juridice prin singură voința sa de persoană fizică. În fine, au argumentat și faptul că tradiția vechiului drept românesc ar fi mers în sensul susținerilor lor.

¹⁹ Licențiat în drept la Paris, cunoscut filantrop provenit dintr-o familie de bancheri turci stabiliți în Valahia, administrator al Domeniilor Coroanei și sfetnic al regelui Carol I, fondator al stațiunii Bușteni și primul traducător în limba română a Legii celor XII Table.

Am arătat detaliat într-un studiu publicat cu mult timp în urmă de ce ultimul argument nu poate fi primit²⁰. Am precizat oricum și mai sus faptul că vechiul nostru drept nu impunea autorizarea prealabilă a fundațiilor testamentare (în sens de persoane juridice) prin vreun act al puterii centrale. Curtea de casație a dat o decizie de pionierat în ce privește celelalte două susțineri principale:

„Considerând că din definiția legii (art. 888 C.civ.), că legatul universal e dispoziția prin care testatorul lasă la moarte-i, la una sau mai multe persoane, universalitatea bunurilor sale, rezultă că pentru ca o persoană să poată fi privită juridic, ca legatară universală, se cere ca ea să aibă vocație, să fie adică chemată, ca după încetarea din viață a testatorului oi ca continuatoare juridică a persoanei acestuia în ceea ce privește patrimoniul, să vadă intrând în patrimoniul său, întreg patrimoniul al persoanei decedate; că pe lângă această intrare a averii testatorului în patrimoniul legatarului legea nemaicerând, ca condiție a existenței calității de legatar, ca averea legată să și rămână în patrimoniul legatarului, se învederează că profitul pecuniar al acestuia, emolumentul, cu toată importanța lui practică din punctul de vedere al acceptării sau refuzului legatelor, nu a fost privit de lege ca condiție esențială a validității lor juridice; că prin urmare, în dreptul nostru civil, o persoană, căreia testatorul transmite, ca un continuator al său juridic, întreg patrimoniul său, e în toată puterea legală a cuvântului un legatar universal supus, o dată legatul acceptat, tuturor drepturilor și îndatoririlor inerente acestei calități, abstracție făcând de împrejurarea că, în condițiile în care e făcut legatul, sarcina ar exclude a priori orice idee de emolument.

Că așa fiind, decizia atacată nu violează legea, când declară că Ion Otetelișanu a putut valabil institui pe Ion Kalinderu legatar universal al său cu sarcină ca întreaga avere legată să o consacre institutului de care e vorba în testamentul său.

Considerând că pe cât e de exact în drept că ceea ce legea oprește a se face direct nu se poate face nici indirect, pe atât este și adevărat că

²⁰ V. și numeroasele exemple documentare și extrase din pravile, respectiv concluziile rezultate din analiza acestora, pe care le-am oferit în Bocșan, *Etude ...*, cit. *supra*.

ceea ce legea permite să se facă se poate îndeplini prin orice mijloc, fie direct, fie indirect, cu condiția subînțeleasă ca mijlocul întrebuițat să fie și el permis, că așa fiind nu se poate declara nul un legat care conține ca sarcină pentru legatar împlinirea unui fapt pe care însuși testatorul l-ar fi putut săvârși în viață fără ca prin aceasta să se aducă o arbitrară atingere libertății de a testa; că prin urmare dacă netăgăduit fiind că ori ce persoană poate, trăind să facă a se da viață, ființă juridică, unei instituții permisă de lege, s-o organizeze și s-o înzestreze în condiții de asemenea permise, legea nu se opune ca această facultate, ca acest drept civil, să se transmită prin act de ultimă voință de la o persoană la alta; că în speță curtea de apel privind cu drept cuvânt că sarcina impusă de Oțetelișanu lui Kalinderu constă în a fonda și înzestra un institut de creștere, educație și înzestrare de fete române, n-a violat legea validând legatul și din punctul de vedere al caracterului licit al sarcinii.

(...) Considerând că existența unui legat universal cu sarcina, atârându-se de condiția capacității legatarului și de aceea a naturii licite a sarcinii, Curtea de apel validează legatul recunoscând în speță existența ambelor acestor condiții și declară pe legatar în drept și obligat prin testament, nu de a crea o persoană morală, ci de a face ca prin mijloacele legale și cu autorizația Statului să se dea ființă juridică așezământului ce e chemat să înzestreze”.²¹

Instanța de recurs a admis deci validitatea fundației testamentare, urmând astfel tradiția vechiului drept românesc, venind în continuarea practicilor cotidiene ale epocii și, nu în ultimul rând, înfrângând nepotrivita și desueta ostilitate a codificării de inspirație franceză față de persoanele juridice în general, față de fundații în speță.

²¹ Cas. I, dec. 74/2.III.1892, în Bul. 1892.83 și Dr. 1892.199, redată în *Practica...*, cit. *supra*, p. 52-53.

VI. Consacrarea legislativă a fundațiilor testamentare

Soluția dată în cauză a fost un argument jurisprudențial important pentru **consacrarea legislativă** prin art. 71 L. 21/1924 a retroactivității fundațiilor înființate prin testament (dar și prin donații)²². Dispoziția a fost preluată în art. 19 al. 3 OG 26/2000 și o regăsim în actualul art. 208 c.civ. Sub aspectul practicii, tradiția de favoare față de activitatea fundațională este urmată și astăzi, mărturie stând decizia de validare a constituirii fundației Cella Delavrancea. În speță, testatoarea lăsase toată averea sa unei persoane de încredere, cu sarcina de a înființa o fundație. Legatara universală a Cellei Delavrancea și-a dat seama că nu va putea să ducă la bun sfârșit sarcina asumată, astfel că a înstrăinat încă din timpul vieții bunurile primite unor persoane care, la șapte luni după decesul legatarei, au reușit să o înființeze.²³

Se observă cum cauza relatată a avut circumstanțe juridice similare cu cele generate de testamentul Otetelișanu: un legat universal cu sarcina fondării. Cadrul legislativ instaurat începând din 1924 a urmărit și urmărește de fapt să asigure validitatea legatului fundațional, chiar și în ipotezele extreme în care testatorul lipsit de succesori sezinari s-a rezumat să instituie un executor testamentar (sau chiar dacă nu a făcut nici măcar atât).

²² „Dacă fundația între vii sau testamentară este recunoscuta persoana juridică după moartea fondatorului, efectele liberalităților făcute anterior recunoașterii se vor produce pentru fundațiile între vii de la data actului autentic de fundație; iar pentru fundațiile testamentare de la data morții testatorului.

Același efect îl vor avea liberalitățile făcute în timpul vieții fondatorului, anterior însă recunoașterii calității de persoana juridică”.

²³ CSJ civ., dec. 2203/31.V.2002, în PR 2/2003.143-146. Decizia este redată în subsolul paginii, în paralel cu soluția primei instanțe (Trib. București III civ., sent. 1013/5.X.2000), pe care o menține aproape integral.

VII. Există continuitate în asigurarea unui cadru legal adecvat pentru încurajarea și validarea fondărilor testamentare?

Se poate acum răspunde la întrebarea cu care am pornit: **există continuitate în asigurarea unui cadru legal adecvat pentru încurajarea și validarea fondărilor testamentare?**

Fundația testamentară a fost văzută favorabil și practică fără probleme până la adoptarea vechiului cod civil. Nici absența unei reglementări exprese și precise, nici lipsa unei teoretizări a conceptelor juridice implicate nu a împiedicat asupra fondărilor pioase sau caritabile. Am văzut apoi că momentul 1 decembrie 1865 a fost descurajant legislativ, dar nu și practic. Totuși, absența reglementărilor în materie a permis litigii precum cel care a opus pe legatarul (executorul) Kalinderu moștenitorilor legali ai testatorului Otetelișanu. Presiunile de diverse naturi exercitate de ultimii l-au făcut pe Kalinderu să dispere și să lase în 1905 Academiei Române toată averea primită, cu sarcina de continuare a institutului cu tot. Problema a fost că el a și înființat Institutul la Turnu Măgurele, dar fără a cere în prealabil acordul Academiei, al cărei președinte a fost din anul 1904 până în 1907. Înaltul for nu a mai dorit să continue ceea ce fusese inițiat, astfel că moștenitorii lui Otetelișanu au reușit în final să pună mâna pe imensa avere a antecesorului lor și proiectul fundațional s-a năruit.

Se înțelege acum de ce Legea din 1924 și reglementările care au preluat-o ulterior au fost benefice pentru asigurarea unui cadru legal favorabil fundațiilor testamentare. Acest cadru se completează cu legislația fiscală, care enunță o listă de venituri neimpozabile din cele specifice activității fundației și diverse stimulente fiscale pentru cei care contribuie dezinteresat la patrimoniul unei fundații.

Singura problemă ar fi una de ordin practic, generată de armonizarea codului civil și OG 26/2000 cu legislația notarială. Este posibil ca, într-un dosar succesoral concret, testatorul să nu aibă niciun moștenitor sezinar, să lase toată averea pentru înființarea unei instituții caritabile și să prevadă în testament numai un executor testamentar. Notarul public nu poate elibera un certificat de legatar pentru o entitate momentan inexistentă, chiar dacă art. 208 c.civ. face să retroactiveze capacitatea fundației ulterior înființate de a primi liberalități încă de la data deschiderii succesiunii. Ca urmare, notarul va emite un certificat de executor testamentar și ulterior, după înființarea fundației de către executorul desemnat, va putea elibera certificatul de legatar pentru aceasta.

STUDII

UNIFICAREA LEGISLATIVĂ A
PRINCIPATELOR ROMÂNE ȘI
CONSOLIDAREA DREPTULUI ÎN PRIMELE
DECENII ALE REGATULUI ROMÂNIEI

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.3
Data publicării online: 16.03.2021

Sevastian CERCEL*

Rezumat: În perioada 1859-1918 România a construit și a consolidat un sistem de drept modern, supus unor principii fundamentale care se regăseau în întreaga Europă, cu mecanisme și instituții funcționale. O importanță cardinală a avut pentru sistemul juridic național adoptarea marilor coduri - Codul civil, Codul de procedură civilă, Codul penal și Codul de procedură penală – în perioada domniei lui Alexandru Ioan Cuza. Exercițiul legiferării moderne inițiat atunci, cu un ritm care a fost uneori criticat, a continuat prin adoptarea Constituției din anul 1866 sau prin măsurile de integrare a Dobrogei în sistemul dreptului românesc. Pe drumul deschis de generația Unirii Principatelor, Carol I a consolidat forța benefică a dreptului, construind un stat în care „numai legea desbătută și încuviințată de națiune, hotărăște și ocârmuiește”. Știința dreptului și cultura juridică aveau în România, după aproape șase decenii de la Unirea Principatelor, adunată prin tradiție și prin reformă, o zestre importantă, o veritabilă „stare de drept împlinită”. În Vechiul Regat, exista, la începutul secolului al XX-lea, un sistem de drept deplin înfăptuit care aștepta cu îndreptățire să fie temelia sistemului juridic al României Mari.

* Prof. Univ. Dr. Sevastian Cercele, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, Institutul de Cercetări Socio-Umane al Academiei Române din Craiova.

Cuvinte cheie: unificare legislativă; Principatele Române; adoptarea marilor coduri; Constituția din 1866; integrarea Dobrogei.

THE LEGISLATIVE UNIFICATION OF THE ROMANIAN PRINCIPALITIES AND THE CONSOLIDATION OF LAW IN THE FIRST DECADES OF THE KINGDOM OF ROMANIA

Abstract: In the period 1859-1918, Romania built and consolidated a modern law system subject to fundamental principles that were found throughout Europe, with functional mechanisms and institutions. The adoption of the major codes - the Civil Code, the Code of Civil Procedure, the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure - during the reign of Alexandru Ioan Cuza had a cardinal importance for the national legal system. The exercise of modern legislation initiated at that time, in a rhythm which was sometimes criticized, continued through the adoption of the 1866 Constitution or through the measures of the integration of Dobrogea in the Romanian law system. On the path opened by the generation of the Union of the Principalities, Carol I strengthened the beneficial force of law, building a state in which “only the law debated and approved by the nation, decides and governs”. The science of law and legal culture had in Romania, almost six decades after the Union of the Principalities, gathered through tradition and reform, an important dowry, a true “fulfilled state of law”. In the Old Kingdom there was, at the beginning of the 20th century, a fully achieved legal system that rightly expected to be the foundation of the legal system of Greater Romania.**

Keywords: legislative unification; Romanian Principalities; adoption of major codes; 1866 constitution; integration of Dobrogea.

** Pentru prezenta traducere, autorul este recunoscător d-nei conf. univ. dr. Simina Badea, din cadrul Facultății de Drept a Universității din Craiova.

L'UNIFICATION LÉGISLATIVE DES PRINCIPAUTÉS ROUMAINES ET LA CONSOLIDATION DU DROIT DANS LES PREMIÈRES DÉCENNIES DU ROYAUME DE LA ROUMANIE

Résumé : Dans la période 1859-1918 la Roumanie a construit et a consolidé un système de droit moderne, soumis à certains principes fondamentaux qui se retrouvaient dans toute l'Europe, avec des mécanismes et institutions fonctionnels. Une importance cardinale pour le système juridique national a eu l'adoption de grands codes – le Code civil, le Code de procédure civile, le Code pénal, le Code de procédure pénale – sous le règne d'Alexandru Ioan Cuza. L'exercice de la législation moderne initié alors, avec un rythme parfois critiqué, a continué par l'adoption de la Constitution de 1866 ou par des mesures d'intégration de la région de Dobrogea dans le système du droit roumain. Sur la voie ouverte par la génération de l'Union des Principautés, Carol I a consolidé la force bénéfique du droit, en constituant un Etat où « seule la loi débattue et approuvée par la nation décide et gouverne ». La science du droit et la culture juridique avaient en Roumanie, après près de six décennies depuis l'Union des principautés, un héritage important, un véritable « état de droit accompli », rassemblé par tradition et par réforme. Dans l'Ancien Royaume existait, au début du XX^e siècle, un système de droit tout accompli qui attendait à juste titre être le fondement du système juridique de la Grande Roumanie.

Mots-clés : unification législative, Principauté Roumaines, adoption de grands codes, Constitution de 1866, intégration de Dobrogea.

Cuprins

I.	1. Preliminarii	141
II.	Epoca pravielor Calimach și Caragea	144
III.	Dezvoltarea politică a Țării Românești și a Moldovei. Tratatul de pace de la Paris din martie 1856. Convenția de la Paris din august 1858.....	149
IV.	Dubla alegere a domnitorului Alexandru Ioan Cuza și Statutul Dezvoltător al Convenției de la Paris	156
V.	Proiectul legislativ al domnitorului Alexandru Ioan Cuza.....	164
VI.	Adoptarea marilor coduri românești	167
VII.	Constituția din 1866 și consolidarea dreptului român în deceniile următoare	175
VIII.	Concluzii	184

I. 1. Preliminarii

După Primul Război Mondial, România a traversat o perioadă în care, din punct de vedere legislativ, avea aspectul unui „mozaic juridic”, atât timp cât în fiecare provincie alipită exista o legislație proprie, iar pe teritoriul țării întregite erau în vigoare nu mai puțin de 13 coduri¹. În acest context, România Întregită apărea ca un amestec de elemente eterogene, iar în toate domeniile coexistau, alături de legile Vechiului Regat, legile fostelor stăpâniri străine: rusești, austriece, ungare. Acest amalgam general prejudicia grav ideea de unitate și acțiunea de unificare a vieții națiunii întregite². Institutul Social

¹ S. Popescu, T. Prelipceanu, *Unificarea Codului civil și a celui de procedură civilă, un remarcabil rezultat al conlucrării fructuoase dintre membrii și consilierii temporari ai Consiliului legislativ interbelic*, în *Revista de drept comercial* nr. 4/2008, p. 8.

² M. Dușu, *Un secol de stat unitar și drept național (1918-2018). Perspective istorice cultural-științifice*, Ed. Academiei Române, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 38-39.

Român inaugura în decembrie 1921 organizarea unui sistem de prelegeri publice și propunea cercetarea științifică a „celor mai esențiale elemente ale constituției viitoare”³. În prelegerea sa din 25 decembrie 1921, Vintilă I Brătianu sublinia importanța Constituției din 1866 – „căci sub regimul ei am putut trece de la România Mică la cea Mare” - și menționa că numai „grație apelului continuu făcut la marele rezervor național, numai luând punctul de sprijin în dorința și putința întregului popor, la o viață mai bună și mai de sine stătătoare, am putut ajunge, în mai puțin de două generații, la neatârnrarea noastră de toate felurile”. În alte condiții, Vechiul Regat nu ar fi avut posibilitatea să treacă într-o jumătate de secol „de la cele două mici principate vasale, lipsite de orice organizare temeinică, la România Mare”⁴. La rândul său, Andrei Rădulescu sublinia în anul 1927, că unificarea legislativă este necesară „pentru a desăvârși unitatea sufletească a neamului, pentru a întări cât mai mult conștiința națională”. Diversitatea normelor juridice aplicabile „îngreuiază foarte mult viața din toate punctele de vedere și menține în mare

³ D. Gusti, Președintele Institutului Social Român, *Cuvânt de deschidere*, în *Constituția din 1923 în dezbaterile contemporanilor*, Ed. Humanitas, București, 1990 – care reproduce Noua Constituție a României, 23 de prelegeri publice organizate de Institutul Social român, apărut la Tiparul Cultura Națională, București, f.a. –, p. 19-23, datat 18 decembrie 1921, unde sublinia, printre altele, că „sufletul nou al României întregite trebuie să fie adăpostit într-un așezământ de stat, a cărui boltă să fie întreținută cu măreție de coloane juridice solide și impunătoare. Iată o operă urgentă de îndeplinit, ce trebuie să se impună atenției tuturor” (p. 19) – s.n. C. S.

⁴ Vintilă I. Brătianu, *Nevoile statului modern și Constituția României Mari*, în *Constituția din 1923 în dezbaterile contemporanilor*, p.54-72, care subliniază că primul principiu care trebuie să inspire Constituția viitoare este „de a păstra statului român *caracterul unitar național* la care-i dă dreptul majoritatea copleșitoare a neamului nostru” (p. 58). În concepția sa, consecința directă a caracterului național este că „așezământul viitor trebuie să fie hotărât *democratic* (...) Numai solidarizând întreaga masă a poporului cu mersul statului vom putea spori energia națională și recăștiga timpul pierdut” (p. 59).

parte vechile granițe”⁵. Este amintită dificultatea misiunii magistraților care caută să înțeleagă cât mai bine noianul de legi pentru a soluționa problemele juridice aduse în fața instanțelor⁶ și argumenta că „mijlocul cel mai potrivit pentru unificare este introducerea legislației din Vechiul Regat și în noile teritorii”⁷.

Pornind de la importanța Constituției din 1866 și de la ideea unificării legislative prin extinderea legislației Vechiului Regat, menționate mai sus,

⁵ A. Rădulescu, *Unificarea legislativă, Memoriile Secțiunii Istorice*, ședința din 2 iunie 1927, seria III, tomul VII, Cultura Națională, București (disponibil și pe www.digibuc.ro, p. 3-7, accesat august 2020), care menționa dificultățile întâlnite în multe aspecte obișnuite ale vieții: „Căsătorit în Basarabia te întrebi dacă ești valabil căsătorit și ce valoare are această căsătorie în restul țării, nu știi dacă vei fi socotit ca atare în altă provincie. Divorțat, într-o altă parte a țării, nu știi dacă vei fi socotit ca atare în altă provincie. Deschizându-se succesiunea unuia din vechiul Regat, care era trimis funcționar într-una din noile provincii, te vei întreba ce lege se aplică, cine vine la moștenire, etc? Dar o chitanță, o poliță cum trebuie făcută? Societățile cum trebuie constituite?”.

⁶ „Cine n-are posibilitatea să facă alte cercetări, binevoiască a trece la Curtea de Casație și să asculte despre câte legi se vorbește și cât de departe suntem de unitatea legislativă, dinainte de război când juriștii își arătau talentul și știința, lucrând cu aceleași elemente de bază, cari formau dreptul – unul singur – al poporului român. Dacă s-ar cunoaște multiplele neajunsuri, ce rezultă din aceasta și asupra cărora n-avem timp să stăruim, nu știm câți ar mai sta la îndoială spre a recunoaște necesitatea unificării”, A. Rădulescu, *Unificarea legislativă*, p. 5. A se vedea și A. Rădulescu, *Puterea judecătorească*, 10 martie 1922, în *Constituția din 1923 în dezbaterile contemporanilor*, Ed. Humanitas, București, 1990, p. 278-314, unde autorul analizează și problema recrutării magistraților.

⁷ „Unitatea deplină în toate domeniile, pe temelii și în spirit românesc, asta e datoria acelorora cari au avut norocul să vadă aievea visul Românilor și care au misiunea să asigure cu dreptate, pentru vecie și în chip solid, întruparea lui măreață”, A. Rădulescu, *Unificarea legislativă*, p. 43. De asemenea, A. Rădulescu, *Dreptul românesc în Basarabia*, comunicare susținută în ședința publică a Academiei Române de la 3 iulie 1942, republicată la Ed. Universul Juridic, București, 2017, unde afirma: „Basarabia a rămas românească și pe terenul dreptului ca în toate formele vieții poporului său. Acest adevăr – pe care îl poate controla oricine – trebuie să-l știm cu toții și este o datorie să-l facem cunoscut și străinilor, iar la nevoie să-l folosim pentru apărarea neamului nostru, care respectă drepturile altora și nu cere pentru sine decât dreptate”.

evoluția dreptului românesc în perioada delimitată de momentul Unirii Principatelor din 1859 și cel al Marii Uniri din 1918 oferă un larg domeniu de cercetare. Este o perioadă în care regăsim momente importante ale consolidării dreptului național, de la prima unificare legislativă modernă, la adoptarea constituției din anul 1866 sau la integrarea Dobrogei în sistemul dreptului românesc. În general, în perioada respectivă de aproape 6 decenii, mai exact 59 de ani, există o evoluție a dreptului pozitiv în România, însoțită de o bogată și însemnată jurisprudență, care a oferit, *exempli gratia*, o soluție pragmatică, la începutul anului 1912, în chestiunea controlului judecătoresc de constituționalitate a legilor⁸. O experiență legislativă care constituia o temelie solidă pentru edificiul Dreptului ce urma să fie construit pentru România Mare, imediat după memorabilele pagini de istorie națională ale anului 1918.

II. Epoca pravilelor Calimach și Caragea

Este important de subliniat că această perioadă a fost pregătită, pe plan legislativ, de „*epoca pravilelor Calimach și Caragea*”, așa cum o numea

⁸ În cauza „Societatea comunală de tramvaiuri București cu Ministerul de Interne și Primăria Capitalei”; a se vedea, Petre Misir, *Au sau nu judecătorii noștri dreptul de a examina constituționalitatea legilor și la caz când le-ar găsi abătute de la regulile constituționale să refuze a le aplica*, în *Dreptul* nr. 13/ 1912, p. 97-100; N. Basilescu, *Legiuitorul la bara justiției*, în *Curierul Judiciar* nr. 13 din 16 februarie 1912, p. 151; F. Lamaude, *Inconstituționalitatea legilor și stabilirea sancțiunii sale*, în *Dreptul* nr. 58/1912, p. 469; G. Jezé, *L' inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, în *Revue de Droit Public*, Paris, 1912, p. 138-139. Pentru examenul și evoluția jurisprudenței în materia controlului constituționalității legilor în perioada respectivă, G. Alexianu, *Curs de drept constituțional*, vol. I, Ed. Casei Școalelor, București, 1930, pp. 309-318.

Andrei Rădulescu, „după legile care au avut cea mai lungă durată”⁹. El considera că această „epocă” începe în anul 1814, cu Manualul juridic al lui Andronache Donici și pregătirea celor două pravile. Apariția lucrării lui Donici, cu titlul „*Adunare cuprinzătoare în scurt de pravilele cărților împărătești spre înlesnire celor ce se îndeletnicesc întru învățătura lor, cu trimitere către carte, titlu și capul împărăteștilor pravili*”, deși nu s-a bucurat de o recunoaștere oficială, a avut o importanță deosebită. Ea a fost redactată în limba română, fiind „prima legiuire mai mare scrisă în românește”(A. Rădulescu), cu reglementări avansate și o structură modernă¹⁰. Perioada respectivă se încheie în momentul în care a fost elaborat și a intrat în vigoare Codul civil, respectiv, la 1 decembrie 1865. Acest act normativ a fost votat, decretat și promulgat cu titlul de *Codicele civil*, iar mai târziu a purtat numele de *Codicele Alexandru Ioan*, propus de ministrul justiției, care argumenta că noul Cod este „rezultatul ideilor regeneratorii” ale domnului (din 29

⁹ A. Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, discurs rostit la 3 iunie 1922 în ședința solemnă sub președenția A.S.R. Principele Carol, Cultura Națională, București, 1923, p. 27. Pentru evoluția dreptului român sub regimul turco-fanariot, E. Cernea, E. Molcuț, *Istoria statului și dreptului românesc*, ediție revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 190-203; L. P. Marcu, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 167-178; Val. Al. Georgescu, V. Șotropa, în *Istoria dreptului românesc*, vol. I, Partea întâi, responsabili de volum: Dumitru Firoiu, Liviu P. Marcu, Ed. Academiei R.S.R., București, 1984, Titlul I – *Privire generală*, cap. III - *Structura și izvoarele dreptului*, p. 65- 93; Elena Tereza Chilom, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Universitaria, Craiova, 2002, p. 171-177.

¹⁰ Pentru viața și opera lui A. Donici, a se vedea, A. Rădulescu, *Juristul Andronache Donici*, Cultura Națională, București, 1930, care amintește că deși aprobată de „Vodă Calimach să fie tipărită și implicit admisă să fie folosită în Moldova, nu era totuși decât un manual îndrumător, un fel de Institute”(p. 25). Publicată la Iași în 1814, cartea lui Donici s-a aplicat și în Basarabia - tradusă în rusește, „cu multe omisiuni și erori” -, timp de 114 ani, până la 1 iunie 1928, când „locul acestei cărți l-a luat codul nostru civil” (p. 27-28); Sorin Radu, *Vespasian Erbiceanu (1865-1943). Studiu monografic*, Ed. Cetatea de Scaun, Târgoviște, 2014, p. 89 și 184, care menționează traducerea în rusește a cărții lui Donici.

decembrie 1864)¹¹. Dezvoltarea culturii juridice în cele două Principate, în această perioadă, „se înfățișează cam în același chip” și regăsim aici o „influențare reciprocă” și o veritabilă „întrecere în realizarea aceuiași scop”, astfel încât „la o pravilă, la o instituție, la o măsură răspundea țara soră cât de curând cu alta aproape similară”. Între cele două Principate se stabilește acum o adevărată „unitate juridică, necuprinsă în texte, dar în principii și alte manifestări culturale, unitate care devine deplină la sfârșitul acestei epoci”¹².

În plan european, la sfârșitul secolului al XVIII-lea și începutul secolului al XIX-lea se manifesta, sub influența principiilor Revoluției franceze, un puternic curent de codificare, „un fel de mistică a codificării”¹³. La București, în lucrarea publicată în 1842 și intitulată „*Tălmăcirea condicii comerciale, după metoda lui Bravard-Verrier, pentru întrebuițarea judecătorilor, a avocaților și a neguțătorilor*”, Gh. A. Manu și A. Roset-Bibica aminteau că această „aplecare de codificații a coprins Europa întreagă și toată lumea nouă”. Acest curent cuprinde și Țările Române, iar „*Valahia... nu*

¹¹ Paul Cosmovici (coord.), *Tratat de drept civil*, vol. I, Partea generală, Ed. Academiei, București, 1989, p. 33. Cu privire la schimbarea denumirii în „Codice civil”, la propunerea din 16 iunie 1866 a Consiliului de Miniștri, motivând că noul Cod civil este, cu mici modificări, Codul civil francez, care nu poate fi desemnat cu alt nume decât al „gloriosului și nemuritorului său autor” (Napoleon I – s.n., A. Rădulescu, *Izvoarele dreptului civil*, în *Pagini de istoria dreptului românesc*, op. cit., p. 186, care subliniază că hotărârea respectivă privea și celelalte coduri și a fost aprobată de domnitorul Carol și publicată în Monitorul Oficial din 23 iunie 1866.

¹² A. Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, care împarte această epocă în trei perioade: a. perioada anterioară Regulamentelor Organice; b. perioada Regulamentelor Organice; c. perioada Convenției de la Paris și a Statutului (op. cit., p. 27).

¹³ Ripert et Boulanger, *Traté de droit civil*, Paris, 1957, t. I, nr. 321; pentru aspecte privind redactarea, descrierea și aprecierea Codului civil francez, Ambroise Colin et Henri Capitant, *Curs elementar de drept civil francez*, traducere de Victor G. Cadere și Ioan Miloae, Imprimeria Centrală, București, 1940, nr. 17-18, p. 24-29.

poate să rămâie străină la acest duh de codificație”¹⁴. Este întocmită Legiuirea Caragea, promulgată la 1 iunie 1818 și pusă în aplicare la 1 septembrie 1818. Scrisă de la început în limba greacă și în limba română, apărută în ediție oficială în ambele limbi la 1818, ea are ca izvoare dreptul roman și greco-roman, în special din legislația lui Justinian, anumite rânduieli din dreptul țării și, într-o mică măsură, dreptul apusean¹⁵. Ea a fost legea civilă a Țării Românești 47 de ani și 3 luni, cu mențiunea că unele texte au fost modificate sau abrogate prin alte rânduieli, înainte de 1 decembrie 1865. În condițiile art. 1415 (cu privire la locațiunile ereditare, cunoscute sub numele de emfiteuze sau embatic) și art. 1912 (care abroga Legiuirea Caragea, însă numai în tot ce nu este conform cu regulile prescrise în noua lege civilă) din Codul civil român de la 1864, s-a admis că această legiuire s-a aplicat și după 1 decembrie 1865 în anumite cauze¹⁶.

În Moldova, domnul Scarlat Calimach, ajutat de Christian Flechtenmacher, Anania Cuzanos, Andronache Donici și alții, a izbutit să elaboreze *Condica țivilă sau politicească a Principatului Moldovii*, promulgată la 1 iunie 1817 și pusă în aplicare la 1 septembrie 1817, cu un an înaintea Legiurii Caragea din Valahia. Codul Calimach a fost scris în limba

¹⁴ A. Rădulescu, *Primele încercări de doctrină comercială în Țara Românească*, în *Pagini de istoria dreptului românesc*, ediție îngrijită de Irina Rădulescu- Valasoglu, Ed. Academiei, București, 1970, p. 170.

¹⁵ A. Rădulescu, *Izvoarele dreptului civil*, în *Pagini de istoria dreptului românesc*, op. cit., p. 172- 179; *Legiuirea Caragea*, ediție critică, Ed. Academiei, 1955, întocmită de Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei R.P. R, condus de A. Rădulescu.

¹⁶ A. Rădulescu, *Introducere*, în *Legiuirea Caragea*, ediție critică, Ed. Academiei, 1955, p. V-XXVI; A. Rădulescu, *Pagini despre Legiuirea Caragea*, în *Pagini inedite din istoria vechiului drept românesc*, ediție îngrijită de Irina Rădulescu- Valasoglu, Ed. Academiei Române, 1991, p. 77-102.

greacă și a fost tipărit în trei părți. Prima parte cuprindea o introducere despre legile politice îndeobște și despre dreptul persoanelor, fiind tipărită la Iași, la 1816, în tipografia grecească de la mănăstirea Trei Ierarhi. A fost tradus la sfârșitul anului 1831, fiind tipărit în românește doi ani mai târziu. La 5 decembrie 1833, Marele Logofăt al Dreptății Costache Sturdza a prezentat Obșteștii Obicinuite Adunări un exemplar tipărit „întâia oară în limba patriei”¹⁷. Considerat ca fiind „*cea mai de seamă lege civilă din trecutul nostru*”, apreciat de străini - fiind recomandat grecilor de către Zachariae von Liendenthal pentru a fi adoptată ca lege a statului lor -, Codul Calimach a avut ca izvoare dreptul roman, greco-roman, în special Bazilicalele, părți din dreptul anterior al țării și anumite dispoziții din legile europene ale vremii¹⁸. Condica civilă a Moldovei a guvernat raporturile sociale care îi alcătuiau obiectul de reglementare, până la adoptarea și intrarea în vigoare a Codului civil român de la 1864. Din nevoia grabnică a unificării legislative a trebuit să-i cedeze locul acestuia, înainte de a împlini o jumătate de veac de aplicabilitate.

De remarcat că Regulamentul organic al Țării Românești (art. 241) recomanda, în 1831, alcătuirea unui cod civil și a unui cod penal modern. Ca urmare a acestei recomandări, la 31 martie 1831 s-a instituit o comisie pentru

¹⁷ A. Rădulescu, *Introducere, în Codul Calimach*, ediție critică, Ed. Academiei, 1958, întocmită de Colectivul pentru vechiul drept românesc, p. 3-34, precum și Anexa I A, pct. 9, p. 868; A. Rădulescu, *Izvoarele Codului Calimach*, în *Pagini de istoria dreptului românesc*, op. cit., p. 133-154.

¹⁸ A. Rădulescu, *Izvoarele dreptului civil*, op. cit., p. 177, care subliniază că opinia conform căreia Codul Calimach este o simplă copie a Codului austriac este fără temei și consideră că asemănarea cu Codul civil austriac în privința planului și în multe părți ale redacției, ceea ce a contribuit la apariția acestei opinii, se explică prin faptul că ambele coduri au aceleași izvoare principale: dreptul roman și dreptul greco-roman (p. 178).

a elabora o condică politică și penală, dar nu s-a mers mai departe. În Regulamentul organic al Moldovei nu există o astfel de recomandare, deoarece Codul Calimach și Condica criminalicească (1820-1826), reglementau separat materia dreptului civil și, respectiv, materia dreptului penal și a procedurii penale. Legiuirea Caragea era, în principal, un cod civil (primele patru părți), dar cuprindea și norme de drept penal (partea a 5-a), procedură penală și procedură civilă (partea a 6-a).

III. Dezvoltarea politică a Țării Românești și a Moldovei. Tratatul de pace de la Paris din martie 1856. Convenția de la Paris din august 1858

În plan internațional, conflictul de interese dintre Marile Puteri pentru controlul Mediteranei Orientale și al Strâmtoarelor – Bosfor și Dardanele -, declanșează în anul 1853 Războiul Crimeii. În scenă se află, de o parte, Turcia, sprijinită de Franța, Anglia, Sardinia și, indirect, de Prusia și Austria, iar de cealaltă parte, Rusia. Contextul istoric oferit de înfrângerea Rusiei de către Imperiul Otoman și aliații europeni, aduce în prim plan problema organizării statale a Principatelor Române.

Tratatul de Pace de la Paris din 18/30 martie 1856, care a pus capăt Războiului Crimeii, a influențat în mod decisiv dezvoltarea politică a Țării Românești și Moldovei, având în vedere că include clauze importante privitoare la Principate. Pe de o parte, se retrocedează Moldovei unele părți din cele trei județe sudice ale Basarabiei (Cahul, Bolgrad și Ismail). Această situație va spori tensiunile existente deja în relațiile ruso-române, pentru că, deși zona respectivă reprezenta numai 5000 km² și avea o importanță

economică modestă, Rusia pierdea accesul la Dunăre, iar țarul va resimți ca pe o umilință personală pierderea acestui teritoriu, fiind hotărât să-l redobândească¹⁹. Pe de altă parte, „Principatele Valahia și Moldova” rămân sub suzeranitatea Porții, cu garanția colectivă a Puterilor semnatare. Se consemna astfel, menținerea suzeranității otomane asupra Principatelor și înlocuirea protectoratului Rusiei țariste, instituit prin Tratatul de la Adrianopol din 2/14 septembrie 1829, cu garanția colectivă a celor șase Puteri europene: Franța, Marea Britanie, Imperiul Habsburgic, Prusia, Rusia și Sardinia. În această materie, art. 22 din Tratat prevede că „niciuna din Puterile garante nu va putea exercita asupra lor protecție exclusivă. În această privință, nu se prevede niciun drept special de ingerință în treburile lor interne”²⁰. Tratatul, care instituie libertatea navigației pe Dunăre²¹ și neutralitatea Mării Negre, aduce, totodată, o confirmare juridică internațională a existenței autonome a Principatelor și a relațiilor speciale pe care le au cu Imperiul Otoman. În acest sens, art. 22 menționează expres

¹⁹ Documentele Comisiei de delimitare a frontierei în Basarabia vor consemna discuțiile dintre comisarii Marilor Puteri (Austria, Franța, Marea Britanie, Rusia și Turcia) privind problemele încorporării treptate a teritoriului cedat Moldovei de către Rusia. Vornicul Constantin Negruzzi, care a participat la lucrări în calitate de reprezentant al guvernului moldovenesc a solicitat informații necesare îndeplinirii acestei misiuni, a se vedea Protocoalele nr X și XI ale Comisiei, în Ioan Aurel Pop, Ioan Bolovan, Ioana-Mihaela Bonda, Ana Victoria Sima, Teodor Laurențiu Popescu (coord.), *Construind Unirea cea Mare*, vol I, *De la Revoluția pașoptistă la formarea Partidului Național Român (1848- 1881)*, volum îngrijit și prefațat de Mircea – Gheorghe Abrudan, Ed. Școala Ardeleană, Cluj-Napoca, 2018, pct. 100 și 101, pp. 419-426.

²⁰ Pentru textul dispozițiilor din Tratat referitoare la situația Principatelor Române, Ioan Aurel Pop, Ioan Bolovan, Ioana-Mihaela Bonda, Ana Victoria Sima, Teodor Laurențiu Popescu (coord.), op. cit., vol. I, pct. 93. 1856, martie 30, Paris. Fragment din Tratatul de pace de la Paris, pp. 402-405.

²¹ Principatele au un rol modest în această materie, chiar dacă secțiunea lor de Dunăre este cea mai lungă, motivându-se că nu erau state suverane.

„privilegiile” și „imunitățile” acestora, iar art. 23 prevede că Sublima Poartă se angajează să le păstreze „o administrație independentă și națională, ca și deplina libertate a culturii, a legislației, a comerțului și navigației”.

Pentru a cunoaște dorințele românilor, printr-o schimbare radicală a modului lor obișnuit de a trata Principatele, Puterile au prevăzut alegerea unor adunări consultative speciale, care să-și facă cunoscută opinia cu privire la problemele importante. Pentru prima dată populația acestor Principate urma să fie consultată asupra viitoarei lor organizări, prin convocarea celor două Adunări (Divanuri) ad-hoc, constituite astfel încât „să reprezinte cât mai exact interesele tuturor claselor societății” (art. 24). Se institua o Comisie de informare a Puterilor garante, care urma să cerceteze doleanțele românilor, iar ulterior, pe baza lucrărilor Adunărilor ad-hoc și a propriilor constatări, să elaboreze un raport, ce urma să constituie documentul de bază pentru lucrările unei viitoare Conferințe diplomatice²²: „Înțelegerea finală cu puterea suzerană va fi consfințită printr-o convenție încheiată la Paris între Înaltele Puteri contractante”, consemna art. 25 din Tratat. În sfârșit, puterile stipulau ca toate trupele străine să fie retrase din Principate, îndată ce Imperiul Otoman și Austria vor putea face aranjamentele necesare.

Devenea decisivă acum acțiunea partidei naționale muntene și moldovene, care exprima dorințele unei majorități active și entuziaste, în contradicție cu o minoritate conservatoare, care urmărea menținerea vechilor rânduieli. La nivelul Puterilor garante se puteau observa două orientări: una

²² Dan Berindei, *Diplomația românească modernă. De la începuturi la proclamarea independenței de stat (1821- 1877)*, București, Ed. Albatros, 1995, p. 117.

favorabilă unirii – Franța (Napoleon al III-lea), Rusia, Sardinia, Prusia -, cealaltă împotriva unirii – Imperiul Otoman, Austria, Anglia²³.

Potrivit Tratatului de pace de la Paris, au fost convocate *Adunări ad-hoc*, în cadrul cărora erau reprezentate principalele categorii sociale, inclusiv țărănimea (care constituia peste 80% din populație) și care urmau să formuleze dezideratele țării. Alegerile pentru Adunările ad-hoc și lucrările acestora, desfășurate la Iași și la București în toamna anului 1857, alcătuiesc un capitol aparte în istoria mișcării pentru realizarea unirii Principatelor. Perioada respectivă consemnează benefic intensificarea relațiilor dintre uniuniștii munteni și moldoveni, stabilirea unui contact permanent, schimburi de vizite și acțiuni combinate. Spre exemplu, la sfârșitul lunii

²³ Pentru Unirea Principatelor, *Documente privind Unirea Principatelor, 1 – Documente interne, 1854- 1857*, Dan Berindei (redactor responsabil) ș.a., București, 1961; Dan Berindei (coord), *Istoria Românilor*, vol. VII, tom I, Constituirea României moderne (1821-1878), în principal, partea a II-a, cap. X- XII, pp. 387- 485; Dan Berindei, *Epoca Unirii*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1979, pp. 9- 93; Gheorghe Iacob, *Români în perioada edificării statelor naționale (1859- 1918)*, pp. 607- 685, în *Construind Unirea cea Mare*, vol. VII, *De la Sarmizegetusa la Alba Iulia. Stat și statalitate pe teritoriul României*, volum îngrijit de Ioan-Aurel Pop și Ioan Bolovan, Ed. Școala Ardeleană, Cluj - Napoca, 2018; Gheorghe Iacob, *România în epoca modernizării (1859- 1939)*, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2013, în special, IV. *Sub semnul „politicii faptului împlinit”. De la Unirea Principatelor la proclamarea Regatului (1859- 1881)*, pp. 61-76; Nicolae Iorga, *Istoria românilor*, vol. 9, *Unificatorii*, București, 1938; Nicolae Iorga, *Partea lui Napoleon III în Unirea Principatelor*, (conferință ținută la Liga Culturală în ziua de 27 Februar 1915), Ed. Ligei pentru Unitatea Culturală a tuturor Românilor, București, 1915; Gheorghe Platon, *Lupta românilor pentru unitatea națională. Ecouri din presa europeană (1855-1859)*, Ed. Junimea, Iași, 1974; Keith Hitchens, *România. 1774- 1866*, ediția a II-a revăzută, traducere din engleză de George G. Potra și Delia Răzdolescu, Ed. Humanitas, București, 1996, în special, 7. *Principatele Unite*, pp. 335-387; Dumitru Vitcu, *Diplomații Unirii*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1979; D. A. Sturdza, *Însemnările Divanurilor ad hoc din Iași și din București în istoria renașterii României*, în „Analele Academiei Române. Memoriile secțiunii istorice”, seria II, tom XXXIII (1910- 1911); XXXIV (1911- 1912); D. A. Sturdza și alții, *Acte și documente relative la istoria renascerei României*, București, 1888 – 1909, vol. I- X.

septembrie 1857, Dimitrie Brătianu se deplasează la Iași și are întrevederi cu fruntașii moldoveni ai mișcării pentru unire. În perioada respectivă a continuat, fiind consemnată pe larg în documente, o strânsă legătură epistolară între conducătorii Partidei naționale din cele două țări²⁴. Centrele de politică românească din afara Principatelor își continuă activitatea. La Paris este publicată în 1857 o broșură care prezintă o serie de propuneri în privința celor mai adecvate doleanțe pe care trebuie să le exprime Adunările ad-hoc. Revendicările vizează în primul rând unirea Principatelor și consolidarea autonomiei acestora, cu mențiunea că problemele referitoare la politica socială pot fi abordate ulterior pe plan intern²⁵.

În martie 1857, în perspectiva alegerilor pentru *Adunarea ad-hoc*, unioniștii moldoveni anunță constituirea Comitetului electoral al Unirii pentru Iași și își prezintă programul, care „se întemeiază pe înșiși principiile Tratatului de la Paris”. Punctele centrale ale acestui program sunt unirea Principatelor și promovarea autonomiei lor sub garanția colectivă a Marilor Puteri semnatare ale tratatului. Se dorește ca puterea legiuitoare să fie „încredințată unei obștești adunări care să reprezinte interesele întregii nații”.

²⁴ Dan Berindei, *Știri noi privind conclucrarea muntenilor și moldovenilor în lupta pentru Unirea Principatelor*, în *Fiile din trecutul istoric al județului Prahova*, Ploiești, 1971, p. 5-14; Maria Huminic, *Colaborarea dintre unioniștii moldoveni și munteni în lumina unor documente ale vremii aflate în Muzeul Unirii din Iași*, în „Cercetări istorice”, Iași, I, 1970, p. 29-42. Despre Adunările ad-hoc și semnificația lor, Dan Berindei, *Epoca Unirii*, pp. 51- 72; Cornelia Bodea (ed), *Corespondență politică (1855-1859)*, Ed. Academiei R.P.R., București 1963, Dimitrie A. Sturdza către Constantin Hurmuzachi, 3 iulie 1856 (unde consemnează aspirațiile unioniste și încrederea nestrămutată în apropiata realizare a Unirii), p. 115; Grigorie Ioranu către Mihail Kogălniceanu, 24 iulie 1856 (care îl anunță cu privire la înființarea de comitete ale Unirii la București și subliniază spiritul unionist din țară), pp. 123-124.

²⁵ *Ce se cuvine să cerem la Adunările ad-hoc*, Imprimerie de Gustave Gratiot & Comp., Paris, 1857; Ioan-Aurel Pop, Ioan Bolovan, Ioana-Mihaela Bonda, Ana Victoria Sima, Teodor Laurențiu Popescu (coord.), op. cit., vol. I, pct. 99, pp. 416-419.

În același timp, unioniștii din Țara Românească își prezintă programul politic și se declară în asentimentul unioniștilor moldoveni. Se dorește „Unirea țărilor România și Moldova, într-un singur stat și sub un singur guvern”, precum și „prinț străin cu moștenirea tronului, ales dintr-o dinastie domnitoare d-ale Europei”²⁶.

Adunarea ad-hoc a Moldovei a votat la propunerea lui M. Kogălniceanu, în ședința din 7/19 octombrie 1857, cu 81 voturi pentru și 2 împotriva, o declarație pentru „Unirea Principatelor într-un singur stat sub numele de România, pentru un prinț străin ereditar, pentru neutralitatea Principatelor și pentru o putere legiuitoare „încredințată unei obștești adunări, în care să fie reprezentate toate interesele nației”. La București, rezoluția votată în unanimitate la 9/21 octombrie 1857, cuprindea aceleași deziderate²⁷.

Comisia de informare a puterilor garante consemna în raportul său „dorințele” exprimate de cele două Adunări ad-hoc, observațiile comisarilor și propunea o serie de reforme asupra cărora se întrunise un consens unanim: abolirea privilegiilor și egalitatea în fața impozitului și a legii, revizuirea relațiilor agrare, separarea puterii judiciare de cea executivă și introducerea graduală a inamovibilității magistraturii, îmbunătățirea învățământului și crearea unui învățământ universitar, simplificarea sistemului financiar, dezvoltarea căilor de comunicații.

²⁶ Pentru textul programelor politice, Ioan-Aurel Pop, Ioan Bolovan, Ioana-Mihaela Bonda, Ana Victoria Sima, Teodor Laurențiu Popescu (coord.), op. cit., vol. I, nr. 105, pp. 434-438, nr. 107, pp. 440-442.

²⁷ Dan Berindei, *Epoca Unirii*, p. 59-61. Presa franceză relatează rezultatele dezbaterilor Divanurilor și sublinia că „totul este clar și neechivoc”, Gh. Platon, *Lupta românilor pentru unitate națională 1855-1859. Ecouri în presa europeană*, p. 40.

La 10/22 mai 1858 s-au deschis la Paris lucrările conferinței care urma să elaboreze, în conformitate cu prevederile tratatului din 1856, o convenție privind organizarea „definitivă” a Principatelor. Guvernul francez își menține ferm atitudinea favorabilă cauzei românești, sprijinit de Rusia, Sardinei și Prusia. De cealaltă parte, Poarta și Austria sunt împotriva. Conferința ambasadorilor puterilor garante încheie, după laborioase negocieri, *Convenția de la Paris din 9/17 august 1858*. Marile Puteri se declarau pentru o formulă de compromis: Muntenia și Moldova vor purta numele de Principatele Unite; la Focșani va funcționa o Comisie centrală pentru pregătirea legilor și o Curte de Casație comună; toți cetățenii erau egali în fața legilor (art. 46), iar privilegiile și rangurile de boieri se desființează²⁸.

Importante erau stipulațiile privitoare la domn, care putea să fie în fiecare țară un moldovean sau un muntean, cu un venit de trei mii de galbeni și având îndeplinite funcții publice timp de zece ani. Acesta era „ales pe viață de Adunare” și trebuia să obțină investitura Porții „în termen de o lună cel mult”. Puterea legislativă urma să fie exercitată în mod colectiv de domn, de Adunarea electivă și de Comisia centrală. Stipulațiile electorale anexate convenției restrângeau dreptul la vot direct la câteva mii de oameni. Prerogativele Șefului statului erau prevăzute în art. 14-15 din Convenție: exercitarea guvernării împreună cu miniștrii, pe care îi numea; sancționarea și promulgarea legilor, dar și dreptul de a refuza sancționarea legilor; dreptul de a ierta sau micșora pedepsele în materie criminală, fără a se amesteca în

²⁸ Pentru textul Convenției, *Acte și documente*, vol. VII, pp. 306-314; B. Boerescu, *Examen de la Convention du 19 août relative à l'organisation des Principautés Danubiennes*, Paris, 1858; <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/21852>, accesat în iunie- august 2020; Loredana-Maria Ilin, *Sistemul constitutional românesc (1821- 1923)*, Ed. Aius, Craiova, 2009, pp. 181-188.

bunul mers al justiției; dreptul de inițiativă legislativă și întocmirea bugetului, care urma să fie supus deliberărilor și votului Adunării; dreptul de a numi în toate funcțiile administrației publice și de a întocmi regulamente pentru executarea legilor. El avea, de asemenea, dreptul de a convoca Adunarea în sesiune ordinară sau extraordinară, de a prelungi sesiunea ordinară și de a dizolva Adunarea, având obligația de a convoca o noua Adunare în termen de trei luni. Dispunea de dreptul de a convoca, în caz de pericol pentru granițele țării, oștile celor două Principate, în urma înțelegerii celor doi domni și cu înștiințarea Porții, dar și dreptul de a numi și revoca, după caz, comandantul armatei. Toate aceste prerogative erau similare cu acelea ale oricărui monarh constituțional, așa cum observa Andrei Rădulescu²⁹, fiind prevăzut și principiul inviolabilității și iresponsabilității, în sensul că orice act al Domnului trebuia contrasemnat de un ministru, care își asuma întreaga responsabilitate.

IV. Dubla alegere a domnitorului Alexandru Ioan Cuza și Statutul Dezvoltător al Convenției de la Paris

În conformitate cu prevederile Convenției de la Paris, în Principate au fost constituite câte o comisie provizorie, pentru a asigura alegerile adunărilor electivă, care urmau să desemneze cei doi domnitori. În Moldova căimăcămia a fost încredințată lui Anastasie Panu și Vasile Sturdza, reprezentanți ai Partidei naționale, și boierului conservator Ștefan Catargiu. În Țara Românească membrii căimăcămiei reprezentau poziții conservatoare - Ioan

²⁹ Andrei Rădulescu, *Organizarea statului în timpul domniei lui Cuza- Vodă*, București, Cartea Românească, 1932, p. 10.

Manu și Emanoil Băleanu - sau moderat conservatoare - I. Al. Filipescu. Adunarea electivă a Moldovei era dominată de către reprezentanții partidei naționale, în timp ce în Țara Românească aceasta era dominată de către conservatori. Când la 28 decembrie 1858/9 ianuarie 1859 s-a deschis Adunarea electivă a Moldovei, deputații au fost salutați cu entuziasm de popor. La 5/17 ianuarie 1859 a fost ales domnitor Al. I. Cuza, cu unanimitatea deputaților prezenți. Colonelul Cuza era cunoscut ca fruntaș al mișcării unioniste, care în vara anului 1857 își dăduse demisia din funcția de pârcealab de Covurlui (Galați) în semn de protest împotriva falsificării alegerilor din Moldova și abuzurilor electorale ale caimacamului Vogoridi. Membru al Adunării ad-hoc, Cuza devenise apoi loțiitor al hatmanului, comandant al armatei țării. După depunerea jurământului noului ales, în care arăta că dorea să apere „drepturile și interesele patriei” și să asigure „binele și fericirea nației române”, Mihail Kogălniceanu a ținut în numele adunării un impresionant discurs³⁰. La București, partida națională a acționat în așa fel încât, la 24 ianuarie 1859, a obținut tot alegerea lui Alexandru Ioan Cuza ca domnitor al Țării Românești.

Prin dubla alegere a lui Cuza, atunci în vârstă de 39 de ani, dorința esențială a națiunii era pusă de acord cu prevederile Convenției de la Paris, o soluție inteligentă și curajoasă a românilor pentru situația creată prin hotărârile Marilor puteri. Cuza a inițiat o viguroasă campanie diplomatică pentru obținerea recunoașterii alegerii sale și a trimis delegații moldovene și muntene la Constantinopol, la mijlocul lunii februarie 1858. De asemenea, va trimite emisari speciali în Europa de Vest și în Rusia. Prima și cea mai reușită

³⁰ Dan Berindei, *Epoca Unirii*, p. 80-83; pentru viața și activitatea lui Alexandru I. Cuza, Constantin C. Giurescu, *Viața și opera lui Cuza Vodă*, Ed. Științifică, București, 1986.

misiune a fost aceea a lui Vasile Alecsandri la Paris, Londra și Torino. Acesta a fost primit cu căldură de Napoleon al III-lea și Walewski, care au promis să trimită o misiune militară în Principate³¹.

În plan intern, domnia lui Cuza, începută sub atât de fericite auspicii, avea în curând să întâmpine serioase dificultăți. Misiunea domnitorului nu a fost ușoară, fiind nevoit să colaboreze cu două guverne și două adunări, aflate la București și Iași, adică la o distanță de 400 km, apreciabilă pentru acea vreme. Distanța respectivă putea fi parcursă în aproximativ în epocă în aproximativ 60 de ore. În primii trei ani de domnie ai lui Alexandru Ioan Cuza viața politică din Principate s-a caracterizat printr-o profunda instabilitate, astfel încât în cele două țări s-au succedat peste 20 de formații ministeriale și cinci Adunări³².

Convenția de la Paris a statuat un cens ridicat pentru alegătorii viitoarelor Adunări electivă și legislative, un sistem electoral diferit de cel aplicat în anul 1857. În acest context, marea boierime avea posibilitatea de a domina și controla politic Adunarea și de a se opune oricărei inițiative de îmbunătățire a situației țărănimii³³.

³¹ D. Vitcu, *Diplomații Unirii*, Ed. Academiei, București, 1979, pp. 60-68.

³² *Istoria Românilor*, vol. VII, tomul I, coord. Dan Berindei, Ed. Enciclopedică, București, 2003, pp. 485-495; N. Iorga, *Un cugetător moldovean de la jumătatea secolului al XIX-lea: Ștefan Scarlat Dăscălescu*, Academiei Română, Memoriile Secțiunii Istorice, seria a III-a, tomul XIII, Mem I, Imprimeria Națională, București, 1932, p. 45, care observa că ministerele „se schimbau ca blidele”. Entuziasmul începutului trecuse, iar multe din riscurile anticipate de unii lideri politici se împlineau; Ion I. Brătianu, *Memoriul lui Ion C. Brătianu prezentat domnitorului Alexandru Ion I. Cuza, la prima sa venire în București*, Institutul de arte grafice și Editura Minerva, București, 1901, pp. 1-6.

³³ Grigore Chiriță, *Condiția politică a țărănimii în epoca Unirii. Contribuția ei la crearea României moderne (1856- 1866)* (I), în *Revista de istorie*, tom 37, nr. 1/ 1984, p. 25. În sensul că textul Convenției de la Paris nu a propus „statutul fundamental pe care românii îl așteptau”,

Cuza începe rapid opera de centralizare administrativă a celor două Principate, folosind cu abilitate calea legislativă, care impunea adoptarea unor acte normative de către cele două Adunări, sau calea administrativă, mai rapidă, care includea acțiuni menite să consolideze unirea politică și funcționalitatea instituțiilor statului. Sunt unificate administrația poștelor și telegrafului, vămilor, serviciului sanitar și a altor servicii (înființându-se și organe de conducere ce aveau sediul la București), cursul monedei. Prin actele normative adoptate au fost impuse soluții unificatoare în domeniile importante. În ordine cronologică, printre primele proiecte votate de adunări au fost cele referitoare la organizarea unitară a armatei. Adunarea electivă a Țării Românești a votat în unanimitate, la 22 martie 1860, Legea pentru instrucțiunea armatei³⁴, pentru a urma legile pentru organizarea Curții de casație, legile privind veniturile din saline, cele privitoare la construirea de drumuri și căi ferate, anularea concesiunii ocnelor și vămilor și administrarea lor de către stat, organizarea ministerelor și a serviciului financiar, organizarea Curții de conturi, organizarea contabilității statului. Toate acestea constituiau pași importanți în procesul de realizare a Unirii depline pornind de la unirea personală înfăptuită la începutul anului 1859³⁵.

Prin diferite mijloace diplomatice, se obține acordul Puterilor garante și al sultanului pentru unificarea Principatelor. În Proclamația adresată țării

a se vedea, Dan Berindei, *Trăsături definitorii ale începuturilor procesului de constituire a statului român modern*, în *Revista de istorie*, tom 37, nr. 1/1984, p. 6.

³⁴ În temeiul art. 42 din Convenția de la Paris, Cuza a devenit comandantul celor două armate, ajutat de un stat major comun, iar cele doua ministere de război s-au contopit și ele într-unul singur, în anul 1861.

³⁵ I. Vântu, Titlul II, cap. 1 – *Dreptul constituțional*, secț. I – *Statutul dezvoltător al Convenției de la Paris*, p. 63–66, în *Istoria dreptului românesc*, vol. I, Partea întâi, responsabili de volum: Dumitru Firoiu, Liviu P. Marcu, Ed. Academiei R.S.R., București, 1984.

la 11/23 decembrie 1861, domnitorul putea să declare: „*Unirea este îndeplinită, națiunea română este întemeiată...; alesul vostru vă dă azi o singură Românie*”³⁶. Capitala se stabilește la București, unde funcționa un singur guvern și un singur parlament, care își deschide lucrările la 24 ianuarie 1862. În noul context politic, Cuza continuă și lărgeste programul de reforme, conceput împreună cu principalul său sfetnic, Mihail Kogălniceanu.

Legea din decembrie 1863 impunea secularizarea averilor mănăstirești, prin care aproximativ 25% din teritoriul țării intra în patrimoniul statului, și demonstra capacitatea conducerii tânărului stat român de a învinge rezistența Porții și a celorlalte mari puteri. Drumul către reforma agrară întâlnește însă, pe lângă rezistența externă, și o opoziție internă înverșunată a marilor boieri, care dominau Camera și foloseau procedurile parlamentare pentru a bloca orice inițiativă în acest sens. După mai multe încercări eșuate, soluția adoptată a fost lovitura de stat de la 2 mai 1864. Domnitorul a dizolvat Adunarea și a promulgat *Statutul Dezvoltător al Convenției de la Paris*, unde prudent menționează chiar în preambul: Convenția de la Paris „este și rămâne legea fundamentală a României”. Denumirea documentului este aleasă pentru a exprima continuitate și a preîntâmpina eventuale suspiciuni și piedici din partea Porții și a puterilor garante. În plus, pentru a căpăta legitimitate, este supus unui plebiscit la 10-14/22-26 iunie 1864, alături de o nouă lege electorală³⁷. Rezultatul votului

³⁶ Gheorghe Iacob, *România în epoca modernizării (1859-1939)*, p. 65; C.C. Giurescu, D.C. Giurescu, *Istoria Românilor. Din cele mai vechi timpuri până azi*, București, 1971, p. 553.

³⁷ *Convențiune pentru organizarea definitivă a Principatelor Unite Române*, București, 1864, pp. 25-30; Monitorul Jurnal Oficial al Principatelor Unite Române, nr. 99 din 4/16 mai 1864, pp. 456-457; Monitorul Jurnal Oficial al Principatelor Unite Române, nr. 150 din 8/20 iulie 1864, pp. 671-672.

plebiscitar demonstrează o susținere covârșitoare a națiunii pentru domn și proiectele sale de reformă. Se înregistrează 682.621 de voturi *pentru*, 1.307 de voturi *contra* și 70.220 de *abțineri*, ceea ce înseamnă că peste 90% din voturile exprimate erau pentru Statut și reforma electorală³⁸. După vizita domnitorului la Constantinopol, se obține recunoașterea Statutului și a legii electorale, iar la 6/28 iunie 1864 s-a încheiat, în această privință, un protocol între Poartă și reprezentanții puterilor garante. La 8/20 iulie „Monitorul Oficial” publica acest protocol și „Actul adițional la Convențiunea din 7/19 august 1858, noul nume al Statutului, care avea anumite modificări față de textul propus inițial. Se obținea dreptul pentru țară ca viitoarea legislație să fie aprobată conform procedurii legislative interne, fără a mai fi supusă unei intervenții externe, o veritabilă suveranitate internă pe care Cuza o va folosi din plin.

Statutul declară în primul său articol că puterile publice sunt încredințate Domnului, Corpului Ponderator și Adunării Elective. Se constituie un organ nou față de cele menționate în Convenția de la Paris, Corpul Ponderator, menit să joace un rol esențial în noua organizare. Puterea legiuitoare se exercită colectiv de cele trei organe, iar organizarea acesteia încearcă să înlăture posibilitatea utilizării mecanismelor parlamentare

³⁸ Monitorul Jurnal Oficial al Principatelor Unite Române, nr. 113 din 20 mai/ 1 iunie 1864, p. 519. Pentru „*Noua Constituție a Principatelor-Unite*”, G. Alexianu, *Curs de drept constituțional*, vol. I, Ed. Casei Școalelor, București, 1930, p. 434- 441, care amintește refuzul Comisie Centrale de a aproba prima inițiativă de modificare a legii electorale, cu argumentul că Adunările sunt alese pentru 7 ani, iar modificarea legii electorale ar însemna dizolvarea acestora. La rândul său, Mihail Kogălniceanu, pentru a demonstra modul nedrept în care era aleasă reprezentanța națională, menționa (Monitorul Oficial al Moldovei din 16 martie 1860) că deputatul de Ismail este ales cu un singur vot pentru că acolo colegiul proprietarilor primari era format dintr-un singur delegat.

împotriva funcționării normale a statului. Domnul are singur inițiativă legislativă (art. 3), care pregătește legile cu concursul Consiliului de Stat (organ nou înființat, prin L. din 11 februarie 1864, care înlocuia Comisia Centrală de la Focșani). Legile sunt supuse votului Adunării electivă și Corpului Ponderator.

Deputații din Adunarea electivă sunt aleși prin scrutin de două grade: de alegători care votează direct și de alegători care votează indirect. Sunt alegători direcți cei care au un venit anual de 100 de galbeni și plătesc un impozit de 4 galbeni. Dreptul de vot se exercită de la vârsta de 25 de ani. Sunt scutiți de cens și pot vota ca alegători direcți, dacă îndeplinesc celelalte condiții impuse, preoții, profesorii, doctorii, inginerii, arhitecții, licențiații. Legea impune norme speciale pentru incompatibilități, nedemnități și incapacități, prevede procedura alcătuirii listelor electorale și a rezolvării contestațiilor, instituind un veritabil contencios electoral, care ajunge până la Înalta Curte de Casație. Pentru a avea dreptul de a fi ales deputat, trebuie îndeplinite mai multe condiții: a. să fie român din naștere sau să fi dobândit marea naturalizare; b. vârsta de 30 de ani; c. să fie alegător și să plătească un cens de eligibilitate (stabilit provizoriu la un venit de 200 galbeni, cu anumite scutiri). Alegătorii indirecti își exprimă votul lor în mod colectiv, prin desemnarea unui alegător direct (50 de alegători indirecti desemnează prin vot „pe față” 1 alegător direct).

Statutul menține prerogativele Șefului Statului stabilite de Convenția de la Paris, adăugând altele care îi sporesc autoritatea: dreptul de a numi anual Președintele Adunării, dintre membrii acesteia (art. 4); dreptul de a numi pe cei 64 de membri ai Corpului Ponderator, după o formulă care include recunoașterea și protejarea intereselor locale (dintre membrii Consiliilor generale ale județelor este ales câte unul din fiecare județ), și

persoane „recomandabile prin meritul și experiența lor”; dreptul de a numi unul dintre vicepreședinții Corpului Ponderator (art. 11, textul inițial propunea numirea ambilor vicepreședinți de către Domn); dreptul de a governa prin decrete-legi, în conformitate cu art. 18 care prevede că decretetele elaborate de Domn, după propunerea Consiliului de Miniștri și avizul Consiliului de Stat, până la convocarea noilor Adunări, au putere de lege³⁹.

Rolul legislativ al Corpului Ponderator este foarte important, având un veritabil control al constituționalității legilor, asemănător celui exercitat de Senatul francez. Proiectele de legi votate de Adunarea electivă, cu excepția bugetului, sunt supuse controlului Corpului Ponderator, din punct de vedere al compatibilității lor cu dispozițiile „constitutive ale noii organizațiuni” (art. 13 din Statut). Proiectele votate de Adunarea electivă și supuse aprobării Corpului Ponderator, pot fi: a. adoptate așa cum au fost votate de Adunare; b. amendate; c. respinse. În primul caz, proiectul este supus sancțiunii Domnului. Dacă proiectului i se aduc amendamente, el se întoarce la Adunare. În ipoteza în care aceasta votează amendamentele Corpului Ponderator, proiectul este supus sancțiunii Domnului. Dacă Adunarea respinge amendamentele, proiectul se trimite Consiliului de Stat. Proiectul astfel revăzut poate fi prezentat de guvern din nou Adunării electivă, în sesiunea curentă sau în alta viitoare. În ipoteza în care proiectul de lege a fost respins

³⁹ G. Alexianu, *Curs de drept constituțional*, vol. I, Ed. Casei Școalelor, București, 1930, p. 440, care menționa că „pe baza acestei dispoziții a Statutului, Cuza reușește să înfăptuiască, în scurt interval, întreaga reorganizare a statului, refuzată timp de atâția ani de sterilitatea luptelor de partid și reaua voință a Parlamentelor reacționare”; Sorin Liviu Damean (coord), *Evoluția instituțiilor politice ale statului român din 1859 până astăzi*, Ed. Cetatea de Scaun, Târgoviște, 2014, pp. 19-22.

în întregime de Senat, se trimite Consiliului de Stat și nu poate fi readus în dezbateri decât în sesiunea a doua (art. 14 din Statut).

V. Proiectul legislativ al domnitorului Alexandru Ioan Cuza

La sfârșitul anului 1864 s-au deschis Corpul ponderator și Adunarea electivă nou aleasă, a cărei compoziție socială demonstra rolul important al evenimentelor din luna mai în lărgirea drepturilor politice. Corpurile legiuitoare și-au început activitatea la 6/18 decembrie, ascultând lectura mesajului domnesc: *„Prin plebiscitul din 10-14 mai, națiunea mi-a încredințat puteri excepționale. Astăzi, dar, mă socotesc dator a vă da seamă de întrebuințarea cea am făcut cu aceste puteri”*, menționa domnitorul. Mesajul tronului cuprinde circumstanțele care au justificat actul de la 2 mai 1864, o prezentare rezumativă a guvernării, în special în „cele din urmă cinci luni ale unei administrațiuni liniștite, tari și respectate”, precum și proiecte care așteaptă să fie împlinite⁴⁰. Domnitorul amintește că *„în toată România”* consiliile comunale și cele județene funcționează, iar guvernul pornit *„pe calea descentralizării”* va păstra numai *„acele attribute inerente”* unui guvern central. Egalitatea cultelor și libertatea conștiinței au primit *„noi închezășuri”*, Biserica ortodoxă a înființat *„Sinodul central pentru toată România”*. Legea instrucțiunii publice introduce un larg sistem de învățământ

⁴⁰ Gh. Buzatu (coord.), *Discursuri și dezbateri parlamentare 1864-2004*, Ed. Mica Valahie, București, 2006, pct. 1. București, 6/ 18 decembrie 1864 – Dezbaterile Senatului și Adunării Elective. Deschiderea sesiunii din 1864- 1865: Mesajul Tronului, semnat de Domnul României, Alexandru Ioan Cuza, precum și de M. Kogălniceanu, N. Cretzulescu, L. Stege, N. R. Bălănescu, nr. 1762/ 6 decembrie 1864, susținut în ședința comună a Camerelor de către Alexandru Ioan Cuza, pp.61-70.

pentru toate clasele societății, cu învățământ primar gratuit, fiecare „oraș, orașel sau sat” urmând să aibă școala sa. Sistemul metric este obligatoriu pentru toată țara. Legea exproprierii pentru cauză de utilitate publică „*va activa puternic lucrările publice*”. Camere de comerț vor fi înființate „*în toate orașele principale ale României*”. Ministerul finanțelor a organizat mai multe servicii de specialitate, iar Casa de Consemnațiuni va face „*producătoare fondurile de depozite și de cauțiuni*”. Armata are o nouă lege de recrutare și de organizare. Agricultură este considerată „*singurul și puternicul izvor al avuției noastre naționale*”, sunt amintite „*bazele anormale*” ale proprietății funciare și Legea rurală de la 14 august 1864, iar „*despăgubirea cuvenită proprietarilor*” se va plăti la termen și în quantumul legal, fiind considerată „*o datorie națională*”. Se impune „*deschiderea căilor de comunicațiune*”, crearea căilor ferate, construirea șoselelor, poduri de fier peste râuri, înființarea „*unui port pe Marea neagră*”.

Cuza amintește de „starea de pierdere” în care „luptele de partid și visurile unor ambițioși aduseseră țara” cu un an înainte, de misiunea celor două Camere de „a consolida statul român” și de „a întări bazele și trăinicia instituțiilor constituționale”. Domnul le solicită sprijinul pentru desăvârșirea operei de organizare a statului și încheie emoționant: „*după ce pentru un minut, spre a salva națiunea și societatea românească, am fost nevoit a mă pune mai presus de lege, eu astăzi mă aflu în fericita pozițiune de a pune în aplicare noile instituții ale României*”.

La 11 februarie 1866, din cauza unor tensiuni interne prelungite, principele Cuza este silit să abdice. Pe un alt plan, pentru literatura română, se consemnase recent debutul lui Mihai Eminescu cu poezia „*La moartea lui Arune Pumnul*”, semnată M. Eminovici, în culegerea omagială a elevilor închinată profesorilor și intitulată „*Lăcrimioarele învățăceilor gimnăziaști*”

den Cernăuți la mormântul prea iubitului lor profesoriu Arune pumnul repausat într-a 12/24 ianuarie 1866”, la Cernăuți. În poezia românească, Luceafărul își începea misiunea. În politica națională, Domnul Unirii și al Reformelor, își încheia opera. Mesajul său pentru deschiderea sesiunii parlamentare 1865-1866, citit la 5 decembrie 1865, cu două luni înaintea abdicării, anunța oficial intenția de a părăsi tronul: „În Alexandru Ioan I, Domn al Românilor, Români vor găsi totdeauna pe colonelul Cuza, care declara Puterilor Garante că el primește îndoita alegere numai ca un depozit sacru”⁴¹.

Într-o domnie de numai șapte ani, printr-o extraordinară voință politică, completată de o deosebită clarviziune asupra nevoilor societății românești, Cuza a reușit să pună bazele constituționale și economice ale României moderne. Asemănat cu Bismarck sau Carvour, care în alt context istoric, au pus bazele statelor german, respectiv, italian⁴², principele Cuza este cel care a adus prima unificare legislativă modernă în spațiul juridic românesc, folosind admirabil forța de convingere a dreptului în modernizarea societății. Legile adoptate sub domnia sa, principiile și soluțiile juridice impuse, constituie temelia sistemului dreptului românesc modern, multe în vigoare în Vechiul Regat în anul 1918 și, ulterior, aplicabile încă multă vreme în România Mare.

⁴¹ Pentru momentul abdicării, Titu Maiorescu, *Istoria contemporană a României (1866-1900)*, Ed. Universității Titu Maiorescu, București, 2002, pp. 6-9.

⁴² Gheorghe Iacob, *România în epoca modernizării*, op. cit., p. 67.

VI. Adoptarea marilor coduri românești

Pentru sistemul juridic național au avut o importanță cardinală elaborarea și adoptarea marilor coduri: Codul civil, Codul de procedură civilă, Codul penal și Codul de procedură penală⁴³. Primul Cod civil român a fost elaborat și pus în aplicare în timpul domniei lui Alexandu Ioan Cuza, care la 17 iulie 1862 instituie o comisie de specialiști ce elaborează un proiect de Cod civil român, după modelul Codului civil francez, după la Adunarea legislativă la sfârșitul anului 1863⁴⁴, fără a ajunge să fie adoptat. După 2 mai 1864, Domnul invită Consiliul de stat să întocmească un Cod civil, cu recomandarea de a lua ca model Codul civil italian al lui Pisanelli⁴⁵. Pornind de la proiectul existent și având ca model principal Codul civil francez (contrar recomandării

⁴³ *Istoria dreptului românesc*, vol. II, Partea a doua, responsabili de volum: Dumitru Firoiu, Liviu P. Marcu, Ed. Academiei R.S.R., București, 1987, Cartea I, Titlul I, Cap. III. Structura și izvoarele dreptului, pp. 42-62.

⁴⁴ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil roman în comparative cu legile vechi și cu principalele legislații străine*, vol. I, Tipografia Națională, Iași, 1900, p. 22-29; P. Cosmovici (coord.), *Tratat de drept civil*, vol. I. Partea generală, Ed. Academiei, București, 1989, p. 31-44; Ion Dogaru, Sevastian Cercel, *Drept civil. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 10-12. Pentru textul Codului civil de la 1864, a se vedea și C. Christescu, *Codicele civil adnotat cu jurisprudența română urmat de un table indicative pe articole de hotărârile pronunțate asupra vechilor legiuiri Caragea și Calimach și asupra Regulamentelor Organice ale Munteniei și Moldovei*, București, Tipo-Litografia Ed. Wiegand & Săvoiu, Covaci, 1894.

⁴⁵ Președintele Consiliului de stat, Constantin Bosianu, împarte materia între membrii Consiliului la 10 octombrie 1864, fără a se fi lucrat în prealabil în plen, astfel: I. Strat și Al. Papadopol-Calimach primesc titlul preliminar, cartea I, cartea II, privilegiile, ipotecile și expropriațiunea; Gh. Vernescu – succesiunile, donațiile, testamentele, obligațiile convenționale și angajamentele fără convenții; Al. Crețescu, Gh. Apostoleanu – contractul de căsătorie, vânzarea, schimbul, locațiunea, societatea, împrumutul, depozitul, sechestrul, contractile aleatorii, mandatul, cautiunea, tranzacția, constrângerea corporală în materie civilă, zălogul, prescripția

domnului), membrii comisiei au finalizat proiectul în mai puțin de șase săptămâni. La 26 noiembrie 1864 Codul civil a fost sancționat de Cuza, la 4 decembrie a fost promulgat și imediat a început publicarea sa în Monitorul Oficial. În graba cu care s-a lucrat s-au strecurat numeroase erori la copierea manuscrisului și la tipărire, așa încât Codul este publicat în aprilie 1865 într-o a doua ediție oficială, care va fi împărțită imediat instanțelor judecătorești și privită ca ediția autentică a Codului civil. Termenul inițial de punere în aplicare este 1 iulie 1865, dar întrucât Codul de procedură civilă și Legea de organizare judecătorească, necesare pentru aplicarea sa, nu fuseseră promulgate, se amână la 1 decembrie 1865.

Spre deosebire de legea franceză din 21 martie 1804 care abrogă expres toate normele juridice anterioare, Codul civil român prevede în art. 1912: „Codicii domnilor Calimach și Caragea și orice alte legii civile anterioare, ordonanțele domnești și instrucțiunile ministeriale din ambele Principatele Unite sunt abrogate, *în tot ce nu este conform regulilor prescrise în prezentul Codice*” (s.n. – C.S.). Se accepta aplicarea legilor și cutumelor anterioare care nu contraziceau dispozițiile sale, o soluție juridică importantă. În timp au apărut mai multe ediții particulare ale Codului civil, bine primite de practicieni, precum: Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoleon, de Constantin Nacu (București, fără an) ori Codul civil adnotat, de Constantin Hamangiu în colaborare cu Nicolae Georgean (nouă volume, București, 1925-1934).

În doctrină se apreciază cu temei că *momentul Codului civil* este crucial pentru dezvoltarea științei dreptului civil român. El impune o jurisprudență unitară, apar periodice și reviste juridice, iar doctrina

reacționează și aduce lucrări de referință ale unor iluștrii juriști⁴⁶. De amintit că, de pe poziții junimiste, critica cea mai aspră adusă acestui cod, a fost aceea că era o lege importantă din care lipsea spiritul românesc, pentru că nu ar fi avut nimic comun cu realitățile vieții românești și împiedica evoluția firească a vechiului nostru drept. Se consideră că împrejurarea că nu a reglementat problema delicată a proprietății moșnenești, a provocat grave și interminabile conflicte, mai ales la începutul punerii sale în aplicare, soldate cu păgubirea moșnenilor. Criticile au fost combătute în timp de alți autori, dar răspunsul cel mai temeinic l-a dat timpul, prin îndelungata și buna aplicare a Codului civil⁴⁷: a fost în vigoare, cu modificări inerente, 146 de ani.

Codul civil român este împărțit în cărți și acestea în titluri, fiecare titlu având ca obiect o materie specială. Astfel, într-un titlu preliminar (art. 1-5) se tratează „despre efectele și aplicarea legii în general”, cartea I „Despre persoane”, art. 6-460, are 11 titluri (în prezent, abrogate), cartea II „Despre

⁴⁶ Constantin Nacu, *Drept civil român* (8 volume, 1901-1903); Matei B Cantacuzino (profesor la Universitatea din Iași) *Elementele dreptului civil* (1922); Constantin Hamangiu (consilier la Înalta Curte de Casație și Justiție), I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român* (3 volume, 1928). Un loc aparte îl are Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român* (11 volume) - născut la Iași la 1 octombrie 1850, obține bacalaureatul în litere la Sorbona în august 1870, studiază medicina și declamația, se înscrie la drept la Nancy și finalizează studiile la Paris; în 1870 este voluntar în războiul franco-german în „Légion des amis de la France” sub comanda generalului belgian Van der Mer; în 1875 revine în țară, este numit, pe rând, procuror, judecător de instrucție și prim-procuror; 1891-1892 este secretar general al Ministrului Justiției, ministru fiind Gh. Vernescu; 1 noiembrie 1892- 9 februarie 1925 este neîntreput profesor de drept civil la Universitatea din Iași; ocupă diferite demnități în magistratură și viața academică; deputat și senator de Iași; colaborează cu mai toate revistele de drept din țară, fiind și director al unora, și lasă o operă juridică monumentală.

⁴⁷ Andrei Rădulescu, *Izvoarele dreptului civil. Întocmirea Codului civil*, în Pagini din istoria dreptului românesc, 1970, pp. 179-188; Mircea Duțu, *Știința dreptului și cultura juridică în România*, Ed. Academiei Române, București, 2018, pp. 42-43; Andrei Rădulescu, *Moșnenii, în Pagini inedite din istoria dreptului vechi românesc*, 1991, pp. 56-76

bunuri și despre diferitele modifi cațiuni ale proprietății”, art. 461-643, are 4 titluri, cartea III „Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea”, art. 644-1910, are 20 titluri și, în fine, „dispoziții generale” art. 1912-1914, în total 1914 articole, față de 2281, cât are modelul său francez.

Chiar dacă această împărțire este criticabilă (pentru amploarea părții a treia față de celelalte două, spre exemplu), este explicabilă tradițional, pentru că este preluată structura *Institutelor* lui Iustinian (ce reproduce structura operei lui Gaius - numit adesea de Iustinian *Gaius noster* - care a înlocuit tratarea cazuistică a dreptului roman, cu una sistematică, tripartită, privind persoanele, bunurile, și acțiunile). S-a subliniat că în Codul civil român, ca și în modelul său francez, *individul este luat ca bază a dreptului*, urmărindu-se protejarea lui prin asigurarea protejării persoanei, prin asigurarea egalității juridice a tuturor în fața legii, dar și prin protecția proprietății private⁴⁸.

La rândul său, Codul penal a fost promulgat și publicat la 30 octombrie 1864 și pus în aplicare la 1 mai 1865, a suferit în cursul timpului mai multe modificări – prin legile de la 17 februarie/1 martie 1874, de la 21 februarie/5 martie 1882, de la 28 mai/9 iunie 1893, de la 15/27 februarie 1894 și de la

⁴⁸ P. Cosmovici, cordonator, *Tratat de drept civil*, p. 34. Codul civil a suferit în timp numeroase modificări, determinate, în principal, de schimbările relațiilor sociale, au existat numeroase discuții și inițiative privind un nou cod. În septembrie 2004 Senatul României a adoptat un proiect de lege privind Codul civil, ce a fost înaintat Camerei Deputaților (considerată cameră decizională potrivit art. 75 din Constituție). Pentru expunerea de motive a acestui proiect, care nu a fost finalizat, a se vedea Curierul Judiciar nr. 3/2004, p. 121-133. Pentru analiza comparativă a diferitelor instituții din proiect și din Codul civil de la 1864, precum și pentru critica anumitor propuneri, a se vedea *Revista de Științe Juridice* nr. 1/2006. Codul civil din 1864 este abrogat prin art. 230 lit. a din Legea nr 71/ 2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/ 2009 privind Codul civil, care a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011; Marian Nicolae, *Elaborarea Noului Cod civil*, în *Codex iuris civilis*, tomul 1. Noul Cod civil. Ediție critică, pp. XXIV-CII.

4/16 mai 1895 – și a fost în vigoare până la 1 ianuarie 1937. Înaintea acestui cod, în Moldova se aplica Codul penal din anul 1826, iar în Muntenia Codica Criminală, lucrată de divanul obștesc sub Barbu Știrbei în perioada 1850-1853 (în vigoare, cu modificările suferite în timp, până în anul 1865, când a fost abrogată de art. 398 din Codul penal). Acest cod a avut ca izvoare Codul penal francez din 1810 și Codul penal prusian din 1851, fiind unul din actele normative importante ale reformei legislative inițiate de domn. Conține numeroase soluții juridice moderne, ceea ce demonstra încercarea redactorilor săi de a orienta societatea acelor timpuri către un nou sistem de valori. Este alcătuit din patru părți fundamentale – „Dispozițiuni preliminare” și trei cărți: Cartea I „Despre pedepse și efectele lor”, Cartea a II-a „Despre crime și delicate în specie și despre pedepsele lor”, Cartea a III-a „Contravențiuni polițienești și pedepsele lor”⁴⁹. Codul penal consacra principiul legalității pedepselor (art. 2), iar în ceea ce privește calificarea faptelor penale, se luau în considerare și alți factori: modul în care au fost comise, numărul participanților. Cu privire la responsabilitatea penală, se stabilea că până la vârsta de 8 ani se aplică o prezumție absolută de iresponsabilitate, între 8- 16 ani se aplică o prezumție relativă de iresponsabilitate, între 16-20 de ani se aplică o pedeapsă mai ușoară, iar răspunderea deplină apare de la vârsta de 20 de ani. În materia pedepselor, spre deosebire de legea franceză, Codul penal roman a înlăturat pedeapsa cu moartea. De asemenea, nu erau prevăzute pedepsele corporale sau confiscarea averii.

⁴⁹ *Codul penal al lui Alexandru Ioan Cuza*, Ed. Bukrek, Cernăuți, 2017, cu o prezentare a codului semnată de Tudorel Toader și Sergiy Nezhurbida, pp. 13-18.

Codul de procedură civilă a fost elaborat și a intrat în vigoare concomitent cu Codul civil. Proiectul codului a fost întocmit de V. Boerescu și Al. Crețianu și a fost depus la Consiliul de stat în mai 1865. A votat de Adunarea electivă în ședința din 21 iunie/2 iunie 1865 și de Corpul ponderator la 28 mai/9 iunie 1865. A fost decretat la 9/21 septembrie 1865, fiind pus în aplicare la 1/13 decembrie 1865⁵⁰. A avut ca izvoare dreptul procesual al Cantonului Geneva din 1819, Codul de procedură civilă francez din 1806, unele dispoziții din legea belgiană⁵¹ cu privire la executarea silită și unele norme din vechile noastre legiuiri. Codul are șapte cărți: procedura înaintea judecătorului de plasă, tribunalele de județ, curțile de apel, arbitru, executarea silită, proceduri speciale, dispoziții generale. Din lipsa personalului dispozițiile referitoare la judecătorii de plasă nu au fost puse în aplicare, iar competența a fost atribuită subprefecților. Procesul parcurgea o dublă judecată în fond (la prima instanță și instanța de apel) și o judecată în recurs.

Codul de procedură penală – oficial Codul de procedură criminală - a fost promulgat la 2/14 decembrie 1864 și pus în aplicare la 30 aprilie/ 12 mai 1865, avea ca izvoare Codul francez de instrucție criminală din 1808. În cele 603 articole, cuprindea: Dispoziții preliminare, Cartea I (art. 13-138) – Despre poliția judiciară și ofițerii de poliție care o exercită, Cartea a II-a (art. 139-603) – Despre judecată (tribunale polițienești și corecționale, cauzele care trebuie supuse juraților, recursul, proceduri particulare, regulamente de competență, recuzări, închisori, prescripții etc.). Delictele erau de competența

⁵⁰ G. N. Nedelcu, *Textul autentic al Codului civil*, București, 1904, p. 18, n. 1; G. G. Tocilescu, *Explicația noului Cod de procedură civilă*, vol. I, partea a II-a, București, 1900, p. 15.

⁵¹ Andrei Rădulescu, *Pagini din istoria dreptului românesc*, 1970, *Influența belgiană asupra dreptului român*, pp. 188- 209; Elena Tereza Chilom, op. cit., pp. 202-203.

tribunalelor, iar crimele de competența curților cu juri, care erau formate dintr-un complet de judecători și dintr-un juriu compus din cetățeni. Jurații răspundeau prin „da” sau „nu” la două întrebări esențiale: dacă persoana judecată era sau nu vinovată și dacă merita sau nu circumstanțe atenuante (în ipoteza în care era vinovată). Hotărârea lor – verdictul – nu trebuia motivată și determina fie încadrarea juridică a faptei și individualizarea pedepsei penale, fie achitarea persoanei judecate.

În materie comercială se consemnează o unificare legislativă a celor două Principate prin „extinderea legislației”. Legea promulgată la 10/22 decembrie 1863 pentru „punerea în lucrare în toată România” a Condicii comerciale a Țării Românești, desființarea Curții apelative de comerț din București și trecerea competenței acesteia la Curțile de apel civile a fost una dintre măsurile importante de unificare legislativă adoptate de Alexandru Ioan Cuza⁵².

Referitor la organizarea judecătorească, Legea din 4 iulie 1864, institua următoarele instanțe: judecătoria de plasă, tribunalele județene, curțile de apel, curțile cu juri, în materie criminală, și Înalta Curte de Casație și Justiție. Pentru organizarea instanței supreme, pornind de la dispozițiile art. 38- 41 din Convenția de la Paris, mai întâi, Comisia Centrală de la Focșani a elaborat și publicat, în sesiunea din 1859, Proiectul de legiuire pentru înființarea unei Curți de Casație și de Justiție pentru Principatele Unite ale României, iar în februarie 1860 acesta a fost transmis Adunărilor legiuitoare din cele două principate. Proiectul legii a fost votat prin L. din 6 iulie 1860 la Iași, respectiv, L. din 19 iulie 1860 la București. La rândul său, Cuza a

⁵² Codul comercial român va fi adoptat sub Carol I, fiind promulgat la 10/ 22 mai 1887 și pus în aplicare la 1/ 13 septembrie același an.

sanționat și promulgat prin Decretul domnesc nr. 1 din 12 ianuarie 1861, dat la Iași, Legea pentru înființarea Curții de Casație și Justiție. Acesta a fost publicat în Monitorul Oficial al Țării Românești nr. 18 din 24 ianuarie (folosind alfabetul latin), precum și în Monitorul Oficial al Moldovei nr. 88 din 29 ianuarie (folosind alfabetul chirilic), fiind contrasemnate de doi moldoveni, Manolache Kostache, prim-ministrul de la București, și Mihail Kogălniceanu, de la Iași⁵³.

Referitor la Curtea de Conturi, anterior Unirii din 1859, în Țara Românească și în Moldova existaseră „ministere de control” subordonate puterii executive. Comisia Centrală de la Focșani caută soluții pentru constituirea unei instituții specifice unui stat modernă și susține din iunie 1859 ideea întemeierii unei curți distincte cu atribuții de control financiar. Legea pentru înființarea Curții de Conturi este votată de Adunarea electorală la 8/20 ianuarie 1864 și promulgată de domn la 24 ianuarie/ 5 februarie 1864, fiind contrasemnată de M. Kogălniceanu, Președintele Consiliului Miniștrilor, și A. P. Ilarian, Ministrul Secretar de Stat la Departamentul Justiției⁵⁴.

⁵³ Mircea Duțu, *Istoria Înaltei Curți de Casație și Justiție a României*, ediția a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2002, pp. 52-58, care explică de ce legea a fost aplicată după aproape un an, când prin Înaltul Decret Domnesc nr. 82 din 11 februarie 1862 s-au făcut numirile membrilor Curții și ai Parchetului de pe lângă aceasta, după constituirea primului guvern unitar, la 23 ianuarie 1862, și proclamarea oficială, la 24 ianuarie 1862, a unirii depline și definitive a statului român; Andrei Rădulescu, *Cercetări privitoare la înființarea Curții de Casație în România*, Academia Română, Memoriile secțiunii istorice, seria III, tomul XIV, mem. 8, Imprimeria Națională, București, 1933, care arată, printre altele, disputele cu privire la stabilirea sediului Curții de Casație, „chestia locului unde să funcționeze”, pp. 43-47.

⁵⁴ Monitorul Oficial al principatelor Unite Române, vineri 24 ianuarie/ 5 februarie 1864, nr. 18, p. 1; Bogdan Murgescu, *Studiu introductiv, în Curtea de Conturi a României 1864-2004. Culegere de documente*, București, 2004, pp. 9-17. Lucrarea conține „Protocol al Comisiei Centrale de la Focșani privind propunerea întemeierii unei Curți de Control a Principatelor Unite (12 iunie 1859), p. 19, „Dezbaterea Adunării Deputaților cu privire la proiectul de lege

Cuza a construit planuri ambițioase de înzestrare a noului stat cu instituții moderne și a acordat o atenție deosebită sistemului juridic, pe care l-a organizat în conformitate cu nevoile unui stat european. Din complexul de reforme înfăptuit în timpul domniei sale trebuie amintite⁵⁵: legea rurală, legea comunală, legea consiliilor județene, legea contabilității publice, legea Consiliului de Stat, legea Camerelor de Comerț, legea introducerii sistemului de măsuri și greutate metrică, legile bisericești, legea privind exproprierea pentru cauze de utilitate publică, legea pensiilor.

VII. Constituția din 1866 și consolidarea dreptului român în deceniile următoare

Programul de modernizare a celor două țări românești inițiat în urma Tratatului de la Paris din 1856 și afirmat prin vocea Divanurilor ad-hoc din 1857 avea câteva principii fundamentale, care urmau să fie puse în operă treptat: a. unirea – înfăptuită la 24 ianuarie 1859 și desăvârșită instituțional la 24 ianuarie 1862; b. autonomia internă – afirmată în mai 1864; c. principele străin; d. instituirea regimului constituțional. În timpul domniei lui Alexandru Ioan Cuza fuseseră îndeplinite primele două deziderate, iar după 11 februarie 1866 se deschidea drumul pentru înfăptuirea celorlalte două.

pentru înființarea Curții de Conturi (4/16 ianuarie 1864), pp. 20-31, textul Legii pentru înființarea Curții de Conturi, pp. 32-37.

⁵⁵ Pentru politica economică promovată de Cuza și dificultățile perioadei respective, Apostol Stan, *Independența României. Detașarea de piața otomană și ratașarea de Europa 1774-1875*, Ed. Albatros, București, 1988, în special, *IV. Liberalismul economic sub Cuza Vodă*, pp. 115-156. În octombrie 1860 a fost înființată Universitatea din Iași, cea mai veche universitate modernă din România, iar în iulie 1864, Universitatea din București.

Cu ample eforturi diplomatice, într-o conjunctură politică complicată, este convins Carol-Ludovic de Hohenzollern-Sigmaringen, care era fiul principelui Carol Anton de Hohenzollern-Sigmaringen și urma să împlinească în curând vârsta de 27 de ani, să accepte tronul României. Locotenența domnească a organizat un plebiscit – între 2/14 – 8/20 aprilie 1866-, care urma să exprime voința națiunii române privind înscăunarea tânărului principe pe tronul ereditar al țării, sub numele de Carol I⁵⁶. S-au exprimat 685. 969 de voturi *pentru*, 224 de voturi *contra* și 124.837 de *abțineri*, ceea ce înseamnă că aproape 85% din voturile exprimate au fost în favoarea instaurării dinastiei străine. La 10/22 mai 1866 domnitorul a depus jurământul în fața reprezentanților națiunii, declarând că devenise român o dată cu pășirea pe pământul noii sale patrii⁵⁷.

La 28 aprilie/10 mai 1866 își deschidea lucrările noua Adunare de la București, care urma să dezbată și să adopte proiectul de Constituție elaborat de Consiliul de Miniștri. După aproape două luni de dezbateri, Constituția a fost votată la 29 iunie/11 iulie 1866, cu unanimitatea celor 91 de voturi exprimate. În ziua următoare, domnitorul o sancționa și depunea jurământul

⁵⁶ D. A. Sturdza, *Autoritatea faptului îndeplinit executat în 1866 de cei îndreptățiți*, în *Analele Academiei Române. Memoriile Secțiunii Istorice*, s. II, t. XXXIV (1911- 1912), București, 1912, p. 818.

⁵⁷ Pentru preluarea domniei de către principele Carol I, *Istoria Românilor*, vol. VII, tom. I, pp. 553-560; Titu Maiorescu, *Istoria contemporană a României*, pp. 9-15; Keith Hitchins, *România 1866-1947*, ediția a III-a revăzută și adăugită, Ed. Humanitas, București, 2003, pp. 25-30; Nicolae Vâlvoi, *Problema prințului străin în istoria românilor (De la geneză până la înfăptuire)*, Ed. Sitech, Craiova, 2015, pp. 94-104.

pe noua Constituție a țării, care era publicată în Monitorul Oficial din 1/13 iulie 1866 și intra în vigoare imediat⁵⁸.

Își găseau consacarea constituțională o serie de principii care se vor afla la baza statului și dreptului românesc: principiul suveranității naționale (puterea emana de la națiune), principiul guvernării reprezentative, principiul separării puterilor în stat, principiul monarhiei ereditare, principiul irevocabilității monarhului, principiul responsabilității ministeriale, principiul rigidității și supremației Constituției. De asemenea, erau proclamate drepturile publice și libertățile civile înscrise în Declarațiunea drepturilor omului și cetățeanului din 26 august 1789. În titlul al III-lea, Despre puterile statului, era reglementat exercițiul puterilor în stat. Puterea legislativă se exercita colectiv de către Domn și Reprezentanța Națională, formată din Adunarea Deputaților și Senat. Inițiativa legislativă aparține „fiecăreia dintre cele trei ramuri ale puterii legislative”. Membrii Senatului erau, de această dată, aleși, iar acesta nu mai avea controlul constituționalității legilor. Domnitorul avea dreptul de a convoca, a amâna, a deschide, a închide și a dizolva Senatul și Adunarea Deputaților (art. 95).

Puterea executivă aparține domnului, care o exercită prin intermediul miniștrilor, reuniți în Consiliul de Miniștri. Domnitorul avea o serie de drepturi, prevăzute expres: sancționa și promulga legile, având posibilitatea

⁵⁸ „Monitorul Jurnal Oficial al României” nr. 142 din 1/13 iulie 1866; Paul Negulescu, *Constituția României*, în *Enciclopedia României*, vol. I. Statul, București, Imprimeria Națională, 1938, pp. 177-188; I. C. Filitti, *Izvoarele Constituției de la 1866 (Originea democrației române)*, Tipografia ziarului Universul, București, 1934, pp. 3-23; Ioan Scurtu, Ion Bulei, *Democrația la români 1866-1938*, București, Ed. Humanitas, 1990, pp. 9-18; Tudor Drăganu, *Începuturile și dezvoltarea regimului parlamentar în România până în anul 1916*, Ed. Dacia, Cluj- Napoca, 1991, pp. 184-359; Loredana-Maria Ilin-Grozoiu, *Sistemul constituțional românesc*, pp. 210-241.

să refuze sancționarea; numea și revoca miniștrii; avea drept de amnistie „în materie politică”, de iertare și micșorare a pedepselor „în materii criminale”, fără a putea interveni „prin nici un mod în administrația justiției. Era „capul puterii armate”; acorda gradele numai „în conformitate cu legea”; avea dreptul de a încheia diverse convenții cu state străine, cu condiția ca acestea să fie în prealabil „supuse puterii legislative” și să fie aprobate de aceasta. Puterea judecătorească se exercita prin intermediul Curților și tribunalelor. Hotărârile se pronunță în virtutea legii și se execută în numele Domnului. Este interzisă organizarea oricăror „comisiuni sau tribunale extraordinare” (art. 104). S-a creat juriul obligatoriu în toate materiile criminale și delictele politice și de presă (art. 105)⁵⁹.

Două momente importante al istoriei naționale din perioada următoare - cucerirea independenței și proclamarea regatului – vor avea efecte inerente asupra dreptului național. România intra într-o nouă etapă a procesului de afirmare europeană, care pregătea desăvârșirea unificării

⁵⁹ Pentru analiza Constituției din 1866 (izvoare, critici aduse în timp, ș.a.), Mircea Duțu, *Știința dreptului și cultura juridică din România*, 2018, pp. 28-41; N. Iorga, *Istoricul constituției românești, în Constituția din 1923 în dezbaterile contemporanilor*, 1990, pp. 25-53, care susține că la noi a existat o dezvoltare constituțională ignorată de Constituția de la 1866, „făcută de altfel de un excelent croitor, dar deprins să fabrice haine pentru alte corpuri, și am trăit cu trupul nostru deoparte și cu haina străină filfind deasupra lui, fără nici un efect aproape asupra vieții noastre politice decât acela de a introduce o ipocrizie mai mult”; I. C. Filitti, *Izvoarele Constituției de la 1866 (Originile democrației române)*, Tipografia ziarului Universul, București, 1934, care subliniază că legea fundamentală din 1866 nu putea să fie mai puțin liberală „pentru că nu se putea merge împotriva unui curent vechi atunci de aproape o jumătate de veac” (p. 22); C. C. Angelescu, *Izvoarele Constituției române de la 1866*, București, 1926, care sublinia că în raportul primului ministru Ion Ghica se menționa că în elaborarea proiectului s-a avut în vedere și „convenția de la 1858, care este bazată pe principiile binefăcătoare ale revoluției franceze din 1789, și constituția regatului Belgiei” (pp. 11-2); A. Rădulescu, *Influența belgiană asupra dreptului român*, București, 1931, pp. 14-18.

statale a națiunii române⁶⁰. La mai puțin de două decenii după constituirea statului național, România își cucerea independența, recunoscută de marile puteri, iar dreptul național se consolida.

Prin Tratatul de la Berlin din 1/13 iulie 1878 s-a recunoscut independența României (art. 43-45), dar aceasta trebuia să retrocedeze „porțiunea teritorială a Basarabiei, despărțită de Rusia în urma Tratatului de la Paris din 1856” și, de asemenea, să acorde drepturi civile și politice tuturor locuitorilor, pământeni sau străini, indiferent cărei confesiuni ori comunități religioase aparțineau (se aveau în vedere evreii și musulmanii). Pe de altă parte, se statua reunirea cu România a insulelor Deltei Dunării și a Dobrogei⁶¹. Libertatea navigației pe Dunăre, recunoscută ca fiind de interes european, cunoștea o serie de precizări și reglementări. În acest context s-a pus problema integrării Dobrogei în spațiul juridic românesc, iar prin Legea din 8 iulie 1884 a fost modificată Constituția din 1866, care prin art. 133 prevedea că „Dispozițiile acestei constituții se vor aplica prin legi speciale și în partea României de peste Dunăre”. Carol I sublinia, în *Proclamația adresată populației dobrogene*, că principalul beneficiu al noii apartenențe statale a Dobrogei este intrarea sub suzeranitatea unui stat unde „numai legea desbătută și încuviințată de națiune, hotărăște și ocârmuiește”⁶².

⁶⁰ Sextil Pușcariu, *Răsunetul războiului pentru independență în Ardeal, în Războiul neatârării 1877-1878*, București, 1927, p. 211, care arată credința studenților transilvăneni și bucovineni că din România independentă „în curând se va naște România mare”.

⁶¹ Linia granițelor urma să fie fixată de Comisiunea Europeană instituită pentru delimitarea Bulgariei.

⁶² Monitorul Oficial nr. 225 din 1878, pp. 7161- 2; *Cuvântările regelui Carol I 1866-1914*, vol. I (1866- 1886), ediție îngrijită de Constantin C. Giurescu, Fundația pentru Literatură și Artă „Regele Carol II”, București, 1939, nr. 349, pp. 296-298; *Proclamațiunea Alteței Sale Carol I adresată poporațiunii dobrogene*, Brăila, 14 noiembrie 1878, în vol. „Tre-Deci de ani de

Într-o primă etapă, pentru integrarea provinciei în statul român independent, organizarea administrativă și judecătorească s-a realizat pe calea unor regulamente guvernamentale, având în vedere particularitățile istorice și realitățile socio-demografice ale provinciei⁶³. În Monitorul Oficial nr. 254 din 15 noiembrie 1878 a fost publicat Regulamentul pentru împărțirea și organizarea administrativă a Dobrogei, care dezvolta *regimul regulamentar* al provinciei.

Din punct de vedere administrativ, existau trei județe, împărțite în mai multe plăși, alcătuite, la rândul lor, din mai multe comune. Sistemul instanțelor judecătorești includea judecătoriile comunale de pace, tribunalele de ocoale, tribunalele mahomedane și tribunalele de apel. În fiecare comună rurală exista judecătorie de pace, alcătuită din primar (*muchatar*) și doi jurați (*azale* sau *ciorbagii*), aleși pe un an de comunitate dintre notabilii sau bătrânii localității. Când populația era mixtă, musulmanii alegeau un jurat, iar cei nemusulmani altul. În orașul de reședință al fiecărui ocol sau plasă exista tribunal de ocol, compus din judecător (numit de guvern) și doi membri asistenți aleși. În reședința tribunalului de ocol funcționa o *judecătorie mahomedană*, compusă dintr-un hoge și doi membri aleși de obște,

domnie ai Regelui Carol I. Cuvântări și acte”, Ed. Academiei Române, București, 1897, p. 515. În cuvântarea respectivă, în cel de-al XIII-lea an al domniei, Carol I îi anunța pe dobrogenii că provincia lor în curând, „pe cale constituțională, va primi o organizațiune definitivă, care va așeza pe temelii statornice pozițiunea voastră cetățenească”.

⁶³ *Istoria Românilor*, vol. VII, tom. II, *De la independență la Marea Unire (1878-1918)*, Gheorghe Platon (coord.), *Integrarea Dobrogei*, pp. 36-44; Mircea Duțu, *Știința dreptului și cultura juridică în România, Integrarea Dobrogei în spațiul juridico-statal românesc*, pp. 43-50; Adrian Rădulescu, Ion Bitoleanu, *Istoria românilor dintre Dunăre și Mare. Dobrogea*, ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1979, în special, cap. XIV – Revenirea Dobrogei la România, pp. 269-284, și cap. XV – Dezvoltarea Dobrogei în cadrul național (1878-1918), pp. 285-320.

confirmați de ministrul justiției la recomandarea muftiului. Aceste instanțe judecau toate cauzele dintre mahomedani care priveau familia (căsătorie, divorț, tutelă, minoritate, succesiune legală sau testamentară, puterea părintească și maritală), după legea musulmană. Tribunalele de apel (*done*) aveau sediul în Tulcea și Constanța (Küstengea) și erau alcătuite dintr-un președinte, doi membri, numiți de guvern, și doi membri – unul musulman, altul nemusulman – aleși pe un an de delegații plășilor. Legea pentru organizarea Dobrogei a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 56 din 9/21 martie 1880, iar prin structura și conținutul său avea un veritabil caracter constituțional⁶⁴.

Ca o consecință logică a cuceririi independenței de stat, Parlamentul proclamă România regat la 14/26 martie 1881. Prințul Carol primește pentru sine și pentru urmașii săi, după 15 ani de domnie, titlul de rege al României, iar moștenitorul tronului va purta titlul de prinț de coroană al României. Festivitățile prilejuite de proclamarea Regatului și de încoronarea domnitorului Carol I se vor desfășura la 10/22 mai 1864. Primind coroana de oțel din mâna Președintelui Senatului, Carol I arată semnificația acestei zile în viața poporului român. Regatul consacră 15 ani „de lupte grele, și de fapte mari” în care „*Sub puternicul scut al Constituțiunii, România a crescut, s-a*

⁶⁴ Legea avea 80 de articole, 9 capitole: I. Despre teritoriul Dobrogei (art. 1-2); II. Despre drepturile Dobrogenilor (art. 3- 24); III. Despre administrațiunea Dobrogei (art. 25-35); IV. Despre instituțiile județene și comunale (art. 36-56); V. Despre puterea judecătorească (art. 57-63); VI. Despre finanțe (art. 64- 65); VII. Despre puterea armată (art. 67-68); VIII. Dispozițiuni generale (art. 69-72); IX. Dispozițiuni tranzitorii (art. 73-80). Mihail Kogălniceanu, ministrul de interne, afirma în cadrul dezbaterilor din ședința Senatului din 6/18 martie 1880, că numai din modestie legea nu a fost denumită Constituția Dobrogei; Paul Negulescu, *Curs de drept constituțional*, București, editat de Alex Th. Doicescu, f.a. (cuvânt către cititori semnat septembrie 1927), p. 84.

desvolatat, s-a întărit". Regatul este și „garanția cea mai sigură pentru viitor”⁶⁵. România își consolidează poziția în sistemul relațiilor internaționale, în special în Europa, iar mișcarea de emancipare națională a românilor de peste Carpați este impulsionată din nou.

În perioada următoare, din mesajele regelui adresate Corpurilor legiuitoare, putem să observăm domeniile care îl preocupă și în care „legiferarea va avea să se exercite”. Vor fi menționate în mai multe rânduri, în deschiderea sesiunilor parlamentare, „problemele economice”, dar și „navigația pe Dunăre”, „drumurile de fier”, „învățământul la sate” (Mesaj la deschiderea Corpurilor legiuitoare din 15/27 noiembrie 1881)⁶⁶. Vor fi semnalate, la închiderea sesiunilor parlamentare, domeniile în care au fost adoptate acte normative importante: „s-au stabilit relații economice sigure cu țările cu care nu aveam convențiuni încheiate”, „scăderea impozitului”, „legea învoielilor agricole”, „înființarea caselor de credit agricol”, „reglementarea proprietății în Dobrogea”, „o nouă lege electorală”, „s-a instituit domeniul Coroanei”. În mesajul din 15/27 noiembrie 1886 înfățișează un plan de lucru vast pentru sesiunea parlamentară care se deschide: „convenții comerciale de încheiat”, „căi ferate de făcut”, „punerea la punct a legilor cu caracter economic”, „probleme de rezolvat în legătură cu școala, biserica și armata”.

Pentru a avea tabloul complet al mecanismelor legiferării din perioada respectivă, esențiale pentru evoluția dreptului pozitiv, trebuie să avem în

⁶⁵ Monitorul Oficial nr. 32 din 1881, p. 998; Cuvântările regelui Carol I 1866-1914, vol. I (1866-1886), ediție îngrijită de Constantin C. Giurescu, 1939, pct. 408, p. 365.

⁶⁶ Cuvântările regelui Carol I 1866-1914, vol. I (1866-1886), ediție îngrijită de Constantin C. Giurescu, 1939, pct. 414 (pp. 372-380), pct. 426 (pp. 387-388), nr. 431 (pp. 391-393), pct. 437 (pp. 396-398), pct. 438 (pp. 399-401), pct. 453 (pp. 411-413), pct. 460 (pp. 417-420), pct. 485 (pp. 441-445).

vedere că viața politică din România se desfășura după 1878 în cadrul statornicit după reformele din timpul domniei lui Alexandru Ioan Cuza și adoptarea Constituției din 1866. Partidele politice, pentru că etapa grupărilor politice fusese depășită, erau cele care formau Parlamentul și, prin deținerea puterii, impuneau guvernul, administrația centrală și locală. În practica politică hotărârile importante erau luate, de regulă, de rege și de șefii partidelor guvernante, cu consultarea aderenților apropiați. După formarea partidelor, lunga guvernare liberală (1876-1888) și lunga guvernare a formațiunilor conservatoare (1888-1895), cu rezultate benefice pentru modernizarea țării, au radicalizat scena politică. Sistemul rotativei guvernamentale introdus de Carol I pentru a asigura stabilitatea vieții politice din România, oferea cele două mari partide – Partidul Național Liberal și Partidul Conservator – alternativ guvernarea. Ambele partide susțineau modernizarea țării, însă liberalii doreau o modernizare rapidă cu adoptarea modelului occidental și adaptarea lui la realitățile românești, în timp ce conservatorii doreau ca procesul să se desfășoare de jos în sus, construirea „fondului” înaintea adoptării „formeii”.

O trăsătură specifică modernizării României, observată și în alte țări care au pornit mai târziu pe calea modernizării, o reprezintă intervenționismul statului, care se manifestă și prin actele normative adoptate în aceste decenii⁶⁷. Pot fi amintite: Legea de încurajare a industriei din 1887 (prelungită în anul 1912), Legea minelor din 1895, care au fost determinate pentru

⁶⁷ Gheorghe Iacob, în *Istoria românilor*, vol. II, Dan Berindei, Dorina Rusu (coord.). Ed. Academiei Române, Ed. Univers Enciclopedic Gold, București, 2018, cap. VIII, De la Independență la Marea Unire (1878-1918), Introducere, pp. 157-162. Pentru *Politica petrolului în România până la 1918 și impactul Legii minelor din 1895*, Gheorghe Buzatu, *România și trusturile petroliere internaționale până la 1929*, Ed. Junimea, Iași, 1981, pp. 42-72.

evoluția acestor domenii, în acord cu interesele naționale și cu realitatea resurselor existente. De asemenea, Legea pentru înființarea de edificii și construcțiuni publice din 1882, care a permis, până la Primul Război Mondial, construirea principalelor edificii civile, economice, militare din țară.

VIII. Concluzii

În numeroase lucrări privind istoria modernă a românilor, importante acte politice sunt consemnate în categoria „faptului împlinit”⁶⁸. În seria acestor fapte, a doua jumătate a secolului al XIX-lea ar include: dubla alegere a domnitorului Alexandru Ioan Cuza, opera de consolidare a Unirii Principatelor, secularizarea averilor mănăstirești, lovitura de stat din 2 mai 1864, 11 februarie 1866, aducerea prințului străin, adoptarea Constituției de la 1866, proclamarea Independenței de stat a României. În această perioadă, reformele din cei șapte ani de domnie ai lui Alexandru Ioan Cuza aduc prima unificare legislativă națională și pun bazele constituționale ale României moderne. Înființarea Universității din Iași (26 octombrie/7 noiembrie 1860) și a Universității din București (4/16 iulie 1864), primele două universități moderne din România, a marcat o nouă etapă în învățământul juridic românesc. Ambele aveau în structură facultăți de drept.

Exercițiul legiferării moderne inițiat atunci, având un ritm care a fost uneori criticat, a continuat prin adoptarea Constituției din anul 1866 sau prin măsurile de integrare a Dobrogei în sistemul dreptului românesc. El va fi

⁶⁸ L. Bonciu, *Diplomația europeană și triumful cauzei române (1856-1859)*, Iași, 1978; D. Berindei, *Epoca Unirii*, București, 1979; Gh. Cliveti, *România și Puterile Garante. 1856-1878*, Iași, 1988; Gh. Platon, *Istoria modernă a României*, București, 1985

însoțit treptat de o jurisprudență națională consecventă și creatoare, esențială pentru apărarea drepturilor fundamentale și echilibrul puterilor în stat. În perioada 1859-1918 România construiește și consolidează un sistem de drept modern, supus unor principii fundamentale care se regăseau în întreaga Europă, cu mecanisme și instituții funcționale, fiind deschisă, nu fără riscuri, pentru soluțiile juridice cele mai înaintate ale vremii. În acest sens, pe drumul deschis de generația Unirii Principatelor, Carol I a consolidat în interior forța benefică a dreptului, construind un stat în care „*numai legea desbătută și încuviințată de națiune, hotărăște și ocârmuiește*”, și a urmărit afirmarea României în politica externă pentru asigurarea climatului internațional favorabil pentru dezvoltarea internă. Știința dreptului și cultura juridică aveau în Vechiul Regat, după aproape șase decenii de la Unirea Principatelor, adunată prin tradiție și prin reformă, o zestre importantă, o veritabilă „*stare de drept împlinită*”. După o evoluție politică și economică în contextul internațional cunoscut, în România, în Vechiul Regat, exista la începutul secolului al XX-lea un *sistem de drept deplin înfăptuit* care aștepta cu îndreptățire să fie temelia sistemului juridic al României Mari.

STUDII

INFLUENȚA DREPTULUI ROMAN ASUPRA
SITUAȚIEI PATRIMONIALE A SOȚULUI
SUPRAVIEȚUITOR ÎN MOȘTENIREA LEGALĂ
DIN VECHIUL DREPT FRANCEZ SCRIS

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.4
Data publicării online: 16.03.2021

Alina-Emilia CIORTEA*

Rezumat: În vechiul drept francez scris caracteristic Evului Mediu, reglementările în materie succesorală nu au fost dictate exclusiv de regulile de drept roman, ci au fost influențate și de obiceiurile locale din sudul Franței. Dispozițiile legale se îngrijeau ca situația patrimonială a soțului supraviețuitor (cu precădere în cazul văduvei) să nu sufere o schimbare bruscă a modului de trai ulterior decesului partenerului de viață. Avantajele substanțiale de care beneficia acestora erau acordate preponderent prin intermediul unor manifestări juridice aparent voluntare, dar care aveau în substrat credințe și obiceiuri bine înrădăcinate. Normele moștenirii legale și regulile care guvernau desfacerea regimului matrimonial confereau un ajutor patrimonial, însă erau departe de a fi îndestulătoare.

* Alina-Emilia Ciorcea este proaspăt absolvent al Școlii Doctorale Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” 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.ciorcea@law.ubbcluj.ro.

Cuvinte-cheie: vechiul drept francez scris, drept roman, drept de moștenire, succesiunea ab intestato, soț supraviețuitor, regim matrimonial dotal.

THE INFLUENCE OF ROMAN LAW ON THE
PATRIMONIAL SITUATION OF THE
SURVIVING SPOUSE IN THE INTESTATE
SUCCESSION OF FRENCH WRITTEN LAW

Abstract: In the old French written law characteristic of the Middle Ages, the legal provisions on succession were not dictated exclusively by the rules of Roman law but were also influenced by local customs applicable in the south of France. The legal provisions ensured that the surviving spouse's patrimonial situation (especially in the case of the widow) did not suffer a sudden change of lifestyle after the death of the life partner. The substantial advantages enjoyed by the surviving spouse were mainly granted through seemingly voluntary legal manifestations, but which had well-founded beliefs and customs at the root. The rules of legal inheritance and those governing the dissolution of the matrimonial regime provided patrimonial aid but were far from sufficient.

Keywords: ancient French written law, Roman law, succession right, intestate succession, surviving spouse, dowry matrimonial regime.

Cuprins

I.	Context istoric.....	191
II.	Moștenirea legală – reguli generale.....	193
III.	Situația soțului supraviețuitor din perspectivă succesorală.....	197
IV.	Diverse (alte) avantaje patrimoniale acordate soțului supraviețuitor	200
V.	Regimul dotal	205
VI.	Scurte concluzii	208
VII.	Bibliografie:	210

Prof. Vladimir Hanga și-a dedicat activitatea profesională cercetării istoriei dreptului, punând în scenă dreptul roman ca reper esențial al noției juridice. A oferit studenților săi, tinerilor cercetători și întregului corp profesional al jurisconsultilor o operă valoroasă care a învins efemeritatea vieții sale. Suntem onorați să aducem o contribuție la marcarea centenarului nașterii prof. Vladimir Hanga.

Coerența, abstractizarea și sistematizarea dreptului roman sunt câteva dintre atributele care fundamentează abilitatea acestor normelor de a supraviețui decesului lui Iustinian, ultimul împărat roman. Departe de a se păstra în forma sa inițială, dreptul roman a evoluat în concordanță cu realitățile sociale, fiind șlefuit de diverse regimuri politice, crize economice, războaie și tensiuni la nivelul integrării geopolitice a popoarelor.

În cuprinsul prezentului articol ne propunem să analizăm reglementările legale care dictau soarta patrimonială a soțului supraviețuitor în vechiul drept francez scris, prin prisma raportării la influența pe care dreptul roman a exercitat-o asupra provinciilor din sudul Franței. Astfel, vom putea observa în ce mod normele din dreptul roman clasic și postclasic și-au păstrat actualitatea în Evul Mediu, precum și cum au fost acestea adaptate contextului socio-economic al perioadei respective.

Demersul nostru depășește dimensiunea pur istorică, întrucât suntem de părere că pentru înțelegerea aprofundată a dreptului pozitiv este necesară o examinarea retrospectivă a realității juridice și a factorilor sociali din cuprinsul legislațiilor care au constituit surse de inspirație pentru legiuitorul român și care au influențat regimul succesoral.

Crearea unei imagini complete asupra primei codificări românești de mare amploare, Codul civil a lui Cuza, presupune studierea reglementărilor din vechiul drept francez care, în mod indirect, prin includerea lor în Codul civil Napoleon, au influențat politica legislativă autohtonă din 1864¹.

Cu titlu preliminar, facem mențiunea că alături de dreptul cutumiar aplicabil în nordul Franței², vechiul drept francez mai cunoștea o subdiviziune, cea a dreptului scris, prezentă în partea sudică a țării. Neputând fi ilustrate ca două mulțimi distincte, aceste curente legislative se aseamănă geometric cu cercurile secante, la întâlnirea cărora se găsesc mai multe elemente comune³.

În urmărirea parcursului evolutiv al dreptului roman și a influenței pe care acesta a exercitat-o de-a lungul mai multor secole asupra societății franceze, dorim să analizăm atât regulile de drept succesoral din cadrul

¹ Mircea Dan Bob, *Moștenire legală și familie în Codul civil din 1864*, în Mircea Dan Bob (coord.), *Familie și moștenire în România*, ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 36; Mircea Dan Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și noul Cod civil*, ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 31.

² Pentru detalii cu privire la reglementările devoluțiunii succesoriale legale în vechiul drept francez cutumiar, a se vedea Alina-Emilia Ciortea, *Reglementarea drepturilor de moștenire ale soțului supraviețuitor în vechiul drept francez cutumiar*, în *Studii și cercetări juridice europene – Conferința Internațională a Doctoranzilor în Drept ediția a 12-a*, ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 342 și urm.

³ Ernest Vallier, *Le Fondement du Droit Successoral en Droit Français*, ed. Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1902, p. 9.

moștenirii legale, cât și dispozițiile aparținând altor ramuri de drept care au avut efecte succesoriale asupra situației patrimoniale a soțului supraviețuitor în vechiul drept francez scris⁴.

Regulile succesoriale aplicabile în sudul Franței se apropie în multe privințe de dispozițiile dreptului roman imperial consacrate de Iustinian, dar prezintă unele similarități și cu normele de drept cutumiar care guvernează provinciile din nordul Franței⁵. În esență, cu toate că influența romană a fost predominantă în regiunea sudică a Franței, ar fi eronat să susținem incidența regulilor romane în forma lor pură⁶.

Care au fost factorii care au determinat crearea unui asemenea mozaic legislativ?

După analiza, pe scurt, a contextului istoric în care s-a format dreptul scris (*Secțiunea 1-a*), vom cerceta tendințele generale din moștenirea legală (*Secțiunea a 2-a*), precum și care a fost poziția patrimonială a soțului supraviețuitor din perspectiva regulilor succesoriale care au guvernat moștenirea *ab intestato* (*Secțiunea a 3-a*). Întrucât vocația succesorală și întinderea drepturilor soțului supraviețuitor nu pot fi detașate de alte dispoziții legale care conferă drepturi patrimoniale soțului (*Secțiunea a 4-a*), ori de regulile care guvernează regimurile matrimoniale (*Secțiunea a 5-a*), ne vom îndrepta atenția și asupra dispozițiilor respective. În lipsa unei analize a

⁴ Prezentul material este o preluare a capitolului 2, secțiunea a 2-a din Alina-Emilia Ciortea, *Uzfructul – modalitate de exprimare a drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor* (teză de doctorat), susținută public în cadrul Școlii Doctorale Drept a Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, 2020 (nepublicată).

⁵ Pentru mai multe detalii, a se vedea Alina-Emilia Ciortea, *Reglementarea ... op.cit.*, p. 342 și urm.

⁶ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire Du Droit Civil*, 2e édition, ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 1200.

materiilor adiacente dreptului succesoral, considerăm că nu se poate forma o concluzie pertinentă cu privire la situația economică a soțului supraviețuitor.

I. Context istoric

Începând cu a doua jumătate a Evului Mediu, dreptul roman a început, cu pași mărunți, să fie recepționat în sudul Franței. Aplicarea, în secolul al XI-lea, a dispozițiilor succesoriale romane poate fi explicată în lumina contextului istoric al Galiei care a scăpat de stăpânirea romană cu un secol înainte ca legislația lui Iustinian să fie implementată⁷.

Răspândirea dreptului roman postclasic, în partea de sud a Franței, a început din regiunea Montpellier, urmându-și cursul dintre est spre vest⁸. Unele regiuni au opus rezistență influențelor romane, rămânând guvernate de reguli cutumiare locale⁹. Create în jurul secolului al XIII-lea, cutumele urbane, precum cele din Toulouse (1286), Montpellier (1204), au avut drept scop protejarea teritoriului de influențele dreptului roman, dar și de cele ale cutumelor din nordul Franței¹⁰. De pildă, în 1 decembrie 1212, Simon de Montfort¹¹ a decis implementarea cutumelor din Paris în regiunea Albigeois, din sudul Franței. Încercarea acestuia s-a finalizat cu un eșec, datorită rezistenței populației la schimbare și a dorinței de conservare a uzanțelor locale¹².

⁷ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 101.

⁸ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1201.

⁹ Este vorba, în special, de regiunile situate la vest de Languedoc. *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ A fost fiul lui Montfort l'Amaury și a lui Amicia de Beaumont.

¹² Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1201.

Până în secolul al XV-lea, spiritul germanic și cel feudal au avut un puternic impact asupra regulilor succesoriale care guvernează materia moștenirii legale din sudul Franței și al căror element predominant era totuși constituit din dreptul roman¹³. Așadar, în această perioadă, principiului unității patrimoniului succesoral nu avea aplicabilitate, bunurile *propres* urmând o transmisiune succesorală asemănătoare cu cea caracteristică nordului, cunoscută sub denumirea de *Paterna paternis*¹⁴.

Începând cu secolul al XV-lea, *Corpus Iuris Civilis* capătă aplicabilitate directă în sudul Franței. Astfel, din această perioadă, putem utiliza, în mod valabil, terminologia consacrată în literatura de specialitate, respectiv cea de țări de drept scris¹⁵. Legislația lui Iustinian a avut un rol director în redactarea unor statute locale, iar în situația existenței unei lacune normative, dreptul roman și-a asumat rolul de drept comun, suplinind lipsa de reglementare¹⁶.

La finalul secolului al XVIII-lea, dispozițiile străine dreptului roman au căzut în desuetudine, succesiunile fiind guvernate de reguli consacrate în spiritul Novelei 118¹⁷.

¹³ Paul Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le Sénatus-consulte Velléien*, ed. Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1867, p. 432.

¹⁴ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1202. Pentru detalii, a se vedea *supra*.

¹⁵ *Idem*, p. 1203.

¹⁶ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 102.

¹⁷ *Ibidem*.

II. Moștenirea legală – reguli generale

Ulterior receptării dreptului succesoral roman postclasic, devoluțiunea legală a moștenirii se realiza în baza principiului unității patrimoniului, a principiului autonomiei de voință, a proximității gradului de rudenie și al egalității între moștenitorii de același grad¹⁸.

Înainte de a prezenta clasele de moștenitori din vechiul drept francez scris, vom puncta unele aspecte relevante cu privire la regulile principale ale devoluțiunii *ab intestato*.

Dacă în dreptul cutumiar francez succesiunea era atribuită în mod diferit, în funcție de categoria bunurilor cuprinse în masa succesorală, regulile moștenirii legale din sudul Franței erau caracterizate prin simplitatea dată de aplicarea principiului unității patrimoniului¹⁹. Îndepărtându-se de concepția conservării bunurilor imobile (*propres*) în familia de origine, dreptul scris consacră o devoluțiunea succesorală dependentă exclusiv de calitatea moștenitorilor și imună la compunerea masei succesorale. Cu toate că unitatea patrimoniului a fost regula în țările de drept scris²⁰, au existat și excepții. De pildă, cutumele din Bordeaux din 1520 conțineau dispoziții referitoare la bunurile *propres*²¹. Totodată, jurisprudența din Gascogne și Toulouse a contribuit la diminuarea efectelor juridice ale clasificării bunurilor

¹⁸ *Idem*, p. 131-132.

¹⁹ *Idem*, p. 139.

²⁰ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ... op.cit.*, p. 1204.

²¹ *Ibidem*.

din masa succesorală, până în momentul Revoluției franceze, când aceste dispoziții au devenit inaplicabile²².

În țările de drept cutumiar, individul este absorbit în familie, drepturile sale succesoriale fiind limitate de cele ale familiei²³, cu precădere în privința bunurilor *propres*. Spre deosebire de viziunea cutumiară asupra relației individului cu familia, dreptul scris stabilește o legătură pur personală între persoană și grupul familial. Astfel se poate explica renunțarea, în majoritatea regiunilor din sudul Franței la aplicarea diferită a devoluțiunii succesoriale, în funcție de bunurile din componența patrimoniului defunctului, precum și consacarea principiului autonomiei de voință.

În dreptul succesoral din țările de drept scris, libertatea individului se manifesta prin puterea absolută a acestuia de a dispune de bunurile sale după moarte²⁴. Dreptul scris se aseamănă, în această privință, cu dreptul roman. Familia romană era construită pe pilonii unei monarhii absolute în care *pater familias* era unicul administrator al averii familiale²⁵. Afirmarea voinței individuale (chiar și *post mortem*) a lui *de cuius* se realiza prin larga răspândire a testamentului și prin preeminența succesiunii testamentare față de succesiunea legală²⁶. În schimb, în țările din nordul Franței, devoluțiunea

²² *Ibidem*.

²³ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 138.

²⁴ *Idem*, p. 104.

²⁵ Valerius M. Ciucă, *Drept roman. Lecțiuni*, vol. I, ed. a II-a, ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014, p. 376.

²⁶ Constatarea este valabilă atât pentru perioada dreptului roman (în cazul decesului lui *pater familias*), cât și pentru vechiul drept scris francez. Mircea Dan BOB, *Manual elementar de drept privat roman*, ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 160; Valerius M. Ciucă, *Drept roman. Lecțiuni*, vol. II, ed. a II-a, ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014, p. 703; Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 104.

testamentară constituia o excepție, fiind admisă numai în cazuri restrictive, viziunea predominantă fiind cea de a constata, prin intermediul dreptului cutumiar, drepturile moștenitorilor, și nu de a le crea, precum se realiza prin moștenirea testamentară și cea legală din dreptul scris²⁷.

Datorită necesităților sociale ale vremii care impuneau menținerea bunurilor în familia de sânge, uzând de libertatea de a dispune de bunuri sale prin testament, în practică, *de cuius* deroga de la principiul roman al proximității gradului de rudenie și al egalității între moștenitorii de același grad. În mod efectiv, substituțiile fideicomisare erau introduse în dispozițiile de ultimă voință, tocmai pentru a asigura resursele necesare generațiilor viitoare, prin indisponibilizarea bunurilor în persoana instituitului²⁸. Totodată, sub influența spiritului feudal, principiul libertății de a testa era exercitat, în realitate, cu scopul de a reduce cota celorlalți moștenitori, în profitul primogenitului²⁹, iar dota femeii era atribuită, de regulă, în bani, urmărind astfel evitarea trecerii imobilelor în altă familie, prin realizarea căsătoriei³⁰. Și sub acest aspect, remarcăm influența dreptului roman asupra conceptelor de la baza dreptului francez scris. Astfel, în proprietate familială romană consacrată în epoca veche de Legea celor XII table, era inclus *heredium*-ul, adică un teren având o suprafață de aproximativ 1/2 ha., aflat în interiorul cetății³¹. Acest bun era transmisibil pe cale succesorală numai în interiorul familiei, înstrăinarea lui putând interveni numai în condiții

²⁷ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 104.

²⁸ *Idem*, p. 138.

²⁹ Paul Gide, *Étude ...* op.cit., p. 432.

³⁰ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 137.

³¹ Valerius M. Ciucă, *Drept roman ...* vol. I, op.cit., p. 375.

excepționale, atrăgând cu sine necinstea șefului de familie³². Totodată, preferința primului născut, pregnantă în dreptul cutumiar francez, cade în desuetudine în secolul al XVI-XVII-lea, situație confirmată de jurisprudența vremii care nu mai atestă o atare stare de fapt³³.

În absența unui testament, moștenirea defunctului era supusă regulilor devoluțiunii *ab intestato*.

La stabilirea vocației succesoriale a moștenitorilor legali au contribuit, alături de un criteriu obiectiv (rudenia de sânge între membrii aceleiași familii) și un criteriu subiectiv, anume afecțiunea prezumată a defunctului³⁴. Aceasta din urmă se prezuma legal a fi invers proporțională cu numărul corespunzător clasei de moștenitori.

Prin urmare, în absența testamentului, devoluțiunea legală a moștenirii opera între descendenți, selectați fiind în baza principiului proximității gradului de rudenie, al principiului egalității, iar moștenirea era atribuită pe capete (*per capita*) sau pe tulpini (*succedere in locum*), atât femeilor și bărbaților³⁵.

În lipsa descendenților, moștenirea era culeasă de ascendenții și colateralii privilegiați (frați consanguini cu defunctul), respectiv de descendenții acestora³⁶.

³² *Idem*, p. 376.

³³ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 132.

³⁴ *Idem*, p. 105.

³⁵ *Idem*, p. 110-111.

³⁶ *Idem*, p. 115 și urm. Frații uterini sau germanici erau înlăturați de la succesiune de către frații consanguini. Cu toate acestea, colateralii privilegiați pe linie maternă sau paternă erau preferați altor colaterali. *Idem*, p. 119. În această privință, Toulouse conținea o cutumă aparte: frații consanguini veneau singuri la moștenire, excluzând colateralii din linia maternă, inclusiv pe

În absența clasei a doua, moștenirea a fost acordată colateralilor apropiați, până la gradul al 6-lea³⁷.

Observăm, așadar, că regulile devoluțiunii legale și clasele de moștenitori din perioada dreptului roman postclasic sunt, *mutatis mutandis*, aceleași cu cele din vechiul drept francez scris, ilustrându-se, încă o dată, influența marcantă a Novelelor 118 și 127 asupra sudului Franței, mai ales începând cu secolul al XV-lea.

După modelul dreptului roman din perioada lui Iustinian, soțul supraviețuitor nu figura în niciuna dintre clasele de moștenitori, acesta nefiind considerat rudă cu defunctul. Cu toate acestea, avea soțul supraviețuitor drepturi succesoriale? În caz afirmativ, care era natura juridică și întinderea acestora?

III. Situația soțului supraviețuitor din perspectivă succesorală

Novela 118 nu conținea dispoziții referitoare la drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor, astfel încât tăcerea asupra acestui aspect a fost interpretat ca o adoptare tacită sau, cel puțin o menținere, a dispozițiilor pretoriene *bonorum possessio unde vir et uxor* în perioada dreptului roman

mama defunctului. *Idem*, p. 120 *apud* D'oliver, *Arrêts notables du Parlement de Toulouse*; chap. XXXII.

³⁷ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 120 și urm. Unii autori susțin că vocația succesorală aparține și colateralilor de gradul al 7-lea. A se vedea Fernand Joret des Closieres, *Droit romain du concubinat, droit français des droits du conjoint survivant en droit ancien et moderne et dans les principales législations étrangères*, ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1891, p. 98. Regiunea Toulouse constituia o excepție, întrucât erau considerați colateralii apropiați cei aflați până la gradul al 10-lea cu defunctul. *Ibidem*.

postclasic³⁸. În aceeași manieră, vechiul drept scris a păstrat, în toate provinciile, instituția *bonorum possessio unde vir et uxor*³⁹. De asemenea, în sudul Franței, pentru a fi întrunite condițiile legale era necesar ca soțul supraviețuitor să fi angajat o căsătorie legitimă⁴⁰ care s-a desfășurat prin decesul partenerului, iar nu din alte cauze⁴¹.

În absența rudelor de sânge chemate la moștenire în cele trei clase de moștenitori aminte în subsecțiunea anterioară, soțul supraviețuitor este chemat la moștenirea defunctului. Or, astfel cum s-a remarcat în doctrină, situațiile în care soțul supraviețuitor moștenește efectiv în calitate de moștenitor legal erau extrem de reduse⁴². Rațiunea constă în aceea că, în prea puține cazuri, nu se găsea o rudă colaterală de grad 6 sau 7, respectiv 10 (gradul variind în funcție de provincie), care să culeagă efectiv moștenirea.

Pentru a compensa dezechilibrul creat de regulile devoluțiunii succesoriale legale, în practică, s-a semnalat că, de cele mai multe ori, soțul întocmea un testament în favoarea soției⁴³. Uzanțele ne spun că soțul obișnuia să lase soției uzufructul totalității bunurilor (în cazul în care aceasta venea la moștenire împreună cu descendenți), respectiv o cotă-parte din patrimoniul său în plină proprietate⁴⁴. Intenția de a gratifica soția supraviețuitoare s-a

³⁸ Ernest Vallier, *Le Fondement ...* op.cit., p. 121.

³⁹ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1203.

⁴⁰ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ...* op.cit., p. 97.

⁴¹ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit du conjoint survivant*, ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1899, p. 19.

⁴² Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1540.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

regăsit în dorința de a-i menține acesteia stilul de viață, inclusiv prin îngăduirea ca văduva să continue să locuiască în casa familială⁴⁵.

Vocația succesorală subsidiară a soțului supraviețuitor era caracterizată de reciprocitate⁴⁶, asemeni dreptului pretorian și a celui imperial, cu referiri la o constituție din anul 428⁴⁷.

Totodată, în anumite cazuri excepționale, dreptul recunoscut soțului supraviețuitor și împrumutat din dreptul pretorian era împiedicat a se naște. Dintre aceste situații, amintim: cazul în care soția și-a abandonat soțul sau a fost despărțită de acesta, când s-a recăsătorit în interiorul intervalului de 1 an de la deschiderea succesiunii soțului sau atunci când soția a deturnat averea lui *de cuius*⁴⁸.

Înțelegând situația dezavantajoasă în care se găsea soțul supraviețuitor datorită vocației subsidiare, legiuitorii din țările de drept scris s-au inspirat din dreptul roman postclasic și au acordat soțului supraviețuitor sărac un drept intitulat pătrimea soțului sărac (*quarte du conjoint pauvre*).

Introdus de împărații creștini, pătrimea soțului sărac a fost transformată, în provinciile de drept scris, dintr-un drept adresat exclusiv văduvei, într-un drept reciproc⁴⁹.

Întinderea acestui drept era de un sfert din moștenire, iar în cazul în care existau mai mulți de 4 descendenți, opera o reduce la o parte virilă⁵⁰. În

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ... op.cit.*, p. 97.

⁴⁷ Mircea Dan Bob, *Manual ...*, 2019, *op.cit.*, p. 162.

⁴⁸ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ... op.cit.*, p. 97.

⁴⁹ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ... op.cit.*, p. 20-21.

⁵⁰ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ... op.cit.*, p. 99.

concurs cu copiii rezultați din căsătorie, soțul supraviețuitor dobânda partea sa în uzufruct, iar în lipsa acestora, primea deplina proprietate⁵¹.

Pentru a beneficia de acest drept, se cerea ca soțul supraviețuitor să fie privat de posibilitatea de a trăi în același stil de viață și de a-și păstra condiția socială și după decesul partenerului său⁵². Totodată, pentru a beneficia de acest drept, văduva trebuia să nu fi fost dotată cu ocazia încheierii căsătoriei, caz în care se considera că nu se află în stare de nevoie⁵³.

Sub influența ideilor feudale, alături de ineficientul *bonorum possessio unde vir et uxor* și de restrictivul drept al soțului sărac, situația patrimonială a soțului supraviețuitor a fost corijată de diferite avantaje succesoriale (cunoscute în literatură sub denumirea de *gains de survie*) acordate preponderent femeilor⁵⁴.

IV. Diverse (alte) avantaje patrimoniale acordate soțului supraviețuitor

Pentru început, în vechiul drept francez scris soția supraviețuitoare beneficia de un avantaj nupțial, precum și în caz de predeces al soțului, cunoscut sub numele de *augment de dot* (suplimentul la dotă). Acest beneficiu era, în esență, un drept de creanță al cărui beneficiar era exclusiv

⁵¹ *Ibidem*; Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ...* op.cit., p. 19-20.

⁵² Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ...* op.cit., p. 100.

⁵³ Eduard Barbe, *Du droit successoral de la veuve en droit romain et en droit français*, ed. Imprimerie Douladoure, Toulouse, 1880, p. 106.

⁵⁴ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ...* op.cit., p. 21.

soția supraviețuitoare și care își producea efectele la momentul deschiderii succesiunii soțului⁵⁵.

O constantă în toate provinciile din sudul Franței era faptul că văduva beneficia de o parte din bunurile defunctului său soț în suplimentarea dotei sale (care, prin ipoteză, era restituită) în vederea asigurării unui ajutor pentru întreținerea sa pe perioada văduviei⁵⁶. Precum *douaire-ul* cutumiar⁵⁷, *augment-ul de dot* se întindea asupra bunurilor *propres* ale soțului, existente la data încheierii căsătoriei sau cele dobândite prin succesiune, în linie directă⁵⁸. Pentru garantarea intangibilității bunurilor care formează obiectul acestui beneficiu, era instituită regula inalienabilității și a imprescriptibilității⁵⁹.

S-a statuat că, începând cu secolul al XIII-lea, instituția suplimentului la dotă este noua denumire dată donației *propter nuptias* sau a lui *sponsalium*⁶⁰. De asemenea, reprezintă echivalentul *douaire-ului* din dreptul francez cutumiar, întrucât revine, precum acesta din urmă, numai văduvei⁶¹.

Ceea ce varia, în funcție de regiune, era întinderea drepturilor soției supraviețuitoare care depindea, printre altele, de numărul și calitatea

⁵⁵ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ...* op.cit., p. 101-102.

⁵⁶ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ...* op.cit., p. 21.

⁵⁷ *Douaire-ul* era avantajul patrimonial de care soția supraviețuitoare beneficia la încetarea căsătoriei și era constituit din dreptul de folosință a jumătății sau a unei treimi, în funcție de cutumele locale, din bunurile *propres* ale soțului. Pentru mai multe detalii cu privire la acest avantaj patrimonial, a se vedea Alina-Emilia Ciortea, *Reglementarea ...* op.cit., p. 348-351.

⁵⁸ Eduard Barbe, *Du droit ...* op.cit., p. 108.

⁵⁹ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ...* op.cit., p. 102.

⁶⁰ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1529.

⁶¹ *Idem*, p. 1530.

descendenților⁶², precum și de quantumul dotei, întrucât constituirea unei zestre era fundamentul beneficiului intitulat *augment de dot*⁶³.

Suplimentul la dotă consta într-o cotă parte în plină proprietate în situația în care nu existau descendenți din căsătoria celor doi soți⁶⁴. În prezența copiilor comuni, opera o dezmembrare a dreptului de proprietate, soția supraviețuitoare dobândind uzufructul bunurilor, iar nuda-proprietate revenind clasei 1⁶⁵. Observăm așadar că, deși *augment de dot* derivă din donația *propter nuptias*, spre deosebire de aceasta din urmă văduva nu dobândește întotdeauna bunurile în plină proprietate, ci numai în absența descendenților comuni. Ca natură juridică, se apropie mai mult de beneficiul patrimonial recunoscut în dreptul cutumiar francez sub numele de *douaire*⁶⁶.

Aproximativ toate provinciile de drept scris au adoptat suplimentul la dotă, în special practica Parlamentelor⁶⁷ din Toulouse, Bordeaux, Paris, Grenoble, Lyonnais, Beaujolais, Forez etc.⁶⁸ De pildă, în provinciile din Lyonnais, *augment-ul de dot* era fixat la o jumătate în cazul în care dota era formată din bani, respectiv la o treime în situația în care cuprinde și bunuri imobiliare⁶⁹. În Toulouse, luându-se, de asemenea, în considerare bunurile

⁶² Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ...* op.cit., p. 21-22.

⁶³ Eduard Barbe, *Du droit ...* op.cit., p. 107.

⁶⁴ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ...* op.cit., p. 102.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1530.

⁶⁷ Denumire purtată de curțile de judecată din Vechiul Regat francez.

⁶⁸ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ...* op.cit., p. 21.

⁶⁹ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ...* op.cit., p. 103.

care compuneau dota, cuantumul suplimentului la dotă s-a stabilit la o jumătate din valoarea dotei⁷⁰.

Beneficiul soției supraviețuitoare se pierdea în cazul în care femeia era acuzată de adulter sau de un comportament necuviincios după decesul soțului, respectiv când aceasta se recăsătorea, cu toate că existau copii din prima căsătorie⁷¹. Din aceste cauze de stingere a beneficiului văduvei deducem că, în fond, temeiul real al acordării *augment-ului de dot* îl reprezintă obligațiile nepatrimoniale existente între cei doi soți, contribuția patrimonială a femeii din timpul căsătoriei având o influență insignifiantă sau poate chiar inexistentă. Este adevărat că, în majoritatea provinciilor, la stabilirea întinderii beneficiului se lua în considerare cuantumul dotei, însă în ipoteza încălcării obligației de fidelitate și de respect, nu se poate vorbi de valoarea suplimentului la dotă, căci acesta nici măcar nu se naște.

Suplimentului la dotă îi corespundea un beneficiu patrimonial acordat, de această dată, soțului supraviețuitor și care îi conferea acestuia dreptul de a reține toate sau o parte din bunurile dotale în cazul predecesului soției⁷². Cel mai adesea, avantajul patrimonial era în cuantum de jumătate din valoarea dotei⁷³. Consacrat sub numele de *contre-augment de dot*, acest avantaj patrimonial era un drept corelativ *augment-ului de dot*, astfel încât nu era acordat în provinciile în care acesta din urmă nu era recunoscut⁷⁴.

⁷⁰ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ... op.cit.*, p. 22.

⁷¹ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ... op.cit.*, p. 104.

⁷² Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ... op.cit.*, p. 22.

⁷³ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ... op.cit.*, p. 1530.

⁷⁴ M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. III, ed. Consig – Dom, Paris, 1807, p. 93.

Asemenea suplimentului la dotă, beneficiarul *contre-augment-ului de dot* dobândește fie proprietatea (în cazul în care nu există descendenți născuți din căsătorie), fie uzufructul totalității dotei sau a unei cote-părți din aceasta (dacă soțul supraviețuitor a avut copii comuni cu defuncta)⁷⁵.

Instituit în beneficiul soțului supraviețuitor, *contre-augment-ul de dot* aducea atingere drepturilor descendenților femeii și ale persoanelor care au constituit dota, întrucât aceste categorii de persoane nu puteau pretinde restituirea întregii sau a unei părți din bunurile dotale⁷⁶. Totodată, spre deosebire de suplimentul la dotă care se acorda numai în situația în care s-a constituit o dotă, beneficiul în discuție putea profita soțului și în măsura în care acesta nu a adus niciun aport patrimonial la momentul încheierii căsătoriei⁷⁷.

Soțul supraviețuitor este privat de avantajul *contre-augment-ului de dot* în ipoteza în care acesta și-a ucis soția, a favorizat decesul acesteia sau a neglijat răzbunarea pentru moartea sa⁷⁸. În comparație cu cazurile de pierdere a suplimentului la dotă, constatăm că soțul este privat de beneficiul *contre-augment-ului de dot* numai în cazuri foarte grave care au legătură directă cu decesul femeii, neavând nicio legătură cu obligațiile nepatrimoniale existente între soți.

Prin urmare, în urma studierii tuturor argumentelor prezentate, considerăm că soțul supraviețuitor se afla într-o poziție patrimonială superioară datorată diminuării condițiilor necesare nașterii *contre-augment-*

⁷⁵ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ... op.cit.*, p. 23.

⁷⁶ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ... op.cit.*, p. 106.

⁷⁷ Albert Ghesquieres, *De l'usufruit ... op.cit.*, p. 23.

⁷⁸ Fernand Joret des Closieres, *Droit romain ... op.cit.*, p. 106.

ului *de dot*, dar și a scăderii cazurilor în care acest avantaj nu se dobânda, în analiză comparativă cu dreptul corelativ al femeii, *augment-ul de dot*.

Augment-ul de dot și *contre-augment-ul de dot* sunt cele mai importante avantaje patrimoniale din această perioadă. Alături de acestea, soția supraviețuitoare era titulara unor beneficii, cel mai adesea cu caracter temporar, respectiv: dreptul de abitație, dreptul de doliu, dreptul văduvei etc.⁷⁹

V. Regimul dotal

După modelul femeii căsătorite *sine manu* și sub inspirația dreptul roman din perioada lui Iustinian, începând cu secolul al XII-lea, tradițiile cutumiare locale din sudul Franței au început să-și piardă din importanță⁸⁰. Spiritul individualist, creșterea comerțului și a mobilității familiale au contribuit, de asemenea, la introducerea în provinciile de drept scris a regimului matrimonial dotal⁸¹.

Abrogat prin reforma Codului civil francez din 1965, regimul matrimonial dotal a fost un regim de separație de bunuri, fiecare soț conservând proprietatea asupra bunurilor personale⁸².

La momentul contractării unei căsătorii, soția (părintele sau un terț) aducea un aport patrimonial (cunoscut sub numele de dotă) pentru a susține

⁷⁹ Pentru detalii suplimentare cu privire la aceste avantaje patrimoniale, *Idem*, p. 107-111.

⁸⁰ François Terre, Philippe Simler, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, ed. 6^e, ed. Dalloz, Paris, 2011, p. 20.

⁸¹ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ... op.cit.*, p. 1525.

⁸² François Terre, Philippe Simler, *Droit ... 2011, op.cit.*, p. 19.

sarcinile familiei care cădeau, de regulă, pe umerii bărbatului⁸³. În cele mai multe situații, inclusiv în secolul al XIV-lea, dota femeii excludea imobilele, fiind formată din bani sau bunuri mobiliare⁸⁴. Totodată, se putea întâmpla ca, sub aparența unei dote universale, în realitate acesta să fie inexistentă⁸⁵.

Bunurile dotale se aflau în administrarea și folosința bărbatului, iar cele parafernale rămâneau în proprietatea femeii.⁸⁶ Spre deosebire de dreptul roman, în provinciile de drept scris, bărbatul avea calitatea de administrator și nu dobânda proprietatea dotei, acesta nefiind un veritabil *dominus dotis*⁸⁷.

Întinderea puterilor de administrare a bunurilor dotale depindea de categoria din care acestea făceau parte. Astfel, imobilele erau, în principiu, inalienabile și insesizabile⁸⁸. Cu toate acestea, în unele situații, jurisprudența a admis ca imobilele să poată fi înstrăinate pe durata mariajului⁸⁹. În privința

⁸³ Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale*, ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 124.

⁸⁴ Intenția de a transmite bunurile imobiliare numai descendenților de sex masculin era animată, în fond, de dorința de a preveni ca acestea să aparțină unei alte familii. Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1525.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ François Terre, Philippe Simler, *Droit ...* 2011, op.cit., p. 19.

⁸⁷ Paul Vasilescu, *Regimuri ...* 2009, op.cit., p. 124; François Terre, Philippe Simler, *Droit ...* 2011, op.cit., p. 20.

⁸⁸ Rémy Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, ed. LGDJ, 9^e édition, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 22. Sub acest aspect, situația era asemănătoare cu dreptul roman, soțul neputând înstrăina bunurile dotale nici dacă obținea acordul femeii. Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1526. Astfel, s-a susținut că dreptul roman oferea o protecție completă femeii contra puterilor excesive ale bărbatului, dar și contra propriei sale slăbiciuni. Paul Deloynes, *Femme Mariee Sous le Régime Dotal obligations nées pendant le mariage, exécution*, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, vol. 11, 1882, p. 550.

⁸⁹ De pildă, pentru eliberarea soțului din închisoare sau pentru a putea obține resurse financiare necesare în vederea stabilirii copiilor la casă lor. Totodată, era posibilă inserarea unei clauze de inalienabilitate în contractul de căsătorie. François Terre, Philippe Simler, *Droit ...* 2011, op.cit., p. 20.

bunurilor mobile, soțul deținea prerogative extinse, putând dispune neîngrădit de acestea⁹⁰.

La decesul soțului, soția supraviețuitoare nu beneficia, în mod efectiv, de restituirea dotei, decât în situația în care se declanșa un conflict cu descendenții sau aceasta dorea să se recăsătorească⁹¹. În schimb, văduva continua să trăiască în locuința familiei și, în esență, nu-și schimba stilul de viață⁹². În cazul în care soția supraviețuitoare solicita restituirea dotei la momentul desfacerii căsătoriei și al lichidării regimului dotal, se ridica o problema în privința bunurilor mobile. Cunoscând că dota era, de regulă, formată din bunuri mobile sau din creanțe asupra cărora soțul avea libertate de dispoziție, femeia era adeseori lipsită de garanția conservării dotei și a restituirii acesteia⁹³. Pentru a preîntâmpina o atare inechitate, jurisprudența a interzis femeii să renunțe la ipoteca legală asupra imobilelor soțului pentru a avea garantată restituirea dotei mobiliare⁹⁴.

Prin urmare, observăm că soția supraviețuitoare, situată la finele evoluțiunii legale, având vocație succesorală numai înainte statului, era dezavantajată și sub aspectul normelor care guvernează regimul dotal. Neavând, de regulă, o dotă formată din bunuri imobiliare, aceasta era adesea golită de conținut prin actele unilaterale de dispoziție ale soțului. Instrumentele juridice eficiente care garantau restituirea dotei s-au consolidat relativ târziu, iar până în secolul al XIV-lea, femeia beneficia de o cauțiune, un gaj asupra bunurilor soțului, respectiv de o obligație asupra

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1527.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Idem*, p. 1525; François Terre, Philippe Simler, *Droit ...* 2011, op.cit., p. 20.

⁹⁴ François Terre, Philippe Simler, *Droit ...* 2011, op.cit., p. 20.

tuturor bunurilor, aceasta din urmă nefiind o veritabilă ipotecă la acel moment⁹⁵. Soluția de compromis și probabil cea mai avantajoasă patrimonial pentru văduva era de a nu solicita restituirea dotei și de a continua să locuiască în casă, beneficiind de aceleași stil de viață precum cel din timpul căsătoriei.

La decesul soției, în patrimoniul soțului supraviețuitor se năștea adeseori un drept de uzufruct asupra bunurilor defunctei⁹⁶. De regulă, uzufructul avea ca obiect bunurile mobiliare ale femeii, întrucât imobilele erau rareori donate acesteia⁹⁷. Rezultă, așadar, că avantajul patrimonial al soțului supraviețuitor rezultat din desfacerea regimului dotal era insignifiant, motiv pentru care se impunea ca acesta să fie dublat de beneficii succesoriale care, astfel cum am văzut, erau și ele deficitare.

VI. Scurte concluzii

În concluzie, în vechiul drept francez scris caracteristic Evului Mediu, dispozițiile în materie succesorală au fost dictate cu precădere de regulile de drept roman, la care s-au adăugat anumite influențe cutumiare locale. Fiind imună la compunerea masei succesoriale în funcție de categoria bunurilor incluse, devoluțiunea legală a moștenirii se realiza în baza principiului unității patrimoniului, a principiului autonomiei de voință, a proximității gradului de rudenie și al egalității între moștenitorii de același grad. După modelul dreptului roman postclasic, soțul supraviețuitor nu figura în niciuna dintre

⁹⁵ Jean Philippe Levy, Andre Castaldo, *Histoire ...* op.cit., p. 1527.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

clasele de moștenitori, acesta nefiind considerat rudă cu defunctul. Cu toate acestea, alături de instituția pretoriană *bonorum possessio unde vir et uxor*, vechiul drept francez scris a păstrat și pătrimea soțului sărac din dreptul imperial, căreia i-a acordat caracter de reciprocitate. Sub rezerva constituirii zestrei, avantajele văduvei erau completate de suplimentul la dotă (*augment de dot*) care, precum *douaire-ul* cutumiar, se întindea asupra bunurilor soțului. *Contre-augment de dot* era un drept corelativ suplimentului la dotă și conferea bărbatului dreptul de a reține toate sau o parte din bunurile dotale în cazul predecesului soției. Aceste avantaje patrimoniale erau acordate în plină proprietate sau în uzufruct, în funcție de existența sau absența descendenților născuți din căsătorie. Spiritul individualist, creșterea comerțului și a mobilității familiale au contribuit la introducerea în provinciile de drept scris a regimului matrimonial dotal. Regulile care guvernau încetarea regimului matrimonial de separație confereau, de asemenea, un ajutor patrimonial soților, însă acesta era departe de a fi îndestulător.

Summa summarum, constatăm că dreptul roman a continuat să-și facă simțită prezența în provinciile din sudul Franței, la mai bine de zece secole de la moartea împăratului Uxorius. Transformările legislative în materia drepturilor succesoriale *ab intestato* ale soțului supraviețuitor au fost influențate de evoluția societății începând cu secolul al VI-lea și până în secolul al XVIII-lea, însă s-au ajustat în jurul aceluiași nucleu: dreptul roman.

VII. Bibliografie:

- BARBE Eduard, *Du droit successoral de la veuve en droit romain et en droit français*, ed. Imprimerie Douladoure, Toulouse, 1880.
- BOB Mircea Dan, *Manual elementar de drept privat roman*, ed. Universul Juridic, București, 2019.
- BOB Mircea Dan, *Moștenire legală și familie în Codul civil din 1864*, în Mircea Dan BOB (coord.), *Familie și moștenire în România*, ed. Universul Juridic, București, 2016.
- BOB Mircea Dan, *Probleme de moșteniri în vechiul și noul Cod civil*, ed. Universul Juridic, București, 2012.
- CABRILLAC Rémy, *Droit des régimes matrimoniaux*, ed. LGDJ, 9^e édition, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- CIORTEA Alina-Emilia, *Reglementarea drepturilor de moștenire ale soțului supraviețuitor în vechiul drept francez cutumiar*, în *Studii și cercetări juridice europene – Conferința Internațională a Doctoranzilor în Drept ediția a 12-a*, ed. Universul Juridic, București, 2020.
- CIUCĂ Valerius M., *Drept roman. Lecțiuni*, vol. I, ed. a II-a, ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014.
- CIUCĂ Valerius M., *Drept roman. Lecțiuni*, vol. II, ed. a II-a, ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014.
- DELOYNES Paul, *Femme Mariee Sous le Régime Dotal obligations nées pendant le mariage, exécution*, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, vol. 11, 1882.

- GHEQUIERES Albert, *De l'usufruit du conjoint survivant*, ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1899.
- GIDE Paul, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le Sénatus-consulte Velléien*, ed. Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1867.
- JORET DES CLOSIERES Fernand, *Droit romain du concubinat, droit français des droits du conjoint survivant en droit ancien et moderne et dans les principales législations étrangères*, ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1891.
- LEVY Jean Philippe, CASTALDO Andre, *Histoire Du Droit Civil*, ed. Dalloz, 2^e édition, Paris, 2010.
- MERLIN M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. III, ed. Consig – Dom, Paris, 1807.
- TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, ed. 6^e, ed. Dalloz, Paris, 2011.
- VALLIER Ernest, *Le Fondement du Droit Successoral en Droit Français*, ed. Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1902.
- VASILESCU Paul, *Regimuri matrimoniale*, ed. Universul Juridic, București, 2009.

STUDII

JUDECĂTORUL ȘI FABULISTUL ORHEIAN
ALECU DONICI, PRECURSOR AL ETNOLOGIEI
JURIDICE ROMÂNEȘTI

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.5
Data publicării online: 16.03.2021

Valerius M. CIUCĂ*

Scriptural support of the communication drafted for the International Scientific Conference, dedicated to the **Centenary of the Great Union** with the generic “Return of **Bessarabia in the Romanian legal space**”, which took place at the Public University of Chișinău, from March 22-23, 2018. In order to mitigate symbolically from the minor premises regarding the recent evolutions of the Romanian legal ethnology and anthropology part of this material was also adapted for the annual Conference, within the series of conferences of the *Robertianum* Centre for European Private Law, under the aegis of "Law and Literature" from the spring of 2019. I hope for these small efforts to become a palladium that could catalyse a fruitful starting point for shaping the foundations of the legal sciences as natural, living, real elements that mark the moral and justice spirit of the Romanian people and European legal culture. The conference held in this framework was entitled as follows: *Etnografia, fabulistica și etnologia juridică – albia ce unește două maluri în An Centenar 1918-2018. Valori juridico-morale perene versus quasi-efemeride sau scoica Arctica Islandica (400 ani) versus efemerida libelulă (Anisoptera de o zi) ... (Ethnography, fabulistics and legal ethnology - the river bed that unites two banks in the Centenary Year 1918-2018. Perennial juridical-moral values versus quasi-*

* Prof., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, fost judecător la CJUE, fondator al Centrului „Robertianum” de Drept privat la UAIC Iași, mailto:valerius_m_ciuca@yahoo.com.

ephemerides or Arctic Iceland shells (400 years) versus dragonfly ephemerid (One-day Anisoptera) ...

Dedicated to the memory of Professor Vladimir Hanga from Cluj, a Moldovan who ennobled the intellectual spirit of Transylvania, crossing the Carpathians, as in the Forty-Eighter Era, a Bessarabian ennobled the Moldovan spirit passing another internal border of the Reunited, rounded Romania ("România dodoloată"), the impetuous Prut river...

Motto: Non solum juris, sed bonarum etiam artium studiisque vacandum est. Principes mortales, res publica aeterna (Ovidius, Metamorphosis & Tacitus, Annales)¹

Rezumat: Paul Valéry a spus despre fabulă: „Încetul cu încetul, cei care au iubit-o sau au plăcut-o, cei care au putut măcar să o înțeleagă au dispărut. Cei care au cerut-o, cei care au stricat-o. cei care au luat-o în glumă, au murit și ei ... În curând, un instrument de plăcere și emoție va deveni un accesoriu școlar; ceea ce obișnuia să constituie adevărul, ceea ce obișnuia să constituie frumusețea se transformă într-un mijloc de constrângere sau într-un obiect care stârnește curiozitatea, însă o curiozitate care se fortează să fie curioasă. " („*Oraison funèbre d'une fable*", în *Variétés*, apud Sanda Radian, *Măștile fabulei. Etape de evoluție în literatura română* (The Fable Masks. Stages of Evolution in Romanian Literature), Editura Minerva, București, 1983, p. 5)

Într-o conferință recentă, desfășurată la Suceava, am exprimat unele regrete în legătură cu absența preocupărilor științifice în domeniul vast și important al etnografiei și etnologiei juridice din România, după cum urmează: „Etnografia și etnologia juridică nu sunt evident, în special, tratate în lucrarea grandioasă a lui Simeon Florea Marian. Știința era în curs de formare; nu era momentul dezvoltărilor particulariste. Mult mai târziu, prin intermediul unei alte lucrări de pionierat, cea a savantului și antropologului român Romulus Vulcănescu, au apărut câteva semne de îngrijorare pentru juriștii noștri, pentru sociologii de drept și antropologi, ce au început să se reflecte în cultura juridică românească. Până și marele etnograf Petru Ursache a recunoscut în creația sa etnografică, că domeniul era tratat deficitar.

¹ "It is necessary not only to study law, but also the arts", Ioan Inocentiu Micu-Klein, *Carte de înțelepciune latină. Illustrium poetarum flores. Florile poezilor iluștri* (Latin wisdom book. Illustrium poetarum flores. The Flowers of the Illustrious Poets), Edition by Florea Firan and Bogdan Hâncu, Editura Științifică, Bucharest, 1992, pp. 100-101, paraphrase to the lines of poet Publius Ovidius Naso: "*Disce bonas artes moneo, Romana juvenus / Non tantum trepidos ut tueare reos*" ("Young Romanians, I urge you to learn the beautiful speech as well, / Not just to know how to defend a fearful defendant." (Metamorphosis, 1.6)..

**

În ceea ce privește fabula, aparent un gen literar minor, atât de mult lamentat, așa cum am văzut mai sus, de Paul Valéry, ca obiect de contemplare istorică, numai intersecția culturii juridice cu spiritul sapiențial, moral și literar al poporului o crește considerabil; atât de mult încât devine un reper științific valoros în etnologia juridică emergentă înfrățită cu sociologia juridică, cu antropologia juridică și cu folclorul juridic. La modul cel mai serios, chiar dacă, nu-i așa, cu arme hilare și caricaturizante, cu un spirit jucăuș și deștept, fabula decriptează înclinația poporului pentru adevăr și dreptate sau, dimpotrivă, pentru fatalism gregar în raport cu viciile care corup națiunea psihologic și moral, rolul său este didactic. Tinerii juriști ar deveni nobilizați științific și cultural dacă ar prelua jurisprudența, „cazurile”, din fabule ... Sau dacă, maestrul lor i-ar îndruma spre asocierea jurisprudenței cu spiritul comic și fabulos al judecătorului înțelept ...

Cuvinte cheie: Etnologie juridică, fabulă, morală judiciară, înclinație pentru justiție, morală publică, decădere legală și morală, judecător Alecu Donici, fabulist Alecu Donici.

THE JUDGE AND FABULIST FROM ORHEI, ALECU DONICI, A PRECURSOR OF ROMANIAN LEGAL ETHNOLOGY

Abstract: Paul Valéry said about fables as follows: “Little by little those who loved or liked it, those who were able to understand it disappear. Those who demanded it, those who broke it, those who bantered it died too ... Soon, an instrument of pleasure and emotion will become a school accessory; what used to constitute the truth, what used to constitute the beauty turns into a means of constraint or into an object that arouses curiosity, but a curiosity which forces itself to be curious.” (“Oraison funèbre d’une fable”, in *Variétés*, apud Sanda Radian, *Măștile fabulei. Etape de evoluție în literatura română* (The Fable Masks. Stages of Evolution in Romanian Literature), Minerva Publishing House, Bucharest, 1983, p. 5)

In a recent conference, held in Suceava², I expressed some regrets in relation to the absence of scientific concerns in the vast and important field of legal

² *Pagini de etnografie juridico-morală în opera fondatoare a bucovineanului polimat Simeon Florea Marian, cronicar al sufletelor românești în pragul Marii Uniri. Remarcabila lui contribuție la înfăptuirea milenarului ideal* (Pages of legal-moral ethnography in the founding work of the polymath from Bucovina Simeon Florea Marian, chronicler of Romanian souls on

ethnography and ethnology in Romania, as follows: "Legal ethnography and ethnology are not obviously, in particular, delimited in Simeon Florea Marian's grandiose work. General science was in the course of being established; it was not the time for particularistic developments. It was late when by means of another pioneering work, that of the Romanian scholar and anthropologist Romulus Vulcănescu, some issues of concern for our jurists, for law sociologists and anthropologists started to be reflected in the Romanian legal culture. Very few. Even the great ethnologist Petru Ursache acknowledged that the domain was deficient, in his very impressive creation of *ethnosophy*".

*

**

As for the fable, apparently a minor literary genre, so much lamented, as we have seen above, by Paul Valéry, as an object of historical contemplation only, the intersection of the legal culture with the sapiential, moral and literary spirit of the people increases considerably; so much that it becomes a valuable scientific landmark in the emergent *legal ethnology* twinned with legal sociology, with legal anthropology and with legal folklore³. In the most serious way, even if, isn't it true, with hilarious and caricaturizing weapons, with a playful and clever spirit, the fable decrypts a people's propensity for truth and justice or, conversely, for gregarious fatalism in relation to the vices that corrupt the nation psychologically and morally. Its role is didactic. The young jurists would become scientifically and culturally ennobled if they took over the case law, the "cases", from the fables ... Or if, their masters guided them towards associating the case law with the comic and fabulising spirit of the wise judge

...

Keywords: Legal ethnology, fable, judicial morals, propensity for justice, public morals, legal and moral decay, Alecu Donici judge, Alecu Donici fabulist.

the verge of the Great Union. His remarkable contribution to the achievement of the ideal millennial), conference held during the Scientific Session "The contribution of the lawyers from Bucovina to the accomplishment of the Great Union", November 28, 2018, "Stefan cel Mare" University from Suceava & Suceava Bar Association. The text of the conference was delivered for publication in "Analale Muzeului Memorial Simion Florea Marian" from Suceava, under the guidance of Mrs. Aura Brădățan, 2019.

³ Romulus Vulcănescu, *Etnologie juridică (Legal Ethnology)*, Editura Academiei, Bucharest, 1970, p. 9 : "The following subjects deal with the study of the legal aspects of primitive and popular civilization and culture as constitutive parts of the conception about existence and the world and of the ways of normative organization of life, partially and with unequal theoretical resources: "legal geography", "legal anthropology", "legal sociology" and "legal ethnology". "

Cuprins

I.	Spiritul sapientogen al literaturii parentice și al fabulei	216
II.	Alecu Donici, schița unei fișe bio-bibliografice	225
III.	Ordine de drept și ordine morală într-un <i>ad hoc</i> "divan" intelectual al fabulelor	228

I. Spiritul sapientogen al literaturii parentice și al fabulei

Rutina cea dezamăgitoare în arta de-a percepe dreptul, știința dreptului și spiritul dreptății pe care profesioniștii acestei nobile, regale misiuni sociale le-o inspiră tineilor învățăcei, discipolilor ce vor purta robele grele ale *Justiției*, s-a instalat odată cu consacrarea pozitivismului juridic în cea mai acablantă manieră peste faldurile catenate ale juridicității și ale justițiabilității. Astăzi, aceste "falduri" sunt drepte, țepene, ridicol de prețioase și de sterile în sensuri jusnaturaliste, cu alte cuvinte, dizarmonice, neorganice, non-naturale. Sunt dominate de spirit uniformist, țepăn, precum arhitectura noastră anti-gaudiană, insuportabil de inumană, minimalist-cazonă.

Spiritul dominant în drept, în arta perceperii și a studierii lui, a fost, de-a lungul mileniilor, sapientogen, apoftegmatic și poetic. Un spirit melodos și poetic, amintindu-ne de timpurile străvechi, când normele juridice erau exprimate în versuri și erau cântate în acompaniament de citeră, precum la strămoșii noștri agatârși predacici de pe plaiurile moldo-transilvănene și la geto-dacii din întinsa Țară Românească.

O anumită sugestie a acestui mod disimulant nomotetic (unul ce codifică în mod real comportamentul nostru de români atașați de ordine, în sens de *ordo* în baza naturii, de ordine naturală, precum inspiratoarea ordine

cosmică) se poate regăsi în cărțile de înțelepciune ce au, la noi, o venerabilă tradiție, după protomodelul *Ceasornicului domnilor*. Parabolele, după model cristic, alegoriile, literatura parenetică românească⁴, adică învățăturile, exortațiile, pildele s-au înmulțit vertiginos și astfel putem înregistra astăzi o pletoară de mari oameni de spirit care au înnobilit acest patrimoniu românesc de sapientologie aplicată, cu rol normativ profilactic, de codificare reală, nu abstractă, a unei etologii umane autohtone, a unei științe a comportamentului comun și dezirabil, și a unei filosofii behavioriste aferente, care să reflecte morala dominantă, moravurile, năravurile locale și cele împrumutate (multe, degenerescente, nedemne) cu concepte noi cu tot (*exempli gratia*, noi nu avem, în lexiconul juridic și în jargonul popular nici un concept dacic sau moștenit de la romani pentru mită: toate conceptele sunt împrumutate; bunăoară, de la otomani ne-au rămas, până astăzi, *ciubucul*, *peșcheșul* și *bacșișul*; de la vechii slavi ne-au rămas *mita*, *mito* și *mâzda*; iar din limbile

⁴ Valerius M. Ciucă, *Lecții de sociologie juridică. Câteva repere în sociologia generală a dreptului*, Editura Polirom, Iași, 1998, p. 275: ” În această categorie de izvoare socio-juridice, la un loc de frunte se află *”Învățăturile lui Neagoe Basarab către fiul său Theodosie”*. Alte opere îi urmează modelul. Unele, de pe poziții autohtone, precum:- *”Sfaturile lui Matei al Mirilor către Alexandru Ilaș”*;- *”Sfaturile Mitropolitului Petru Movilă către fratele său, Moise-vodă”*;- *”Ceasornicul Domnilor”* - prelucrare a lui N. Costin după originalul spaniol al lui Antonio de Guevara);- *”Sfaturile creștine și politice”*, publicate în anul 1715 de Mitropolitul Antim Ivireanul. / Altele au fost redactate de pe poziții fanariote, marcate de anxietăți, psihoze și fobii, între care remarcăm: - *”Sfaturile răposatului domn Nicolae Mavrocordat către fiul său Constantin- vodă”* - 1726;- *”Teatrul politic”* de Ambrosius Marlianus, ș.a.. / Se detașează, între aceste opere parenetice, în primul rând, *Invățăturile lui Neagoe Basarab către fiul său Theodosie* (*”Invățăturile bunului credincios Io Neagoe, voievodul Țării Ungro-Vlahiei carele au învățat pre fiul său Theodosie vodă”*), operă originală care *”topește”* în forme noi influențele bizantine și slave ale anilor 1518-1521. / Din această operă reținem ca obiect al analizei noastre *”cuvântul al XX-lea”* din partea a doua. Este vorba de un capitol *”pentru judecată, care au învățat Ioan Neagoe voievod pre fie-său Theodosie și pre alți domni, pre toți. Cum și în ce chip vor judeca.”*

germanice am împrumutat cu voluptate *șperțul*, de la *sperrzug*, *legăturica de șperacle...*).

În această bună tradiție, păstrez mereu pe lângă mine o "camerată" de autori îndrăgiți, apreciați, deosebit de savișnți și-i utilizez ca pe veritabili ghizi pefațatori ai articolelor, conferințelor sau lecțiunilor, capitolelor din cărțile pe care le semnez. Jean Carbonnier,⁵ în opera sa de sociologie juridică, îi consideră inspiratori ai juriștilor. Eu îi consider juriști antemergători, opera lor fiind fundamental, funciamente juridică (nu folosesc ghilimele sau italice când scriu "operă funciamente juridică" disimulată în artă pură). Este vorba despre o operă ce face dreptul, morala, spiritul normativ să devină *efective*. Pentru că, la ce pot servi norme abstracte care nu penetrează conștiințele și sufletele oamenilor, norme fără *efectivitate*?⁶ Rămân simple fraze, proclamații, vane ideologii, evanescențe ale puterii sterpe. Pe când, savișnții autori la care ne raportăm (aici, în mod țintit, Alecu Donici), de stirpe solomonică,⁷ ei bine, aceștia sunt veritabili învățători ai națiunii noastre, cu rădăcini adânci în spiritualitatea românească și cu stenic optimism în privința viitorului comun și demn al celor ce se revendică de la ea sau de la

⁵ Jean Carbonnier, *Écrits*, Textes rassemblés par Raymond Verdier, Presses Universitaires de France, 2008.

⁶ *Ibidem*, p. 1168 : "La sociologie fait pénétrer dans la science du droit une préoccupation d'effectivité. À quoi bon affirmer la légalité, socialiste ou capitaliste, si ce n'est qu'une déclaration de principe, vide d'application effective ?"

⁷ Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie juridique sans rigueur*, 7eme édition, L.G.D.J., 1992, p.361 : "La justice de Salomon. (...) Et juriste, néanmoins : le personnage est éminemment juridique. / La prière de Salomon en songe (Isaac Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, 1936) c'est la prière du juriste. Ce qu'il demande à Dieu, et qu'il obtient, c'est la sagesse pour dire le droit – pour dire le droit au sein d'une nation."

generozitatea ei. Între ei, strălucesc Ioan Inocențiu Micu-Klein⁸, Theofil Simenschy⁹, Gheorghe Alexandrescu¹⁰, Virgil Matei¹¹, Marțian Cotrău¹², Eugen și Lucia-Gabriela Munteanu¹³. Toți ar merita să fie trecuți într-o virtuală *Carte de înțelepciuni*, după modelul francez al lui Fr. Lenoir¹⁴.

⁸ Ioan Inocențiu Micu-Klein, *op.cit.: Carte de înțelepciune latină. Illustrium poetarum flores. Florile poezilor iluștri*, Ediția de Florea Firan și Bogdan Hâncu, Editura Științifică, București, 1992.

⁹ Theofil Simenschy, *Un dicționar al înțelepciunii. Cugetări antice și moderne*, (vol. I-IV), Ediție îngrijită de Mihail Grădinaru, Editura Junimea, Iași, 1973. A se vedea și ediția basarabeană: Th. Simenschy, *Dicționarul înțelepciunii. Cugetări antice și moderne*, "ediția a III-a, completată cu 171 cugetări cenzurate", Îngrijită de Gh. Drăgan, Editura "Meridianul 28" a Uniunii Scriitorilor, Chișinău, 1995. A se vedea, mai ales, ediția din anul 2017 a Editurii Saeculum, București, deoarece, așa cum scria îngrijitorul și prefațatorul ediției, istoricul literar I. Opreșan, în edițiile din perioada comunistă "(...) "Tot ce a ținut de religie și în primul rând textele biblice, o bună parte din cugetările referitoare la libertate, la egalitate, la dreptul de afirmare al individului în societate, la obligațiile și calitățile conducătorilor, la democrație și rolul filosofilor, al intelectualilor, în societate etc. au fost eliminate, dezechilibrându-se întreaga articulație a cărții: întreaga viziune a autorului despre lume și viață, și însuși mesajul operei." (Rev. "România literară", Nr. 10/2009, <http://www.romlit.ro/dictionarulitepciunii>).

¹⁰ *Latine dicta. Citate și expresii latinești*, Ediție îngrijită, indici și bibliografie de Ghe. Alexandrescu, Editura Albatros, București, 1992.

¹¹ Virgil Matei, *Dicționar de maxime, reflecții, expresii latine comentate* (dăruită din biblioteca-i personala de maestrul meu, profesorul Marțian Cotrău, chiar în anul mării sale treceri), Ed. Scripta, București, 1998.

¹² Marțian Cotrău, *1001 gânduri pentru cumpătare*, Ediția a II-a, Lector: Mirela Bălan, Editura Apollonia, Iași, 1997, carte la a cărei lansare din data de 2 decembrie 1997, la Casa Cărții din Iași, maestrul a rostit profetica rugăciune cu care a încheiat ultima-i conferință: "Doamne, s-a înserat, ziua de muncă s-a sfârșit; / mă întorc în casa mea, pământul, / nu pentru că sunt ostenit de viață, / ci fiindcă soarele a asfințit" (dr. Iulia Vasiliu, "Despre bătrânețe cu luciditate", *Almanahul Presa Bună*, 1997, pp. 152-153). A se vedea și *Marțian Cotrău, așa cum a fost*, Redactori de carte Acad. Ion Hăulică, Acad. Valeriu D. Cotea, Editura Apollonia, Iași, 1998, p. 40, cu un document olograf al maestrului.

¹³ Eugen Munteanu, Lucia-Gabriela Munteanu, *Aeterna Latinitas. Mică enciclopedie a gândirii europene în expresie latină*, Editura Polirom, Iași, 1996.

¹⁴ *Le livre des sagesses. L'aventure spirituelle de l'humanité*, Ed. Bayard, Paris, 2005.

În ceea ce privește fabula, aparent gen literar minor, deplâns de Paul Valéry¹⁵ ca fiind doar obiect de contemplație istorică, intersecția culturii juridice cu spiritul sapiențial, moral și literar al poporului se mărește considerabil; atât de mult, încât devine reper științific prețios în emergenta *etnologie juridică* înfrățită cu sociologia juridică, cu antropologia juridică și cu folclorul juridic¹⁶. În modul cel mai serios, chiar dacă, nu-i așa, cu arme hazlii și caricaturizante, cu spirit șăgalnic și isteț, fabula decriptează propensiunea unui popor pentru adevăr și justiție sau, dimpotrivă, fatalism gregar față de viciile ce corup psihologic și moral națiunea. Rolul ei este didactic. Tinerii juriști ar deveni înnobilați științific și cultural dacă ar prelua cazuistica, "spețele", din fabule... Sau dacă, maestrul lor i-ar ghida către asocierea sobrei cazuistici cu spiritul ghiduș și fabulatoriu al judecătorului sapient...

Ce-nseamnă fabula pentru știința dreptului și, mai ales, pentru *etnologie juridică*, pentru etnopsihologie și axiologie socială, indispensabile înțelegerii organice, integrative, populare sau comunitare, a operei de legiferare, de guvernare și de înfăptuire a justiției distributive (a distribuirii onorurilor în cadrul justiției și echității sociale) și, mai cu seamă, a justiției

¹⁵ Paul Valéry, "Oraison funèbre d'une fable", în *Variétés*, apud Sanda Radian, *Măștile fabulei. Etape de evoluție în literatura română*, Editura Minerva, București, 1983, p. 5: "Puțin câte puțin cei ce le iubeau ori care le gustau, cei care le puteau înțelege dispar. Cei care le cereau, cei care le rupeau, cei care le persiflau au murit și ei... În curând un instrument de plăcere și emoție va deveni accesoriu școlar; ceea ce a constituit adevărul, ceea ce a constituit frumosul se schimbă într-un mijloc de constrângere sau într-un obiect care stârnește curiozitatea, dar o curiozitate ce se forțează să fie curioasă."

¹⁶ Romulus Vulcănescu, *Etnologie juridică*, Editura Academiei, București, 1970, p. 9: "Cu studiul aspectelor juridice ale civilizației și culturii primitive și populare ca părți constitutive ale concepției despre existență și lume și ale modurilor de organizare normativă a vieții, se ocupă parțial și cu resurse teoretice negale: "geografia juridică", "antropologia juridică", "sociologia juridică" și "etnologie juridică"."

comutative (a recunoașterii drepturilor particularilor în cadrul raporturilor lor juridice contencioase, conflictuale)? Ei bine, din capul locului afirmăm că aportul ei la toate aceste acțiuni de stimulare a comprehensiunii și a devalării esențelor fenomenelor evocate este imens, consolidând cutuma valoroasă, bine rafinată în timp, sau, cum statuează specialiștii, ”dreptul invizibil”, *criptodreptul*¹⁷. Valoarea contributivă este noetică, nu exotică. Din Antichitatea orientală, trecând prin Grecia și Roma, străbătând Evul Mediu european, fabula a pregătit mereu terenul discursului justițiar și moralizator popular și tot ea a tras concluziile demersurilor sociale eșuate, ca și cum ar fi fost *moașă*, într-o *maieutică* a valorilor juridice, *Azrafil*, *înger al morții*, consacrand cu sarcasm, sentențios și crud, relațiile stricate de morbul corupției și al infracțiunilor rușinoase, furtul și abuzul, dar s-a prezentat și ca *psihopomp* în lumea relațiilor sociale ratate, cangrenate de vicii, de corupție și de alte rugini ale sufletului colectiv ori ale spiritelor noastre individuale, peste tot unde fabula ne-a pătruns cu *morală* ei.¹⁸

Adresându-se sufletului poporului în mod direct, neintermediat, fără ”ambasadori” speciali, fabula trebuie întreșută pe *canavaua* aceluia suflet. Ca atare, fabuliștii sunt buni cunoscători ai acestui suflet colectiv, anticipând

¹⁷ Romulus Vulcănescu, op.cit., p. 40: ”*Criptodreptul* deși contrazice și nuanțează norma juridică teoretică oficială, ca și *formele folclorice de drept etnic* legate de unele structuri sociale și de valori de grup, este definit, sistematizat și interpretat în spiritul noii concepții etnologice.”

¹⁸ *Antologia fabulei românești de la Dimitrie Țichindeal până la Marin Sorescu*, Ediție îngrijită de Adrian Săvoiu, Editura Art, București, 2017, p. 5: ”Născută în Orient, unde cele mai vechi motive sunt atribuite autorului indian Bidpay, fabula a apărut pe continentul european încă din secolele VII-VI a.Cr. În Grecia, avându-i precursori pe Arhiloc și Hesiod, specia și-a aflat cea mai mare strălucire în opera lui Esop. Preluată de romani, a fost continuată de Fedru și Avian, care au dezvoltat cu ingeniozitate temele din creația grecului Esop. În perioada Evului Mediu, fabula s-a apropiat de basmul popular prin *Romanul lui Renart*, o colecție de povești animaliere franceze, culminând în secolul al XVII-lea prin scrierile lui La Fontaine, care a influențat toate creațiile fabuliste din perioada ce a urmat.” (Adrian Săvoiu).

și știința psihologiei sociale ce avea să apară, printre ale umanoare, abia în secolului XX, prin opera omonimă a lui Gustave le Bon.¹⁹ Or, la noi, Costache Negruzzi, încă din 1835, făcea un mic *crochiu*, o mică *eboșă* a sufletului românesc.²⁰ Fabula juridic-moralizatoare prelungește în mod natural câmpul noetic, ideatic, "exploatat" în mod natural de folclorul juridic, dar această prelungire iese din sfera anonimatului și se înfățișează ca un gen particular de *carmina* seducătoare în sfera elitelor literare. De la folclor preia spiritul extrem de ludic, părând a se adresa copiilor ce trebuie călăuziți, cu un oarecare cinism, cum spunea Lamartine, pe făgașul dreptului și moralei. De la literatura cultă preia alegoria, metafora sugestivă și penetrantă, o adevărată armă mortală pentru cel ce stă prost la capitolul viață cinstită și morală, dreaptă și virtuoasă, incoruptibilă și senină. Urmând glorioasei deschideri esopiene a avanscenei criticii sociale de tip moralizator și juridic, prin La Fontaine cucerește Olimpul poeziei, așa cum Shakespeare cucerise *Parnasul*

¹⁹ Gustave le Bon, *Psychologie des Foules*, 1896.

²⁰ Sanda Radian, op.cit., p. 8: "(...) în studiul său *Scene pitorești din obiceiurile Moldaviei, Cântece populare ale Moldaviei*, **Costache Negruzzi** constata că "istețimea și duhul satiric al poporului românesc se văd în toate cântecele sale" Iar **Heliade** observa un spirit "caustic, natural la români". Lovinescu, atunci când vorbește de specificitatea geniului artistic popular, pătrunzând mai adânc în caracterele originalității noastre estetice, subliniază ca trăsături naționale duișia și sentențiozitatea. (...) **Mihai Ralea** (...) firea poporului român – bonom, ponderat, mucalit, ascuțit în observație și, ca tot meridionalul, extrem de lucid (...) ar trebui făcut un capitol special asupra zeflemei în viața noastră (...) **Tudor Vianu**, în *Asupra caracterelor specifice ale literaturii române*, pune în lumină ca dominantă a beletristicii noastre "un clasicism realist" și "înclinarea spre ironie și umor prin care se corectează diformitățile și sunt răzbunate avaniile (umilințele, asupririle, n.m.) realității". **Al. Philippide** (...) Și totuși, fără să mai vorbim de **Caragiale**, unic, inimitabil ca și **Eminescu**, există în literatura românească o traică tradiție de haz și de glumă. Este unul din cele mai sigure elemente tradiționale ale literaturii noastre." **Poporul însuși** prin expresia "a face haz de necaz" definește o tendință de a satiriza raclele cotidianului, găsind în glumă o modalitate de defulare. Gluma (libelurile defăimătoare, n.m.) cu o concluzie generalizatoare, cu o "morală", ce vădește o luare de poziție plină de înțelepciune, dar are și un efect justițiar mental, corespunde deci unor caractere etnopsihologice ale națiunii."

tragediei iar Beethoven, Everestul simfoniei, pentru a o parafraza pe Sanda Radian (*Măștile fabulei, cit. supra*). Și la Dimitrie Cantemir alegoria este esențială, semnificativă, puternică precum o diatribă ciceoniană din Senat împotriva coruptului vinovat de concupiscentă Catulus²¹, dar, de această dată, adresată, prin "romanul" *Istoria ieroglică, Brâncovenilor...* Iar noi, românii de mai-ieri și până astăzi, prin *Motanul Arpagic* al Anei Blandiana, simțeam că am dobândit, cu puțin timp înainte de Revoluția din 1989, un strop de libertate de exprimare într-un ambalaj al "deriziunii" copilărești, unul mai consistent decât orice discurs juridic descriptivist, conformist (cu evanescentul reflex verbal "conf.art., conf.art." sic!) și tiranofil...

Secolul al XIX-lea românesc a înregistrat apogeul fabulisticii în toate provinciile istorice, de la Nistru până la Tisa. După satirele lui Antioh Cantemir²², ctitorul Academiei Domnești din Iași (1707) și consolidarea trendului ascendent al criticii sociale moral-juridice prin moldoveanul Gheorghe Asachi²³, munteanul din Târgoviștea voievodală a Basarabilor, Grigore Alexandrescu²⁴ și bănățeanul Dimitrie Țichindeal²⁵, tustrei fiind și veritabili pilaștri de bază ai templului conștiinței naționale, după aceste remarcabile fenomene, scena este ocupată de basarabeanul orheean Alecu Donici, care se desăvârșește profesional, prin calitatea de președinte al Judecătoriei Neamț, la Piatra Neamț, iar literar, prin publicațiile și funcțiunile culturale de la Iași. Aprecierile ce ne vin de la Mihai Eminescu față de această

²¹ Marcus Tullius Cicero, *In Catilinam orationes quattuor*.

²² Vasile Alecsandri, *Satire și alte poetice compuneri de prințul Antioh Cantemir* (publicate în periodice).

²³ *Fabule versuite*, de Gheorghe Asachi, mădular Academiei de Roma și al mai multor societăți învățate, Ediția a treia, adăogită, Iașii, Institutul Albinei Românești, 1844.

²⁴ Grigore Mihail Alexandrescu, *Meditații, elegii, epistole, satire și fabule*, București, 1863.

²⁵ Dimitrie Țichindeal, *Fabule și moralnice învățături*, Editura Facla, București, 1975.

generație de aur a fabulisticii românești, în cunoscuta-i poezie *Epigonii*, lasă loc de puține comentarii. Iată câteva *excerptae*:

Văd poeți ce-au scris o limbă, ca un fagure de miere / Cichindeal gură de aur, Mumulean glas cu durere, / Prale firea cea întoarsă, Daniil cel trist și mic, / Văcărescu cântând dulce a iubirii primăvară, / Cantemir croind la planuri din cuțite și pahară, / Beldiman vestind în stihuri pe războiul inimic. / Liră de argint, Sihleanu - **Donici cuib de-nțelepciune, Care, cum rar se întâmplă, ca să mediteze pune / Urechile ce-s prea lunghe ori coarnele de la cerb; / Unde-i boul lui cuminte, unde-i vulpea diplomată? / S-au dus toți, s-au dus cu toate pe o cale nenturnată.** / S-au dus Pann, fiul Pepei, cel isteț ca un proverb.

Ca-n orice dezvoltare naturală, organică, acestei epoci avea să-i fie contrapusă o alta, a jurnalismului pasionant, aducând cu sine, în avanscena criticii de moravuri și de atitudini infracționale, a criticii sociale și juridice în general, caricatura, benzile desenate, până la această contemporană epocă ce limitează forța de cândva a jurnalismului prin forța directă a telematicii, a instantaneității comunicaționale și prin virulența în progresie geometrică a rețelelor de socializare, prin sloganurile extrem de sugestive, de percutante, precum acelea din cadrul manifestațiilor gigantice de stradă ale mișcării *#Rezist* din România anilor 2017-2018.

Cu toate acestea, viața juridică și morală a cetății nu poate aneantiza amintirea prețioasă pentru asanarea moravurilor și îngrădirea infracțiunilor a alegoriei fabuliste și a libelurilor defăimătoare de cândva. Acestea au cunoscut mulți detractori (din partea celor vizați sau a acelor care "s-au simțit cu musca pe căciulă", pentru a vorbi românește...).

II. Alecu Donici, schița unei fișe bio-bibliografice

Alecu Donici s-a născut în anul 1806. Pe data de 19 ianuarie 1806, a fost botezat în localitatea Piatra-Bezin din *ținutul Orhei*²⁶ (după străvechea medievală organizare administrativ teritorială în ținuturi și ocoale moldovenești). Era orheean, deci, precum un alt fabulist evidențiat în istoria literaturii române, poetul Ioan Sârbu, născut la Ignăței, în 1830 și decedat la Mașcăuți, tot din ținutul Orhei, în 1868.²⁷

Alecu Donici era primul fiu din cei patru ai familiei clucerului Dimitrie Donici (boierului și dregătorului responsabil cu aprovizionarea unei curți domnești în Țara Românească și Moldova feudale) și al Elenei Donici (născută Lambrino). La vârsta de 29 de ani a emigrat la Iași și, după alți șase ani, la Piatra Neamț, unde, de altfel, a și decedat în aprilie 1865 (George Călinescu face trimitere la un necrolog din oficiosul nemțean *Trompeta Carpaților* din 15/25 aprilie). Orientarea spre magistratură nu ne este explicată. Știm doar că încă din perioada chișinăueană, când fusese asesor al așa-numitei *Judecătorii Regionale a Conștiinței*, apoi, din cea ieșeană, când fusese asesor al Curții de Apel, dar mai ales la Piatra Neamț, unde a devenit *agă*, prezident al Tribunalului, după ce fusese președinte al Judecătoriei²⁸ iar, din 1850, membru al Curții de Apel, devenind, un an mai târziu, președinte al *Divanului de Întărituri*, o curte pentru pricini vizând cărțile, întăriturile domnești în

²⁶ Alecu Donici, *Fabule și satire*, Editura Litera Internațional, București-Chișinău, 2002, p. 7.

²⁷ George Călinescu, *Istoria literaturii române de la origini până în prezent*, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Ediție și prefață de Alexandru Piru, Editura Minerva, București, 1988, p. 279.

²⁸ Mihai Răzvan Ungureanu, *Marea arhondologie a boierilor Moldovei (1835-1856)*, Ediția princeps, Editura Universității "Alexandru Ioan Cuza", Iași, 1997, p. 105: "Donici, Aleco: "prezident Giud(ecăto)riei Neamțul, agă", 2499/02.02.1846."

materie de drepturi reale imobiliare, de proprietate, posesie sau scutiri de impozite. Mai știm că un unchi pe linie paternă, Andronache Donici era un jurist celebru al timpului, autorul unui manual-cod privat de legi (pravile)²⁹, colaborator la redactarea *Codului Calimach* și teoretician al dreptului (introducerea la manualul său, "predoslovia", fiind considerată, de către Valentin Al. Georgescu, ca fiind prima operă teoretică de hermeneutică juridică românească, iar autorul ei, supranumit "pravilist"). Să-l fi inspirat acest iluminist moldav, acest savant jurist al timpului, ce-a căutat să modernizeze, pe canavaua dreptului roman și a celui bizantin, dreptul obișnuielnic, obiceiul pământului de la noi? Nu știm cu certitudine. Seamănă cu iluministul său unchi și sub unghi "ideologic", *avant la lettre*... Odată ajuns în Iași, va adera la curentul de idei naționale și europene, înnoitoare și liberale promovate de mișcarea europenistă, pașoptistă și unionistă...³⁰

Pe lângă activitatea-i intensă de om al justiției, pe lângă dregătoriile onorabil servite, Alecu Donici a jertfit timp și energie pentru cauza unionistă,

²⁹ Andronache Donici, *Adunare den pravelile împărătești sau alegire cuprinzătoare foarte în scurt, de cele mai trebuincioasă pravele alcătuite cu mare lesnire, spre înțelegerea și știința tuturor*, Iași, 1806 reeditată în anul 1814, tot la Iași, sub titlul următor: *Adunare cuprinzătoare în scurt din cărțile împărăteștilor pravile spre înlesnirea celor ce să îndeletnicesc întru învățătura lor, cu trimiterea către cărți, titlu și capul împărăteștilor pravile* (apud Valentin Al. Georgescu, *Preemțiunea în istoria dreptului românesc. Dreptul de protimisis în Țara Românească și Moldova*, 1968).

³⁰ Spre exemplificare, redăm doar prima strofă dintr-o poezie care parcă anticipează poemul eminescian atât de apreciat, *Ce-ți doresc eu ție dulce Românie*. Alecu Donici, pe această temă a binecuvântărilor de "benefice zâne ursitoare la naștere" scrie poemul *Dorința românului din 1862*: "Să fie România de-acum în veci unită / Și propășind în toate să fie ea menită, / La răsărit să-nalțe pavilionu-i sus, / Ca cele de apus." (A. Donici, op.cit., p. 185)

după cum deja am menționat, pentru cauze sociale³¹, filotime³², dar și pentru ctitorirea și consolidarea unor faruri strălucitoare de viață intelectuală în țările române, alături de prietenii lui foarte buni, de-o viață, precum C. Negruzzi³³ și D. Alexandrescu³⁴, sau față de tovarășii săi militanți, dominați de aspirații unioniste.³⁵

Activitatea literară, munca de creație (ce s-au dovedit a fi pagini de aur ale rechizitoriilor necesare pentru îndreptarea unor innacceptabile stări de lucruri din Moldova)³⁶ au completat în mod fericit acest tablou al dedicației sociale și familiale (vorbim despre un tată de familie cu zece copii...). Peste 80 de fabule, câteva dintre ele originale, sau, mai bine, cu tematică și valoare originală, la care se adaugă redeșteptatele satire cantemirești, poeziile, odele,

³¹ În 1842, din motive de "pricini de judecată", călătorește la București iar în 1852 este ales membru al Divanului Obștesc (A. Donici, op.cit., pp. 7-11).

³² Bunăoară, în anii 1829-1830, a participat la lucrările, acțiunile comisiei din Ciuciuleni, Basarabia, pentru combaterea ciumei pandemice (A. Donici, op.cit., p. 7).

³³ Cornelia Mosora, "Alexandru Donici", în Al. Donici, *Fabule*, Ediție îngrijită, note și prefață de Cornelia Mosora, Editura Tineretului, 1960, p. 5: "Între anii 1821-1823, Alexandru Donici se află cu familia la Chișinău unde se refugiaseră mulți boieri moldoveni (N.B.!, tulburările începutului mișcării Eteriei..., n.m.). Printre refugiații din Moldova se afla în acest oraș și familia poetului Costache Conachi, a lui Costache Negruzzi, Beldiman și alții. / Cu acest prilej, Al. Donici se împrietenește cu Costache Negruzzi. Cam de aceeași vârstă – Costache Negruzzi era cu doi ani mai tânăr decât Donici – cei doi prieteni se simt uniți de aceleași idei înnoitoare de care sunt animați (...)"

³⁴ *Ibidem*, p. 7: "După înăbușirea mișcării revoluționare din Moldova, Donici se apropie de grupul militanților pentru unirea Țărilor Române: M. Kogălniceanu, V. Alecsandri, Alecu Russo, oglindind și mai pregnant în fabulele sale realitățile sociale ale vremii, năzuințele unioniste ale poporului."

³⁵ În anul 1855, împreună cu Gheorghe Asachi și Costache Negruzzi, formează Comitetul Teatral, hărăzit a stabili repertoriul Teatrului Național din Iași (A. Donici, op.cit., p. 11).

³⁶ Cornelia Mosora, *loc. cit.*, p. 11, citându-l pe Emil Boldan, "Prefața" la Al. Donici, *Fabule*, E.S.P.L.A., București, 1958, p. 18: "În condițiile acestea de crunt despotism feudal, fabula cu vestmântul ei alegoric era cel mai nimerit mijloc pentru scriitorii ca să-și exprime revolta împotriva asupririi poporului, să demaște oprimarea, fărădelegile stăpânirii."

traducerile, toate acestea dau conținut major unei opere ce-a fost extrem de bine receptată în țările românești (Eminescu, Kogălniceanu, Negruzzi, Hașdeu, Alecsandri, Iorga, Călinescu³⁷ și alții, până la academicianul Mihai Cimpoi al zilelor noastre prezentându-le laudativ, la unison), ceea ce ilustrează propensiunea românilor pentru moravuri bune și pentru justiție impecabilă.³⁸

III. Ordine de drept și ordine morală într-un *ad hoc* "divan" intelectual al fabulelor

Pornim de la premisa că fabula este un alt mod de "a spune" dreptul și morala (*Dire le droit, faire justice*)³⁹, resimțite a fi naturale, de esență jusnaturalistă, în popor. Spre deosebire de *infra-dreptul* sau *dreptul folcloric* ce nu are linii tangente cu ale celui statal, dacă am trata problema în termenii lui Jean Carbonnier⁴⁰, fabula tratează dreptul și morala etatice și "savante". Doar "armele" ei sunt "folclorice". Coținutul este "savant".

³⁷ George Călinescu, op.cit., p. 279: "Apoi vin fabuliștii, căci acest gen a crescut ca troscotul și nu e poet care să nu fi scris fabule. (...) Al. Donici (...) e cel mai reputat."

³⁸ Mircea Scarlat, *Istoria poeziei românești*, Vol. I, Editura Minerva, București, 1982, p. 342: "Basarabeanul Alecu Donici se impune în epocă, astfel încât ediția de Fabule (Iași, 1840) va fi sporită și reeditată în 1842. Puțini sunt, de altfel, scriitorii vremii care nu scriu fabule. Specia e ilustrată de Asachi, Gr. Alexandrescu, Anton Pann, Heliade, Stamati, C. Bălăcescu, Bolintineanu, Mureșanu, G. Sion, D. Ralet și mulți alții. Scriitori de vârste și înzestrări diferite, crezând în valoarea instrumentală a poeziei (iată, mă gândesc aici și la destinul alegoric al Motanului Arpagic al Anei Blandiana..., n.m.), apelează la fabulă în scopuri de cele mai multe ori extraliterare."

³⁹ François Ost, *Dire le droit, faire justice*, IIème edition, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2007.

⁴⁰ Jean Carbonnier, op.cit., (*Flexible droit*), p. 24.

În cele ce urmează, vom extrage câteva dintre marile teme socio-juridice care formează nucleul justițiarismului social al operei lui Alecu Donici. Temele le anunțăm în litere îngroșate, iar textele selectate după criteriul prezenței elementelor juridico-morale ce formează substanța multor cercetări de etnologie juridică (normele morale și penale ale unui popor fiind imaginea adevăratei sale *Constituții*, una a esențelor, a fibrei interioare, a spiritului profund și durabil, nu doar a instituțiilor, a formelor, a modelelor pasagere...), ei bine, pe aceste selectate texte le vom scrie cu caractere italice, respectând, însă cu scrupulozitate grafia și stilul, lexiconul și gramatica originale și, în acest fel, omagiind cum se cuvine personalitatea copleșitoare a acestui judecător și fabulist basarabean, desăvârșit român unionist și înflăcărat adept al moralei pașoptiste noi, naționale și europene.

A) Corupția și semnele vizibile, exterioare, ale omului corupt (om învins, cumpărat, slugă corupătorului, după Demostene)⁴¹, între care, ”strălucește” averea nejustificată, vilele, palatele, imensele acareturi, terenuri întinse și fără număr, toate dobândite din funcțiile publice, din dregătoriile puse în slujba unor mecanisme lucrative într-un cerc restrâns de profitori familiari sau de ”amici” de speță oligarhică. Aici, infracțiunea de luare și dare de mită reprezintă cununa de preț a ”piraților” de pe coastă... Tabloul lui Vasile Alecsandri, nu atât din seriile lui de *Chirițe* (anticipând fabulosul

⁴¹ Demostene, *Pentru coroană* (pledoarie cu *parti-pris*, discurs judiciar într-un proces în care a pledat *pro domo*) : ”După cum cel care corupe îl învinge pe cel care primește, tot așa, cel care nu primește îl învinge pe cel care vrea să-l corupă”, apud Theofil Simenschy, op.cit., p. 138. Pentru discursul integral, a se vedea *Demostene. Eschine. Licurg. Pagini alese din oratori greci*, Antologie, note biografice și traducere de Andrei Marin, Note explicative de Maria-Marinescu-Himu, Vol. II, Editura pentru Literatură, București, 1969, pp. 194-235.

roman *Craii de Curtea Veche* al lui Mateiu Caragiale), cât din magnificul său roman *Dridri* (închinat nefericitei sale iubiri) este cât se poate de sugestiv.⁴²

Vulpea și bursucul: Da dincotro și unde / Alergi tu așa iute? / Bursucul întâlnind pe vulpe-au întreat. / - Oh, dragă cumătre, am dat peste păcat, / Sunt, iată. Surghiunită! / Tu știi că eu am fost în slujbă rânduică / La o găinărie. / Cu trebile ce-aveam, odihna-mi am lăsat, / Și sănătatea mi-am stricat; / Dar tot eu am căzut în groaznică urgie, / Pe niște pâri nedovedite, / Precum că luam mite. / Tu singur martor ești, în adevăr să spui: / De m-ai văzut cumva, măcar cu vreun pui? / - Nu, dragă cumătră; dar când ne întâlneam / Eu cam ades vedeam: / Că tu pe botișor / Aveai și pufușor. / Se-ntâmplă și la noi de vezi / Cum altul, având loc, așa se tânguiește, / Încât îți vine mai să-l crezi / Că abia din leafă se hrănește. / Dar astăzi butcă, mâine cai, / De unde oare-i vin? Și când ar vrea să stai / Să-i faci curată socoteală /

⁴² Vasile Alecsandri, *Dridri*, E.S.P.L.A., București, 1960, pp. 39-42, *apud* Cornelia Mosora, *op.cit.*, p. 10: "Așadar, în vârful scării sociale un domn cu topuzul în mână și cu legea sub picioare; pe treptele acelei scări o boierime ghiftuită de privilegiuri, bucurându-se de toate drepturile, până și de ilegalități, și scutită de orice îndatorire către țară; alături cu acea boierime un clerici ai cărui șefi, veniți de la Fanar și din bizuniile muntelui Athos, se desfătau într-o viață de lux trândavă și scandaloasă; iar jos, în pulbere, o gloată cu cerbicea plecată sub toate sarcinile! Sus, puterea egoistă, jos, șerbirea și mizeria fără protecție, și totul mișcându-se într-o atmosferă neguroasă de ignoranță, de superstiții, de pretenții, de lăcomie și de frică. ... / ... Mituirea, departe a fi considerată ca un delict sau ca un păcat, cum se zicea atunci, intrase adânc în obiceiuri, (grație corumperii de moravuri lățite în țară prin fatala domnire a fanarioților, și producea, pe lângă lefi, venituri sigure și permise funcționarilor. Ea forma rodirile cele mai mănoase din ramurile administrației și ale justiției, astfel că un slujbaș al statului care în trei ani de serviciu nu-și făcea avere cădea sub disprețul guvernului. Însuși clerul se îndulcea de păcatul mituirii, prin fabricarea plătită de preoți și protopopi și mai cu seamă prin înlesnirea despărțeniilor pronunțate de Dicasterie... /) ... În fine se pierdea în umbră, în părăsire, în ignoranță poporul !... Poporul șerbit boierescului, poporul pe capul căruia toți erau stăpâni, toți : vătavi, arendași, proprietari, slujitori, cenușeri, țârcovnici, revizori, sameși, ispravnici, judecători, directori, miniștri, domn, sultan și împărat !... Poporul supus la bellicuri, supus la biruri, supus la dare de flăcăi la oaste, supus la bătaie cu biciul, supus la supliciuul fumului prin temnițe, expus la toate capriciile crude ale soartei, la toate mizeriile morale și fizice, plecat la toți, fie indigeni sau străini, sărăcit, înjosit, cuprins de groază din copilărie până la moarte și neapărat de lege nici măcar în contra crimelor !" (De fapt, textele de mai sus fac parte dintr-o lucrare prefațatoare a romanului, *Constantin Negruzzi. Introducere la scrierile lui*, alături de altele de același gen, oarecum memorialistic, dedicate altor personalități remarcabile și prieteni ai României, precu, *exempli gratia*, poetul Alphonse de Lamartine).

Pentru venit și cheltuială, / N-ai zice ca bursucul că are pufușor / Pe botișor?⁴³

B) Despre impostura profesională și infrațiunile de malpraxis *avant la lettre*, pe care și spirite luminate, marcate de mizantropie și justițiarism, precum modelul lor european, dublinezul Jonathan Swift, autorul romanului satiric *Călătoriile lui Gulliver*⁴⁴, au încercat să le traducă în termeni juridici și să le introducă în legiuirile moderne.

La mormântul unui doctor: Sub astă piatră zace un doctor învățat; / Cu moartea lui de moarte pe mulți el a scăpat.⁴⁵

C) Când recidiva devine, iremediabil *modus vivendi et operandi* (altfel spus, *Lupul își schimbă părul, dar năravul ba...*), ceea ce a fost temă de meditație la Seneca și la cei încrezători în sentințele din *Epistolele* lui (*Desinit esse remedio locus, ubi quae fuerant vitia, mores sunt*)⁴⁶.

Lupul și cucul: — Rămâi sănătos, vecine! / Au zis lupul către cuc. / Aceste țări de rău pline / Le părăsesc și mă duc. / Nu mai pot trăi aice, / De om, câine, prigonit. / În Arcadia, ferice! / Este codru de trăit. / Unde aurita vreme / Împărățește deplin, / Unde lupul nu se teme / De năpăstile ce-i vin. / Acolo nu sunt războaie, / Toți în pace viețuiesc: / Omul este blând ca oaie, / Iar câinii nici hămăiesc. / - Cale bună, măi vecine! / Dar te rog, să-mi spui curat: / Năravul nu-ți iei cu tine? / Și colții ai lepădat? / - Să-i lepăd? Da' cum se poate? / - Apoi ține minte, frate, / Că la viitoarea iarnă / Ai să rămâi fără blană. / Și așa s-au întâmplat, / Precum cucul i-au cântat. / Între

⁴³ Al. Donici, op.cit., p. 21.

⁴⁴ Jonathan Swift, *Călătoriile lui Gulliver*, 3, 2: "O infirmitate a naturii umane, foarte comună, ne înclină să fim mai curioși și mai încrezuți în chestiuni care ne privesc cel mai puțin și pentru care suntem cel mai puțin capabili, fie prin studiu, fie din natură", apud Th. Simenschy, op.cit., p. 328.

⁴⁵ Al. Donici, op.cit., p. 184.

⁴⁶ Seneca, *Epistulae morales ad Lucilium*, 28, 7: "Nu mai este loc pentru remediu; acolo unde a fost viciu, a devenit obicei", apud Th. Simenschy, op.cit., p. 833.

oameni iar sunt unii / Cu colți de lup înzestrați: / Ori în care parte-
a lumii, / Ei vor fi tot ne-mpăcați.⁴⁷

D) Tema uzurpării și a imposturii: *Quod nullum est nullum producit effectum* (cu variantele : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere* ; *quod ab initio nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest*) ceea ce relevă și adevărata semnificație a loviturilor de stat (*usurpatio Regibus...*); și aceasta, după Regula catoniană, un principiu perpetuu înscris, de la dacul împărat roman Licinius⁴⁸, în Digestele justiniene – *De diversis regulis juris antiqui - Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convallescere non potest*⁴⁹ ; (...) când să dobândească un ”chip”, după asemănarea actanților lor, acești protagoniști ai narațiunii publice, acești ”regi” ai pădurii, devoți ai ”cultului Artemisei”, care în numele ”luptei

⁴⁷ Alecu Donici, op.cit., p. 18.

⁴⁸ *Gaius Valerius Licinianus Licinius Augustus*, împărat roman născut din părinți daci în *Moesia Inferior*, coautor, alături de împăratul Constantin cel Mare, al faimosului *Edict de la Milan*, edictul toleranței față de creștini, din februarie 313 *p.Cr.A se vedea, în acest sens, Justinian, Digestorum sev Pandectarum*, Liber L, 17. 210 : *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convallescere non potest.*

⁴⁹ Valerius M. Ciucă, ”Regele ca sinecdocă a istoriei”, în Daniel Șandru și Alexandru Muraru, editori, *Reîntorcerea. După 20 de ani. Două decenii de la revenirea în țară a Familiei Regale a României*, carte în curs de apariție, în cinstea Centenarului unității statale românești, 2018 : ”*Regula* a cunoscut mai multe versiuni, toate susținând principiul după care un act nul de început nu poate fi validat de trecerea timpului. Factualitatea, în sine, nu înseamnă juridicitate. Chiar și în materie de ”uzucapiune”, de *possessio ad usucapionem*, sunt necesare, pe lângă *corpus*, factualitatea pură, *animus sibi habendi*, o voință recunoscută, de aprehendare, nu de ”executare”, și, peste toate, de un *justum titulus*, de un titlu legal, diferențiat de actele furtive... Printre cele mai importante expresii cu această semnificație, pe lângă aceea prezentată mai sus, le reținem, pentru scopul circumstanțiat al acestei lucrări, pe următoarele :

Quod ab initio non valet, in tractu temporis non convallescere ;

Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere ;

Quod nullum est, nullum producit effectum ;

Quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest ;

Non firmatur tractu temporis, quod de jure ab initio non subsistit etc. ”

drepte finale” uzurpă regele și emasculează sacerdotul, dispar finalmente, ”arși între coloane”, precum cei ce-au eșuat lamentabil în labirintul tenebroaselor istorii ale șantajului⁵⁰, ale corupției, sau, încoronați cu lauri, se topesc în cronologii ”votive”, dar sterili în progenituri care să le perpetueze maleficul model; aceștia din urmă devin mai trecători ca libelula pe luciul unei ape curgătoare...”⁵¹

Parnas: Pe când la greci au părăsit / Ciopliții dumnezei, / Iar locurile lor, pe drept le-au împărțit / Norodul între ei: / Atunci și muntele Parnas / La unul muritor moșie a rămas. / Stăpânul nou pe el îndat-au așezat / Câțiva măgari la pășunat. / Măgarii au aflat, / De unde, până unde! / Că muzele odat' / Au locuit pe munte / Și zic: "Se vede, dar, / Că noi aici suntem mânați nu în zadar. / Pesemne muzele de oameni s-au urât / Și ei au hotărât: / Ca noi în locul lor cântări să iscodim. / Aideți! voinicilor! cu toții să răcnim. / Nu pierdeți cumpătul, strigați cu îndrăzneală, / Iar cine n-are glas / Cum trebui la măgari, afar' de pe Parnas! / Și credeți că, păzind această rânduială, / Noi slavă vom lua, mai mult răsunătoare, / Decât acele nouă vestite sorioare". / Acest sfat măgăresc, / Măgarii cu un glas îl îmbunătățesc. / Și-odată toți pornesc / Așa strigare mare, / Încât stăpânul lor, pierzând toată răbdarea, / Au poruncit

⁵⁰ "Groza se prezintă la rege și depune jurământul. Regele vede în el un ins prefăcut, care se crede foarte spiritual copleșindu-și interlocutorii cu glume vulgare. Pe scurt spus, un individ "unsuros". Peste câteva ore sosesc Vișinski și Malinovski, care salută decizia regelui și numirea noului premier. Regina Elena notează într-un carnetel: "Am aflat că, dacă Mihai nu accepta guvernul astăzi, Malinovski l-ar fi arestat în această noapte și l-ar fi dus la Moscova. La acest gând, îmi îngheață sângele în vine. Și astfel se încheie o săptămână de tensiune și disperare." E 6 martie 1945." – text extras din Tatiana Niculescu Bran, *Mihai I. Ultimul rege al românilor*, Ed. Humanitas, București, 2016, p.220.

⁵¹ Valerius M. Ciucă, "Regele ca sinecdocă a istoriei", *loc. cit.*

cu ură / Să-nchidă pe măgari, de pe Parnas, la șură. / Eu vreau s-aduc aminte: / Că locul nu dă minte.⁵²

E) Decât o judecată bună, mai bine o înțelegere proastă. Este o temă pe care înțelepții o numesc "a perdantei căi adversariale", cu cheltuieli de judecată, riscuri, timp pierdut și stres emoțional și intelectual *versus* calea cea bună, conciliară, compromisorie, a medierii. Dintotdeauna, adversitatea a pierdut teren în fața clemenței (*clementia*)⁵³ sub aspectul valorilor umane dobândite. Și Anton Pann dedică două *Povești ale vorbei* acestei fabuloase teme antice.⁵⁴

Momița și două mâțe: În a momițelor țară / (Ce mai nu are hotară) / Odată judecătoare Era o momiță, care / Chibzuia cu scumpătate / Cumpăna cea de dreptate. / Și iată că la momiță / Se arată două mâțe, / Zgâriate, încruntate, / În prigonire de moarte, / Părăsind al lor lăcaș, / Pentr-un bulgăre de caș. / Una strigă: "Socotește! / Cașul eu l-am fost ochit." / Alta țipă: "Hotărăște! / Cașul eu l-am dobândit." / - Stați! le zise lor momița. / În cumpăna de dreptate / Se va lămuri ființa / Pricinii de caș urmate. / Apoi cașul drept în două / Rumpându-l ea prea frumos, / Au pus întru amândouă / Cumpene câte un boț. / Dar când cumpăna ridică, / Vede c-o parte-i mai mică; / Mușcă, cearcă, chibzuiește / Și bine nu nimerește. / Acum partea cea mușcată / Nu trăgea ca ceialaltă; / Mușcând iar din acea grea, / Tocmai drept nu nimerea. / Și așa

⁵² Alecu Donici, op.cit., pp. 25-26.

⁵³ Yuval Noah Harari, *Sapiens. Scurtă istorie a omenirii*, Traducere de Adrian Șerban, Editura Polirom, Iași, 2017, p. 138 :(*clementia*) "Aceasta e materia din care sunt făcuți creatorii imperiilor. Incompetent din punct de vedere militar, Augustus a reușit să instituie un regim imperial stabil, realizând ceva ce nu au reușit nici Julius Caesar, nici Alexandru cel Mare, care erau generali mult mai competenți. Atât contemporanii săi care l-au admirat, cât și istoricii moderni atribuie adesea această înfăptuire virtuții lui Augustus de *clementia* – blândețe și clemență."

⁵⁴ Anton Pann, *Povestea vorbii*, "Despre pricini de judecăți", după *Culegere de Proverburi sau Povestea Vorbiei – De prin lume adunate și iarăși la lume date* (3 vol., București, 1852-1853, în Tipografia lui Anton Pann), Text stabilit și glosar de I. Fischer, Precuvântare de Ion Roman, Ilustrații de Eugen Taru, Editura de Stat pentru Literatură și Artă, 1958, pp. 286-287.

pân-în sfârșit / Tot în cumpene au tras; / Iar mâțele s-au trezit / Că din caș n-au mai rămas.⁵⁵

F) Pars leonina în partajul necinstit din ”grupurile necinstei”. Este un domeniu unde epilogul precede fabulei, întrucât, în grupările infracționale, judecata dreaptă este inversată, pilastrul central al ”moralei esoterice” a lor, al regulilor intrinsece, precum în oligarhicul *Leviathan* hobbesian⁵⁶, fiind constituit din principiul oligarhic al ”puterii pure”, nu al rațiunii sau al ”fraternității”, al echității (*aequitas*) *quasi*-sociale...

Leul la vânat: Leul, lupul, vulpea și câinele odat', / Ca niște buni vecini, s-au fost alcătuit, / Cu toții întrunit, / Să umble la vânat: / Și ce vor căpăta să-mpartă măsurat. / Se-ntâmplă dar, că vulpea-ntâi / Un cerb frumos au prins, / Și adunând pe toți ai săi, / Spre jertfă l-au întins. / - Acuma e treaba mea, băieți, / Le zise leul lor. / Voi trebui numai să vedeți / Cum eu împart ușor. / Și despicând îndat' pe cerb în patru părți, / Au zis: "Aceste sunt frățeștile bucăți. / Și iată: cea întâi e partea mea de frate; / A doua, pe drept ca unui leu se cade; / Ș-acea a treia tot mie se cuvine, / Precum voi știți prea bine. / Iar de a patra, oricare s-ar atinge, / Pe loc îl voi învinge.⁵⁷

G) Vizibilitatea funcției publice este incompatibilă cu transgresiunea legii și a comandamentelor morale ai căror gardieni naturali sunt presa liberă, independentă și Justiția independentă, egida tuturor libertăților fundamentale, aici interesând libertatea de expresie, a cuvântului, sufletul tuturor libertăților, după Demostene⁵⁸. ”Funcția publică” este dotată cu un

⁵⁵ Al. Donici, op.cit., pp. 27-28.

⁵⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan (Leviathan, sive De materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis)*, 1668.

⁵⁷ Al. Donici, op.cit., p. 40.

⁵⁸ Demostene, *Filipice*, 2, 25, apud Stobaeus, *Florilegium*, 13, 17, apud Th. Simenschy, op.cit., p. 419: ”Nu poate fi o nenorocire mai mare pentru oamenii liberi decât pierderea libertății cuvântului”. Vezi și Demostene. *Eschine. Licurg. Pagini alese din oratori greci*, op.cit., vol. II, pp. 77-92.

”clopoțel” special și cu un legitim spirit control social având în vedere anvergura ei dar și consecințele dezastruoase ale încălcării normelor juridico-morale. A continua, eventual, ca, în timpul exercitării funcției publice, un astfel de funcționar să dea măsura tarelor sale morale și exacerbarii intereselor sale personale, pricopsirii sale și a familiei sale, în disprețul rezervei, decenței, quasi-”sfințeniei”, exemplarității, impecabilei conduite publice și private, ei bine, în mod legitim trebuie să sune ”clopoțelul”, adică să fie devoalate toate aceste malefice conduite de către o presă liberă, nestingherită în opera-i de asanare morală, percutantă. La fel, prin prisma libertății de opinie și a cuvântului, ”clopoțelul de argint” cu care toți suntem în mod natural dotați, comentariile, aprecierile, luările de poziție folosesc operei *paideice* generale de educare a vlăstarelor societăților noastre în spiritul etic, moral, juridic dezirabil.

Magariul: La un țaran era o vită de măgar, / Cu care el la toți se lauda; / Căci în părerea lui prea bine se purta. / Și pentru cămprejur era tot codri mari, / Apoi ca nu cumva, păscând, să rătăcească / Măgarul laudat, / Și totodată vrând ca să-l împodobească, / Un zurgălău la gât țaranul i-au legat; / Măgarul sau făcut măreț și îngâmfat. / (De decorații el pesemne auzise, / Că prea se fudulise.) / Dar rangul nou au fost lui spre osândă mare. / (Urmează și la noi această întâmplare.) / Eu însă mai întâi dator sunt să vă spun, / Că în purtări era măgarul nu prea bun; / Iar pân' la zurgălău el bine petrecea. / Prin țarini, prin grădini, prin curături umbla, / Păștea, se-ndestula; / Și-apoi cam pe furiș acasă se-ntorcea. / Acum însă mai rău măgarul petrecea. / Pentru că rangul nou, / Sunând prin zurgălău, / Chema când pe vecin cu vro despicătură / Să deie pe măgar afar' din curătură, / Când pe stăpânul său cu jărdia în mână, / Să-l scoată din grădină;/ Apoi și pe jitar, / Să-i rupă coastele cu parul din ogoară, / Încât bietul măgar, / Stâlcit și osândit, rămase mai să moară. / Și oamenii acei la rang înaintați / Pășesc asemenea, când sunt interesați; / Pentru că

rangul nou, / Lor este zurgălău, / Ce sună de departe / Vădindu-le a lor fapte.⁵⁹

H) Însușirea nelegitimă, injustă, ilegală a muncii altuia, cu simularea efortului și cu nedemnul comportament aferat și arogant al acestor furi, această nedemnă conduită, una care, în viața intelectuală a cetății dobândește alura plagiatului, a anticului *plagium*⁶⁰, ca o ”răpire” sau fraudă cu sclavi⁶¹ pentru extorcare ulterioară, în profit personal, a reprezentat dintotdeauna ținta unor diatribe publice sau a astuțiilor moraliștilor și ale juriștilor veritabili, cei preocupați de starea moralei publice și de posibilitatea de înrâurire a vieții juridice prin comandamentele ei universale, perene, kantiene.

Musca: De la arat un plug / Venea încet spre casă / Și, la un bou pe jug, / O muscă se-așezase. / Iar ei, spre-ntâmpinare, / O altă muscă-n zbor / Îi face întrebare: / - De unde, dragă sor'? / - Și mai întrebi de unde! / Ei musca îi răspunde / C-un aer supărat. / Au nu pricepi ce facem? / Nu vezi că noi ne-ntoarcem / Din câmp, de la arat! / Spre laudă deșartă / Mulți zic: noi am lucrat, / Când ei lucrează-n faptă, / Ca musca la arat.⁶²

I) De ce este nevoie de cazier alb, impecabil în funcțiile publice? De ce este necesară chestionarea victimelor atunci când sunt luate hotărâri cu privire la reprezentarea lor în ierarhiile sociale? De ce este inadmisibil, moralmente și din perspectivă juridică, numirea unui ”lup *nazâr*, stăpân,

⁵⁹ *Antologia fabulei românești de la Dimitrie Țichindeal până la Marin Sorescu*, Ediție îngrijită de Adrian Săvoiu, Editura Art, București, 2017, pp. 74-75.

⁶⁰ *Lex Fabia de plagiaris (63 a.Cr.)*. Vezi și Marcus Tullius Cicero, *Pro Rabirio Postumo*, 8,7.

⁶¹ Justinian, *Digestorum sev Pandectarum*, Liber XLVIII, 15.

⁶² Al. Donici, *Fabule*, Ediție îngrijită de Valeriu Ciobanu, Cu o prefață de Emil Boldan, ”Din periodice: *Foaie științifică și literară*, I (1844), p. 80”, Editura de Stat pentru Literatură și Artă, 1956, p. 151.

administrator la oi”? Aceasta este o măsură antică de precauție socială, una care introduce parțial principiul meritocrației în tot ce înseamnă administrație publică și, prin extrapolare, în toate funcțiunile, profesiile și ipostazele publice (în multe situații, chiar private), pentru a fi înlăturate premisele favorabile unor pierderi de ordin material, moral, sau, doar simbolic (dacă nu cumva această din urmă pierdere socială este și cea mai grea...). Chiar dacă nu exista un cazier modern, în sens de Criminocorpus, exempli gratia, în Roma republicană îi revenea cenzorului (cu funcțiunea unui serviciu de informații *avant la lettre*) să informeze Adunarea Poporului și Senatul, mai ales, la alegeri, cu privire la profilul moral al candidaților, demascându-le tarele comportamentale și trecutul delictual și imoral. Până astăzi ne-a rămas legenda marelui cenzor Marcus Porcius Cato (supranumit *cel Bătrân*, sau *Cenzorul*, sau *Major*). Indro Montanelli⁶³ folosește o anecdotă cât se poate de edificatoare: la pretenția unui candidat că rănila de pe trup i-au produse de inamici, în război, cenzorul îi amintește de ”luptele” cu matroana din bucătărie... Interdicția normativă de acest gen (mai ales pe cale cutumiară, consuetudinară) a exercitat, de-a lungul mileniilor, în toate civilizațiile consacrate, și un puternic rol profilactic, antitransgresiune, dar, mai ales, unul paideumatic, didactic pentru vlăstarele națiunilor, regatelor, statelor etc. Tema este cu adevărat universală, ținând de morala publică sănătoasă.

Lupul nazâr: Oricât de bune rânduiele, / Cum vor intra pe
mâini de oameni necinstiți/ Și numai de al lor folos povățuiți, / Se
fac îndată rele. / Spre pildă trebuie să știți / Că lupul s-au cerut la
leu nazâr pe oi. / Se vede că la el, precum și pe la noi, / Tot trebui
mijlociri, / Căci el întâi au pus pe vulpe meșteriță, / Rege către leiță.

⁶³ Indro Montanelli, *Roma. O istorie inedită*, Traducere de George Miciacio, Editura Artemis, București, 1995.

/ Dar, pentru că de lupi sunt rele auziri, / Prealuminatul leu ferind nemulțumiri, / A poruncit la sfat / Să facă tuturor chemare / De o obștească adunare, / La care mic și mare să fie întrebat: / Ce știu de lup și ce purtări el are. / Așadar, fiarele pe rând s-au adunat / Și întru o unire glas bun de lup au dat. / Pe urmă au ieșit porunca cea leiască: / Pe lup, nazâr deplin, la stâne să-l pornească. / Dar oile ce-au arătat? / La adunare ele au fost neapărat? / Aceasta-i de mirare, / Că sfatul au uitat să facă lor chemare, / Când ele mai ales erau trebuitoare.⁶⁴

J) Cam în aceeași notă a imposturii de destin, precum în exemplul precedent, Alecu Donici introduce tema pe care noi, modernii, o numim infrațiunea de abuz în serviciu în formă agravată, o infrațiune în mod natural, precum furtul, fără ”prag” inferior valoric, deoarece, așa cum a fost și denumită și fiind circumstanțială, vizează serviciul și nu patrimoniul sau, așa cum îmi place să spun, este *poliedrică și neregulată*, deoarece sunt vizate toate serviciile, toate ocupațiile omenești ce acoperă spațiul public și privat al vieții noastre sociale. Sursa îndepărtată a tuturor formelor incriminate de abuz se află în străvechiul abuz de încredere. Sunt, toate, ”fructe” perene ale aceluiasi ”arbore” ale cărui ramuri au ADN-uri diferite, arborele credinței, al bunei-credințe (*bona fides*)⁶⁵. Denaturarea destinației acestor ”fructe” se poate face prin furt sau prin abuz, sau prin ambele concomitent, aceste fapte ignobile prin definiție neexcluzându-se una pe alta. Această rădăcină comună a conduitelor abuzive asigură confluența unei conduite dolosive cu una de escamotare, de acoperire, o componentă magică. Nici în raporturile private această atitudine n-a fost acceptată; cu atât mai puțin în cele publice.

⁶⁴ Alecu Donici, *Fabule și satire*, Ed. Litera Internațional, București-Chișinău, 2004, p. 56.

⁶⁵ Valerius M. Ciucă, ”Bona fides într-o nouă hermeneutică”, în *Vagant prin ideea europeană. Fulgurații juridico-filosofice*, Editura Fundației Academice AXIS, Iași, 2012, pp. 159-175.

Ursul la priseci: La o alegere, făcută după legi / Ce dobitoacele povățuiesc din veci, / Pe urs l-au fost ales nazâr peste priseci, / Deși s-ar fi putut un alt, oricare fie, / Să prindă o așa cam grea dregătorie. / Căci ursul dacă dă de miere, / Apoi se-ncurcă-n socotele. / Dar pasă tu de cere / La fiare rânduiele!.. / Oricine au dorit să între-n așa post, / Nevrednic, defăimat de către toți au fost / Și parcă înadins / Asupra ursului majorita s-au strâns. / Toți l-au heretisit, / Iar el au mulțumit, / Ba încă la cei mari și labele au lins. / Dar răul în priseci curând s-au dezvelit; / Căci ursul, cum au mers la tact, s-au apucat / De curățit, de retezat / Și, drept, oricare stup în labă-i au intrat / L-au scos de tot curat, / Iar mierea la bârlog mergea neconținut, / Pân' ce la sfat s-au dat de știre / Și s-au orânduit / La fața locului pe forme deslușire. / Au mers, au cercetat, au scris, au lămurit, / Dar mierea n-au înapoiț ; / Iar ursul de pe loc / S-a și trimis surghiun pe iarnă la bârlog. / El în singurătate / Își sughe labele mult pline de păcate. / Și, ca un călător pe mare, / Așteaptă vântul cel de cale. / Nici nu mai zic nimică: / De urși mi-i tare frică.⁶⁶

K) Dacă, în viața privată, dezbinarea din micile rețele familiale, de prieteni sau colegiale, este indezirabilă, având în vedere consecințele, uneori dramatice, pe care le produce în plan personal sau în destinul unor ființe nevinovate (de regulă, copiii), ei bine, dezbinarea din cadrul instituțiilor statale ce funcționează pe bază de organicitate și deseori prin altruism social, dizolvarea lor din motive egotice, din interese meschine (iar, în acest al doilea caz, totdeauna interesele sunt meschine...), este un fenomen de-a dreptul catastrofal, cu consecințe deseori incalculabile, mergând până la disoluția autorității statale sau chiar la pulverizarea, aneantizarea acestuia... Cele mai grave infracțiuni sunt legate, în codurile penale moderne, de aceste iresponsabile atitudini de "privatizare" (de regulă, în siajul tiraniei), a funcției publice... *Divide et impera* ("Dezbină și stăpânește"), formulă binecunoscută în strategiile politico-militare, reamintită cu spirit doct de Nicolo Machiavelli,

⁶⁶ Al. Donici, op.cit., p. 79.

în celebra-i capodoperă *Principele* însoțește istoria omenirii de câteva mii de ani..., cel puțin de la Filip al II-lea al Macedoniei (382-336 *ante Christum*)⁶⁷.

Împărțeala: Având tovarășie / La o negustorie, / Câțiva prieteni pe viață / Au câștigat mulțime de bani gheață. / Și adunându-se la casa lor obștească / S-au apucat folosul să-mpărțească. / (Dar sunt cam rare împărțele / Fără gâlceve sau smintele.) / Și-ai mei prieteni buni, câștigul împărțind, / S-au întărtat la sfadă. / Când, iată! deodată, / Aud strigând: / - Săriți! săriți! foc! casa arde! / – Lăsați și ne vom socoti pe urmă; / Dar trebuie să știți că mie mi se cade / Din cea de față sumă / O mie încă și mai bine, / Au zis dintre tovarăși unul. / - Iar mie în tot bunul / Vro două mi se vine, / Le zise lor un alt. / - Aidem însă! - Ba stați, / Și dreaptă partea mea îmi dați, / Strigară celalalt. / - Da pentru ce? Și cum?... / Sfădindu-se așa, prietenii văd fum / Cu pălălaie-n casă, / Și neputând să iasă, / Au ars ei toți, cu bani, cu tot. / Aici a zice pot: / Că la un rău obștesc, când cere trebuința / Ca să-l întâmpinăm puind unit silința; / Adeseori pierim obștește, / Când fieștecare / Strigând cu gură mare, / La interesul său în parte ațintește.⁶⁸

L) Ce poate determina dezavuarea legii celei mai clare, înfrângerea moralei comune și a convențiilor sociale neechivoce? – Eternul exemplu sau, mai bine, contra-exemplu personal... Slăbiciunile morale ale celor ce sunt chemați să vegheze asupra respectării lor ca veritabili gardieni ai normelor. Or, tocmai aceștia transgrezează uneori legile și morala pentru a face loc abuzului în nume personal, familial, de grup (infracțional sau nu) sau de grup legitim, dar convertit, prin aceste silnicii, prin aceste violări de norme, prin aceste "hatâruri", în veritabil grup infracțional. Iar "Justiția", cu proverbiala-i banderolă neagră de pe ochi, îi ține închiși, deși, în societate, pentru asigurarea respectării nediferențiate a legii, ar trebui să aibă înfățișare

⁶⁷ «διαίρει και βασιλεύει» (<https://www.newsbeast.gr/greece/arthro/1959666/pos-vgike-i-frasi-dieri-ke-vasileve>, 24.I.2018).

⁶⁸ Al. Donici, op.cit., pp. 90-92.

mai degrabă de *Proteus*, cel cu o sută de perechi de ochi..., simbol al cenzorului roman, veghetorul moravurilor din Roma clasică... Indulgența horatiană⁶⁹, simbolizată de cecitatea indusă (vecină cu indiferența sau neglijența în serviciu) naște altă indulgență și societatea va cunoaște un cerc vicios în care toți devin "rude" captive, precum în alegoria lui Donici...

Vărul primare: Sub lavițe-n cămară / Toți șoarecii de frunte făcuse-odinioară / Sfat mare între ei, / La care hotărâse cu multă scumpătate, / Ca în a lor cetate / Să nu se-ngăduiască nici unul din acei / Ce nu vor avea coadă; pe un temei puternic, / Că șoarecul nevrednic / Să-și cruțe coada sa, / La întâmplări mai grele / Cetatea va lăsa / În prada mâței rele. / Se vede că ei coada o au semn de trufie, / Sau merit osebit; / Precum la noi fu barba cu titlu de cinstit. / Oricum pricina fie, / A șoarecilor act / Sub lavițe la tact / S-au pus în împlinire. / La următoarea însă obștească întrunire, / Un șoarec fără coadă cu cei de frunte sta / Și pricini cerceta. / Alt șoricel cu laba vecinul își ghiontește / Șoptindu-i: "Nu vezi, frate, ce rău ni se gătește! / Cum poate fi primit / Un șoarec prihănit / În astă preacinstită de cozi lungi adunare? / Și tu, bătrân ales, / Păzești tăcere mare". / - Păzesc tăcere, dragă, căci el mi-i văr primare./ - Destul, am înțeles. / Nici în vizunii, oare, / Hatârul lege n-are?⁷⁰

M) Justiția, spune unul dintre înțelepții Antichității clasice, poetul latin Publius Ovidius Naso⁷¹, a fost cretă pentru ca legile să protejeze societatea de "cei puternici", pentru ca aceștia din urmă "să nu poată totul". Este o explicație diferită de aceea celebră a lui Mihai Eminescu: *Spuneți-mi ce-i dreptatea? - Cei tari se îngrădiră / Cu-averea și mărirea în cercul lor de legi, din cunoscuta poezie "Împărat și proletar".* Ambii gânditori au dreptate,

⁶⁹ Quintus Horatius Flaccus, *Satirae*, 1, 3, 74 sq.: *Aequum est / Peccatis veniam poscentem reddere rursus* ("Este just ca cel care cere îngăduința pentru greșelile sale s-o acorde, la rândul său"), apud Th. Simenschy, op.cit., pp. 329-330.

⁷⁰ Al. Donici, op.cit., pp. 118-119.

⁷¹ Publius Ovidius Naso, *Fasti: Inde datae leges, ne fortior, ne firmior omnia possit (Faste: "Și de aceea au fost create legile, pentru ca cel puternic să nu poată totul"...)).*

fără ca acest lucru să fie un paradox. Este motivul pentru care, *exempli gratia*, furtul nu este prevăzut cu un prag valoric minimal... Dar, ceea ce diferențiază societățile civilizate de altele constă în *moravurile judiciare*. Judecătorii înțelepți, care joacă și un rol profilactic în societățile lor și, firește, unul didactic, aproape de idealul *paideei sociale a adulților*, aplică pedepse draconice celor "mari" și îi înțeleg cu mai multă toleranță pe cei "mici"...

Jderul și cacomul (hermina, n.m.): - Da' bună ziua, nene! Îmi pare curios / Ca să te văz astăzi în piele și voios; / Ieri am privit, eu singur, ciudata vânătoare / După cacomi: trei oameni din ochi te urmăreau / Și te-ndreptau mereu / Spre mlaștina cea mare; / Apoi am văzut încă, cum toți la ea au stat / Și te-au înconjurat. / Atunci... și eu, vezi bine, / Temându-mă de mine, / În scorbur-am intrat / Și nu știu ce s-a mai urmat. / Ian spune-mi, drag vecine, / Cum ai scăpat din lăbi de om? - Întrebă jderul pe cacom. / - Cum am scăpat? răspunse cacomul moderat, / Curat ca prin minune, / Dar trebuie a-ți spune / Un lucru vederat: / Că omul din natură are / Plecări destul de bune. / Tu ai văzut cu ochii cum m-au înconjurat / La mlaștina cea mare / Și știi că eu mai bine mă dau prins / Decât să fiu de glod atins. / Ei bine! / Văz că-un om s-apropie de mine, / Îmi pune pe cap mâna și zice la ceilalți: / "Emblema curăției, el trebui să trăiască / Ca în integritate pe om să pilduiască! / Aideți mai bine, frați, / Să prindem pe murdari, / Pe jderi, pe vulpi, pe angării mai mari. / Ce port virtuți pe gură, / Dar dau prin glod și fură.⁷²

N) Infrațiunile contra mediului, epuizarea resurselor naturale, a resurselor de orice gen, pentru o falacioasă îmbogățire rapidă, cu consecințe dintre cele mai funeste ca și cum ne-am afla într-un război inter-generațional, emasculând progeniturile noastre printr-o "rezervă succesorală" putredă, săracă, sau cu totul absentă. Este vorba, aici, de crime grave îndreptate împotriva umanității (nu doar viitoare, ci și prezente), de crime îndreptate și împotriva memoriei umanității, viitorimea putând să-i judece pe strămoșii

⁷² Alecu Donici, op.cit. (*Fabule și satire*), pp. 158-159.

noștri stoici și frumos articulați moralicește cu noi, cei abuzivi, nesățioși, extrem de lacomi și de urât construiți sufletește, cu noi, materialistii dezumanizați, dominați de propensiunile noastre infrațional-hapsâne. Povestea tristă a avidității fără margini... devenim tot mai săraci înecați în opulențe...⁷³

Râmătorul: Un râmător din fire născut nesățios / Aflând destulă ghindă sub un stejar stufos / A ros cât a putut / Și-apoi la rădăcină să râme-a început. / Tu surpi copacul, zise o pasăre zburând. / Ce-mi pasă, râmătorul răspunse grohăind, / El fie ori nu fie, nici vreau să mai gândesc: / Eu caut numai ghindă, la care lăcomesc, / Fiindcă ea mă-ngrașă. - Urâte râmător / Și nemulțumitor! / I-a zis atunci stejarul, ridică-ți surla-n sus / Și vezi: că-această ghindă eu, eu o am produs. / Nerozii în orbire științele urâsc, / Când ei din a lor roduri încă se folosesc.⁷⁴

O) Este posibil a încheia această parte aplicativă a studiului nostru, una în care am selectat fabulele cu subiect juridico-moral din ansamblul fabulisticii sale, fără a-i ilustra capodopera, cea mai cunoscută, pe aceea care a devenit emblema argumentației unioniștilor (devenită, în 1863, deviză princiară pe stema Principatelor Unite, *TOȚI ÎN UNU*, ce ne amintește de deviza muschetarilor și a N.A.T.O.⁷⁵, dar și de rădăcinile-i istorice care coboară până la principiul subsidiarității, la Johannes Althusius, la Sf. Augustin și la Aristotel)⁷⁶ față de înșelătoarele aserțiuni sterile, inutile, perdante și, finalmente, ridicole ale separatiștilor. Desigur, nu mă pot referi decât la "Racul, broasca și știuca"?. Răspunsul nu poate fi decât negativ, deși,

⁷³ Horatius, *Odes*, 3, 16, 28: *Magnas inter opes inops* ("Sărac, în mijlocul unor bogății mari"), apud Th. Simenschy, op.cit., p. 52.

⁷⁴ Al. Donici, op.cit., p. 174.

⁷⁵ *Toți pentru unul, unul pentru toți...*

⁷⁶ Valerius M. Ciucă, *Euronomosofia, Vol. I. Prolegomene la o operă în eșafodaj*, Editura Fundației Academice AXIS, Iași, 2012, pp. 116-118.

în cazul acesteia, prevalează mai mult spiritul politico-moral decât cel juridic, un spirit dominat de *Viribus unitis* al lui Alexandru Papiu Ilarian⁷⁷, fratele și congenerul de peste Carpați ai celor mai înainte evocați, un spirit dominant, cu toate conotațiile preferate în anii de glorie ai mișcărilor pașoptiste și unioniste din Țările Române. Este, cred, un fericit *Memento*(!). Pentru *Centenar*...

”Racul, broasca și știuca: Racul, broasca și o știucă / Într-o zi s-au apucat / De pe mal în iaz s-aducă / Un sac cu grâu încărcat. / Și la el toți se înhamă : / Trag, întind, dar iau de samă / Că sacul stă neclintit, / Căci se trăgea neunit. / Racul înapoi se da, / Broasca tot în sus sălta, / Știuca foarte se izbea / Și nimic nu isprăvea. / Nu știu cine-i vinovat ; / Însă, pe cât am aflat, / Sacul în iaz nu s-au tras, / Ci tot pe loc au rămas. / Așa-i și la omenire, / Când în obște nu-i unire : / Nici o treabă nu se face / Cu izbândă și cu pace.”⁷⁸



Iași, 24 Ianuarie, 2018

⁷⁷ Alexandru Papiu Ilarian, *Istoria românilor di Dacia Superioară, Vol. I, Istoria românilor din Dacia Superioară până în anul 1848 exclusiv*, Ediție îngrijită, prefață, bibliografii, glosar și notă asupra ediției de Serafim Duicu, Cu un cuvânt înainte de Acad. Ștefan Pascu, Casa de Editură Mureș, Târgu-Mureș, 1996, p. 175: "(...) și care sunt acei români ca să-i deie istoria la judecata generațiunilor viitoare; mai sufer a se înșela de străini ca să piardă timpul în nelucrare, au și certându-se între sine asupra unor lucruri foarte mărunte și prea de nimic și să părăsească cauza națiunei întregi; au doară acum lucră pentru cultura și fericirea, pentru viața presentă și pentru cea viitoare a toată genta "VIRIBUS UNITIS"?.” Închei cu un semn de grațitudine pe care-l exprim față de domnul Profesor dr. Nicolae Ploșteanu, fiul regretatului istoric, profeseor dr. Grigore Ploșteanu, îngrijitorul ediției din 2005 a volumelor II-III ale acestui monument cărturăresc născut în inima spațiului românesc prin spiritul profund și laborios al luminatelor minți pașoptiste, Al. Papiu Ilarian, o grațitudine manifestă față de actul spontan de-a-mi fi dăruit cele trei tomuri în soborul sediu al universității eponime din Târgu-Mureș.

⁷⁸ Alecu Donici, op.cit., p. 64.

STUDII

FUNDAMENTE ISTORICE ȘI PERMANENȚE DEFINITORII ALE CULTURII JURIDICE ROMÂNEȘTI. TRADIȚIE NEOLATINĂ, SINTEZĂ EUROPEANĂ ȘI AMPRENTĂ PROPRIE ÎN UNIFICAREA CONSTITUȚIONAL- LEGISLATIVĂ

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.6
Data publicării online: 16.03.2021

Mircea DUȚU*

Rezumat: Înfrățirea unității constituționale (exprimată prin adoptarea Constituției din 29 martie 1923) și a unificării legislative (realizată în trei etape, în special prin extinderea legiurilor din Vechiul Regat în: 1928, Basarabia, 1938 Bucovina și 1943 Transilvania) au constituit acte naționale majore aferente procesului de desăvârșire a unirii politice din 1918 și consolidării statului național unitar român. Ele au provocat ample dezbateri politico-doctrinare în care s-au confruntat, în termeni specifici, dincolo de interese și priorități conjuncturale cele trei mari viziuni juridice și concepții asupra justiției din Europa timpului, aflate în prezență în România întregită: cea neolatină, preponderent formalistă, cea austriacă, a „dreptății materiale” și, respectiv, marca rusească, puternic socială. Dacă asupra necesității și chiar urgenței unificării legislative a existat unanimitate, disputele au purtat în privința metodei de realizare, iar rezistențele regionale au întârziat realizarea sa

* Prof. univ. dr. Mircea Duțu este Profesor de Dreptul mediului, președintele Universității Ecologice din București și directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, mircea.dutu@gmail.com.

efectivă și deplină. Experiențele generate în aceste contexte – de la cele patru anteproiecte de pact constituțional, la legi de uniformizare parțială, codificări reușite – Codul penal și Codul de procedură penală intrate în vigoare în 1937 – ori eșuate – Codul civil, Codul de procedură civilă și Codul comercial, promulgate din 1939–1940, dar a căror punere în aplicare a fost amânată sine die, impunându-se în cele din urmă extinderea legislației din Vechiul Regat în provinciile alipite – au prezentat și importante semnificații științifico-culturale. Ele au confirmat constituirea unui model românesc de dezvoltare juridică, edificat pe moștenirea romană, aderarea la modernitatea juridică neolatină, purtând amprentă proprie consolidată și diversificată de receptările și sinteza unificării juridice interbelice. În același context unificator, de sinteză europeană și afirmare proprie s-a cristalizat și o școală română de drept și o doctrină națională în materie. Tradițiile atunci configurate și definite au generat reperele unei identități juridice care au persistat peste timp și cu nuanțările cuvenite servesc astăzi ca orientări indispensabile în acceptarea și exprimarea integrării europene și globalizării generalizate în sensul unei hibridizări și dialog, și nu al impunerii unilaterale și ștergerii particularităților juridice naționale.

Cuvinte cheie: unitate constituțională; unificare legislativă; Constituția din 1923; continuitate organică; codificare; dezvoltare juridică; știința dreptului; cultură juridică; stat unitar; autodeterminare; școala românească de drept; integrare europeană; globalizare.

HISTORICAL FUNDAMENTALS AND
DEFINITIVE PERMANENCES OF THE
ROMANIAN LEGAL CULTURE. NEOLATIN
TRADITION, EUROPEAN SYNTHESIS AND
OWN FOOTPRINT IN
CONSTITUTIONAL-LEGISLATIVE
UNIFICATION

Abstract: Achieving constitutional unity (expressed by the adoption of the Constitution on March 29, 1923) and legislative unity (in three steps, especially by extending the regulations of the “Old Kingdom: 1928, Bessarabia, 1938 – Bukovina, 1943 – Transylvania) stand as major national acts related to the process of completion the political union of 1918 and consolidating the Romanian national unitary state. They have caused ample debates, facing, in specific terms, beyond conjunctural interests and priorities, there major legal visions and conceptions regarding justice in the Europe of the times, present in the reunified Romania: the neo-Latin, majorly formalist; the Austrian, of “material justice”; and, respectively, the Russian, of a strongly social nature. If regarding the necessity and even the urgency of legislative unification there has been a unanimous standing, the disputes concerned the method of realization, and regional resistances have delayed its effective and full realization. The experiences generated by these contexts – from the four draft projects of a constitutional pact, to laws for partial unification, and successful – the Criminal Code and the Criminal Proceedings Code of 1937 – or failed – the Civil Code, the Civil Proceedings Code and the Commercial Code, adopted in 1939-1940 but their entry into force delayed sine die, the sole imposed solution being eventually the extension of the regulations of the “Old Kingdom” over the unified provinces – bear as well several important scientific and cultural meanings. They have confirm the creation of a Romanian model for juridical development, built upon the Romanic inheritance, the adherence to the neo-Latin juridical modernity, under its own print, consolidated and diversified by the receptions and synthesis of the juridical inter-war unification. The same unifying context, of European synthesis and national affirmation, gave birth to a Romanian school of law and a national jurisprudence. The traditions the configured and completed have generated the landmarks of a juridical identity that have endured over time, with the specific nuances, and serve today as indispensable orientation in accepting and expressing the European integration and the generalized globalization, perceived as hybridizing and dialogue, and not as a one-sided obtrusion and deletion of national legal specificities.

Keywords: constitutional unity; legislative unity; Constitution of 1923; organic continuity; codification; juridical development; science of law; legal culture; unitary state; self-determination; Romanian school of law; European integration; globalization.

Cuprins

I.	Unificarea constituțională și învățămintele sale	253
II.	Unificarea legislativă – marea provocare a României Mari.....	262
A.	Codurile moderne – 1864; 1887 – „haină de împrumut, liber adoptată” 262	
B.	O ocazie istorică ratată	263
C.	O dezbatere națională: ce fel de unificare?	266
D.	Unificarea prin codificare – o opțiune, în primul rând regală!	274
III.	Explicația prof. Mircea Djuvara.	279
IV.	Concluzii posibile.	281

Desăvârșirea procesului de unificare politico-statală prin actele de autodeterminare din 1918, acceptate de instanțele politico-legiuitoare ale vechii țări (1919) și confirmate de tratatele de pace de la Paris din 1919–1920 a presupus, în continuarea, completarea și consolidarea sa înfăptuirea unității juridice – judiciare, constituțional-legislative, a regimului profesiilor domeniului, învățământului superior de specialitate, generarea științei și culturii naționale în materie ca o împlinire necesară a unei vieți comune a națiunii întregite. Fiecare dintre aceste dimensiuni fundamentale ale României Mari a ridicat probleme și întâmpinat dificultăți particulare spre rezolvare în frunte cu cea constituțional-legislativă. În noile condiții teritoriale și de populație ale țării reîntregite, vechiul cadru constituțional de organizare și funcționare a statului devenise insuficient și mai puțin reprezentativ. Pe lângă imperfecțiunile tehnice generate de modificările aduse

după 1866, pactul fundamental trebuia să exprime marile progrese și ineditele realități care marceau societatea românească și să cuprindă angajamentele cu valoare constituțională asumate pe calea tratatelor internaționale și „În afară de aceste împrejurări, o necesitate mult mai mare se ridica în fața guvernanților noștri: unificarea legislativă” dar, în același timp, „Era greu să se procedă la alcătuirea legilor de unificare atâta vreme cât nu erau fixate principiile pe baza cărora trebuie alcătuite aceste legi, atâta vreme cât nu se fixa cadrul general în marginile căruia viața să-și dureze instituțiile sale”¹.

Într-adevăr, la 1 decembrie 1918 se aplicau pe cuprinsul țării întregite patru legislații diferite ca tradiții, concepții științifico-culturale și izvoare de exprimare: cea aferentă Vechiului Regat, simbioza austro-ungară din Ardeal, varianta austriacă din Bucovina și moștenirea rusească din Basarabia. Ultimele trei s-au născut și aplicat fără vreo contribuție a populației autohtone și majoritare românești, fuseseră edictate de foștii stăpânitori și exprimau interesele, particularitățile și tradițiile lor juridice. Desigur, într-un plan abstract al tehnicii și ideilor generale de drept, multe din instituțiile aferente erau moderne, corespunzătoare spiritului și cerințelor vremii și își dovediseră, într-o anumită măsură, funcționalitatea socială. Altele, puține e drept, prin practicitatea lor, precum cărțile funciare, reușiseră să se impună ca utilitate și acceptabilitate și în rândul românilor din provinciile respective.

Diversitatea reglementărilor legale constituia însă un obstacol apreciabil în calea dezvoltării normale a vieții naționale în cadrul noilor frontiere ale statului român, devenit național unitar. „Viața țării – remarcă un ministru al justiției din acea perioadă – nu poate fi fragmentată pe provincii,

¹ Paul Negulescu, George Alexianu, *Tratat de drept public*, tomul I, Editura „Casa Școalelor”, București, 1942, p. 226.

ea se cere trăită într-un singur ritm de la Nistru până la Tisa și Dunăre, fără barierele unor sisteme de drept deosebite sau chiar dispersate”; așadar, „economia națională nu putea suporta o atare stare de lucruri fără o gravă stânjenire a dezvoltării pronunțat ascendente pe care bogățiile naturale ale țării și calitățile sufletești ale națiunii, întâiași dată descătuseate, o justificau”²; incongruența și diferențierile legislațiilor afectau negativ, în mod evident, activitatea economică, desfășurarea schimburilor comerciale și realizarea producției, iar o atare stare a legiuirilor constituia, totodată, și un însemnat inconvenient pentru desăvârșirea unității sufletești, edificarea unei științe a dreptului și culturi juridice românești unitare și reprezentative de ținută și sinteză europeană și dezvoltarea conștiinței unității naționale. În această ultimă privință „Legile pozitive sunt o concretizare a conștiinței de drept a unei națiuni, iar o națiune unitară și bine încheată nu poate avea decât o singură conștiință”³. Regionalismul legislativ era un fenomen real, prezent major, dar evident păgubitor pentru procesul de desăvârșire a unității naționale; manifestat prin structuri juridice distincte, dacă nu în unele privințe și contradictorii, se considera pe bună dreptate că o atare situație nu putea fi „decât o etapă care uneori duce la realizarea unității, iar altă dată la sfărâmarea unității. Cum pentru noi aceasta nu putea fi concepută decât în sensul desăvârșirii unității, procesul trebuia grăbit în interesul superior al unei cât mai grabnice consolidări a țării”⁴. Dacă în privința necesității absolute a unificării constituțional-legislative nu era nicio îndoială, fiind considerată

² Valeriu Pop, fost ministru al justiției, *Prefață*, „Codul penal Carol II. Annotat”, vol. I, *Partea generală (art. 1–183)*, Editura Socec&cCo., București, 1937, p. VI.

³ Idem, p. V.

⁴ Idem, p. VII.

ca o consecință directă a realizării unității politice a neamului românesc și o condiție a consolidării acesteia asupra modalităților concrete de înfăptuire, s-au născut treptat și confruntat diverse puncte de vedere, manifestându-se și în acest context interese preponderent politice, divergente și opțiuni concrete greu de conciliat și de promovat în mod efectiv, dar persistând și decantându-se și unele constante ale gândirii și culturii noastre juridice. În cadrul acestora aveau să se angajeze, mai ales în primul deceniu și jumătate după actele din 1918–1920, pe lângă oameni politici și mulți dintre juriștii reprezentativi ai țării, exprimând cel mai adesea idei și poziții teoretice care reflectau școlile de drept cărora le aparțineau și preocuparea unor soluții cât mai adecvate pentru o Românie Mare văzută ca un spațiu juridic complex, de întretăiere și confluențe între marile curente cultural-juridice europene.

În virtutea unor evoluții organice, nu fără hiatusuri, dezvoltarea juridică a României a fost marcată, în marea perioadă interbelică de expansiune națională, de o anumită continuitate, având drept constante moștenirea romanică, opțiunea neolatină asumată în mod liber odată cu întemeierea așezământului politico-statal modern și urmarea ei fermă, precum și orientarea permanentă și consecventă spre înfăptuirea, desăvârșirea și consolidarea unității și impregnarea sa cu particularitățile națiunii române. În pofida diferențelor explicate istoric, generate de alipirea celorlalte trei provincii în 1918, aceste priorități s-au păstrat și s-au manifestat pregnant și în cadrul procesului de unificare constituțional-legislativă, pe calea netezirii treptate a asperităților, cristalizării conștiinței juridice proprii și cu ajutorul doctrinei și culturii juridice ale interesului și identității

naționale⁵. Astfel, s-au decantat elementele datului juridico-cultural românesc persistente și astăzi, componente ale identității constituționale, peste care nu se poate trece în nicio împrejurare, și aferente nucleului definitoriu al culturii naționale și cu atât mai necesare de afirmat în contextul globalizării multidimensionale, uniformizatoare și depersonalizante.

Dintr-o asemenea perspectivă, analiza dezbaterilor teoretice și evaluarea întreprinderilor practice de unificare constituțional-legislativă interbelice relevă aspecte importante și oferă concluzii semnificative pentru etapa istorică respectivă și înscriere a sa în mersul general al dezvoltării juridice a României.

I. Unificarea constituțională și învățămintele sale

O primă măsură indispensabilă funcționării statului extins teritorial ca urmare a actelor de unire și prealabilă prin stabilirea principiilor de efectuare a unificării legislativ-judiciare a reprezentat-o unificarea regimului constituțional. „Îndată după întoarcerea de la Iași și înfăptuirea României Mari”, cum se arăta într-una din lucrările consacrate subiectului, cercurile de studii ale partidelor, în frunte cu cel al Partidului Național Liberal (PNL) și reprezentanți ai mediilor universitare, s-au preocupat „să fixeze care ar trebui să fie față de noile împrejurări sociale și politice, bazele viitoare ale Statului Român”. Astfel, au fost elaborate și publicate în anii 1921–1922 patru anteproiecte de constituție, însoțite de expuneri de motive aparținând PNL (D. Ioanițescu), lui Romul Boilă de la Cluj (apropiat perspectivei Partidului

⁵ Mircea Duțu, Tudor Avrigeanu, *Fundamentele dreptății naționale. Tratatul de la Trianon și conștiința juridică românească*, Editura Universul Juridic, București, 2020, p. 140 și urm.

Național Român), Partidului Țărănesc (C. Stere) și prof. C. Berariu de la Universitatea din Cernăuți (pentru poziția bucovineană) și care au fost supuse analizelor și dezbaterilor ce aveau să conducă în cele din urmă la adoptarea Constituției României Mari de la 29 martie 1923 și înlăptuirea unificării constituționale. Fiecare dintre anteproiecte relevau argumente proprii nevoii unificării constituționale și a căilor de realizare a sa.

Prin urmare, în *Expunerea de principiu* la proiectul de constituție elaborat de Cercul de studii liberale⁶ „întocmirea unei alte constituții” era impusă de faptul că „Statul român ieșit din marele război este un stat aproape nou de clădit, nu numai că are adăugate noi teritorii și o populație mai numeroasă, formată din patru ramuri fiecare trăită sub alt regim, dar și fiindcă va trebui să existe într-o Europă nouă, în care războiul a produs prefaceri adânci, sociale și economice”. Principiile noului așezământ trebuiau „scoase de o parte din condițiile de existență proprii României Mari, iar pe de altă parte hotărâte de noua evoluție politică și socială a lumii civilizate”. Aproape în mod natural, pentru partidul întemeietor al lui Ion I.C. Brătianu, apărea ca o „dată fundamentală pentru viitoarea așezare a statului” situarea țării „încă în perioada eroică a consolidării naționale” și izolată „în mijlocul altor neamuri, într-o regiune cu un echilibru instabil”, care avea nevoie de „o politică unitară de stat cu caracter național”, ce, în plus, se justifica „din cauza tendințelor centrifuge spre înstrăinare care dăinuiesc încă în provinciile alipite”, și „pentru îndeplinirea misiunii sale europene, adică a valorificării energiei proprii ca factor de civilizație”. În această perspectivă, anteproiectul

⁶ Ante-proiect de Constituție întocmit de Cercul de Studii al Partidului Național-Liberal, cu o Expunere de principii de D. Ioanișescu, Biblioteca Cercului de Studii PNL, București, 1921, p. 6-7.

de „Constituție a României Mari” propunea caracterizarea „Regatul României este un stat unitar și indivizibil...” (art. 1). Proiectul liberal, care purta indubitabil amprenta evidentă a personalității, viziunii și acțiunii lui Ion I.C. Brătianu, se caracteriza printr-un puternic simț istoric și imbold civilizațional propriu, românesc, degaja o accentuată vocație unitară și exprima dorința unui efort creator comun determinant pentru un avânt al progresului general, identitar. Astfel, organizarea juridico-instituțională a noului așezământ, devenit al întregii națiuni române, pornea de la exigența de a ține seama, înainte de toate, „de condițiile speciale proprii” și presupunea respingerea „îndrumării viitoare... pe o bază internațională sau pe un antagonism de clase... sau sub forma copleșirii unor pături sociale de altele încă amorfe”. Ea se cuvenea a se înscrie în evoluția natural-organică a statalității românești, aflată încă într-o „perioadă eroică, cea a consolidării naționale, de care alte state au trecut de mult”, chemată să se exprima „într-o politică unitară de stat cu caracter național”, căreia se impunea spre a sigura „existența și propășirea neamului” și dimensiunea (ca statul, n.n.–M.D.) de a fi pe „larg democratic, directivă impusă de repercutarea prefacerilor din Europa, ca și de necesitățile de dezvoltare ale neamului însuși”.

Replica transilvană datorată lui Romul Boilă (cu precizarea că documentul exprima satisfacerea unui „îndemn personal” și reflecta „părerile personale”, dar în mod evident purta o poziție transilvană) considera că pentru provinciile unite adoptarea unei noi legi fundamentale era necesară având în vedere „dreptul lor la o nouă și unitară organizație a statului român”. Se invocau în acest sens prevederile *Rezoluției* Adunării Naționale de la Alba Iulia din 1 decembrie 1918 care instituiau o autonomie provizorie a Ardealului până la întrunirea Constituantei aleasă pe baza votului universal ori cele ale *Hotărârii* Sfatului Țării de la Chișinău care solicitau întrunirea unei

Constituante desemnată în temeiul votului universal, basarabeni renunțând la aceasta numai după ce au văzut că li s-a satisfăcut „fiindcă primul parlament al României întregite avea toate condițiile unei Constituante”. Nu în ultimul rând, „satisfacerea acestei considerațiuni este o chestiune de onoare pentru Națiunea română. Odată unirea primită de Vechiul Regat implică solidarizarea Națiunii întregi cu această chestiune”. Se recunoștea declarativ și în *Expunerea de motive* formulată la anteproiectul ardelean imperativul de a asigura „pentru totdeauna”, „viața de stat unitară și independentă a neamului românesc în hotarele sale etnice și istorice”, însoțit de datoria (corelativă) de consolidare a „statului român reîntregit compus din mai multe provincii și fracțiuni ale neamului românesc, care au trăit sub diferite stăpâniri și sub diferite raporturi de drept, având totodată un grad de cultură socială și economică deosebită”. Consolidându-se așezământul statal, se va desăvârși și „unirea sufletească a neamului român” și cu timpul vom ajunge „la unitatea națională absolută, un element indispensabil pentru existența statului român”.

Potrivit unei atari viziuni mai moderate, cu nuanțări și persistențe „regionaliste” în concret, anteproiectul omitea prevederea expresă a caracterului unitar al statului român considerând că „ceea ce de altminteri se cuprinde în principiul indivizibilității”, dar precizând că deoarece „unitatea unui stat nu se declară, ci trebuie să existe, sau dacă încă nu există trebuie făcută”⁷.

Anteproiectul de constituție pe filieră basarabeană, întocmit de secția de studii a Partidului Țărănesc cu o *Expunere de motive* de C. Stere, profesor

⁷ *Anteproiect de constituție pentru statul român reîntregit*, cu o scurtă expunerea de motive de Romul Boilă, Cluj, 1921, p. 37-38.

de drept constituțional la Iași, impregnat de idei sociale, era apropiat ca atitudine generală, însă diferit ca filozofie de cel transilvan și pornea de la considerentul că „Regatul Român, ca stat al întregului popor românesc, renăscut astfel prin afirmarea principiului de suveranitate națională, este ținut să-și rezidească edificiul politic pe această temelie, în conformitate cu normele noii ordini de drept public și cu obligațiile lui internaționale”. Cum Constituția din 1866 nu putea fi extinsă asupra provinciilor unite, fără voința lor expres și liber declarată, fiind în mod evident o „deosebire între suveranitatea colectivă a întregii Națiuni, din Regat și provincii, și organizația politică care privea numai viața de stat a vechiului regat” se impunea deci elaborarea și adoptarea unui nou pact fundamental. În plus, arăta C. Stere în *Expunerea de motive...* pledau în favoarea acestei soluții și alte două argumente de drept pozitiv (*de lege lata*). Mai întâi, rezoluțiile, atât cea a Adunării Naționale de la Alba Iulia, cât și cea a Sfatului Țării din Chișinău, au avut în vedere, prin chiar respectivele declarații de unire, convocarea unei constituante alese pe baza sufragiului universal, și chiar dacă astfel nu prevedeau bineînțeles vreo „condiție rezolutorie”, reclamau totuși îndeplinirea unei „îndatoriri ineluctabile, impusă de situații de drept și de fapt și a cărei nesocotire ar putea avea urmări grave”. Se adăuga apoi un considerent de drept internațional; era vorba de o obligație care reieșea clar „nu numai din declarația de principiu din preambul, dar și din însuși Pactul Societății Națiunilor. Tratatul internațional de la Paris din 1919–1920 au recunoscut unirea în virtutea dreptului la autodeterminare, cel privitor la Basarabia invocând chiar expres Declarația Sfatului Țării și au stipulat anumite „garanții sigure de libertate și de dreptate atât tuturor locuitorilor din vechiul regat al României, cât și celor din teritoriile de curând transferate, fără deosebire de rasă, limbă și religie”.

Ca o concluzie, Partidul Țărănesc credea că „numai o Adunare Națională Constituantă, anume convocată și aleasă sub toate garanțiile necesare de desăvârșită sinceritate și libertate a alegerilor, poate avea sarcina de a întocmi și de a vota noua constituție a Regatului”⁸.

În fine, din perspectiva bucovineană a anteproiectului elaborat și publicat de prof. Constantin Berariu de la Facultatea de Drept din Cernăuți, cum „Marele război” și „înălțătura întregire a neamului sub suveranitatea României” schimbaseră „esențial condițiunile de viață ale statului”, Constituția din 1866 „nu mai satisface necesitățile din cuprinsul Vechiului Regat” iar în părțile alipite „în bună parte nu era aplicată de autorități, încât acolo stăpânește mare dezorientare în privința vigoarei normelor Constituției românești în raport cu acele ținuturi”.

Și întrucât „criza de drept poate produce o criză de stat”, alt mijloc de a asigura o „constituție unitară pentru toată țara” nu exista decât „modificarea celei vechi sau înlocuirea ei cu una nouă”. Dincolo de considerente de ordin tehnic privind dilema în cauză, universitarul bucovinean invoca și două substanțiale argumente de ordin politic. Mai întâi, întrucât țara și numărul populației se măriseră, în urma mării uniri, într-o proporție atât de considerabilă, încât mai bine de jumătate din locuitori „nu a fost reprezentată la deliberările asupra vechii Constituții”, revizuirea sa parțială nu ar fi permis suplینirea acestui mare neajuns, ceea ce ar fi fost inechitabil. În plus, s-ar fi putut întâmpla, adaugă autorul „ca din unele părți să se tăgăduiască întinderea normelor nerevizuite și în ținuturile nou alipite ale țării,

⁸ *Ante-proiect de constituție întocmit de secția de studii a Partidului Țărănesc, cu o Expunere de motive* de C. Stere, Tipografia „Viața Românească” s.a., „Universala”, București, 1922, p. 15-16.

continuându-se neînțelegerile și nesiguranța în drept”. Devenea astfel „prudent și necesar” ca în Constituantă „să se pună în deliberare întreg complexul Constituției, înlocuindu-se cea veche cu una nouă, votată în întregime de reprezentanții din tot cuprinsul de azi al țării”. Consecința practică a unei atari opțiuni era evidentă: nimeni nu va mai avea cuvânt să facă rezerve față de noile norme ale legii fundamentale și toți vor trebui să se solidarizeze sub pavăza principiilor ei!

La compunerea anteproiectului de la Cernăuți s-au avut în vedere „principiile consfințite de doctrină și puse cu folos în practică în statele moderne, fondate pe principiul democratic temperat” iar noua constituție trebuia „să continue șirul mărețelor fapte din timpul renașterii politice ale poporului nostru, începută acum un secol, dând țării întregite fundamentul solid pentru întărirea și progresul ei în viitor”.

Nu în ultimul rând și în consonanță cu toate aceste considerente, acordând o atenție deosebită caracterelor juridice și simbolice ale României, în document se aprecia că la loc de frunte în noua constituție trebuia să-și găsească expresie „caracterul unitar și indivizibil al statului, cât și caracterul lui național românesc”⁹.

Așa cum s-a observat, toate aceste proiecte luau ca bază Constituția din 1866 și erau inspirate din principiile ei, iar cel al partidului liberal, cu unele modificări, a devenit Constituția României Mari din 1923¹⁰.

Toate aceste demersuri legau conținutul preconizatei legi fundamentale, pact național de nivelul de dezvoltare culturală a națiunii

⁹ *Noua Constituție a României. Reflexiuni și anteproiect de Constantin Berariu*, profesor-agregat la Facultatea de Drept din Cernăuți, extras din „Arhiva pentru drept și politică”, Cernăuți, 1922, p. 4-5, 16.

¹⁰ Paul Negulescu, George Alexianu, *Tratat de drept public*, tomul I, *op. cit.*, p. 227.

române reîntregită statal și care accedea astfel întărită la concertul european și internațional al statelor în primul rând național. Refuzând ridicarea noii construcții constituționale „pe bază internațională sau cea a unui antagonism de clasă”, anteproiectul național-liberal pune accentul pe exprimarea particularităților României aflată, „în faza eroică a consolidării naționale” și preocupată de nevoia de „a ajunge la o viață proprie unitară”. La rândul său, anteproiectul de la Cluj al prof. R. Boilă, cu reticențe evidente ținând de o percepție mai „regională”, sublinia necesitatea alcătuirii și punerii în vigoare „a unei constituții în raport cu gradul de cultură al națiunii” și educării politice a cetățenilor așa încât să conștientizeze și să-și exercite drepturile și îndatoririle consfințite de pactul fundamental al țării. Într-o perspectivă mai echilibrată, documentul cernăuțean al prof. Berariu propunea și consacra „principiul democratic temperat, conform cu gradul de cultură în care se găsește marea masă a populației statului”, în raport cu care se construiește pe conținut și viziune întregul său cuprins. Erau, în definitiv, patru viziuni juridico-culturale izvorâte din realitățile timpului, unite de dorința desăvârșirii unirii sub dimensiunea sa juridică, de drept pozitiv și spirituală, dar exprimând și reticențe și diferențieri de perspectivă. Sub imperiul comandamentelor definitorii ale timpului anteproiectele constituționale propuneau, într-o formulare mai mult sau mai puțin atenuată și perceptibilă, și o nouă „concepție” și „practică” de stat, de la cea a unuia „național unitar” și creator identitar, la cea de „social”, cosmopolit, ori preponderent neutral de partea tuturor și a niciunuia în mod deosebit. Elementul comun al abordărilor propuse consta în abandonarea poziționării pasive, mai precis re poziționării lor mărginite la o „activitate prea birocratică” a „statului modern” și trecerea la una activă, mergând de la stimulare până la implicare directă și efectivă în societate. Și în această privință se pot distinge clar, în registrul general de

concepție nuanțată aspecte de relativă indiferență, la altele aferente opțiunii social-solidariste și până la cea organicist-națională (aparent paradoxal, la noi liberală!).

Aceasta din urmă, care s-a impus în termeni juridico-instituționali avea în centrul său teza imperativului transformării statului într-o „forță activă, care să trezească inițiativa națională în toate domeniile sociale”; în consecință, atribuțiile acestuia urmau a fi nu numai „cele de ordin politic – de legiferare, de aplicare a legilor și de control al acestei aplicări”, ci și cele care îl converteau și într-un „organ superior de îndrumare și coordonare a întregii vieți sociale, culturale și economice”. Spre o atare împlinire se considera necesar, „pe de o parte, pe viitor, că numai statul va putea dispune de punerea în valoare a factorilor sociali și economici, ce interesează viața întregii comunități, ca bogățiile subsolului, generatorii de energie, monopourile de interes general etc., iar pe de altă parte, activitatea sa „se va baza tot mai mult pe o colaborare strânsă cu administrațiile locale și anume instituții speciale”. Asemenea idei, aferente bine-cunoscutei teze a dezvoltării „prin noi înșine”, aveau să-și găsească expresia în prevederile pactului fundamental din 1923 (precum cele privind proprietatea publică asupra bogățiilor subsolului) și ale legislației ulterioare (în frunte cu cea a valorificării în interes național a resurselor naturale).

Desigur, realizarea unei sinteze a lor și constituirea uneia general acceptate și valabile care să dobândească consacrare constituțională ar fi fost soluția ideală. Cum o atare ipoteză arareori se întâmplă în fapt, graba timpului și neînțelegerile politice au condus, în cele din urmă, după cum se știe, la impunerea și adoptarea, cu unele ajustări, în 1923, a anteproiectului național-liberal. Unele partide nu au votat proiectul, au boicotat votul, o serie de autori au criticat procedura de elaborare și adoptare sau au minimalizat inovările

aduse, dar astăzi, la 100 de ani de la intrarea sa în vigoare, constituția respectivă a rămas definitiv în istorie nu numai ca legea fundamentală a României Mari, dar și drept cea mai democratică și occidentală, constituind în multe privințe reperul de elaborare a celei de azi.

II. Unificarea legislativă – marea provocare a României Mari

Parte inseparabilă a continuării și consolidării procesului de desăvârșire a unității naționale, unificarea legislativă a completat-o pe cea constituțională și i-a dezvoltat semnificațiile reglementare și culturale în domenii specifice. Dincolo de implicațiile concrete, și mai ales din perspectivă centenară, este vorba de o experiență civilizațional-culturală juridică excepțională care își decantează pe deplin concluziile abia acum, și învățămintele astfel degajate constituie astăzi, ori ar trebui, adevărate repere care s-ar impune avute în vedere în afirmarea vieții juridice naționale în contextul complex al integrării europene și afirmării globalizării generale.

A. Codurile moderne – 1864; 1887 – „haină de împrumut, liber adoptată”

Prima codificare masivă aferentă unificării legislative care a urmat „unirii de bază” din 1859 s-a realizat prin elaborarea și adoptarea, la 1864, a codurilor: civil, de procedură civilă, penal și de procedură penală, în mare parte reproducând legiurile franceze de gen, cu unele influențe belgiene și italiene. Împrumutate de la națiuni latine „cu o mentalitate identică sau cel puțin foarte apropiată de a noastră” ele s-au împământenit prin larga contribuție a jurisprudenței și doctrinei juridice ajungând, treptat, dar relativ

repede la scara istoriei spre sfârșitul secolului al XIX-lea și mai ales în primele două decenii ale celui următor la o asimilare cvasideplină în cadrul societal și cel al mentalității generale. Fiind „haină de împrumut”, însă liber adoptată, bucurându-se de o acceptabilitate generală și considerată o pârghie importantă de exprimare a apartenenței europene și afirmare a progresului socio-instituțional, legislația modernă de inspirație neolatină a fost percepută de la începuturi ca una numai absolut necesară, dar și cea mai potrivită nevoilor și particularităților noastre. Spiritul juridic formalist, până la excesiv a fost considerat ca bine-venit în cadrul unui stat și pentru un popor mai puțin obișnuit cu disciplina și rigurozitatea raporturilor (juridice), dar dornic de a accede cât mai rapid la o viață modernă, de tip occidental, o civilizație a „statului de drept” și ordinii juridice.

B. O ocazie istorică ratată

Mulți cunoscători interbelici ai domeniului apreciau, cu deplin temei, că unificarea legislativă putea fi îndeplinită imediat după desăvârșirea celei politice, în 1918 și în contextul general generat de aceasta, concomitent cu cea constituțională și urmându-i procedul, prin „extinderea codurilor Vechiului Regat în provinciile eliberate”. Avantajele ar fi fost considerabile, dar istoria a ratat această ocazie unică. Aplicarea acestui sistem, care avea să se impună în cele din urmă, însă pe deplin abia la 15 septembrie 1943 (în privința Ardealului), ar fi fost posibilă și deosebit de utilă. În privința primei aserțiuni, pledează starea generală a momentului istoric: entuziasmul general împreună cu situația de completă răsturnare și fulgerătoare transformare a tuturor condițiilor de existență națională ar fi favorizat și „facilitat adoptarea în bloc a legiurilor românești, iar viața, în măsura normalizării, s-ar fi adaptat

cu ușurință noilor norme de drept”. Singurul inconvenient important al acestui procedeu era considerat „întârzierea înzestrării țării cu coduri moderne care ar fi fost cu certitudine amânată pentru multă vreme fără constrângerea necesității inexorabile a unificării”.

Referitor la desfășurarea efectivă a procesului, ca urmare a tergiversărilor provocate de disputele politice, dezbaterile doctrinare relativ sterile și resurecția regionalismului juridic, ea poate fi rezumată astfel: ceea ce la momentul unirii sau îndată după unirea politică ar fi fost posibil și util, mai târziu nu a mai fost cu putință decât parțial și cu mari inconveniente. Numai sub acțiunea energică a unor miniștri ai justiției puternic atașați ideii naționale, precum Constantin Hamangiu sau Valer Pop, trecându-se peste mari reticențe și îndârjite opoziții de multe ori politicianiste s-au făcut, treptat și cu insuficiențele și inconsecvențele de etape puternic marcate de conjuncturile concrete, pașii necesari aferenți procesului de unificare legislativă. Extinderea codurilor românești în Basarabia realizată în 1928 a fost considerată a fi fost posibilă „din cauza haosului legislativ ce am moștenit în acea provincie, haos de care toată lumea era bucuroasă să scape”; fără îndoială, era un aspect de percepție socio-politică, dar rădăcinile adânci țineau mai ales de persistența tradiției juridice naționale, apropierea legislației preexistente de sistemul neolatin european și predispoziția puternică de „recuplare”, revenire la o legislație pe deplin compatibilă deopotrivă cu realitățile și mentalitățile spațiului istoric. Referitor la extinderea legislației civile în Bucovina, desăvârșită în 1938, considerentele țin mai ales de existența unei experiențe legislative comune până la raptul Bucovinei la 1774 și de acțiunea consecventă, lămuritoare și pregătitoare a puternicului val juridic bucovinean românesc de la Cernăuți reprezentat de facultatea de drept, magistratură, barou și presă, în frunte cu cea de

specialitate. Rezistența „regionalismului juridic transilvan” întreținută și politic, dar explicabilă mai ales prin aspecte de tradiții și situații concrete, a marcat cel mai mult desfășurarea unificării juridice. Măsura inițială de extindere a procedurii penale în Transilvania a dat naștere la incertitudini și controverse „pe care nici anii de practică zilnică nu le-au putut înlătura și lămuri cu desăvârșire”. La o primă și comodă vedere, „Viața își reluase cursul firesc – pentru moment întrerupt de marile prefaceri istorice – și se îmbrăcase din nou în haina veche, de care nu putea fi despuiată de un gest autoritar. Așa se explică dârza rezistență ce i s-a opus reputatului C. Hamangiu – mare patriot și eminent jurist – care, în 1931, a încercat să realizeze unificarea prin extinderea legiurilor românești în noile provincii...”. Într-adevăr, directorul fondator al „Pandectelor Române” a elaborat un proiect de lege pentru punerea în vigoare, în tot cuprinsul țării, a legislației civile, comerciale și penale române pe care l-a supus unei largi consultări, în primul rând din partea instanțelor judecătorești, Baroului, Consiliului Legislativ și facultăților de drept. Punctele de vedere exprimate arătau o mare dispersare regională a înțelegerii perspectivelor de realizare a marelui act politico-juridic, inclusiv structurarea unei poziții favorabile recodificării susținută politic. Se adăuga astfel un fel de „clivaj” generațional, reprezentanții generației „Marii Uniri” și ideile lor rămânând treptat în istorie și afirmându-se deja cu vigoare opțiunile promotorilor modernizării europene mai depărtate de idealurile de la 1918 și mai interesate de boom-ul economic românesc din 1938. Totuși, bastionul tradiției și continuității specificului neolatin rămânea Înalta Curte de Casație și Justiție care, în avizul său, susținea că opera de modificare trebuia să ia ca bază legislația din Vechiul Regat „pentru că aceasta nu e mai prejos de aceea din noile teritorii, n-a fost impusă de stăpânire străină și are aproape în întregime izvoare și spirit latin” și, totodată, „prin aplicarea în timp de

aproape șapte decenii, ea s-a dovedit potrivită concepțiilor poporului român și s-a adaptat nevoilor lui fie prin modificări de texte, ori noi creațiuni, fie prin interpretări jurisprudențiale”¹¹.

Noii „bonjuriști” s-au manifestat în plan practic prin inițiativa ministrului justiției Grigore Iunian ce a transformat anteproiectul franco-italian de cod comun al obligațiilor și contractelor într-un proiect de lege și depus în 1930 la Parlament, care însă a fost respins ca urmare a criticilor formulate pe conținut, dar mai ales ținând de metoda de unificare astfel promovată, respectiv „traducerea de legi sau proiecte comune”. Văzută de unii ca o ocazie ratată ca România să devină „printre primele țări care să intre în mișcarea de unificare internațională a dreptului”¹², tentativa reflecta într-o anumită măsură și starea de confuzii și dezorientare ce se crease în privința acestei teme fundamentale a vieții naționale românești, percepută instinctiv ca absolut necesară, dar greu de acceptat ca formulă clară și efectivă de realizare.

C. O dezbatere națională: ce fel de unificare?

Dacă în privința necesității și chiar a urgenței unificării legislației a existat un consens la nivelul „oamenilor de drept”, referitor la metoda realizării acesteia s-au format două puncte de vedere fundamentale. Potrivit primului, susținut printre alții de A. Rădulescu, Constantin Hamangiu sau C.M. Sipsom, metoda extinderii codurilor din Vechiul Regat în celelalte

¹¹ Mircea Duțu, *Temeiuri juridico-instituționale ale României Mari*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 35 și urm.

¹² E. Cristoforeanu, *Internaționalismul operei de unificare legislativă*, în „Curierul Judiciar”, anul XL, nr. 7 din 15 februarie 1931, p. 97.

provincii era cea mai adecvată și mai fezabilă, în timp ce în secundul, promovată de personalități precum: A. Otetelișanu, Al. Gane, Șt. Laday ori M. Eliescu, cu motivări relativ diferite, se propunea întocmirea de noi coduri, de unificare prin revizuirea temeinică și generală a codurilor în vigoare, pornind de la codurile fondatoare de la 1864 din România Mică¹³. Problema a cunoscut mai multe „runde” de dezbateri generale și etape de desfășurare: prima de punere a ei imediat după marea unire, apoi în anii 1926–1928, în urma discursului de deschidere a anului judecătoresc 1926/1927 al prim-președintelui Curții de Casație Gh. Buzdugan, urmată la începutul anilor 1930, cu ocazia publicării proiectelor de unificare din 1930 și 1931 ale miniștrilor de justiție Gr. Iunian și C. Hamangiu – primul constând în adaptarea proiectului franco-italian de cod al obligațiilor și contractelor, iar cel de al doilea pentru extinderea codurilor din Vechiul Regat în provinciile alipite și, în fine, după 1933 și după acest moment, în privința anteproiectelor elaborate și depuse la Parlament de Consiliul Legislativ. În prelungirea respectivei poziții academice, după nouă ani de la desăvârșirea statului național unitar și constatarea că 1927 fusese „anul tribulațiilor unificării noastre legislative”, la începutul lui 1928 s-au declanșat în presa juridică românească ample dezbateri naționale asupra acestui obiectiv fundamental al societății românești a timpului. Într-adevăr, după o serie de încercări și experiențe, se constata alarmist faptul că „Poporul român este preocupat de dezastrul acestei unificări, care i-a distrus întreaga lui justiție. Numai avem legi, nu mai avem tribunale, nu mai avem justiție, pentru că nepriceperea și

¹³ A se vedea: A. Rădulescu, *Unificarea legislativă*, în „Dreptul”, anul LV, no. 22, 12 iunie 1927, p. 175-176; V.C. Șerban, *Problema unificării noastre legislative*, în „Dreptul”, anul LV, no. 25, 3 iulie 1927, p. 199-200.

pripeala noastră în această operă mare a făcut din unificarea legislativă, un ghem de ață fină, cu care s-a jucat o legiune de pisici”. Totul era văzut altfel sub semnul urgenței, al imposibilității perpetuării situației, iar soluțiile avansate, deși se doreau grăbite în înfăptuire, rămâneau împărțite.

Pornind de la atari situații, Dem. I. Dobrescu, președintele Uniunii Avocaților din România, dar apropiat al conducerii și membru P.N.Ț., inaugura, prin chiar editorialul „1 Ianuarie 1928” din primul număr al celui an al „Curierului Judiciar”, al cărui director era, dezbaterile și formula poziții teoretice nu lipsite de critici, dar și de disperarea impasului la care se ajunsese în materie. Adept al axiomei că pentru o unificare legislativă printr-o recodificare masivă se cer capacități profesionale excepționale (invocându-se chiar spusele lui Fr. Bacon potrivit cărora „secolul care ar fi capabil să dea un cod de legi, ar fi un secol inteligent” și, prin parafrază, susținându-se că „generația care ar putea să scoată un cod unic dintr-un amalgam de legislații variate, ar fi generația genială”) și colaborarea „tuturor oamenilor de știință socială generală și specială”, autorul constata, nu fără un anumit reproș cu aluzii de subînțeles, că „la noi s-au pus la contribuțiune numai juriștii și dintre juriști mai mult magistrați și dintre magistrați cei din Vechiul Regat”, prin natura lor tradiționaliști, în timp ce opera de unificare ar fi cerut un „spirit îndrăzneț, larg, cu multă cultură sociologică”, ceea ce transformase totul „într-o simplă comparație de texte și într-un simplu aranjament de controverse”. O atare lipsă de preparare științifică pozitivistă ar fi condus astfel „la soluția universală cu care se dezleagă ușor toate problemele grele” cea a „șovinismului judiciar al lui Thibaut” și ignorarea totală a „științei juridice și sociale a lui Savigny”, conform căreia o lege nu este o operă arbitrară, ci un fenomen social real, o plantă care trebuie să aibă rădăcini adânci în spiritul poporului pentru care se legiferează, iar o codificare nu trebuia să fie o operă

pripită. Distingând faptul că în dreptul privat legislația latină ar reprezenta spiritul juridic formal (care lucrează cu ficțiunile juridice, îngrădește pe judecător la urmărirea formelor și ca reprezentat al societății joacă un rol de arbitru), iar legislația engleză, germană și, într-o oarecare măsură, cea rusă ar încarna spiritul juridic moral (care face din judecător un reprezentant al „interesului general”, în numele căruia poate ridica din oficiu toate chestiunile necesare triumfului dreptății), se ajungea la concluzia că e greu să se realizeze o opțiune fermă și se prefera să se lase timpul să decidă. Din perspectiva unor asemenea delimitări și aprecieri se propunea un „program” în materie cu patru obiective principale: a) respingerea „șovinismului judiciar” ce ar presupune generalizarea dreptului Vechiului Regat, care nu ar corespunde nici spiritului intern, nici celui al nevoilor provinciilor și nici spiritului juridic mondial; b) este nevoie de timp îndelungat pentru studierea spiritului juridic al fiecărei provincii și o legiferare pe măsură; c) unificarea legislativă trebuia făcută de juriști din toate provinciile pentru tehnica judiciară, și din specialiștii în știința oricărui fenomen social; d) până la unificarea legislativă definitivă, opera de aplicare a legilor trebuia lăsată pe „mâna unor magistrați aleși și bine plătiți”, inconveniente pluralității legilor fiind compensate cu aplicarea lor de o magistratură superioară¹⁴.

Ca o reacție asupra punctelor de vedere exprimate de Dem. I. Dobrescu și cu aprecieri proprii asupra temei, C. Xenii [apropiat al lui Take Ionescu] („Problema Unificării Legislative. Reflexii asupra articolului D-lui Dem. I. Dobrescu”, „Curierul Judiciar”, 15 ianuarie 1928) respingea *de plano*

¹⁴ Pe larg, în: Mircea Duțu, *Un secol de stat unitar și drept național (1918–2018). Perspective istorice cultural-științifice*, Editura Academiei Române/Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 44-60.

concluzia că spiritul juridic latin nu corespundea nici cu spiritul poporului nostru, nici spiritului timpului respectiv. Bănuind în tentativa de „denigrare” a unificării legislative și încrederea în spiritul moral (?) germano-austriaco-maghiar „vreun interes politic de partid ardelean” (Dem. I. Dobrescu era membru P.N.Ț., aflat atunci în plină ofensivă de preluare a guvernării, n.n.–M.D.), autorul pornește de la faptul că o asemenea problemă nu trebuia rezolvată „numai de comisii mixte de avocați și magistrați, nici de savanți”, legislația nefiind în primul rând o problemă de erudiție, ci una de înfăptuire cu participarea „oamenilor politici, a spiritelor clare și cuminți, practice și hotărâte”. De aceea, ea trebuia să pornească „înainte de orice și mai presus de orice” de la „principii de ordin politic și național” și trebuia să fie inspirată „mai întâi de nevoile superioare ale existenței neamului, ca neam *unificator și unitar*, iar nu de la speculațiuni metafizice interminabile care zăpăcesc spiritele și zădărnicesc realizarea operei”. Era dat ca exemplu, în acest context, celebrul Cod Napoleon, care nu a fost întocmit de „cei mai mari cărturari filosofi juridici ai timpului... ci de juriști practici, dublați de oameni politici”! Invocând părerile autorizate ale lui A. Rădulescu, D. Alexandresco ori G. Buzdugan, el argumentează superioritatea Codului francez asupra celui austriac și potrivirea lui pentru realitățile românești. În consonanță cu atari aprecieri se concluziona că „mijlocul cel mai potrivit pentru unificare este introducerea legislației din vechiul Regat în noile teritorii”, soluție dictată de o sumă de considerente juridice, politice și naționale.

O operă de unificare care durează prea mult vădește o slăbiciune națională; interesele locale trebuie să se plece în fața acesteia și să accepte interesul național; chiar cu defecte, o legislație unificată e preferabilă uneia fragmentate, întemeiată pe tradiții istorice diferite. Așadar, C. Xenii, discipol al lui Take Ionescu, conchidea că era nevoie de o operă de unificare cu caracter

latin, una care, „din punct de vedere al unității sufletești, întrece în importanță valoarea pur juridică a problemei”. În această amplă și importantă dezbatere națională, „*părerile*” *juriștilor din Ardeal* au fost exprimate în primul rând de jurisconsultul clujean dr. Ștefan Laday în articolul *Problema Unificării Legislative* (publicat în „Curierul Judiciar” din 5 februarie 1928). Ei acceptau ca teză generală că baza unificării dreptului civil în România reîntregită trebuia să fie Codul civil din Vechiul Regat, sub rezerva păstrării instituției cărților funciare, „baza proprietății și creditului întreg”, care reprezenta un progres juridico-practic indiscutabil câștigat definitiv pentru această provincie românească alipită. Cu asemenea precizare concluzia era clară: nu era nimic mai firesc, decât unificarea în baza Codului francez de la 1804. Se dezvolta astfel o redutabilă și convingătoare pledoarie în favoarea acestui cod „care a transformat dreptul civil feudal într-un drept democratic, a creat bazele sigure pentru egalitatea cetățenilor, pentru libertatea individuală și socială, pentru dobândirea pământului și în general pentru structura economiei și dreptului... el a transformat într-o realitate vie visurile marilor filantropi, le-a dat viață și eficacitate, contribuind astfel la crearea întregii noastre societăți moderne”.

Un alt argument în susținerea unui atare punct de vedere era acela că, în mod cert „o națiune care a acceptat odată Codul Napoleon, nu poate să-l mai abandoneze decât în cazul când, din puterile sale proprii, poate crea un alt cod, mai bun, mai complet și mai potrivit stării sale politice, morale și economice”. Or, un atare demers ar fi cerut mult timp, cel puțin 25 de ani aprecia distinsul jurisconsult, ceea ce România vremii nu-și putea permite, mai ales având în vedere condițiile socio-politice concrete și conjunctura internațională aferentă. Într-o asemenea situație era de ales între codurile civile francez și austriac? Răspunsul se impunea a fi nuanțat, dar rămânea

unul singur: „dacă ținem socoteală de tradițiile, simpatiile și situația politică a poporului român, nu putem alege decât Codul Napoleon”. Ambele aveau aceeași valoare doctrinară și practică. Superioritatea codului austriac privea numai măreția cărților funciare, în timp ce cel francez se situa deasupra sa prin faptul că jurisprudența îl completase și modernizase admirabil. Se mai remarcă apoi un aspect important: supralicitarea nefondată de către regățeni a (pretinsei) diferențe legate de „spiritul latin”, ambele coduri în discuție fiind produsul acestuia, chiar și cel austriac „n-a luat aproape nimic din dreptul german, fiind, în realitate, bazat în întregime pe dreptul roman”. Așadar, numai instituția cărților funciare avea altă origine, impusă din rațiuni practice ulterioare, respectiv cerința marilor capitaluri pentru a da bază sigură creditului, fiind instituite astfel registrele funciare. În numele juriștilor ardeleni, dr. Ștefan Laday concluziona că „îndată ce este cert, că nu putem alcătui în scurt timp un cod propriu, nu ne rămâne alt expedient, decât să întindem în tot Regatul după o revizuire temeinică, Codul civil din vechiul Regat”, și aceasta „Nu pentru că e mai «latin» sau «mai bun» decât celelalte sisteme de drept civil, ci pur și simplu că România trăiește de 60 de ani sub regimul lui și este mai firesc ca populația părților alipite să se conformeze codului din Vechiul Regat, decât ca sâmburele țării să se supună unor legi particulare”, invocând ca argument de drept comparat faptul că în toate țările succesoare fostei monarhii austro-ungare „s-au instituit comisii, se adună material și se fac lucrări în vederea unificării legislației; nicăieri nu s-a putut ajunge la o soluție a problemei, tocmai pentru că nu-i așa de lesne”¹⁵.

Ca un fel de sinteză și concluzii generalizatoare intervenția avocatului ardelean devenit regățean, Valeriu Roman, aducea un plus de moderare în

¹⁵ I.I. Cetățeanu, *Unificarea legislativă*, în „Dreptul”, anul LVI, no. 5, 5 februarie 1928, p. 35.

înțelegerea subiectului. Adoptând teza lui A. Rădulescu în privința necesității unificării – întemeiată pe ideea unității naționale și ce a durabilității statului român –, acesta exprima, într-o analiză proprie, teza privind modul cum aceasta trebuia îndeplinită. Astfel, pornindu-se oarecum de la constatările lui Dem. I. Dobrescu privind existența unor „spirite juridice” diferite în marile provincii istorice românești, el ajungea la consecințe diferite în privința perspectivei de realizare a unificării legislative. Referitor la mentalitatea juridică din ținuturile aferente ocupației austro-ungare se constata că acolo concepția *statului juridic* ar fi admis prevalarea „dreptății materiale” reducându-se la minimum formalitățile¹⁶.

Cu toate acestea, românii din această regiune și-au format o idee proprie asupra dreptului care nu era fidelă reoglindire a mentalității juridice a stăpânilor, una care era dublă, alta în fond și alta în formă iar această parte a patrimoniului lor intelectual doreau să o aducă drept contribuție la opera de unificare legislativă. În Vechiul Regat întemeietorii statului modern și independent român dându-și seama de spiritul „viu, expansiv, guvernat de patimi” al poporului au găsit, în mod inspirat, în formalismul francez „cea mai puternică garanție a echilibrului juridic, care este temelia tuturor statelor moderne”. Puterea „disciplinatoare a formalismului legal” a fost cea mai potrivită soluție de modernizare a societății românești, iar abandonarea sa ar fi fost foarte grea și fără motive întemeiate. În fine, vechea stăpânire țaristă s-a manifestat prin brutalitate, dreptul fiind mai mult o mască, o aparență a culturii occidentale. Așa se face că în Basarabia autoritatea dreptului a fost în așa măsură nesocotită încât cei oprimați nici nu s-au putut gândi să se încadreze ideii dreptului, această forță regulatoare a societății fiind numai o

¹⁶ Valeriu Roman, *Asupra unificării legislative*, în „Curierul Judiciar”, 25 martie 1928, p. 1.

himeră, un izvor de nedreptăți sociale. „Dușmăniind ideea dreptului, au abandonat acest teren de știință și s-au atașat studiului sociologic”, de aici extraordinara sensibilitate față de problemele sociale și aproape totala lipsă de interes față de problemele juridice. Desigur, aceste mentalități și practici nu existau în stare pură și nu se manifestau separat, fără influențe reciproce, ci cunoșteau importante aspecte intermediare. Așa stând lucrurile, autorul se pronunța pentru soluția extinderii „așezămintelor juridice ale Vechii Țări, opera geniului de creațiune și de adaptare a românilor înaintași”, ceea ce ar conduce la restabilirea continuității românești, dar acest fapt să se „producă metodic”, „să se unifice deodată toate legiurile, de drept substanțial și proceduri, din același domeniu juridic, dar să se mențină instituțiile juridice utile ale părților alipite, cu încadrarea lor corespunzătoare în noul sistem”.

D. Unificarea prin codificare – o opțiune, în primul rând regală!

În *Prefața* la lucrarea din 1937 mai sus citată fostul ministru al justiției V. Pop dezleagă în mare parte „enigma” opțiunii pentru desăvârșirea unificării legislative pe calea adoptării de noi coduri. „Cuvântul Majestății Sale Regele Carol al II-lea, izvorât din cea mai adâncă cunoaștere a realităților și dintr-un simț politic desăvârșit – nota acesta – a pus capăt unor frământări ce puteau deveni dăunătoare, reîndrumând unificarea legislativă pe calea normală a realizării noilor coduri, deja în fază de avansată elaborare”.

Dorința personală de a rămâne în istorie precum Napoleon prin Codurile sale, sentimentul ambiției de a crea coduri moderne și perfecte și relativa indiferență față de tradiția locală ce domina tânăra generație de juriști, mai ales pe cei care activau în Consiliul Legislativ, au făcut astfel ca recodificarea să fie considerată calea cea mai potrivită de realizare a unității

juridice depline și de ridicare a dreptului pozitiv la un nivel înalt de elaborare, în consonanță cu cele mai moderne reglementări de drept comparat. Ambiția de a crea „coduri moderne și perfecte”, pornind de la ultimele cuceriri ale doctrinei și legislației și ignorând, pe cât posibil, poate și din dorința de tratare egală a diferitelor legislații în vigoare, a ceea ce exista, s-a exprimat practic și în elaborarea și adoptarea Codului penal și a Codului de procedură penală, intrate în vigoare la 1 ianuarie 1937.

Întâiul proiect a fost depus la Parlament în 1928, iar al doilea în 1923; ambele au fost retrase de guvernele ce s-au succedat, astfel că abia proiectul depus în 1934 a putut fi pus în discuție, dezbătut și adoptat de Corpurile legiuitoare. Așa cum s-a precizat în istoricul lor, toate respectivele proiecte au fost „în primul rând opera Consiliului Legislativ, ajutat de consilieri temporari și membrii comisiunii parlamentare instituită în 1933 cu delegați ai tuturor partidelor”. Așadar, o lucrare complexă, la întocmirea căreia s-au angajat și au contribuit, deopotrivă, marii specialiști ai domeniului și reprezentanții corpului legiuitor național, într-o mobilizare generală și conștientă.

Ca operă generală a inteligenței juridico-politice românești a timpului recodificarea penală a reușit să ajungă la și să cristalizeze formulele corespunzătoare menite să păstreze și exprime „unitatea de concepție și de doctrină” necesară unui cod, ca expunere sistematică a unei materii legislative complexe.

Deosebit de elocvente rămân pozițiile (teoretice) manifestate asupra semnificațiilor momentului legislativ de către cei doi miniștri ai justiției direct implicați în înfăptuirea actului: Mircea Djuvara, sub ministeriatul căruia a avut loc intrarea în vigoare și, respectiv, Valeriu Pop, cel în funcție la data votării și promulgării lor. Desigur, a contat în această privință nu numai raportarea conjuncturală, dar și dimensiunea predominantă a personalității

fiecăruia – primul, profesor universitar, filosof neokantian al dreptului, secundul, avocat, om politic liberal și militant pentru înfăptuirea și consolidarea mării uniri.

Astfel, pentru M. Djuvara noul cod penal Carol al II-lea reprezenta o „încercare la sinteză a principiilor consacrate de știința penală modernă și a progreselor legislative și jurisprudențiale” și care diferea mult de „codurile care au dominat represiunea până azi în România”. O atare rupere cu tradiția și noutate ideatică impuneau și „se simțea nevoia” ca „pentru înlesnirea înțelegerii și aplicării lui”, „de comentarii, de coordonare științifică a textelor și de precizare a intențiunii urmărite de legiuitor”, ceea ce a justificat întreprinderea și publicarea în răstimpul 1937–1939 în mai multe volume a monumentalei lucrări *Codul penal Regele Carol II. Annotat* (realizat de un reprezentativ colectiv de specialiști, practicieni și teoreticieni ai domeniului)¹⁷.

În privința perspectivei omului politic și militantului pentru unire V. Pop recodificarea și adoptarea codurilor noi se înscria în logica unificării legislative pe calea noii legiferări, „strădaniile concentrându-se în primul rând asupra unificării legiuirilor penale”, rezultând astfel două coduri – penal și de procedură penală – care se remarcă, cel puțin în concepția promotorilor lor prin „caracter național și modern”¹⁸.

Criticate de a fi fost rupte de tradiția și realitățile românești, acestea, și în special procedura (care avusese ca model legea ungară în materie), au fost supuse unor modificări rapide, mai ales în sensul revenirii la reglementări

¹⁷ Mircea Djuvara, Ministrul Justiției, *Un cuvânt înainte, Codul penal Carol II. Annotat*, vol. I, Partea generală (art. 1–183), Editura Librăriei SOCEC&Co. S.A., București, 1937, p. V.

¹⁸ Valeriu Pop, fost Ministru al Justiției, *Prefață, Codul penal Carol II. Annotat*, vol. I, *op. cit.*, p. VII și urm.

anterioare. În plan mai larg, în cadrul respectivelor dezbateri, se arăta că „această experiență nefericită... ne-a adus totuși folosul să deschidem ochii asupra primejdiei de a părăsi tradiția latină”¹⁹, declanșând astfel problema „pericolului înstrăinării codurilor” cu consecința că în elaborarea codurilor dreptului privat s-au abandonat anteproiectele deja întocmite și s-a trecut la redactarea altora noi. Respingându-se teza marilor salturi și cea a ruperii legăturii cu trecutul, se opta acum pentru „un moderat pas înainte”. Aceasta însemna să se pornească de la codurile Vechiului Regat „stâlpi de căpetenie ai dreptului românesc în jurul cărora s-a clădit timp de 75 de ani admirabila construcție a doctrinei și jurisprudenței băștinașe”, să se țină seama de noile coduri și proiecte moderne, să se introducă modificările cu atenție, în spiritul nostru tradițional, coordonând în același timp dispozițiile preluate din legile provinciale (îndeosebi cartea funciară) și îmbinând dezideratele doctrinei cu exigențele practice. În acest spirit și dintr-o atare perspectivă au fost definitivare textele, adoptate și promulgate, ale Codului comercial (1938), Codului civil și Codului de procedură civilă (1939), a căror punere în aplicare, inițial prevăzută pentru 1 martie 1940, a fost amânată în mai multe rânduri până a trece, în cele din urmă, din cauza împrejurărilor politice, direct în... istoria dreptului! Pe lângă faptul de a fi considerată de înfăptuitorii săi „cârmuită de o concepție a cărei superioritate nu putea fi tăgăduită”, unificarea dreptului privat se realiza prin coduri a căror intangibilitate nu era susținută și nici proclamată. Dimpotrivă, acestea erau privite ca „lucrări deschise”. Cu prilejul promulgării lor ministrul justiției, V. Iamandi, făcea următoarele precizări: „Nu avem pretenția absurdă că această lucrare este

¹⁹ *Unificarea dreptului privat român*, Editorial, „Pandectele Române”, partea a IV-a, 1940, p. 1.

perfectă, pentru că nimic din ceea ce se realizează în domeniul legislativ ca și în celelalte domenii de activitate, nu poate să poarte pecetea desăvârșirii. Aplicarea lor în timp, față de realitățile noastre juridice și față de nenumăratele probleme ce se vor pune pentru a le soluționa, ea singură va arăta care sunt părțile lui definitive și care sunt acelea care necesită unele modificări”.

Așa cum arătam anterior, din cele 5 coduri elaborate și promulgate în anii 1930 numai 2, cele „penale”, au intrat în vigoare și care, cu o serie de modificări, completări și adaptări, aveau să dăinuie până în 1969. În materia dreptului privat, Codul civil și Codul de procedură civilă de la 1864 și, respectiv, Codul comercial din 1887 au cunoscut de-a lungul timpului numeroase și succesive modificări, rămânând în vigoare până în octombrie 2011. Din toate aceste evoluții ale istoriei lecția care se poate trage nu este una dintre cele mai măgulitoare pentru efortul teoretic de perfecțiune în elaborare, ci, dimpotrivă, ne arată că, cel mai adesea, conjunctura politică și întâmplarea concretă rămân biruitoare. În orice caz însă, recodificarea din anii 1930 nu a rămas fără nicio rezonanță peste timp, inclusiv în plan legislativ. Partea privind societățile comerciale din Codul comercial Carol al II-lea a fost preluată și formează substanța Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, iar multe din instituțiile și reglementările din Codul civil 1939 se regăsesc în articolele și paragrafele celui în vigoare. Din păcate însă ceea ce era de ignorat, de învățat și de reținut din această experiență nu au fost avute în vedere și în cea de-a treia recodificare din 2009.

III. Explicația prof. Mircea Djuvara.

Încercând o explicație asupra „întârzierii cu care s-a înlăptuit o reformă atât de necesară” mai ales în Ardeal și la definitivarea sa *in extremis* prin decretul-lege nr. 389 din 22 iunie 1943 (pentru extinderea legislației civile și comerciale din Vechiul Regat în Transilvania), pus în aplicare de la 15 septembrie același an, Mircea Djuvara, distins profesor universitar de filosofia dreptului și fost ministru al justiției, oferea o perspectivă aparte asupra modului de desfășurare a întregului proces de unificare legislativă²⁰. Cu precizarea prealabilă că asemenea cauze „nu sunt întotdeauna bine cunoscute”, reputatul om de drept considera că situația „a fost mai ales provocată de nevoia de a menaja unele susceptibilități ale valoroasei generații de juriști români care au fost, în mare parte, împreună cu preoții, conducătorii naționali ai poporului nostru de dincolo până la Unire. În genere acești juriști nu cunoșteau decât legislația veche și simțeau o mare greutate de a se adapta în practică alteia noi, la o vârstă câte odată destul de înaintată”. Dintr-un atare motiv s-ar fi căutat „un mijloc care să pună pe picior de egalitate pe juriștii de peste munți și pe cei din vechiul regat”, găsit „în pregătirea unei legislații cu totul nouă pentru toată lumea, cu pretenția de a fi mai perfectă, atât în materie civilă, comercială și procedurală, cât și în materie penală”. O atare abordare a fost considerată de guverne și oameni politici „că era vorba mai mult de un pretext pentru a scăpa de o greutate; în urmă însă intervenind așa-zii juriști savanți, pretextul a devenit un scop luat în serios”. Pe fondul problemei, soluția unificării prin extinderea legislației din Vechiul Regat, cu unele

²⁰ Mircea Djuvara, *Desăvârșirea unificării noastre legislative*, în „Viitorul”, anul al 60-lea, nr. 173, luni 28 iunie 1943, p. 1-2.

ajustări și dezvoltări, așa cum avea să se dovedească în cele din urmă și în practică, a fost cea mai fezabilă. „Negreșit, aprecia universitarul bucureștean, ca orice legislație aceasta avea și defectele ei. Dar aceste defecte, când erau prea grave, puteau fi ușor înlăturate prin legi parțiale și nu duceau nicidecum la necesitatea unor noi codificări generale; același lucru se poate spune și despre nevoia de a introduce unele noi instituții, cum e, ca exemplu tipic, acela al cărții funduare”. În aceeași logică de evaluare a realităților legislative românești ale timpului, se remarcă apoi că o modificare generală a vechii legislații s-a arătat a fi mult mai grea decât apăsarea la prima vedere, proiectele prezentate în acest sens fiind pe rând modificate și amânate. Referitor la noile coduri penal și de procedură penală din 1936 „puse pripit în vigoare, se dovedește tot mai mult azi că sunt departe de a corespunde așteptărilor pe care mulți le-au pus în ele”. Într-o paranteză fie scris, această din urmă apreciere venită tocmai de la ministrul justiției în funcție care a girat intrarea în vigoare a celor două coduri pare mai degrabă o *mea culpa*, cu rezonanțe dintre cele mai diverse! În fine, „punerea în vigoare a unei mari codificări cu totul nouă” (aluzie directă tot la experiența deceniului patru al secolului trecut, respectiv la noile coduri civil, comercial și de procedură civilă „Carol al II-lea”, deja promulgate, dar care nu au mai ajuns a fi puse vreodată în aplicare) era considerată precum întotdeauna „un pas primejdios în viața juridică a unei țări; căci ea vine fără adaosul viu al unui vechi țesut de jurisprudențe care să o lămurească și să o completeze, lăsând astfel viața practică juridică, pe o vreme destul de îndelungată, într-o incertitudine care nu-i poate în nici un fel prii”. Încercând să conchidă explicația sa tot printr-un argument de „antropologie juridică”, Mircea Djuvara constată că „De la 1918, însă, până azi, noi generații de juriști români au crescut și peste muniți în spiritul legislației noastre. Astfel, motivul real pentru care s-a tot amânat

unificarea noastră legislativă, pe calea normală a extinderii legiurilor din Vechiul Regat, nu mai are aceeași putere azi ca înainte” și în plus și ca nou argument situația Transilvaniei mutilată teritorial în urma diktatului de la Viena din 30 august 1940. „Din contra, noile evenimente din 1940 au însuflețit încă și mai mult sentimentul național la toți reprezentanții adevărați ai poporului nostru de pretutindeni și au provocat, desigur, și dorința românilor de peste munți ca aplicarea legislației maghiare să înceteze cât mai curând”. Cu precizarea că „unificarea totală legislativă” rămânea, deocamdată, tot una parțială, rămasă la spațiul transilvan aparținător atunci României, o bună parte a acestuia fiind ocupată de Ungaria, abia după război și înlăturarea consecințelor diktatului de la Viena putându-se vorbi de o atare împlinire.

Citită în această „cheie” (cvasisuprarealistă!) unificarea legislativă interbelică ne apare deosebit de expresivă pentru multe din racilele unor fenomene care revin și se manifestă și astăzi, sub alte forme în viața publică, amintind rolul dezagregator al unui „regionalism” cu rădăcini seculare, dar cu persistențe nejustificate.

IV. Concluzii posibile.

Unificarea constituțional-legislativă a constituit un act politico-juridic de importanță majoră al perioadei interbelice care, prin aspectele tehnico-științifice implicate de realizarea efectivă și opțiunile conceptuale astfel exprimate, a reprezentat, totodată, o experiență de civilizație și cultură juridică importantă. Prin natura sa instituirea unui regim constituțional unic la nivelul întregii țări s-a impus rapid, pe calea adoptării noii legi fundamentale din 1923, care reprezenta o continuare și adaptare la noile condiții interne și internaționale a pactului organic din 1866 și cuprindea ca

reper caracterelor de stat suveran, național unitar și indivizibil ale statului, un regim moderat al drepturilor și libertăților fundamentale și principiul monarhic echilibrat. Dezbaterile teoretice și dezvoltările doctrinare aferente, mai ales cele ale anteproiectelor avansate în acest context, au jucat un rol limitat, sub impulsul generat de însemnătatea mării împliniri naționale. În același timp, în spirit asemănător și cu puternice implicații culturale s-a realizat unificarea judiciară prin extinderea organizării existente în Vechiul Regat, cu mici ajustări în toate celelalte provincii reunite, precum și generalizarea folosirii limbii române în justiție, născându-se astfel o experiență practică extraordinară. Cum imensa majoritate a magistraților din noile jurisdicții instituite în Transilvania, Basarabia și Bucovina, prin forța împrejurărilor concrete, proveneau din Vechiul Regat și erau formați cu cunoașterea și în spiritul legislativ de aici, au trebuit să aplice în mare parte o legislație regională (locală) diferită și prin această originală mixitate s-a realizat o anumită unitate. Spre desăvârșirea procesului era absolut necesar să intervină și unificarea la nivelul reglementărilor de drept pozitiv. Așa cum remarca prof. A. Ionașcu în studiul său consacrat problemei, în perioada interbelică unificarea legislativă, și în special metoda de unificare, a preocupat aproape constant pe juriștii noștri, dând naștere unei bogate bibliografii și uneori unor interesante dezbateri de ordin științific și tehnic. Metoda extinderii pare a fi fost îmbrățișată mai mult de reprezentanții magistraturii, pe când cea a revizuirii cu precădere de exponenții barourilor și de cei ai Consiliului Legislativ. Profesorii facultăților de drept s-au împărțit între cele două curente, cu excepția celor de la Universitatea din Cluj și de la Facultatea de Drept din Oradea care, în mod unanim și constant, au susținut teza unificării printr-o largă și temeinică revizuire.

Divergențele de opinii între susținătorii celor două metode n-au fost în general însă așa de mari cum s-ar putea crede. În primul rând, toți juriștii noștri inclusiv cei din Transilvania au recunoscut că unificarea trebuia să se facă luând drept bază a lucrărilor codurile din Vechiul Regat, în special în materie civilă, după cum asemenea, aproape toți juriștii noștri care s-au ocupat mai de aproape de problema unificării, au recunoscut că o revizuire a codurilor din Vechiul Regat era necesară. De altfel, aceasta și explică faptul că mulți dintre partizanii metodei extinderii nu vedeau în ea decât o soluțiune provizorie, impusă de urgența națională și politică a unificării, admitând că ulterior unificarea va trebui să fie urmată de o revizuire a codurilor. Deosebirile de păreri s-au afirmat însă în mod mai accentuat atunci când a fost vorba de a se preciza întinderea și importanța operei de revizuire. Pe când unii se mulțumeau cu o revizuire parțială, pentru introducerea câtorva din instituțiunile „dreptului transilvănean” socotite superioare, alții reclamau, din contra, o revizuire generală și temeinică. De asemenea, dacă unii socoteau că cele două probleme, unificare și revizuire, pot fi scindate și rezolvate succesiv în timp, ceilalți susțineau că ambele chestiuni nu pot fi soluționate decât concomitent, altfel producându-se perturbări mai grave chiar decât întârzierea unificării. Prin urmare, s-ar putea conchide deci că juriștii noștri, de acord în general asupra necesității unificării legislative și a unei revizuri a codurilor din Vechiul Regat, – care se recunoștea că trebuiau luate drept bază a lucrărilor de unificare, – se deosebeau numai în privința întinderii operei de revizuire și în privința posibilității de soluționare separată a celor două probleme: unificare și revizuire²¹.

²¹ Aurelian R. Ionașcu, *Problema unificării legislației civile în cugetarea juridică românească (1919–1941)*, în „Pandectele române”, 1942, partea a IV-a, p. 151–152.

Asemenea experiențe ale unificării constituțional-legislative, sistemului și practicilor judiciare, precum și a viziunilor științifico-culturale au stimulat și dinamizat emergența științei dreptului și culturii juridice naționale, confirmând valabilitatea opțiunii pentru modelul neolatin și tradițiile astfel generate ale modernității românești. Impunerea, în cele din urmă, mai ales prin forța evoluțiilor organice, a modelului propriu de dezvoltare juridică deja existent în Vechiul Regat, structurat post 1859 ca unul de continuitate romanică și constituit prin împrumuturi vest-europene (neolatine belgiene, în materie constituțională, franceze în cea a dreptului civil și dreptului penal, italiene în privința dreptului comercial) din nevoie internă și liber asumate s-au înscris în aceeași logică istorică și dinamică a dezvoltării juridice. Ele au prefigurat reperele inconfundabile ale modelului național de devenire juridică care s-au dovedit valabile și persistente în timp, sub forme și cu ipostaze diferite, ce se cer consolidate și nuanțate în semnificațiile lor în prezent, în noul context al globalizării accelerate. Apartenența la sistemul juridic continental european, tradițiile neolatine, spiritul juridic de aceeași stirpe, continuitatea organică și celelalte fundamente ale identității proprii reprezintă factorii de reziliență și manifestare juridică viabilă.

Dacă se poate vorbi de o școală românească de drept recunoscută și care să conteze în dialogul juridic internațional de idei, aceasta s-a format și manifestat în perioada interbelică exprimând comandamentul apărării prin drept a marilor valori ale timpului: pacea, statul național unitar, cooperarea internațională, egalitatea în drepturi, ordinea juridică internațională. Trinomul N. Titulescu, V.V. Pella și P. Negulescu, cu contribuțiile lor bine-cunoscute, constituie marca juridică românească cea mai profundă, manifestată în planul dreptului internațional și apreciată ca atare, urmată

ulterior de simple rezonanțe mai mult sau mai puțin trecătoare (precum constantele dreptului, un pandectism întârziat, adoptat din dorința unei neutralități ideologice, în speranța unui liberalism disimulat și/sau reflex al unui mimetism generat de circumstanțe trecătoare).

Last but not least și școala juridică românească de la Cluj s-a fondat, în 1919, la fel ca și Universitatea, după „modelul Strasbourg” prin contribuție națională, decanul întemeietor profesorul de drept comercial Vasile Dimitriu provenind de la Iași, și fondatorii săi reprezentând astfel o sinteză a învățământului superior român de drept, cu experiențele și aspirațiile sale de unitate și progres științific.

Iar profesorul Vladimir Hanga (1920–2013), ale cărui personalitate și operă constituie pretextul evocator al rândurilor de față, reprezintă, inclusiv prin preocupările și contribuțiile sale, o expresie și o ilustrare a aceleiași mișcări organice de afirmare prin unitate, diversitate și continuitate a științei dreptului și culturii juridice românești.

STUDII

ASPECTE JURIDICE PRIVIND SĂNĂTATEA
PUBLICĂ ÎN CONTEXTUL ISTORIC AL
MARILOR EPIDEMII

DOI 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.7
Data publicării online: 16.03.2021

Marius FLOARE*

„Mai înainte ca să vorbești, învață, și mai înainte de boală te îngrijește.
Mai înainte de judecată ispitește-te pe tine, și în ceasul judecății vei afla milă.
Mai înainte de boală smerește-te, și în vremea păcatelor arată întoarcere.”
Cartea înțelepciunii lui Isus, fiul lui Sirah (Ecclesiasticul) 18:19 - 21

Rezumat: Cu toate că noțiunea de sănătate publică este una modernă și înțelegerea științifică a bolilor infecțioase și a transmiterii lor are o vârstă de aproximativ 200 de ani, chiar și societățile antice și medievale reacționau într-o manieră organizată în fața marilor epidemii și a pericolului pe care acestea îl prezentau pentru ordinea publică și pentru existența lor. În ciuda faptului că sursele bolilor contagioase erau, adesea, vag sau greșit înțelese, unele dintre măsurile pe care aceste societăți au început să le ia (carantina, cordonul sanitar, izolarea bolnavilor, dezinfectarea obiectelor) s-au dovedit eficiente și au fost îmbunătățite continuu de-a lungul secolelor.

Acest studiu încearcă să prezinte, pe baza metodei istorice, unele dintre cele mai importante măsuri normative non-medicale din istoria epidemiilor, măsuri care au supraviețuit până în ziua de azi. Având în vedere natura juridică a acestui studiu, nu vom discuta aspectele medicale ale sănătății publice pe perioada pandemiilor, precum vaccinarea, tratamentul, diagnosticul ori îngrijirea medicală. Studiul se va

* Lector univ. dr., Departamentul de Drept Privat, Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai; avocat, Baroul Cluj, contact: marius.floare@law.ubbcluj.ro.

axa în principal pe Europa, deși unele referințe vor fi făcute, în trecere și la America de Nord.

Cuvinte cheie: carantină, cordon sanitar, epidemie, pandemie, sănătate publică.

LEGAL ISSUES REGARDING PUBLIC HEALTH IN THE CONTEXT OF THE GREAT EPIDEMICS

Abstract: Although the concept of public health is a modern one and the scientific understanding of infectious diseases and their transmissibility is less than 200 years old, even ancient and medieval societies reacted in an organized manner to the great epidemics and the threat they posed to public order and their very existence. In spite of the fact that the sources of contagious diseases were often vaguely or wrongly understood, some of the measures that these older societies began to take (the quarantine, cordon sanitaire, isolating the sick, disinfecting objects) proved effective and have been continuously perfected along the centuries.

This study will attempt to discuss, using the historical method, some of the most important normative non-medical interventions in the history of epidemics that have survived to this day. Due to the legal nature of this study, we will not discuss the medical aspects of public health during pandemics, like vaccination, treatment, diagnosis or medical care. The focus of this study will be decisively European, although some passing references will be made to North America.

Keywords: quarantine, cordon sanitaire, epidemic, pandemic, public health

Cuprins

I.	Apariția unor măsuri de sănătate publică în contextul epidemiilor	289
A.	Carantina	292
B.	Cordonul sanitar	299
C.	Izolarea bolnavilor	301
D.	Distanțarea socială	302
II.	Cooperarea internațională în domeniul sănătății publice	303
III.	Principiile de la Siracusa	304
IV.	Concluzie	306

În aceste cumplite vremuri ale anului 2020, anul celei mai mari pandemii din ultima sută de ani, nu este lipsit de importanță să ne amintim că nu este nimic cu adevărat nou sub soare, că omenirea a trecut în lunga sa existență prin episoade similare, chiar dacă agentul patogen nu a fost unul identic. Efectele sociale ale pandemiilor, „distilate” în norme juridice adoptate de-a lungul timpului, reflectă încercările tuturor societăților umane de a controla și combate epidemiile *inter alia* și prin mijloace de intervenție normativă non-medicală. În acest studiu, ocazionat de volumul omagial dedicat domnului profesor universitar doctor Vladimir Hanga, reputat specialist, printre altele, și în istoria dreptului, vom încerca, folosind metoda istorică, să identificăm aspecte comune ale reacției societăților prin mijloace non-medicale la provocările de sănătate publică generate de marile epidemii sau pandemii.

Noțiunea contemporană de politică de sănătate publică se referă la toate deciziile, planurile și acțiunile care sunt întreprinse pentru a atinge scopuri specifice privind sănătatea într-o societate. O politică de sănătate publică ideală conturează prioritățile și rolurile diverselor grupuri sociale, încearcă să construiască consensul și să informeze populația. Chiar dacă

aceste concepte sunt cât se poate de moderne¹ și nu erau înțelese ca atare în epocile mai vechi, chiar și societățile premoderne, din antichitate și Evul Mediu, au urmat intuitiv anumite „politici de sănătate publică” când s-au văzut confruntate cu amenințarea existențială a unei mari epidemii.

În acest studiu vom încerca să identificăm, prin câteva jaloane semnificative, elemente normative ale acestor proto-politici de sănătate publică, care au apărut în contextul marilor epidemii din spațiul european și au supraviețuit până în ziua de azi. Studiul nostru nu va acoperi aspectele medicale ale intervențiilor de sănătate publică (vaccinarea, tratamentele, diagnosticarea, îngrijirea bolnavilor) și se va concentra în principal pe spațiul european.

I. Apariția unor măsuri de sănătate publică în contextul epidemiilor

Înainte de secolul al XX-lea, boala epidemică ce a născut cele mai intense preocupări ale societăților din Europa a fost ciuma, care a lovit în valuri de-a lungul secolelor, cu diferite tulpini, în care predominau varianta bubonică sau cea pulmonară.

Prima pandemie de ciumă, ciuma lui Iustinian, care a debutat la mijlocul secolului al VI-lea d.Ch. și a durat aproximativ până în anii 750-755 d. Ch.², a ucis aproximativ 40% din populația capitalei Constantinople,

¹ În acest sens a se vedea N.E. Kass, *An Ethics Framework for Public Health*, American Journal of Public Health, vol. 91, nr. 11/2001, p. 1776.

² A se vedea în acest sens K. Little (editor), *Plague and the End of Antiquity – The Pandemic of 541-750*, Cambridge University Press, Cambridge - New York, 2007; F. M. Snowden,

generând primele măsuri cu iz de politici de sănătate publică: plata din fonduri publice a grogarilor care să îngroape bolnavii decedați și a unor bărci care să arunce cadavrele infestate în mare, dar și persecutarea unor categorii sociale considerate responsabile de epidemie (evreii, samaritenii, păgânii, ereticii, homosexualii etc.) cărora le-a fost sever limitată libertatea de mișcare înspre capitală.³

A doua pandemie de ciumă⁴, din secolele al XIV-lea – al XIX-lea, caracterizată printr-o serie de valuri epidemice la diferite intervale de timp, este cea care a dat naștere unor instituții de sănătate publică⁵ în primul rând în orașele-state italiene (Veneția, Genova, Milano și Florența) care s-au izbit printre primele din Europa de grozăviile pandemiei.⁶

Orașele italiene sunt cele care au „inventat” comisarii sau magistrații sanitari, cu depline puteri legislative, judiciare și executive legate de sănătatea publică, în baza unor reglementări speciale privind ciuma, funcții care aveau inițial un caracter temporar⁷, dar au devenit instituții permanente din secolul al XVI-lea, sub denumirea de „comitete sanitare”, compuse din notabilități locale, în arsenalul lor apărând instrumente validate ulterior de istorie cum

Epidemics and Society – From the Black Death to the Present, Yale University Press, New Haven and London, 2019, pp. 34-35.

³ K. Drews, *A Brief History of Quarantine*, Virginia Tech Undergraduate Historical Review, vol. 2, 2013, pp. 63-64.

⁴ Pentru periodizarea celor trei mari pandemii de ciumă a se vedea F.M. Snowden, *op. cit.*, pp. 33-39.

⁵ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *Histoire du Droit de la Santé*, Les Études Hospitalières Édition, Bordeaux, 2014, p. 121.

⁶ F.M. Snowden, *op. cit.*, p. 69.

⁷ D. Porter, Health, *Civilization and the State – A history of public health from ancient to modern times*, Routledge, London and New York, p. 35.

sunt carantina maritimă și cea terestră sau cordonul sanitar.⁸ Principiul străvechi care guverna aceste funcții extraordinare, principiu care în pandemia actuală pare uitat de unii oameni, era că sănătatea poporului este legea supremă (*salus populi suprema lex esto*).⁹

Pe lângă instrumentele juridice care au fost ulterior validate de istorie, acele politici incipiente de sănătate publică ale Evului Mediu și epocii postmedievale au dat naștere și unor măsuri reprobabile, care nu își mai au locul într-o societate civilizată: prigonirea și expulzarea unor persoane sau populații, purificarea etnică sau religioasă, pedepsirea neconformismului social etc.

Epoca modernă și contemporană, pe lângă utilizarea în continuare a măsurilor de sănătate publică legate de epidemii consacrate în secolele anterioare, a dezvoltat termenul-umbrelă de „distanțare socială” sub care au fost reunite măsuri mai vechi (carantina, izolarea bolnavilor, cordonul sanitar) cu măsuri mai noi (închiderea școlilor și a instituțiile publice, interzicerea evenimentelor care implicau prezența unui număr mare de persoane, recomandarea sau impunerea telemuncii etc.).¹⁰

Fundamentul etic al sănătății publice este utilitarismul, astfel că evitarea unor boli catastrofale sau diminuarea suferinței populației pot justifica încălcarea unor drepturi ale indivizilor prin intermediul unor măsuri asemeni carantinei, rechizițiilor sau vaccinării obligatorii.¹¹ Măsurile de

⁸ F.M. Snowden, *op. cit.*, pp. 69-73; D. Porter, *op. cit.*, p. 37.

⁹ F.M. Snowden, *op. cit.*, pp. 69-73; principiul citat se regăsește în Cicero, *De Legibus*, cartea a III-a, partea a III-a, secțiunea a VIII-a, fiind frecvent folosit în lucrările de știință politică din epoca modernă.

¹⁰ M.A. Rothstein, *From SARS to Ebola – Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine*, *Indiana Health Law Review*, vol. 12, nr. 1/2015, pp. 234-235.

¹¹ *Ibidem*, p. 249.

sănătate publică trebuie însă să fie într-adevăr necesare, să afecteze cât de puțin posibil libertatea indivizilor și să ofere garanția unui proces echitabil.¹²

Conflictul inerent între utilitarism și libertatea individuală trebuie rezolvat apelând la cinci criterii care arată dacă promovarea sănătății publice justifică încălcarea unor libertăți ale individului: eficacitatea, proporționalitatea, necesitatea, minima încălcare a drepturilor și justificarea publică.¹³

A. Carantina

Dintre măsurile de sănătate publică ce au fost consacrate în epoca medievală, cea care a dăinuit cu deosebit succes până în zilele noastre este carantina. Unii autori contemporani fac distincția riguroasă între veritabila carantină, care presupune înțelegerea unor concepte științifice cum este cel de perioadă de incubație sau noțiunea de germeni, și izolarea bolnavilor, care are o tradiție multimilenară¹⁴ și se baza frecvent pe teorii devenite astăzi desuete despre boală și bolnav.

Definiția contemporană a carantinei înseamnă restricționarea mișcării persoanelor asimptomatice, cu posibilă expunere la o boală infecțioasă, în perioada de posibilă contagiozitate, pentru a preveni transmiterea bolii.¹⁵ Spre deosebire de aceasta, înțelesul modern al izolării este acela al separării persoanelor confirmate ca fiind infectate, pe perioada

¹² *Ibidem*.

¹³ M.A. Rothstein, *op. cit.*, pp. 249-250; J.F. Childress *et al*, *Public Health Ethics: Mapping the Terrain*, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 30, 2002, p. 173.

¹⁴ K. Drews, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵ L.O. Gostin, *Public Health Law – Power, Duty, Restraint*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles London, 2008, p. 429; M. A. Rothstein, *op. cit.*, p. 227.

în care sunt contagioase, pentru a preveni transmiterea bolii.¹⁶ În acest studiu vom folosi noțiunea de carantină în sensul său larg, de restricționare a mișcării bunurilor și persoanelor, pe pământ sau pe mare, din cauza unei boli contagioase.¹⁷

Conceptul de izolare a persoanelor potențial bolnave o anumită perioadă de timp, pentru a da ocazia bolii suspectate să se manifeste în mod vizibil, se regăsește și în Vechiul testament, în capitolul 13 al Leviticului (cartea a treia a lui Moise), datând aproximativ din secolul al VII-lea î.Ch., unde se vorbește de cercetarea de către cleric a suspectilor de lepră și izolarea lor inițială câte șapte zile, cu posibilitate de prelungire cu încă șapte zile, pentru a decela dacă este vorba de leziuni cutanate cauzate de boala infecțioasă sau de simple bube.¹⁸ Și în cartea următoare din Vechiul testament, Numerii, se arată la capitolul 5 că este obligatorie scoaterea din tabăra fiilor lui Israel a tuturor celor cu diverse semne de boală.¹⁹

Și în lumea islamică timpurie se vorbea de izolarea bolnavilor contagioși încă din secolul al VII-lea d.Ch., spitale fiind construite de primii califi încă din secolul al VIII-lea d.Ch.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ E. Tognotti, *Lessons from the History of Quarantine, from Plague to Influenza A*, Emerging Infectious Diseases, vol. 19, nr. 2/2013, p. 254.

¹⁸ Leviticul 13:4-6 „Iar dacă pata de pe piele, deși este albă, dar nu este și adâncită în pielea lui, și perii de pe ea nu s-au făcut albi, ci sunt negri, să închidă preotul pe cel cu rana șapte zile./În ziua a șaptea să vadă preotul rana: dacă rana a rămas ca înainte și nu s-a întins rana pe piele, preotul să-l închidă alte șapte zile./În ziua a șaptea îl va cerceta preotul din nou și dacă rana va fi slăbită și nu se va fi întins rana pe piele, preotul să-l declare curat. Aceasta este o bubă și cel ce o are să-și spele hainele sale și va fi curat.”

¹⁹ Numerii 5:2-3 „Poruncește fiilor lui Israel să scoată din tabără pe toți leproșii, pe toți cei ce au scurgere și pe toți cei întinați prin atingere de mort./De la bărbat până la femeie să-i scoateți și să-i trimiteți afară din tabără, ca să nu pângărească taberele lor, în mijlocul cărora locuiesc Eu”.

Conceptul modern de carantină se pare că își are însă originea în *trentina* apărută în colonia venețiană din orașul-port Ragusa (actualul Dubrovnik) din Croația, în cursul celei de-a doua marii pandemii de ciumă, care a început să străbată Europa, începând din sudul continentului, din 1347, ucigând aproximativ 30% din populația continentului²⁰. După o primă epidemie de ciumă în respectivul oraș, medicul-șef Iacob de Padova al orașului Ragusa a recomandat înființarea unor localuri în afara zidurilor orașului, unde să fie tratați localnicii bolnavi și străinii care veniseră în căutarea unui tratament, dar aceste simple recomandări nu au fost eficiente în practică.²¹ Marele Consiliu al orașului Ragusa a stabilit în anul 1377 izolarea obligatorie, timp de 30 de zile, pe insule situate în afara zidurilor orașului, a cetățenilor și vizitatorilor care veneau în oraș din zone unde ciuma era endemică, fiindu-le interzis localnicilor, cu excepția celor anume desemnați de Consiliu, să viziteze sau să aducă alimente celor aflați în izolare, sub sancțiunea de a rămâne și ei 30 de zile în izolare.²²

Alți autori²³ creditează chiar metropola venețiană cu codificarea în 1348 a măsurii închiderii portului în fața navelor suspecte, măsură pe care și alte orașe italiene începuseră să o practice *ad hoc* din 1347, precum și a izolării sistematice timp de treizeci de zile a călătorilor și a navelor chiar în port, cei din Ragusa având doar meritul de a fi înființat primii localurile de carantinare pe insulele învecinate.

²⁰ P.S. Sehdev, *The Origin of Quarantine*, Clinical Infectious Diseases, vol. 35, nr. 9/2002, p. 1072.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ D. Porter, *op. cit.*, p. 33.

Exemplul celor din Ragusa a fost urmat în secolul următor de Marsilia (1383), Veneția (1403), Mallorca (1471)²⁴, Pisa și Genova, perioada de izolare de 30 de zile (*trentino*) fiind extinsă la 40 de zile (*quarantino*), explicațiile acestei modificări variind de la cele empirice (perioada inițială de 30 de zile era insuficientă pentru a preveni răspândirea bolii, teoria antică hipocratică a „perioadei critice” de 40 de zile pentru distincția între o boală cronică și una acută) la cele religioase (posturile creștine mari sunt de 40 de zile, având un rol de purificare spirituală; o serie de evenimente din Biblie durează 40 de zile)²⁵ sau explicații bazate pe teoria eronată a „miasmelor” producătoare de boală, care ar avea nevoie de un astfel de interval de timp pentru a se disipa²⁶.

Pe lângă carantina maritimă a navelor care soseau în port, orașele italiene au utilizat și o așa-zisă „carantină reactivă”, prin care erau izolați și localnicii bolnavi și familiile lor în propriile case, frecvent sub pază, pentru a nu răspândi boala în comunitate, în Milano ajungându-se până la zidirea ușilor caselor celor bolnavi.²⁷

Această carantină de 40 de zile s-a încetățenit atât de bine încât a fost utilizată încă cel puțin 300 de ani în orașele-porturi italiene și din restul Europei, cu mici variațiuni locale în funcție de locul de proveniență al persoanelor potențial infectate, dovedindu-se în linii mari eficiență împotriva ciumei bubonice,²⁸ care se estimează astăzi că avea o durată de 37 de zile de la infectare până la deces.

²⁴ D. Porter, *op. cit.*, p. 33.

²⁵ P.S. Sehdev, *op. cit.*, p. 1072; K. Drews, *op. cit.*, pp. 66-67; J.P. Byrne (editor), *Encyclopedia of Pestilence, Pandemics, and Plagues*, Greenwood Press, Westport, Connecticut and London, 2008, p. 483.

²⁶ E. Tognotti, *op. cit.*, p. 255; D. Porter, *op. cit.*, pp. 33-34.

²⁷ K. Drews, *op. cit.*, p. 67; J.P. Byrne (editor), *op. cit.*, p. 483.

²⁸ K. Drews, *op. cit.*, pp. 67-68.

Deși începuturile sale sunt intrinsec legate de a doua mare pandemie de ciumă bubonică, instrumentul carantinei a început să fie utilizat și în cazul altor epidemii, în America de Nord fiind folosită inițial în 1647 de colonia din golful Massachusetts pentru navele provenite din Indiile de Vest pentru a preveni ciuma²⁹ dar, încă de la sfârșitul secolului al XVII-lea, era utilizată pentru a controla epidemiile de febră galbenă ce izbucniseră la Boston și New York³⁰, mai târziu orașul american Philadelphia înființând, în anul 1799, o stație de carantină pe râul Delaware, ca reacție la o epidemie devastatoare de febră galbenă din anul 1793, acolo fiind triați timp de aproape un secol pasagerii, navele și încărcătura care soseau în portul Philadelphia.³¹

Autoritățile laice din orașele-state italiene erau permanent preocupate de ordinea publică în contextul epidemiilor de ciumă, epidemia riscând să provoace dezordine și pulverizarea legăturilor sociale. Sănătatea publică era o preocupare subsecventă, doar în măsura în care risca să fie afectată ordinea socială existentă.³² Intervențiile tot mai ferme pentru combaterea epidemiilor afectau însă interesele unora dintre cetățenii de vază, astfel încât tot mai puternicele autorități sanitare laice au făcut o serie de concesii în vederea păstrării păcii sociale, în fața riscului ca epidemia să ruineze economic o comunitate: au acceptat fumigarea anumitor mărfuri ca mătasea sau lâna în loc de distrugerea lor, au plătit uneori compensații comercianților și muncitorilor pentru pierderile suferite ca urmare a măsurilor luate.³³

²⁹ M.A. Rothstein, *op. cit.*, p. 230.

³⁰ *Ibidem*; E. Tognotti, *op. cit.*, p. 255.

³¹ K. Drews, *op. cit.*, p. 69.

³² D. Porter, *op. cit.*, pp. 35-36.

³³ D. Porter, *op. cit.*, pp. 36-38.

În Europa, reglementările privind carantina legată de ciumă au fost permanent perfecționate și extinse până în secolul al XVIII-lea, când au avut loc ultimele mari epidemii ale acestei boli, dar același instrument a ajuns să fie folosit pentru epidemiile mediteraneene de febră galbenă din secolul al XVIII-lea sau pentru epidemiile de holeră ce au urmat în secolul al XIX-lea.³⁴

Carantina, care se dovedise eficientă împotriva ciumei, deși mecanismul de transmitere al bolii fusese greșit înțeles până la sfârșitul secolului al XIX-lea, nu a mai avut aceeași eficiență împotriva noilor provocări ale febrei galbene (transmisă de țânțari) sau holerei (transmisă pe cale digestivă, frecvent prin apă contaminată) și venea în conflict cu ideile revoluționare privind libertatea și drepturile cetățenilor, epidemiile fiind utilizate frecvent ca un prilej de întărire a puterilor statului și ale poliției, de prigonire a opoziției sau a categoriilor sociale marginalizate.³⁵

Începând cu mijlocul secolului al XIX-lea, în contextul epidemiilor repetate de holeră din Europa, eficacitatea carantinei maritime și a cordoanelor sanitare a ajuns să fie contestată chiar de oamenii de știință și de funcționarii sanitari, singurele locuri unde aceste mijloace au fost eficiente împotriva holerei fiind insulele relativ mici, un exemplu în acest sens fiind Sardinia, care a reușit să scape complet de epidemia de holeră din Italia din 1835-1836, prin prevenirea sub pază armată a debarcării oricăror pasageri sau încărcături pe coastele insulei.³⁶

³⁴ E. Tognotti, *op. cit.*, p. 255.

³⁵ *Ibidem*, p. 256.

³⁶ *Ibidem*; a se vedea și N. Howard-Jones, *The Scientific Background of the International Sanitary Conferences 1851-1938*, Geneva, World Health Organization, 1975, disponibil la https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/62873/14549_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y, pp. 12-13, consultat la 26.10.2020.

Similar cu situația pandemiilor contemporane, carantina a fost contestată în secolul al XIX-lea de cei care nu credeau în contagiozitatea holerei sau care deplângeau restricționarea comerțului sau a liberei circulații a călătorilor din cauza cordoanelor sanitare și a controalelor de la frontiere, însoțite frecvent de măsuri de fumigare a mărfurilor și de dezinfectare a hainelor.³⁷ Chiar dacă existau dubii asupra eficacității carantinei, autoritățile au fost multă vreme refractare la ideea de a renunța la această metodă tradițională, care avea și un efect psihologic asupra populației.³⁸

Criticile aduse carantinei sunt numeroase, ea fiind un instrument „bont”, care afectează mult mai multe persoane decât cele care vor fi efectiv infectate, putând fi eficientă epidemiologic dar lezând din punct de vedere social, economic și psihologic pe cei neinfecțați.³⁹ Din punct de vedere istoric, carantina nu avea inițial nicio bază științifică, apărând din cauza incertitudinii și ignoranței privind modalitatea de transmitere a bolilor sau perioada de incubație, chiar durata sa tradițională de 40 de zile având legătură mai degrabă cu concepte religioase sau filosofice legate de boală, în condițiile în care astăzi știm că perioada de incubație a ciumei bubonice este între două și cel mult zece zile, iar a formei pulmonare a bolii este de numai una sau două zile, astfel că înțelesul tradițional al carantinei este în realitate un amestec nedefinit al carantinei propriu-zise a persoanelor suspecte de boală cu izolarea bolnavilor confirmați.⁴⁰

Totuși, concluzia experienței istorice privind carantina, confirmată și de ultima pandemie de COVID-19, este că aceasta este o măsură agresivă de

³⁷ E. Tognotti, *op. cit.*, p. 256; N. Howard-Jones, *op. cit.*, pp. 12-16.

³⁸ E. Tognotti, *op. cit.*, p. 256.

³⁹ M.A. Rothstein, *op. cit.*, pp. 232-233.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 233.

intervenție în sănătatea publică, ce ar trebui utilizată cu predilecție la nivel local și, chiar și atunci când este eficientă în privința bolii, afectează libertățile civile, activitatea economică și coeziunea socială, fiind susceptibilă de utilizare abuzivă de către regimurile autoritare.⁴¹

Din punct de vedere etic, adaptând principiile generale ale intervențiilor de sănătate publică, dintre care carantina este cea mai intruzivă, s-a afirmat că, pentru a se lua această măsură, într-o societate democratică contemporană, ar trebui avute în vedere următoarele criterii: necesitatea, eficacitatea și rațiunea științifică; proporționalitatea și minima încălcare a drepturilor; oferirea de sprijin umanitar celor afectați; justificarea publică a luării măsurii.⁴² În lipsa acestora, carantina poate fi inefficientă, poate cauza revolte ale celor afectați și un dezastru umanitar.⁴³

B. Cordonul sanitar

O variantă a carantinei este așa-zisul „cordon sanitar”, care înseamnă restricționarea mișcării populației în sau dintr-o anumită zonă geografică pentru a preveni răspândirea unei boli, fiind practic o carantină „geografică” sau „perimetrală”.⁴⁴

Termenul a apărut prima oară în 1821, când ducele de Richelieu a utilizat soldații la frontiera dintre Spania și Franța pentru a încerca să prevină transmiterea febrei galbene în Franța, dar măsura în sine este mult mai veche,

⁴¹ *Ibidem*, pp. 233-236.

⁴² *Ibidem*, pp. 250-273.

⁴³ În acest sens a se vedea exemplul negativ al carantinei zonale (cordon sanitar) pentru Ebola dintr-un cartier al capitalei Liberiei, Monrovia, din august 2014, evocat de M.A. Rothstein, *op. cit.*, pp. 273-278 .

⁴⁴ M.A. Rothstein, *op. cit.*, pp. 232, 235; L.O. Gostin, *op. cit.*, p. 436.

restricționarea geografică a circulației persoanelor pe motive de boală contagioasă apărând de numeroase ori și în secolele anterioare. Astfel, conducătorul orașului-stat Milano în timpul epidemiei de ciumă din 1398-1400, Gian Galeazzo Visconti, a instituit un astfel de cordon sanitar *avant la lettre*, oprind la podurile și porturile de pe râul Adda călătorii din orașe unde apăruse epidemia să intre în Milano, creând în 1400 rute alternative pentru pelerinii către Roma, care ocoleau orașul.⁴⁵

Cordonul sanitar *avant la lettre*, privit ca și componentă a carantinei în înțelesul său larg, medieval, a fost frecvent folosit pentru restricționarea mișcărilor defavorizaților sociali, care erau priviți în orașele-state italiene din secolul al XV-lea, la fel ca în vremea ciumei lui Iustinian din secolul al VI-lea, ca răspunzători de epidemia de ciumă și de răspândirea acesteia: cerșetori, prostituate, sărăcimea bolnavă, pe lângă scopul declarat sanitar insinuându-se ideea controlului stabilității sociale prin limitarea circulației unei subclase sociale anarhice și imprevizibile.⁴⁶

Autori prestigioși din domeniul dreptului sănătății publice opinau în deceniul trecut că această măsură a cordonului sanitar are numai o relevanță istorică datorită ineficienței sale, intruziunii asupra libertății personale și a costurilor sociale, privând un segment larg al populației de libertate chiar dacă mulți dintre cei vizați nu prezintă în realitate un risc epidemiologic, aglomerarea indivizilor sănătoși cu cei bolnavi ducând la răspândirea bolii și afectând în general în mod disproporțional pe cei săraci.⁴⁷

⁴⁵ D. Porter, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 36-37.

⁴⁷ L.O. Gostin, *op. cit.*, p. 436.

C. Izolarea bolnavilor

Pe lângă precedentele din Vechiul testament, care vorbeau de excluderea bolnavilor cu potențial contagios din societatea israelită, a doua pandemie devastatoare de ciumă care a debutat în secolul al XIV-lea a generat și ea astfel de politici sistematice de izolare a bolnavilor. În orașul italian Milano, conducătorul Bernabo Visconti a dispus în 1350 și 1374 ca toți bolnavii de ciumă și cei care i-au îngrijit să fie trimiși în case special amenajate în afara zidurilor orașului.⁴⁸ Urmașul său, Gian Galeazzo Visconti, a hotărât în timpul epidemiei din 1398-1400 ca toți cei bolnavi să fie trimiși la două spitale pentru ciumă, casele lor să fie închise și cei apropiați trimiși în afara orașului în carantină la mănăstiri, refuzând ideea consiliului orașenesc de a-i ține pur și simplu pe bolnavi în casele lor, urmând a fi separați și îngrijiți în spitale.⁴⁹

Spitalele pentru bolnavii de ciumă, la fel ca spitalele medievale în general, fuseseră concepute în primul rând ca instituții sociale pentru găzduirea celor săraci, care nu se putuseră refugia din orașe în fața ciumei și erau văzuți ca principalele victime ale bolii. Un astfel de spital construit la Florența a ajuns însă să fie folosit în timpul epidemiei din 1497 ca loc de izolare al celor bolnavi (lazaret).⁵⁰ Lazaretele sau locurile de izolare instituționalizată a celor bolnavi sau suspecti de ciumă au apărut în secolul al XIV-lea în orașele-state italiene sau în coloniile acestora, continuând tradiția

⁴⁸ D. Porter, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 35-36.

leprozeriilor, care funcționaseră dintotdeauna în afara orașelor pentru izolarea celor afectați de boala lui Hansen (lepră) de societate.⁵¹

D. Distanțarea socială

Deși la începutul secolului al XX-lea părea că bătălia împotriva bolilor contagioase este pe cale să fie câștigată, carantina și măsurile derivate părănd desuete, pandemia de gripă spaniolă din 1918-1919 a adus noi provocări în fața cărora s-a încercat în lumea occidentală luarea unor măsuri ce astăzi, în anul 2020, ne par dureros de familiare: închiderea școlilor, bisericilor, teatrelor, suspendarea adunărilor publice, anularea întâlnirilor publice din campusurile universitare, suspendarea spovedaniilor și a ceremonialurilor funerare, distanțarea socială și măsuri de igienă respiratorie.⁵² Toate aceste măsuri, inclusiv carantina, sunt cuprinse în termenul-umbrelă contemporan de „distanțare socială” (*social distancing*), care a apărut cu mult înaintea pandemiei din anul 2020, fiind consacrat în literatura de specialitate cu mai bine de un deceniu înainte.⁵³

Chiar dacă aceste măsuri de distanțare socială par a aparține contemporaneității, istoricii sănătății publice arată că, încă din secolul al XVII-lea, în orașele-state italiene, atunci când comitetele permanente de sănătate publică au crescut în autoritate și prestigiu, acestea impuneau, pe

⁵¹ M. Lindemann, *Medicine and Society in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 123; A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *Histoire du Droit de la Santé*, Les Études Hospitalières Édition, Bordeaux, 2014, pp. 85-86; K. Park, *Medicine and Society in Medieval Europe, 500-1500*, pp. 86-87 in A. Wear (editor), *Medicine in Society – Historical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

⁵² E. Tognotti, *op. cit.*, p. 257; M.A. Rothstein, *op. cit.*, p. 234.

⁵³ A se vedea în acest sens R.J. Glass, L.M. Glass, W.E. Beyeler, H.J. Min, *Targeted Social Distancing Design for Pandemic Influenza*, *Emerging Infectious Diseases*, vol. 12, nr. 11/2006, pp. 1671-1681.

baza experienței practice, închiderea școlilor, interzicerea festivalurilor, adunărilor religioase și a altor adunări publice în vreme de epidemie, în pofida opoziției vehemente a clerului.⁵⁴

Prima pandemie a secolului al XXI-lea, cea de SARS din 2002-2003, a arătat că metodele tradiționale de intervenție non-medicală, vechi de secole, cum sunt carantina, izolarea bolnavilor, supravegherea călătorilor, trasarea contactelor, interzicerea adunărilor publice, recomandările de a crește igiena personală și utilizarea mijloacelor de protecție individuală, au fost eficiente în suprimarea pandemiei în câteva luni de la declararea sa ca atare.⁵⁵ Această boală a arătat însă și vulnerabilitatea intrinsecă a societăților contemporane, bazate pe contacte sociale extinse și transfrontaliere, în fața unei boli noi cu transmitere respiratorie, fără a necesita un vector intermediar, cu o perioadă de incubație asimptomatică de peste o săptămână, cu simptome similare cu ale altor boli, care afectează disproporționat personalul medical și se răspândește cu ușurință pe calea transportului aerian.⁵⁶

II. Cooperarea internațională în domeniul sănătății publice

Cooperarea internațională în domeniul măsurilor non-medicale de combatere a epidemiilor a început la mijlocul secolului al XIX-lea, pe fondul pandemiei de holeră, prin intermediul unei serii de Conferințe Sanitare Internaționale (ce au dus după aproape un secol la înființarea Organizației Mondiale a Sănătății), care urmăreau să armonizeze reglementările diferite din statele vremii privind carantina împotriva bolilor exotice, diferențele

⁵⁴ D. Porter, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁵⁵ F. M. Snowden, *op. cit.*, pp. 471-472.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 471.

stânjenind în mod considerabil comerțul internațional și circulația pasagerilor.⁵⁷

Primele conferințe internaționale în materie au fost un eșec, ignoranța generală privind modul de transmitere al bolilor despre care se discuta (holeră ca pericol acut; ciumă și febră galbenă ca amenințări tradiționale, care nu fuseseră însă prezente în mod semnificativ în Europa de multă vreme) ducând la dezacorduri pe baza teoriilor diferite despre boală ale reprezentanților fiecărui stat participant⁵⁸.

O dată ce mecanismele precise de transmitere ale diverselor boli infecțioase au început să fie înțelese de la sfârșitul secolului al XIX-lea, cooperarea internațională a luat avânt, profilaxia ciumei, holerei și febrei galbene fiind discutate separat, în funcție de specificul fiecărei boli, iar a 11-a Conferință Sanitară Internațională din 1903 a adoptat o convenție de 184 de articole, care a codificat și înlocuit convențiile anterioare din 1892, 1893, 1894 și 1897, aducând reglementările internaționale privind carantina în conformitate cu ultimele descoperiri științifice privind ciuma, holera și febra galbenă.⁵⁹

III. Principiile de la Siracusa

Consiliul Economic și Social al Organizației Națiunilor Unite a adoptat în 1984 un instrument internațional cu valoare de *soft law*, neobligatoriu, elaborat de Institutul Internațional pentru Justiție Penală și Drepturi ale Omului de la Siracusa. Aceste Principii de la Siracusa arată că restricționarea

⁵⁷ N. Howard-Jones, *op. cit.*, pp. 11.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁵⁹ E. Tognotti, *op. cit.*, p. 256; N. Howard-Jones, *op. cit.*, p. 85.

drepturilor civile și politice din Pactul Internațional privind Drepturile Civile și Politice trebuie să îndeplinească standardele de legalitate, necesitate bazată pe dovezi, proporționalitate și gradualitate, sănătatea publică putând fi un temei pentru limitarea anumitor drepturi dacă statul trebuie să ia măsuri destinate prevenirii bolilor sau tratamentului bolnavilor.⁶⁰

Limitarea drepturilor, cum apare în cazul carantinei, trebuie să fie strict necesară, răspunzând unei nevoi publice presante (sănătatea), să urmărească în mod proporțional un scop legitim, cum este prevenirea răspândirii bolilor infecțioase, trebuie să fie conformă legii, să nu fie arbitrară sau discriminatorie, să limiteze doar drepturile aflate sub jurisdicția statului care impune limitarea.⁶¹

Atunci când este impusă carantina, etica sănătății publice impune ca toate restricțiile să fie susținute temeinic de dovezi științifice, toate informațiile trebuie să fie disponibile publicului, toate măsurile trebuie să fie explicate atât celor ale căror drepturi sunt restricționate cât și publicului larg și trebuie să fie periodic revăzute și revizuite. Statul trebuie să se asigure că persoanele infectate nu sunt amenințate sau abuzate, nevoile de bază privind hrana, apa, îngrijirile medicale și preventive trebuie să le fie acoperite, comunicarea cu cei dragi și cei care le asigură îngrijirea trebuie permisă, limitările privind libertatea trebuie să fie aplicate în mod egal, indiferent de

⁶⁰ Comisia Națiunilor Unite privind Drepturile Omului, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, disponibile la: <https://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>, consultat la 26 octombrie 2020.

⁶¹ *Ibidem*.

statutul social, pacienții trebuie să fie compensați pentru pierderile materiale suferite, inclusiv salariile pierdute.⁶²

IV. Concluzie

În loc de concluzie a acestui studiu privind aspectele juridice ale sănătății publice în contextul istoric al marilor epidemii, nu putem decât să ne aducem aminte de cuvintele cronicarului moldovean Miron Costin, care a trăit și el astfel de vremuri triste, și scria în Predoslovia Letopisețului Țării Moldovei:

„Ce sosiră asupra noastră cumplite acestea vrémi de acmu, de nu stăm de scrisori, ce de griji și suspinuri. Și la acest fel de scrisoare gându slobod și fără valuri trebuiește. Iară noi prăvim cumplite vrémi și cumpănă mare pământului nostru și noaă.”

⁶² A se vedea M.P. Battin, L.P. Francis, J.A. Jacobson, C.B. Smith, *The Patient as Victim and Vector – Ethics and Infectious Disease*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2009, pp. 313-328.

STUDII

PATRIA PIETAS - CONDIȚIA JURIDICĂ A
COPILULUI ÎN FAMILIA POSTMODERNĂ

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.8
Data publicării online: 16.03.2021

Emese FLORIAN*

Rezumat: Din motive evidente, copilul are nevoie de ocrotire și este beneficiar al ocrotirii, a părinților pe cât este posibil; pe de altă parte, el este titularul arsenalului de drepturi și libertăți ale copilului consacrate prin documente internaționale și reflectate în legislația noastră internă.

Drepturile și îndatoririle părintești privitoare la persoana și la bunurile copilului, desemnate generic prin sintagma „autoritate părintească” sunt impregnate de drepturile copilului (I) și circumstanțiază exercițiul amintitei autorități (II).

Cuvinte cheie: copil, minor, autoritate părintească, exercițiul autorității părintești.

* Prof..univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca. contact: florian.emese23@gmail.com.

PATRIA PIETAS – THE LEGAL CONDITION
OF THE CHILD IN THE POSTMODERN
FAMILY

Abstract: For obvious reasons, the child requires protection and is beneficiary of said protection, usually received by his/her parents; on the other hand, he/she possesses wide array of children's rights and freedoms stipulated in international documents and reflected in our domestic law.

Parental rights and duties regarding the person and the child's property, generically designated by the phrase "parental authority", are impregnated by the rights of the child (I) and circumscribe the exercise of that authority (II).

Keywords: child, parental authority, exercise of parental authority

Cuprins

I.	Preliminarii	309
II.	Autoritatea părintească și drepturile copilului	313
III.	Exercitarea autorității părintești și drepturile copilului	321
IV.	Concluzii	325

I. Preliminarii

Familia este, s-a spus, o construcție juridică, culturală, sociologică având propria structură, propria organigramă.¹

Ierarhia familială riguroasă promovată secole la rând după exemplul roman care îl învestea pe *pater* cu *patria potestas*, e de domeniul trecutului²; în locul modelului patriarhal s-a instalat paradigma exercitării în comun a autorității părintești, adică, prin definiție, o distribuție egalitară a „puterilor” între cei doi părinți. Fie că sunt căsătoriți, divorțați ori din afara căsătoriei, tatăl și mama sunt, fiecare, titular al autorității părintești și regula cere să exercite autoritatea împreună cu celălalt părinte, fiindcă este maniera care dă satisfacție principiului suprem al interesului copilului.

Legislația noastră civilă – avem în vedere cu precădere dispozițiile relative familiei – întrebuițează termenul „copil” alternativ cu acela de „minor”, afară de cazul în care subiectul de drept cu pricina este desemnat, prețios, prin „copil minor” (*e.g.*, art. 400, 437 alin. (2), 493, 497 alin. (1) C.civ.).

În context familial „copilul”, inserat în texte normative cu semnificația din vorbirea curentă, este unul și același cu juridica sa clonă, „minorul” în expresie ordinară, adică persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și, pe cale de consecință, ca regulă, nu are capacitate deplină de exercițiu (art. 38 C.civ.). De pildă, în sensul prevederilor vizând protecția copilului, el este descris

¹ D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2014, p. 698.

² Despotismul lui *pater familias*, având *ius vitae necisque* (drept de viață și de moarte) asupra alor săi este legendar. Ar fi cu totul greșit să conchidem că în dreptul roman nu au existat evoluții în direcția limitării puterilor capului de familie; unele dintre acestea, retrospectiv și din unghiul supușilor amintitei puteri, ar putea fi consemnate ca având natură protectivă. Cu privire la puterea părintească în diferitele epoci ale dreptului roman, a se vedea V. Hanga, *Drept privat roman*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 187-190.

astfel: „persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nici nu a dobândit capacitate deplină de exercițiu, în condițiile legii” [art. 263 alin. (5) C.civ., art. 4 lit. a) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată³]. În consecință, drepturile și îndatoririle părintești se exercită „până la data când copilul dobândește capacitate deplină de exercițiu” (art. 484 C.civ.).⁴ Meritul noțiunii de „minor” este precizia sa aritmetică. Factorul discernământ, cu un rol cheie în logica incapacității, nu are a face cu matematica.

Termenul „copil”, cu trimitere la „descendent”, are darul de a evoca relația de familie grație căreia și în mijlocul căreia persoana a ocupat locul său unic în șirul generațional.

Se pare că a pătruns în textele de lege în contextul mișcărilor internaționale de promovare a drepturilor copilului creionate, într-o primă etapă,⁵ ca versiune, o transpunere a drepturilor omului, ale adultului: s-a

³ M. Of. nr. 159 din 5 martie 2014.

⁴ Interesantă este inițiativa în sprijinul recunoașterii unei categorii juridice intermediare între starea de minor și starea de major, anume starea de tânăr – ceva între copilul trecut și proaspătul adult – pornindu-se de la observația că trecerea brutală de la o stare juridică la alta nu ține seama în măsura recomandată de alte științe sociale de factorul maturizare progresivă a adolescentului. A se vedea D. Guérin, *Entre protection et autonomie*, AJ Famille, nr. 5/2020, p. 272.

Ideea nu este cu totul nouă. În 2014, de asemenea în Franța, s-a propus renunțarea la principiul incapacității minorului în favoarea conceptului de „capacitate prospectivă” ce s-ar dobândi la vârsta de 13 ani și ar aduce cu sine prezumția irefragabilă de discernământ; pe cale de consecință, de la 13 ani, manifestarea de voință a copilului ar deveni obligatorie. A se vedea Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 6^e éd., LGDJ, 2017, p. 717, nota nr. 14.

⁵ Nevoia protejării copilului neajutorat într-o lume a adulților a prins contur în a doua jumătate a secolului XIX. Printre primele reglementări cu asemenea ambiții, apătute în Franța, sunt menționate Legea din 7 decembrie 1874 cu privire la protejarea copiilor angajați în munci ambulante, Legea din 24 iulie 1889 privitor la protecția copiilor maltratați și abandonați - Ph. Malaurie, H. Fulchiron, op. cit., p. 709.

considerat inadecvată asocierea drepturilor fundamentale cu persoana „minor”, pentru că vocabula, în iremediabilă antinomie cu „majorul”, plasasează instinctiv subiectul „infantil” într-o poziție de inferioritate, de inaptitudine în exercițiul unora și acelorași drepturi.⁶ Instrumentele internaționale consacrate copilului nu sunt interesate de situația juridică a copilului, ci de drepturile sale. Optica e semnificativ diferită față de aceea de „minor” din abordările legii civile, fiindcă preocuparea nu este aceea de a descrie o suită de reguli aplicabile copilului, ci de a indica drepturile ce-i sunt recunoscute în calitatea sa de subiect, de persoană înzestrată cu libertate. Schimbarea de viziune este asemănătoare aceleia care a marcat trecerea de la „condiția juridică a femeii” la „drepturile femeii”, cu deosebirea, esențială, că în cazul copilului este inaplicabilă rețeta decretării egalității în drepturi cu toți ceilalți indivizi; copilul nu este o persoană oarecare, de aceea o legislație anume dedicată este indispensabilă. Aceste evoluții au revelat, de asemenea, nevoia inversiunii de perspectivă: situația copilului este de evaluat din

Primul document internațional preocupat de condiția copilului este Declarația de la Geneva privind Drepturile Copilului adoptată de Liga Națiunilor Unite în 1924. Elaborat de fondatoarea mișcării *Save the Children*, Eglantyne Jebb, Declarația a avut doar un rol orientativ pentru statele membre. Punctul de referință în materie îl reprezintă Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, adoptată la 29 noiembrie 1989 (ratificată de România prin Legea nr. 18/1990, M. Of. nr. 109 din 28 septembrie 1990), care a marcat trecerea de la „copil – obiect al protecției” la copilul „subiect de drepturi”. Potrivit definiției cuprinse în art. 1 din Convenție, „prin copil se înțelege orice ființă umană (!, s.n.) sub vârsta de 18 ani, exceptând cazurile în care legea aplicabilă copilului stabilește limita majoratului sub această vârstă”.

⁶ Ph. Malaurie, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 10^e éd., LGDJ, 2018, p. 291.

punctul de vedere al copilului însuși, al interesului său *superior*,⁷ opozabil inclusiv părinților.⁸

Fără îndoială, consacrară internațională a drepturilor copilului are merite de necontestat – cum ar fi recunoașterea copilului și a copilăriei prin ceea ce este iar nu ca imagine a sa în negativ, la fel și universalitatea drepturilor sale.

Bunele intenții sunt însă punctate de unele scăderi: investind copilul cu drepturi ale omului (adult), nu i se răpește oare tocmai copilăria? drepturile sunt recunoscute „copilului” oricare ar fi vârsta sa, ceea ce e nefiresc și neverosimil de vreme ce o bună perioadă din copilărie se prezumă lipsa discernământului, a voinței conștiente; interesul superior al copilului, deopotrivă rațiunea, condiția, finalitatea oricărei măsuri privitoare la copil, indiferent de autorul ei, este, în cele din urmă apreciat ca atare de către decidentul adult iar nu de către însuși copil.⁹

⁷ Formula însăși de „interes superior al copilului” invită la reflecție. În ce sens este „superior” interesul copilului? E de interpretat ca interes de perspectivă al copilului, prioritar față de cel de moment? de supremație față de eventualul interes incomplet pliat al părintelui/părinților? În fine, „interesul superior al copilului”, prin invitația la superprotecția acestuia, nu contrazice oare ideea de autonomie a copilului care animă Convenția ONU privind drepturile copilului? Pentru unele dezvoltări a se vedea J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. I., PUF, 2004, p. 829. În ce ne privește, nu excludem cu totul ca la origini să se afle un exces de conformitate literală a traducerii din limba engleză a expresiei „best interest of child” din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului. În aceeași manieră, „everyones’s best interest” s-ar traduce ca „interes superior al fiecăruia”.

⁸ În același sens, O. Ghiță, S. Cercel, *Interesul superior al copilului*, în RRDP nr. 3/2018, p. 135-136.

S-a remarcat, cu ironie, că „via noțiunea de inters superior al copilului mai toate instituțiile dreptului familial riscă să devină superflue” - J. Carbonnier, apud. Ph. Malaurie, H. Fulchiron, op. cit., p. 711, nota nr. 42. Ghilimele dismulează orice simpatie față de francheța concluziei.

⁹ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, op.cit., p. 712.

Așadar, pe de o parte, copilul, din motive evidente, are nevoie și este beneficiarul ocrotirii, a părinților pe cât este posibil, pe de altă parte este titularul arsenalului de drepturi și libertăți ale copilului. Drepturile și îndatoririle părintești desemnate generic prin sintagma „autoritate părintească” sunt impregnate de drepturile copilului (II) și circumstanțiază exercițiul amintitei autorități (III).

II. Autoritatea părintească și drepturile copilului

Termenul „autoritate” din compunerea expresiei „autoritate părintească”¹⁰ provine din latinescul *auctoritas*, având o încărcătură semnantică duală: de putere a subiectului însuși, inerentă lui și de notorietate pentru ceilalți – ceea ce, în epoca noastră, ar putea avea corespundent în putere de persuasiune – dar, de asemenea, înțelesul de putere ca *potestas*, de superioritate/dominație în relația cu altcineva, putere exercitată asupra unui subiect – altfel spus, în limbaj modern, puterea de a impune propria voință.¹¹

Sintagma „autoritate părintească” este succesoarea „ocrotirii părintești” din reglementarea Codului familiei, a cărei substanță o conservă.

¹⁰ S-a afirmat că abandonarea noțiunii de „putere părintească” în favoarea noțiunii de „autoritate părintească” în legislațiile europene s-a făcut pentru a se realiza desprinderea de viziunea arhaică a familiei bazată pe puterea lui pater familias din vechiul drept roman asupra copiilor, asimilați cu sclavii și bunurile, ceea ce evoca lipsa totală a personalității juridice a copiilor pe toată durata vieții tatălui – M. Avram, *Drept civil. Familia*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, 2016, p. 485 nota nr. 1.

Într-un remarcabil studiu, autoarea definește autoritatea ca prerogativă a titularului/purtătorului său de a exprima în relația cu subiectul autorității și în interesul acestuia din urmă o superioritate epistemică și/sau o superioritate deontică. M. Avram, *Nimeni nu vine la Tatăl decât prin Mine: o incursiune în logica autorității și a puterii în dreptul privat*, RRD P nr. 2/2019, www.Lege5.ro (1 septembrie 2019).

¹¹ D. Alland, S. Rials, op.cit., p. 111.

Și una și cealaltă conferă atribute de supraveghere, de control și de decizie exercitate cu privire la copil, în interesul superior al copilului. Rolul autorității părintești este de acela de pază a copilului vulnerabil din pricina fragilității sale fizice/psihice/emoționale; menirea instituției de suplinire a incapacității minorului ca actor pe scena juridică, incapacitate ce face necesar recursul la instituția reprezentării/asistării, a alunecat pe un plan secund.

Sub denumirea marginală „conținutul autorității părintești”, art. 487 C.civ. dispune: „părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, însușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia”.¹²

Pornind de la norma cadru tocmai evocată și ținând seama de prevederile care o detaliază în segmentul interesând persoana copilului, art. 488-499 C.civ., în literatură s-a încetățenit formula de „drepturi și îndatoriri” părintești în îndeplinirea misiunii de creștere a copilului.

O primă constatare: propriu-zis, suntem în prezența unui pachet de îndatoriri/obligații părintești sau, într-o altă exprimare, a unui complex de prerogative,¹³ fără vreun drept părintesc opozabil copilului – cum ar fi, să spunem, obligația copilului de a avea locuința aleasă de părinții săi.¹⁴ Este de la sine înțeles, părinții sunt cei care stabilesc locuința copilului – rezultă din

¹² Un reputat autor are următorul comentariu pe marginea prevederii cvasiidentice a legii franceze: „bla, bla, bla” - Ph. Malaurie, op.cit., p. 292..

¹³ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, op.cit., p. 705.

¹⁴ Potrivit art. 371-3 C.civ.fr., „*L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.*”.

cele dispuse de art. 496 C.civ. – însă tonul imperativ din enunțul „copilul minor locuiește la părinții săi” [art. 496 alin. (1) C.civ.] nu are corespondent în obligația copilului de a respecta decizia părinților. În schimb copilul, dacă a împlinit vârsta de 14 ani, poate cere părinților schimbarea locuinței sale în vederea desăvârșirii învățaturii sau pregătirii sale profesionale, iar în caz de împotrivire, copilul se poate adresa instanței de tutelă (art. 498 C.civ.).

Locuința copilului „leagă” mai curând părinții copilului între dâșșii decât copilul și părinții săi. Astfel, dacă părinții sunt căsătoriți dar nu locuiesc împreună, locuința soțului la care se află copilul dobândește, prin simplul fapt că implicit este și căminul copilului, statuat de „locuința a familiei” [art. 321 alin. (1) C.civ.] și prin aceasta intră sub incidența unui regim juridic specific, oricare ar fi regimul matrimonial al soților și indiferent de titlul sub care este deținut imobilul (art. 322 C.civ.). În caz de divorț, consecințele stabilirii locuinței copilului la unul dintre părinți unită cu exercitarea în comun a autorității părintești poate avea urmări bizare: schimbarea locuinței copilului împreună cu părintele cu care locuiește, dacă afectează exercițiul drepturilor părintești sau al unor drepturi părintești, nu poate avea loc decât cu acordul prealabil al celuilalt părinte [art. 497 alin. (1) C.civ.]. Aceasta înseamnă că în cazul recăsătoriei părintelui „rezident”, dacă schimbarea de stare civilă aduce cu sine și schimbarea locuinței sale, îndatorirea de a locui împreună cu soțul său din căsătoria subsecventă așa cum prevede legea [art. 309 alin. (2) C.civ.], se poate lovi de împotrivirea fostului soț, în calitate de părinte.

Apoi, enumerarea cuprinsă în art. 487 C.civ. amintește mai degrabă de găselnița aviatorului din povestea Miculului Prinț a lui Saint-Exupéry – desenăm o cutie și pretindem că oaia este înăuntru – decât de rigoarea unei dispoziții a legii. Drept urmare, lista drepturilor și îndatoririlor părintești - este formula consacrată – ce dau consistență „autorității părintești” diferă de

autor la autor.¹⁵ La o analiză atentă, chiar unele din sarcinile unanim incluse în conținutul autorității părintești sunt susceptibile de amendare. Avem în vedere obligația legală de întreținere față de copil, căci „tatăl și mama sunt obligați, în solidar, să dea întreținere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională”

¹⁵ Identificarea respectivelor drepturi și îndatoriri diferă de la autor la autor. Astfel, într-o părere, sub titlul „drepturi și obligații părintești privitoare la persoana copilului”, părinții au dreptul și obligația de a stabili și păstra identitatea copilului, de a crește copilul, de a avea legături personale cu copilul, de a veghea la creșterea, educarea, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, dreptul de a stabili locuința copilului, dreptul de a consimți la căsătoria, logodna și adopția copilului, precum și dreptul de a contesta măsurile dispuse de autorități cu privire la copil și de a formula cereri și acțiuni în nume propriu și în numele copilului (M. Avram, *Drept civil. Familia*, op.cit., p. 488- 499). Într-o sistematizare apropiată, sunt identificate dreptul și îndatorirea părinților de a crește copilul îngrijind de sănătatea, dezvoltarea, educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, dreptul de a stabili locuința copilului, de a cere înapoierea copilului de la orice persoană care îl ține fără drept, dreptul de a avea legături personale cu copilul, de a consimți la logodna, căsătoria, adopția copilului, dreptul părinților de a-și exprima opinia cu privire la emanciparea copilului, dreptul și îndatorirea de a întreține copilul, de a reprezenta sau, după caz, de a încuviința actele minorului (D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ed. a 3-a emendată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 545-554);

În doctrina anterioară noului Cod civil, s-a afirmat că îndatoririle principale ale părinților sunt acelea de a crește și de a întreține copilul, pentru a căror îndeplinire legea a instituit dreptul părinților de a stabili locuința copilului, precum și dreptul de a cere înapoierea acestuia de la orice persoană l-ar ține fără drept (I. Albu, *Dreptul familiei*, Editura Didactică și pedagogică, București, 1975, p. 327); într-o altă exprimare, părinților le revin următoarele drepturi și obligații privitoare la persoana copilului: dreptul și îndatorirea de a crește copilul, dreptul de a lua anumite măsuri față de copil, dreptul de a cere înapoierea copilului de la orice persoană care îl ține fără drept, dreptul de a consimți la adopția copilului, dreptul de a avea legături personale cu acesta, dreptul de a veghea la creșterea, educarea, învățătura și pregătirea profesională a copilului, dreptul de a stabili locuința copilului (I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a 8-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 636-647).

Potrivit doctrinei franceze, autoritatea părintească „înzestreează” cu următoarele drepturi și îndatoriri: de a stabili locuința copilului, de a supraveghea copilul, dreptul și îndatorirea ambilor părinți de a se îngriji de educația copilului, precum și de sănătatea acestuia, dreptul și îndatorirea de a-l asocia pe minor în toate deciziile care îl privesc [A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în P. Murat (coord.), *Droit de la famille*, 8^e éd., Dalloz, 2019, p. 972-980).

[art. 499 alin. (1) C.civ.]. Să observăm că obligația părintească cu pricina de asemenea există față de descendentul devenit major aflat în continuarea studiilor [art. 499 alin. (3) C.civ.], cu toate că în privința beneficiarului părinții nu mai au a exercita drepturi și îndatoriri părintești (art. 484 C.civ.). Posibila obiecție, în sensul că, în cazul întreținerii datorate de părinți copilului conținutul obligației este unul complex, implicând, alături de furnizarea celor trebuincioase traiului, asigurarea mijloacelor necesare educației, învățaturii și pregătirii profesionale, prin urmare este firească încorporarea sa în conceptul cadru „autoritate părintească”, nu credem că poate fi reținută. Același raționament susține starea de nevoie a creditorului descendent major. În fond, nevoile copilului, la fel și nevoile descendentului major aflat în continuarea studiilor sunt dictate, în parte, de cheltuielile cu educația, învățătura, pregătirea profesională și argumentează cuantumul întreținerii datorate, de drept comun, potrivit cu nevoia celui care o cere și cu mijloacele celui care urmează a o plăti [art. 529 alin. (1) C.civ.]. Prin urmare, obligația de întreținere apare ca expresie a solidarității intrafamiliale, oricare ar fi persoanele dintre cele limitativ enumerate de lege între care se leagă *in concreto*.

În fine, tatăl și mama au dreptul și îndatorirea de a îndruma copilul îngrijindu-se de educația, învățătura, pregătirea sa profesională, de dezvoltarea sa intelectuală, spirituală, morală și socială, potrivit propriilor convingeri, precum și însușirilor și nevoilor copilului; părinții sunt datori să ofere copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor recunoscute lui – mai spune legea în art. 487 C.civ. În consecință, părinții copilului sunt îndrituiți să aleagă felul educației care urmează să fie dată copilului lor și, de asemenea, au obligația să înscrie copilul la școală și să asigure frecventarea cu regularitate a cursurilor școlare [art. 51 alin. (1) și (2) din Legea

nr. 272/2004, republicată]. Împlinind 14 ani, minorul are drept de inițiativă în legătură cu educația sa școlară, el poate cere părinților să își schimbe felul învățaturii sau al pregătirii profesionale ori locuința necesară desăvârșirii învățaturii ori pregătirii profesionale, iar dacă părinții se opun, se poate adresa instanței de tutelă care va hotărî, cu ascultarea copilului, pe baza raportului de anchetă psiho-socială (art. 498 C.civ.).

În sensul cel mai larg, „educația” copilului înseamnă, afară de instruirea școlară, de pregătirea profesională, și educația sa religioasă, morală, civică, într-un cuvânt toate acele influențe care modelează și pregătesc minorul pentru viața de adult.

Cât privește educația religioasă a copilului, părinții sunt cei care îndrumă minorul, potrivit propriilor convingeri, în alegerea unei religii, în condițiile legii, ținând seama de opinia, vârsta și de gradul de maturitate al acestuia, fără a-l putea obliga să adere la o anumită religie sau la un anumit cult religios [art. 491 alin. (1) C.civ.]. Libertatea părinților de a alege religia copilului este de asemenea consacrată de art. 14 alin. (2) din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, prin care statele părți s-au angajat să respecte drepturile și obligațiile părinților sau, după caz, ale reprezentanților legali ai copilului de a-l îndruma în exercitarea dreptului la libertate de gândire, de conștiință și religie, de o manieră care să corespundă capacităților în formare ale acestuia.

În această materie, dreptul de îndrumare este recunoscut exclusiv părinților, nu și altui reprezentant legal al minorului; când minorul beneficiază de protecție specială – plasament, plasament în regim de urgență - persoanelor în îngrijirea cărora se află le sunt interzise orice acțiuni menite să influențeze convingerile religioase ale copilului [art. 30 alin. (4) din Legea

nr. 272/2004, republicată]. Copilul care a împlinit 14 ani își poate alege liber confesiunea religioasă [art. 491 alin. (2) C.civ.]¹⁶.

Știm cu toții, în viața reală îndrumarea copilului nu se poate realiza numai pe calea colaborării, uneori este nevoie de „recuzita părintească” mai fermă care să influențeze în sensul dorit sau să corijeze comportamentul copilului în familie și în afara ei. Legiuitorul nu exclude ideea de corecție a copilului, dar cere ca măsurile disciplinare să fie luate de părinți cu respectarea demnității copilului și interzice luarea unor măsuri, precum și aplicarea unor pedepse fizice, de natură a afecta dezvoltarea fizică, psihică sau starea emoțională a copilului (art. 489 C.civ.). În același sens, potrivit Legii nr. 272/2004, sunt interzise pedepsele corporale sub orice formă, la fel și orice alte tratamente umilitoare sau degradante ori privarea copilului de drepturile sale, de natură să pună în pericol viața, dezvoltarea fizică, mentală, spirituală, morală sau socială, integritatea corporală, sănătatea fizică sau psihică, atât în familie, cât și în orice instituție care asigură protecția, îngrijirea sau educarea copiilor (art. 33, art. 95). În îndeplinirea misiunii lor, părinții sunt invitați să *coopereze* cu copilul [art. 488 alin. (2) lit. a) C.civ.] și *să-l asocieze* la toate deciziile care îl privesc, ținând seama de vârsta și de gradul său de maturitate [art. 483 alin. (2) C.civ.]. Este limpede, ideea de autoritate este ruinită de vreme ce cooperarea cu copilul, asocierea sa în luarea deciziilor implică o relație de egalitate între părinți și copil, relație prin definiție incompatibilă cu *potestas*-ul uneia dintre părți asupra alteia.

Enunțat prin art. 493 C.civ., dreptul și îndatorirea părinților de a supraveghea copilul este atribut al autorității părintești inseparabil dreptului

¹⁶ Observăm lipsa de „sincronizare” a prevederilor art. 491 alin. (2) C.civ. cu cele statuate prin art. 30 alin. (3) din Legea nr. 272/2004, republicată, potrivit căroră copilul își poate alege singur religia de la 16 ani împliniți.

și îndatoririi generale de a crește copilul și conferă părinților controlul asupra preocupărilor și asupra anturajului copilului. Îndatorirea părinților de a supraveghea copilul explică răspunderea instituită în sarcina acestora pentru fapta prejudiciabilă a minorului. Răspunderea civilă delictuală a tatălui și a mamei este o răspundere principală, directă, autonomă și obiectivă; vinovăția sau nevinovăția minorului autor al prejudiciului nu are nicio relevanță în ceea ce privește nașterea obligației părinților de reparare a prejudiciului¹⁷.

Atributul supravegherii nu are caracter absolut și nu poate fi exercitat discreționar, ci numai în interesul superior al copilului. Părinții sunt obligați să respecte viața intimă, privată, precum și demnitatea copilului¹⁸ [art. 16 alin. (1) și (2) din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, art. 22 din Legea nr. 272/2004, republicată, art. 488 alin. (2) lit. a) C.civ.] și sunt îndrituiți să împiedice corespondența sau relațiile personale numai în cazul copilului în vârstă de până la 14 ani și doar pe baza unor motive temeinice (art. 494 C.civ.), de unde lesne se deduce că asemenea interdicții nu pot fi impuse copilului care a împlinit 14 ani.

Legat de posibilitatea ca părinții să cenzureze relațiile „sociale” ale copilului, cum pe bună dreptate s-a remarcat, din interpretarea coroborată a prevederilor art. 494 C.civ. cu dispoziții cuprinse în Legea nr. 272/2004, republicată [îndeosebi art. 17 alin. (1) și (2)] reiese că vizate sunt relațiile sau legăturile de familie ale copilului, precum cele existente între copil și bunicii

¹⁷ Pe larg, L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vida, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 365-366.

¹⁸ Despre „demnitatea” ființei umane în general, fie copil, fie adult, s-a spus că este o noțiune generică imposibil de definit, iar „aventura” sa juridică nu este lipsită de pericole, deoarece imprecizia ce o caracterizează riscă să abandoneze drepturi civile în voia unor judecăți personale inspirate de convingeri morale adesea șovăielnice. O. Ungureanu, C. Munteanu, *Dreptul la demnitate în concepția Codului civil*, RRDP, nr. 1/2016, p. 37.

săi, sau frații și surorile sale, ori care decurg dintr-o relație de familie *de facto*. Interdicția nu se extinde și asupra persoanelor din afara cercului celor cărora legea le recunoaște dreptul de a avea relații personale și contacte directe cu minorul, prin urmare părinții pot limita orice alte legături și relații pe care le consideră a avea influență nefastă asupra copilului, indiferent de vârsta lui. Altminteri, fără acest corectiv, s-ar aduce o gravă atingere însuși conținutului autorității părintești – se afirmă în doctrină¹⁹.

III. Exercițarea autorității părintești și drepturile copilului

În consecința calității de cotitulari ai autorității, precum și a faptului că ambii părinți răspund pentru creșterea copilului lor minor [art. 483 alin. (1) și (3) C.civ.], tatăl și mama exercită împreună și în mod egal drepturile părintești și îndeplinesc tot astfel îndatoririle ce le revin [art. 503 alin. (1) C.civ.]. Este regula instituită de Codul civil, o regulă fondată pe raportul de filiație, prin urmare imună la circumstanțieri date de statusul relațiilor dintre părinți – dacă sunt căsătoriți sau nu, dacă aceștia conviețuiesc sau nu. În esență, coparentatea instaurată a eliminat decalajul din reglementarea anterioară dintre calitatea de titular de drepturi și îndatoriri părintești a fiecăruia dintre părinți, pe de o parte și puterea de a exercita/îndeplini drepturile, respectiv îndatoririle părintești, pe de altă parte. Relația dintre a deține autoritatea părintească și a exercita autoritatea părintească este asemănătoare aceleia dintre capacitatea de folosință și capacitatea de exercițiu a persoanei fizice: calitatea de părinte conferă, prin

¹⁹ În acest sens, C. Irimia, *Comentariul art. 494, în Fl.A. Baias*, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. CH Beck, București, 2014, p. 592-593, nr. 2-7.

ea însăși, drepturile și îndatoririle părintești, adică o „capacitate de folosință” ce nu se pierde, nu poate face obiectul renunțării, însă dinamica, punerea în valoare a prerogativelor din portofoliul parental, „capacitatea de exercițiu”, presupune condiții și condiționalități (*e.g.*, exercitarea autorității părintești sau exercitarea unor drepturi părintești poate fi retrasă cu titlu de sancțiune în condițiile art. 508 C.civ.). Inovația legii este aceea că a generalizat „capacitatea de exercițiu” a autorității părintești oricare ar fi statutul părinților și indiferent dacă aceștia conviețuiesc ori nu.

Dintr-un alt unghi, relația dintre fiecare dintre părinți și copil nu are a face cu natura sau calitatea relației dintre cei doi părinți, sunt planuri cvasitotal distincte.

Fără să ne arogăm expertiză pe care nu o deținem altfel decât prin experiență de viață, o atare separație a celor două planuri nu credem că are vreo semnificație câtă vreme relațiile dintre părinți sunt normale – recurgând la o formulă uzitată în vorbirea curentă; în schimb supralicitează calitățile personale ale fiecăruia dintre părinții aflați într-o relație conflictuală, cum se întâmplă, adesea, în cazul foștilor soți. Cum anume se traduce în fapt exercițiul comun al autorității părintești de către părinții care au decis să-și continue viața unul fără celălalt? Cât este de realistă această regulă clădită pe mitul cuplului parental care supraviețuiește triumfător vicisitudinilor de orice fel, inclusiv eșecului vieții de cuplu, totul în interesul superior al copilului?

În primele zile de aplicare a Codului civil din 2009, în contextul divorțului părinților, o instanță a decis că tatăl copiilor, separat de aceștia, în numele principiului exercitării în comun a autorității părintești este îndrituit să-i viziteze zilnic, câte 3 ore pe zi, la locuința mamei.²⁰

²⁰ Jud. Oradea, sent. civ. nr. 9546 din 3 octombrie 2011 (www.rolii.ro).

De bună seamă, dozaajul cantitativ al timpului petrecut de către fiecare dintre părinți alături de copil nu poate fi nici condiția, nici finalitatea și nici semnul calitativ distinctiv al exercitării în comun a autorității părintești. Este de la sine înțeles că în majoritatea covârșitoare a cazurilor relațiile dintre părinți și copii nu vor avea parametri din timpul căsătoriei sau, după caz, al conviețuirii părinților. Teoretic, prerogativele părintești sunt egale și au același conținut ca și în timpul căsătoriei/conviețuirii; practic, prin forța împrejurărilor, prezența și rolul unuia dintre părinți în viața copilului devine preponderent.

Cât privește luarea deciziilor, spre a preveni consecințe nedorite ale exercitării „bicefale” a autorității părintești, legea prevede că, față de terți de bună-credință, oricare dintre părinți îndeplinind singur un act curent pentru este prezumat că are și consimțământul celuilalt părinte [art. 503 alin. (2) C.civ.]. În alte cuvinte, se prezumă mandatul tacit reciproc între părinți pentru actele curente săvârșite în exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești. *Per a contrario*, actele importante referitoare de copil fac necesar acordul expres al tatălui și al mamei. Problema e, fie că vorbim de părinți, fie de instanța de tutelă chemată să arbitreze diferendul dintre părinți, calificarea unui act anume ca fiind din categoria celor uzuale sau, dimpotrivă, a celor semnificative. Legiuitorul a revenit cu indicații: sunt importante decizii precum cele referitoare la alegerea felului învățăturii sau pregătirii profesionale, tratamente medicale complexe sau intervenții chirurgicale, reședința copilului sau administrarea bunurilor [art. 36 alin. (3) din Legea nr. 272/2004, republicată, dispoziție introdusă prin Legea nr. 257/2013²¹]. La

²¹ Legea nr. 257/2013 pentru modificarea și completarea Legii nr.272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului a fost publicată în M.Of. nr. 607 din 30 septembrie 2013.

scurtă vreme, legea drepturilor copilului a fost din nou supusă modificării²², fiind introdusă o prevedere – devenită art. 36 alin. (4) – care, din punctul nostru de vedere, a marcat neechivoc un pas în retragere față de ceea ce începuse să prindă contur ca înțeles al exercitării în comun a autorității părintești: în situația în care, din orice motiv, un părinte nu își exprimă voința pentru luarea deciziilor importante, acestea se iau de către părintele cu care copilul locuiește, cu excepția situației în care acest lucru contravine interesului superior al copilului.

În aceeași tendință de repliere față de efectivitatea exercițiului comun al autorității părintești, până la modificarea sa prin Legea nr. 169/2016²³, Legea privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, nr. 248/2005²⁴, condiționa călătoria copilului aflat sub exercițiul comun al autorității părintești dar însoțit doar de unul dintre părinți de dovada acordului celuilalt exprimat în formă autentică notarială și cuprinzând o serie de mențiuni rigurose detaliate (destinația, perioada călătoriei, scopul deplasării, ruta urmată etc.); în actuala alcătuire a textului, consimțământul părintelui care nu îl însoțește pe copil este unul generic, pentru deplasări în străinătate neprecizate, și poate acoperi o perioadă semnificativă, de 3 ani [art. 30 alin. (1) lit.d)].²⁵

²² Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, în forma republicată (M. Of. nr. 159 din 5 martie 2014).

²³ Legea 169/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate a fost publicată în M. Of. nr. 772 din 3 octombrie 2016.

²⁴ Publicată în M.Of. nr. 682 din 29 iulie 2005.

²⁵ Pentru o analiză detaliată se poate vedea C. M. Crăciunescu, *O măsură în interesul copiilor?*, Universul Juridic, www.Lege5.ro, nr. 8/2017 (09 august 2017).

Nevoia de adaptare a exercițiului comun al autorității părintești la situația concretă a relațiilor dintre părinți este o certitudine jurisprudențial confirmată în cazul emiterii unui ordin de protecție față de unul dintre părinți în condițiile Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței domestice, republicată.²⁶ În baza dispozițiilor actului normativ invocat, instanța de tutelă poate dispune, printre altele, interzicerea oricărui contact, inclusiv telefonic, prin corespondență sau în orice alt mod, cu victima [art. 23 alin. (1) lit. f)]. Or, când unul dintre părinți are blocate toate canalele de comunicare cu celălalt pentru o perioadă anume – stabilită de judecător, fără a se putea depăși 6 luni de la data emiterii ordinului, art. 24. alin. (1) – prin forța împrejurărilor „devălmășia” exercițiului autorității părintești este așezată între paranteze. Problema e exprimarea juridică a parantezei. S-a avansat soluția, împărtășită de noi, a exercitării autorității părintești de către un singur părinte (de regulă părintele victimă, care locuiește împreună cu copilul), temporar, pe durata măsurii de protecție, în temeiul prevederilor art. 507 C.civ. potrivit cărora unul dintre părinți preia integral sarcinile parentale, printre altele, în cazul în care celălalt părinte se află, din orice motiv, în imposibilitatea de a-și manifesta voința.²⁷

IV. Concluzii

Alăturate, două dispoziții legale având același obiect de reglementare, edictate în momente istorice diferite, sunt grăitoare pentru (r)evoluția condiției copilului în mediul său natural, familia: art. 329 C. civ. din 1864,

²⁶ M. Of. nr. 205 din 24 martie 2014.

²⁷ C.M. Crrăciunescu, *Exercițiul autorității părintești în condițiile existenței unui ordin de protecție*, Universul Juridic, www.Lege5.ro, nr. 5/2016 (12 mai 2016).

„Tatăl care va avea motive de nemulțumire foarte grave asupra purtării copilului său va avea următoarele mijloace de îndreptare”, respectiv art. 483 alin. (2) C.civ. din 2009, „Părinții exercită autoritatea părintească numai în interesul superior al copilului, cu respectul datorat persoanei acestuia, și îl asociază pe copil la toate deciziile care îl privesc”. Schimbarea de paradigmă juridică e completă: odinioară aflat sub puterea tatălui, copilul este centrul de gravitație al relațiilor de familie, iar părinții săi, amândoi, au îndatorirea de a crește copilul în condiții care să asigure dezvoltarea sa fizică, mentală, spirituală, morală și socială în mod armonios.

Familia a devenit o construcție pedocentrică. Vocația, temporară, a autorității părintești este în slujba interesului superior al copilului. *Patria pietas*.

STUDII

PROCLAMAȚIA DE LA ISLAZ ȘI NAȘTEREA
CONSTITUȚIONALISMULUI LIBERAL
ROMÂNESC: UN RĂSPUNS DAT
PROFESORULUI V. HANGA

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.31
Data publicării online: 21.03.2021

Manuel GUȚAN*

Rezumat: Acest articol este un răspuns analitic și hermeneutic la adresa ideilor esențiale ale Profesorului Vladimir Hanga în legătură cu Proclamația de la Islaz a Țării Românești de la 1848. A fost această proclamație o veritabilă cartă a drepturilor omului? Vom încerca să susținem contrariul, punctând ethosul particular și lipsa unor țeluri liberale clare. Confirmăm faptul că susținerile Profesorului V. Hanga despre influența „Declarației drepturilor omului și ale cetățeanului” a Revoluției Franceze, dar punctăm influența covârșitoare a Consituției Franceze de la 1848. În cele din urmă, din perspectiva filosofului și scriitorului Ion Heliade Rădulescu, propunem o perspectivă hermeneutică ce își dorește să explice conținutul și etosul proclamației.

Cuvinte cheie: Proclamația de la Islaz, consituționalism modern român, transplant constituțional, romanticism, historicism

* Profesor universitar, Facultatea de Drept a Universității „Lucian Blaga” din Sibiu, manuel.gutan@ulbsibiu.ro.

PROCLAMATION OF ISLAZ AND THE BIRTH
OF THE ROMANIAN LIBERAL
CONSTITUTIONALISM: A RESPONSE TO
PROFESSOR V.HANGA

Abstract: This article is replying to Professor Vladimir Hanga's core ideas about the Wallachian Proclamation of Islaz (1848) from both an analytical and hermeneutical point of view. It argues against the Proclamation's nature of a bill of rights, stressing its peculiar ethos and lack of clear liberal goals; it confirms V. Hanga's allegations about the influence of the French revolutionary 'declarations des droits' but it emphasizes the overwhelming influence of the French 1848 Constitution; it is backing a hermeneutical perspective that is trying to explain the content and ethos of the Proclamation through the lens of the Romanian philosopher and writer Ion Heliade Rădulescu.

Keywords: Proclamation of Islaz, modern Romanian constitutionalism, constitutional transplant, Romanticism, Historicism.

Cuprins

I.	Introducere.....	368
II.	Natura juridică a Proclamației de la Islaz.....	374
III.	Influența franceză.....	378
IV.	Contextul cultural-ideologic și religios al Proclamației.....	384
V.	Concluzii	391

I. Introducere

Cunoscut îndeosebi pentru pasiunea sa pentru dreptul și civilizația romanilor, dar și pentru interesul manifestat față de istoria dreptului (cutumiar) privat românesc, profesorul clujean Vladimir Hanga nu a fost indiferent față de problematica istoriei constituționale românești. Epoca nașterii constituționalismului românesc modern, precum și reformele constituționale ale perioadei interbelice s-au regăsit într-o serie de lucrări¹ ce au marcat istoriografia juridică românească.

De un interes deosebit pentru aria mea de preocupări științifice este articolul intitulat *La Proclamation d'Islaz {Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1848} et l'influence française*, publicat în volumul 22 n (3)/1970 al *Revue internationale de droit compare* (pp. 491-501)². Lucrarea este una din puținele abordări strict juridice ce au încercat, înainte de 1989, să facă o analiză mai aprofundată a acestui manifest revoluționar, dincolo de simpla perspectivă instituțional-descriptivă însoțită de alți istorici ai dreptului³. Fără a realiza o compartimentare riguroasă a problematicii, autorul atinge trei mari aspecte legate de celebrul program al revoluției pașoptiste din Muntenia lansat la Islaz în data de 9/21 iunie 1848: a) natura juridică a Proclamației; b) sursele sale de inspirație; c) amprenta contextului cultural-religios din

¹Vezi, de exemplu, articolul *La Constitution roumaine de 1923: libertés, unification, pluralisme*, în V. Hanga, *Etudes d'histoire du droit/Studii de istoria dreptului*, vol. II, Editura Servo-Sat, Arad, 1998, pp. 146-152.

² Articolul a fost republicat după 1989 într-o culegere de articole pe teme de istorie a dreptului românesc, vezi supra, pp. 33-47.

³ Vezi I. Vântu, *Actul constituțional de la Islaz*, în *Istoria dreptului românesc*, vol. II. Partea I, Editura Academiei RSR, București, 1984, p. 137.

societatea munteană a pocii. În esență, Profesorul susține că: a) Proclamația de la Islaz este o „declarație de drepturi”; b) fără a fi o rezultatul unui simplu proces de copiere, ea a fost puternic influențată de declarațiile franceze de drepturi de la 1789 și 1793, precum și de Constituțiile franceze de la 1791, 1793 și 1848; c) ea a fost rezultatul unor acumulări intelectuale și transformări mentalitare la nivelul intelectualității românești, dar și expresia unui context cultural-religios ortodox românesc specific, incapabil să asume spiritul laic, raționalist, al Marii Revoluții franceze.

Toate acestea reprezintă, incontestabil, o contribuție importantă în cadrul demersului de clarificare a diverselor aspecte care mai incită și astăzi istoriografia (juridică) românească în ceea ce privește Proclamația de la Islaz. Din punctul meu de vedere, este remarcabil interesul Profesorului pentru problematica transplantului constituțional care, deși nu a lipsit în trecut în ceea ce privește programul revoluționar în discuție⁴, a fost marginalizată în favoarea unor abordări metodologie istorico-juridice mai comode sau accesibile în funcție de expertiza și deschiderea intelectuală a fiecărui autor în parte. Per ansamblu însă, concluziile lui V. Hanga nu sunt incontestabile și pot suferi o serie de corecții și completări. Tocmai de aceea, în baza preocupărilor și rezultatelor cercetării pe care am realizat-o pe marginea nașterii și evoluției constituționalismului românesc modern, în special în cadrul secolului al XIX-lea, voi încerca să intru într-un dialog cu ideile autorului clujean și să ofer tot atâtea răspunsuri proprii celor trei mari probleme abordate de acesta.

⁴ Vezi Al. Tilman-Timon, *Les influences étrangères sur le droit constitutionnel roumain*, Sirey/Cugetarea-Georgescu delafras, Paris-București, 1946, pp. 284 și urm.

În prealabil, ar fi necesare câteva aspecte legate de poziționarea mea metodologică. Ar fi important de remarcat, de la bun început, faptul că pentru un istoric al constituționalismului românesc modern de factură mai mult sau mai puțin liberală, și al dreptului constituțional românesc modern, analiza Proclamației de la Islaz induce o stare de frustrare intelectuală. Marea majoritate a istoricilor, precum și unii juriști, au remarcat caracterul extrem de sintetic, eliptic, al multora din cele 22 de puncte înscrise în document. Strict separate de contextul lor explicativ, 7 dintre acestea fac trimitere la principiul egalității (egalitatea drepturilor politice, egalitatea contribuției fiscale, egalitatea educației indiferent de sex) și la drepturile și libertățile cetățenești (drepturi politice pentru toți cetățenii, indiferent de etnie, în strânsă legătură cu emanciparea evreilor, libertatea tiparului, libertatea individului uman în strânsă legătură cu desființarea robiei țiganilor, dreptul la învățătură, dreptul la viață în strânsă legătură cu desființarea pedepsei cu moartea), 2 puncte fac trimitere implicit la garanții ale acestor drepturi și libertăți (responsabilitatea ministerială/funcționarilor publici și garda națională), 3 puncte fac referire la organizarea unor organe centrale ale statului (Adunare generală cuprinzând reprezentanți ai tuturor stărilor societății, domn responsabil ales pentru un mandat de 5 ani, recrutat din toate stările societății, limitarea listei civile a domnului, acordarea de recompense de către parlament și nu de către domn), alte două puncte vizau autonomia statului muntean (numirea unor reprezentanți români la Constantinopol, emanciparea mănăstirilor închinat), două vizau reforme ale sistemului penal (desființarea pedepsei cu bătaia și înființarea penitenciarelor). O serie de două puncte viza realizarea unor importante reforme sociale (împroprietărirea clăcașilor și desființarea rangurilor boierești) și, nu în

ultimul rând, se solicita consacarea autonomiei locale la nivel județean, prin dreptul locuitorilor de a-și alege dregătorii.

Citită în contextul său explicativ mai larg, prin raportare directă la clarificările aduse ex ante fiecărui punct în parte, Proclamația dezvăluie, cel puțin în materie de drepturi și libertăți, o sferă mult mai largă de probleme. Astfel, pe lângă aspectele sintetizate în punctele finale, ea se deschide cu un moto care face trimitere la „respectul pentru proprietate”, pomenește mai încolo de inviolabilitatea proprietății private („sacră și neatinsă”), face referire la „egalitatea în drepturi politice și civile” a tuturor românilor, inclusiv la dreptul de exprimare și de întrunire. Rezultă de aici, în mod evident, o incongruență între textul explicativ însoțitor și cele 22 de puncte sintetizate în mod programatic. În esență, ceea ce se proclamă în final punctual în materie de drepturi și libertăți este mult mai restrâns decât ceea ce se explică în prealabil. Drepturi și libertăți esențiale precum dreptul de proprietate, libertatea de exprimare, libertatea de întrunire nu mai sunt pomenite. Orice analist al Proclamației are tot dreptul să se întrebe de ce există această situație și poate să propună răspunsuri unor întrebări concrete precum: cine a scris explicațiile este aceeași persoană cu cel care a întocmit lista celor 22 de puncte? Dacă Proclamația a fost întocmită de aceeași persoană de ce a omis în final înscrierea expresă a unor drepturi și libertăți? Nu le-a mai considerat importante? Le-a ocolit în mod intenționat? A considerat că ceea ce s-a stipulat în final include, implicit, drepturile și libertățile omise? Greu de crezut, dacă prezumăm că ne aflăm în prezența unui autor care avea cunoștințe elementare despre ceea ce reprezenta constituționalismul liberal în prima jumătate a secolului al XIX-lea. În acest moment ar fi potrivită și o altă întrebare: cât de bun cunoscător al problematicii drepturilor și libertăților omului și cetățeanului, cât de versat în filosofia politică liberală și ce

cunoștințe de drept (constituțional) avea(u) cel/cei care au scris Proclamația? Sau cât de interesat era de toate aceste probleme?

Cert este că, din punctul de vedere al unui istoric al constituționalismului secolului al XIX-lea, românesc și european, Proclamația de la Islaz poate fi o dezamăgire. Așezată în contextul revoluției pașoptiste din Muntenia, în special, și din întregul spațiu românesc, în general, Proclamația completează și este completată de întreaga suită de programe și proiecte revoluționare românești, dobândește un sens în cadrul ansamblului prin împărtășirea unor trăsături generale ale mișcării pașoptiste și oferă culoare locală prin particularitățile sale stilistice și programatice. Luată însă în sine, ea este dificil de analizat, mai ales din punct de vedere instituțional. Informațiile autorului despre viitoarea arhitectură constituțională sunt atât de vagi încât e imposibil a se da un contur clar organizării constituționale avute în vedere. Spre deosebire, spațiul revoluționar moldovenesc la avut pe M. Kogălniceanu care nu s-a rezumat la redactarea celebrului program revoluționar intitulat *Dorințele partidei naționale din Moldova* (august 1848), ci a întocmit și bine cunoscutul proiect de constituție (august 1848). Cu toate stângăciile și incoerențele sale, acesta din urmă oferea un cadru instituțional și principial clar ce dădea substanță dezideratelor programatice. Proclamația nu a fost urmată de un proiect de constituție, tocmai de aceea nu este de mirare că marea majoritate a istoricilor dreptului (constituțional) s-au mulțumit să descrie pur și simplu conținutul acesteia⁵. Cei câțiva care s-au încumetat să se pronunțe critic asupra

⁵ Vezi, de exemplu, I.G. Vântu, op.cit., pp. 136-138; D.V. Firoiu, *Istoria statului și dreptului românesc*, vol. I, Argonaut, Cluj-Napoca, pp. 296-297; M.T. Oroveanu, *Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*, Editura Cerma, București, 1995, pp. 217-2019; P. Gogeanu, *Istoria dreptului românesc*, București, 1985, pp. 77-79. E. Cernea, E. Molcuț,

intențiilor autorului/autorilor Proclamației nu au putu face altceva decât să speculeze.

În aceste condiții, ne putem întreba dacă demersul analitic este, din punct de vedere metodologic, cea mai bună abordare sau singura abordare ce ar trebui avută în vedere. El implică utilizarea o serie de concepte și categorii clare care, aplicabile în cadrul unor paradigme contemporane de gândire constituțional-politică, pot denatura injust sau chiar pierde complet orice sens original ar putea fi detectat în textul cu pricina. Viziunea critică, în termeni de corect-incorect, bine-rău, complet-incomplet, poate fundamenta cercetarea științifică riguroasă dar poate postula un deficit de înțelegere. Până la urmă, ar fi în avantajul istoricului constituționalismului liberal românesc pașoptist să înțeleagă faptele și fenomenele istorice în contextul lor specific, istoric, social, cultural, politic și religios. În acest sens, hermeneutica ar fi preferabilă analizei critice.

Din această perspectivă metodologică voi încerca în continuare să răspund celor trei probleme abordate de Profesorul Vladimir Hanga. În esență, voi evita accentul exclusiv pe palierul analitic utilizat pentru stabilirea naturii juridice a Proclamației de la Islaz (declarație de drepturi/proiect de constituție/act constituțional) și voi insista pe semnificația acordată de contemporani acestui document (principii/teze ale unei viitoare constituții și chiar constituție); voi confirma concluzia lui V. Hanga privind influența franceză asupra conținutului Proclamației dar voi scoate în evidență dificultatea stabilirii influenței unui anumit text constituțional francez sau

Istoria statului și dreptului românesc, Ed. revăzută și adăugită, Universul Juridic, București, 2006, p. 243. Din neatenție sau reflex intelectual, acești din urmă autori așază în conținutul Proclamației de la Islaz principiul separației puterilor în stat și pe cel al inamovibilității judecătorilor, ceea ce Proclamația nici nu discută, nici nu solicită.

declarații de drepturi în ceea ce privește drepturile și libertățile cetățenești; totodată, voi încerca să clarific problema influențelor franceze asupra aspectelor legate de organizarea și exercitarea puterii statale inserate în Proclamație, accentuând pe posibilă influență a dezbaterilor francezilor privind Constituția franceză de la 1848; nu în ultimul rând, voi argumenta în favoarea unui autor colectiv al Proclamației dar voi încerca să scot în evidență impactul decisiv al gândirii lui Ion Heliade Rădulescu, cel care a realizat demersul explicativ al punctelor finale, asupra etosului textului și sensului unora din reformele propuse.

II. Natura juridică a Proclamației de la Islaz

Alăturându-se opiniei colegului său, T. Drăganu⁶, Profesorul V. Hanga susține teoria naturii de „declarație de drepturi” a Proclamației de la Islaz. Folosind un stil „solemn și simbolic”, Proclamația se adresează, în opinia lui V. Hanga, „cetățenilor, pentru a-i instrui cu privire la drepturile și datoriile lor, precum și viitorilor guvernanți și legislatori în scopul de a-i orienta în înalta lor misiune și de a-i sfătui în dificila lor sarcină”⁷. Pentru a-și consolida argumentul principal, Profesorul invocă un pasaj care, aparent, face trimitere la ideile iusnaturalismului ce au hrănit avântul revoluționar francez de la 1789: „poporul, decretând odată drepturile civile și politice ce le-au avut totdeauna tot cetățeanul, declară că tot românul e liber”. Citatul este scos însă

⁶ Vezi T. Drăganu, *Natura juridică a proclamației de la Islaz*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Oeconomica et Iurisprudentia*, seria III, fasc. II/1961, pp. 113-118.

⁷ V. Hanga, *La Proclamation d'Islaz*. op.cit., p. 495.

din contextul său explicativ și, în esență, perspectiva autorului forțează etosul Proclamației de la Islaz.

Din punctul meu de vedere, nu cred că Proclamația de la Islaz poate fi considerată o poziționare ideologică, mai mult sau mai puțin simbolică, în spiritul declarațiilor de drepturi de la sfârșitul secolului al XVIII-lea. Fundamentele ideologice ale Proclamației sunt ancorate într-un istorism ortodoxist care fac textul cu greu apropiabil de etosul declarațiilor franceze de drepturi de la 1789, 1793, 1795 sau 1848⁸ ori de etosul declarațiilor de drepturi nord-americane din care francezii s-au inspirat copios. E important să reținem, alături de B. Mirkin Guetzévitch, faptul că toate aceste declarații de drepturi „au creat tehnici noi ale statului plecând de la o filozofie nouă (...) declarațiile de drepturi au servit drept baze morale și juridice ale acestui nou stat liber”⁹. Distanțându-se și condamnând eșafodajul instituțional și ideologic al Vechiului Regim¹⁰, acestea „declarau” drepturile universale și abstracte ale omului și cetățeanului¹¹ în raport cu puterea politică statală care era obligată să le garanteze, să le respecte și, după caz, să le asigure concret aplicarea¹². Astfel, declarațiile de drepturi situau individul uman, devenit

⁸ Doar primul proiect al Constituției franceze de la 1848 a fost precedat de o declarație intitulată, în premieră, „Declarație a îndatoririlor și drepturilor (omului)”. Varianta finală a Constituției cuprindea doar un Preambul.

⁹ B. Mirkin Guetzévitch, *Quelques remarques sur les déclarations des droits américaines et françaises*, în *Les Études philosophiques*, vol. 7/1952, p. 97. Vezi, de asemenea, D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 65-70.

¹⁰ D. Alland et St. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 351.

¹¹ A. Barbot, A. Boucaud-Maître. Ph. Delaigue, *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, 2^e édition, Elipses Edition, Paris, 2007, p. 174.

¹² Vezi A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom. An Introduction of Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 372-378.; R. Masterman, R.

cetățean, în centrul unei „noi lumi”, a unei noi ordini sociale și politice care, în scopul eliminării abuzului, așeza raporturile interumane sub imperiul legii edictate de voința generală și aplicabilă în mod egal tuturor și institua bariere constituționale contra acțiunii puterii statale. Garanțiile drepturilor și separația puterilor în stat (1789) deveneau pilonii de bază ai oricărei viitoare construcții constituționale moderne¹³.

Ca urmare, am putea vorbi despre simbolismul politic și național aparte al Proclamației, despre intenția (mai mult sau mai puțin clară) de a schimba ordinea socio-politică, despre schimbarea sursei suveranității, despre afirmarea unor drepturi și libertăți, dar nu întâlnim nimic clar din substanța ideologică și finalitatea ce au stat la baza declarațiilor de drepturi nord-americane și franceze de la sfârșitul secolului al XVIII-lea. Raportul specific dintre individul uman/cetățean, drept/constituție și puterea politică nu transpare din Proclamația de la Islaz. La punctul 22 al Proclamației se anunța o viitoare constituție dar nimic nu permite să clarifice rolul acesteia în ceea ce privește raportul dintre stat și cetățean.

Prin urmare, este important să evaluăm Proclamația de la Islaz având în vedere deopotrivă conținutul programatic/reformist și etosul acesteia. În literatura de specialitate există un acord relativ cu privire la ce anume ar trebui să cuprindă o declarație de drepturi. În doctrina franceză se acceptă faptul că, în ciuda denumirii sale, Declarația drepturilor omului și cetățeanului de la 1789 nu a cuprins doar drepturi și libertăți, ci și aspecte legate de viitoare organizare a statului precum suveranitatea națională, legea

Schutze, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 58-60.

¹³ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 39^e edition, LGDJ, Paris, 2018, pp. 358-359.

ca expresie a voinței generale la formarea căreia au dreptul să participe toți cetățenii, separația puterilor în stat, necesitatea unei forțe publice pentru întreținerea căreia era necesară plata egală a unei contribuții publice, consimțământul la impozit și responsabilitatea funcționarilor publici¹⁴. Proclamația include și ea o parte din aceste aspecte și face referire la altele legate de organizarea unor organe ale statului precum domnia și parlamentul. Prin extensie, s-ar putea accepta o încadrare a conținutului programatic al Proclamației în sfera declarațiilor de drepturi. Cu toate acestea, o relativă asemănare de conținut, nu califică, din punctul meu de vedere, Proclamația de la Islaz ca o declarație de drepturi. Proclamația viza o suită de reforme politice, sociale, fiscale și juridice concrete, particularizate la nevoile societății muntene de la 1848¹⁵, fără nici un fel de vocație abstract-universală și lipsite de finalitățile liberale clare ale declarațiilor de drepturi revoluționare franceze și nord-americane.

Având în vedere toate acestea, aș propune să ne îndepărtăm de tentația de a analiza Proclamația, fie integral, fie parțial, în termenii unei declarații de drepturi și să vedem în ea, alături de revoluționarii munteni de la 1848, un „program”, „o simplă declarație de principii, propunând fără a reglementa bazele unei noi organizări”¹⁶. Cu alte cuvinte, pentru revoluționarii munteni,

¹⁴ Vezi A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et compare*, 8^e Edition, Tome première, Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 596; L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scaffoni, *Droit constitutionnel*, 14^e Édition, Dalloz, Paris, 2011, p. 129.

¹⁵ Vezi în acest sens V. Șotropa, *Proiectele de constituție, programele de reforme și petițiile de drepturi din Țările Române în secolul al XVIII-lea și prima jumătate a secolului al XIX-lea*, Editura Academiei RSR, București, 1976, p. 187.

¹⁶ *Mémoire justificatif de la Révolution roumaine du 11(23) juin 1848*, Imprimerie de Cosson, Paris, 1989, pp. 8-9.

Proclamația a avut, cu prioritate, valoarea unor teze care urmau să fie cuprinse într-o viitoare reglementare constituțională. Prin urmare, nu suntem nici în prezența unei constituții, a unui act constituțional sau a unui proiect de constituție, așa cum s-a dezbătut în istoriografia juridică românească¹⁷. Pe de altă parte, este indubitabil faptul că Proclamația a avut, în subsidiar, o importantă valoare simbolică. Ea a reprezentat pentru mulți „constituția”, expresie a unei reale voințe de schimbare politică și concretizarea ideologică supremă, oficială, a activității revoluționare în Muntenia.

III. Influența franceză

Proclamația de la Islaz cuprinde o serie de concepte, idei, principii și instituții legate de reforma societății și a statului a căror proveniență străină este indubitabilă pentru orice analist al acestui text. În aceste condiții, o reală provocare pentru orice istoric al constituționalismului românesc rezidă în a descoperi sursele de inspirație ale acestora. V. Hanga, la rândul său, a încercat să se pronunțe asupra acestei probleme. Deoarece nici Proclamația, nici prezumtivii autori ai acesteia nu au făcut vreo referire cu privire la modelul constituțional vizat, autorul a apelat la o inevitabilă analiză comparativă în perspectiva problematicii transplantului constituțional. Sarcina comparatistului a fost ușurată de o prezumție simplă: având în vedere fascinația crescândă a elitelor politice românești pentru cultura (juridică) franceză, studiile făcute de o serie de tineri români în Franța în primele decenii ale secolului al XIX-lea, și participarea tinerilor revoluționari munteni la evenimentele revoluționare franceze de la Paris, în primăvara lui 1848,

¹⁷ Vezi T. Drăganu, *Începuturile și dezvoltarea...*, op.cit., p. 81, nota 2.

Proclamația de la Islaz suferise o inevitabilă influență din partea modelelor constituționale franceze. Manifestând un interes exclusiv pentru drepturile și libertățile inserate în Proclamație, V. Hanga stabilește sursa acestora într-o serie de declarații de drepturi și constituții franceze: declarațiile de drepturi de la 1789 și 1793, precum și în Constituțiile franceze de la 1791, 1793 și 1848.

Asupra analizei comparative realizată de V. Hanga m-am pronunțat pe larg într-o altă lucrare¹⁸. Aici aș accentua doar unele aspecte. Astfel, este evident că demersul de stabilire a surselor de inspirație poate fi unul riscant dacă este redus la o simplă asemănare de conținut. De asemenea, lucrurile se complică în cazul în care prevederile Proclamației se regăsesc în mai multe declarații sau constituții franceze. Demersul este și mai provocator în momentul în care trebuie să constatăm că nu se pune problema unor traduceri și preluări fidele de text din sursele franceze deja amintite. În stabilirea unei soluții clare și coerente problemei surselor Proclamației, ar trebui să avem în vedere faptul că, cel mai probabil, autorii textului revoluționar muntean nu au stat cu toate acele declarații și constituții franceze deschise pe masă citind și compilând un text asemenea unui student din anul I care pregătește un referat pentru seminar. Începând cu Declarația drepturilor omului și cetățeanului din 1789, toate drepturile și libertățile, toate principiile constituționalismului liberal s-au acumulat, dezvoltat și sedimentat în cultura constituțională franceză, devenind parte a unui discurs educațional, politic ori jurnalistic ce era prezent, cu accente și noutăți specifice, în societatea franceză a anilor 1840. Din acest context ideatic s-au inspirat autorii Proclamației muntene de la 1848. În mod indiscutabil, au existat idei, precum desființarea

¹⁸ M. Guțan, *Transplant constituțional și constituționalism în România modernă 1802-1866*, Editura Hamangiu, București, 2013, pp. 240 și urm.

pedepsei cu moartea și desființarea sclaviei, care au aparținut exclusiv ideologiei momentului revoluționar francez de la 1848 și care validează ireversibil ipoteza influenței constituționalismului francez pașoptist asupra revoluționarilor români munteni.

Pe lângă lista de drepturi și libertăți, Proclamația cuprinde însă și o serie de principii și instituții privind viitoarea organizare a statului a căror analiză în orizontul problematicii transplantului juridic este realmente dificilă. Textul explicativ însoțitor nu este, din păcate, de ajutor în clarificarea acestor aspecte. Dimpotrivă, utilizând un limbaj plin de contradicții conceptuale, el e menit mai curând să încurce. De exemplu, sintagma „suveranitatea poporului” ne asigură că suveranitatea de origine nu se mai încadrează în canoanele Vechiului Regim dar lasă deschisă discuția cu privire la ce anume se înțelege prin „popor” și care anume sunt consecințele constituționale în ceea ce privește aplicarea principiului democratic. Pe lângă faptul că se folosește foarte rar conceptul de „cetățean” (o singură dată), prin popor se înțelege când suma românilor, „atomi ai suveranității”, când suma diverselor clase sociale/stări, i.e. boieri, negustori, meseriași, săteni. Apare aici un balans între un concept de popor ce induce o suveranitate cu reflecții Rousseau-niene, apropiată ideii de suveranitate populară (divizibilă), care l-a făcut chiar și pe un autor de talia lui T. Drăganu¹⁹ să se îndepărteze de alternativa suveranității naționale (indivizibile), și un popor structurat după principii social-politice medievale. Pentru ca lucrurile să devină și mai confuze, se face la un moment dat o chemare pentru „a încheaga toate clasele societății într-un singur corp pe care să-l putem numi fără rușine națiune”. Popor ca sumă a românilor-atomi, popor ca sumă a claselor/stărilor, națiune

¹⁹ T, Drăganu, *Începuturile și dezvoltarea...*, op.cit., p. 82.

ca sumă a claselor societății, toate acestea nu ajută pe specialistul în constituționalismul modern (liberal) care își caută în text conceptele și categoriile cunoscute. Doar din actele juridice, scrisorile diplomatice și explicațiile ulterioare ale guvernului revoluționar și revoluționarilor²⁰ rezultă că ar fi vorba totuși despre suveranitatea națională cu toate consecințele ei în materie de cens și natură a mandatului celor aleși în Adunare (reprezentativ nu imperativ).

De asemenea, principiul modern al guvernământului reprezentativ este neclar consacrat în Proclamație. Era prevăzută acolo o Adunare Generală reprezentativă dar este incert în ce măsură se făcea referire la principiul democratic modern sau se avea în vedere o reprezentare feudală pe stări. Ideea „reprezentării tuturor stărilor societății” era legată cu siguranță de Vechiul Regim astfel că nu întâmplător Gh. Brătianu califică Proclamația ca fiind doar o treaptă intermediată, de tranziție spre guvernământul reprezentativ modern²¹.

Pe acest fond, V. Hanga evită o discuție despre posibila arhitectură constituțională ce ar rezulta din textul Proclamației. Această atitudine e mai curând un semn înțelept de abținere strategică, în condițiile în care textul mai curând tace. Adunarea generală aleasă din toate stările societății, un domn responsabil ales pe 5 ani și cu o listă civilă redusă, miniștri responsabili reprezintă cele câteva piese ale unui puzzle imposibil de rezolvat și care lasă porțițe spre mai multe formule principiale și instituționale.

²⁰ Cel mai clar rezultă acest aspect din *Adresa Locotenenței Domnești către Sultan privind prezentarea Constituției* din 4/16 august 1848, în C. Ionescu, *Dezvoltarea constituțională a României. Acte și documente 1741-1991*, ediția a 3-a, C.H. Beck, 2016, pp. 192-193.

²¹ Gh. Brătianu, *Sfatul domnesc și adunarea stărilor în principatele Române*, Editura Enciclopedică, București, 1995, p. 279.

Dificultatea identificării formei de guvernământ și a regimului politic este foarte vizibilă în lucrarea complexă dedicată de T. Drăganu istoriei regimului parlamentar românesc. Încercând să speculeze cu puținele date avute la îndemână, autorul descoperă în Proclamația de la Islaz nimic mai mult decât un „guvernământ de adunare” inspirat de Constituția franceză de la 1793²². Concluzia survine ca urmare a descoperirii unui raport de subordonare instituțională a executivului (domn și miniștri) față de parlament, pe fondul lipsei principiului separației puterilor în stat și a profilării Adunării generale ca cel mai important organ al statului. Decisive sunt pentru autor alegerea domnului de către Adunare, precum și răspunderea domnului și a miniștrilor în fața parlamentului²³.

În altă lucrare²⁴ am semnalat problemele cu care se confruntă o astfel de argumentare. În primul rând, nu rezultă de nicăieri din textul Proclamației nici faptul că domnul urma să fie ales de către Adunare și nici răspunderea domnului în fața parlamentului. Acest din urmă aspect a fost lansat de V. Georgescu²⁵ în istoriografia românească, fără a fi receptat critic sau contestat, și preluat ulterior ca axiomă de alți istorici. În al doilea rând, a stabili sursa de inspirație a Proclamației în Constituția franceză de la 1793 pare a fi cel puțin exagerat, având în vedere arhitectura constituțională a acestei constituții. Până la urmă, de ce s-ar fi concentrat revoluționarii munteni exact pe acea constituție și în baza cărui proces intelectual? În urma unei comparații și analize profunde de texte constituționale franceze?

²² T. Drăganu, *Începuturile și dezvoltarea...*, op.cit., p. 83-84.

²³ *Ibid.*, p. 83.

²⁴ M. Gutan, op.cit., pp. 246 și urm.

²⁵ V. Georgescu, *Istoria ideilor politice românești (1369-1878)*, Jon Dumitru Verlag, Munchen, 1987, p. 145.

Din punctul meu de vedere, este forțat a susține că Proclamația de la Islaz a consacrat un guvernământ de adunare sub influența Constituției franceze de la 1793. Așa cum am demonstrat, alegerea domnului nu este indirectă ci, așa cum o arată expres chiar textul Proclamației, una directă. De asemenea, nimic nu lasă de înțeles că se avea în vedere o răspundere politică sau juridică a domnului în fața Adunării. Mai mult, lipsa principiului separației puterilor în stat nu era neapărat un semn al eliminării intenționate a acestuia din arhitectura constituțională. Pur și simplu, poate era avut în vedere dar nu a fost relevant pentru conținutul Proclamației ori nu s-a intenționat să se creioneze datele clare ale viitorului regim politic. În ceea ce privește sursele de inspirație, ar trebui să avem în vedere faptul că în acea perioadă cel mai curând influențele externe erau directe, mai puțin mediate de analize științifice elaborate, iar importul constituțional se realiza adesea sub imperiul dezbatelor de idei și instituționale la ordinea zilei. Tocmai de aceea, influența franceză a venit, cel mai probabil din partea Constituției de la 1848. Aceasta din urmă consacră o republică având în frunte un șef de stat ales direct, prin vot universal masculin, de către popor și responsabil politic în fața acestuia, alături de Adunare unică (un parlament unicameral după modelul Constituției de la 1793). Este foarte posibil ca domnul ales pe 5 ani și responsabil al Proclamației să fi fost preluat din această formulă instituțională franceză. Faptul că însuși D. Brătianu, unul din liderii revoluției muntene, îi scria, la 30 iunie 1848, lui Paul Bataillard că „Notre nouvelle Constitution est calquée sur votre Constitution républicaine”²⁶ vine în sprijinul acestei idei. Faptul că Proclamația nu a preluat și redat in extenso arhitectura instituțională a Constituției franceze de la 1848 poate ține de caracterul

²⁶ Vezi *Anul 1848 în Principatele Române*, Tomul II, București, 1902, p. 188.

principial al Proclamației, dar și de caracterul foarte eclectic al textului constituțional francez care e posibil să fi produs confuzie în rândul revoluționarilor români.

Există, însă, și o altă explicație pentru faptul că Proclamația de la Islaz reflectă un interes foarte redus pentru soluțiile instituționale ample și clarificarea regimului politic avut în vedere. Astfel, după ce a lucrat cu ușile închise, comitetul constituțional francez a finalizat și trimis celor 15 birouri ale Adunării un prim proiect de constituție doar la sfârșitul lunii mai 1848²⁷ iar acesta a fost dezbătut doar la sfârșitul lui iunie. Or, la 9 iunie (stil vechi) I. Heliade Rădulescu citea la Islaz celebra Proclamație. Nu e clar în ce măsură revoluționarii români au avut acces la textul acestui proiect și în ce măsură au avut timp să-i preia din principii și instituții în textul Proclamației dar e sigur că o serie din aceste idei și principii fuseseră discutate în cercurile revoluționare franceze pe care revoluționarii munteni le frecventaseră în primăvara anului 1848.

Toate acestea sunt însă ipoteze, unele cu o natură pronunțat speculativă, lansate în cadrul unei analize care încearcă să plaseze în interiorul Proclamației de la Islaz ideologia, conceptele și soluțiile instituționale ale constituționalismului liberal. Există însă și o posibilă altă perspectivă, una care să țină seama de gândirea specifică a autorilor acesteia.

IV. Contextul cultural-ideologic și religios al Proclamației

V. Hanga nu putea ignora limbajul și etosul aparte al Proclamației de la Islaz. Pus în situația de a nu putea descoperi limbajul laic, ideile și

²⁷ Vezi *Les constitutions de la France depuis 1789*, Editions Flammarion, Paris, 1979, p. 255.

principiile filosofice ale raționalismului și iusnaturalismului ce au stat la baza constituționalismului liberal, autorul remarcă numeroasele inserțiuni de limbaj religios, precum și etosul creștin al Proclamației. Profesorul explică acest eclecticism prin influența inevitabilă a creștinismului ortodox practicat de secole de masele de țărani români. În această perspectivă, religiozitatea textului explicativ este abordată în cheie instrumentală: departe de a fi o reflexie a gândirii politice a revoluționarilor români, fără a fi vorba de „misticism bigot” sau de „fideism oriental”, prezența creștinismului ortodox este o dovadă de patriotism revoluționar. Cu alte cuvinte, autorii Proclamației au încadrat în document acel tip de spiritualitate care a permis românilor să supraviețuiască vitregiei timpurilor și să-și conserve ființa națională. Ar rezulta, cu alte cuvinte, că s-a adus o ofrandă identității naționale românești. Prin această explicație, Hanga asociază Proclamația atitudinii culturale și religioase a unui autor colectiv anonim.

Prin această perspectivă, V. Hanga nu clarifică totuși tensiunea dintre unele elemente liberale prezente în Proclamație, constând în micul grup de drepturi și libertăți, și cele câteva principii constituționale cuprinse în lista de 22 de puncte, și etosul neliberal al programului revoluționar de la Islaz. O explicație mai apropiată de adevăr ar putea veni din demersul de identificare corectă a autorilor/autorului Proclamației. Profesorul Hanga nu speculează cu privire la paternitatea textului de la Islaz. Din articol aflăm doar faptul că Proclamația a fost redactată în luna iunie 1848 de către comitetul revoluționar muntean în baza unui proiect mai vechi redactat de N. Bălcescu la Paris în martie 1848. Pe de altă parte, a nominaliza autorul/autorii Proclamației nu este un demers foarte simplu. Aceasta a fost citită de I. Heliade Rădulescu în numele comitetului revoluționar în fața maselor de țărani adunate la Islaz pe data de 9/21 iunie 1848 lăsând, prin urmare, senzația unei opere colective și

a unei manifestări revoluționare unice. În deceniile care au urmat, paternitatea Proclamației a fost acordată când lui N. Bălcescu²⁸, când lui I. Heliade Rădulescu²⁹. După cel de-al Doilea Război Mondial, problema a fost reluată cu intensitate în dezbaterile istoriografiei românești³⁰ pentru ca treptat să se sedimenteze ideea conform căreia programul de 22 puncte a fost o operă colectivă, în special a comitetului executiv al comitetului revoluționar, format din N. Bălcescu, Al. G. Golescu, I. Ghica (înlocuit cu C.A. Rosetti), iar textul explicativ al Proclamației i-ar fi aparținut exclusiv lui Heliade-Rădulescu³¹.

Din toate aceste dezbateri rezultă, cu certitudine, acordul asupra acordării paternității preambulului explicativ și concluziilor Proclamației, care au o remarcabilă unitate stilistică, lui I. Heliade Rădulescu. Istoricii și biografii au scos în evidență rolul important pe care Heliade, mult mai în vârstă decât ceilalți revoluționari, urma să-l joace ca interfață între grupul revoluționar și idealurile sale, pe de o parte, și populația și administrația țării, pe de altă parte³². Foarte cunoscut și popular la nivelul mai multor pături sociale, inclusiv la nivelul boierimii, extrem de vocal și de activ, Heliade se dovedea a fi cel mai bun comunicator intern al obiectivelor revoluționare. Prin această ecuație: Heliade Rădulescu autor al preambulului și concluziilor – comitetul executiv ca autor al programului revoluționar s-ar putea explica

²⁸ P.P. Panaitescu, *Contribuții la o biografie a lui N. Bălcescu*, București, 1923, pp. 71 și urm.

²⁹ N. Iorga, *Istoria românilor*, vol. IX Unificatorii, Editura Enciclopedică, București, 2010, p. 104.

³⁰ Vezi *Problemele Tratatului de Istoria României - Dezbateri asupra problemelor Revoluției din 1848*, în Studii. Revistă de Istorie, vol. XII/1959, pp. 221 și urm.

³¹ D. Berindei, *Pregătirea și izbucnirea Revoluției în Țara Românească*, în *Istoria Românilor*, vol. VII, tomul I, Editura Academiei, București, 2003, p. 280.

³² M. Anghelescu, *I. Heliade Rădulescu*, Editura Minerva, București, 1986, pp. 211, și urm.

incoerența dintre părțile Proclamației precum și tensiunea dintre preambulul scris în cheie istorist-ortodoxistă și programul cu inserții liberale³³.

Problema devine mai complicată în măsura în care sunt indicii că Heliade ar fi participat la întocmirea programului de 22 puncte. El însuși, într-o serie de lucrări redactate în anii post-pășoptiști își asumă paternitatea unora din puncte, uneori a întregii Proclamații. Chiar dacă această ultimă afirmație ar fi o exagerare tipică lui Heliade, este cert că influența sa stilistică și ideologică asupra textului Proclamației a fost importantă, fapt care deschide un nou unghi de lectură asupra acesteia în ansamblu și asupra arhitecturii instituționale în particular. Unul din cele mai des pomenite și mai discutate în scrierile lui Heliade a fost celebrul punct 5 care cerea un domn responsabil ales pentru 5 ani din toate stările societății. Dacă ideea responsabilității domnului pare a fi relativ marginală în gândirea politică a lui Heliade, caracterul electiv și nearistocratic al domniei a fost un leitmotiv al întregii sale opere istorice și politice. De asemenea, faptul că se face referire la alegerea domnului din toate „stările” apropie conceptual și stilistic punctul 5 de preambulul Proclamației, oferind un argument solid în favoare acordării paternității (cel puțin a) acestui punct lui Heliade. Ca urmare, însă, întregul eșafodaj argumentativ pe care l-am propus în secțiunea 3 a lucrării se prăbușește, în condițiile în care resorturile ideologice și orizontul instituțional al revoluționarului au fost cu totul altele.

Scrierile sale politice, sociale și istorice îl profilează pe Heliade Rădulescu mai curând ca un conservator, adversar al schimbării

³³ Vezi, în acest sens, și P. Popescu-Doreanu, *Nicolae Bălcescu și Revoluția de la 1848*, Editura Partidului Muncitoresc Român, București, 1948, pp. 63-64. Autorul susține ideea existenței unei confruntări de idei între I. Heliade Rădulescu și N. Bălcescu.

revoluționare, prin apel la modele și soluții străine (în special franțuzești), un adept al schimbării organice, treptate, raportate la necesitățile interne și luând în calcul specificul instituțional al românilor³⁴. Organicismul său cu puternice accente de istorism romantic și coaxial ideii de patriotism s-a manifestat plenar în contextul revoluționar pașoptist, având o expresie ultimă în preambulul și concluziile Proclamației de la Islaz. Pe acest fond ideatic, perspectiva sa asupra istoriei românilor și dezvoltării instituționale a marcat, îndeosebi, elipticul și neclarul eșafodaj instituțional propus de către aceasta.

În cadrul unei abordări ce a fost contestată și criticată din perspectiva relevanței sale științifice, Heliade Rădulescu a construit o istorie instituțional românească axată pe legătura intimă dintre stat și Biserica Ortodoxă. Preexistând coagularilor politico-statale românești, biserica a oferit un model de organizare, preluat și aplicat la nivel statal, bazat pe electivitate, merit și spirit federativ. Ca urmare, electivitatea, lipsa eredității, lipsa dregătorilor viagere și dreptul oricui de a accede prin merit în orice stare socială și în orice demnitate au reprezentat cheia de boltă a construcției sale istorice. În esență, din punctul său de vedere, domnia nu a fost niciodată ereditară, a fost deschisă oricărui român și a fost funciarmamente electivă, cu un mandat limitat. Votul la români a fost întotdeauna universal³⁵ și, în termenii lui Heliade, un vot „competent”, rațional, dat în cunoștință de cauză de către cei capabili mental și intelectual. Tocmai de aceea, votul universal la Heliade era cert capacitar, opus oricăror influențe revoluționare nocive de origine franceză³⁶.

³⁴ I. Heliade Rădulescu, *Echilibrul între antiteze*, vol. II, București, 1916, pp. 56 și urm.

³⁵ I. Heliade Rădulescu, *Instituțiunile României*, a 3-a ediție, Tipografia Gutenberg, București, 1894, pp. 33-34.

³⁶ I. Heliade Rădulescu, *Echilibrul*, pp. 20 și urm.

Având în vedere toate acestea, din preambulul explicativ și din concluziile Proclamației de la Islaz rezultă mai clar caracterul mai curând conservator (nu liberal moderat) al perspectivei sale. Schimbarea revoluționară a fost înlocuită de patriotism, de lupta împotriva Regulamentelor Organice ca acte constituționale impuse din exterior, și de lupta pentru afirmarea și conservarea autonomiei istorice a Munteniei în cadrul Imperiului Otoman. Tot considerațiile de mai sus explică atitudinea condescendentă față de boierime, atitudinea agresiv-satirică față de ciocoime ca pătură suprapusă, lipsită de merit, precum și limbajul ce face trimitere constantă la structura de stări a societății și ignoră oarecum cetățeanul. Așa cum clar preciza G. Burdeau, „filosofia politică liberală repudiază categoric principiul însuși (...) al simplei diferențieri de clasă. Cuvântul clasă nu este o vocabulă a terminologiei liberale”³⁷. Este cert că societatea civilă și celelalte clivaje care stau la baza democrației liberale moderne nu există la Heliade. În aceeași cheie a lipsei eredității și afirmării meritului pot fi citite atât desființarea rangurilor boierești, cât și respectul pentru proprietate. Mai mult, ancorând reprezentarea în democrația de tip bisericesc, Heliade ne pune serios pe gânduri (a câta oară) cu privire la resorturile liberale ale gândirii sale.

Mai presus de toate, gândirea istorico-politică a lui Heliade Rădulescu ne oferă un cu totul alt înțeles cu privire la instituția domniei și la conținutul punctul 5 din Proclamație. Electivitatea domnului pe o perioadă de 5 ani nu face altceva decât să așeze această instituție în matca tradiției constituțional-instituționale românești. Ales direct de către popor din toate stările sociale, în

³⁷ G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel compare*, Les Cours de droit, Paris V, 1953, pp. 37-38.

baza tradiției anti-ereditare și anti-viagere, domnul urma să fie domn (nu Prinț) și cap al țării pentru o perioadă limitată, urmând să-și reia locul în rândul poporului (calitatea de cetățean, în Proclamație). Durata de 5 ani a mandatului nu este deloc întâmplătoare fiind, din perspectiva lui Heliade, intervalul de timp pentru care erau aleși la români, din cele mai vechi timpuri, șefii și dregătorii laici³⁸. Interesant este că Heliade Rădulescu respinge ferm orice idee de republicanism. În contradicție cu orice ar putea rezulta în sens revoluționar-republican din analiza celor 22 de puncte, Heliade se pronunță în favoarea unei „monarhii naționale”, cu domn pământean, electiv și cu mandat limitat³⁹. Din acest punct de vedere, ideea responsabilității domnului nu a fost adaos de import preluat în spiritul constituționalismului francez, ci expresia unei tradiții constituționale românești unde alegerea directă și universală a domnului implica responsabilitatea în fața celor aleși⁴⁰.

În acest registru poate dobândi un înțeles particularizat la gândirea lui Heliade și punctul 10 al Proclamației. Nu ar fi vorba aici, prin urmare, de principiul libertății locale, ca libertate colectivă a locuitorilor unei entități administrative de a-și alege organele administrative, ci de vechiul drept al românilor de a-și alege conducătorii și dregătorii, în frunte cu domnul⁴¹.

³⁸ *Ibid.*, p. 40.

³⁹ *Ibid.*, pp. 60-61; 78.

⁴⁰ Această perspectivă este parte a unei explicații a „Constituției de la 1848” publicată în franceză la Paris (Editions de Soye, Paris, 1850). *Ibid.*, pp. 98-99.

⁴¹ *Ibid.*, p. 76.

V. Concluzii

Per ansamblu, Proclamația de la Islaz este un text dezamăgitor pentru orice istoric al constituției și constituționalismului liberal ce ar încerca să o abordeze analitic, prin prisma conceptelor, ideilor, valorilor, principiilor și instituțiilor pe care susținătorii acestuia le dezbătuseră și sedimentaseră în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea și prima jumătate a secolului al XIX-lea. Deși întâlnim concepte, principii și instituții precum suveranitatea poporului, cetățean, constituție, drepturi, libertate, egalitatea, responsabilitate ministerială, vot universal, deși apar propuneri înaintate de reforme, precum eliminarea cenzurii, împrăștierea țăranilor, desființarea sclaviei și a pedepsei cu moartea ori egalitatea în drepturi politice a evreilor, ele sunt așezate într-un context ideologic neclar, din care lipsesc resorturile ideatice și finalitățile constituționalismului liberal. Proclamația cuprindea deci ceva elemente liberale, dar era departe a se alinia clar discursului doctrinar-politic liberal și demersului complex de construcție constituțională ce caracterizase, de exemplu, societățile franceză și belgiană în anii 1830 și începutul anilor 1840. Ea reflectă aceeași abordare reformistă românească atașată mai mult unui discurs pragmatic, concret, programatic-punctual, dând expresie unor nevoi specifice de schimbare politico-economică și justiție socială, și mai puțin interesată de dezbateri elaborate și abstracte de filozofie constituțional-politică. Mai mult, aceste elemente liberale sunt insuficiente pentru a contura măsura în care se dorea instaurarea unei noi ordini politice și construirea eșafodajului instituțional al acesteia. Izolată de celelalte programe ale revoluției muntene și moldovene, Proclamația de la Islaz este neconcludentă, pretează la confuzii ideologice și speculații instituționale. În ciuda unor idei adesea pertinente, analiza profesorului V. Hanga s-a încadrat

în aceeași direcție. În aceste condiții, cea mai fericită abordare a Proclamației ar fi în lumina idiosincraziilor intelectuale ale celui care pare a fi fost autorul său principal, Ion Heliade Rădulescu. Ca urmare a celor expuse mai sus, se pot concluziona următoarele:

1. Cu certitudine, raportată la declarațiile de drepturi nord-americane și cele franceze de la sfârșitul secolului al XVIII-lea, Proclamația de la Islaz nu poate fi socotită o declarație de drepturi în adevăratul sens al cuvântului. Dacă prin prisma conținutului pot fi făcute niște apropieri și pot fi stabilite o serie de asemănări, în momentul în care luăm în considerare etosul Proclamației constatăm că aceasta se îndepărta considerabil de principiile și ideologia care animau pe revoluționarii nord americani și francezi. Astfel, Proclamația nu „declara” drepturi și libertăți universale ale omului, așezând individul uman, transformat în cetățean, în centrul unei noi ordini sociale și politice menite să-l protejeze cu ajutorul dreptului (constituției) împotriva interferenței (abuzului) puterii politice statale. Din punctul meu de vedere, Proclamația enumera pur și simplu o serie de deziderate, o serie de principii de reformă, o serie de teze constituționale raportate la necesitățile imediate ale societății românești. Așa se explică atât numărul mare de aspecte relative la organizarea și funcționarea instituțiilor statului, cât și lista relativ scurtă și aparent aleatorie a drepturilor și libertăților cetățeanului (românilor) prinsă în Proclamație. Citatul preluat de V. Hanga, vizând „drepturile civile și politice ce le-a avut totdeauna tot cetățeanul” ar trebui, prin urmare, interpretat în perspectiva gândirii și explicațiilor autorului preambulului, I. Heliade-Rădulescu, ce făcea trimitere, într-un spirit pur istorist, la drepturile avute dintotdeauna de români.

2. În ceea ce privește sursele de inspirație ale autorilor Proclamației, este clar, așa cum precizează și V. Hanga, faptul că prevederile acesteia s-au

inspirat din proclamațiile și textele constituționale revoluționare și postrevoluționare ale francezilor. Este exagerat a susține că a existat vreo influență directă din partea Constituției franceze de la 1793, dar se pot aduce argumente în favoarea unei influențe a Constituției franceze de la 1848. Ideea șefului de stat ales direct de popor și responsabil este concordantă cu ideile constituționale ale revoluționarilor francezi de la 1848. Este adevărat, pe de altă parte, faptul că textul Proclamației a fost definitivat doar la câteva zile de la redactarea primului proiect al Constituției franceze, prin urmare o influență direct între texte este greu de explicat. Cu toate acestea, revoluționarii români munteni au avut posibilitatea de a descoperii gândirea constituțional-politică a revoluționarilor francez direct la Paris, în primăvara lui 1848, astfel încât prezența unor principii și instituții constituționale franceze pașoptiste în Proclamație nu este un mister.

3. Proclamația poate fi înțeleasă, în cadrul unui demers aparte de hermeneutică istorică, și prin raportare la gândirea celui care i-a scris preambulul și concluziile și care, din punctul meu de vedere, a influențat considerabil, pe formă și pe fond, și cele 22 de puncte programatice (fără a fi singur autor), I. Heliade Rădulescu. Conservator, implicit antirevoluționar, afișând un istorism romantic cu puternice inflexiuni ortodoxiste, acesta a creionat un tablou de drepturi, libertăți, instituții și reforme sociale care au așezat Proclamația în sfera unei modernități ezitante. Pentru cei care caută un adevărat program politic liberal, axat pe distincția dintre societatea civilă și stat, fondat pe principiile suveranității naționale, drepturilor și libertăților cetățeanului și guvernământului reprezentativ, reperul ar trebui să fie Adresa Locotenentei domnești către Sultan privind prezentarea Constituției din 4/16 august 1848. Pusă față în față cu Proclamația, Adresa pare a fi cu totul alt text, având un alt etos și alte obiective, deși cele 22 de puncte programatice par a fi

aceleași. Este clar că Adresa este o variantă îmbunătățită și prelucrată conceptual a Proclamației. O simplă observare a frecvenței și contextului folosirii conceptului de „cetățean” poate face diferența între două lumi ideatice. Dacă Proclamația nu folosea deloc conceptul de cetățean în expunerea celor 22 de puncte, Adresa îl folosea de patru ori. Prin urmare, dacă Proclamația testa timid porțile guvernământului reprezentativ modern, fiindu-i teamă să renunțe la reprezentarea pe stări, Adresa oferă toate ingredientele principiale și conceptuale ale constituționalismului liberal al mijlocului de secol XIX în materie de reprezentare: suveranitatea națională, egalitatea în drepturi politice, principiul democratic, ideea cetățeniei active legată de votul capacitar și mandat reprezentativ⁴².

⁴² Vezi *Prezentarea Constituției, Adresa locotenenței domnești către sultan din 4/16 august 1848*, în C. Ionescu, *loc. cit.*

STUDII

PERSPECTIVE ASUPRA EVOLUȚIEI
GARANȚIEI PENTRU EVICȚIUNE ÎN DREPTUL
ROMAN

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.9
Data publicării online: 16.03.2021

Juanita GOICOVICI*

Rezumat: Garanția de evicțiune este adesea văzută ca un corolar al obligației vânzătorului de a transfera posesiunea durabilă, pașnică și utilă asupra bunurilor vândute; cu toate acestea, evoluția sa, în dreptului roman, precum și rădăcinile sale conceptuale merită o abordare detaliată. Studiul examinează *auctoritas* ulterior unei *mancipatio*, care a ajuns să desemneze, în locul actului material și concret al asistenței judiciare într-un proces, obligația de a asigura această asistență și, ulterior, actul translativ de proprietate în virtutea căruia se naște acest tip de obligație, ținând cont de faptul că, la originile primare ale conceptului de *auctoritas*, se poate regăsi asistența oferită de vânzător cumpărătorului său. Analiza cuprinde și extinderea progresivă a *stipulatio duplae*, în vânzările de *rei Mancipi sine Mancipio*, precum și în cazul transferului *rei nec Mancipi*. Se poate observa modul în care caracteristicile procedurii *auctoritas* sunt conturate ca reprezentând caracteristicile unei acțiuni penale sau, mai precis, ale unei acțiuni cu o natură mixtă, recunoscută victimei unui delict privat.

Cuvinte cheie: garanție de evicțiune, mancipațiune, stipulație, cumpărător, drept roman.

* Lect. univ. dr. la Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, juanita.goicovici@law.ubbcluj.ro.

PERSPECTIVES ON THE EVOLUTION OF THE VENDOR'S WARRANTY AGAINST EVICTION IN ROMAN LAW

Abstract. The vendor's warranty against eviction is often seen as a corollary of the vendor's obligation to transfer the durable, satisfactory and tangible possession on the sold goods; however, its evolution under the Roman Law, as well as its conceptual roots deserve a detailed approach. The study examines the *auctoritas* subsequent to the completion of a *mancipatio*, which had been designating, instead of the material and concrete act of judicial assistance in a court of law, the obligation to provide for this assistance and later the transferring of property act generating this type of obligation, while keeping in mind that, at the origins of the conception on the *auctoritas* one can find the vendor's duty to assist the buyer in court when confronted with the third party's attempt of eviction. The analysis also encompasses the progressive extension of the *stipulatio duplae*, in the perimeter of the transfer of *rei Mancipi sine Mancipio*, as well as in the case of the *rei nec Mancipi* transferring. One may observe the manner in which the features of the *auctoritas* procedure are contoured as depicting the characteristics of a tort action or, more specifically, of an action of a mixt judicial nature valorising the plaintiff's rights consequential to the eviction.

Keywords: warranty against eviction, *mancipatio*, purchaser, Roman Law.

PERSPECTIVES SUR L'ÉVOLUTION DE LA GARANTIE D'ÉVICTION EN DROIT ROMAIN

Résumé. La garantie d'éviction est souvent vue comme étant le corollaire de l'obligation du vendeur de transférer la possession durable, paisible et utile sur la chose vendue, mais son évolution en droit romain et ses racines conceptuelles méritent une approche détaillée. On examine l'*auctoritas* subséquent à une *mancipatio*, qui est arrivé à désigner au lieu de cet acte matériel et concret d'assistance dans un procès, l'obligation de fournir l'assistance, puis l'acte translatif de propriété à raison duquel cette obligation se produisait, compte tenue que dans l'acception primitive, l'*auctoritas* est l'assistance fournie par le mancipant à son acquéreur. On analyse aussi l'extension progressive de la *stipulatio duplae*, dans les ventes des *rei Mancipi sine Mancipio*, aussi que dans les ventes des *rei nec Mancipi*.

On voit que les lignes de la procedure d'auctoritas se dessinent comme caractéristiques d'une action pénale ou, plus exactement, une action mixte appartenant à la victime d'un délit privé.

Mots-clés: garantie d'éviction, mancipation, stipulation, acquéreur, droit romain.

Cuprins

I.	Observații introductive.	330
A.	Problematica și cadrul contextual al evingerii cumpărătorului în cazul bunurilor <i>mancipi</i>.....	332
B.	Specificitatea efectelor vânzării consensuale romane.....	333
II.	Regimul lui <i>actio auctoritatis</i> , anterior configurării răspunderii obiective pentru evicțiune	334
A.	<i>Actio auctoritatis</i>, ca acțiune în reprimarea unui delict	334
	1. <i>Actio auctoritatis</i> : efect automat al mancipationii sau pact accesoriu?	334
	2. Postulo <i>anne auctor fias</i>	336
B.	<i>Nexum mancipiumque</i>: un clivaj aparent?	338
III.	Stipulațiile conexe vânzării și <i>stipulatio duplae</i> : remedii contra evicțiunii?341	
A.	Mecanismele juridice ale <i>satisdatio secundum Mancipium</i> sau <i>repromissio secundum Mancipium</i>: garanții pentru <i>vacua possessio</i>?.....	343
B.	Cum funcționa <i>stipulatio rem habere licere</i>?	344
IV.	Există un automatism al garantării pentru evicțiune în dreptul roman clasic? 345	
A.	Garanția pentru evicțiune în vânzarea consensuală.....	345
B.	<i>Denuntiandi necessitas</i>: consecințele omiterii chemării în garanție a vânzătorului.....	349
V.	Configurația garanției pentru evicțiune în dreptul român contemporan..	350
VI.	Concluzii	359
VII.	Bibliografie	363

I. Observații introductive.

Panoplia garanțiilor atașate dreptului de proprietate nu ar fi completă în niciun sistem de drept evoluat, în absența garanției pentru evicțiune, datorate de vânzător cumpărătorului.

Corolarul obligației vânzătorului de transferare a posesiunii liniștite și durabile, garanția pentru evicțiune a cunoscut în dreptul roman un traseu sinuos, fără a fi unul abisal. Trecând prin rigorile lui *actio auctoritatis* în vânzările încheiate prin *mancipatio*, luând apoi înfățișarea stipulațiilor voluntare de garanție justificate la sfârșitul sec. I p. Chr. prin exigențele buneicredințe contractuale, pentru a deveni, în prima jumătate a sec. II p. Chr., un efect natural și direct al contractului de vânzare, în mulajul unei răspunderi obiective¹, funcționând independent de vinovăția vânzătorului, garanția pentru evicțiune a cunoscut o evoluție spectaculoasă. Ne-am propus să abordăm, în paragrafele care urmează, condițiile de introducere a lui *actio auctoritatis*, insistând asupra implicațiilor lui *stipulatio duplum*, prin care vânzătorul promitea cumpărătorului să-i plătească dublul prețului încasat, în cazul în care acesta va fi evins, ceea ce atrăgea, în cazul evicțiunii totale, consecința achitării către cumpărător a dublului prețului vânzării², independent de fluctuațiile valorice înregistrate de bunul vândut. Natura juridică a acțiunilor din categoria *actio auctoritatis* rămâne controversată, susținându-se atât caracterul convențional, voluntar al acesteia, ca rezultat al

¹ C. Hochart, *La garantie d'éviction dans la vente*, L.G.D.J, Paris, 1993, p. 186-188.

² R. Duminiță, D. Iancu, „Quelques considérations sur l'éviction en droit comparé”, *Revista Drept – Series Iurisprudentia*, Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia, nr. 12/2009, p. 122-123; V. Stoica, E. Garjau, „Practical notions regarding the contractual provision of the warranty against the eviction of selling contracts”, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, nr. 2/2018, p. 85-91.

convenirii unui pact accesoriu între vânzător și cumpărător cu privire la efectele eventualei evicțiuni, cât și caracterul de acțiune legală al acesteia, ca efect automat al mancipațiunii³, motiv pentru care vom aborda, de asemenea, în cuprinsul prezentului studiu, argumentele care pot contura un răspuns la întrebarea privind natura juridică a lui *actio auctoritatis*.

După cum sublinia profesorul Vladimir Hanga, originile acestei instituții urcă în timp până în vremea regelui babilonian Hammurabi, Codul lui Hammurabi (aprox. 1760 î. Chr.) menționând că un cumpărător care a contractat cu un fals proprietar se poate îndrepta contra vânzătorului⁴. Ne va preocupa, în cuprinsul prezentului studiu, evidențierea rolului jucat, în configurarea garanției pentru evicțiune, de cele trei tipuri de stipulații care alcătuiesc trepidul pactelor accesorii ale vânzării în dreptul roman clasic: *satisfactio secundum mancipium* sau *repromissio secundum mancipium*, *stipulatio duplae* și *stipulatio rem habere licere*. Următoarea secțiune tratează problematica automatismului garantării pentru evicțiune a cumpărătorului în materia vânzării consensuale, până în timpul lui Iustinian, pentru a trasa contururile răspunderii obiective⁵, detașate de elementul-culpă, a vânzătorului⁶, astfel cum a fost aceasta moștenită în numeroase dintre legislațiile contemporane.

³ S. A. Vernea, „Warranty Against Eviction in Roman Law: A Conventional or Legal Obligation?”, în *Social Economic Debates*, vol. 3, nr. 1/2014, p. 66-71.

⁴ A se vedea V. Hanga, *Mari legiuitori ai lumii: Hammurabi, Iustinian, Napoleon*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 40-41.

⁵ M. D. Bob, *Obligația contractuală în dreptul roman cu trimiteri comparative la Codul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 168.

⁶ M. Vols, A. Belloir, S.M. Hoffmann, A. Zuidema, „Common Trends in Eviction Research: A Systematic Literature Review”, *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, nr. 29, 2019, p. 23-78, disponibilă la adresa <https://ssrn.com/abstract=3417681>, consultată în 08.09.2020.

Ultima parte a studiului este dedicată considerațiilor privind configurația garanției pentru evicțiune, în reglementarea Codului civil intrat în vigoare în 1 octombrie 2011. Este menținută cerința chemării în garanție a vânzătorului de către cumpărătorul acționat în judecată de un terț care pretinde că are drepturi asupra lucrului vândut, cu consecința că, fiind condamnat printr-o hotărâre intrată în puterea lucrului judecat, cumpărătorul care nu a introdus în proces pe vânzător pierde dreptul de garanție, dacă vânzătorul dovedește că existau motive suficiente pentru a se respinge cererea terțului. De asemenea, în textul art. 1706 C. civ. sunt introduse premisele pentru o garanție *ascendentă* contra evicțiunii, legiuitorul prevăzând că vânzătorul este obligat să garanteze contra evicțiunii față de orice dobânditor subsecvent al bunului, fără a distinge după cum dobândirea este cu titlu oneros ori cu titlu gratuit. Tot ca un element inedit, este postulată indivizibilitatea obligației de garanție pentru evicțiune în cuprinsul art. 1697 C. civ., astfel încât cumpărătorul poate antama garanția pentru evicțiune contra oricărui dintre moștenitorii universali/cu titlu universal ai vânzătorului, cel ținut la plată având un drept de regres, în vreme ce obligația vânzătorului de a repara prejudiciul suferit de evins prin fapta posedării, întrucât are un obiect pecuniar, se divide de plin drept între moștenitori.

A. Problematika și cadrul contextual al evingerii cumpărătorului în cazul bunurilor *mancipi*.

Configurată la origini pentru transferarea bunurilor mobile (sclavii având statutul de bunuri *mancipi*), actul abstract al *mancipatio* a fost utilizat ulterior (cel târziu până în sec. al IV-lea p. Chr.) și pentru transferarea

proprietății imobilelor (a fondurilor agrare), fiind un mijloc de dobândire a proprietății conform dreptului civil roman (rezervat cetățenilor romani), astfel încât putea fi utilizat de către latini sau peregrini doar în mod excepțional, în măsura în care aceștia aveau *ius commercii*⁷. fondate pe delictul comis de vânzătorul neproprietar, *actio auctoritatis* și *actio de modo agri* (în ipotezele în care manciantul a declarat o suprafață mai mare a terenului decât cea înstrăinată în fapt) îl obligau pe vânzător la o rambursare *in duplum* a valorii prețului primit.

B. Specificitatea efectelor vânzării consensuale romane.

Generator de obligații bilaterale⁸, contractul consensual de vânzare în dreptul roman îl obliga pe vânzător doar la transmiterea posesiunii, iar nu a proprietății, din rațiuni ce țineau de celeritatea încheierii contractelor și de implicarea peregrinilor în operațiunile de comerț, peregrini care nu ar fi putut dobândi proprietatea civilă, rezervată cetățenilor romani. Marcată, totodată, de imperativele pragmatice ale comerțului cu sclavi, care, deși aveau statutul de bunuri *mancipi*, era nepragmatic să fie vânduți prin formalitățile mancipațiunii (care ar fi trebuit îndeplinite individual, pentru fiecare sclav în parte), vânzarea consensuală ridica doar problema transferului posesiei.

⁷ A se vedea M. D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 142-143.

⁸ *Idem*, p. 248-249.

II. Regimul lui *actio auctoritatis*, anterior configurării răspunderii obiective pentru evicțiune

Considerată a fi figura pivotantă pentru dezvoltarea garanției pentru evicțiune în dreptul roman, *actio auctoritatis* a fost reglementată în legea decemvirală, alături de *actio de modo agri*, în vechiul drept roman⁹. Vom analiza, în paragrafele care urmează, principalele linii de forță care configurează *actio auctoritatis* în dreptul roman vechi și clasic, pornind de la opiniile exprimate în literatura de specialitate cu privire la arhitectura acestui concept juridic.

A. *Actio auctoritatis*, ca acțiune în reprimarea unui delict

1. *Actio auctoritatis: efect automat al mancipatiunii sau pact accesoriu?*

Natura juridică a lui *actio auctoritatis* rămâne controversată. Paul Frédéric Girard susținea că eventuala responsabilitate a vânzătorului decurgea din ideea de asistență procesuală¹⁰ pe care cel care transfera bunul

⁹ *Idem*, p. 239.

¹⁰ P. F. Girard, *Mélanges de droit romain, I. Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit roman*, Recueil Sirey, Paris, 1923, p. 11: „L'auctor n'est ni celui qui transfère la propriété, ni celui qui est tenu à garantie, c'est celui qui intervient dans une situation pour compléter, fortifier, c'est-à-dire, dans notre cas, celui qui assiste l'acquéreur dans le procès en revendication intenté contre lui et l'auctoritas ce n'est pas le mode d'acquérir, ni l'obligation à garantie, mais cette assistance même.” Autorul citat sublinia că, dacă la origini auctoritas desemna actul material al asistenței procesuale efective acordate cumpărătorului în urma încheierii unei mancipațiuni, ulterior a sfârșit prin a desemna însăși obligația de garanție sau de intervenție procesuală în garanție a vânzătorului care participase la formalitățile mancipațiunii (p. 11): „Le terme auctoritas est arrivé à désigner au lieu de cet acte matériel et concret d'assistance dans un procès, l'obligation de fournir

mancipi prin mancipațiune o datora față de *accipiens*, în eventualitatea în care *accipiens* s-ar fi confruntat ulterior cu chemarea sa în judecată de către un terț care introdusese o *rei vindicatio*. Semnificația primară a lui *actio auctoritatis* ar fi fost aceea de asistență procesuală a cumpărătorului de către vânzător în litigiul cu terțul care revendica bunul, ceea ce acaparează atenția fiind uzul binomului format din termenii *actio* și *auctoritas*, ultimul mecanism având funcția de legitimare a cumpărătorului ca proprietar al bunului în baza unui *modus acquirendi* valid, cu privire la *dominium ex iure Quiritium*. Dacă vânzătorul eșua în a oferi această asistență, *auctoritatem defugere*, rămânea obligat să restituie cumpărătorului dublul prețului încasat, cumpărătorul putând obține condamnarea sa la plata *in duplum*. Astfel configurată, *actio auctoritatis* genera pentru vânzător o obligație legală de intervenție procesuală și, ulterior, de indemnizare a cumpărătorului în cazul în care titlul terțului fusese recunoscut ca valid de către instanță, fundamentată pe riscul care plana pentru cumpărător de a fi contractat cu un *non dominus*. Alți autori, precum Carlo Longo, au susținut¹¹ că prezența mancipientului alături de achizitor în procesul intentat de către terț este un efect intrinsec al participării acestora la formalitățile mancipației, fiind de esența procedurii de transmitere a proprietății civile *per aes et libram* ca cel care se pretindea proprietar *ex iure Quiritium* în fața celor cinci martori și a purtătorului de balanță să susțină ulterior postura de proprietar a

l'assistance, puis l'acte translatif de propriété à raison duquel cette obligation se produisait, enfin toute acquisition de propriété et le droit de propriété lui-même. On comprend cette extension progressive autant qu'on comprendrait peu l'évolution contraire. Mais dans l'acception primitive et technique, l'auctoritas est l'assistance fournie par le mancipient à son acquéreur."

¹¹ C. Longo, *Corso di diritto romano*, Ed. Giuffrè, Milano, 1937, p. 224, citată după S.A. Vernea, *loc. cit. supra*.

cumpărătorului conform dreptului civil (aplicabil cetățenilor romani) și, implicit, să aducă dovezi privind calitatea sa de proprietar, calitate în care ar fi participat la formalitățile mancipațiunii. Consecință directă și inevitabilă a posturii calității de proprietar *ex iure Quiritium* în procedeu *mancipatio*, de către cel care a urmărit să transmită cumpărătorului proprietatea asupra bunului *mancipi*, procedeu *auctoritas* ar fi derivat, astfel, din însăși structura mancipațiunii, solemnitatea acesteia în fața martorilor presupunând în mod necesar ca, dacă ulterior titlul vânzătorului ar fi fost contestat, acesta (care a susținut în cadrul mancipațiunii, în mod solemn¹², că deține proprietatea civilă asupra bunului) să intervină în procesul¹³ cu terț pentru a încerca să clarifice situația juridică a bunului și, dacă evicțiunea avea totuși loc, să îl indemnizeze pe cumpărător *in duplum*.

2. *Postulo anne auctor fias.*

În opinia lui Paul Frédéric Girard, intervenția mancipantului în procesul dintre cumpărător și terț reclamant din acțiunea în revendicare nu

¹² După cum s-a subliniat, din caracterul penal al lui *actio auctoritatis* decurgea consecința imposibilității introducerii sale contra succesiorilor mancipantului decedat, răspunderea delictuală a acestuia având un pronunțat caracter personal. A se vedea P. F. Girard, op.cit., p. 43, care subliniază că, în opinia sa, delictul comis de către mancipant nu era acela de a fi mancipat un *res aliena*, vânzarea bunului altuia nefiind expres prohibită, ci delictul comis era acela de a nu-l fi apărat pe cumpărător, de a nu-i fi furnizat asistență procesuală pentru evitarea evicțiunii, după participarea la ritualul mancipațiunii: „*On pourrait enfin remarquer que, si l'actio auctoritatis est une action pénale, elle ne pourra pas être intentée contre les héritiers du mancipant. (...) De plus, il serait peut-être permis de dire que, le délit consistant non pas à manciper une res aliena, mais à ne pas défendre un acquéreur par mancipation, ce délit est commis personnellement quand il ne fournit pas l'assistance. (...) Rien n'empêche donc de considérer notre action comme une action pénale ou plus exactement comme une action mixte appartenant à la victime d'un délit privé.*”

¹³ A se vedea, pentru dezvoltări, V. Hanga, „Răspunderea juridică în Legea celor XII Table”, *Studii de drept românesc* vol. 8 (41), nr. 3-4/1996, p. 261-273.

avea ca efect, în procedura legis-acțiunilor¹⁴, scoaterea cumpărătorului pârât din proces. Această intervenție era urmarea unei notificări adresate de către cumpărător manciantului, cu formularea „*Quando in jure te conspicio postulo anne fias auctor*”¹⁵, însă de abia în procedura formulară vânzătorul se putea substitui cumpărătorului în litigiul cu terțul, ca un cvasi-reprezentant judiciar, pledând *alieno nomine*, în beneficiul cumpărătorului¹⁶. Obligația vânzătorului de asistență judiciară a cumpărătorului dura în timp până la împlinirea termenului necesar pentru a uzucapa conform legii civile (în epoca clasică, doi ani în cazul imobilelor și un an, în cazul bunurilor mobile), posterior acestui moment al uzucapării fiind evident că pentru achizitor intervenția vânzătorului nu mai era necesară.

Pentru ca achizitorul să beneficieze de *auctoritas* posterior îndeplinirii formalităților mancipațiunii și anterior survenirii uzucapiunii, era necesară îndeplinirea unei duble condiții, și anume ca acesta să fi achitat prețul către vânzător și să fi avut loc remiterea sau tradițiunea bunului *mancipi* în mâinile cumpărătorului¹⁷ (dublă condiție care, de altfel, era îndeplinită în cadrul ritualului mancipațiunii, de regulă, însă nu întotdeauna¹⁸).

¹⁴ Prin procedura *sacramentum in rem*.

¹⁵ A se vedea P. F. Girard, op.cit., p. 15-16.

¹⁶ În exprimarea lui P. F. Girard (cit. supra, p. 16): „(...) après l'introduction de la procédure formulaire et lorsqu'il fut permis de plaider alieno nomine, rien n'empêcha le vendeur de mettre l'acquéreur hors de cause en se constituant son représentant judiciaire.”

¹⁷ Paulus, Sentent., 2,17,1: „*Venditor si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manet obnoxius, aliter enim non potest obligari*”; de asemenea, Paulus, Sentent., 2,17,3: „*Res empta, mancipatione et traditione perfecta si evincatur auctoritatis venditor duplo tenus obligatur*”.

¹⁸ Având în vedere că, în cazul terenurilor, în cadrul mancipațiunii era adus un simbol al acestora (un bulgăre de pământ, de exemplu), punerea în posesie a cumpărătorului nu era

B. *Nexum Mancipiumque*: un clivaj aparent?

În literatura de specialitate¹⁹ s-a opinat, cu privire la accepțiunea lui *actio auctoritatis* în vechiul drept roman, că răspunsurile la interogațiile generate de natura juridică a acesteia s-ar găsi în mecanismul și în principiile intrinseci aplicabile mancipațiunii în epoca veche și la începutul epocii clasice a dreptului roman. Textele Legii celor XII Table asociau procedeele *nexum* și *mancipatio* într-o expresie care, întrebuintând jocul conjuncției / disjuncției *que*, creau nu numai aparența unei perechi insolite, ci și premisele unui cuplu mai mult decât straniu: cel format dintr-un procedeu obligațional cu garantarea executării asupra persoanei debitorului (*nexum*), presupunând posibilitatea aplicării lui *manus iniectio* și, pe de altă parte, cel format dintr-un mecanism de transferare a proprietății civile (*mancipatio*). Textul *Cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*²⁰ a suscitât multiple comentarii de-a lungul timpului, nu neapărat conciliante. Inițial, acest fragment a fost interpretat ca o expresie a codificării în vechiul drept roman²¹ a două procedee distincte, unul generator de efecte obligaționale, celălalt translativ de proprietate civilă, reunite în același text din rațiuni de economie a exprimării, enunțate fiind pe un ton spartan, aproape laconic. Dilemele interpretative s-au accentuat însă pornind de la conturarea unui

neapărat imediată, chiar dacă prețul trecea în mâinile vânzătorului (la origini, rolul *libripens*-ului în ritualul mancipațiunii fiind acela de a cântări metalul plătit ca preț).

¹⁹ A se vedea A. Magdelain, „L' acte juridique au cours de l' ancien droit romain”, în *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Publications de L' École Française de Rome, Roma, 1990, pp. 713-752, disponibil de asemenea la adresa https://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1990_ant_133_1_3984, consultată în 08.09.2020.

²⁰ L.XII T.: 6,1.

²¹ Evoluția acestor opinii este prezentată succint de A. Magdelain, op.cit., p. 742.

răspuns la întrebarea: cine era subiectul procedului *uti lingua nuncupassit*, creditorul sau debitorul din cadrul unui *nexum*, înstrăinătorul sau dobânditorul din cadrul mancipațiunii?

În interpretarea furnizată de romanistul Otto Lenel în 1902, *nexum mancipiumque* descrie două catene (efectul real și efectul obligațional) al unui procedeu unic, cel al mancipațiunii, în cadrul căreia *nexum* ar fi servit ca mecanism prin care vânzătorul se obliga să achite cumpărătorului dublul valorii lucrului vândut în eventualitatea evingerii acestuia de către un terț²². La origini, în absența elementului *verba* al stipulației (*in duplum*) referitoare la garanția pentru evicțiune (de unde și trimiterea expresă în textul citat la *nexum*), procedeu *per aes et libram* de transferare a proprietății civile nu ar fi putut genera efecte obligaționale în favoarea cumpărătorului, cu atât mai puțin, în caz de evicțiune, obligarea vânzătorului la plata dublului sumei primite. Explicația identificată de Otto Lenel la începutul secolului trecut viza procedeu *nexum* ca intrinsec mancipațiunii în vechiul drept roman (rămas, însă, la alegerea părților), pentru a putea genera obligarea *in duplum* a vânzătorului ca fațetă a garanției pentru evicțiune. În varianta arhaică a vânzării prin *mancipatio*, obligarea prin *nexum* preceda suita de elemente formaliste *per aes et libram*, părțile fixând (prin elementele obligaționale *verba* care precedau mancipațiunea) obiectul obligației, întinderea fondurilor agrare (bunuri *mancipi*) vândute, calitatea *optimus maximus* a fondului agrar, dacă era cazul. Părțile puteau opta pentru omiterea lui *nexum*, caz în care trecerea directă la formalitățile *per aes et libram* ar fi marcat, în vechiul

²² *Idem*, p. 743-744, pentru preluarea detaliată a teoriei lui Otto Lenel.

drept roman, absența ulterioară a unui mecanism specific garanției pentru evicțiune²³.

Un posibil argument în favoarea tezei susținute de Otto Lenel pare a fi un fragment mutilat (regăsit incomplet) din Legea celor XII Table, care menționează procedeul *nexum* în contextul unui *ius commercii* (cel puțin parțial) acordat de Roma unor triburi vecine a căror origine se menține misterioasă pentru istorici: populațiile *Forcti* și *Sanates*²⁴. Fragmentul *Nex ... Forti Sanati ...*²⁵ reconstituit ca fiind *Nexi mancipique Forti Sanatique idem ius esto* (pornind de la un text al istoricului roman Festus) nu specifică dacă *ius commercii* era sau nu recunoscut acelor populații vecine în plenitudinea efectelor sale, însă are comun cu textul din Legea celor XII Table citat anterior (*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) faptul că plasează *nexum* în debutul ritualului dual, înaintea desfășurării formalităților mancipațiunii²⁶. Posterior interzicerii procedeeului *nexum* prin Legea *Poetelia Papiria*²⁷, *mancipatio* s-a desfășurat fără a fi precedată de stipulația pentru garanție contra evicțiunii, iar promisiunile verbale enunțate de înstrăinător au fost înlocuite cu *leges mancipii*, prin care înstrăinătorul, înainte de a da cuvântul achizitorului, descria bunul vândut și condiția

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Idem*, p. 744-745.

²⁵ L. XII T.: 1,5.

²⁶ A. Magdelain, op.cit., p. 744.

²⁷ *Lex Poetelia-Papiria*, care suprima efectul obligațional al lui *nexum*, interzicând creditorilor să execute persoana debitorului rău-platnic, a fost datată de Titus Livius cu anul 326 a. Chr., considerându-se că ar fi fost adoptată în timpul celui de-al treilea mandat în calitate de consul al lui Gaius Poetelius Libo Visolus, însă Marcus Terentius Varro datează respectiva lege în anul 313 a. Chr., în timpul dictaturii fiului lui Poetelius (fost consul).

juridică a acestuia²⁸, similar preambulului oferit prin *nexum* în cadrul vechiului procedeu dual *nexi mancipique*. Adagiul *uti lingua nuncupassit*²⁹ din Legea celor XII Table continua astfel să legitimizeze, în epoca clasică a dreptului roman, clauzele anexate la mancipațiune sau stipulațiile conexe vânzării în scopul conturării garanției pentru evicțiune datorate cumpărătorului³⁰.

III. Stipulațiile conexe vânzării și *stipulatio duplae*: remedii contra evicțiunii?

Merită reamintit că de acțiunea examinată anterior, *actio auctoritatis*, nu putea beneficia decât cumpărătorul unui bun *mancipi* a cărui proprietate a fost dobândită de către acesta prin *mancipatio*, acest mecanism nefiind disponibil în cazul evicțiunii survenite în absența mancipațiunii ori în cazul

²⁸ A. Magdelain, op.cit., p. 745.

²⁹ În contextul abordării vânzării imobilelor, Cicero, în lucrarea *De officiis*, sublinia în mod expres că vânzătorul era obligat să restituie dublul valorii lucrului vândut (*dupli poenam subiret*): *cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta* (Cic. off. 3, 16, 65). Fragmentul citat are meritul de a asocia atât trimerile exprese la prevederile Legii celor XII Table, din vechiul drept (*cum ex XII tab. satis esset ea praestari*), cât și ideea de validitate a clauzelor atașate vânzării în dreptul clasic (*quae essent lingua nuncupata*), pentru a regla consecințele patrimoniale ale evicțiunii. A se consulta J. Macqueron, *Histoire des obligations. Le droit romain*, Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence, 1971, p. 133-134, disponibil la adresa http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Sources/macqueron_obligations.pdf, accesat în 19.09.2020; autorul citat subliniază că expresia *qui infitatus esset* din textul lui Cicero se referă la vânzătorul care, în cadrul mancipațiunii, nu a comunicat (a ascuns adevărul despre) adevărata întindere a terenului vândut sau adevăratul statut juridic al bunului *mancipi* care făcea obiectul mancipațiunii.

³⁰ *Ibidem*.

bunurilor *nec Mancipi* transferate prin *traditio*. În aceste cazuri, cumpărătorii preferau să încheie cu vânzătorul o *stipulatio* prin care vânzătorul să se oblighe la despăgubiri în cazul eventualei evicțiuni. Prin intermediul acestora, vânzătorul se obliga să achite dublul sumei primite cu titlu de preț (*stipulatio duplae*), preluând astfel soluția pe care legea o prevedea în cazul *bunurilor Mancipi* (chiar dacă, în aceste cazuri, ale unei *stipulatio duplae* voluntare, părțile fie nu participaseră la ritualul *mancipatiunii*, fie bunul nu fusese din start unul *Mancipi*); de asemenea, în aceste cazuri, nefiind vorba despre bunuri *Mancipi* vândute prin *mancipatio*, vânzătorul se putea obliga, dimpotrivă, printr-o *stipulatio simplae*, să achite cumpărătorului prețul încasat, în eventualitatea evingerii acestuia de către un terț. Erau, așadar, necesare astfel de stipulații adiacente (unei vânzări convenite într-o altă formă decât cea a *mancipatiunii*), întrucât în absența unor garanții indirecte convenționale de acest fel, pe care să se fondeze ulterior o *actio ex stipulatu*³¹, cumpărătorul nu fi putut să se îndrepte contra vânzătorului în eventualitatea în care un terț ar fi invocat un titlu legitim asupra bunului.

³¹ A cărei natură era invariabil contractuală, iar nu delictuală, în pofida faptului că imita obiectul unei *actio auctoritatis* derivată dintr-o *mancipatiune*; în opoziție cu natura penală a lui *actio auctoritatis*, *actio ex stipulatu* nu sancționa un delict, ci deriva dintr-un angajament convențional. A se vedea P. F. Girard, op.cit., p. 41: „*Que le délit soit limité au cas de mancipation, cela peut s'expliquer de mille façons, par exemple en admettant que les éléments du délit étaient fixés avant l'introduction de la vente dépourvue de formes. Quant à la satisfactio secundum Mancipium et à la stipulatio duplae, nous verrons que ce sont deux engagements contractuels ayant à des degrés différents un objet imité de celui de l'actio auctoritatis. Assurément il ne s'agit pas là de délit; mais c'est qu'il y a un contrat et l'action, au lieu d'être l'actio auctoritatis, serra celle de ce contrat, l'actio ex stipulatu.*”

A. Mecanismele juridice ale *satisfatio secundum Mancipium* sau *repromissio secundum Mancipium*: garanții pentru *vacua possessio*?

Primul dintre aceste mecanisme presupunea ca, prin intermediul unor formalități de tipul *satisfatio* (în accepțiunea de promisiune făcută în mod formal, *verborum obligatio*, a intervenției unui garant, care în epoca clasică era de regulă un fidejutor), vânzătorul să promită cumpărătorului că va interveni pentru a suporta din punct de vedere financiar prejudiciul rezultat dintr-o eventuală evicțiune, după modelul lui *auctoritas* specifică mancipațiunii³². Cât despre *repromissio secundum Mancipium*³³, aceasta reprezenta, de asemenea, o modalitate indirectă de garantare de către vânzător a cumpărătorului, prin care primul se obliga voluntar *in duplum* în pofida faptului că era vorba despre un bun *nec Mancipi* sau se obliga *in duplum* chiar și pentru cazul în care mancipațiunea nu ar fi fost validă. Acest mecanism al *repromissio* era, de regulă, utilizat de către vânzătorul unui *res Mancipi* care nu a putut îndeplini formalitățile mancipațiunii, nefiind obligat potrivit legii civile la *auctoritas*. În maniera descrisă, cumpărătorul beneficia de remedii similare celor derivate din *actio auctoritatis*, cu obligarea *in duplum* a vânzătorului în pofida neparticipării la formalitățile

³² Gaius, D.18,1,53: „...ut auctoritatis nomine venditor obligatur <res emptoris fiat> nihil interest utrum solutum sit pretium an eo, nomine fideiussor datus sit.”

³³ *Secundum Mancipio* îmbracă, în această sintagmă, accepțiunea „imitând modelul mancipațiunii” sau „calchiind soluția din cadrul mancipațiunii” (obligarea vânzătorului la plata *in duplum*), cu diferența că mancipațiunea nu avusese loc, fie pentru că părțile aleseseră să evite formalitățile greoaie, fie pentru că transferaseră bunuri *nec Mancipi*. A se vedea J. Belda Mercado, „La obligación de garantía por evicción del comprador en el derecho romano clásico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nr. 8/2004, p. 119-140, disponibil de asemenea la adresa <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2318>, consultată în 08.09.2020.

mancipațiunii³⁴, însă bazându-se pe promisiunea solemnă făcută de vânzător. Garantându-i indirect liniștita posesiune a lucrului, vânzătorul promitea formal că îl va despăgubi cu dublul valorii lucrului în eventualitatea evingerii acestuia de către un terț.

B. Cum funcționa *stipulatio rem habere licere*?

În literatura de specialitate, s-a opinat, în privința sferei de aplicare a celor două categorii de stipulații, că *stipulatio duplae* se aplica în general bunurilor *mancipi*³⁵ în ipotezele în care părțile nu îndeplineseră formalitățile unei mancipațiuni valide, în ideea de a suplini finalitatea pe care o îndeplinea *actio auctoritatis* în cadrul mancipațiunii, și anume obligarea vânzătorului la plata dublului prețului încasat de la cumpărătorul evins, în timp ce *stipulatio rem habere licere* era utilizată în cazul bunurilor *nec mancipi*³⁶ sau, în general, în cazul bunurilor de valoare redusă, pentru a regla efectele patrimoniale ale eventualei evicțiuni care s-ar fi putut produce. Prin intermediul unei *stipulatio habere licere*, vânzătorul se garanta cumpărătorului posesiunea pașnică și utilă asupra bunului și că, în cazul în care va fi tulburat în stăpânirea liniștită a bunului, îi va achita *id quod interest*, în funcție de prejudiciul patrimonial suferit efectiv de către cumpărător. În

³⁴ Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului de proprietate prin vânzare. Studiu de drept comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 47-55.

³⁵ A se vedea J. Belda Mercado, op.cit., p. 134.

³⁶ Varro, *De re rustica*, 2,3,5: „*De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit, numquam enim sine febris sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: «Ulas capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?»*” În fragmentul citat, Varro exemplifică utilizarea stipulației *rem habere licere* în cazul animalelor destinate consumului (bunuri *nec mancipi*). Paragraful vizează însă garantarea cumpărătorului contra viciilor ascunse ale bunului vândut, iar nu problematica evicțiuni.

opозиție cu efectele unei *actio auctoritatis* din cadrul mancipațiunii sau cu efectele unei *stipulatio duplae*, când cumpărătorul obținea un multiplu al sumei achitate cu titlu de preț, de regulă dublul acestei sume, întinderea obiectului unei *stipulatio rem habere licere* era incertă, raportându-se în fiecare caz în parte la prejudiciul efectiv suferit de către cumpărător, obiectul acțiunii fiind calibrat *id quod interest*, independent de valoarea prețului achitat inițial și raportându-se la valoarea pierderii înregistrate de cumpărător la momentul evicțiunii³⁷.

IV. Există un automatism al garantării pentru evicțiune în dreptul roman clasic?

A. Garanția pentru evicțiune în vânzarea consensuală.

Având în vedere că, în dreptul clasic, vânzătorul nu transfera decât posesiunea liniștită și durabilă asupra lucrului, cumpărătorul nu putea recurge la *actio auctoritatis*, având în schimb la dispoziție o *actio empti*, o acțiune contractuală, al cărei specific rezidă în faptul că nu putea fi utilizată în afara situațiilor în care vânzătorul a comis un dol³⁸, cunoscând el însuși faptul că vinde bunul altuia sau că bunul este grevat de sarcini nedeclarete. Așadar, administrarea probei intenției dolosive paraliza practic, de cele mai multe ori, încercarea cumpărătorului de a-l face responsabil pentru evicțiunea suferită. Pactele accesorii la care ne-am referit în paragrafele precedente erau

³⁷ *Idem*, p. 133. A se vedea, de asemenea, G. Guilda, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 23-27 și p. 59-63.

³⁸ D.19,4,1 (Paul. lib. XXXII ad Edictum): „(...) *Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet.*”

menite deseori să contracareze tocmai această stare faptică, a imposibilității dovedirii dolului comis de vânzător. Or, stipulațiile de garanție generau o obligație condițională, care devenea eficace în măsura în care evicțiunea se producea, dacă vânzătorul se obligase verbal față de cumpărător să îi achite valoarea bunului sau dublul acesteia ori chiar cvadruplul acestei valori. După cum s-a subliniat, garanțiile generate de aceste stipulații decurgeau din însuși mecanismul stipulației, independent de acțiunile născute din contractul de vânzare și aveau un caracter exclusiv voluntar, vânzătorul nefiind constrâns prin lege să consimtă la asemenea pacte suplimentare³⁹. Doar la finele sec. I p. Chr., motivat pe considerații ce țineau de imperativele bunei-credințe contractuale, cumpărătorul îi putea solicita vânzătorului să încheie o astfel de stipulație, în măsura în care evicțiunea nu s-a produs încă.

Următorul pas l-a reprezentat admiterea, în prima jumătate a sec. al II-lea p. Chr., a ideii că, chiar și după producerea evicțiunii, cumpărătorul are la dispoziție o acțiune contractuală⁴⁰, generată automat de contractul de vânzare, independent de culpa vânzătorului, pentru a solicita remedii în urma evingerii sale de către terț⁴¹. Schimbarea de optică, începând cu acest

³⁹ H. Ankum, „Problems concerning *laudatio auctoris* and *denuntiatio litis* made by the buyer in classical Roman Law”, *Fundamina*, vol. 20, nr. 1/2014, p. 3-14, disponibil la adresa <http://www.scielo.org.za/pdf/funda/v20n1/01.pdf>, consultată în 22.09.2020.

⁴⁰ M. D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, cit. supra, p. 241.

⁴¹ Dacă introducea o *actio empti*, cumpărătorul care a suferit o evicțiune putea recupera de la vânzător prețul achitat, după cum rezultă dintr-un pasaj clasic; D.21,2,60 (Iavolenus, lib. 11 ex *Plautio*): *Si in venditore dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praetor simplam evictionis nomine, et ex natura ex empto actionis hoc quod interest*. Dimpotrivă, dacă părțile vânzării consensuale au convenit expres un acord *ad duplum* ca accesoriu al vânzării consensuale, vânzătorul putea fi obligat la restituirea dublului sumei încasate cu titlu de preț, în temeiul unei acțiuni contractuale; Paul. *Sententiae*, 2,17,3: *Res empti, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur*; de asemenea, Paul. *Sententiae* 2,17,4: *Distracta fundo, si quis*

moment, este radicală: părțile vânzării nu mai trebuie să convină expres, separat, cu privire la existența garanției contra evicțiunii, ci, dimpotrivă, acesta va fi un efect automat al vânzării, în schimb exonerarea de garanție a vânzătorului – iar nu obligația acestuia de a-l garanta pe cumpărător – trebuind să facă obiectul unei clauze exprese. Se admite, așadar, că, începând cu cea de-a doua jumătate a sec. al II-lea p. Chr., garanția pentru evicțiune va fi datorată automat cumpărătorului independent de dolul comis sau nu de către vânzător⁴², schimbarea de macaz fiind clară către o responsabilitate obiectivă, detașată de elementul culpei.

Important de subliniat este că vânzătorul răspundea față de cumpărătorul evins⁴³ ca o consecință a faptului de a nu-i fi asigurat acestuia posesiunea liniștită, inatacabilă și durabilă a lucrului vândut, chiar dacă vânzătorul a acționat cu bună-credință, de unde și caracterul obiectiv al răspunderii; însă, dacă era implicat un vânzător de rea-credință, care a vândut un bun cunoscând existența motivului de evicțiune și ascunzându-l cumpărătorului, acesta din urmă se putea îndrepta împotriva vânzătorului

de modo mentiatur, in duplum eius quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur.

⁴² E. Aguirre Cardona, E. Reigadas Lavandero, „*El contrato de compraventa en derecho romano, derecho civil y proyectos de unificación internacional*”, Madrid, 2014, p. 6-44, disponibil la adresa <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/644/1/TFG000555.pdf>, consultată în 08.09.2020.

⁴³ D.19,1,11,2 (Ulp. lib. XXXII ad Edictum): „*Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*”

fără a aștepta producerea evicțiunii, introducând o *actio empti* în încercarea de a dovedi dolul⁴⁴ comis de vânzător⁴⁵.

În cadrul vânzării romane consensuale, ceea ce justifică exercițiul dreptului cumpărătorului la remedii în cazul evicțiunii nu este absența transferului valabil al proprietății, întrucât acesta nu reprezenta un efect natural al vânzării consensuale, ci absența unei posesiuni liniștite și durabile a cumpărătorului asupra bunului cumpărat. Astfel, până la momentul în care cumpărătorul nu era spoliat de posesiunea pașnică și durabilă asupra bunului, acesta nu putea emite pretenții contra vânzătorului; însă, dacă acesta era privat de posesiunea asupra bunului ca urmare a revendicării bunului de către *verus dominus*, care invoca un titlu legitim, cumpărătorul se putea îndrepta contra vânzătorului în temeiul garanției pentru evicțiune⁴⁶.

⁴⁴ Desigur, în cazul dolului comis de vânzător, era ineficace eventualul pact asociat vânzării, prin care părțile ar fi convenit asupra exonerării vânzătorului de garanția pentru evicțiune. D.19,1,6,9 (Pomponius, lib. IX *ad Sabinum*): *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset, et adiectum sit, neve eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.*

⁴⁵ D.19,1,30 (lib. VIII *Quaestionum*): *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam...; Qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit. Id est maxime, si manumissuro vel pignori daturō vendiderit.*

⁴⁶ D.12,4,16 (Celsus, lib. 111 *Digestorum*): *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic afit obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge, alienum esse Stichum, sed te tamen eum <tradidisse>; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus, <et pro evictione eius> promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.*

B. *Denuntiandi necessitas*: consecințele omiterii chemării în garanție a vânzătorului.

Trecerea la viziunea obiectivă, desprinsă de elementul vinovăției vânzătorului, asupra garanției pentru evicțiune a fost acompaniată de creionarea unui set de condiții obligatorii pentru conduita procesuală a cumpărătorului confruntat cu pericolul evicțiunii: acesta trebuia să notifice vânzătorului existența litigiului, astfel încât acesta să intervină pentru a-l apăra în procesul intentat de terț. Absența chemării în garanție a vânzătorului (sau a avânzilor-cauza cu titlu universal ai acestuia) în termen util reverbera în mod dramatic asupra dreptului cumpărătorului la garanție contractuală, soluție perpetuată în legislațiile moderne (preluată în art. 1705 C. civ., în vigoare din 1 octombrie din 2011, respectiv în art. 1351 din vechiul Cod civil).

În literatura de specialitate⁴⁷ s-a subliniat că este necesară o examinare distinctă și diferențiată a obligației cumpărătorului de a chema în garanție vânzătorul, înștiințându-l pe acesta despre existența unei *rei vindicatio* inițiată de un terț, în raport cu tripticul de ipoteze posibile: (i) situația în care obiectul transferului l-a făcut un *res Mancipi*; (ii) situația în care părțile au convenit o *stipulatio duplum*; (iii) ipoteza încheierii unei *emptio-venditio* consensuale. În primul set de situații, pentru a-și îndeplini obligația de *auctoritas*, înstrăinătorul (*mancipio dans*) trebuia să îl asiste pe *mancipio accipiens* în procedura de revendicare inițiată contra acestuia, în încercarea de a asigura un rezultat favorabil cumpărătorului.

⁴⁷ H. Ankum, „Problems concerning *laudatio auctoris* and *denuntiatio litis* made by the buyer...”, *cit. supra*, p. 3.

V. Configurația garanției pentru evicțiune în dreptul român contemporan

Condițiile garanției contra evicțiunii⁴⁸ sunt reglementate în textul art. 1695 C. civ., menționându-se faptul că vânzătorul „este de drept obligat” să îl garanteze pe cumpărător împotriva evicțiunii care l-ar împiedica total sau parțial în stăpânirea netulburată a bunului vândut. Potrivit paragrafului (2) al aceluiași articol, garanția este datorată împotriva evicțiunii ce rezultă din pretențiile unui terț numai dacă acestea sunt întemeiate pe un drept născut anterior datei vânzării și care nu a fost adus la cunoștința cumpărătorului până la momentul încheierii contractului de vânzare. De asemenea, în dreptul civil contemporan, garanția este datorată împotriva evicțiunii ce provine din fapte imputabile vânzătorului, chiar dacă acestea s-au ivit ulterior vânzării, cu mențiunea că, în acest din urmă caz, convențiile anticipatorii exoneratoare de garanție sunt ineficace juridic, în contextul faptei ilicite a vânzătorului. Nu în ultimul rând, cumpărătorul poate bloca încercarea vânzătorului de a evinge, paralizând pretențiile reclamantului vânzător prin invocarea excepției de garanție, având în vedere că, potrivit art. 1696 C. civ., „Acela care este obligat să garanteze contra evicțiunii nu poate să evingă.”

⁴⁸ A se consulta D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*. Volumul I. *Vânzarea și schimbul*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 377-381; F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*. Vol. I. *Vânzarea. Schimbul*, ed. a 5-a, actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 214-218; R. Duminiță, D. Iancu, „*Quelques considérations sur l'éviction en droit comparé*”, *Revista Drept – Series Iurisprudentia*, Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia, nr. 12/2009, p. 122-124; M.-L. Belu Magdo, *Contractul de vânzare în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 241-257.

Indivizibilitatea obligației de garanție este stipulată în cuprinsul art. 1697 C. civ., conform căruia „Obligația de garanție contra evicțiunii este indivizibilă între debitori.” Se impun unele precizări suplimentare în legătură cu caracterul indivizibil al garanției de evicțiune. Astfel, trebuie remarcat că obligația de garanție este indivizibilă, în sensul că acel cumpărător poate chema în garanție pe oricare din moștenitorii universali / cu titlu universal ai vânzătorului. În schimb, obligația vânzătorului de a repara prejudiciul suferit de evins prin fapta deposedării, întrucât are un obiect pecuniar, se divide deplin drept, dacă sunt mai mulți moștenitori.

În acest perimetru, se cuvine, de asemenea menționat că textul art. 1697 C. civ. introduce, cu titlu de noutate, principiul indivizibilității obligației de garanție pentru evicțiune între debitori, ca o manieră suplimentară de a proteja creditorul acestei obligații, respectiv cumpărătorul. Desigur, indivizibilitatea între debitori a obligației de garanție contra evicțiunii intervine în cazul transmiterii unui bun de către coproprietari ori în cazul decesului vânzătorului a cărui succesiune revine persoanelor cu vocație succesorală universală/cu titlu universal. Astfel, menționăm că indivizibilitatea între debitori postulată de art. 1697 C. civ. asigură cumpărătorului evins dreptul de angaja răspunderea oricăruia dintre debitori pentru a fi obligat integral, cu posibilitatea acestuia de regres *pro parte* contra celorlalți debitori ai obligației de despăgubire a cumpărătorului.

Modificarea sau înlăturarea convențională a garanției pentru evicțiune și problematica limitelor incidente în materia validității și a eficacității juridice a convențiilor exoneratoare sunt reglate în cuprinsul art. 1698 C. civ., care stipulează validitatea de principiu a clauzelor prin care părțile convin să extindă sau să restrângă obligația de garanție. De asemenea, exonerarea completă de garanție contra evicțiunii a vânzătorului este posibilă, cu excepția

situațiilor în care acesta a comis dol, cunoscând motivul evicțiunii și necomunicându-l cumpărătorului la momentul încheierii contractului.

Stipulația prin care obligația de garanție a vânzătorului este restrânsă sau înlăturată nu îl exonerează pe acesta de obligația de a restitui prețul, după cum reține legiuitorul în cuprinsul art. 1698, alin. (2) C. civ., cu excepția cazului în care cumpărătorul și-a asumat expres riscul producerii evicțiunii, caz în care vânzarea devine un contract aleatoriu, antrenând pentru cumpărător riscul de a pierde suma achitată cu titlu de preț pentru bunul în privința proprietății căruia va fi evins de către terț.

Limitele clauzei exoneratoare de răspundere pentru evicțiune sunt trasate în art. 1699 C. civ., conform căruia culpa sau fapta ilicită a vânzătorului anihilează eficacitatea juridică a convențiilor limitative de răspundere, astfel încât, în pofida faptului că s-a convenit că vânzătorul nu va datora nicio garanție, el răspunde totuși de evicțiunea cauzată ulterior vânzării prin faptul său personal ori de cea provenită din cauze pe care, cunoscându-le în momentul vânzării, le-a ascuns cumpărătorului. În acest perimetru, orice stipulație contrară este considerată nescrisă, astfel încât cumpărătorul nu poate renunța anticipat la dreptul său de a invoca garanția contra evicțiunii imputabile vânzătorului.

Admiterea acțiunii cumpărătorului în rezoluțiune judiciară a contractului, conform art. 1700 C. civ. este posibilă nu numai în cazul evicțiunii totale, ci și în cazul evicțiunii parțiale, însă doar dacă respectivul cumpărător a fost evins în privința unei părți din drepturile sale îndeajuns de semnificativă încât, dacă ar fi cunoscut evicțiunea, acesta nu ar mai fi încheiat contractul de vânzare.

Restituirea prețului la care este îndreptățit cumpărătorul evins implică rambursarea de către vânzător, conform prevederilor art. 1701 C. civ., a

întregii sume încasate cu titlu de preț, chiar dacă, la data evicțiunii, valoarea bunului vândut a scăzut sau dacă bunul a suferit deteriorări semnificative⁴⁹, datorate fie forței majore, fie neglijenței cumpărătorului (care, fiind de bună-credință și considerându-se pe sine proprietarul⁵⁰ bunului, s-a comportat cu acesta după cum a apreciat oportun, în baza atributului de dispoziție conferit de dreptul de proprietate pe care acesta considera că îl deține în mod legitim).

În măsura în care cumpărătorul a obținut un beneficiu în urma deteriorărilor cauzate bunului, vânzătorul are dreptul să deducă din prețul restituit cumpărătorului, o sumă corespunzătoare acestui beneficiu. În ipoteza în care lucrul vândut are, la data evicțiunii, o valoare mai mare, din orice cauză, vânzătorul este dator să plătească cumpărătorului, pe lângă prețul vânzării, sporul de valoare acumulat până la data evicțiunii.

Pentru stabilirea cuantumului daunelor-interese cuvenite cumpărătorului evins, din textul art. 1702 C. civ. rezultă că acestea cuprind:

- a) valoarea fructelor pe care cumpărătorul a fost obligat să le restituie celui care l-a evins;
- b) cheltuielile de judecată efectuate de cumpărător în procesul cu cel ce l-a evins, precum și în procesul de chemare în garanție a vânzătorului;
- c) cheltuielile încheierii și executării contractului de către cumpărător;
- d) pierderile suferite și câștigurile nerealizate de către cumpărător din cauza evicțiunii.

⁴⁹ F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, op.cit., p. 218-219; R. Duminiță, D. Iancu, „*Quelques considérations sur l'éviction en droit comparé*”, cit. supra, p. 126; M.-L. Belu Magdo, op.cit., p. 256-259; D. Chirică, op.cit., p. 382.

⁵⁰ I. Dobrinescu, „*Metamorfozele proprietății și sistemul de drept neoroman*”, Dreptul nr. 5/2020, p. 28-55; I. Dobrinescu, „*Dreptul de proprietate: între individualism și colectivism*”, Dreptul nr. 8/2020, p. 11-33.

De asemenea, vânzătorul poate fi obligat să ramburseze el însuși cumpărătorului (i) sau să se asigure că terțul evingător achită cumpărătorului (ii) toate cheltuielile pentru lucrările efectuate în legătură cu bunul vândut, fie că lucrările sunt autonome, fie că sunt adăugate, dar, în acest din urmă caz, numai dacă sunt implicate cheltuieli necesare sau utile, ultimele datorându-se cumpărătorului în limita sporului valoric obiectiv înregistrat de bun.

În ipotezele în care cumpărătorul poate proba dolul comis de vânzător, care a cunoscut cauza evicțiunii la data încheierii contractului, fără a o comunica achizitorului, vânzătorul poate fi obligat să ramburseze cumpărătorului inclusiv cheltuielile de lux, făcute pentru efectuarea și, după caz, pentru ridicarea lucrărilor care nu se încadrează nici în categoria celor necesare, nici în categoria lucrărilor utile.

Efectele evicțiunii parțiale asupra contractului de vânzare sunt tratate în art. 1703 C. civ., precizându-se că, în măsura în care evicțiunea parțială nu atrage rezoluțiunea contractului, vânzătorul trebuie să restituie cumpărătorului o parte din preț proporțională cu valoarea părții de care a fost evins și, dacă este cazul, să plătească acestuia daune-interese, pentru stabilirea întinderii cărora se vor aplica în mod corespunzător prevederile art. 1702 C. civ.⁵¹

În cazurile în care intervine înlăturarea evicțiunii de către cumpărător, consecințele vor fi cele tratate în textul art. 1704 C. civ.; astfel, în situația în care cumpărătorul a obținut sau a menținut în propriul său patrimoniu dreptul de proprietate asupra bunului cumpărat, plătind terțului evingător o sumă de bani sau dându-i un alt bun, vânzătorul va fi liberat de urmările garanției, în primul caz prin rambursarea către cumpărător a sumei plătite cu

⁵¹ R. Popescu, „Efectele obligației de garanție în cazul evicțiunii consumate în reglementarea noului Cod civil,” *Revista Universul Juridic* nr. 6/2015, p. 36-47.

dobânda legală calculată de la data plății (i), iar în al doilea caz, prin plata valorii bunului dat, precum și, în ambele cazuri, a tuturor cheltuielilor aferente (ii).

Chemarea în judecată a vânzătorului se menține în dreptul civil contemporan ca o premisă indispensabilă pentru conservarea dreptului la garanție de către cumpărător. Astfel, potrivit art. 1705 C. civ., cumpărătorul chemat în judecată de un terț care pretinde că are drepturi asupra lucrului vândut trebuie să îl cheme în cauză pe vânzător, iar în cazul în care a omis să procedeze în acest mod, iar acțiunea introdusă de terț a fost admisă, cumpărătorul va pierde dreptul de a invoca garanția pentru evicțiune, dacă vânzătorul dovedește că putea furniza suficiente probe și apărări care să justifice respingea cererea terțului evingător. Dacă s-a produs o evicțiune extrajudiciară, cu acceptul cumpărătorului care, fără a exista o hotărâre judecătorească, a recunoscut dreptul terțului, acesta pierde dreptul de garanție, cu excepția cazului în care dovedește că atitudinea cumpărătorului a fost adecvată, întrucât nu existau motive suficiente pentru a împiedica evicțiunea.

Sfera subiectivă de incidență a dreptului la garanție contra evicțiunii (beneficiarii garanției) a fost extinsă *expressis verbis* în cuprinsul art. 1706 C. civ., astfel încât, *de lege lata*, vânzătorul este obligat să garanteze contra evicțiunii față de orice dobânditor subsecvent al bunului, fără a deosebi între cazurile în care titlul subdobânditorului este unul gratuit sau unul oneros. Remarcăm, astfel, că, printre modificările majore aduse regimului garanțiilor vânzătorului în Codul civil în vigoare din 1 octombrie 2011, se numără și consacrarea expresă a existenței unei garanții ascendente pentru evicțiune. Prin angrenarea acestei garanții, dacă același bun a fost revândut, oricare dintre subdobânditorii bunului pot acționa în judecată pe vânzătorul anterior

din șirul de vânzări consecutive, întrucât, conform art. 1706 C. civ., „Vanzătorul este obligat să garanteze contra evicțiunii față de orice dobânditor subsecvent al bunului, fără a deosebi după cum dobândirea este cu titlu oneros ori cu titlu gratuit”.

Această posibilitate nu era interzisă în textele vechiului Cod civil de la 1865, însă nefiind consacrată expres, atât părțile, cât și judecătorii erau reticenți în ceea ce privește utilitatea sa⁵². Apreciem că situația primului vânzător nu este îngreunată prin consacrarea legislativă a acestei acțiuni, întrucât vânzătorul inițial este prin ipoteză dator să-l garanteze pentru evicțiune pe cumpărătorul intermediar. În schimb, situația cumpărătorului final se ameliorează considerabil, în cazurile în care autorul său direct (ultimul vânzător) este insolubil, restituirea prețului ori reducerea acestuia putând fi obținută de la vânzătorul inițial, consecutiv evicțiunii⁵³.

⁵² În contextul în care Codul civil român din 1864 nu reglementa expres existența unei acțiuni ascendente în garanție pentru evicțiune în cazul unor vânzări succesive, un segment al literaturii de specialitate considera că, în pofida faptului că subdobânditorul nu dobândește un drept nou, ci un drept retransmis, acesta nu avea posibilitatea să introducă o acțiune directă față de primul vânzător, datorită inexistenței unui raport juridic contractual între aceștia. Reverberațiile principiului *res inter alios acta* ar fi impus, în această optică, ideea că un cumpărător subsecvent, fiind terț în raport cu primul vânzător, nu ar putea acționa în garanție pentru evicțiune decât împotriva autorului său direct, vânzătorul cu care a contractat. Se admitea însă că acțiunea putea fi introdusă pe cale oblică, caz în care soluția era doar parțial avantajoasă, întrucât subdobânditorul venea în concurs cu creditorii vânzătorului intermediar și suporta concurența acestora la redistribuirea sumei rezultate din angrenarea garanției pentru evicțiune; a se vedea, în acest sens, pentru considerații asupra precedentei reglementări, I. Popa, *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, ed. a 2-a, Universul Juridic, București, 2008, p. 358-361. Alți autori au opinat că garanția pentru evicțiune se transmitea și cumpărătorilor sau donatarilor aceluiași bun, chiar și sub imperiul vechiului Cod civil (a se vedea C. Toader, *Evicțiunea în contractele civile*, Ed. All Beck, București, 1997, p. 24 și urm.

⁵³ D.A. Gidro, „Acțiunea directă a subdobânditorului împotriva primului vânzător în contextul noului Cod civil”, *Revista Română de Drept Privat* nr. 6/2015, p. 87.

O altă remarcă ține de faptul că avantajele garanției ascendente pentru evicțiune se grupează în jurul ideii că aceasta evită multiplicarea acțiunilor în garanție cu privire la același caz de evicțiune și stopează șirul inutil și costisitor de litigii antrenate de evicțiune. Întrucât cauza evicțiunii a fost prezentă la momentul primei vânzări, dacă ultimul vânzător ar fi condamnat la cererea celui din urmă achizitor și nu ar exista această garanție ascendentă, este de presupus că pârâtul ar chema ulterior în garanție la rândul său, pe propriul său autor - vânzătorul intermediar - care va putea acționa în garanție pe cel de la care el însuși a cumpărat și tot astfel până la primul vânzător.

Garanția ascendentă pentru evicțiune nu trebuie confundată cu cazurile de garanție directă indivizibilă la care se referă art. 1697 C. civ., conform căruia „Obligația de garanție contra evicțiunii este indivizibilă între debitori”. Textul art. 1697 C. civ. se referă, dimpotrivă, la ipotezele practice caracterizate prin transmiterea proprietății unui bun de către coproprietari (i) ori la cazul decesului vânzătorului între momentul încheierii contractului de vânzare și momentul survenirii evicțiunii pentru cumpărător, vânzătorul defunct fiind moștenit de succesori cu vocație universală / cu titlu universal (ii). Indivizibilitatea între debitori asigură cumpărătorului dreptul de a antrena garanția pentru evicțiune contra oricăreia dintre persoanele care figurează la poziția „vânzător” în contractul de vânzare (o garanție directă, iar nu ascendentă), pentru a fi obligat integral la plata de despăgubiri, cu posibilitatea pârâtului de a se îndrepta în regres contra celorlalți debitori. Or, garanția ascendentă pentru evicțiune instaurată ca posibilitate pentru cumpărătorul subsecvent prin textul art. 1706 C. civ. nu generează o solidaritate pasivă între vânzătorii succesivi ai bunului, această posibilitate nefiind prevăzută de legiuitor.

Ipotezele în care bunul a făcut obiectul mai multor vânzări succesive sunt relativ frecvente, în practică, la dispoziția ultimului cumpărător (evins) existând calea acțiunii în garanție, pe temei contractual, împotriva vânzătorului său direct. Două neajunsuri pot surveni însă, pentru subdobânditorul aflat pe poziția finală în lanțul de transmisiuni succesive: repararea efectivă a prejudiciului și recuperarea prețului să fie blocată de insolvabilitatea vânzătorului intermediar sau cumpărătorul intermediar să probeze că motivul evicțiunii este anterior contractului încheiat cu achizitorul final, cauza evicțiunii fiind prezentă la momentul primei vânzări. Considerăm că acest binom poate fi evitat prin angrenarea garanției ascendente pentru evicțiune. Acțiunea subdobânditorului la care se referă art. 1706 C. civ. este cea a autorului său, vânzătorul intermediar contra primului vânzător, astfel încât, ca regulă generală, va fi supusă regimului contractului original, la care cel dintâi vânzător - pârât în această acțiune - și-a dat consimțământul⁵⁴. Transmiterea garanției la subdobânditor poate fi fundamentată pe ideea unui transfer al acțiunii în garanție ca accesoriu al proprietății asupra lucrului. Raționamentul se aplică independent de caracterul gratuit⁵⁵ sau oneros al transmisiunii la subdobânditor; indispensabil este doar ca autorul său să fi deținut o acțiune în garanție care să treacă, împreună cu bunul, la avânzii-cauză cu titlu particular la care se referă art. 1706 C. civ.

⁵⁴ I. Sferdian, „*Efectele bunei-credințe asupra garanției ascendente pentru evicțiune*”, postat în 20.04.2017, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/506265/efectele-bunei-credințe-asupra-garanției-ascendente-pentru-evicțiune.html>, consultată în 30.10.2020.

⁵⁵ De exemplu, A i-a vândut un teren intravilan lui B prin act autentic, iar B i-a achitat suma de 85.000 euro. Ulterior B donează prin act autentic terenul către C, iar C este evins de către D, care într-o acțiune în revendicare dovedește că este adevăratul proprietar, întrucât vânzătorul A nu era adevăratul moștenitor al bunului.

În ceea ce privește situația donatarului evins, acesta nu beneficiază de garanție contra evicțiunii în baza contractului de donație contra donatorului, însă respectând textul art. 1706 noul C. civ. va putea face uz de garanția pentru evicțiune datorată donatorului de către vânzătorul de la care acesta a achiziționat bunul. Menționăm că garanția pentru evicțiune nu este generată direct de contractul de donație, cu excepțiile cunoscute ale promiterii exprese de garanție, dolului comis de donator (care va transpune însă litigiul în plan delictual), al răspunderii în limita sarcinilor ce însoțesc donația. Cu toate acestea, prin antrenarea garanției ascendente pentru evicțiune subdobânditorul donatar ar urma să primească de la vânzătorul bunului (autor al donatorului) suma plătită cu titlu de preț în contractul primar, suma de bani înlocuind astfel în patrimoniul donatarului proprietatea bunului în privința căreia a fost evins.

Caracterul patrimonial, iar nu personal al garanției pentru evicțiune permite transmisiunea acțiunii în garanție la subdobânditorii bunului (universali, cu titlu universal sau particular), independent de caracterul oneros sau gratuit al titlului subdobânditorului. Necunoașterea cauzei de evicțiune se apreciază în persoana cumpărătorului intermediar, astfel încât cunoașterea și asumarea motivului de evicțiune la momentul cumpărării bunului de către primul cumpărător face ca acesta să nu beneficieze de o acțiune în garanție care să se transmită la subdobânditor o dată cu revânzarea lucrului.

VI. Concluzii

Creionată la început ca un răspuns judiciar la delictul comis de vânzătorul neproprietar, de a nu-l fi protejat pe cumpărător în litigiul contra

terțului evingător, *actio auctoritatis* îl obliga pe vânzător la o rambursare *in duplum* a valorii prețului primit. Remediul descris era însă prezent numai pentru cumpărătorul unui bun *mancipi* a cărui proprietate a fost dobândită de către acesta prin *mancipatio*, fiind inexistent în cazul evicțiunii survenite în absența mancipațiunii ori în cazul bunurilor *nec Mancipi* transferate prin *traditio*. Următoarele concluzii pot fi desprinse pe marginea considerațiilor de mai sus:

(a) în absența unei mancipațiuni valide ori în cazul bunurilor *nec Mancipi* transferate prin *traditio*, părțile obișnuiau să recurgă la garanții indirecte convenționale, pe care să se fondeze ulterior o *actio ex stipulatu*, prin care cumpărătorul ar fi putut să se îndrepte contra vânzătorului în eventualitatea în care un terț ar fi invocat un titlu legitim asupra bunului;

(b) prin intermediul unor formalități de tipul *satisfatio secundum Mancipio* (în accepțiunea de promisiune făcută în mod formal, *verborum obligatio*, a intervenției unui garant), vânzătorul putea să promită cumpărătorului că va interveni pentru a suporta din punct de vedere financiar prejudiciul rezultat dintr-o eventuală evicțiune (sau chiar de a rambursa cumpărătorului dublul prețului încasat), după modelul lui *auctoritas* specifică procedurii *mancipatio*;

(c) de asemenea, calchiind efectele pe care le-ar fi produs *auctoritas*, părțile puteau utiliza o *repromissio secundum Mancipio*, ca modalitate indirectă de garantare de către vânzător a cumpărătorului, prin care primul se obliga voluntar *in duplum* în pofida faptului că era vorba despre un bun *nec Mancipi* sau se obliga *in duplum* chiar și pentru cazul în care mancipațiunea nu a fost valabil îndeplinită pentru bunurile *mancipi*; vânzătorul promitea formal că îl va despăgubi cu dublul valorii lucrului în eventualitatea evingerii acestuia de către un terț;

(d) începând cu prima jumătate a sec. al II-lea p. Chr., chiar și după producerea evicțiunii, cumpărătorul va avea la dispoziție o acțiune contractuală, generată automat de contractul de vânzare, independent de culpa vânzătorului, pentru a solicita remedii în urma evingerii sale de către terț.

(e) în urma acestei schimbări de optică, părțile vânzării nu vor mai conveni expres cu privire la existența garanției contra evicțiunii, care era deja văzută ca un efect automat al vânzării; în schimb, exonerarea de garanție a vânzătorului trebuia să facă obiectul unei clauze exprese, nefiind validă în cazul dolului comis de către vânzător;

(f) în cazul contractului consensual de vânzare, în ipoteza în care vânzătorul era de rea-credință, întrucât a vândut un bun cunoscând existența motivului de evicțiune și ocultându-l în raporturile cu cumpărătorul, acesta din urmă se putea îndrepta contra vânzătorului fără a aștepta producerea evicțiunii, introducând o *actio empti* în încercarea de a proba dolul comis de vânzător;

(g) caracteristic vânzării romane consensuale era faptul că ceea ce justifica exercițiul dreptului cumpărătorului la remedii în cazul evicțiunii nu era absența transferului valabil al proprietății, întrucât acesta nu reprezenta un efect natural al vânzării consensuale, ci faptul de a nu fi asigurat cumpărătorului posesiunea liniștită și durabilă asupra bunului cumpărat;

(h) în ceea ce privește reglementarea garanției pentru evicțiune în dreptul român contemporan, admiterea acțiunii cumpărătorului în rezoluțiune judiciară a contractului, conform art. 1700 C. civ. este posibilă nu numai în cazul evicțiunii totale, ci și în cazul evicțiunii parțiale, însă doar dacă respectivul cumpărător a fost evins în privința unei părți din drepturile sale

îndeajuns de semnificativă încât, dacă ar fi cunoscut evicțiunea, acesta nu ar mai fi încheiat contractul de vânzare;

(g) restituirea prețului la care este îndreptățit cumpărătorul evins implică rambursarea de către vânzător, conform prevederilor art. 1701 C. civ., a întregii sume încasate cu titlu de preț, chiar dacă, la data evicțiunii, valoarea bunului vândut a scăzut sau dacă bunul a suferit deteriorări semnificative, datorate fie forței majore, fie neglijenței cumpărătorului, care, fiind de bunăcredință și considerându-se pe sine proprietarul bunului, s-a comportat cu acesta după cum a apreciat oportun, în baza atributului de dispoziție conferit de dreptul de proprietate pe care acesta considera că îl deține în mod legitim;

(i) modificarea sau înlăturarea convențională a garanției pentru evicțiune în dreptul contemporan este posibilă cu respectarea limitelor trasate în art. 1698 C. civ., care stipulează validitatea de principiu a clauzelor prin care părțile convin să extindă sau să restrângă obligația de garanție; de asemenea, exonerarea completă de garanție contra evicțiunii a vânzătorului este posibilă, cu excepția situațiilor în care acesta a comis dol, cunoscând motivul evicțiunii și necomunicându-l cumpărătorului la momentul încheierii contractului.

VII. Bibliografie

- E. Aguirre Cardona, E. Reigadas Lavandero, *El contrato de compraventa en derecho romano, derecho civil y proyectos de unificación internacional*, Madrid, 2014, p. 6-44;
- H. Ankum, „Problems concerning *laudatio auctoris* and *denuntiatio litis* made by the buyer in classical Roman Law”, *Fundamina*, vol. 20, nr. 1/2014, p. 3-14;
- J. Belda Mercado, „La obligación de garantía por evicción del comprador en el derecho romano clásico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nr. 8/2004, p. 119-140;
- M.-L. Belu Magdo, *Contractul de vânzare în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2014;
- M. D. Bob, *Obligația contractuală în dreptul roman cu trimiteri comparative la Codul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2015;
- M. D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2019;
- D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Volumul I. Vânzarea și schimbul*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2017;
- F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea. Schimbul*, ed. a 5-a, actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2017;
- I. Dobrinescu, „Metamorfozele proprietății și sistemul de drept neoroman”, *Dreptul* nr. 5/2020, p. 28-55;
- I. Dobrinescu, „Dreptul de proprietate: între individualism și colectivism”, *Dreptul* nr. 8/2020, p. 11-33;

- R. Duminică, D. Iancu, „Quelques considérations sur l'éviction en droit comparé”, *Revista Drept – Series Iurisprudentia*, Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia, nr. 12/2009, p. 122-128;
- D. A. Gidro, „Acțiunea directă a subdobânditorului împotriva primului vânzător în contextul noului Cod civil”, *Revista Română de Drept Privat* nr. 6/2015, p. 87-98;
- P. F. Girard, *Mélanges de droit romain, I. Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, Recueil Sirey, Paris, 1923;
- G. Guilda, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, Jovene Editore, Napoli, 2013;
- V. Hanga, *Mari legiuitori ai lumii: Hammurabi, Iustinian, Napoleon*, Ed. Lumina Lex, București, 1994;
- V. Hanga, „Răspunderea juridică în Legea celor XII Table”, *Studii de drept românesc* vol. 8 (41), nr. 3-4/1996, p. 261-273;
- C. Hochart, *La garantie d'éviction dans la vente*, L.G.D.J, Paris, 1993;
- J. Macqueron, *Histoire des obligations. Le droit romain*, Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence, 1971;
- A. Magdelain, „L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain”, în *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Publications de L'École Française de Rome, Roma, 1990, pp. 713-752;
- Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului de proprietate prin vânzare. Studiu de drept comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014;
- I. Popa, *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, ed. a 2-a, Universul Juridic, București, 2008;
- I. Popa, *Contracte civile. De la teorie la practică*, ediția a 2-a, Ed. Universul Juridic, București, 2020;

- R. Popescu, „Efectele obligației de garanție în cazul evicțiunii consumate în reglementarea noului Cod civil,” *Revista Universul Juridic* nr. 6/2015, p. 36-47;
- I. Sferdian, „Efectele bunei-credințe asupra garanției ascendente pentru evicțiune”, postat în 20.04.2017, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/506265/efectele-bunei-credinte-asupra-garantiei-ascendente-pentru-evictiune.html>, consultată în 30.10.2020;
- V. Stoica, E. Garjau, „Practical notions regarding the contractual provision of the warranty against the eviction of selling contracts”, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, nr. 2/2018, p. 85-91;
- C. Toader, *Evicțiunea în contractele civile*, Ed. All Beck, București, 1997;
- S. A. Vernea, „Warranty Against Eviction in Roman Law: A Conventional or Legal Obligation?”, în *Social Economic Debates*, vol. 3, nr. 1/2014, p. 66-71;
- M. Vols, A. Belloir, S.M. Hoffmann, A. Zuidema, „Common Trends in Eviction Research: A Systematic Literature Review”, *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, nr.29, 2019, p. 23-78.

STUDII

BEMERKUNGEN ZUM VERHÄLTNIS
ZWISCHEN DEM ALLGEMEINEN TEIL DES
PRIVATRECHTS (ZIVILRECHTS) UND DER
TRADITION DES RÖMISCHEN RECHTS

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.10
Data publicării online: 16.03.2021

Gábor HAMZA^{1*}

REMARKS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN
THE GENERAL PART OF PRIVATE LAW (CIVIL
LAW) AND THE TRADITION OF ROMAN LAW

Abstract: The author of this study traces back the origin of the notion of "General Part"(Allgemeiner Teil in German) to the century's old tradition of Roman law (Civil law). He points out that the origin of the term "General Part" cannot be found in the sources of classical and postclassical Roman law. The most renowned representatives of the German Pandectist School *i.e.*, Pandectist Legal Science developed the concept of "General Part" during the preparation of the codification of

* Dr. iur. DDr. h.c., Universitätsprofessor, ordentliches Mitglied der Ungarischen Akademie der Wissenschaften (MTA) Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät Universität "Eötvös Loránd" (ELTE) Budapest,; gabor.hamza@ajk.elte.hu. (Hamza Gabor: *profesor emeritus* de Drept Roman, Facultatea de Drept, Universitatea „Eötvös Loránd” din Budapesta, membru al Academiei Ungare de Științe, gabor.hamza@ajk.elte.hu).

private (civil) law during the 19th century availing themselves, however, of the Roman law tradition dating back to the previous i.e. medieval legal science.

Keywords: General part, Roman law, German Pandectist School.

1. Das Pandektensystem bzw. die Pandektenstruktur, genannt mit anderen Worten auch Pandektensystematik, ist bekanntermaßen das Ergebnis eines Jahrhunderte lange dauernden Entwicklungsprozesses, der zur Zeit der Glossatoren begann und erst im XIX. Jahrhundert zu Ende ging. Nach der Wiederentdeckung des *ius Romanum* des justinianischen *Corpus Iuris Civilis* d.h. der justinianischen Kompilation bzw. Kodifikation in der Digestenhandschrift (der sog. Florentinischen Handschrift, *Codex Florentinus* oder *Littera Florentina*) setzte im Laufe des XII. Jahrhunderts eine intensive und fruchtbare wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Quellen des römischen Rechts (*fontes iuris Romani*) an dem *Studium generale* von Bologna ein.

Das wissenschaftliche System der Glossatoren und der Kommentatoren (genannt auch Postglossatoren) war noch immer das von Gaius (im zweiten nachchristlichen Jahrhundert) und den Kompilatoren von Kaiser Justinian I. (527-568) ausgearbeitete („entworfene“) bzw. entwickelte Institutionensystem, in dessen Rahmen vor allem das Recht der Personen (*personae*), weiterhin das Recht der Sachen (Vermögensrecht = *res*) und letzten Endes das Recht der Aktionen (Prozessrecht = *actiones*) erörtert wurden.

Im Hinblick auf das Prozessrecht verweisen wir darauf, dass die klassische d.h. griechisch-römische Antike für den Begriff „Prozeß“ keinen eigenen Terminus technicus entwickelt hat. In der lateinischen Sprache die Wörter *procedere* und *processus* hatten nur in der Umgangssprache eine

Rolle. Diese Wörter (das Hauptwort und das Verb) hatten die Bedeutung wie etwa „Vorgehen“. Später konnten diese Wörter im Sinne eines „Verfahrens“ und einer „Handlungsweise“ interpretiert werden. Die Termini (Wörter) *actio*, *iudicium* und *lis* hatten auch nicht die Bedeutung des „Prozeßrechts“ im technischen Sinne.

Bartolus de Saxoferrato (1313-1357)² und Baldus de Ubaldis (1319/1327-1400), die bekanntesten bzw. berühmtesten Kommentatoren („Postglossatoren“), haben aber die Kategorie der *res* nicht mehr eindeutig anerkannt. Ihrer Ansicht nach zerfiel diese Kategorie in zwei Teile: *iura in re* einerseits und *iura ad rem* andererseits. Zur ersten Kategorie gehörten das *dominium* und das *quasi dominium*, zur zweiten die Obligationen (Verbindlichkeiten) (*obligationes*). An dieser Stelle soll auf den Umstand verwiesen werden, dass die praxisorientierte Methode der Kommentatoren („Postglossatoren“) zur Ausbildung eines umfangreichen Prozessrechts (*ius processuale*) führte.

Die oben erwähnten Termini *technici* bzw. Rechtsbegriffe wurden von dem bekannten Humanisten Johann Apel (1486-1536) zur Begründung einer neuen Kategorisierung bzw. Systematisierung angewendet. Die Begriffe des Sachen- und Obligationenrechts sind vor allem auf seine wissenschaftliche Tätigkeit zurückzuführen. Diese zwei Teile des Vermögensrechts (*ius patrimoniale*) wurden aber in der frühen „Pandektenwissenschaft“ erst seit der Mitte des XVII. Jahrhunderts ausgebildet.

² Im Hinblick auf die Bedeutung des Oeuvre von Bartolus de Saxoferrato siehe aus der umfangreichen neueren Sekundärliteratur M. Bellomo: *Geschichte eines Mannes: Bartolus von Sassoferrato und die moderne europäische Jurisprudenz*. In: *Jahrbuch des Historischen Kollegs* 1995. München. S. 31-44.

2. Der Begriff *negotium* (*negotia*) wird im Sinne „rechtsgeschäftliche Tätigkeit“ – keineswegs aber im Sinne des „Rechtsgeschäfts“ im technischen Sinne – zum ersten Male von Johannes Althusius (1557/1563-1638) verwendet. Bei Althusius kommt weder in seinem Werk *Iurisprudentia Romana, vel potius iuris Romani ars, duobus libris comprehensa et ad leges methodi Romae conformat* aus dem Jahre 1586 (siehe auch die späteren Auflagen des Werkes) noch in seinem Werk *Dicaeologicae libri tres, totum et universum ius quo utimur methodice complectentes* (1617) der Terminus *technicus negotium iuridicum* vor.

Daniel Nettelblatt (1719-1791), der in Marburg und in Halle die Vorlesungen von Christian Wolff hörte, ist „Urheber“ des *negotium iuridicum*, der freilich auf der *facta*-Lehre – unter anderem – des Althusius aufbaut. Johannes Althusius spricht nur von "negotia" im Sinne der „rechtsgeschäftlichen Tätigkeit“ („*negotia gerere*“).³

In der Sekundärliteratur – unserer Ansicht nach mit Unrecht – schreibt man manchmal, wenn auch nicht eindeutig, im Hinblick auf das „negotium“ von Johannes Althusius vom „Rechtsgeschäft“ im technischen Sinne. Die Ungenauigkeiten der englischen bzw. englischsprachigen Rechtsterminologie (*legal terminology*) mögen dabei auch eine nicht zu unterschätzende d.h. beachtliche Rolle spielen.

³ Die zwei bedeutendsten Werke von Daniel Nettelblatt sind: *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis* und *Systema elementare universae jurisprudentiae positivae*. Beide Werke wurden im Jahr 1749 veröffentlicht.

Peter Stein (1926-2016) schreibt im Hinblick auf Johannes Althusius wie folgt: „Law is concerned with all kinds of dealing between parties, which he (sc. Johannes Althusius G. H.) called *negotia*, transactions.”⁴

In seinem Buch „Roman Law in European History” schreibt Peter Stein folgendermaßen: „Emphasis is put on the notion of *Rechtsgeschäft*, which is essentially the *negotium* of Althusius, that is, any expression of the will by which a person intends to produce a change in his legal position.”⁵

Bekanntermaßen heisst „legal transaction” in der englischen Rechtsterminologie (*legal terminology*) „Rechtsgeschäft” obwohl einige Autoren eher den Terminus *technicus* entweder „juristic act” oder „juridical act” oder - sehr häufig - „legal transaction” verwenden.

Interessant und - unserer Ansicht nach - von nicht zu unterschätzendem Belang sind in dieser Hinsicht auch die Ausführungen von Michel Villey (1914-1988).⁶ Man könnte ebensowenig das Wort „*actio/nes*” bei Franciscus Connanus (1508-1551), dem Autor des *Commentariorum iuris civilis libri X*, im Sinne eines „Rechtsgeschäfts” (*negotium juridicum*) interpretieren. Der Umstand, dass die „*actio*” bei Franciscus Connanus nicht auf das Prozessrecht beschränkt bleibt, rechtfertigt keineswegs die Interpretation dieses Ausdrucks als „Rechtsgeschäft” im technischen Sinne des Wortes.

3. Heinrich Hahn (1605-1668), der namhafte deutsche Rechtsgelehrte („*jurisconsultus*“) hat in seinem bekannten Buch (Werk) *Dissertatio de iure*

⁴ Siehe P. Stein: *The Quest for a Systematic Civil Law. Maccabean Lecture in Jurisprudence. Proceedings of the British Academy* 90 (1996) S. 155.

⁵ Siehe P. G. Stein: *Roman Law in European History*. Cambridge, 1999. S. 123.

⁶ Siehe M. Villey: *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris, 1968. S. 588 ff.

rerum et iuris in re speciebus (Helmstedt, 1639) die Frage der Kategorisierung bzw. Systematisierung des Vermögensrechtes (*ius patrimoniale*) wieder in Vordergrund gestellt.

Seiner Meinung nach gibt es zwei Teile (*partes*) des Zivilrechts; und zwar das *ius reale* und das *ius personale*; das *ius reale* zerfällt wiederum in *ius in re* und *in ius ad rem*. Dem *ius in re* werden das Eigentum-, das Pfand-, Servituten d.h. Dienstbarkeiten-, Besitz- und Erbrecht zugeteilt und die *iura ad rem* werden – so wie früher – mit den Obligationen (Verbindlichkeiten) identifiziert. Die beiden Kategorien wurden von Heinrich Hahn strukturell dadurch auseinandergehalten, dass die dinglichen Rechte einen absoluten, die Obligationen (*obligationes*) hingegen einen relativen Charakter haben.

4. Die deutsche Historische Rechtsschule bzw. die Pandektistik oder Pandektenwissenschaft hat im Rahmen des ausserordentlich reichen wissenschaftlichen Oeuvre von Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) und Georg Friedrich Puchta (1798-1846) das sog. Pandektensystem und dessen „Allgemeiner Teil“ ausgebildet.

Die Wurzeln des „Allgemeinen Teils“ und die des Familienrechts sind im System des herausragenden Vertreters des Naturrechts, Samuel Pufendorf (1632-1694) zu suchen.⁷ Nach einer ausführlichen philosophischen Einleitung wurde von ihm das Recht einzelner Personen, weiterhin das Recht der höheren gesellschaftlichen Einheit, d. h. der Familie (demnach das Recht des Staates und letzten Endes das Recht zwischen Staaten: Völkerrecht, auf Lateinisch: *ius inter gentes*) erörtert.

⁷ C. Philipson: Samuel Pufendorf. In: *Great Jurists of the World*. (Ed. by Sir J. Macdonell and E. Manson.) Boston, 1914. (reprint: New Jersey, 1997). S. 305-344.

Im ganzen System ist die Teilung in Allgemeinen Teil und besondere Teile auf die Idee der Vertreter des Naturrechts (*ius naturale* oder *ius naturae*) Christian Wolff (1679-1754), Joachim Georg Darjes (1714-1791) und Daniel Nettelblatt (1719-1791) – die ebenfalls Schüler von Christian Wolff waren – (*pars generalis et specialis, iurisprudentia naturalis generalis et specialis*) zurückzuführen.

Erwähnung verdient auch Christoph Christian Dabelows (1768-1830) *System der gesamten heutigen Civilrechtsgelehrtheit*, in dem der Verfasser bei der Darstellung der Materie im Wesentlichen dem Pandektensystem folgt. Dieses Werk von Dabelow fängt mit dem „Allgemeinen Teil“ an.⁸

Die erste Auflage dieses Werkes veröffentlichte Christoph Christian Dabelow im Jahre 1794. Das *System der gesamten heutigen Civilrechtsgelehrtheit*, das im Jahre 1796 auch in einer zweiten Auflage publiziert wurde, bildete die Voraufgabe eines dreibändigen Hauptwerkes unter dem Titel *Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren* (Halle, 1816-1818).

In diesem großangelegten Werk versuchte Dabelow alle Rechtsmaterien zu vereinen. Man findet in Christoph Christian Dabelows *Handbuch des Pandecten-Rechts* das Privat- und Lehnsrechts (*ius feudale*) ebenso wie Prozessrecht und Kirchenrecht. Mit Rücksicht auf diesen Umstand kann Dabelow, neben – Daniel Nettelblatt, als Begründer eines „Allgemeinen Teils“ – als wesentlicher, „organischer“ Bestandteil des Pandektensystems betrachtet werden.

⁸ Hier verweisen wir darauf, dass Christoph Christian Dabelow vom Jahre 1791 in Halle (die sog. „Reformuniversität“ Halle wurde im Jahre 1694 gegründet) eine Professur innehatte. Nach der Auflösung der Universität Halle wurde er Professor in Dorpat (heute: Tartu in Estland).

Das moderne Pandektensystem wurde dem Wesen nach zuerst von Gustav Hugo (1764-1844), der Professor in Göttingen war, erarbeitet. Angesichts dessen, dass er aber in einer späteren Auflage seines Werkes von diesem System bzw. dieser Systematik in wesentlichen Punkten abwich, ist dieses System eigentlich erst in der ersten Auflage des Werkes *Grundriß eines gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandecten-Vorlesungen* vom Jahre 1807 von Georg Arnold Heise (1778-1851) zu finden.

Der „Allgemeine Teil“ des Pandektensystems bzw. dessen Inhalt ist zweifelsohne eine eigenständige Schöpfung der deutschen Pandektistik bzw. Pandektenwissenschaft. Das Recht der Personen und der Teil über den Rechtsschutz wurzeln zweifelsohne im römischen Recht (*personae* und *actiones*), während die Teile über die subjektiven Rechte und über die Theorie der Rechtsgeschäfte („Rechtsgeschäftslehre“) grösstenteils aus der Naturrechtslehre (*doctrina iuris naturae* oder *doctrina iuris naturalis*) stammen. Im Pandektensystem wird das Familienrecht autonom d.h. selbständig. Das Familienrecht trennt sich dementsprechend vom Personenrecht (*res personarum*).

Das Familienrecht wurde zum ersten Male auf Gesetzgebungsebene im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (PALR) als „autonome Rechtsmaterie“ behandelt. Die philosophischen Grundlagen der Autonomie des Familienrechts wurzeln in der naturrechtlichen Denkweise von Christian Wolff, die mit den sog. „konzentrischen Kreisen“ im Zusammenhang stehen.

5. Nach derartigen Vorläufern wurde das Pandektensystem in seiner Ganzheit von Georg Friedrich Puchta und Friedrich Carl von Savigny, der in Göttingen merkwürdigerweise *nie* die Vorlesungen von Gustav Hugo besuchte, ausgearbeitet.

Die Rechtsmaterie von Puchtas *Pandekten* zerfällt auf einen aus vier Teilen bestehenden Allgemeinen Teil, dann werden die dinglichen Rechte, die Obligationen, das Familienrecht und am Ende das Erbrecht erörtert. Der erste Abschnitt des Allgemeinen Teiles spricht „Von den Rechtsvorschriften“ (Die Lehre der Rechtsnormen), im zweiten werden die „Rechtsverhältnisse“, im dritten die Anwendung der Rechtsnormen und im vierten das Recht der Persönlichkeit („Die Rechte an der eigenen Person“) erörtert.

Zwei Jahre nach der Veröffentlichung Georg Friedrich Puchtas *Lehrbuch der Pandekten* (1838) fängt Friedrich Carl von Savigny den Allgemeinen Teil seines großangelegten, bahnbrechenden Werkes „System des heutigen römischen Rechts“ (I-VIII. Bde, Berlin, 1840-1849) an zu publizieren.

In diesem achtbändigen Werk wurde die Rechtsmaterie im Pandektensystem und zwar in seiner endgültigen Struktur (Systematik) dargestellt: a) Allgemeiner Teil, b) Sachenrecht, c) Obligationenrecht, d) Familienrecht und e) Erbrecht.

Das Prozessrecht bildete schon vom Gesichtspunkte der Pandektenwissenschaft her einen selbständigen d.h. autonomen Rechtszweig (auf Französisch: „branche du droit“, auf Englisch: „branch of law“).

6. Das Personenrecht wurde im Pandektensystem „aufgeteilt“. Der eine Teil des *ius personarum* befindet sich im Allgemeinen Teil, während einige Institute des Personenrechts im Rahmen des Familienrechts geregelt werden. Es soll betont werden, dass man die Idee der „Aufteilung“ (*divisio*) des Personenrechts bereits in den Werken von Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728) und Joachim Georg Darjes (1714-1791) findet.

7. Das von den Romanisten d.h. den Vertretern des römischen Rechts erarbeitete und konzipierte Pandektensystem wurde auch von vielen maßgeblichen Vertretern der germanistischen Richtung der Historischen Rechtsschule angenommen. Disbezüglich sei darauf verwiesen, dass Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), Georg Beseler (1809-1888) und Otto von Gierke (1841-1921) das einheimische germanische Recht, das *ius Germanicum* im Pandektensystem dargestellt haben.

Das Pandektensystem beeinflusste weiterhin auch die namhaften Vertreter des Handelsrechts, wie z. B. Heinrich Thöl (1807-1884). Das Gleiche bezieht sich auch auf einige renommierte Vertreter des öffentlichen Rechts (*ius publicum*) wie z. B. auf Paul Laband (1838-1918). Auch manche Vertreter des internationalen (öffentlichen) Rechts (Völkerrechts, *ius inter gentes*) benutzten das Pandektensystem, um die Rechtsmaterie in systematischer Form darzustellen.

AUSGEWÄHLTES SCHRIFTTUM

N. T. Gönner: Handbuch des deutschen gemeinen Prozessrechts in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigen Gegenstände. Bd. I. 1801.

M. Eschbach: Introduction générale à l'étude du droit. Paris, 1856.

J. Flach: Les glossateurs et les bartolistes selon Cujas. Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger mars-avril 7 (1883)

J. Flach: Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge. Paris, 1890.

P. Viollet: Histoire du droit civil. Paris, 1893.

E. Zitelmann: Der Wert eines «allgemeinen Teils» des bürgerlichen Rechts, *Grünhuts Zeitschrift* 33 (1906) S. 1-32.

A. B. Schwarz: Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 42 (1921) S. 578-610. (=Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. Von Dr. A. B. Schwarz. (Hrsg. von H. Thieme und F. Wieacker) Karlsruhe, 1960. S. 1-25.)

A. Esmain: *Histoire du droit français*. Paris, 1925.

W. Wilhelm: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main, 1958. S. 62-63.

A. J. G. Böhmer: *Einführung in das bürgerliche Recht*. 2. Aufl. Tübingen, 1965. S. 71.

J. Gilissen: *Introduction historique au droit civil*. Partie I: *Histoire des sources du droit*. Bruxelles, 1965.

K. W. Nörr: *Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius*. In: *Collectanea S. Kuttner I*. 1967. S. 327-343. (K. W. Nörr: *Iudicium est actus trium personarum*. 1993. S. 3-17.)

F. Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. Aufl. Göttingen, 1967.

Chr. Bergfeld: *Franciscus Connanus (1509-1551). Ein Systematiker des römischen Rechts*. Köln – Graz, 1968.

H. Coing: *Trois formes historiques d'interprétation du droit – Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse*. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, juillet-décembre 1970.

K. W. Nörr: *Naturrecht und Zivilprozeß: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*. Tübingen, 1976.

Pólay E.: *A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára*. (Die Pandektistik und ihr Einfluß auf die Wissenschaft des ungarischen Privatrechts). *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominata, Sectio Iuridica et Politica*, Szeged, 1976.

H. Coing: *Zum juristischen Prozeßbegriff*. In: *Historische Prozesse* (Hrsg. von K.-G. Faber – Chr. Meier) München, 1978. S. 365-373.

P. Ourliac: *Etudes d'histoire du droit médiéval privé*. Paris, 1979.

M. Lipp: *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*. Berlin, 1980.

D. Medicus: *Allgemeiner Teil des BGB*. München, 1982.

M. Boulet-Sautel: *Sur la méthode de la Glose*. *Annales des Facultés de Droit et de la Science Juridique* 2 (1985) S. 17-26.

A. Menezes Cordeiro: *Evolução juscientífica e direitos reais*. *Revista da Ordem dos Advogados* 45 (1985) S. 71-112.

P. Ourliac: *Histoire du droit français de l'an mil au Code civil*. Paris, 1985.

K. Röttgers: *Anmerkungen zum Ursprung des juristischen Prozeßbegriffs*. In: *Archiv für Begriffsgeschichte* 29 (1985) S. 117-125.

A. Gouron: *Droit et coutume en France au XII et XIII siècles*. Adershot, 1993.

F. X. Testu: *Les Glossateurs. Regards d'un civiliste*. *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1993. S. 279-303.

A. Lehmann: Nettelbladt und Dabelow als die eigentlichen Begründer eines allgemeinen Teiles. In: Festschrift für Dr. G. Maier zum 65. Geburtstag. 1994. S. 39-58.

M. Boulet-Sautel: L'exégèse, la glose et leurs corps de référence. *Droits (Revue Française de Théorie Juridique)* décembre 24 (1996)

P. Stein: The Quest for a Systematic Civil Law. Maccabean Lecture in Jurisprudence. *Proceedings of The British Academy* 90 (1996)

P. G. Stein: *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur.* Frankfurt am Main, 1997.

J. M. Carbasse: *Introduction historique au droit.* Paris, 1998.

A. Gouron: Bologne: un modèle inaccessible aux juristes européens du XIIe siècle ? In: *Droit romain, jus civile et droit français (sous la direction de J. Krynen)* Toulouse, 1999.

P. Stein: *Roman Law in European History.* Cambridge, 1999.

G. Hamza: *Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne.* Budapest, 2005.

J. Gaudemet: *Les naissances du Droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit.* (Éd. B. Basdevant et J. Gaudemet) Paris, 2006⁴.

G. Hamza: *The Classification into Branches of Modern Legal Systems and Roman Law Traditions / "La clasificación en ramas de los sistemas legales modernos y tradiciones del Derecho romano" /*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVII (2006) S. 443-472.

G. Hamza: *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition.* Budapest, 2009.

G. Hamza: *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*. Santiago de Compostela, 2013.

A. Földi – G. Hamza: *A római jog története és institúciói*. (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) 24. verbesserte und vermehrte Auflage, Budapest, 2020.

IN HONOREM

IN MEMORIAM PROFESORUL HANGA

Data publicării online: 15.03.2021

Ștefan HERCHI*

Nu întâmplător am utilizat acest apelativ în titlul textului pe care l-am închinat memoriei marelui profesor care a fost Vladimir Hanga. Noi studenții în spuneam pur și simplu Hanga. Era datorat faimei, spaimei cu care ne pregăteam de examenul de drept roman ? Greu de spus. Dar așa mi-a rămas în memorie ca și HANGA, cu litere mari.

Intrând la Facultatea de drept a Universității Babeș-Bolyai am avut parte de o pleiadă de profesori de excepție. Și nu o spun doar pentru că așa se obișnuiește. Efectiv am beneficiat de sprijinul unui corp profesoral deosebit. Este suficient să amintesc doar pe câțiva, într-o ordine întâmplătoare - pentru a adevăra aceste spuse. Ioan Gliga - față de care am o recunoștință aparte fiind conducătorul meu de doctorat -, Matei Basarab, Oliviu Stoica, Gheorghe Boboș, Ilie Iovănaș, Ioan Deleanu, Marțian Niciu, Ioan Zinveliu și alții, nesocotindu-i pe cei care încă sunt în viață și reprezintă deasemenea o

* Lector Dr. Facultate de Drept, Universitatea din Oradea, avocat în Baroul Oradea stefan.herchi@gmail.com.

generație de aur de dascăli nu numai în materia dreptului ci și a vieții în general.

Anul întâi este un an menit să te dezmeticească din euforia luării unui examen de admitere deosebit de dificil - două examene scrise și trei orale - la o concurență de 18 pe un loc din cele 36 scoase la concurs. Materii dificile de care nici nu auzisem anterior decât întâmplător, un sistem necunoscut de evaluare și apreciere a rezultatelor, constituiau tot atâtea necunoscute și deci trepte de trecut.

În acest context am luat cunoștință cu profesorul Hanga care în ciuda faimei mai degrabă înfricoșătoare (cum ni-l prezentau cei din anii mai mari) de care se bucura, s-a dovedit o persoană deosebit de agreabilă. Acest lucru nu înseamnă că nu era exigent - mai ales la examene. O personalitate pentru mine uluitoare, de o largă cultură umanistă, avea un discurs care te zăpăcea prin bogăția trimiterilor, a parantezelor și a citatelor latinești pe care le turuia cu o viteză deosebită. Era o încântare să-l asculți la cursuri, cu condiția să nu te gândești la ce te așteaptă la examen pentru că pretențiile chiar dacă nu erau atât de mari, dar erau însemnate.

Ceea ce m-a atras poate cel mai mult, a fost iubirea, pasiunea pe care profesorul Hanga o manifesta față de dreptul roman. O manifesta public, fără reținere și cu mare bucurie. Era pur și simplu îndrăgostit de acest domeniu. Patosul cu care cita din memorie din clasicii dreptului roman - faimoșii jurisconșulți ai epocii republicane și mai apoi ai imperiului - nu putea să nu te atragă. Compararea unor instituții ale dreptului roman cu cele din epoci ulterioare, explicațiile savante pe care le dădea, constituiau tot atâtea delectări intelectuale cărora cu greu li te puteai sustrage.

Nu este deci întâmplător faptul că pe lângă însușirea aspectelor privind evoluția dreptului roman, a instituțiilor acestuia, în mintea

studentului de atunci să se nască o admirație nețărmurită față de acest monument al capacității umane de a crea ceva peren și admirabil în același timp. Pentru că acesta este dreptul roman. Toate marile sisteme de drept de tip european, inclusiv cel anglo-saxon, au la bază dreptul roman. Nu întâmplător obișnuiesc să le spun studenților mei că practic avem două instituții bilenare și care au supraviețuit numeroaselor avataruri prin care au trecut: biserica catolică și dreptul roman. Acest lucru spune ceva și anume faptul că cel puțin în materia dreptului roman discutăm despre valori, valori general umane acceptate ca atare pe întreg globul.

Și pentru a încerca o paralelă între specializarea spre care m-am aplecat - a dreptului internațional - și a dreptului roman, chiar dacă ea pare îndrăzneată, merită să menționăm câteva aspecte.

Chiar dacă pentru romani, toate celelalte populații au fost barbare, iar dreptul roman se aplica exclusiv cetățenilor urbei, valorile promovate, instituțiile inventate au constituit tot atâtea instrumente de reglare a structurilor sociale și politice încât cu greu puteai face abstracție de ele. Ca atare, acești barbari, cu forța sau de bună-voie și-au însușit acele cunoștințe minimale din dreptul roman care le foloseu în relațiile cu puterea Romei. Practic dreptul roman a devenit un punct de referință în ceea ce privește aplicarea inclusiv a statutelor locale - zise barbare - servind astfel la soluționarea a numeroase spețe cu care locuitorii, comercianții mai ales ai epocii de după căderea Imperiului Roman, se confruntau. Nu este întâmplător că multe secole după dispariția Imperiului Roman, marile monumente ale dreptului roman - digestele, pandectele, celelalte culegeri de texte și spețe ale jurisconsultilor Romei (inclusiv de răsărit până la Justinian) - au stat la baza soluțiilor date în procesele acelor vremuri. Glosatorii, postglosatorii, utilizau aceste texte căutând răspunsuri și soluții pentru problemele clienților lor. Ca

atare aceste instituții s-au perpetuat, fiind mult mai evaluate ca reglementare socială decât statutele populațiilor care s-au stabilit pe teritoriul fostului Imperiu Roman. Perfecționate și adaptate condițiilor sociale și economice noi, ele au ajuns până în zilele noastre când Codul civil napoleonian le-a consacrat în forma modernă actuală.

Chiar dacă pentru romani, toți străinii erau barbari și mult timp, ei nu au dorit să reglementeze situația juridică a străinilor din cetatea eternă, până la urmă au ajuns la concluzia că situația acestora nu se poate rezolva doar prin simpla luare sub protecție de către un cetățean - similar cetăților grecești - ci se impune o reglementare juridică a situației acestora. Astfel, s-a născut instituția pretorului peregrin menit să soluționeze aspectele litigioase dintre cetățeni și cei domiciliați (cu reședința am spune noi azi) în Roma dar care deși erau oameni liberi nu erau cetățeni romani. Ulterior aceste reglementări s-au extins și asupra străinilor de Roma dar care din motive comerciale sau de altă natură intrau în relații cu cetățenii. Ori după prăbușirea Imperiului, se punea problema normelor aplicabile. pe de o parte aveam *jus civile* dar care se aplica doar cetățenilor - chiar dacă toți locuitorii imperiului primiseră până la urmă cetățenia - iar pe de alta aveam *statutele barbare* legislația proprie popoarelor care s-au stabilit pe teritorii care anterior făcuseră parte din Imperiu. Francii, longobarzii, avarii, goții, ostrogoții, vizigoții, s-au așezat pe aceste teritorii, temporar sau definitiv și în raporturile pe care le aveau cu foștii cetățeni romani, reclamau să li se aplice propriile lor reguli. În același timp, cetățenii solicitau aplicarea vechiului drept civil roman. Iată de ce juriștii epocii - cunoscuți apoi în literatura juridică de specialitate ca și glosatori și postglosatori - făceau note, comentarii pe marginea textelor la care am făcut referire mai sus.

Aceste glose au generat, în urma unei aplicări repetate și constante, pe cale cutumiară, la soluții care au dus la apariția principiilor cunoscute de dreptul actual. Teritorialitatea legii, personalitatea legii, sunt două principii inventate dacă putem utiliza acest termen, de către glosatori chiar dacă ele se aplicau și în epoca romană. Astfel, principiul personalității legilor se reflecta în împrejurarea că *jus civile* se aplica exclusiv cetățenilor Romei. Așa a apărut, în epoca modernă, dreptul internațional privat, ca un sistem de norme juridice menite să soluționeze conflictele de legi, conflictele de jurisdicții precum și anumite aspecte privind cetățenia.

În ceea ce privește dreptul internațional public, el practic nu exista în epoca Romei republicane sau imperiale. Statul roman nu accepta ca egale alte state pe care le privea doar - eventual - ca și aliați vremelnici. Ca atare tratatele sau înțelegerile încheiate de Roma cu alte state sau alți șefi de stat (este un termen pretențios pentru a denumi satrapii și monarhii absoluți ai epocilor în cauză) erau vremelnice și menite ca Roma să câștige timp pentru o cucerire ulterioară. Este adevărat că unele cutume antice se mai păstrau - instituția solilor, a trimișilor diplomatici am spune noi azi) dar ele nu erau decât câteva reminiscențe perpetuate prin obicei.

Evident că reflectând o societate mult mai evoluată, dreptul roman a avut câștig de cauză în fața acestor legislații - dacă termenul nu este prea exagerat - ale popoarelor migratoare. Astfel, el s-a transmis posterității servind ca bază, fundament pentru legislațiile moderne contemporane.

Acesta a fost marea lecție de fapt pe care profesorul Hanga ni l-a lăsat. Legislația unui stat, inclusiv modern, nu se poate edifica pe un teren virgin, lipsit de orice antecedente. Trebuie o bază teoretică, o bază practică, chiar cutumiară, care să constituie un fundament pe care să se ridice un sistem juridic eficient. Dreptul roman este tocmai un astfel de fundament. marile

instituții ale dreptului roman, indiferent că discutăm despre dreptul public - definirea *rei publice* - sau privat referitoare la proprietate, căsătorie, etc. constituie tot atâtea exemple care atestă preocuparea romanilor de a edifica un sistem juridic coerent care să reglementeze în amănunt toate aspectele vieții. Și ne-a mai lăsat o moștenire. Legislația nu este una imuabilă, ea se dezvoltă, se modifică în funcție de nevoile sociale, economice sau politice. Așa s-a întâmplat și cu dreptul roman care a evoluat, s-a perfecționat definind în mod real nevoile sociale contemporane.

Un ultim aspect care considerăm că reflectă tot personalitatea deosebită a profesorului Hanga, este poate surprinzător. Deja în anul patru, făceam cu profesorul Hanga un curs de organizatii internaționale. Nu ne mai trata de studenți ca în anul I la drept roman, ci de colegi. La un curs ne-a mărturisit că învață - la cei circa 60 de ani pe care îi avea - a șaptea limbă străină. Eram foarte curioși ce anume limbă este aceasta pentru că știam că vorbește pe lângă engleză, germană, limbile clasice - greaca și latina - și evident rusa. Ei bine era limba franceză. Ce alte limbi mai vorbea pentru a ajunge la numărul șase a rămas pentru noi un mister.

Iată ce personalitate multiplă, acaparatoare în sensul bun al cuvântului era profesorul Hanga. Am ajuns să prețuim cu adevărat învățămintele dobândite de la acesta odată cu intrarea noastră în câmpul muncii - cum se spunea pe vremurile acelea - și în măsura în care am reușit sau nu să le dăm mai departe este o problemă la care pot răspunde foștii noștrii studenți, cei cărora am încercat să le insuflăm măcar o parte a entuziasmului și iubirii față de drept a profesorului Hanga.

Lector Dr. Ștefan Herchi

Universitatea din Oradea, Facultate de Drept

STUDII

EFECTELE PARTAJULUI ÎN NOUL COD CIVIL ROMÂN: O (R)EVOLUȚIE?

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.11
Data publicării online: 16.03.2021

Dragoș ISACHE*

Rezumat: Indiviziunea și partajul aveau nevoie, în 2011, de o revizuire. Legiuitorul nu a făcut însă multe în această privință. A preluat din soluțiile jurisprudenței regulile privind administrarea indiviziunii (în sens larg) și a construit, sumar, un regim legal, care, în niciun caz, nu poate satisface nevoile economice și sociale ale coindivizorilor. Iar, posibilitatea încheierii unui contract de administrare rămâne într-un plan teoretic foarte îndepărtat de realitățile practice, unde un astfel de acord între coproprietari este inexistent. Se pare, totuși, că atitudinea ostilă sau, oarecum, indiferentă, față de indiviziune încă mai există. Partajul – locul unde coproprietarii pun capăt indiviziunii – era al doilea punct unde se impuneau modificări. În 1864, legiuitorul a preluat efectul declarativ al partajului din dreptul francez, fără o analiză a consecințelor acestuia în plan economic. Familiile erau protejate, dar terții titulari ai unor drepturi reale asupra bunului comun erau sacrificați. Prin aceasta, indiviziunea era inatractivă și nedorită. Legiuitorul din 2011 a identificat corect problema și a oferit soluția – ce fusese adoptată de legiuitorul francez încă din 2006, chiar sub imperiul efectului declarativ - unei subrogații reale cu titlu particular: strămutarea garanției asupra bunului atribuit. Aceasta era suficientă pentru ca drepturile creditorilor garantați să fie menținute în toate cazurile. Prin aceasta, s-a asigurat și dreptul fiecărui coproprietar de a dispune deplin și eficient de dreptul său de coproprietate. Mai era nevoie de vreo schimbare în această privință? Se pare că nu. Cu toate acestea, legiuitorul din 2011 a decis, într-un mod neașteptat, să renunțe la ficțiunea efectului declarativ. Ce a pus în loc? Efectul

* Doctorand UBB Cluj-Napoca, notar public în CNP Bacău și formator la Institutul notarial român, dragos_isache@yahoo.com.

translativ din dreptul roman? Nu! A imaginat un nou efect al partajului: efectul constitutiv. Șocul schimbării a fost receptat, în primul rând, în plan psihologic. În acel moment, ficțiunea efectului declarativ corespundea unei percepții psihologice potrivit căreia moștenitorii țineau bunurile direct de la defunct și care era foarte bine consolidată după peste 140 ani de domnie. Așa cum ficțiunea efectului declarativ – în definitiv, o regulă născută conjunctural – generase numeroase dezbateri timp de câteva secole și noul efect constitutiv al partajului a fost cu greu acceptat de practica notarială. Cauza? Temerea că noile consecințe ale efectului constitutiv se vor ciocni de regulile imperative ale regimului matrimonial comunitar, în cazul partajantilor căsătoriți la data partajului. Într-adevăr, orice regim matrimonial comunitar este apt să absoarbă în masa bunurilor comune orice bunuri achiziționate sau dobândite cu titlu oneros de oricare dintre soți. Dar, dreptul de coproprietate al partajantului avea natura unui drept propriu. De altfel, întreg partajul avea loc pe tărâmul disputării unor drepturi proprii ale partajantului căsătorit. Doctrina s-a mărginit în a anunța introducerea efectului constitutiv, fără a construi o analiză amănunțită a efectelor acestuia și în planul regimurilor matrimoniale. În ceea ce ne privește, am propus, la început, o analiză exhaustivă a consecințelor efectului translativ și declarativ al partajului. Scopul a fost de a identifica natura juridică „firească” a partajului, adică constantele acestuia. Apoi, am demonstrat că efectul constitutiv trebuie interpretat și aplicat unitar. În primul rând, partajul produce un efect înlocuitor. Cota parte este înlocuită de un drept de proprietate exclusivă. Este firesc astfel ca dreptul de proprietate exclusivă dobândit de fiecare partajant să aibă natura juridică a cotei-părți pe care o înlocuiește. În planul regimului matrimonial comunitar, este vorba de un bun propriu al partajantului căsătorit. Apoi, în cazul partajului cu sultă – care este apt să genereze cele mai multe controverse - am arătat că această modalitate de împărțeață nu degenerază partajul în două acte juridice: partaj și vânzare. Nici partajantul care plătește sulta nu cumpără nimic, nici partajantul care primește sulta nu vinde nimic. Nici legiuitorul nu autorizează o astfel de idee, mai ales că acum ne aflăm pe tărâmul efectului constitutiv, unde este exclusă ideea unui schimb între partajanți. Efectul constitutiv al partajului cu sultă trebuie să fie aplicat unitar. Pentru partajantul căsătorit, aceasta nu constituie o achiziție cu titlu oneros. De altfel, obligația de plată a sultei reprezintă o obligație de a da care are natura juridică a unei obligații proprii. Numai executarea acesteia este făcută prin folosirea unor fonduri comune ale soților. Iar dobândirea majorată a bunului nu reprezintă o achiziție, ci este făcută în același spirit al efectului înlocuitor al cotei-părți.

Cuvinte cheie: partaj, efecte, efect constitutiv, efect declarativ.

SETTLEMENT'S EFFECTS IN THE NEW ROMANIAN CIVIL CODE: A (R)EVOLUTION?

Abstract Joint possession and settlement needed revival in 2011, yet the Legislator did not do much about it. It took from jurisprudence the regulations regarding joint possession (in the broad sense) and simply built a legal regime that in no way can satisfy the economic and social needs of joint holders. And the possibility to enter a management agreement remains in a very theoretical level that is far from practical reality, where such an agreement between joint owners does not exist. Settlement – the place where joint owners end their joint possession – was the second item that required modifications. In 1864, the Legislator took the declarative effect of settlement from French law without an analysis of its consequences on the economic level. Families were protected, but third parties, holders of real rights on the joint goods were sacrificed. This made settlement unattractive and unwanted. In 2011 the Legislator correctly identified the problem and offered the solution – that had been adopted by the French legislator since 2006, even under the rule of the declarative effect – a real subrogation with a particular title: resettlement of the guarantee on the assigned goods. This is sufficient for the rights of guaranteed creditors to be maintained in all cases. With this, the right of each joint owner to fully and efficiently use his joint ownership right was insured. Was another change in this area needed? Apparently not. Nevertheless the Legislator unexpectedly decided in 2011 to renounce the fiction of the declarative effect. What did it replace it with? The translative effect of Roman law? No! It imagined a new effect of settlement: the constitutive effect. The shock of the change was mainly felt psychologically. At that time, the fiction of the declarative effect corresponded to a psychological perception according to which the heir held the goods directly from the deceased, perception that was well grounded after more than 140 years of existence. Just as the fiction of the declarative effect – in fact a rule born out of conjunction – generated numerous debates over centuries, the new constitutive effect of settlement was had to accept in notary practice. The cause? The fear that the new consequences of the constitutive effect will conflict with the imperative rules of the community of goods in the case of settlement parties who were married on the settlement date. Indeed, any community matrimony regime is able to absorb in the settlement estate any goods purchased or obtained with onerous title by any of the spouses. But, the joint ownership right of settlement was that of an own goods. Moreover, the whole settlement was disputing own rights of the married settlement party. The doctrine limited itself to announcing the introduction of the constitutive effect without building a detailed analysis of its effects on the matrimony regimens. On our part, we suggested, at first an exhaustive analysis of the consequences of the translative and declarative effect of settlement. The purpose was to identify a ‘natural’ legal side of settlement that is its constants. Then we proved that the constitutive effect should be unitarily interpreted and applied. First of all, settlement produces a replacing effect. The share is replaced with an exclusive

ownership right. It is natural that the exclusive ownership right obtained by each settlement party has the legal nature of the share it replaces. In the marital community field, this is an own goods of the married settlement party. Then, in case of settlement with allowance – that is expected to generate even more controversies – we have shown that is division does not degenerate settlement in two legal acts: settlement and sale. The settlement party who paid the allowance does not purchase anything; the settlement party receiving the allowance does not sell anything. The Legislators does not authorize such an idea, especially now that we are on the realm of the constitutive effect, where the idea of an exchange between settlement parties is excluded. The constitutive effect of settlement with allowance should be unitarily applied. For the married settlement party, the payment of the allowance represents an obligation to give that has the legal nature of an own obligation. Only its execution is carried out by using common funds of the spouses. And the increase acquiring of the goods is not a purchase in itself as it is made in the same spirit of the replacement effect of the share.

Keywords: settlement, effects, constitutive effect, declarative effect.

Cuprins

I.	Introducere.....	419
II.	Istoria efectelor partajului – de la efectul translativ la ficțiunea efectului declarativ	421
A.	Parcursul istoric al nașterii ficțiunii efectului declarativ.....	422
	1.Epoca romană	422
	2.Epoca feudală franceză.....	426
	3.Codul civil Napoleon	430
B.	Consecințele efectului declarativ al partajului	431
C.	Efectul declarativ și efectul retroactiv al partajului	435
D.	Actele asimilate partajului în sistemul efectului declarativ	437
III.	Viziunea legiuitorului din 2011.....	439
A.	Problema de rezolvat	439
B.	Înlocuirea obiectului garanției	440
C.	Problema altor drepturi constituite de un partajant în timpul indiviziunii	442
D.	Problema modalităților care ar afecta dreptul de coproprietate.....	444
E.	Efectul constitutiv al partajului – o naștere sui generis și o înlocuire.....	444
F.	Natura juridică a bunurilor atribuite în cadrul partajului din perspectiva regimurilor matrimoniale comunitare	451

I. Introducere

Orice demers legislativ – fie că este o noutate, fie că aduce cu sine o schimbare - corespunde unei nevoi. Este răspunsul legiuitorului la o necesitate socială, pe care vine să o încadreze normativ. Fie dă naștere unui raport juridic, fie îl corectează.

În ce consta nevoia de schimbare în materia partajului în anul 2011? Legiuitorul de la 1864 imaginase – prin imitație – din considerente de utilitate

practică¹ – un efect al partajului diferit de ceea ce ar fi trebuit să fie efectul său natural, translativ – așa cum acesta fusese anterior prezent în dreptul roman. Dar, efectul declarativ era departe de a fi perfect. El rezolva o problemă punctuală, dar – în alt plan – făcea (și mai) inatractivă coproprietatea. În discuție, erau pe de-o parte interesele moștenitorilor – sau, liniștea familiilor - și, pe de altă parte, interesele terților. Or, în 1864, interesele acestora din urmă au fost sacrificate. Cum efectul declarativ putea șterge dintr-o dată, ca un burete, actele consimțite de un moștenitor cu privire la cota sa parte sau cu privire la bunul comun, atenția legiuitorului era firesc să se fi îndreptat înspre identificarea unei soluții care să dea eficiență deplină dreptului de coproprietate. Un moștenitor care se vedea nevoit – de circumstanțele acestei stări – să se abțină să constituie drepturi reale asupra cotei sale succesoriale – avea două soluții: fie încerca, alături de ceilalți, să administreze bunurile comune, fie punea radical capăt indiviziunii, pentru a putea apoi dispune deplin de bunurile atribuite. Nici faptul că putea înstrăina cota sa indiviză nu trezea niciun interes pentru terți, căci aceștia s-ar fi găsit în aceeași situație. Moștenitorii erau singurii cocontractanți viabili – într-un cuvânt, partajul sau restrângerea indiviziunii ! Nu putea, oare, să fie găsită o soluție intermediară, care să-i permită să dispună eficient de cota sa indiviză, fără ca terții să-și vadă drepturile dobândite de la acesta nimicite la partaj și fără ca acesta să fie împins atât de brutal spre ieșirea din indiviziune?

Din această perspectivă, intervenția legiuitorului din 2011 era oarecum așteptată.

În cele ce urmează, ne propunem să readucem din istorie efectul declarativ al partajului – care s-a instalat atât de firesc în lumea juridică timp

¹ Lupta împotriva fiscalității feudale a rămas în istorie drept motivul principal pentru care a luat naștere – conjunctural - efectul declarativ.

de secole – pentru a vedea, pe de-o parte, ce probleme rezolvase acesta la momentul nașterii ficțiunii și, pe de altă parte, ce probleme lăsase nerezolvate și cărora trebuia să li se găsească o soluție.

II. Istoria efectelor partajului – de la efectul translaticiv la ficțiunea efectului declarativ

Până în 2011, partajul – indiferent de sursa indiviziunii - a avut în dreptul românesc un efect declarativ drepturi. Acesta fusese imaginat fictiv încă din secolul al XVI-lea în legislația cutumiară franceză. Efectul declarativ a fost preluat apoi de legiuitorul francez în codificarea de la 1804² și de cel român de la 1864, contrar dispozițiilor din vechile legiuri privind efectul atributiv al partajului³. Altfel spus, partajul era declarativ de proprietate !

Dar, caracterul veritabil, adevărat și logic al partajului, ale cărui baze fuseseră puse în dreptul roman, era de contract translaticiv de drepturi. Faptul că efectul declarativ reprezenta o ficțiune legală – un nonadevăr - precum și temeiurile care au stat la baza instituirii acestei ficțiuni, erau îndeobște cunoscute de doctrina românească⁴.

² Codul civil belgian, care are drept model Codul Napoleon de la 1804, a menținut ficțiunea efectului declarativ al partajului și în urma reformei dreptului succesoral din 31 iulie 2017.

³ N. Titulescu, *Împărțeala moștenirilor*, București, Editura Librăriei Leon Alcalay, 1907, p. 29. Legiuirea Caragea nu conținea dispoziții privind efectul partajului, dar, în mod cert, acesta nu avea efect declarativ, căci o atare ficțiune ar fi trebuit să fie prevăzută expres (Partea a III, Cap.XIII). Codul Calimach statua că „împărțeala moștenirii are putere de cumpărare” (art.1092 – „Făcându-se împărțala moștenirii după pomenitul chip și luând fieștecările moștenitoriu partea cuvenită lui, se face desăvârșit proprietar a ei, socotindu-se ca și un cumpărătoriu pentru că împărțala moștenirii are putere de cumpărare”).

⁴ N. Titulescu, op.cit., 1907, p. 17; M. Eliescu, *Transmisiunea și împărțeala moștenirii în dreptul RSR*, Editura Academiei RSR, București, 1966, pp. 282-287; T. Carabașiu, *Partajul*, Editura „Muntenia” Constanța, 1997, pp. 292-297. Alți autori nu au (mai) insistat asupra

Cum și de ce a ajuns partajul să aibă efect declarativ și în ce consta efectul translativ? Un parcurs istoric ne va devoala istoria formării principiului efectului declarativ, dar și natura juridică reală a contractului de partaj.

A. **Parcursul istoric al nașterii ficțiunii efectului declarativ**

1. Epoca romană

În dreptul roman, partajul era translativ de drepturi. Când un partajant devenea proprietar exclusiv asupra bunului indiviz ce îi fusese atribuit, se considera că ceilalți copartajanți îi cedaseră cotele lor indivize, respectiv că acesta le cedase cota sa indiviză asupra bunurilor care erau atribuite în exclusivitate acestora. În esență, între partajanți avusese loc un schimb⁵, iar schimbul era translativ de proprietate⁶. În final, dobândirea proprietății exclusive asupra bunului avea la bază două transmisiuni: pentru cota indiviză moștenită de partajant de la defunct, titlul era moștenirea, iar

faptului că efectul retroactiv ar reprezenta o ficțiune, Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Editura Actami, București, 1999, p. 567.

⁵ A. Broussard, *De l'effet translatif du partage en droit romain. De l'effet déclaratif du partage en droit français*, teză pentru doctorat, Poitiers, 1866, p. 7. Atât timp cât durează indiviziunea, fiecare coindivizar are un drept de proprietate care se întinde asupra întregului bun. Partajul vine și pune capăt acestei stări. Fiecare coindivizar primește un bun individual determinat corespunzător cotei indivize deținute. Să luăm un exemplu: doi coindivizari, A și B dețin două imobile X și Y. În urma partajului, imobilul X este atribuit lui A, iar imobilul Y este atribuit lui B. Dar, A nu avea dreptul decât la jumătate din imobilul X, iar B nu avea dreptul decât la jumătate din imobilul Y. Aceasta înseamnă că a achiziționat cealaltă jumătate. De la cine? De la celălalt coproprietar. Și reciproc. Între A și B a avut loc un schimb de părți indivize. Fiecare a transmis și fiecare a primit. Aceasta este natura juridică reală a partajului: de schimb.

⁶ St. Liégeard, *De l'origine, de l'esprit et des cas d'application de la maxime Le partage est déclaratif de propriété*, Paris, 1855, p. 4; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, ediția a V-a, 1893, Bruxelles/Paris, tom X, p. 410.

pentru cota indiviză primită de la ceilalți partajanți, titlul era partajul, cu efect translativ.

Din natura translativă de drepturi a partajului rezultau două consecințe: partajanții trebuia să aibă capacitatea de a dispune pentru a realiza un partaj și își datorau garanția pentru evicțiune asemănător vânzării sau schimbului⁷. Garanția pentru evicțiune urmărea însă un scop particular în cazul partajului: menținerea egalității dintre partajanți. Garanția pentru evicțiune nu era de esența partajului. Ea putea fi înlăturată de partajanți. De asemenea, partajantul care cunoștea la data partajului cauza evicțiunii și nu stipulase garanția în contract, nu o putea pretinde apoi⁸. Având efect translativ, partajul constituia just titlu, care stătea la baza invocării uzucapiunii.

Evident că efectul translativ avea consecințe importante cu privire la actele de dispoziție pe care unul dintre coproprietari le-ar fi încheiat singur în timpul indiviziunii cu privire la bunul comun sau cu privire la cota sa indiviză. De exemplu, fiecare coproprietar avea dreptul de a ipoteca partea sa ereditară și chiar întreg bunul comun. El putea constitui ipotecă asupra cotei sale succesoriale, grevând astfel toate bunurile succesoriale. Sa presupunem că doi moștenitori A și B dețineau două imobile, C și D. Moștenitorul A a constituit ipotecă asupra cotei sale indivize de 1/2 din ambele imobile. La partaj, imobilul C este atribuit lui A, iar imobilul D este atribuit lui B. În continuare, fiecare imobil rămâne grevat de dreptul de ipotecă constituit de moștenitorul

⁷ A. Broussard, op.cit., pp. 23-24. Vânzătorul avea la îndemână acțiunea *praescriptis verbis* iar permutantul avea la dispoziție acțiunea *ex empto*. Partajantul putea uza de acțiunea *ex stipulatu*.

⁸ A. Broussard, op.cit., p. 28.

A asupra cotei de $1/2^9$. În sistemul efectului translativ, ipoteca se menținea asupra cotei-părți ipotecate de un partajant asupra bunului sau bunurilor succesoriale și după partaj, indiferent cărui partajant îi era atribuit lotul, deși acesta nu consimțise la ipotecă, căci ipoteca nu se stingea odată cu înstrăinarea bunului (cotei indivize din bun)¹⁰. Partajantul care primea în lot bunul ipotecat avea să fie urmărit de către creditor și, urmare pierderii bunului, s-ar fi îndreptat cu o acțiune în garanție împotriva partajantului care consimțise ipoteca. Or, aceste acțiuni judecătorești trebuia să fie evitate, căci provocau o gravă incertitudine, fragilizând partajul. Interesul terților era asigurat, dar securitatea partajelor era grav amenințată. Prețul menținerii drepturilor terților constituia o amenințare adusă liniștii familiilor. Romanii încercaseră diferite metode pentru a remedia aceste inconveniente¹¹. De exemplu, jurisconsultul Iulian exprima opinia că judecătorul, atunci când atribuia unui partajant un bun grevat de o ipotecă consimțită de un alt partajant, ar fi putut să subvalueze bunul în considerarea posibilei evicțiuni ce ar fi urmat. Apoi, într-o lege din Digeste se indica o altă metodă pentru a preveni aceste inconveniente. Doi frați, A și B dețin în coproprietate un fond. A constituie ipotecă asupra unei cote de $1/2$ din fond în favoarea unui terț. La partaj, fondul este împărțit în două părți egale, care sunt atribuite lui A și B. Pentru ca B să aibă o garanție eficace în caz de evicțiune ar fi putut să-i pretindă lui A să-i constituie ipotecă asupra cotei de $1/2$ din partea acestuia primită la partaj. Prima ipotecă greva jumătatea deținută de A înainte de

⁹ Soluția era aceeași și când A ar fi constituit un drept de uzufruct.

¹⁰ A. Broussard, *op.cit.*, p. 32. Situația era și mai gravă în dreptul roman, unde ipotecile erau oculate, iar partajantii se puteau aștepta oricând să se confrunte cu un creditor ipotecar al unuia dintre ei.

¹¹ A. Broussard, *op.cit.*, pp. 33-34.

partaj, iar a doua ipotecă ar fi grevat jumătatea primită de A prin partaj de la B. Cea mai mare problemă o constituia însă faptul că la Roma ipotecile erau oculte, iar acțiunile creditorilor luau mereu prin surprindere pe partajanți, căci aceștia nu aveau cunoștință de ipotecă.

Încă din perioada romană a existat și o opinie izolată – o tentativă de revedere a efectelor partajului în favoarea coproprietarilor – care a constituit germenele efectului declarativ al partajului, care avea să survină câteva secole mai târziu. Într-o cauză, doi coproprietari stăpâneau în indiviziune un fond. La decesul unuia dintre coproprietari, acesta a lăsat uzufructul cotei sale indivize din fond în favoarea soției. La partaj, fondul împărțindu-se în două părți egale, s-a pus problema care este porțiunea grevată de uzufruct. Fiind consultat în această privință, cunoscutul jurisconsult Trebatius a afirmat că uzufructul soției ar trebui să poarte numai asupra părții din fond atribuită moștenitorului coproprietarului decedat, nu și asupra părții din fond atribuită celuilalt coproprietar. Opinia sa reprezenta tocmai germenele efectului declarativ al partajului. La acel moment, opinia sa a fost considerată o erezie de către discipolul său, Labeon, deoarece contrazicea teoria romană a efectului translativ: dacă uzufructul grevase o cotă din întreg fondul, atunci el trebuia să subziste la partaj și asupra celeilalte părți atribuite coproprietarului. Opinia lui Trebatius – deși a rămas înscrisă în Digeste – a fost unanim respinsă de contemporanii săi. Timpul efectului declarativ al partajului nu sosise încă¹².

¹² St. Liégeard, op.cit., p.9; A. Broussard, op.cit., p. 46.

2. Epoca feudală franceză

Principiile dreptului roman au fost preluate apoi în dreptul feudal francez, în țările de drept scris. Abia în Franța cutumiară s-a dezvoltat treptat principiul efectului declarativ al partajului.

Între glosatori existau însă divergențe. Unii considerau că partajul era o vânzare, alții că acesta ar fi fost un schimb. Inclusiv jurisconsultul Dumoulin considera – într-o manieră indecisă – că partajul are o natură mixtă¹³. Cu toate acestea, disputa părea a fi fără miză. Lăsând la o parte faptul că, la origine, vânzarea se confundă cu schimbul, în doctrină se arăta că cele două opinii puteau fi consiliate: astfel, partajul putea fi un schimb – în cazul partajului în natură, putea fi o vânzare – în cazul licitației - și putea fi atât un schimb, cât și o vânzare – în cazul partajului cu sultă¹⁴.

În dreptul feudal francez, orice pământ avea doi stăpâni – seniorul și vasalul - legați între ei prin obligații reciproce. Niciunul dintre ei nu putea ceda drepturile sale unui terț fără consimțământul celuilalt. În secolul al IX-lea, a fost acordat pentru prima dată un drept de moștenire rudelor vasalului având ca obiect terenurile deținute de acesta. Această transmisiune trebuia însă însoțită de însezinare și, implicit, de plata tributului către senior. Printr-o interpretare intenționat eronată a legilor romane, legiștii epocii au reușit să fundamenteze transmiterea posesiei bunurilor către moștenitori – în temeiul celebrei maxime *Le mort saisit le vif* – fără plata tributului către senior. Aceasta a constituit prima victorie împotriva fiscalității feudale¹⁵. Dar, imediat s-a pus întrebarea dacă moștenitorii vasalului puteau proceda la partaj fără

¹³ St. Liégeard, op.cit., p. 6.

¹⁴ St. Liégeard, op.cit., p. 7.

¹⁵ St. Liégeard, op.cit., p. 23.

acordul seniorului. Cu alte cuvinte, interdicția de a înstrăina terenul numai de unul dintre cei doi stăpâni, cuprindea și interdicția moștenitorilor vasalului de a-l partaja fără acordul seniorului? Potrivit dreptului roman, răspunsul nu putea fi decât afirmativ. Numai că în acea epocă, jurisprudența romană căzuse demult în uitare, astfel încât judecătorii epocii considerau partajul o consecință a dreptului de moștenire, autorizându-l fără acordul seniorului. Dar nici seniorii nu erau dispuși să cedeze ușor din autoritatea asupra vasalilor, astfel încât, în curând au interzis partajul fără acordul lor. Cutumele feudale au admis, într-un final, partajul succesoral fără acordul seniorului. Orice alt partaj, însă, nu putea fi făcut fără consimțământul seniorului. Cu timpul, instituțiile feudale s-au schimbat. Războaiele dintre seniori erau din ce în ce mai puține. Tributul militar pe care trebuia să-l plătească vasalul seniorului rămânea fără suport. Iar pe seniori nici nu-i mai interesa, în mod deosebit, persoana vasalilor lor. Dar, seniorii trebuia să obțină în continuare avantaje din relația senior-vasal. Astfel, atunci când vasalul voia să înstrăineze terenul, acordul seniorului era dat în schimbul unei sume de bani pe care vasalul o plătea seniorului. Se punea problema dacă și moștenitorii vasalului trebuia să plătească seniorului această taxă. Dat fiind faptul că partajul – în buna tradiție romană avea efect translativ -răspunsul nu putea fi decât afirmativ. Numai că tot legiștii epocii – sub influența școlii italiene - au afirmat că partajul cuprinde în sine o înstrăinare specială, adică una „forțată”, necesară pentru a ieși din indiviziune. Consecința trebuia să fie scutirea de plata taxelor fiscale¹⁶. În acel moment, au luat naștere două curente diferite, care urmăreau însă același scop: eliminarea taxelor fiscale în cazul partajului. O parte dintre juriconsulți admiteau caracterul translativ al partajului, dar

¹⁶ St. Liégeard, op.cit., p. 29.

considerau că acesta reprezintă mai degrabă o înstrăinare „necesară”, scutindu-l astfel de plata taxele fiscale. O altă parte dintre juriconsulți considerau – pur și simplu - că partajul nu cuprindea o înstrăinare, acesta fiind adevăratul motiv pentru care nu se datorau taxele fiscale. Iar argumentarea acestora din urmă era una deosebit de subtilă. Dacă succesibili unei persoane decid să renunțe la succesiune, lăsând acceptant numai pe unul dintre moștenitori, acesta moștenește întreaga avere nu în favoarea vreunui drept de acrescământ, ci mai degrabă ca urmare a desesizării celorlalți succesibili. Dacă toți moștenitorii acceptă, atunci ceea ce le revine la partaj nu poate fi în temeiul unei achiziții, căci nu-ți poți achiziționa propriul bun. Are loc o pretinsă renunțare – și nu o transmisiune - din partea unor moștenitori acceptanți care, fără îndoială, constituie o ficțiune. Pe fundamentul acestei ficțiuni se va dezvolta ulterior efectul declarativ al partajului.

Mijlocul secolului al XVI-lea a constituit momentul decisiv pentru tranșarea controverselor în ceea ce privește efectele partajului. Celebrul juriconsult Dumoulin a jucat rolul principal în această controversă¹⁷. În luna noiembrie a anului 1538 următoarea speță a fost supusă analizei avocaților, printre care se afla și Dumoulin. Patru frați dețineau un imobil în indiviziune succesorală. Cel mai mare avea cota de 1/2, iar ceilalți trei aveau fiecare o cotă de 1/6 (1/3 din cealaltă jumătate). Seniorul a început urmărirea silită asupra unei cote de 1/6 din imobil, care aparținea unuia dintre frați, pe care acesta nu-l agreea. În acel moment, frații au procedat la partaj. Întreg imobilul a fost atribuit fratelui cel mai mare. Fratele asupra cotei căruia se pornise urmărirea silită a primit un alt imobil, care depindea de alt senior. Se puneă întrebarea

¹⁷ A. Broussard, op.cit., pp. 54-56.

dacă urmărirea silită începută asupra cotei de 1/6 înceta, dat fiind faptul că imobilul fusese atribuit în întregime fratelui mai mare. Potrivit principiilor dreptului roman, nu era nicio îndoială că urmărirea silită trebuia să continue asupra părții de 1/6 din imobil, chiar dacă acesta fusese atribuit integral fratelui mai mare. Cu toate acestea, avocații au decis contrariul, iar urmărirea silită a fost desființată. Urmărirea silită ar fi putut continua numai dacă fratelui urmărit i-ar fi fost atribuită o parte din imobil și numai asupra acestuia. Jurisconsultul Dumoulin era bolnav în acea perioadă și lucra la unul dintre tratatele sale. Decizia l-a șocat. În opinia sa, folosind argumentele date de principiile dreptului roman, urmărirea silită a seniorului ar fi trebuit să continue și după partaj. Indiferent că imobilul era atribuit fratelui urmărit sau altui frate sau era împărțit, urmărirea silită începută asupra cotei de 1/6 nici nu se putea mări, nici nu se putea micșora și trebuia menținută corespunzător. Fiind o acțiune reală, care nu avea legătură cu persoana, trebuia să continue. Dumoulin s-a opus cu înverșunare admiterii noului efect al partajului. Adevărul e că, atât timp cât fusese vorba de a lupta contra drepturilor fiscale ale seniorului, Dumoulin fusese de acord cu oamenii palatului, plinind principiile romane pe propriile opinii. Acum însă nu putea concepe ca o ipotecă sau o urmărire silită să înceteze urmare a partajului. Una era pierderea drepturilor de către senior – cu care fusese de acord – și alta era pierderea drepturilor de către un burghez sau un industriaș. Dumoulin însuși era un burghez care avea ipotecă, pe care le voia menținute. Lupta sa era sortită eșecului. Jurisprundența Parlamentului din Paris era net favorabilă noului curent care susținea efectul declarativ al partajului. Începând din 1569 până în 1595, patru hotărâri au admis efectul declarativ al partajului. Ficțiunea efectului declarativ a fost consacrată în anul 1580 în Cutuma Parisului în pofida opoziției jurisconsultului Dumoulin. Spre sfârșitul vieții,

Dumoulin a revenit asupra opiniei sale. A admis faptul că partajul produce un efect retroactiv încă din ziua deschiderii succesiunii, că moștenitorul nu primește nimic de la comoștenitorii săi și că, la rândul său, nu le transmite nimic, iar partajul nu face altceva decât să determine, să declare bunurile care au aparținut fiecărui moștenitor încă de la data deschiderii succesiunii. De aici, s-a născut maxima care afirmă că partajul este declarativ de proprietate. Jurisconșulții (Lebrun, Pothier) care i-au urmat nu au făcut altceva decât să preia principiul și să-l includă în propriile lucrări, fără să-l conteste. Mai mult, au insistat asupra avantajelor efectului declarativ.

Din aceste motive, în doctrină s-a afirmat că efectul declarativ nu este un veritabil principiu juridic, ci, mai degrabă, o regulă de conjunctură. Este o ficțiune instituită de legiuitor pentru a favoriza partajele.

3. Codul civil Napoleon

În acest stadiu au găsit redactorii Codului civil Napoleon materia partajului în vechiul drept francez. Bineînțeles că temerile și lupta contra seniorilor din perioada feudală nu mai existau. N-ar mai fi existat niciun motiv pentru a menține principiul efectului declarativ al partajului. Legiuitorul francez de la 1804 se afla în fața unei alegeri: putea reveni la principiile dreptului roman, care consacrau efectul translativ sau putea consacra definitiv efectul declarativ imaginat de jurisprudența veche. Reînvierea efectului translativ ar fi însemnat însă începutul unui șir nesfârșit de litigii între partajanți. Creditorul ipotecar ar fi urmărit silit bunul în mâinile partajantului, acesta s-ar fi îndreptat apoi împotriva copartajanților și ar fi trebuit să suporte și eventuala insolvabilitate a acestora. Consecințele erau dezastruoase. Legiuitorul voia să protejeze moștenitorul prudent și econom și pacea familiilor. Interesele terților a trebuit să fie sacrificate în favoarea

interesului comun al partajanților, lăsând în seama terților riscul insolabilității constituitorului¹⁸. Mai mult, se aprecia că în cazul partajului, nu putea fi vorba de un negoț între moștenitori. Deci, nici vânzare, nici schimb. Din acest moment, art.883 Cod civil Napoleon (art.786 Cod civil român de la 1864) a consacrat efectul declarativ al partajului, reluând aproape cuvânt cu cuvânt definiția dată de jurisconsultul Pothier: „Fiecare coerede este prezumat că a moștenit singur și imediat toate bunurile care compun partea sa, sau care i-au căzut prin licitație, și că n-a fost niciodată proprietar pe celelalte bunuri ale succesiunii”.

B. Consecințele efectului declarativ al partajului

Ficțiunea efectului declarativ nu constă în aceea că partajantul a succedat defunctului, căci acesta oricum deținea o cotă parte din bunurile succesoriale de la defunct, ci că a succedat singur în ceea ce privește întreg bunul atribuit¹⁹. Între părți nu s-a produs nicio transmitere a cotelor-părți. Se observă cum consecințele efectului declarativ al partajului erau fundamental diferite de cele ale efectului translativ din dreptul roman. Astfel, dacă un coproprietar constituia ipotecă asupra unui bun comun sau asupra cotei-părți din bunul comun, iar bunul era atribuit în cadrul partajului unui alt coproprietar, ipoteca se desființa, pentru că cel care a constituit-o nu a fost niciodată proprietar (*non domino*). Iată cum s-a putut realiza stabilitatea partajului, din perspectiva moștenitorilor.

Fără îndoială că principiul efectului translativ este cel conform realității. Inclusiv legiuitorul o recunoaște implicit – folosind sintagma „este

¹⁸ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Librairie Dalloz, ediția a IV-a, 1925, tom III, p. 501.

¹⁹ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tom III, Paris, 1868, p 294.

prezumat” - atunci când instituia ficțiunea caracterului declarativ. Numai printr-o ficțiune puteau fi șterse efectele indiviziunii, ca și cum aceasta nu ar fi existat niciodată. În puterea efectului declarativ, partajații țin drepturile, în virtutea legii, chiar de la autorul succesiunii, în temeiul adagiului *le mort saisit le vif*²⁰. În realitate însă trecerea de la proprietatea indiviză la proprietatea exclusivă nu putea fi realizată decât printr-un schimb. Unii autori²¹ au afirmat că garanția pentru evicțiune dintre copartajați (art.884 Cod civil Napoleon, art.787 Vechiul cod civil) ar fi reprezentat tocmai devalorizarea adevăratului efect al partajului, deoarece o astfel de garanție este specifică numai actelor translativ. Ea a fost instituită în dreptul roman tocmai în considerarea inconvenientelor efectului translativ. Alți autori (Pothier) au susținut că garanția pentru evicțiune din materia partajului nu are aceeași sursă ca garanția pentru evicțiune din materia vânzării și nu ar trebui asimilate, deoarece garanția pentru evicțiune din partea partajului urmărește un alt scop: egalitatea dintre copartajați. În orice caz, garanția pentru evicțiune din materia partajului nu ar putea fi interpretată ca „o recunoaștere virtuală” a efectului translativ.

La început, efectul declarativ a constituit o (simplă) armă împotriva fiscalității feudale. El a luat naștere mai degrabă prin forța armelor. Nu a necesitat explicații juridice. După ce a pătruns însă în dreptul civil, ficțiunea efectului declarativ a fost explicată cu greu de doctrina franceză.

Potrivit jurisconsultului Dumoulin – care a acceptat într-un final noua soluție – partajul nu reprezintă altceva decât o consolidare a părții fiecărui partajat, care are un drept anterior cu privire la aceasta. Apoi, Henrion de

²⁰ Când există un singur moștenitor, nu există nicio îndoială în această privință.

²¹ St. Liégeard, op.cit., p. 46.

Pausey considera că prin partaj nu se dobândește un bun, ci facultatea exclusivă de a-l folosi odată cu renunțările celorlalți coproprietari la bun. Lebrun a fundamentat efectul declarativ pe celebra maximă *Le mort saisit le vif*. Argumentul putea fi susținut în materia partajelor succesoriale, dar era inaplicabil în cazul altor indiviziuni având ca izvor altă sursă.

Într-o opinie din secolul al XIX-lea, a renumitului profesor Demolombe, susținută și de alți autori (Louet și Domat), partajul nu are nimic fictiv, indiviziunea fiind o proprietate sub condiția partajului. Fiecare moștenitor era, în același timp, proprietar sub condiție suspensivă asupra bunurilor care vor forma lotul său și proprietar sub condiție rezolutorie asupra bunurilor care vor fi atribuite celorlalți moștenitori. Efectul retroactiv este, deci, cel specific îndeplinirii oricărei condiții²².

În opinia jurisconsultului Pothier, partajul nu este un act achizitiv, translativ, ci este un act determinativ, prin care se determină bunurile pe care fiecare partajant le-a moștenit chiar de la defunct, în temeiul cotei indivize deținute²³. Partajul nu este o afacere de comerț sau de schimb între moștenitori, de aceea nu poate constitui o vânzare sau un schimb. Natura sa este diferită. Scopul partajului este de a determina ce se cuvine just – în afara oricărei idei de speculă - fiecărui moștenitor corespunzător cotei indivize deținute²⁴.

Intenția legiuitorului a fost întotdeauna ca moștenitorii să succedă singuri defunctului, fără să intre în indiviziune și fără să fie nevoie de un

²² A. Broussard, op.cit., p. 60. Este vorba de o condiție legală, inerentă dobândirii proprietății indivize, care nu poate fi înlăturată de moștenitori. De aceeași părere este și Nicolae Titulescu, op.cit., p.126.

²³ A. Broussard, op.cit., p. 61.

²⁴ A. Broussard, op.cit., p. 87.

partaj. De exemplu, a statuat aceasta în cazul creanțelor care se divid de drept. Partajul devine necesar tocmai pentru că legea nu are puterea de a împărți material bunurile mobile și imobile succesoriale, cum o face în cazul creanțelor. Dar, partajul nu este decât o necesitate de fapt, care nu poate împiedica pe moștenitori să fie proprietari asupra bunurilor împărțite în temeiul aceluiași titlu care le conferă și titlul de proprietari ai creanțelor moștenite. Așadar, partajul nu poate constitui cauza titlului bunurilor atribuite moștenitorilor, pentru că aceasta este o simplă operațiune materială. Partajul declară numai bunurile care aparțin fiecărui moștenitor. Indiviziunea este temporară. Ea acordă, ce-i drept, un drept indiviz fiecărui moștenitor, dar aceasta tocmai din cauza imposibilității legii de a face ea însăși împărțea la momentul deschiderii succesiunii. Și atunci se explică faptul că legea nu ține cont de existența indiviziunii în cazul efectului declarativ, pentru că aceasta este esențialmente tranzitorie. Dar, indiviziunea rămâne totuși un fapt pe care numai legea prin puterea ei îl poate șterge retroactiv. Ficțiunea ieșea în evidență mai ales în cazul licitației bunului în favoarea unui coproprietar sau al partajului cu sultă. Partajul cu sultă reprezintă o veritabilă vânzare până la concurența sultei. Sulta reprezintă în acest caz prețul pe care un partajant îl plătește pentru partea din bunurile succesoriale care depășește ce i s-ar fi cuvenit. În mod cert, nu putea avea drept la această parte în calitate de moștenitor și atunci cu ce titlu o primește? Nu poate fi decât cumpărarea.

O altă problemă care s-a spus în doctrină până în secolul al XIX-lea era dacă bunurile atribuite partajantului în cadrul unei licitații erau proprii în totalitate sau numai corespunzător părții sale ereditare? Jurisconsultul Ferriere susținea această ultimă opinie, în timp ce Pothier considera că bunurile sunt în totalitate proprii, opinia sa fiind consacrată de art.883 Cod Napoleon (art.786 Cod civil de la 1865). Și partajul cu sultă era tot un partaj

declarativ, pentru că legiuitorul nu distingea²⁵. Sulta, indiferent că era plătită din bunurile ereditare sau că era plătită din fondurile proprii ale partajantului, era bun propriu al partajantului care o primea, căci, în virtutea caracterului declarativ al partajului se considera că o ținea direct de la defunct. Cum nici debitorul sultei nu era considerat un cumpărător al părții care depășea porțiunea sa ereditară, nici creditorul sultei nu putea fi considerat un vânzător al acestei părți, de unde rezultă că va primi sulta în calitate de moștenitor, iar dacă era căsătorit sub un regim matrimonial comunitar, sulta constituia bunul său propriu, dobândit prin succesiune²⁶. Raționamentul era susținut expres de legiuitorul francez în art.1408 Cod Napoleon, potrivit căruia bunul imobil dobândit în timpul căsătoriei de către unul dintre soți care era coproprietar al bunului, în urma unei licitații sau în alt mod, nu constituia bun comun, ci bun propriu al soțului, acesta urmând să despăgubească comunitatea corespunzător sumei de bani folosită. Întregul raționament era fictiv, căci nu corespundea realității – porțiunea din bun dobândită în timpul căsătoriei peste ce i se cuvenea în temeiul cotei indivize ar fi trebuit să constituie bun comun - dar cum ficțiunea efectului declarativ fusese stabilită de legiuitor, interpretarea acesteia trebuia dusă până la capăt.

C. Efectul declarativ și efectul retroactiv al partajului

La începutul secolului al XX-lea, doctrina franceză a aprofundat efectele partajului și a considerat că trebuie făcută o distincție între efectul declarativ și efectul retroactiv.

²⁵ F. Laurent, *op.cit.*, tom X, p. 416.

²⁶ Problema se pune în dreptul românesc după adoptarea Codului familiei și a regimului comunității legale.

În concepția clasică, autorii considerau că efectul declarativ implică, în mod necesar, retroactivitatea partajului. Practic, cele două noțiuni erau, oarecum, confundate. Or, la începutul secolului al XX-lea, unii autori au observat că efectul declarativ nu implică retroactivitatea partajului. Dimpotrivă. Se poate menține efectul declarativ, renunțându-se la caracterul retroactiv al partajului, printr-o organizare a indiviziunii succesoriale. Astfel, caracterul declarativ și caracterul retroactiv sunt două noțiuni distincte. Prima nu o implică, în mod necesar, pe cea de-a doua. Iar, în timp ce efectul declarativ este de natura partajului, retroactivitatea reprezintă, fără îndoială, o ficțiune, un artificiu al legiuitorului. S-a afirmat și că actul declarativ permite unui drept preexistent – dar, ineficace - să-și producă efectele depline, el nu transformă niciun drept, ci dă eficacitate acestui drept. Pentru unii, faptul că partajul este un act declarativ prin esența sa, adică moștenitorul ține drepturile de la defunct, constituie o realitate psihologică ! Efectul declarativ presupunea două consecințe: una negativă - partajul nu operează un transfer al proprietății și una pozitivă – partajul determină partea care i se cuvine fiecărui partajant.

Au existat și autori care au negat inclusiv efectul declarativ al partajului. În concepția acestora (J. Chevallier, La Balle, Veronne), partajul nu are nici efect declarativ, dar nici efect translativ. Partajul este atributiv, determinativ sau lichidativ²⁷.

²⁷ P. Raynaud, op.cit., pp. 855-863.

D. Actele asimilate partajului în sistemul efectului declarativ

O altă dificultate consta în a ști căror acte li se aplică principiul efectului declarativ²⁸. Bineînțeles, el se aplica în cazul partajului propriu-zis. Efectul declarativ este legat de noțiunea de împărțală. Dar, practica mai cunoștea o multitudine de alte operațiuni cu titlu oneros (schimburi, tranzacții, etc) prin care moștenitorii ajungeau la aceleași rezultate ca ale partajului, acestea fiind asimilate partajului propriu-zis în ceea ce privește efectul declarativ.

Astfel, era, în general admis în doctrina și jurisprudența franceze, că principiul efectului declarativ se aplica nu numai partajului propriu-zis, ci tuturor actelor cu titlu oneros care aveau ca efect încetarea indiviziunii, fie că aveau ca obiect un bun succesoral singular, fie întreaga indiviziune succesorală²⁹. De altfel, însuși art.786 Cod civil arăta că principiul efectului declarativ se aplica nu numai partajului, ci și licitației între moștenitori, adică a vânzării bunului succesoral către unul dintre aceștia.

În afară de partajul succesoral, efectul declarativ se aplica și partajului oricărui alt bun deținut în indiviziune, cum ar fi partajul bunurilor comune realizat de foștii soți. Nu ar fi fost niciun motiv pentru ca efectul declarativ să fie restrâns numai la partajul succesoral, din moment ce una dintre intențiile legiuitorului atunci când a adoptat această ficțiune a fost de pune capăt evicțiunilor la care ar fi dat naștere efectul translativ.

De asemenea, nu fără ezitări din partea jurisprudenței franceze, s-a decis că efectul declarativ se aplica și partajului voluntar unde indiviziunea se

²⁸ M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Editura Academiei RSR, București, 1966, pp. 288-292. Autorul reia, în general, soluțiile jurisprudenței franceze.

²⁹ G. Dutruc, *Traité du partage de succession et des opérations et formalités qui s'y rattachent*, Paris, 1855, p.47.

restrângea, adică înceta numai cu privire la unul dintre partajanți, eliminând unul sau mai mulți partajanți recalcitranti sau care nu doareau să mai rămână în indiviziune, primindu-și astfel bunurile succesoriale care li se cuveneau. Nu există nicio regulă care să impună ca indiviziunea să înceteze cu privire la toți partajanții. Discuția era importantă, căci dacă un astfel de act nu constituia un partaj, ci o vânzare a coproprietarului care ieșea din indiviziune, atunci ar fi avut efect translativ, cu toate consecințele acestuia. Dar, dacă legiuitorul a imaginat ficțiunea efectului declarativ pentru a ocoli inconvenientele efectului translativ, atunci aceasta trebuia aplicată oricărui partaj, fără nicio distincție³⁰.

Moștenitorii dispun de cea mai mare libertate pentru a decide ce act să încheie pentru a pune capăt indiviziunii, fie că este vorba de un partaj, fie că este vorba de o licitație, de un schimb sau de o tranzacție. În esență, pentru ca un act să fie asimilat partajului trebuie ca toți partajanții să participe la acesta. Nu este cazul unei vânzări, care poate avea loc între toți moștenitorii sau numai între unii dintre aceștia. Dacă la vânzare participă toți moștenitorii, atunci actul echivalează cu un partaj. Inclusiv vânzarea făcută de toți moștenitorii unuia dintre ei sau, invers, de unul dintre ei în favoarea tuturor celorlalți. Dacă vânzarea este făcută de un moștenitor numai în favoarea unuia sau unora dintre moștenitori, actul nu poate echivala cu un partaj. Ea are efect translativ și nu declarativ. Distincția avea o justificare în aceea că o vânzare la care ar fi participat toți moștenitorii, avea scopul – asemenea partajului - de a regla interesele comune ale tuturor moștenitorilor, pe când o vânzare făcută

³⁰ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil. Successions-Liberalités*, tom IV, vol.II, Montchrestien, 1999, ediția a 5-a de L. Leveneur, S. Leveneur, p.887; Contra, la sfârșitul secolului al XX-lea, T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tom V, Librairie Cotillon, Paris, 1893, p. 541. Autorul se sprijinea pe jurisprudența Casației franceze din acea perioadă.

numai unuia dintre ei urmărea un simplu interes particular. Or, legiuitorul nu face abuz de ficțiuni, ci recurge la acestea numai atunci când sunt necesare³¹.

Se aplică efectul declarativ și donației prin care un moștenitor donează unui alt comoștenitor cota sa indiviză dintr-un bun sau din toate bunurile succesoriale? Este cert că prin acest act indiviziunea încetează cu privire la unul dintre moștenitori. Doctrina a răspuns negativ, argumentând că este de esența partajului ca fiecare coproprietar să primească bunuri succesoriale sau echivalentul în bani corespunzător porțiunii ereditare. Dacă un comoștenitor nu primește nimic, atunci actul nu poate fi catalogat nici partaj, nici nu poate fi asimilat partajului. Donația, fiind valabilă, va avea efect translativ de drepturi, menținându-se astfel eventualele sarcini constituite de donator asupra bunului comun³².

Dacă moștenitorii au făcut un partaj definitiv, încetând indiviziunea, dar apoi se arată nemulțumiți de împărțeală, și convin o altă împărțeală, aceasta nu poate constitui partaj, ci o altă convenție, căci la data acesteia, indiviziunea încetase deja³³.

III. Viziunea legiuitorului din 2011

A. Problema de rezolvat

Inconvenientul cel mai mare al efectului declarativ îl constituia ștergerea drepturilor reale consimțite de un coproprietar cu privire la cota sa parte sau cu privire la bunul comun, dacă bunul nu îi era atribuit acestuia la

³¹ F. Laurent, op.cit., tom X, p. 445.

³² G. Dutruc, op.cit., p. 70; F. Laurent, op.cit., tom X, p. 435.

³³ A. Broussard, op.cit., p. 91.

partaj. Din acest punct de vedere, atitudinea generală ostilă față de indiviziune aproape că era de înțeles. Fără îndoială că această soluție fusese adoptată pentru a remedia tocmai anumite consecințe ale efectului translativ din dreptul roman. Dar, acesta era punctul unde legiuitorul trebuia să intervină, pentru că și indiviziunea avea nevoie de o mână care să o ridice din dizgrația în care se afla de atâtea secole.

B. Înlocuirea obiectului garanției

Legiuitorul din 2011 a identificat corect problema și a reglementat o subrogație reală cu titlu particular (art.682 Cod civil) – soluție găsită într-un caz particular de legiuitorul francez chiar în materia partajului, încă de la 1885 - care deschide noi perspective indiviziunii.

Efectul declarativ a constituit o palmă grea dată creditului. Unii autori considerau chiar că efectul declarativ constituia o atingere indirectă adusă dreptului de proprietate, deoarece împiedica moștenitorii să dispună în condițiile cele mai avantajoase de dreptul lor indiviz³⁴. Din acest motiv, legiuitorul francez din secolul al XIX-lea a fost nevoit să intervină și să instituie o excepție de la efectul declarativ al partajului în materie maritimă, ipotecile asupra navelor fiind menținute chiar dacă bunul era atribuit unei alte persoane decât partajantului constitutor³⁵. În orice caz, creditorii ar fi acceptat cu greu – iar, în condițiile economice de azi, deloc – să primească în garanție o cotă indiviză dintr-un bun, iar apoi garanția să fie desființată – în

³⁴ F. Laurent, op.cit., tom X, p. 418.

³⁵ Legea din 10 iulie 1885 (art.17 – „*Dans tous les cas de copropriété, par dérogation à l'art. 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires, sur une portion du navire, continuent à subsister après le partage ou la licitation.*”).

sistemul efectului declarativ - în urma atribuirii bunului altui partajant decât constituitorul. Găsim că această inovație a legiuitorului român va permite partajanților să dispună – cu adevărat, din punct de vedere economic – de cotele părți din bunurile indivize, prin constituirea de garanții, care apoi se vor menține asupra bunurilor ce li se vor atribui la partaj. Partajantul dispune acum de cota indiviză – prin constituirea de garanții - la fel cum ar fi dispus de bunul exclusiv care i-ar fi atribuit. Creditorii nu vor mai fi sacrificați în urma partajului. Garanțiile vor fi, în toate cazurile, menținute și, după caz, strămutate.

Acum, garanțiile constituite de un coproprietar cu privire la cota sa indiviză sunt și rămân valabile, indiferent de cui îi este atribuit bunul indiviz. Ele nu mai depind de soarta partajului. Creditorii se văd astfel protejați. Dar, și partajanții. Căci fiecare partajant are dreptul să primească bunuri libere de sarcini. Soluția înlocuirii obiectului garanției este oarecum firească dacă privim partajul din perspectiva ideii înlocuirii cotei-părți cu dreptul de proprietate exclusiv.

Problema posibilității strămutării garanției se puse și sub imperiul efectului declarativ, în ipoteza în care bunul era adjudecat de un partajant, susținându-se că ipoteca n-ar trebui să se stingă, ci să greveze prețul primit de constituitor. Motivația consta în aceea că efectul retroactiv al partajului trebuie să privească numai pe partajanți, nu și pe terți. Dreptul de urmărire ar fi încetat, dar nu și dreptul de preferință al creditorului ipotecar. Cu toate acestea, doctrina a susținut că o astfel de înlocuire a obiectului ipotecii nu este posibilă, din moment ce însăși ipoteca s-a desființat³⁶. Pentru aceleași motive, credem că nici constituitorul și creditorul nu ar fi putut conveni în contractul

³⁶ A. Broussard, op.cit., p. 137.

de ipotecă o astfel de înlocuire. Din moment ce, sub imperiul efectului declarativ, partajantul căruia nu îi era atribuit bunul asupra căruia constituise ipoteca, era considerat un *non domino*, evident că și ipoteca se desființa, nepunându-se problema menținerii acesteia și a schimbării obiectului garanției.

Să presupunem, acum, că bunul asupra căruia constituitorul constituise o ipotecă (asupra unei cote indivize) este atribuit acestuia. Se pune întrebarea dacă ipoteca va greva tot bunul sau numai cota indiviză asupra căreia a fost constituită inițial? Problema se pune și sub imperiul efectului declarativ al partajului, iar Casația franceză decisese că obiectul ipotecii, fiind specializat, nu se putea extinde dincolo de ce consimțise coproprietarul să garanteze, adică cota indiviză din bun³⁷. În același sens a decis și legiuitorul din 2011. Potrivit art.2353 alin.1 C.civ., ipoteca constituită asupra cotei-părți se strămută asupra bunului atribuit, „însă numai în limita valorii cotei-părți indivize”.

C. Problema altor drepturi constituite de un partajant în timpul indiviziunii

Știm că fiecare coproprietar este liber să dispună de cota sa parte din bunul comun (art.634 alin.1 Cod civil)³⁸. Pe perioada indiviziunii, el poate

³⁷ A. Broussard, op.cit., p. 135. Legiuitorul francez din 2006 a decis contrariul. Potrivit art. 2414 alin. (3) Cod civil francez – „*L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.*”

³⁸ Legiuitorul nu a adus niciun fel de limitări exprese ale acestui drept. Mai mult, coproprietatea poate avea ca obiect orice drept real principal (art. 645 C.civ.)

constitui chiar dezmembrăminte ale dreptului de proprietate – de exemplu, un drept de uzufruct - având ca obiect cota sa indiviză din bunul comun³⁹. Ce se va întâmpla cu aceste drepturi la momentul partajului? Legiuitorul din 2011 a omis să rezolve această chestiune. Dispoziția privind strămutarea garanțiilor (art.682) fiind de strictă interpretare, aceasta nu poate fi aplicată. Se va strămuta dreptul de uzufruct constituit inițial asupra cotei părți din bunurile succesoriale asupra bunului atribuit partajantului constituitor? În bună logică, răspunsul ar trebui să fie afirmativ. Cum partajul produce o înlocuire, ni se pare că această strămutare urmează principiile oricărei subrogații reale cu titlu particular. De altfel, strămutarea garanțiilor este o aplicație a acestui principiu. Apoi, dacă legiuitorul și-a pus problema strămutării garanțiilor, înseamnă că finalitatea acestei viziuni a fost ca bunurile atribuite partajantilor neconstituitori ai garanțiilor să fie libere de sarcini. Acesta a constituit un principiu al partajului. În trecut, era rezolvat diferit, prin desființarea drepturilor reale în cazul în care bunurile erau atribuite altui partajant. În prezent, legiuitorul și-a imaginat soluția înlocuirii obiectului garanției. Dreptul coproprietarului de a dispune liber de cota sa indiviză trebuie conciliat cu dreptul fiecărui coproprietar de a primi la partaj bunuri libere de sarcini. Nu este admisibil ca un coproprietar, constituind un drept de uzufruct asupra cotei sale indivize dintr-un bun sau mai multe bunuri, să aducă atingere dreptului de proprietate exclusivă al partajantilor, astfel cum acesta

³⁹ Potrivit art.1108 Codul Calimach, „fiecare părtaș poate neatârnat și de sine să amanezeze, să legatarisească, sau într-un alt chip să înstrăineze după a sa plăcere dreapta sa parte sau folosurile ei, întrucât nu va jigni drepturile părtașilor lui.” Facem precizarea că un coproprietar nu ar putea constitui un drept de servitute (de trecere, de exemplu) asupra cotei-părți, căci aceasta presupune identificarea, determinarea fondului aservit. Or, aceasta este incompatibil cu dreptul de coproprietate, care este un drept abstract, nefiind determinat material individual, ci purtând asupra bunului comun.

se va naște la momentul partajului. În final, răspunsul la această problemă va fi dat de jurisprudență.

D. Problema modalităților care ar afecta dreptul de coproprietate

Indiviziunea succesorală, atunci când are ca origine succesiunea legală, nu este aptă să fie afectată de modalități. Dar, dacă indiviziunea are ca efect succesiunea testamentară, iar drepturile de coproprietate ale unui legatar sau ale unor legatari sunt afectate de către modalități impuse de testator? Sau, să ne imaginăm o indiviziune convențională, unde dreptul de coproprietate al unuia dintre coproprietari este afectat de o modalitate sau de un drept de denunțare unilaterală (de exemplu, donația între soți, având ca obiect o cotă indiviză dintr-un bun propriu sau ipoteza în care un donator donează în indiviziune un bun stipulând o clauză de reîntoarcere convențională a bunului în cazul precedesului unuia sau altuia dintre donatori). Se va menține sau nu modalitatea care afecta dreptul de coproprietate după partaj? Suntem de părere că răspunsul nu poate fi decât afirmativ. Dreptul rezolubil sau anulabil al unuia dintre coproprietari nu se va șterge odată cu efectuarea partajului. Îndeplinirea condiției va atrage desființarea întregii împărțeli.

E. Efectul constitutiv al partajului – o naștere sui generis și o înlocuire

Din perspectiva asigurării drepturilor dobândite de terți de la un coproprietar, se părea că legiuitorul din 2011 reușise – prin soluția transpusă în art.682 C.civ. - să echilibreze partajul și să facă mai atractivă indiviziunea. Mai era nevoie de vreo schimbare? Soluția înlocuirii obiectului garanției era

pe deplin compatibilă și cu ficțiunea efectului declarativ, așa cum o arată și legiuitorul francez din 2006 (art.2414 alin.3 C.civ. fr.). Cu toate acestea, legiuitorul român a mers și mai departe și a modificat radical însuși efectul partajului.

Potrivit art.680 C.civ., fiecare coproprietar devine proprietarul exclusiv al bunurilor sau, după caz, al sumelor de bani ce i-au fost atribuite, numai cu începere de la data stabilită în actul de partaj, dar nu mai devreme de data încheierii actului, respectiv de data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești.

Voința legiuitorului român din 2011 este evidentă în ceea ce privește eliminarea ficțiunii efectului declarativ al partajului. Dar, care sunt acum efectele partajului? S-a restabilit realitatea, adică efectul translativ din dreptul roman și cele două strămutări ale proprietății: una de la defunct, alta de la moștenitori?

Doctrina s-a preocupat în mică măsură în legătură cu această chestiune, conturându-se, totuși, două opinii, practica notarială fiind cea mai interesată în deslușirea acestei chestiuni. Se pare că miza acestei distincții o constituie interferențele noilor efecte ale partajului cu regimul matrimonial al partajantului la data partajului.

Într-o opinie, se afirmă că partajul are efect constitutiv⁴⁰, dreptul de proprietate exclusiv fiind rezultatul unei „situații juridice noi”. Opinia se întemeiază și pe dispozițiile art.994 alin.1 Cod procedură civilă, potrivit cărora, hotărârea judecătorească de partaj are efect constitutiv.

⁴⁰ Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, Ediția a IV-a, Universul Juridic, București, 2019, vol.III, p. 222; D. Lupulescu, *Proprietatea comună*, Editura Universul Juridic, 2013, p. 156; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*. Ediția a 2 -a, Ed. Hamangiu, București, 2017, pp. 498-499.

Într-o altă opinie, se afirmă că partajul are efect translativ de drepturi⁴¹, iar sintagma „devine proprietar exclusiv (...) numai cu începere de la data stabilită în actul de partaj” trebuie interpretată nu ca dată a nașterii vreunei proprietăți exclusive, ci ca dată a dobândirii – în etape – a proprietății exclusive, ca urmare a dobândirii celorlalte cote părți de la copartajați. De altfel, practica notarială pare că vede în partaj un act translativ de drepturi, un schimb. Aceasta se poate observa adesea și din formulările existente în contractele de partaj, potrivit cărora partajantul căruia i se atribuie un bun în exclusivitate „preia” cotele părți ale celorlalți copartajați⁴². De asemenea, și în practica birourilor de cadastru și publicitate imobiliară, tariful de publicitate imobiliară este perceput nu la valoarea întregului bun imobil atribuit partajantului, ci la valoarea cotelor-părți ale celorlalți copartajați care „le-au cedat” în favoarea partajantului devenit proprietar exclusiv, indiferent că o astfel de formulă este prevăzută expres sau nu în contractul de partaj sau în hotărârea judecătorească⁴³.

În doctrină⁴⁴, se mai susține că în sistemul efectului constitutiv al partajului, moștenitorii țin drepturile „direct din actul de partaj”, iar între ei nu a avut loc nicio operațiune de schimb translativă. Așadar, nu se pune problema ca partajantul să fie având cauză nici al defunctului, dar nici al celorlalți coproprietari.

⁴¹ Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 735; A.-A. Moise, *Scurte considerații despre partajul voluntar în sistemul Noului cod civil*, Revista Dreptul nr.11/2012, pp. 58-71.

⁴² Ideea are însă la bază doar argumente de oportunitate fiscală.

⁴³ Bineînțeles că problema stabilirii unor tarife sau a unor sarcini fiscale nu trebuie să se raporteze neapărat la natura juridică a operațiunii, putându-se avea în vedere și alte circumstanțe.

⁴⁴ D. Chirică, op.cit., p. 499.

Evident că este legitim să ne întrebăm cum a putut partajul, o simplă împărțeală, o determinare a dreptului indiviz, să dea naștere unui drept nou? Dacă moștenitorul ar fi moștenit singur, atunci ar fi fost succesorul defunctului și ar fi ținut drepturile de la acesta. Numai dintr-o întâmplare, acesta s-a aflat în indiviziune: pentru că există mai mulți moștenitori și pentru că legiuitorul nu are puterea să dividă el însuși toate bunurile și drepturile succesoriale, cum o face explicit în cazul creanțelor, care se și pretează unei împărțeli facile legale.

În cazul efectului declarativ, ficțiunea consta în faptul că partajantul ținea întreg bunul de la defunct, ștergându-se perioada indiviziunii succesoriale. Legiuitorul de la 1864 imaginase o singură „strămutare a proprietății”⁴⁵, prin efectul acceptării succesiunii.

Legiuitorul din 2011 nu a spus, spre deosebire de cel de la 1864, că partajantul „a moștenit singur și imediat” bunurile care compun lotul său (art.786 Vechiul cod civil). Legătura dintre defunct și partajant era menținută prin această formulă. În final, dobândirea era una de natură succesorală. Acum, pare-se că partajantul nu a moștenit nimic din bunurile atribuite, ci „a devenit” proprietar ! Așa să fie?

În ceea ce ne privește, credem că trebuie revăzute trăsăturile specifice ale partajului. Efectul declarativ a fost suprapus acestora, dar care sunt constantele partajului?

Marele jurist român, Dimitrie Alexandresco, afirma că împărțeala este „operația prin care fiecare coproprietar primește o parte determinată în locul

⁴⁵ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, București, Atelierele grafice SOCEC & Co. Societate anonimă, 1912, tom III, partea a II-a, p. 782.

părții nedeterminate ce el are asupra lucrurilor posedate în comun”⁴⁶. Un alt celebru jurist, Constantin Hamangiu definea împărțeala ca „operațiunea prin care coproprietarii, în scop de a individualiza drepturile lor respective de proprietate, înlocuiesc părțile indivize ce le aveau în bunurile comune prin părți distincte, compuse din bunuri determinate”⁴⁷. Profesorul Fr. Deak definea împărțeala ca „operațiunea juridică care pune capăt stării de indiviziune (coproprietate prin împărțirea, în natură și/sau prin echivalent, a bunurilor aflate în indiviziune, având ca efect înlocuirea cu efect retroactiv a cotei-părți ideale, indivize asupra acestora, cu drepturi exclusive ale fiecăruia dintre coindivizari asupra unor bunuri (valori) determinate în materialitatea lor.”⁴⁸ Recent, despre partaj s-a spus că este o noțiune complexă. Este în același timp un act, o operațiune, un rezultat, o divizare și o atribuire⁴⁹.

Așadar, partajul substituie drepturi exclusive unui drept colectiv. Menirea partajului este de a modifica, în primul rând, forma de exercitare a dreptului de proprietate: ieșirea dintr-o stare și trecerea într-o altă stare. Apoi, se va modifica și obiectul dreptului de proprietate. Fie că partajantii își atribuie bunuri (sau valori) distincte, fie că divid material bunurile, obiectul dreptului de proprietate exclusivă nu mai poate fi același cu obiectul dreptului de proprietate colectivă.

⁴⁶ D. Alexandresco, op.cit., tom III, partea a II-a, p. 454.

⁴⁷ C. Hamagiu, *Tratat de drept civil român*, Editura „NAȚIONALĂ” S. CIORNEI, București, 1928, vol. III, p. 512.

⁴⁸ Fr. Deak, op.cit., p. 551. Definiția este menținută și în Fr. Deak, R. Popescu, op.cit., vol. III, p. 188, eliminându-se, evident, precizarea privind efectul retroactiv.

⁴⁹ J. Molinier, *Le partage en droit fiscal*, teză pentru obținerea doctoratului prezentată la Universitatea din Bordeaux, Franța, la data de 10 decembrie 2016, publică la adresa <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01636053>, p. 14.

Dar, cum se produce această transformare? Dreptul de coproprietate conține însuși dreptul fiecărui coproprietar de a cere – la partaj - să primească un bun în exclusivitate, corespunzător mărimii dreptului indiviz deținut. Partajul divide, împarte. Partajul este locul unde coproprietatea asupra unui bun sau asupra unei mase patrimoniale se preschimbă în proprietate exclusivă asupra unui bun individual determinat. Așadar, în opinia noastră, partajul produce, mai degrabă, o înlocuire, decât o determinare. Obiectul partajului este de a înlocui o cotă-parte cu proprietatea exclusivă. Această transformare, această înlocuire a cotei-părți, este de esența partajului și constituie tocmai particularitatea sa. Este de esența indiviziunii să se transforme – la un moment dat - în una sau mai multe proprietăți exclusive. Germenele proprietății exclusive a existat încă de la momentul nașterii indiviziunii și făcea parte din dreptul de coproprietate.

Dar, nu înlocuirea este cea care necesită explicații. Ci, cum a putut lua naștere proprietatea exclusivă? Care este sursa acesteia? În ceea ce ne privește, considerăm că nașterea proprietății exclusive este una *sui generis*. O proprietate exclusivă care, într-adevăr, nu provine de la defunct. Dar, nu ia naștere nici prin transmisiuni reciproce între copartajanți. Mai degrabă, au loc renunțări simultane⁵⁰ la dreptul de coproprietate ale tuturor coproprietarilor, în vederea stingerii acestei stări, pentru viitor, concomitent născându-se un drept de proprietate exclusiv, individual, al fiecărui partajant asupra fiecărui bun atribuit. Așadar, mai degrabă „un schimb de renunțări”, decât un schimb de cote⁵¹. Coproprietatea trebuie să se stingă pentru a lua

⁵⁰ Dacă raționăm că, în cauză, au loc renunțări simultane ale fiecărui moștenitor, atunci, evident, nu se pune problema vreunui efect translativ.

⁵¹ În sensul că partajul presupune mai degrabă o dezinvestire a fiecărui coproprietar, decât o investire, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Ediția a cincea, Paris, ILGJ, 1917, tom X, p.190, nota 1.

naștere proprietatea exclusivă. Dar, coproprietatea se stinge ca urmare a voinței legii, nu ca urmare a unui schimb de cote care va avea ca rezultat o adiție, o dobândire a celorlalte cote de către fiecare partajant. Este o stingere pentru viitor reglată de lege imperativ. Avem, totuși, imaginea unui drept de proprietate, care, în forma de exercitare colectivă, era afectat de un termen extinctiv și în forma de exercitare individuală, era afectat de un termen suspensiv, al cărui obiect nu este determinat. Condiția – căreia i se descoperise un rol în sistemul efectului declarativ, constând în faptul atribuirii sau nu a bunului partajantului constitutor al ipotecii – nu are niciun rol în această ecuație. Ipoteca se va menține – în temeiul unei înlocuiri - în toate cazurile asupra bunului sau sumei de bani atribuite partajantului constitutor (art. 682 C.civ.).

Fiind vorba de o înlocuire, de o subrogație cu titlu particular, bunul atribuit prin partaj va avea aceeași natură juridică ca și cota-parte deținută de partajant⁵². Nu este nevoie să recurgem la efectul declarativ (și retroactiv) pentru a înțelege aceasta. Este o continuitate. Indiviziunea (succesorală, postmatrimonială sau de altă natură) nu este ștearsă, ci este continuată (recunoscându-i-se efectele actelor juridice încheiate legal de către un coproprietar) cu proprietatea exclusivă. Acest fapt se poate vedea cu claritate și din analiza drepturilor creditorilor personali ai unui coproprietar după partaj asupra bunurilor atribuite (art.678 alin.1 C.civ.).

⁵² Din această perspectivă, ni se pare că eventuala tarifare – în materia publicității imobiliare - a înscrierii dreptului de proprietate dobândit prin partaj la valoarea acestuia sau la o parte din această valoare este neavenită. Partajantul nu a dobândit nimic nou. El a înlocuit un prim drept – care, deja, făcuse obiectul unei tarifări - cu un drept nou.

F. Natura juridică a bunurilor atribuite în cadrul partajului din perspectiva regimurilor matrimoniale comunitare

În practică, s-a pus problema naturii juridice a bunurilor atribuite în cadrul partajului din perspectiva regimului matrimonial al partajantului căsătorit. Potrivit regulii generale, bunurile dobândite în timpul regimului comunității legale de oricare dintre soți sunt bunuri comune în devălmășie ale soților (art.339 C.civ.). Problema nu se pune sub imperiul ficțiunii efectului declarativ, unde se considera că partajantul (căsătorit) deținea bunul de la defunct, de la data deschiderii succesiunii, acesta având regimul juridic al unui bun propriu (art.31 lit.b C.fam.).

Astfel, în sistemul efectului constitutiv, fiind vorba de o înlocuire, nu încapă nicio îndoială că bunul atribuit moștenitorului căsătorit – la data partajului - sub un regim matrimonial comunitar, are natura juridică de bun propriu – asemenea cotei-părți pe care o înlocuiește - potrivit art.340 alin.1 lit.a și g C.civ.⁵³

Ce vom decide în cazul partajului cu sultă? Acesta presupune că un partajant a primit mai mult decât i s-ar fi convenit potrivit cotei sale părți, iar pentru a se respecta principiul egalității dintre partajanți, acesta va trebui să le plătească copartajanților o sultă. Va intra în comunitate partea din bun care depășește înlocuirea la care partajantul avea dreptul?

Acum, este interesant de observat care era opinia în această privință sub imperiul efectului declarativ, acolo unde partajul cu sultă era asimilat partajului fără sultă. Explicația consta în faptul că restabilirea egalității prin

⁵³ Soluția este identică și în cazul partajului unei coproprietăți post matrimoniale, în temeiul art. 340 lit. g) C.civ.

plata unei sulte era o necesitate a partajului, nu era atât voită de partajanți, cât impusă de natura bunurilor care se împărțeau⁵⁴. Și atunci, dacă atribuirea bunurilor nu se putea face obiectiv decât cu plata unor sulte nu exista niciun motiv să se refuze acestui partaj efectul declarativ, asemenea partajului în care bunurile puteau fi distribuite corespunzător cotelor indivize fără plata unor sulte. Partajanții – chiar când își plătesc sulte - nu urmăresc să încheie o afacere, nu speculează. Este incorect să spunem despre sultă că ar fi echivalentă cu noțiunea de preț. Partajanții urmăresc, pur și simplu, să evalueze corect bunurile, nu să obțină un câștig.

Regimurile matrimoniale comunitare au vocația de a absorbi în masa bunurilor comune orice bunuri care nu au caracterul de bunuri proprii. În esență, trebuie să fie vorba de achiziții sau de alte acte cu titlu oneros. Numai că partajul, fiind un act determinativ, se pare că nu poate fi încadrat lesne în clasificarea actelor juridice, cu titlu oneros sau cu titlu gratuit.

Într-o primă opinie – proprie susținătorilor efectului translativ al partajului -, s-ar putea susține că în cazul partajului cu sultă, natura juridică a bunului este mixtă: pentru valoarea cotei indivize pe care o înlocuiește, partea din bunul atribuit constituie bun propriu, iar pentru valoarea care depășește cota indiviză înlocuită – și pentru care se plătește sultă, partea din bun cade în comunitate⁵⁵. După cum spus, avem rezerve că sulta poate fi asimilată prețului. În cadrul partajului, ea are rolul de restabili egalitatea. Este adevărat că partajantul care a primit mai mult plătește o sultă celuilalt partajant, dar acesta nu achiziționează nimic de la copartajant, căci efectul partajului este constitutiv. Nici partajantul care plătește sulta, nu cumpără,

⁵⁴ A. Broussard, op.cit., p. 74.

⁵⁵ Autorii care susțin teza efectului translativ al partajului consideră că aceasta este soluția chiar și în cazul partajului fără sultă, A.A. Moise, op.cit., p. 66.

nici cel care o primește, nu vinde. De altfel, întreaga operațiune nu ar putea fi asimilată, nici juridic, nici faptic, unei vânzări, unei tranzacții. Partajul nu este partaj pentru o parte din bun și vânzare pentru o altă parte. Natura contractului este unitară. Iar, efectul constitutiv vine să confirme aceasta.

Într-o altă opinie – în acord cu efectul constitutiv - pe care o propunem, natura juridică a bunului atribuit trebuie să fie unitară. Acesta va avea, în integralitate, natura juridică a cotei-părți pe care o înlocuiește. Constituirea dreptului de proprietate exclusivă nu poate fi scindată⁵⁶. În acest punct, se văd consecințele lipsei unei definiții legale a partajului. Nu trebuie să neglijăm faptul că partajul este un act deosebit de frecvent întâlnit în viața familiilor. A supune partajul cu sultă incidenței unor reguli matrimoniale ar însemna o nouă lovitură adusă acestui act juridic și, implicit, liniștii din familie. Ni se pare că trebuie să le recunoaștem partajantilor dreptul de a ieși din indiviziune în ce modalitate doresc. Fie că împărțirea bunului sau bunurilor nu este obiectiv posibilă, fie că aceasta ar fi posibilă, dar ar implica inconveniente materiale sau economice, fie că, pur și simplu, un partajant decide să primească numai sultă, partajantii au întreaga libertate să iasă din indiviziune în ce modalitate convin.

Dincolo de considerentele privind utilitatea socială a partajului, chestiunea este una tehnică. Atât timp cât constituirea este una unitară, este neavenit să o scindăm în partea din bun corespunzătoare cotei părți și partea din bun care depășește această valoare. Ce am putea spune despre partea din bun care depășește valoarea cotei sale părți? Cu ce titlu o primește? Căci și aceasta i se cuvine tot în temeiul cotei sale părți. În mod cert, nefiind vorba de un act translativ, nu o primește de la copartajanți. Este tot o (aceeași)

⁵⁶ Paradoxul face că s-ar trece dintr-o proprietate colectivă (între moștenitori) într-o altă proprietate colectivă, cel puțin parțial (între soți).

constituire, produsă în temeiul legii. Căci, tocmai cota sa parte îi conferă vocația de a dobândi o proprietate exclusivă cel puțin egală cu valoarea acestei cote din bunul comun. Dacă legiuitorul nu ar fi permis aceasta, partajul ar fi fost aproape imposibil. Iar constituirea în cazul partajului – cu sau fără sultă - nu este una cu titlu oneros, căci scopul partajului a rămas, în continuare, de a determina. Sulta este necesară pentru a se reechilibra împărțeala. Dacă părțile nu încheie un act translativ, atunci nu poate fi vorba de o achiziție cu titlu oneros, care să intre sub incidența dispozițiilor art.339 C.civ.

Faptul plății sultei din fonduri comune ale soților va da naștere unei creanțe în favoarea celuilalt soț la data lichidării comunității. De altfel, obligația de plată a sultei (de a da) este o obligație proprie a partajantului căsătorit. El numai întrebunțează fonduri comune ale soților pentru a o executa. Dar aceasta nu poate afecta natura juridică a dreptului de proprietate dobândit, căci întreg raportul juridic la care a dat naștere partajul se situează pe tărâmul drepturilor și obligațiilor proprii ale partajantului căsătorit.

Reiterăm ideea că partajul constituie un act deosebit de important pentru viața familiilor, știut fiind că indiviziunea succesorală este cea mai frecventă formă de coproprietate. Acest act a fost dintotdeauna privit cu favoare de legiuitor, în această privință, dovadă stând chiar instituirea ficțiunii efectului declarativ. Nu vedem niciun motiv pentru care efectele partajului ar trebui să se ciocnească, azi, atât de violent de normele regimurilor matrimoniale. Fără îndoială că există și soluții: anterior partajului, partajantul căsătorit poate adopta regimul comunității convenționale, stipulând că bunurile dobândite printr-un partaj cu sultă sunt bunurile sale proprii. Dar, ni se pare că soluția trebuie să fie una mai simplă.

În concluzie, chiar și sub imperiul efectului constitutiv, considerăm că în cazul partajului cu sultă, constituirea dreptului de proprietate „majorată”

în favoarea unui partajant căsătorit se face tot în temeiul cotei-sale părți, iar bunul astfel dobândit va avea, în integralitate, regimul juridic de bun propriu pe care l-a avut cota sa parte.

STUDII

RECONSIDERING THE AUTHORITY TO SELL
AS THE AUGMENTATION OR RESTRICTION
OF CREDITOR'S RIGHTS IN *FIDUCIA CUM
CREDITORE*

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.12
Data publicării online: 16.03.2021

Tomislav KARLOVIĆ*

Abstract: The issue of creditor's rights in *fiducia cum creditore* after the debtor's default is one of the central questions concerning the history and development of this form of real security in Roman law. Opposing views and the arguments put forward in the literature during the last decade are keeping the discussion alive. Although it may seem that the idea of the right to final acquisition of unburdened ownership by creditor on default (Verfall theory) is taking sway, there are still opinions in favor of the position acknowledging creditor only the right to hold the object until the debt was eventually paid (Bewahrung theory). In this paper, the problem is reconsidered taking into account the analysis of documents from Roman business practice, as well as the juristic opinions.

Keywords: roman law, *fiducia cum creditore*, Verfall theory, Bewahrung theory, roman business practice.

* Tomislav Karlović, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Sv. Ćirila i Metoda 4, Zagreb, Croatia, tomislav.karlovic@pravo.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1846-1318.

Table of Contents

I.	Introduction	457
II.	Theoretical approaches to the position of <i>creditor fiduciarius</i> after debtor's default.....	460
III.	<i>Fiducia</i> in the documentary practice reconsidered.....	465
IV.	Conclusion	474

I. Introduction

Fiducia cum creditore is considered as the original form of real security in Roman law.¹ It was constituted by the transfer of ownership of *res*

¹ In general about *fiducia* see more in: Dernburg, H., *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I (Leipzig, 1860); Degenkolb, H., 'Ein *pactum fiduciae*', *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 9 (1871), 117 ff.; Gide, P., 'Un *pactum fiduciae*, note sur une inscription latine récemment découverte', *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, 1 (1870-1871), 74 ff.; Rudorff, D., 'Über die baetische Fiduciar Tafel. Eine Revision', *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11 (1873), 52 ff.; Geny, F., *Etude sur la fiducia* (Nancy, 1885); Geib, O., 'Actio fiduciae und Realvertrag', *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 8 (1887), 112 ff.; Eck, E., 'Neue pompejanische Geschäftsurkunden', *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 9 (1888), 60 ff.; Oertmann, P., *Die Fiducia im Römischen Privatrecht* (Berlin, 1890); Jacquelin, R., *De la fiducia* (Paris, 1891); Wigmore, J., 'The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas, III', *Harvard Law Review*, 11 (1897-1898), 18 ff.; *idem*, 'The Pledge-Mortgage Idea in Roman Law: A Revolutionary Interpretation', *Illinois Law Review*, 36 (1941-1942), 371 ff.; Manigk, A., 'Fiducia', in *Paulys Real-Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, VI, 2, (Stuttgart, 1909), 2287 ff.; Longo, C., *Corso di diritto Romano, La fiducia* (Milano, 1933); *idem*, 'Fiducia cum creditore', in P. Ciapessoni, ed., *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, (Pavia, 1934), 793 ff.; Segrè, G., *Corso di diritto romano, Le garanzie personali e reali delle obbligazioni. II: Le garanzie reali* (Torino, 1935); Erbe, W., *Die fiducia im römischen Recht* (Weimar, 1940); Burdese, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* (Torino, 1949); Watson, A., 'The Origins of Fiducia', *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 79 (1962), 329 ff.; Engels, L. J., 'Fiducia', in *Reallexicon für Antike und Christentum*, VII (Stuttgart, 1969), 839 ff.; Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, I (München, 1971), 460 ff.; *idem*, *Studien zum*

mancipi in the abstract forms of *mancipatio* or *in iure cessio* and it created an obligation for the return of the object of security after the payment of a debt. The exact form of *fiducia*, or the incorporation of fiduciary purpose in the forms of conveyance, however, is still disputed in the literature.² The same also applies to the closely connected rights of the parties after the debtor defaulted. Notwithstanding the regularly agreed clause authorizing the

römischen Pfandrecht (Napoli, 1982); Bellocchi, N., *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana, I. Le nuncupationes* (Napoli, 1979); *eadem*, *La struttura della fiducia II: Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano* (Napoli, 1983); Noordraven, B., *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam, 1999); Dunand, J.-P., *Le transfert fiduciaire: „donner pour reprendre“, Mancipio dare ut remancipetur* (Bâle-Genève-Munich, 2000); Migliardi Zingale, L., 'In tema di „fiducia cum creditore“: i documenti della prassi', *Labeo*, 46 (2000), 451 ff.; Paricio, J., 'Apuntes sobre la actio fiduciae', in L. Garofalo, ed., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, III (Padova, 2003), 49 ff.; Lambrini, P., 'Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore', in L. Vacca, ed., *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, 2003), 256 ff.; *eadem*, 'Il negozio fiduciario e la sua causa', *Studi Urbinati*, 66 (2015), 55 ff.; Peppe, L., 'La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione', in M. Lupoi, ed., *Le situazioni affidanti* (Torino, 2006), 15 ff.; *idem*, 'Alcune considerazioni circa la "fiducia" romana nei documenti della prassi', in L. Peppe, ed., *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica* (Padova, 2008), 173 ff.; Romeo, S., 'Fiducia auctionibus vendunda nelle Tabelle Pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle testationes nelle avctiones puteolane del 61 d.C.', *Polis*, 2, II (2006), 207 ff.; Krämer, G., *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat* (Köln, 2007), 12 ff.; Cardilli, R., "'Vir bonus' e 'bona fides'", in A. Lovato, ed., *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica* (Bari, 2011), 179 ff.; Verhagen, H. L. E., 'Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht. Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 79/1 (2011), 1 ff.; Fercia, R., *"Fiduciam contrahere" e "contractus fiduciae". Prospettive di diritto romano ed europeo* (Napoli, 2012); Toro, A., *Il divieto del patto commissorio e il patto Marciano nei rapporti assoluti di garanzia* (doct. diss., Palermo, 2012-2013); Falcone, G., 'La formula „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“ e la nozione di „vir bonus“', *Fundamina*, 20/1 (2014), 258 ff.; Marra, P., *Fiduciae causa* (Milano, 2018).

² From the abundant literature see e.g. the overviews in Noordraven (1999), Dunand (2000), Bertoldi, F., 'Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica', in M. Lupoi, ed., *Le situazioni affidanti* (Torino, 2006), 101 ff.; Lambrini (2015), 39 ff.; Marra (2018).

creditor to sell the object of *fiducia* on default present in the practice and legal literature of the classical period, the opinions of Roman law scholars diverge on the scope of rights inherent to the relationship, meaning when there was no specific authority to sell.

During the 20th Century majority of authors, especially taking into account the textbooks³, supported the thesis that the release from the obligation to return the object and the final acquisition of unburdened ownership by creditor on default (the so called *Verfall*)⁴ represented the original solution as the debtor forfeited his right to repay the debt on a later date and claim the thing back.⁵ The other opinion, more visible in the articles and studies during the 19th Century⁶, that *fiducia* gave creditor only the right to hold the object until the debt was eventually paid (so called *Bewahrung*), was in a way moved to the background, although it is still quite strong and present.⁷

After the two monographs, by Noordraven and Dunand, being representative of two approaches to the topic, were published at the turn of

³ See e.g. Kaser, M., *Römisches Privatrecht*, 10th ed. (München, 1977), 124 (the same in Kaser, M., Knütel, R.; Lohsse, S., *Römisches Privatrecht*, 21st ed. (München, 1917), 182); Jörs, P.; Kunkel, W.; Wenger, L., *Römisches Recht*, 4th ed. (reviewed by H. Honsell, T. Mayer-Maly and W. Selb) (Berlin et al., 1978), 201; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990), 478; Horvat, M., *Rimsko pravo*, 7th ed. (Zagreb, 1998), 168; Guarino, A., *Diritto romano privato* (Napoli, 2001), 751; Hausmaninger, H.; Selb, W., *Römisches Privatrecht*, 9th ed. (Wien-Köln-Weimar, 2001), 180; Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano* (Palermo, 2006), 448; Apathy, P.; Klingenberg, G.; Pennitz, M., *Einführung in das römische Recht* (Wien, 2007), 107.

⁴ Concerning the alternative use of term *lex commissoria* in the literature and its (in)compatibility with this concept see e.g. Noordraven (1999), 239.

⁵ See more *infra* in 2.

⁶ See the overview in Oertmann (1890), 203 ff.

⁷ See more *infra* in 2.

the Century⁸, the stream of new studies did not stop; on the contrary, there could be observed a renewed interest in *fiducia* and related issues.⁹ Following these, more or less recent, studies touching upon the problem of creditor's rights upon default and the proposed solutions, the issue is reconsidered in the article. After the initial presentation of both theories and the reasoning underlining them, the main argument is based on the construction of documents testifying the fiduciary transfer, also taking into consideration recent analyses of juristic law.

II. Theoretical approaches to the position of *creditor fiduciarius* after debtor's default

The main problem concerning the primary form and development of remedies available to creditor upon debtor's default in *fiducia* represents the lack of sources.¹⁰ In general we are missing a lot of information about the *fiducia*, however, the situation here is specific. The texts from the business practice of the 1st Century AD provide sufficient material on the specifically agreed power of sale (*pactum vendendi*), but they keep silent on the issue what would happen without this special provision. Even in the interpolated

⁸ Even though Noordraven's dissertation had been published in Dutch in 1988, it became widely recognized and accepted as one of the authoritative works in the field after the German translation in 1999. See Noordraven, B., *De Fiducia in het Romeinse recht* (Deventer-Arnheim, 1988); Noordraven (1999).

⁹ After our paper (in Croatian language), Karlović, T., 'Razvoj oblika namirenja fiducijarnog vjerovnika u rimskom pravu i u suvremenom hrvatskom pravu', in *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava* (Zagreb, 2008), 69 ff., we can mention for example Verhagen (2011), Fercia (2012), Toro (2012-2013), Marra (2018).

¹⁰ See e.g. Lambrini (2003), 259 f.

texts in the Digest, the problem of foreclosure is sparsely discussed only in relation to the sale of the object of *fiducia*.¹¹ The sale was also envisaged as a regular course of action for *creditor fiduciarius* in Paul's *Sententiae*.¹² By that time *pactum vendendi* became an implied provision, or *ius vendendi* the so called *naturalia negotii*¹³ of *fiducia*¹⁴, but this is already quite late and would reflect more the process of amalgamation of *fiducia* and *pignus* in late classical law. As the *fiducia* was in use for at least four centuries by that time, and probably longer¹⁵, it is questioned whether this reveals the true extent of creditor's rights in the preceding periods, or even at that time as well.

With *pignus* the situation is, or at least appears to be, more clear as the right of sale would be the principal solution because the debtor remained the owner of the pledged thing.¹⁶ If the creditor was to do anything with the pledge, relying on *Gai. Inst.* 2, 64 and the pertaining studies, it seems that this would have to be specifically agreed upon in advance, or at least upon

¹¹ See e.g. Noordraven (1999), 240 ff.; Marra (2018), 206 ff.

¹² Paul. Sent. 2, 13.

¹³ On the notion of *naturalia negotii* see Dajczak, W., *The Nature of the Contract in Reasoning of Civilian* (Poznań, 2012).

¹⁴ Longo (1933), 87 ff.; Burdese (1949), 87 f.

¹⁵ For the presence of *fiducia* in *ius civile* and the discussion of its place in *Leges duodecim tabularum* see e.g. Oertmann (1890), 52 ff.; Dunand (2000), 78 ff.

¹⁶ See for the discussion similar to the one concerning *fiducia*, in Kaser (1982), 12 ff.; Wacke, A., 'Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts', *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 115 (1998), 168 ff.; Noordraven (1999), 22 ff.; Braukmann, M., *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft* (Göttingen, 2008), 50 ff.; Verhagen (2011); Verhagen, H. L. E., 'The Evolution of Pignus in Classical Roman Law. Ius Honorarium and Ius Novum', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81/1-2 (2013), 69 ff.; Toro (2012-2013), 34 ff.

default.¹⁷ In *fiducia*, creditor's position was different as he acquired the ownership of collateral, the object of security, so one would suggest, according to the regular owner's rights, it would be up to him to decide what to do with the object. Here, however, the opinions in the scholarship differ on how much freedom he had depending on the nature of his ownership rights and the extent of his fiduciary duties.

One part of the authors considered that the trust the debtor bestowed upon creditor limited creditor's rights very significantly so he was not allowed to sell the object freely or keep it for himself after debtor defaulted.¹⁸ According to this approach, the so called *Bewahrung* theory, acknowledging all the nuances of different studies, *creditor fiduciarius* would keep the title and would stay in the possession of a thing, but he was under perpetual obligation to reconvey it at any given moment if the debtor paid his debt. Thus, the creditor was never absolved of the duty to return the object. In essence, the exercise of creditor's rights was restricted by the temporary nature of transfer visible in the conveyance.¹⁹ For most of the authors, this was based on the insertion of *nuncupatio*, solemn verbal formula being a part of

¹⁷ Burdese (1949), 135 ff.; Biscardi, A., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano* (Milano, 1976), 158 f.; Toro (2012-2103), 41 ff.

¹⁸ Dernburg (1860), 19; Rudorff (1873), 66; Pernice, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III (Halle, 1892), 139; Grosso, G., 'Sulla fiducia a scopo di „manumissio“', *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (NS), 4 (1929), 259 ff.; Segrè (1935), 48 f.; Fuenteseca, P., 'Líneas generales de la „fiducia cum creditore“', in J. Paricio, ed., *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994), 393 ff.; Dunand (2000), 134 ff. See the overviews in: Noordraven (1999), 232 ff.; Dunand (2000), 134 ff.; Lambrini (2003), 267; Toro (2012-2103), 14; Marra (2018), 210.

¹⁹ See in general: Oertmann (1890), 93 f.; Pernice (1892), 139; Manigk (1909), 2291 f.; Grosso, G., 'rec. Erbe, W., Die fiducia im römischen Recht', *Studia et documenta historiae et iuris*, 7 (1941), 428 ff.; Burdese (1949), 9 ff.; Macqueron, J., *Histoire des obligations, Le droit romain* (Aix-en-Provence, 1975), 84; Dunand (2000), 93 ff.

the mancipative form indicating that it was performed *fiduciae causa*, which made the acquisition conditional upon this purpose.²⁰ Fuenteseca went even further claiming that the creditor obtained only *potestas*, not ownership, and was therefore not able to dispose with the object of *fiducia*.²¹

The only means by which the creditor forced the debtor to fulfill the secured obligation was by holding the object of *fiducia* in his possession. As this was *res Mancipi*, one of the most important objects of person's property, it would give enough motivation to debtor to pay the debt and to retrieve the thing back. Alternatively, parties could add to their agreement *lex commissoria* or more often *pactum vendendi* (or *pactum de vendendo*).²² It is assumed that these clauses were introduced as a concession to the creditor during the last two centuries BC and that *pactum vendendi*, as the only equitable solution, became standard part of *fiducia cum creditore* during the classical period.

Conversely, the other part of the Romanists saw the introduction of *pactum vendendi*, probably around the same time, as a compromise in favor of a debtor limiting the basic right of a creditor to keep the title to the object of security after default.²³ In earlier times, before the introduction of *actio*

²⁰ For a recapitulation see e.g. Noordraven (1999), 232 ff.; Dunand (2000), 134 ff. It can be added here that while Oertmann accepted the insertion of *nuncupatio* containing fiduciary purpose, he insisted on tacitly included *lex commissoria* as a regular recourse for the creditor. Similar view, in the sense that the transfer itself was conditioned *fiduciae causa* and that *lex commissoria* was pertinent to the transaction, but with a different construction based on the *lex commissoria* as it was added to the contract of sale, was expressed by Burdese. See Oertmann (1890), 204 f.; Burdese (1949), 9 ff.

²¹ Fuenteseca (1994), 393 ff.

²² See Dunand (2000), 138 ff.

²³ Manigk (1909), 2295 ff.; Longo (1934), 806 ff.; Erbe (1940), 36 ff.; Engels (1969), 845; Noordraven, (1999), 236 ff.

fiduciae, but also in the later periods of preclassical and classical law, if the special clause on sale was not added, the creditor would remain the owner of the thing, unburdened or unrestricted by any possible future debtor's claims as the debtor forfeited his right not paying the debt in time. It is considered that this reflected the original nature of *fiducia* when the debtor was not personally responsible for the debt, but the liability was embodied in the object given in *fiducia*, a concept described in German legal literature as "*reine Sachhaftung*".²⁴ At that stage the creditor bore the risk for the loss of the thing, while the debtor surrendered it regardless of its value in comparison to the amount of debt. This was changed with the introduction of clauses, like *pactum vendendi*, envisaged to achieve more equitable solutions in line with the rights given to *creditor pigneraticius*.

Most of the representatives of this approach considered the retention of ownership after the debtor defaulted to be the natural result of the initial, unconditional conveyance.²⁵ For them, *fiducia* was composed of two parts, the formal conveyance accomplished by *mancipatio* or *in iure cessio*, and the informal *pactum fiduciae*, an obligatory agreement with the specification of the parties' rights and duties. These elements were separate, and the acquisition of title independent from its purpose regarding the property law, so the creditor would normally continue to hold the object after default in his

²⁴ See e.g. Erbe (1940), 37 f.; Kaser (1982), 2 f. Here we should also note that Kaser in his review of Burdese's work restated that *reine Sachhaftung* would be initial solution in the oldest period („*das auch wir für die altrömische Entwicklung für notwendig und unwiderleglich halten*“), but *Verfall* as its continuation would not have place in the following period (presumed classical law as the age from which the sources originate). See Kaser, M., 'Review of Burdese, A., *Lex commissoria e ius vendendi*', *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 67 (1950), 559.

²⁵ See in general lines Noordraven, (1999), 236 ff.

capacity of an owner, as he had the right before. The only difference would be that before the debt was due the creditor was under obligation to return the thing if the debtor paid, but after the debtor defaulted this obligation was extinguished.

III. *Fiducia* in the documentary practice reconsidered

The arguments for both groups of theories are mainly based on different interpretations of the same, scarce sources. For some texts there is not even a consensus if they really dealt with *fiducia*.²⁶ Further on, most of

²⁶ This relates in the first place to the earliest source suggested by the authors who held that the creditor was only authorized to safeguard the object, Cicero's *Pro Flacco* 21,51 („*Abduxisti Temno Apollonidem; pecuniam adulescentulo grandi foenore, fiducia tamen accepta, occupauisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis. Tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni uenire ad testimonium dicendum coegisti.*“). According to them, the sentence “*Hanc fiduciam commissam tibi dicis.*” would prove that *lex commissoria* could and used to be concluded with *fiducia*. The reasoning is as follows: if the final forfeiture of debtor's right for the return of a thing was the regular outcome of *fiducia*, there would be no need for the addition of *lex commissoria*; so, *argumentum a contrario*, just as the situation was with *pignus*, Cicero's text would show that the creditor was not normally entitled to keep the object of *fiducia* but needed *lex commissoria* to retain the ownership. In this sense, the structure of the passage and the phrase “*tenes et possides*” would emphasize that the creditor acquired the ownership only by special provision. The opposite view is that Cicero's text could not deal with *fiducia* as it described a legal transaction between Greeks and not Romans. From that aspect it would seem more probable that Roman legal terminology was used to designate *prasis epi lysei* or sale-for-repurchase, a form of real security in ancient Greek law also based on the transfer of ownership. As Cicero gave his speech before the Roman court, he might have seen it more appropriate, taking account of the similarity between the institutes, to use the name of Roman counterpart and not a Greek term. Otherwise, it is as well possible that this change of names was made in preparation of a written copy of the speech. *Prasis epi lysei* appears to be more plausible solution, so, without making a final conclusion but primarily because of the involved subjects, it seems more justified to put Cicero's text aside and to concentrate on other sources. On the analysis of the text, with *prasis epi lysei* reading see e.g.

these texts originate from the 1st and 2nd Century AD, and while the theories aim to explain the creditor's legal position of that time, they also attempt to put it in the context of earlier developments and to recreate what happened before as well. Naturally, there are numerous conjectures, many of them based on "common sense" and what would be expected in a regular (real security) relationship or in society. An example of that can be seen in Kaser's explanation of the reasons (*schwere rechtspolitische Bedenken*) why there could be no *Verfall* in later period.²⁷

Notwithstanding the general nature of some of the arguments, we have to admit that Kaser's scheme of transition between the two solutions (*Verfall* and *Bewahrung*), at least as we understand it, seems acceptable with some modifications concerning the second phase. Namely, although this is not so clearly expressed, the introduction of *actio fiduciae*, as *actio in personam*, sanctioning the agreement to transfer the object (*fidi*) *fiduciae causa*, would be a decisive moment.²⁸ Moral duty to retransfer the object, effectively meaning that there was initially *reine Sachhaftung*, was then supplanted by a legal duty to observe the agreement establishing the reason (*causa*) for the conveyance. In that sense, the agreement would have the similar role as the one in transfers made *emptio causa* or *donationis causa*. Furthermore, this *conventio* would be the basis of parties' obligations as a whole. Even if there was the inclusion of words indicating (*fidi*) *fiduciae causa* in the form

Biscardi (1976), 29 f., and Noordraven (1999), 157; for substantially Roman *fiducia* Dunand (2000), 135.

²⁷ See the explanation of Kaser's (1950) position in note 24.

²⁸ At this point we would just add that we adhere to the now quite commonly accepted opinion that there was no early *legis actio fiduciae*.

of conveyance²⁹, the judge could not decide just on the basis of these words, without taking into account all the elements of the agreement. Formula of *actio fiduciae* was not *stricti iuris* so as to authorize the judge strictly to decide if there was a duty to reconvey the object according to the certain words or not. The instruction to evaluate the conduct and the duties of the parties according to the criterion “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*”³⁰ would indicate, in our opinion, that the *fiducia* was by itself a complex agreement. Surely, the parties did not have to provide for everything in advance, especially in the beginnings when the loan was given and secured between friends or the property was equally transferred to them for safekeeping³¹, however, with the rise of commerce and banking, impersonal relationships would suggest more detailed arrangements. This would especially hold true in an evolving, open to juristic interpretation, system of *iudicia bonae fidei*.

Roman documentary practice, to the extent it is preserved in several *tabulae* with recorded transactions from the 1st Century AD, is a clear indication of this complexity.³² However, their rather poor condition and incompleteness leave the main questions open, including those pertaining to

²⁹ Problem of the inclusion of purpose in *in iure cessio* is e.g. set aside by Lambrini (2015), 43, fn. 33.

³⁰ Cic. *De officiis* 3, 17, 70.

³¹ The terminological division between *fiducia cum amico* and *cum creditore* being a development of classical law, or just by Gaius, Inst. 2, 60. See Noordraven (1999), 42 ff.

³² For the overviews see e.g. Bove, L., *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici* (Napoli, 1984); Romeo (2006), 207 ff.; Gröschler, P., *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Berlin, 1997); *idem*, ‘Die Mittel der Kreditsicherung in den *tabulae ceratae*’, in K. Verboven *et al.* (eds.), *Pistoi dia tèn technèn. Bankers, Loans, and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of Raymond Bogaert* (Leuven, 2008), 313 f.; Noordraven (1999), 14 f.; Marra (2018), 98 ff.

the problem of creditor's recourse on default. Although *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* brought in the last 50 years new information about the procedure of public sale to light³³, the main sources regarding the rights of the parties still remain *tabula Baetica* and *mancipatio Pompeiana* found during the second half of the 19th Century.³⁴

Tabula Baetica is especially important probably being the abstract draft used for recording fiduciary transfer and agreement.³⁵ Thus, its composition is mostly viewed as an expression of wider practice and indicator for the general presence of clauses contained in the document. The initial part of the text confirms the conveyance made *fiduciae causa*, followed by the *pactum conventum* encompassing the relevant provisions concerning the debt satisfaction and the rights of the parties upon default:

³³ Esp. see the detailed analysis in Romeo (2006), 207 ff. For the sources see Camodeca, G., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.): Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii* (Roma, 1999), Wolf, J. G., *Neue Rechtsurkunden aus Pompeji, Tabulae Pompeianae Novae* (Darmstadt, 2010).

³⁴ See the works in fn. 32.

³⁵ See as early as Hübner, E., 'Ein Pactum fiduciae', *Hermes*, 3 (1869), 283 f. Also see Oertmann (1890), 15 ff.; Bueno Delgado, J. A., 'El bronce de Bonanza', *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, (2004), 154 ff. For an archeological and toponymic argument that it recorded a specific legal transaction see recently Sabio González, R., 'El bronce de Bonanza. Contextualización arqueológica y toponímica de un documento jurídico romano', *Boletín del Museo Arqueológico Nacional*, 38 (2019), 91 ff.

Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui | Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) | esset, (sestertio) n(ummo) I | et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa man|cipio accepit ab L. Baiano, libripende antest(ato). Adfines fundo | dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet. || Pactum conuentum factum est inter Damam L. Titi ser(uum) et L. Baian(ium), <uti> | quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, ex | pensumue tulit tulerit, siue quid pro eo promisit promiserit, | spopondit <spoponderit>, fideue quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus | eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fides||ue persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua qua|que die L. Titio h(eredi)ue eius data soluta non esset, tum uti eum | fundum eaque mancipia, siue quae mancipia ex is <<uellet>> L. Titi|us h(eres)ue eius uellet, ubi et quo die uellet, pecunia praesenti | uenderet; mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I inuitus ne daret, neue sa||tis secundum mancipium daret, neue ut in ea uerba, quae in uer|ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neue simplam neue || [duplam – – –³⁶

It is important to notice that in the first place, as part of the *pactum*, it is established that certain objects would serve as a collateral for pecuniary obligation, listing specifically the possible sources of obligation, until the money was returned or a personal surety was extinguished.³⁷ Thus, practically, the central point of the relationship that would differentiate between different purposes of transfer *fiduciae causa*, in this case the loan, credit as the basis for creating real security, is put first. Then, it is proceeded in second section with the right of sale given to creditor and his heirs if the debt was not duly paid – for cash, wherever and whenever the creditor wanted. The third part defined the modalities of sale, i.e. it forbade the

³⁶ Transcription is available in most of the sources with slight differences. See Arangio-Ruiz, V., *Fontes iuris romani antejustiniani, III, Negotia*, 2nd ed. (Florentiae, 1972), 295 ff.

³⁷ See Camodeca (1999), 181; Marra (2018), 105.

creditor to mancipate the thing for more than one *sestertius* and to give any security to buyer, restricting thus the debtor's responsibility to creditor for eviction.³⁸

Also, regarding the similarities between the two *tabulae*, the following provisions of *mancipatio Pompeiana* could be added in continuation as they would be most probably found on the other, missing tablet of *tabula Baetica*:

Si quo minoris e[a] mancipia q(uiibus) d(e) a(gitur) uenie[r]int, in sortis ui]cem d[e]beun[t]u[r] mihi herediue meo quae reliqua erunt. | Quod si pluris] ea mancipia q(uiibus) d(e) a(gitur) ueni[er]int, id quod super]fluum erit reddetur tibi h]ered[i]ue tuo — — — — — — — — — —] || ea pecunia [— — — — —]. | Utique ea mancipia sumtu inp[e]nsa per[iculo]ue tuo sint], | id mihi tecum conuenit e]t pacta tecum sum.³⁹

According to the reconstruction, they would give a right to creditor to sue for *reliquum*, the missing difference between the amount of debt and the achieved price, and on the opposite side to debtor the right to *superfluum*, the surplus achieved by sale. At the end, it was agreed that the debtor would bear the expenses and was responsible for the accidental loss of object.

The conclusions drawn from the contents of *pactum conventum* are usually determined by the pre-existing theory on the form of *fiducia*. On one hand, *pactum* can be regarded as a unity added to the transfer already containing the words *fidi fiduciae causa* or *nuncupatio* indicating *causa fiduciae*.⁴⁰ In that situation, *pactum vendendi* is added in favor of the creditor,

³⁸ For detailed examination see works in fn. 32.

³⁹ Text is given according to Arangio-Ruiz's edition and his propositions for completing missing parts of the text. See Arangio-Ruiz (1972), 291 ff.

⁴⁰ For the recent more exhaustive discussions of the issue see e.g. Romeo, S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi* (Milano, 2010), 246 ff. („nella fiducia l'acquirente deve aver detto „hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium fiduciae causa“); Fercia (2012), 183 ff. (against the inclusion of words in *mancipatio*, but for

allowing him the sale. In other opinion, the source of the obligation is found in *pactum conventum*, whereby it could be said that it is composed of two parts, first and central establishing the purpose of the transfer and the secured debt, and the second one containing the rules on sale – in favor of the debtor, specifically concerning *superfluum*. As indicated before, we are more inclined to accept the second approach, however, we have certain reservations. In first place, concerning both of them, it seems difficult to imagine that the parties entering into negotiations on a loan and a collateral would not discuss and settle the issue of satisfaction if the debtor defaulted.⁴¹

More importantly, we would focus on the general purpose of clauses inserted in contracts. In most cases, special provisions are provided either to change the certain aspects of contractual arrangements, to add certain rights or obligations, or to regulate previously undefined issues so as to avoid possible litigation.⁴² As it can be seen from other documents, especially those recording sale, these clauses follow on the beginning of the text comprising *essentialia negotii*, introducing new elements that received their binding

pactum/conventio in line with Tab. 6,1 and as indicated in D. 2, 14, 48 (Gaius 3 ad l. XII tab.); Lambrini (2015), 43 ff. (for the inclusion of words in the form of *mancipatio*); Marra (2018), 105 ff.; 124 ff. (does not refute absolutely the possibility of specific words indicating *causa*, but stresses the role of *pactum*).

⁴¹ In TH 65 the second part is physically missing, but even if there would be no mention of creditor's remedies on default, this does not mean that parties would not agree on that. As an example of that can be used Gröschler's explanation on the missing date when the debt is due and the lacking mention of interests. See Gröschler (1997), 141 f., 149 ff.

⁴² In general, on *pacta* see Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town and Johannesburg, 1996), 509 ff. For the types of clauses with *mancipatio* see Randazzo, S., *Leges mancipii* (Milano, 1998).

force from the agreement of the parties, in later practice sometimes being recognized as natural parts of the contract.⁴³

Similarly, and in relation to *pignus* and the contents of *TPSulp.* 79 (*TPN* 69), which are also defined in terms of *pactum conventum* (“*haec mihi tecum ita convenerunt pactusque sum*”)⁴⁴, the elements of *pactum conventum* of *fiducia* could be interpreted. After the essentials, the purpose of the transfer and the secured obligation, were established, parties agreed that the creditor is authorized to sell the object of *fiducia* if the debt is not paid by a certain date.⁴⁵ According to the sequence of sentences, used verbs and their form it seems that if the parties did not write anything after the “*...liberataque esset*“, the object would just “be” in *fiducia* until repayment.⁴⁶ Nevertheless, having in mind differences between formulas and real life, and

⁴³ See Arangio-Ruiz (1972), 281 ff.

⁴⁴ „*C(aio) Laecanio Basso Q(uinto) Terentio Culleone co(n)s(ulibus), idi[b]us Mart[is]. L(ucius) Ma[r]ius Didae l(ibertus) lucundus] scr[ipsi] me dedisse C(aio) Sulpicio] F(austo) pignoris nomine triti[c]i ale]xa[ndrini] modium] millia [decem et tri]a, quae sunt] posita in [Do]miti]ae Lepidae [pr]ae]dis Barbat[i]an[i]s [s]uperioribus [horreo] XX[VII], ob HS vig[i]nti mill[i]a nummu[m], quae per chiro]graphum scripsi me...*

Si idibus Mais primis ea HS ((I))(I), q(uae) s(upra) s(cripta) s(unt), non ded(ero) so(lvero) satisve fecero, tum liceat [ti]bi id triticu[m], quo de agitur.] sub [p]raecone de condicione [...] [vendere]. [Si plaris venier]t, tu omne quod superesse[t] redda[s] mihi heredive meo; si] quo minoris venierit, [i]d [eg]o redd[a]m tibi h[er]edive tuo. Utique id triticum, quo de agitur, omni periculo esset meo h[er]edisve mei: haec mihi tecum ita convenerunt paccusque sum. Actum Puteolis.“

Cf. Camodeca (1999), 181 ff.; Wolf (2010), 104.

⁴⁵ It may be noticed that in *TPSulp.* 79 the debt was indicated in the first part, while in *tabula Baetica* in *pactum conventum*. Nevertheless, in TH 65 and *TPSulp.* 85 and 87, related to *fiducia*, the debt is mentioned in the first part, so the difference in the collocation of secured debt is not crucial.

⁴⁶ The fact that the power of sale arose from *pactum* would be also confirmed by the following clauses closely connected with this right, the ones on modality of sale, on *superfluum* and *reliquum*, that are obviously on the same level.

as mentioned above, it could be hardly expected that parties did not speak about the topic. The judge would then just have to investigate the true will of the parties from *id quod actum est*⁴⁷, probably coming to the conclusion against the creditor if he did not specify how the relationship will be resolved, if the similar reasoning is used as in sale or *stipulatio*. In the aforementioned sense, following also the latest Marra's analysis of D. 13, 7, 6 pr. (Pomp. 35 ad Sab.) as dealing with *fiducia*⁴⁸, it could be concluded that special provision was required for creditor's sale, i.e. it was provided for *his* benefit. Thus, the creditor would not be *ipso iure* released from the obligation upon debtor's default, but he would be liable to *actio fiduciae* filed by the debtor until the principal debt was extinguished. If this action could be successful after a longer period (after default), or when the value of the object was much higher than the debt, this would have to be decided according to the "*ut inter bonos bene agi*" criterion. Nevertheless, just the possibility of lawsuit exposed the creditor to possible loss and left a lot of uncertainty so it would be expected to be taken care of in advance. Furthermore, when it is commented that the debtor already acted against *bona fides* by not paying the debt when it was due, thus liberating the creditor as *bonus vir* from his bond, a counter argument could be put forward that these are not absolute terms, but legal standards open to interpretation in particular cases.

⁴⁷ For *id quod actum est* especially in *bonae fidei iudicia* see Babusiaux, U., *Id quod actum est: zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess* (München, 2006), 166 ff.

⁴⁸ See Marra (2018), 207 ff. (conclusion on 212).

Concerning *lex commissoria*⁴⁹, or *Verfall-clausel* as the creditor was owner of the object of *fiducia* and did not need to acquire any more property rights, but wanted only to be absolved from the obligation, there is no real obstacle to add this clause, in any case by mere analogy to and with same rules as in *pignus*.⁵⁰ The absence of such a provision from the preserved tablets can be more related to the fact that these were composed by bankers who had no interest in the objects themselves, but only in the return of the money owed.⁵¹ Also, public sale can be regarded as a natural solution taking into consideration the very early use of auctions in Rome, already at the turn of 3rd to 2nd Century BC, as e.g. mentioned in Plaut's comedies and later in Cato's *De agri cultura*⁵², i.e. probably not long after the introduction of *actio fiduciae* or even contemporary to that.

IV. Conclusion

Incomplete documentary sources and missing general treatment of *fiducia* in the Digest present a continuing challenge for establishing what was

⁴⁹ In this sense, despite the preference for *prasis epi lysei* in Cicero's *Pro Flacco* 21,51 (see fn. 26), the placement of two words in conjunction (*fiduciam commissam*) and the notion that Cicero would use them in the context allow for the supposition of a clause.

⁵⁰ Verhagen's arguments for *Verfall* as natural outcome of debtor's default in *pignus* are not sufficiently convincing, so at this point it is taken the position of Wacke and Noordraven on the creditor's recourse in *pignus* (*Bewahrung*), for which see fn. 16. See also about *lex commissoria* Sacchi, O., 'Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?', *Ius Antiquum*, 19 (2007), (available at: <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.htm>).

⁵¹ Nevertheless, it would be easier even for them not to go to the auctioneers and to pay for their services, as shown in *tabula Baetica* (to sell *ubi et quo die uellet*), but it would open them more to possible litigation.

⁵² In Plaut's comedies, however, there is an issue whether these relate only to Greek reality, or Roman as well. See more in Thielmann G., *Die römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht* (Berlin, 1961), 41 ff.

the principal form of remedy available to creditor upon debtor's default and how the enforcement of security provided by *fiducia* developed in general.⁵³ Limited sources and the abundant legal literature by Roman law scholars of 19th, 20th and now, already growing quite fast, 21st Century, with major conflicting and many nuanced approaches, provide a wide, although sometimes slippery, background for the study of the issue. Also, with significant parts of the picture being assumed in the process of putting this (mental) puzzle together, it is not surprising that authors change their views with the passage of time.⁵⁴ With time, with new studies and analyses, sometimes restatements, and some other times new ideas or approaches, we have also come to reconsider the problem of creditor's recourse on default.

In this paper, as far as the limited space allowed, main outlines and some of the arguments for the positions of the parties in the period from the introduction of *actio fiduciae* until the 2nd century AD are explained. Although acknowledging it is a long period, but taking it as a whole because of the scarce sources, it is proposed by collating the provisions of preserved business documents and the contents of *formula fiduciae* that parties had to specifically agree on creditor's remedies. In essence, especially bearing in mind the early appearance and importance of auctions, it would mean that creditor would be authorized to sell the object of *fiducia*. The need to specify the details is especially important concerning the latitude given to the judge by *formula fiduciae* as this could represent an uncertainty that the creditor's, especially bankers, wanted to evade. Thus, it is understandable that the documents comprise detailed clauses, but even for regular parties, it can be

⁵³ See e.g. Lambrini (2003), 259 f.

⁵⁴ See e.g. developments in Kaser's opinions, or more recently Lambrini (2003) and (2015).

presumed that the issue of remedy could not be overlooked. In all this, considering *fiducia* as a *conventio*, it is stressed the parallelism of *tabula Baetica* with *TPSulp.* 79.

STUDII

DE VEGHE ÎN TURPITUDINEA NEDEMNULUI.
PROLEGOMENE ALE POSIBILEI INVOCĂRI

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).3.13
Data publicării online: 16.03.2021

Codrin MACOVEI*

Rezumat: Prezentul articol analizează un aspect particular al invocării nedemnități succesoriale. Includem în sfera persoanelor care ar avea capacitate procesuală activă într-o acțiune în constatarea/declararea nedemnității pe: comoștenitorii legali sau testamentari (ale căror drepturi succesoriale ar fi fost restrânse de venirea nedemnului la moștenire); moștenitorii legali subsecvenți (pe care prezența nedemnului i-ar fi înlăturat de la moștenire); donatarii sau legatarii (ale căror liberalități ar fi putut fi reduse în cazul în care ar fi adus atingere cotei de rezervă succesorală a nedemnului); creditorii comoștenitorilor legali, ai moștenitorilor legali subsecvenți, ai donatarilor sau legatarilor (exercitarea acțiunii oblice este permisă, nefiind vorba de un drept exclusiv personal); nedemnul însuși. Totuși, în privința nedemului există unele dileme. Până la a desluși un regim diferit al invocării în funcție de tipul nedemnității, de drept sau judiciar trebuie să răspundem la problema fundamentală a interesului său. S-ar putea aplica în privința sa principiul *nemo auditur turpitudinem allegans*? Înainte de afla un răspuns definitiv la această întrebare, prezentul articol își propune să determine care este natura juridică a acestei instituții și istoria sa.

Cuvinte cheie: nedemnitate succesorală, capacitate procesuală activă, *nemo auditur turpitudinem allegans*.

* Cadru didactic, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, mcodrin@uaic.ro.

THE CATCHER IN THE UNWORTHY HEIR`S TURPITUDE. PROLEGOMENA OF THE POSSIBLE INVOCATION

Abstract: This article examines a particular aspect of invoking succession unworthiness. Regarding the sphere of persons who would have active procedural capacity in an action to ascertain/stating the indignity, we include in this category: legal or testamentary co-heirs (whose inheritance rights would have been restricted by the coming of the unworthy to inherit); subsequent legal heirs (whom the presence of the unworthy would have removed from the inheritance); donees or legatees (whose liberalities could have been reduced if they had infringed the succession reserve quota of the unworthy); the creditors of the legal co-heirs, of the subsequent legal heirs, of the donees or legatees (the exercise of the oblique action is allowed, not being an exclusive personal right); the unworthy heir. However, there are some dilemmas regarding unworthy heir. Until we can discern a different regime of invocation depending on the type of indignity, legal or judicial, we must answer the fundamental question of its interest. Could the principle *nemo auditur turpitudinem allegans* be applied in this case? Before finding a definitive answer to this question, this article aims to determine the legal nature of this institution and its history.

Keywords: succession unworthiness, active procedural capacity, *nemo auditur turpitudinem allegans*.

Cuprins

I.	Introducere. Valoarea unei expresii latine	479
II.	Nedemnitătea succesorală: de la constatare și declarare la invocare.....	481
III.	Repere diacronice ale evoluției regulii <i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i>	486
IV.	Concluzii privind oportunitatea aplicării regulii <i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> în materia nedemnității succesorale	498

I. Introducere. Valoarea unei expresii latine

Câteodată, utilizarea unui adagiu, brocard sau maxime latine pare să nu fie cea mai inspirată idee pe care doctrina juridică s-ar putea sprijini. În dovedire, s-a susținut că această formă de respect pentru trecut ar fi periculoasă din mai multe considerente¹. Mai întâi, dacă un brocard traduce o regulă juridică aflată în vigoare, cutumiară, jurisprudențială sau doctrinală, atunci formula latină nu adaugă nimic forței regulii; dimpotrivă, ar putea face sensul mai greu înțeles. Mai apoi, dacă brocardul conține o regulă dispărută, situația este și mai contestabilă întrucât, în această situație, simpla invocare atrage consecința regretabilă a incertitudinii soluțiilor de care dispune știința dreptului. Dacă aceste considerente ar fi adevărate, atunci ar trebui să veghem cu grijă pentru a evita impunerea unui adagiu, oricât de respectabil fi prin vechimea sa, în măsura în care s-a demonstrat deja că nu ar mai putea primi vreun rol util. Prezenta lucrare ar dori să examineze actualitatea aplicării

¹ A se vedea, în acest sens, J. Bonnetcase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Recueil Sirey, Paris, 1926, p. 776. Pentru demonstrația *a priori* a greșitei concepții tocmai expuse, a se vedea V.M. Ciucă, *Lecții de drept privat comparat, O introducere în hermeneutica organică a dreptului privat comparat*, vol. 1, Ed. Fundației Axis, Iași, 2003, *passim*.

adagiului *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*² (în continuare evocat prin *Nemo auditur*) în materia nedemnității succesurale. În acest sens, plecăm de la constatarea domnului profesor Fr. Deak, aplicabilă reglementării nedemnității din Codul civil 1864:

„Cât privește invocarea de către nedemn a propriei sale nedemnități, împărtășim soluția potrivit căreia nu poate primi aplicare principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* și deci este admisibilă invocarea nedemnității de către nedemn deoarece aceasta operează de drept, nedemnul referindu-se doar la faptul consumat al îndepărtării sale de la moștenire prin efectul legii”³

Ppentru a determina în ce măsură cele afirmate își păstrează actualitatea și în ceea ce privește reglementarea nedemnității succesurale din Codul civil 2009.

² H. Roland, L. Boyer, indică în lucrarea *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, Paris 1999, p.483 că adagiul *Nemo auditur* este destinat să susțină morala publică, nu în sala de judecată, ci în societate; acesta urmărește același scop ca și Codul civil care sancționează imoralitatea cu nulitatea; este întotdeauna o problemă de prevenire a încheierii unor acorduri imorale, prevenire care pot fi obținută la fel ca printr-o anulare care interzice orice executare și printr-un refuz de acțiune care face executarea inatacabilă. Alți autori plasează astăzi adagiul în cadrul unei existențe mai curând istorice: „în secolul al XIX-lea, s-a considerat că scopul său era de a proteja demnitatea sistemului judiciar, la care s-a replicat corect că recursul la justiție este un drept și că magistrații aud alte imoralități în zilele noastre; susținătorii regulii preferă să spună că rolul său este să se opună unui drept care rezultă dintr-o situație imorală” – M. Dagot, *La simulation en droit privé*, LGDJ, Paris, 1967, nr. 288, p. 281. Adagiul este cunoscut în țările europene sub mai multe forme cum ar fi *Nemo creditur propriam turpitudinem allegans* sau *Nemo allegans seram turpitudinem est audiendum*. Common-law cunoaște un adagiul similar: „who comes into equity must come with clean hands”.

³ Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, ed. a II-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 72; a se observa și nota 4 subsol pentru opinii concurente, divergente și exemple jurisprudențiale.

II. Nedemnitatea succesorală: de la constatare și declarare la invocare

Nedemnitatea succesorală este reglementată de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, Cartea a IV-a – „Despre moștenire și liberalități”, capitolul II – „Condiții generale de a moșteni”, art. 958-961. Dispozițiile acestora reglementează cazurile de nedemnitate de drept, cazurile de nedemnitate judiciară, efectele nedemnității și înlăturarea efectelor acesteia.

Cazurile de nedemnitate sunt prevăzute de art. 958 și 959 Cod civil, aceste prevederi aplicându-se „numai faptelor săvârșite după intrarea în vigoare a Codului civil”, potrivit art. 93 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil.

Noul Cod civil reglementează nedemnitatea de drept, în art. 958 Cod civil, și nedemnitatea judiciară, în art. 959 Cod civil.

Termenul „nedemn” provine din francezul *indigne*, însemnând „nevrednicie”. Spre deosebire de alte instituții juridice pentru care avem definiții legale, a căzut în sarcina doctrinei să definească nedemnitatea succesorală. Orientându-ne atenția spre această problematică, putem observa că în doctrină s-au concretizat trei opinii cu privire la natura juridică a nedemnității succesoriale.

Pe de o parte, unii autori consideră nedemnitatea ca fiind o sancțiune civilă, motivat de faptul că hotărârea prin care instanța de judecată constată nedemnitatea produce efecte retroactive, având un caracter declarativ, nu constitutiv de drepturi, cum ar fi fost necesar în cazul aplicării unei veritabile

pedepse civile⁴. În plus, se argumentează că excluderea nedemnului de la moștenire se produce în temeiul legii⁵, nu al simplei voințe a celui care lasă moștenirea. Astfel, distincția dintre nedemnitățile de drept și cea judiciară nu ar fi și sub aspectul naturii juridice, ci doar al modului în care sunt aplicate dispozițiile legale, respectiv *ex lege* sau prin intervenția instanței judecătorești, la solicitarea oricărui succesibil. Drept urmare, defunctul ar putea interveni numai în sensul de a înlătura efectele nedemnității⁶.

Precizăm că aceste efecte pot fi înlăturate doar prin iertarea expresă a nedemnului, prin testament sau act autentic notarial, iertarea tacită nefiind permisă. Voința în acest sens trebuie să provină de la *de cuius* și să fie exteriorizată după momentul săvârșirii faptelor, în cunoștință de cauză, motiv pentru care trebuie să conțină suficiente date pentru identificarea autorului și a faptei care atrage nedemnitățile.

Pe de altă parte, a fost expus și punctul de vedere potrivit căruia nedemnitățile succesorală este o pedeapsă civilă⁷. Sub imperiul *Codului civil din 1864*, se aprecia că această natură juridică derivă din rațiuni de moralitate

⁴ Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, ed. a II-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 72, Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 96 și nota de subsol nr. 3, I. Urs, *Drept civil. Succesiuni: curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2017 p. 28, L. Stănciulescu, *Moștenirea. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 73, D. Negrilă, *Moștenirea în Noul cod civil. Studii teoretice și practice*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 137, G. Boroș, L. Stănciulescu, „Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil”, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 526, I. Nicolae, *Devoluțiunea legală și testamentară a moștenirii*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 61.

⁵ V. Stoica, L. Dragu, *Moștenirea legală în Noul cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 54; D. Negrilă, op.cit., p. 99; M. M. Sorață, *Noutăți legislative în material succesiunilor*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 25; D.C. Florescu, *Dreptul succesoral în noul Cod civil*, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 31.

⁶ L. Stănciulescu, op.cit., p. 73.

⁷ J. Kocsis, P. Vasilescu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 17.

publică, considerându-se inadmisibil ca o persoană care se face vinovată de fapte de o asemenea gravitate față de o alta să vină la moștenirea acesteia din urmă. Mai mult, se aduce și argumentul caracterului personal al acestei instituții de drept, acest caracter cântărind chiar și mai greu în noua reglementare, sens în care descendenții nedemnului nu mai suportă efectele nedemnității, ci pot veni la moștenirea lui *de cuius* prin reprezentare succesorală.

Au calitate procesuală pasivă într-o acțiune în constatarea nedemnității: moștenitorul nedemn; succesorii nedemnului ce stăpânesc prin retransmitere bunurile succesoriale dobândite de nedemn (este ipoteza în care nedemnul care a intrat în posesia bunurilor moștenirii decedează înainte de constatarea nedemnității, iar acestea se transmit, în cadrul propriului său patrimoniu succesoral, la proprii săi moștenitori).

Într-o a treia opinie, natura juridică diferă după cum nedemnitățile este de drept sau judiciară⁸. În primul caz, vorbim despre o sancțiune civilă, efectele nedemnității producându-se automat, *ope legis*. În al doilea caz, natura juridică este de pedeapsă civilă, întrucât este indispensabilă pronunțarea unei hotărâri judecătorești, fiind necesar chiar ca instanța să constate existența anumitor fapte și să dispună înlăturarea nedemnului de la respectiva moștenire. Și efectele acestei hotărâri declarative retroactivează până la momentul deschiderii succesiunii, considerându-se că cel declarat nedemn nu a avut niciodată calitatea de moștenitor.

Aceste variabile ar putea avea anumite efecte în ceea ce privește determinarea modului de funcționare a instituției invocării nedemnității.

⁸ C. Macovei, M.C. Dobrilă, *Cartea a IV-a. Despre moștenire și liberalități*, în F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2012, pp. 1079.

Astfel, întrucât nedemnitățile prevăzută de art. 958 operează de drept, nu este necesară și o altă hotărâre judecătorească care să constate intervenirea nedemnității. Totuși, există posibilitatea ivirii unui litigiu în legătură cu îndeplinirea condițiilor cerute de lege pentru intervenirea unei asemenea sancțiuni civile. Într-o atare situație, instanța, ca singur organ competent, este chemată să se pronunțe cu privire la îndeplinirea acestor cerințe și, dacă este cazul, să constate nedemnitățile ce a operat *ope legis* din momentul deschiderii succesiunii. În ceea ce privește momentul în care ar putea fi promovată o astfel de acțiune, acesta este situat în mod obligatoriu după deschiderea succesiunii. Întrucât o astfel de acțiune are ca finalitate îndepărtarea nedemnului de la moștenirea celui față de care s-a făcut vinovat de faptul de nedemnitate, acțiunea în constatarea nedemnității poate fi primită numai dacă nedemnul are vocație succesorală legală concretă la moștenirea în cauză, în caz contrar acțiunea urmând a fi respinsă ca lipsită de interes. În ceea ce privește sfera persoanelor care ar avea calitate procesuală activă într-o acțiune în constatarea nedemnității, includem în această categorie: comoștenitorii legali sau testamentari (ale căror drepturi succesoriale ar fi fost restrânse de venirea nedemnului la moștenire); moștenitorii legali subsecvenți (pe care prezența nedemnului i-ar fi înlăturat de la moștenire); donatarii sau legatarii (ale căror liberalități ar fi putut fi reduse în cazul în care ar fi adus atingere cotei de rezervă succesorală a nedemnului); creditorii comoștenitorilor legali, ai moștenitorilor legali subsecvenți, ai donatarilor sau legatarilor. Pe de altă parte, nedemnitățile judiciare este condiționată de intervenirea unei hotărâri a instanței de judecată civile care să pronunțe îndeplinirea elementelor constitutive a unuia dintre cele trei cazuri analizate. În ceea ce privește persoanele care au calitate procesuală activă, facem trimitere la precizările deja făcute în cazul

nedemnității de drept, art. 958 C. civ., cu o diferență: suntem de acord cu precizarea făcută de domnul profesor Romeo Popescu⁹ – în această situație declararea nedemnității ține de decizia succesibililor lui *de cuius*, iar admiterea exercitării acțiunii pe cale oblică ar încălca, într-adevăr, libertatea deciziei lor, care este una evident personală.

În situația în care declararea judiciară a nedemnității reprezintă singura piedică în constatarea vacanței succesoriale, alin. (6) al art. 959 C. civ. prevede, în mod expres, calitatea procesuală activă a comunei, orașului sau, după caz, municipiului în a cărui rază teritorială se aflau bunurile lui de cuius la data deschiderii moștenirii, în condiții asemănătoare cu a celorlalți moștenitori; condiția inexistenței altor succesibili la care se face referire trebuie înțeleasă în sens strict juridic, ca făcând referire la absența unor moștenitori cu vocație utilă epuizării întregii succesiuni. Interesul promovării acțiunii care rezidă în concretizarea sau lărgirea emolumentului vocației succesoriale îndreptățește calificarea actului procesual ca act de acceptare tacită a moșteniri, indiferent de soluția pronunțată.

Întrebarea care se ridică este aceea referitoare la posibilitatea invocării propriei turpitudini de către nedemn. Poate acesta să o facă atât în cazul nedemnității de drept, cât și a nedemnității judiciare? Ar putea cineva cere respingerea acestei pretenții prin invocarea *Nemo auditur*? Pentru a putea contura un răspuns, ar trebui să conturăm mai exact conținutul acestei reguli.

⁹ Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, ed. a IV-a, actualizată și completată, vol. I, *Moștenirea legală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 129, nota 2 subsol.

III. Repere diacronice ale evoluției regulii *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

Chestiunea supraviețuirii în dreptul nostru pozitiv a regulii *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* nu a născut controverse¹⁰. Cu totul alta este însă situația în dreptul francez, unde în orizontul adoptării Codului civil napoleonean (1804) s-au format două tabere, de susținători și opozanți ai aplicării acestei excepții de impuritate, infamie, ignominie, ticăloșie, răutate, necinste. Până astăzi, nici chiar în cadrul vreuneia dintre aceste tabere nu pare a exista unanimitate în determinarea fundamentului, aplicării și nici măcar al sensului exact al acestei reguli și, cu atât mai mult, nu există o partidă câștigătoare. Este cert doar faptul că jurisprudența franceză a ultimelor două secole s-a depărtat în mod constat de la aplicarea sa¹¹, preferând în schimb legalismul întemeierii soluțiilor pe dispozițiile exprese ale Codului civil 1804. Considerăm că luminarea cauzelor acestor dispute¹² ar putea fi de ajutor în înțelegerea limitelor aplicării preceptului în dreptul nostru succesoral, mai exact în domeniul nedemnității succesurale.

¹⁰ A se vede în acest sens și P. Drăghici, *Aplicații ale răspunderii civile în cazul regulii „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, Analele Universității “Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, Nr. 1/2010, p. 33 și urm.

¹¹ G. Lamassoure, *La règle nemo auditur propriam turpitudinem allegans exclusivement considérée dans son application au Droit civil français actuel*, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1936, pp. 61-95.

¹² Studiul acestui adagiu a făcut în Franța obiectul a numeroase teze de doctorat în special în prima jumătate a secolului al XX-lea; în plus față de teza mai sus citată mai menționăm: P. Guiraudet, *Essai sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Paris, 1913, G.J. Tzarano, *Etude sur la règle: „Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, LGDJ, Paris, 1924, M. Savey-Casard, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, Thèse pour doctorat, Lyon, 1930, Ph. le Tourneau, *La règle „nemo auditur...”*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1970. Efervescența a fost exportată și în Elveția: R. Secrétan, *La règle „Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” en droit suisse*, S.E.A.M., Geneva, 1952.

Mai întâi, am dori să subliniem că trecutul îndelungat al acestei maxime ar putea fi înșelător: Roma a cunoscut, fără îndoială, excepția invocării propriiei turpitudini¹³, la fel ca dreptul medieval¹⁴. Cu toate acestea, expresia exactă *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, pare să fi fost necunoscută romanilor¹⁵, ea devenind uzuală mult mai târziu, în evul mediu, când a fost compusă de la zero. În dreptul roman, celui care efectuează o *datio* în temeiul unui fapt contrar moralei i se acorda o *condictio* – *ob turpem causa* – fără a mai observa dacă *accipiens* își executase sau nu obligațiile. *Tradens* primea astfel posibilitatea restituirii plății sale, iar *accipiens* era astfel sancționat pentru încălcarea moralei. În cazul în care ambele părți se făceau vinovate de încălcarea regulilor morale, *condictio ob turpem causa* era refuzată aceluia *trades* care era apreciat imoral: „Ubi autem et dantis et accipiens turpitudinis versatur: non posse repeti dicimus; si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorum potiorum esse; et ideo repetitionem cessare tametsi ex stipulatione solutum est”¹⁶. Acestea par a fi precedentele maximei *Nemo auditur*, reguli ce par a apăra posesia și în același timp conțin voința de a îl pedepsi pe vinovat. Între cele două deziderate, imperativul de a nu favoriza un vinovat era privit ca prioritar¹⁷.

Abia începând cu secolul al XII-lea refuzul autorizării unei acțiuni pentru cauză de imoralitate se justifică prin invocarea regulii *Nemo auditur*. De această dată caracterul moral și religios al acesteia este evident, dar ideea

¹³ De exemplu, în aplicarea concretă: „in pari causa turpitudinis cessat repetitio, in pari causa possessoris melior conditio habeatur”.

¹⁴ M. Savey-Casard, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, Thèse pour doctorat, Lyon, 1930, p. 19-70.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶ Digeste, 12-5-8.

¹⁷ M. Savey-Casard, *op.cit.*, pp. 69-70.

de protecție acordată posesiei nu este totalmente pierdută, aceasta fiind recuperată odată cu Renașterea¹⁸.

Astfel, pentru J. Domat (1625-1696), „convențiile ilicite nu sunt numai nule ci și pedepsibile în măsura în care încalcă scopurile și spiritul legilor”¹⁹; marele jurist francez face următoarele două distincții, urmând soluțiile dreptului roman:

1. „dacă convenția este ilicită doar pentru cel care primește și nu pentru cel care dă, ca de exemplu, depozitarul care solicită bani pentru restituirea bunului depozitat gratuit, sau hoțul pentru restituirea a ceea ce a furat, cel care a achitat banii are dreptul la restituire, chiar dacă cel care i-a primit a executat convenția”²⁰;
2. „dacă actul este ilicit atât din partea celui care dă, cât și din partea celui care primește, cel care a dat va pierde ce a folosit într-o manieră greșită și nu va avea nicio acțiune pentru recuperare. Nici cel care a primit nu va putea reține acest profit injust; dacă însă acesta ar fi executat deja angajamentul ilicit pentru care a primit plata, el va fi obligat la restituirea a ceea ce a executat și ținut să răspundă cu celelalte pedepse pe care le va fi meritat”²¹.

J. Domat face aplicarea *Nemo auditur*, dar nu în mod mecanic. Atunci când ambii contractanți se fac vinovați de încălcarea moralei, marele jurist

¹⁸ G. Lamassoure, op.cit., p. 9.

¹⁹ J. Domat, *Effets des conventions illicites et malhonnêtes*, Livre I, Tome XVIII, Sect. IV, nr. 3.

²⁰ *Ibidem*, nr. 5.

²¹ *Idem*, *Répétition de l'Indû*, Livre II, Tome VII, Sect. II, nr. 4.

francez se plasează prin cei care resping ipoteza restituirii, propunând cu titlu de noutate o altă soluție și anume confiscarea prestațiilor, astfel încât nici una dintre părți să nu mai poate păstra vreun profit. Soluția sa nu a fost însușită nici de jurisprudență, în lipsa unui text de lege expres și nici de doctrină, întrucât confiscarea ar conduce la dezinteresarea sesizării justiției de către părțile actului ilicit²².

În schimb, alți autori iluștri ai timpului, cum ar fi, R.J. Pothier (1699-1772) fac aplicarea netă a principiului *Nemo auditur*²³ după modelul anterior menționat al Digestelor.

Raportându-ne la momentul adoptării Codului civil francez, prin Legea din 21 martie 1804 se prevedea că odată cu intrarea în vigoare a acestuia sunt abrogate orice alte reguli concurente de drept, fie ele legale sau cutumiare²⁴. În măsura în care Codul nu conținea nici o trimitere la regula *Nemo auditur* se ridică întrebarea legitimă în ce măsură aceasta putea continua să existe și după acest moment. Totuși, primii comentatori ai textelor napoleoniene nu au fost preocupați de supraviețuirea maximei și nu atât mai puțin de compatibilitatea sa cu noile reglementări. Iată cum, jurisconsultii Școlii exegezei precum P.-A. Merlin de Douai²⁵ (1754-1838), C.-É. Delvincourt (1762-1831), J.-B.-V. Proudhon (1758-1838), J. de Maleville

²² G. Lamassoure, op.cit., p. 11.

²³ R. J. Pothier, *Traité des Obligations*, Paris, 1864, nr. 45, nr. 193.

²⁴ Art. 7 din Legea din 21 martie 1804 (*Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*) prevedea următoarele: „*compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code*” - Bull. des Lois, 3e S., B. 354, n° 3677.

²⁵ Acest autor, în volumul *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux, quatrième édition, revue, corrigée et considérablement augmentée*, Tome II, Paris, 1827, p. 215, aplică direct regulile Digestelor pentru a decide soarta acțiunii în restituire. Codul civil este ignorat complet.

(1741-1824), Ch.-B.-M. Toullier²⁶ (1752-1835), A. Duranton²⁷ (1783-1866) și-au însușit regula întrucât au găsit-o utilizată de predecesorii lor (Domat, Pothier, Barbeyrac)²⁸. În plus, ei nu identificaseră o abrogare expresă a acesteia, iar soluția menținerii li se părea naturală prin influența atașamentului propriu față de Ancien Droit, iar prin acesta față de dreptul roman²⁹.

Ulterior, supraviețuirea *Nemo auditur* a fost mult mai profund contestată de autorii Școlii Exegezei dreptului civil. Motivele sunt, de altfel, destul de evidente. Este suficient să menționăm printre trăsăturile caracteristice ale acestei școli cultul pentru textul de lege, interpretarea textului de lege care favorizează aplicarea intenției legiuitorului, importanța acordată statului și argumentelor autorității³⁰. Iată cum, un jurist bine-

²⁶ Acest autor, în lucrarea *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, Quatrième édition*, Paris, 1824, Tome VI, Ch. II, nr. 126, susține următoarele: „dacă cineva nu merită să păstreze recompensa crimei sale, lașul corupător merită și mai puțin să recupereze ce a dat [...], trebuie deci să ne abținem de la regula generală și să dăm preferință posesorului [...], aceasta fiind regula Dreptului roman”, citând regula *de condict. ob turpem causam* și autori precum Barbeyrac și Pufendorf (ultimul cu operele *Le Droit de la nature et des gens*, respectiv *Les Devoirs de l'homme et du citoyen*).

²⁷ Acest autor în lucrarea *Cours de Droit civil français suivant le Cod civil*, Paris, 1830, Tome X, p. 391, reține că „dacă ambele părți au încălcat regulile licitudinii sau bunelor moravuri, nu va exista acțiune pentru a fi solicitată executarea oblogației, iar dacă a fost deja executată, nu se va restitui ceea ce a fost plătit. Cu atât mai mult, dacă cel care a făcut promisiunea era singurul aflat într-o situație asemănătoare, nu va putea cere restituirea a ceea ce ar fi plătit. Aceasta este, conform lui Ulpian, cazul în care un cetățean a dat bani unei curtezane (fie în executarea unei promisiuni, fie fără promisiune prealabilă)”. Și în acest caz, suntem în prezența reafirmării regulii dreptului roman care se opune restituirii în situația turpitudinii cocontractanților.

²⁸ J. Bonnetcase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, Ses variations et ses traits essentiels*, Ed. Delmas, Bordeaux, 1933, Tome II, p. 289.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A se vedea și J. Bonnetcase, *L'Ecole de l'Exégèse en Droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants*, E. de Bocard, éditeur, Paris, 1924.

cunoscut precum F. Laurent (1810-1887) afirmă că dacă legiuitorul nu a menționat o regulă bine cunoscută dreptului francez înainte de adoptarea Codului civil napoleon, acest aspect echivalează cu interzicerea sa³¹. Totuși, chiar și în cadrul acestei școli, atât de atașată de astfel de argumente, regula *Nemo auditur* și-a găsit apărători. Îl putem da ca exemplu pe M. L. Larombière (1813-1893)³² care susținea că tăcerea asurzitoare a Codului în privința receptării regulii *Nemo auditur* este motivată de admiterea implicită a regulii care îl inspira pe Pothier, iar dacă autorii codului ar fi dorit eliminarea normei ar fi trebuit să o facă în mod expres. Altfel, conchide autorul, în fața tăcerii Codului civil triumfă autoritatea lui Pothier, susținătorul maximei medievale³³.

Probabil observând paradoxul interpretării complet opuse a absenței oricărei referiri a Codului napoleon la regula *Nemo auditur* de către autorii vremii sale, un alt autor propune o soluție salvatoare pentru dăinuirea acesteia. Pentru J. Bozérien (1825-1893) fundamentul regulii studiate trebuie ancorat în morală³⁴. Cele două, dreptul și morală nu au domenii distincte de acțiune. Regula morală este întotdeauna prezentă, încoronând regula de drept, iar dacă nevoia o cere o poate înlătura pe aceasta din urmă. Iată un exemplu: cel care a achitat o obligație nulă întrucât este motivată de o cauză ilicită nu ar trebui să primească nimic înapoi din punctul de vedere al dreptului; dar, moralmente, el era ținut de conștiința sa proprie să execute o

³¹ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Livre XVI, Paris, 1875, nr. 164.

³² M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil, art. 1101 à 1386*, Tome V, Paris, 1857, *Commentaire à l'article 1133*, nr. 9.

³³ *Ibidem*.

³⁴ J. Bozérien, *Revue pratique de Droit française, jurisprudence, doctrine, législation*, Paris, 1958, Tome V, p. 15 și urm.

obligatie pe care a consimțit-o și care rămâne valabilă ca o obligație morală. Astfel, *solvens* nu ar trebui să se derobeze moral, prin acțiunea în repetițiune, de la obligațiile sale morale. Din punct de vedere moral, omul care încercă să folosească în interes propriu lipsa de respect a cuvântului dat, nu trebuie ascultat de justiție³⁵. Acest autor insistă că nu doar morala ar fi înfrântă prin neaplicarea principiului *Nemo auditur* ci și ordinea publică ar avea de suferit dacă s-ar putea reveni asupra unor convenții încheiate și executate cu mult timp în urmă.

Argumentele Școlii Exegezei, în sensul susținerii regulii *Nemo auditur*, cunosc și alte nuanțări. Într-o încercare de juridizare a aplicării, autori precum profesorul E. Dubois (1813-1893) apreciază că efectele *Nemo auditur* sunt perfect adaptate pentru combaterea convențiilor ilicite: nulitatea va fi eficace dacă îl abandonăm pe *solvens* bunei-dispoziții a cocontractantului său, refuzându-i acțiunea în restituire³⁶. Deși soluția sa lasă loc impreciziei (comportamentul cocontractantului nu poate fi prezis), teoria lui Dubois poate fi apreciată ca inovativă pentru că menționează și posibilitatea existenței de excepții de la aplicarea regulii de drept în situațiile în care interesul public ar cere-o și astfel deschide orizontul apărării supraviețuirii maximei prin auto-adaptarea la exigențele jurisprudenței. Exemplu dat de autor, în acest sens, privește restituirea sumelor de bani achitate peste prețurile fixe stabilite de stat³⁷.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ E. Dubois, Notă sub Decizia Curții de Casație franceze din data de 15.12.1873 privind turpitudinea comună a părților unui contract de cesiune a unei case de toleranță, în *Recueil général des lois et des arrêts: en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, fondator J.-B. Sirey, Paris, 1874 p. 241, nr. 1.

³⁷ *Ibidem*, p. 242.

Credem că sinteza opiniilor favorabile anterior prezentate este realizată de către E. Dramard (1831-1906), judecător la Curtea de Apel Limoges, prin teoretizarea *Nemo auditur* ca regulă aptă să slujească unui dublu rol. Pe de o parte, regula poate împiedica executarea unei convenții ilicite, atunci când aceasta este clamată în justiție, iar pe de altă parte descurajează afișarea publică a înțelegerilor imorale cu scopul de obține restituirea unei prestații executate în considerarea acestora³⁸. În ambele ipoteze, interesul public este cel care dictează: *Nemo auditur* interzice proba actului ilicit sau imoral ori de câte ori cel care își întemeiază pretențiile pe proba uneia dintre aceste circumstanțe a consimțit la actul în discuție. Astfel, convențiile pe care Dreptul și Morala le condamnă nu vor mai fi expuse interesului și atenției publice, societatea fiind asanată chiar de existența lor, iar participanți sancționați. Invers, contractantului care nu a consimțit nici la încălcarea legii și nici la nesocotirea onoarei, îi va putea fi admisă acțiunea în restituire. Practic, prin aceste susțineri autorul împacă atât opiniile divergente în privința câmpului de aplicare al regulii (convenții ilicite v. convenții imorale), cât și justificarea naturii instituției (regulă juridică v. regulă morală), integrând toate viziunile predecesorilor săi într-o teorie coerentă. Aceeași viziune, deși într-o formă simplificată, este împărtășită și de autori mai bine cunoscuți în țara noastră, cum ar fi Aubry și Rau³⁹.

În pofida tuturor acestor demonstrații, detractorii supraviețuirii *Nemo auditur* după momentul adoptării Codului civil napoleonian nu au fost mai puțini la număr. L-am menționat deja pe juristul belgian F. Laurent. Lui i se

³⁸ E. Dramard, *Traité des effets de complaisance en droit civil et commercial et en droit pénal*, Ed. Durand, Paris, 1880, p. 57 și urm.

³⁹ C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Quatrième édition, Tome quatrième, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1871, p. 739.

alături juriști precum M. Duvergier (1792-1877), care susține că intenția Codului civil a fost de a desființa toate convențiile contrare bunelor moravuri și ordinii publice⁴⁰. Astfel, dacă am permite executarea parțială a unor astfel de convenții, dacă le-am recalifica ca putând conține o obligație naturală, dacă am încerca aplicarea regulii *in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis*, atunci noua ordine instituită de Codul civil ar fi literă moartă. Mai mult, dacă am înțelege să fondăm *Nemo auditur* pe existența unei obligații morale (a conștiinței) nu am înțelege că soluția Codului civil este aceea a desființării fără remușcări, iar dacă am da curs consecințelor unei posesii trecătoare am arunca dreptul în brațele hazardului. Toate aceste consecințe sunt foarte grave pentru M. Duvergier, care își întemeiază astfel antipatia față de *nemo auditur*, calificând-o ca empirică, illogică și suspectă⁴¹.

Autoritatea *Nemo auditur* este însă atacată sub toate aspecte de către J. Ch. Fl. Demolombe (1804-1887). Acest universitar francez începe tratarea regulii prin interogația retorică care vizează găsirea locului unde ar fi ea scrisă⁴². Neidentificându-l, autorul afirmă că, pe cale de consecință, nu este posibil ca doar autoritatea „pur istorică” a *Nemo auditur* să fundamenteze hotărâri jurisprudențiale care să se raporteze la acesta ca la o normă legală irefragabilă. Dar demersul lui J. Ch. Fl. Demolombe nu se rezumă doar la

⁴⁰ M. Duvergier, *Les sommes payées en exécution de traités secrets faits par les titulaires d'offices sont sujettes à répétition*, în *Revue Etrangère et Française de Législation, de Jurisprudence et d'Economie Politique*, Tome VII, Paris, 1840, p. 568 și urm.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² J. Ch. Fl. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale vol. XXIV*, Tome Deuxième, Imprimerie Générale de Ch. Lahure, Paris, 1869, p. 363 și urm.

respingerea formală a recunoașterii *Nemo auditur*. Este concepută o argumentație amplă în patru puncte⁴³, după cum urmează:

1. *Nemo auditur* este contrazisă chiar de regulile exprese ale Codului civil napoleonean; acesta ar prioritiza aplicarea principiului *quod nullum est nullum producit effectum*, care în aplicare nu poate menține niciun efect al contractului ilicit așa cum o face adagiul istoric;
2. *Nemo auditur* este contrazisă de principiile științei juridice; astfel, *nulla poena, sine lege* se opune în mod cert existenței unei sancțiuni fără un text formal și precis, fiindcă este evident că aplicarea *Nemo auditur* conduce la lipsirea reclamantului de o acțiune; mai mult, sancțiunea nulității pentru cauză ilicită este absolută, de ordine publică și poate fi invocată de oricine, pe când excepția *Nemo auditur* ar putea fi utilizată doar de către pârât în condiții mult mai restrictive, iar această situație ar încălca nivelul de apărare a intereselor publice instituit prin Codul civil;
3. argumentele de ordin moral și cele care țin de ordinea publică pot fi invocate și împotriva aplicării *Nemo auditur*; în primul rând, aducerea la lumină a convențiilor imorale va avea un caracter preventiv, descurajând încheierea unor convenții imorale; tot din punct de vedere moral, lăsarea obiectului prestației executate în mâinile celui care a primit executarea și care nu va fi obligat la restituire prin excepția *Nemo auditur* ar putea fi apreciat de public ca fiind o încurajare, o primă;

⁴³ *Ibidem*.

dimpotrivă, părțile, indiferent dacă sunt ambele de re-credință, sau doar una dintre ele, ar trebui să știe cu certitudine că nimic nu poate să fie reținut cu titlu de profit personal dintr-o activitate care este contrară ordinii publice;

4. aplicarea *Nemo auditur* dă naștere unor dificultăți și contradicții care îi divizează chiar pe susținătorii săi; aici, deja, cititorul nostru știe la ce anume exact face referire J. Ch. Fl. Demolombe și nu credem că ar mai trebui să insistăm.

Aceasta este, practic, platforma program la care au aderat mulți autori după J. Ch. Fl. Demolombe pentru a respinge autoritatea *Nemo auditur* și pentru a cere ca jurisprudența să nu o aplice. De multe ori s-a întâmplat ca meritele lui J. Ch. Fl. Demolombe în construcția celei mai fluente ideologii anti *Nemo auditur* să nu fie recunoscute, ideile sale fiind deseori preluate în viitor ca noi...⁴⁴.

Cele expuse anterior credem că ar creiona destul de fidel contextul apariției, limitele aplicării și ale contestării regulii *Nemo auditur*. Autorii care au urmat s-au raliat, fie taberei apărătorilor, fie taberei opozanților. Desigur, există nuanțe, exemple și argumente personale, dar trecerea tuturor în revistă ar depăși scopul prezentei lucrări. În acest sens, am dori să punem punct acestei prezentări diacronice chiar cu concluziile unui important jurist francez din prima jumătate a secolului al XX-lea, L.M.A.G. Ripert (1880-1958). Profesorul francez conchide că supraviețuirea maximei *Nemo auditur* în dreptul francez reprezintă un exemplu al precumpănirii regulilor morale asupra regulilor juridice⁴⁵. Maxima a suportat atacuri ample, doctrina îi este

⁴⁴ G. Lamassoure, op.cit., p. 37.

⁴⁵ L.M.A.G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1925, nr. 104-110, 130, 198.

în majoritate ostilă, iar jurisprudența i-a respins în numeroase ipoteze aplicarea⁴⁶. Cu toate acestea, dacă domeniul de aplicare al regulii s-a restrâns în mod constant după intrarea în vigoare a Codului civil napoleonian, caracterul său moralizator s-a accentuat, iar în condițiile în care o regulă juridică ar încălca în mod evident o regulă morală îi revine jurisprudenței sarcina de a asigura aplicarea cu prioritate a ultimei⁴⁷.

Aceste susțineri ale eminentului jurist francez nu au fost, până astăzi, contrazise. Cel puțin Curtea de casație franceză pare să îi fi dat întrutotul dreptate, întrucât printr-o decizie de speță din anul 2004 a casat parțial o hotărâre a unei Curții de Apel, pentru aplicarea falsă a principiului „potrivit căruia nimeni nu poate profita de propria lui turpitudine”⁴⁸. Se apreciază că prin această decizie, regula „*nemo auditur*” a fost ridicată la rangul de „principiu general al dreptului” de către Curtea de Casație⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ A.-Fr. Eyraud, *Note sous Civ. 1ère*, 22 juin 2004, *Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique)*, 2005, II, 10006, p. 85.

⁴⁹ *Ibidem*. Totuși, concluziile anterioare privitoare la respingerea aplicării maximei de către instanțe rămân valabile. Iată câteva exemple: Tribunalul din Nanterre a respins regula *Nemo auditur* în temeiul unei interpretări stricte: „... acest adagiu interzice să ne bazăm pe natura imorală a unei stipulări, dar nu și pe natura sa ilicită, așa cum este cazul în acest caz” - doctrina clasică ar fi încântată: legea nu se confundă cu morala - T.G.I. Nanterre, 8 noiembrie 1995, D. 1996, Jur. p. 242, nota Chauchard; CA Paris, 4 decembrie 1990, D. Sirey 1991, I.R. p. 29. 1394 Soc., 16 ianuarie 2002, „A revenit Curții (din Paris) să ia în considerare acest element”, prin urmare aplicarea *nemo auditur* este la dispoziția instanței: adagiul nu are o valoare mai mare decât legea: „O [...] dispoziție legislativă precisă și imperativă nu poate fi derogată în virtutea unui simplu adagiu, cum ar fi *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, adagiu admis în materie de răspundere contractuală”; alte exemple de respingere a aplicării regulii: Trib. Civil Grenoble, 11 juillet 1923, Trib civ. Seine, 7 janvier 1948, citate de J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Thèse, Dalloz, Paris, 1957, p. 196-197.

IV. Concluzii privind oportunitatea aplicării regulii *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* în materia nedemnității succesoriale

După cum am putut observa în cadrul secțiunii anterioare, câmpul de predilecție al aplicării istorice a adagiului *Nemo auditur* este limitat la materia contractelor, în special la soluționarea consecințelor unui act imoral sau ilicit. Acestei observații i s-ar adăuga dezamăgirea produsă de lipsa caracterului roman propriu-zis al adagiului, deși credem că aceasta din urmă poate fi ușor depășită prin considerarea parcursului temporal îndelungat și valoros. Dar chiar și așa, aparent, *Nemo auditur* nu se regăsește în poziția optimă pentru a organiza respingerea invocării turpitudinii de către nedemn.

În primul rând, nedemnul nu cere nici restituirea unei prestații executate în cadrul unui act desfășurat ca urmare a incidenței nedemnității și nici păstrarea unui alt avantaj patrimonial. Constatarea sau declararea sa ca nedemn ar profita în primul rând moștenitorilor care îndeplinesc condițiile cerute de lege pentru a putea moșteni. Ar putea exista beneficii și pentru nedemn ca urmare a invocării de către el a propriei turpitudini? Situația cea mai des vehiculată de doctrină ca exemplu pentru existența unui interes legitim al nedemnului de a-și invoca propria turpitudine ar fi situația în care creditorii succesiunii îl urmăresc pe acesta pentru plata datoriilor. În acest caz, ar câștiga ceva nedemnul? Desigur, el evită blocarea unor eventuale valori patrimoniale proprii, dar orice câștig al său (care, mai exact, ar consta în evitarea unor pierderi...) nu se face pe seama moștenirii sau a moștenitorilor și sigur nu pe seama creditorilor. Mai mult, câștigul este al circuitului civil care astfel este ferit de incertitudinea sorții viitoare a actelor încheiate de nedemn cu acești creditori. Desigur, putem imagina și alte situații care l-ar

avantaja direct sau indirect pe nedemn. Ar evita oare astfel nedemnul raportarea unei donații pe care ar fi obligat să o raporteze chiar și în cazul renunțării sale la moștenire, conform art. 1.147 alin (2) Cod civil? Ar reuși astfel nedemnul să își avantajeze copiii care vor veni la moștenire prin reprezentare, în condițiile în care știind că dacă ar moșteni chiar nedemnul bunurile dobândite acestea ar face obiectul executării silite din partea creditorilor?

Mai apoi, invocarea nedemnității chiar de către nedemn nu face decât să servească scopului instituției succesoriale în discuție. Practic, s-ar acorda prioritate nedemnității, ca instituție ce previne consecințele inechitabile derivând din venirea nedemnului la moștenirea celui față de care se face vinovat de comiterea unor fapte grave sau a cărui ultimă voință a nesocotit-o, în detrimentul ideii de a anihila beneficiile injuste pe care le-ar putea obține persoana în cauză pe calea invocării propriei nedemnități.

În acest moment, ar fi util să revenim asupra naturii juridice a nedemnității. În cazul nedemnității de drept, natura juridică a sancțiunii ne indică că aceasta intervine automat. Prin invocarea nedemnității chiar de către nedemn nu se realizează decât o asumare a efectelor. Lipsa acestei invocări ar conduce, cel mult, la o amânare a aplicării efectelor, dar niciodată la o remediere a situației de drept în favoarea nedemnului. Singurul care ar fi putut face acest lucru ar fi fost *de cuius*, prin iertare. În cazul nedemnității judiciare, natura juridică a pedepsei indică implicarea activă a celor care urmăresc aplicarea acesteia. Cum pentru existența nedemnității judiciare trebuie să existe măcar un succesibil care să sesizeze instanța cu o cerere în declararea nedemnității, putem să apreciem că în această situație iertarea celui vinovat de faptele nedemnității judiciare ar putea veni, nu numai din partea lui *de cuius*, ci, în mod indirect, chiar din partea celor interesați în

promovarea unei astfel de acțiuni. În această accepțiune, invocarea propriei nedemnității de către cel vinovat, ar ocoli intenția legiuitorului de a delega moralizarea relațiilor succesoriale la îndemâna succesibililor. Mai mult decât atât, împotriva invocării de către nedemn a propriei turpitudini pot fi invocate și alte argumente, de natură formală. Pornind de la art. 959 alin. (2), orice „succesibil” care justifică un interes poate solicita instanței de judecată să declare nedemnitatea. Prin termenul „succesibil” înțelegem persoana care îndeplinește toate condițiile pentru a putea veni la moștenire, dar care nu și-a manifestat încă opțiunea succesorală, în sensul acceptării sau renunțării. În mod evident, persoana în cauză nu s-ar încadra în noțiunea de succesibil, deoarece nedemnitatea apare ca o condiție generală negativă a dreptului de a moșteni. Deși la momentul introducerii acțiunii în declararea nedemnității persoana îndeplinește încă toate condițiile prevăzute de lege, hotărârea declarativă a instanței ar produce efecte retroactive, desființând titlul de moștenitor încă de la data deschiderii moștenirii. Pentru a complica și mai mult situația, persoana care introduce acțiunea în declararea nedemnității este considerată drept acceptant tacit al moștenirii. Astfel, reglementarea ar fi defectuoasă dacă i s-ar permite succesibilului să accepte moștenirea, ca ulterior să își invoce propria nedemnitate pentru a fi decăzut din dreptul de a moșteni, în condițiile în care acceptarea este un act irevocabil. Tot în acest sens, respingem în totalitate ideea că eventualul conflict moral în care se găsește persoana vinovată de o faptă a nedemnității ar putea fi rezolvat, nu prin invocarea nedemnității, ci prin renunțarea la moștenire, pentru un motiv evident: deținerea dreptului de opțiune succesorală și exercitarea lui valabilă presupune îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru a putea moșteni (art. 1.100), deci inclusiv lipsa nedemnității.

Paradoxal, condiția actuală a regulii *Nemo auditur* ne poate îngădui mai ușor adoptarea unei soluții. Evoluția *Nemo auditur* cuprinde moralizarea sa și procesul transformării sale într-un principiu de drept. Tocmai această autoritate inspiră rezolvarea cu prioritate a conflictului moral în care se găsește cel vinovat de comiterea unei fapte a nedemnității. A-i permite să invoce propria turpitudine, înseamnă împlinirea exactă a tipului de răspundere imaginat de legiuitor pentru pedepsirea anumitor fapte succesoral culpabile, chiar dacă asta ar însemna admiterea unei excepții de la limitele formale ale reglementării din noul Cod civil. Iar, în final, această soluție ne-ar aduce, credem, mai aproape de concepția romanilor asupra fundamentelor dreptului și de sensibilitatea lor atotcuprinzătoare prin *exceptio exceptionis causa*.

COLONII ȘI ARENDA PĂMÂNTULUI ÎN ROMA ANTICĂ

DOI 10.24193/SUBBjur.65(2020).4.14
Data publicării online: 16.03.2021

Marilena MARIN*

Rezumat: În această lucrare vom analiza situația legală a colonilor, oameni semi-liberi, agricultori, în perioada Romei antice, precum și particularitățile contractului de arendă a colonului, în aceeași perioadă. Am analizat, pentru început, statutul colonistului în contextul societății romane, alături de o scurtă caracterizare a acestora pentru o mai bună înțelegere a motivelor stabilirii unui anumit tip de relație a acestora cu terenurile și stăpânnii lor. Am avut apoi în vedere sursele contractelor de arendare precum și modul în care acestea au influențat efectele acestui contract, în particular, drepturile și obligațiile colonilor. Scopul materialului a fost acela de a genera o prezentare de ansamblu a relației dintre oamenii și pământurile acestora în perioada Romei antice. În același timp, analiza a fost direcționată spre un studiu aprofundat a relației pe care se fundamenta contractul de arendă, pornind de la perspectiva marelui Profesor Vladimir Hanga, care a expus ideea conform căreia: „fiecare legislație este legată de societatea a cărei emanație este.”

Cuvinte cheie: coloni, arendă, sclavi.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Ovidius, Constanța, marilenamarin@yahoo.com.

COLONISTS (SEMI-FREE PEOPLE) AND LAND LEASE IN ANCIENT ROME

Abstract: The present paper analyzes the legal situation of the colonists - semi-free people, land cultivators, in the period of ancient Rome, as well as the particularities that the land lease has experienced in relation to the colonist, in the same period of antiquity. We have had as starting point the status of the colonist within the framework of the Roman society along with a brief characterization of them in order to properly understand the reasons for establishing a particular type of relation with the lands and the corresponding owners of them. Hereinafter, we have considered the sources of the lease agreement as well as the outcome/impact of the contract, in particular the rights and obligations of the settlers.

The topic that might be labelled as out of interest has been intended to create a general overview in respect of the people and their relationship with the lands in general with focus on the period of ancient Rome. At the same time, the analysis has been directed towards an in-depth study as regards the legal relationship on which the lease contract was based, starting from the perspective of the great professor Vladimir Hanga, who expressed the idea according to which "Every legislation is related to the society from which it comes and on which it depends".

The research method in point of the text has been the observation and analysis of documents, the exact identification of the tackled concepts in respect of time and space, but also an accurate understanding of the legal situation of the colonists - semi-free people who worked the land during ancient Rome.

Keywords: semi-free people, colonist, colonial/settlers, lease agreement, slavery relationships, tenant, tenancy.

Cuprins

I.	Considerații introductive.....	504
II.	<i>Status hominis</i> , categorii de persoane în societatea antică romană. Colonii 505	
III.	Contractul de colonat în dreptul roman	509
IV.	Concluzii	513
V.	Bibliografie	515

I. Considerații introductive

Colonatul, care era corespondentul contractului de arendă din zilele noastre, a apărut în perioada societății sclavagiste romane, aflată într-o perioadă de declin, dar și ca efect al descompunerii relațiilor sociale de tip sclavagist, prevestind trecerea la sistemul de tip feudal. Instituția colonatului a fost o măsură juridică cu caracter revoluționar prin care, la început, se realiza un raport juridic între două persoane din categoria oamenilor liberi, dar care, cu timpul, se va schimba, colonul pierzându-și libertatea, fiind legat de glie, de pământul pe care îl muncea.

Apariția colonatului a fost posibilă ca urmare a existenței următorilor factori: extinderea proprietăților funciare în detrimentul micilor proprietari, care erau absorbite de adevărate latifundii; pe fondul necesității micilor proprietari de a asigura subzistența familiei și în favoarea celor învinși în campaniile militare purtate împotriva Romei, colonatul fiind privit ca o formă de optimizare a exploatării agricole¹.

¹ V. M. Ciucă, *Drept roman. Lecțiuni*, ed. a II-a, addenda, corrigenda et incrementa, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014, p. 266.

Potrivit opiniei prof. Vladimir Hanga, în sec. I d.Hr, noțiunea de „colonat” s-a extins în întreaga societate romană, care era o societate de tip sclavagist. Izvoarele vremii (lucrări de agronomie contemporane cu acea perioadă) au scos în evidență superioritatea exploatării moșiilor pe calea arendării acestora, pe parcele, unor mici cultivatori denumiți „coloni”².

Terminologia utilizată în cuprinsul acestei lucrări nu are în vedere și analiza noțiunilor de colonizare, rezultată din cantonarea unor trupe de către Imperiul roman în provinciile nou cucerite, după cum nu ne vom referi nici la subdiviziunea administrativă a statului roman denumită *coloniae* (persoană juridică de drept public)³.

II. *Status hominis*, categorii de persoane în societatea antică romană. Colonii

Societatea antică romană și dreptul privat roman nu recunoșteau tuturor indivizilor cele trei condiții esențiale ale capacității juridice (*status libertatis*, *status civitatis* și *status familiae*), mai ales că, pentru anumite categorii de persoane, aceste condiții trebuiau să fie îndeplinite cumulativ pentru a putea produce efecte juridice (exmplu: categoria cetățenilor romani).

După clasificarea făcută de Gaius cu privire la oameni în perioada Romei antice, aceștia se împărțeau în *oameni liberi* și *sclavi*. Dacă la început dreptul roman identifica *status libertatis* cu cetățenia și recunoștea calitatea

² Vl. Hanga, M. Jakotă, *Drept privat roman*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1964, p. 118; V. M. Ciucă, *op. cit.*, p. 266.

³ T. Sâmbrian, *Drept Roman. Principii, instituții și texte celebre*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1994, p. 110.

de om liber doar cetățenilor Romei, cu timpul, romanii au recunoscut statusul de om liber și altor persoane decât cetățenilor romani.

Condiția juridică recunoscută de Roma antică oamenilor liberi nu era uniformă. Aceștia erau împărțiți în patru categorii, după cum urmează⁴: *ingenui*, fiind acei oameni liberi care s-au născut din părinți liberi ori care s-au născut din părinți dezrobiți; aceștia, la rândul lor, puteau fi cetățeni (sau latini – latini vechi, latini din colonii, latini iuniani sau latini fictivi; asimilați latinilor coloniari) și necetățeni (sau peregrini – peregrinii obișnuiți sau peregrinii dediticii); *liberți* sau așa-numiții oameni liberi care au fost înainte sclavi; în această categorie puteau intra atât cetățeni ai Romei, cât și necetățeni; *oameni liberi cu o condiție specială*, în categoria cărora intrau persoanele aflate în *mancipio* (ca efect al vânzării lor ca sclavi sau ca efect al abandonului noxal); oamenii liberi care slujeau unui alt om liber dintr-o eroare comună; persoanele *addicti* (debitori insolubili care erau atribuiți creditorilor lor); *auctorati* (oamenii liberi care se angajau ca gladiatori); *redempti ab hostibus* (persoanele răscumpărate de la dușman); *colonii* (*colonus*; *colere*) erau cultivatori de pământ și aveau statut de oameni semiliberi).

Din punctul de vedere al statutului lor juridic, coloniile erau oameni folosiți la cultivarea terenurilor părăsite. Ulterior, începând cu jumătatea sec. I d. Hr., coloniile au devenit oameni liberi care lucrau terenul unui proprietar întocmai ca un arendaș, în temeiul unui contract denumit *colonat* (contract de arendă – *locatio conductio*)⁵. Tot *colonat* se numea și arenda pe care coloniile se obligau să o plătească.

⁴ *Idem*, p. 59.

⁵ Vl. Hanga, M.D. Bocșan, *Curs de drept privat roman*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2006, p. 124.

Modul în care romanii priveau munca salariată era diferit, în funcție de categoria socială căreia îi aparțineau. Izvoarele istorice atestă disprețul manifestat de către majoritatea membrilor elitei față de acest tip de muncă. Armata reprezenta o excepție, întrucât soldații, odată cu lăsarea la vatră, primeau un suport care le permitea să ducă un trai decent. Uneori, aceștia ajungeau să lucreze în cadrul unor mici ferme.⁶

Odată cu evoluția societății romane, statutul juridic al coloniilor se modifică. Din cauza poverii muncii pe care trebuiau să o îndeplinească, coloniile au început să fugă de pe moșii, abandonându-le. Prin urmare, dacă până în sec. al III-lea d. Hr. coloniile beneficiau de libertate deplină de regulă, în cea de-a doua parte a perioadei imperiului (perioada *dominatus*), mai exact, în timpul Împărtășului Constantin, a fost emis un edict imperial prin care coloniile liberi au fost legați de glie, devenind astfel *servi terrae* (sclavi ai pământului sau coloni servi). Situația juridică a coloniilor era aceea de oameni liberi, dar în fapt, aceștia aveau o situație asemănătoare sclavilor. Abia în sec. al IV-lea d. Hr. ordinea juridică romană va sancționa acest procedeu al legării de glie al coloniilor.

Această formă a legării de glie se va regăsi ulterior și în perioada medievală, mai exact, în perioada feudalismului timpuriu, când apare noțiunea de *șerbie*.

Dreptul roman recunoștea coloniilor calitatea/statusul de persoană, subiect individual, om liber, cu aptitudinea de a avea drepturi și de a-și asuma obligații. În această calitate, un colon beneficia de drepturi, cum ar fi: dreptul de a se căsători și de a avea copii care, la rândul lor, erau oameni liberi; dreptul de a exercita puterea părintească asupra copiilor săi; putea deține bunuri în

⁶ Mary Beard, *SPQR. O istorie a Romei antice*, Editura Trei, București, 2017, p. 393.

proprietate (și chiar i se recunoște dreptul de proprietate asupra parcelei de pământ pe care a pus-o în valoare prin muncă proprie) și putea dispune de bunurile sale prin testament, precum și prin diferite acte juridice, cu condiția ca, la încheierea actelor respective, să primească și acordul stăpânului la înstrăinare. Prin această condiție impusă colonului în dreptul roman se poate considera că patrimoniul acestuia și condiția sa juridică sunt asemănătoare sclavilor și patrimoniului acestora (denumit *peculium*). Colonul datora taxe și impozite *intuitu personae* pentru folosința terenului.

Totodată, colonilor li se aplicau și alte restricții, limitări ale lui *status libertatis*, care îi apropiau de situația juridică a unui sclav, respectiv: un colon nu putea părăsi domeniul pe care lucra (până la achitarea integrală a datoriilor⁷), iar la înstrăinarea terenului asupra căruia colonul exercita arenda, era vândut și colonul, care era privit ca un accesoriu al terenului; proprietarul terenului (devenit, între timp, stăpânul său) putea exercita un drept de corecție asupra colonului; colonul nu îl putea chema în judecată pe stăpânul său decât în cazuri excepționale; un colon nu se putea căsători cu o femeie liberă, ci doar cu o femeie care avea aceeași condiție juridică cu a sa⁸.

Potrivit izvoarelor vremii, principiilele restricții care erau impuse colonilor, priveau condițiile în care aceștia puteau denunța contractul de colonat, în raport și de situația financiară a Imperiului, respectiv, perioada de inflație cu care acesta se confrunta la începutul sec. al IV-lea. În acest context, Împăratul Dioclețian a promulgat Edictum de pretiis venalium rerum, prin care stabilea valori maxime pentru o bună parte dintre bunurile care se

⁷ V. M. Ciucă, p. 268.

⁸ Vl. Hanga, M.D. Bocșan, p. 124.

tranzacționau în acea perioadă și, ca sancțiune pentru nerespectarea acestor valori, a stabilit pedeapsa capitală.

III. Contractul de colonat în dreptul roman

Contractul de colonat era definit ca fiind o varietate a contractului de locațiune (*locatio conductio*) în dreptul roman. Pornind de la contractul de locațiune, reținem că acesta era definit ca fiind convenția prin care o persoană (denumită *locator*) se obliga să îi procure altei persoane (denumită *conductor*) folosința temporară a unui lucru sau serviciile sale ori să îi execute o anumită lucrare în schimbul unei sume de bani numită *merces*⁹.

Izvoarele contractului de colonat erau următoarele¹⁰: *nașterea* (asemenea cazului celorlalte categorii sociale, de regulă, colonii transmiteau această calitate/stare copiilor lor, fiind suficient ca doar unul dintre părinți să fie colon); *prescripția achizitivă* (în materia colonatului, doar prescripția achizitivă de 30 de ani putea produce efecte în privința colonatului, ca sursă/izvor; potrivit acestei instituții, persoana care fusese colon timp de 30 de ani rămânea colon pe viață; această regulă a fost desființată în vremea Împăratului Iustinian); *convenția* (reprezenta acel izvor al colonatului prin care omul liber se vindea ca și colon proprietarului de pământ, iar documentul care conținea convenția era păstrat în arhivele cetății – *municipalia gesta*); *prizonieratul* (persoanele care cădeau în prizonierat nu puteau dispune de libertatea lor, astfel încât ele erau atribuite marilor proprietari de pământ de către statul roman, mai ales că numărul sclavilor nu acoperea și activitatea de

⁹ T. Sâmbrian, op.cit., p. 155

¹⁰ *Idem*, p. 66

cultivare a terenurilor); *pedeapsa* (colonatul putea avea ca izvor și sancțiunea, când, persoanele apte de muncă ce erau descoperite de către stăpânul pământului că practicau cerșetoria, vagabondajul sau alte asemenea fapte, erau transformați în coloni).

În raport de obiectul contractului sau al locației, aceasta se clasifica în *locatio rei* (locațiunea unui bun, pe care îl putem asimila contractului de locațiune din zilele noastre, în dreptul românesc), *locatio operarum* (locațiunea unui serviciu, ce poate fi asimilat contractului de muncă din dreptul românesc actual) și *locatio operis facendi* (locațiunea pentru executarea unei lucrări, care poate fi asimilat contractului de antrepriză din dreptul românesc actual).

În ceea ce privește studiul nostru, ne interesează analiza contractului *locatio rei*, care reprezenta închirierea unui bun corporal mobil sau imobil.

Sub aspectul părților contractante și al obiectului contractului, acesta putea fi încheiat între chiriaș/locator și proprietarul terenului, direct ori prin reprezentarea acestui proprietar și trebuia să fie validat de către autoritățile statului roman. Persoanele împuternicite de către proprietari erau fermierii generali, cunoscuți sub denumirea de *conductores*. Când bunul care făcea obiectul locației era un bun imobil – clădire, locatorul se numea *inquilinus*; dacă bunul ce făcea obiectul contractului era un teren (fond rustic), locatorul se numea colon (*colonus*). La început, contraprestația pentru folosința terenului de către arenda/colonatul se datora în bani, pentru ca mai târziu, ca urmare a sărăcirii colonilor, aceștia să plătească în natură colonatul.

Primele persoane cunoscute în Roma antică, ce aveau calitatea de arendași în contractul de colonat, au fost *colonii voluntari*¹¹. Dintre aceștia, o

¹¹ *Idem*, pp. 65-66.

categoria aparte o reprezentau *colonii parțitari/parțieri*, cei care se obligau la plata colonatului în produse, ocazie cu care remiteau o parte a recoltei adunate de pe terenul arendat. Cealaltă categorie de coloni voluntari erau denumiți coloni simpli, care achitau colonatul (arenda/chiria) fie în bani, fie în natură, prin executarea unor lucrări în favoarea proprietarului pământului.

O altă categorie de coloni erau *colonii involuntari/siliți*, apăruiți la finele sec. III d. Hr. Aceștia erau prizonieri de război care nu mai erau transformați în sclavi, ci repartizați marilor proprietari pentru a lucra pământul și erau considerați coloni¹². În timpul Împăratului Marc Aureliu, prizonierii de război nu mai erau transformați în întrgime în sclavi, ci, în mare parte, erau atribuiți marilor latifundiari, pentru a le fi lucrate pământurile. Și astfel, în timp, colonatul va ajunge să se substituie sclaviei¹³, cu atât mai mult cu cât munca sclavilor devenise tot mai neproductivă în sec. I d. Hr.

Dreptul roman a cunoscut și o a treia categorie de coloni, denumiți *coloni adscripticii* (coloni adăugați sau supranumerari ai micilor proprietari de terenuri). În această categorie de coloni erau incluși aceia care nu mai puteau trăi din lucrul propriilor terenuri și au acceptat să devină coloni. *Colonii adscripticii* au apărut ca efect a unei *novella* dată de Împăratul Valentinianus, iar ulterior a fost confirmată de către Împăratul Justinian.

Părțile contractante puteau stabili durata contractului, de comun acord. Contractul de colonat/arendă putea fi încheiat pe termen maxim de cinci ani, colonii putând alege între posibilitatea renunțării la contract ori a reînnoirii acestuia. În timpul Împăratului Justinian a fost reglementată noțiunea *tacita reconductio* (corespunzătoare noțiunii actuale de tacită

¹² E. Molcuț, D. Oancea, *Drept roman*, Casa de editură și presă „Șansa” SRL, Editura Universul, București, 1993, p. 94.

¹³ Vl. Hanga, M.D. Bocșan, op. cit., p. 122.

relocațiune din dreptul românesc) care permitea prelungirea tacită a contractului, cu condiția ca cel care avea calitatea de chiriaș/colon continua să lucreze terenul, fără ca proprietarul acestuia să se opună. De asemenea, dacă vreuna dintre părți deceda, pe durata contractului de colonat, succesorii celui decedat se puteau subroga în drepturile și obligațiile autorului lor.

Pentru contractul de colonat, ca, de altfel, pentru toate tipurile de contracte de locațiune, romanii au stabilit acțiunile care puteau fi formulate în justiție, în caz de nerespectare a clauzelor contractuale sau ale dispozițiilor legale care guvernau acest tip de contract. Cele două acțiuni care sancționau drepturile izvorâte din contractul de colonat erau: *actio ex locato/actio locati* (de care dispunea proprietarul bunului) și *actio ex conducto/actio conducti* (aflată la dispoziția colonului). Ambele acțiuni tindeau la executarea corectă și completă a obligațiilor asumate de către părți prin intermediul contractului încheiat, fiind acțiuni directe și de bună-credință.

În situația în care un proprietar de pământ intenționa să vândă terenul, acesta trebuia să îl includă în obiectul vânzării și pe colonul care lucra acel pământ, nefiind posibilă vânzarea separată a fondului și a colonului. O asemenea vânzare era sancționată cu nulitatea actului. Totodată, legea romană interzicea proprietarului de terenuri să își mute colonii de pe o parcelă pe alta, indiferent de motivul mutării.

Încetarea sau stingerea colonatului avea loc în foarte puține cazuri, potrivit regulilor dreptului roman, respectiv: prin renunțarea proprietarului, în același timp, atât la terenul al cărui proprietar era, cât și la colonul care cultiva terenul respectiv, iar renunțarea urma a se face în favoarea colonului; când se împlineau, cumulativ, următoarele condiții: exista acordul proprietarului și colonul dobânda rang clerical sau mănăstiresc; la împlinirea prescripției de 30 de ani, pentru bărbați, și de 20 de ani, pentru

femei, prevedere care se desființează în timpul Împăratului Justinian; când colonul intra în armata romană, dacă interesele statului impuneau măsura înrolării acestuia.

Deși ar fi putut să înceteze și la împlinirea termenului pentru care s-a încheiat contractul respectiv (de regulă, după perioada maximă de cinci ani), despre această posibilitate de încetare a contractului de colonat dreptul roman „tace”.

IV. Concluzii

Analizând noțiunile de *colon* și de *contract de colonat* din perspectivă istorică, juridică, politică și economică, am constatat, o dată în plus, că statul roman, de-a lungul existenței sale, a creat pârgii prin intermediul cărora a asigurat muncile agricole, în condițiile în care granițele se extindeau, înglobau noi teritorii, numărul sclavilor era insuficient, în scădere, iar numărul prizonierilor de război creștea. Ordinea juridică romană s-a adaptat continuu, ea înseși a evoluat în raport cu evoluția societății, stabilind reguli stricte care să îi permită satisfacerea aristocrației romane, chiar dacă această satisfacție se răsfrângea în mod negativ asupra altor categorii sociale.

În acest context, întâlnim colonul, de cele mai multe ori, țăran liber la origine, care ajunge sub povara datoriilor ori strâmtorat de nevoi, care alege să lase pământul în grija unui protector care îi garantează că va interveni în favoarea sa în fața creditorilor sau a autorităților administrative ori judecătorești. Regăsim această imagine atât în perioada Republicii romane, cât și mai apoi, în etapa Imperiului și, mai târziu, în epoca medievală întrucât istoria a oferit o anumită ciclicitate: instituțiile apărute în zorii istoriei se

regăsesc în epocile următoare, cu anumite caracteristici specifice nivelului de dezvoltare a societății.

Cu atât mai mult cu cât vorbim despre măreția dreptului roman, care reprezintă fundamentul juridic actual al legislației multor popoare, și baza unuia dintre cele două mari sisteme de drept care guvernează lumea.

În acord cu tema pe care am supus-o analizei constatăm că elementele contractului de colonat au evoluat, s-au adaptat fiecărei epoci, de-a lungul timpului, astfel că, în zilele noastre, vorbim despre *contractul de arendă*.

Sistemul juridic românesc reglementează noțiunea de *arendă*, atât ca și contract distinct dar și ca varietate a contractului de închiriere, în care părțile contractante se află pe picior de egalitate juridică. Asemănarea dintre instituția *colonatului* și *arenda* din zilele noastre se raportează la epoci diferite și la recunoașterea unui statut diferit al persoanelor.

Două aspecte diferite între dreptul roman și dreptul românesc ar fi de remarcat în legătură cu subiectul dezbătut, și anume, prima ar fi aceea că dreptul roman nu asimila contractul de colonat cu contractul de închiriere/locațiune. Închirierea/locațiunea era considerată mai apropiată de contractul de vânzare (astfel cum reiese, printre altele, din Instituțiile lui Iustinian).¹⁴

O altă diferență importantă întâlnită la cele două contracte (colonatul și arenda) o reprezintă subiectele raportului juridic ce stă la baza acestor convenții, și anume: în perioada antichității romane vorbim despre proprietarii de pământuri/latifundiarilor care își dădeau terenurile în folosință colonilor. Cu timpul colonii ajung dependenți de proprietarii terenurilor, fiind

¹⁴ *Iustiniani Institutiones – Instituțiile lui Iustinian*, Text latin și traducere în limba română, cu note și studiu introductiv de prof. dr. Doc. Vladimir Hanga, Editura Lumina Lex, București, 2002, pp.232-235.

înstrăinați odată cu parcelele de teren pe care le lucrau. În perioada contemporană vorbim despre condiții de validitate ale contractului de arendă, ca act juridic civil bilateral, în care părțile se află pe picior de egalitate juridică și trebuie să își exprime liber consimțământul la încheierea actului respectiv.

Acest lucru demonstrează evoluția și adaptarea normelor, odată cu schimbarea statutului juridic al persoanelor, cu recunoașterea drepturilor și obligațiilor corelative în parteneriatul contractual, inclusiv în materia arendeii.

V. Bibliografie

- Beard, Mary, *SPQR. O istorie a Romei antice*, Editura Trei, București, 2017
- Ciucă, Valeriu M., *Drept roman. Lecțiuni*, ed. a II-a, addenda, corrigenda et incrementa, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014
- Gibbon, Edward, *Istoria declinului și a prăbușirii Imperiului Roman*, Editura Humanitas, București, 2018
- Hanga, Vladimir, *Iustiniani Institutiones – Instituțiile lui Iustinian*, Editura Lumina Lex, București, 2002
- Hanga, Vladimir; Bocșan, Mircea Dan, *Curs de drept privat roman*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2006
- Hanga, Vladimir; Jakotă, Mihai, *Drept privat roman*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1964
- Molcuț, Emil; Oancea, Dan, *Drept roman*, Casa de editură și presă „Șansa” SRL, Editura Universul, București, 1993
- Sâmbrian, Teodor, *Drept Roman. Principii, instituții și texte celebre*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1994.

STUDII

GHEORGHE MĂRZESCU ȘI VOCAȚIA
LIBERTĂȚII. DESPRE UN PROFESOR UITAT
AL FACULTĂȚII DE DREPT DIN IAȘI

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.15
Data publicării online: 16.03.2021

Dan Constantin MĂȚĂ*

Rezumat: Contribuția profesorului Gheorghe Mârzescu la dezvoltarea învățământului juridic la Universitatea din Iași este esențială. Jurist de formație franceză, acesta s-a implicat, de o manieră activă, la consolidarea instituțională și a activității didactice la Facultatea de Drept în primii săi ani de funcționare. Faptul că, pentru o lungă perioadă de timp, nu a avut calitatea de profesor ne demonstrează contextul dificil în care se aflau studiile juridice la Universitatea din Iași. Grație operelor sale, Gheorghe Mârzescu s-a făcut remarcat ca fondatorul studiului științific al dreptului civil la Iași. A fost adeptul valorilor liberale și un promotor constant al principiului laicizării, motiv pentru care a intrat în conflict direct cu reprezentanții Bisericii. În ciuda complexității lor, viața și opera profesorului Gheorghe Mârzescu sunt, actualmente, prea puțin cunoscute. El este adesea confundat cu fiul său, important om politic la începutul perioadei interbelice. Prezentul articol își propune să scoată în lumină o parte a valențelor complexe ale acestei personalități și să insiste asupra rolului său fondator și a vocației libertății pe care a promovat-o în permanență.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, danmata@uaic.ro.

Cuvinte cheie: istoria învățământului juridic, drept civil, personalitate academică.

GHEORGHE MÂRZESCU AND THE VOCATION
OF FREEDOM.
ABOUT A FORGOTTEN PROFESSOR OF THE
FACULTY OF LAW FROM IAȘI

Abstract: Professor Gheorghe Mârzescu's contribution to the development of legal education at the University of Iași is essential. A French legal expert, he was actively involved in the institutional and didactic consolidation of the Faculty of Law in its first years of operation. The fact that for a long time he did not have the status of professor shows us the difficult context in which the foundations of the university education from Iasi were laid. Through his works Gheorghe Mârzescu is the founder of the scientific study on civil law at the University of Iași. He was a follower of liberal values and a constant promoter of the principle of laicization, which is why he openly came into conflict with the representatives of the Church. Despite this complexity, the life and work of Professor Gheorghe Mârzescu are less well known today, often being mistaken for his son, an important politician at the beginning of the interwar period. This article aims to bring back to life some of the complex valences of this personality, emphasizing its founding role and the vocation of freedom that he has permanently promoted.

Keywords: history of legal education, civil law, academic personality

LE PROFESSEUR GHEORGHE MÂRZESCU ET
LA VOCATION À LA LIBERTÉ. REGARDS SUR
UN PROFESSEUR OUBLIÉ DE LA FACULTÉ DE
DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE IAȘI

Résumé : La contribution du professeur Gheorghe Mârzescu au développement de l'enseignement juridique à l'Université de Iași est essentielle. Juriste de formation française, il s'est impliqué de manière active à la consolidation institutionnelle et didactique de la Faculté de Droit pendant ses premières années de fonctionnement. Le fait que, pour une longue période, il n'a plus eu la qualité de professeur nous montre le contexte difficile dans lequel ont été mis les fondements de l'enseignement universitaire de Iași. Grâce à ses ouvrages, Gheorghe Mârzescu se fait remarquer comme le fondateur de l'étude scientifique du droit civil à l'Université de Iași. Il a été adepte des valeurs libérales et un promoteur constant du principe de la laïcisation, raison pour laquelle il est entré ouvertement en conflit avec les représentants de l'Église. Malgré leur complexité, la vie et l'œuvre du professeur Gheorghe Mârzescu sont actuellement peu connues. Il est souvent confondu avec son fils, important homme politique au début de l'entre-deux-guerres. Le présent article se propose de remettre en lumière une partie des facettes complexes de cette personnalité et insiste sur son rôle fondateur et sur la vocation de la liberté qu'il a promue en permanence.

Mots-clés : histoire de l'enseignement juridique, droit civil, personnalité académique.

Cuprins

I.	În rândul fondatorilor	520
II.	Deschizător de drum în studiul Dreptului civil	526
III.	„Un legist înstrăinat de Biserică”	534
IV.	În loc de concluzii.....	539

„Dar ce n-a fost Gheorghe Mârzescu ?” se întrebă retoric și totodată admirativ un autor care a evocat personalitățile din trecut ale Iașilor¹, având în vedere calitățile acestuia de profesor, avocat, ziarist și om politic (deputat, senator, ministru al Cultelor și Instrucțiunii Publice). În ciuda acestei celebrități, care s-a prelungit încă mulți ani după moarte (1901), personalitatea lui Gheorghe Mârzescu este astăzi puțin cunoscută el fiind adesea confundat cu fiul său, important om politic de la începutul perioadei interbelice. O scurtă privire a activității și operei lui Gheorghe Mârzescu ne arată însă că întinderea umbrei uitării peste acest personaj ar fi o greșeală. Practic nu a existat acțiune, plan sau dezbateri majoră în societatea românească din a doua jumătate a secolului al XIX-lea în care acesta să nu fie implicat activ. De la rolul său de fondator al învățământului dreptului civil la Universitatea din Iași și până la implicarea sa în viața socială și culturală întreaga activitate a lui Gheorghe Mârzescu se desfășoară în egală măsură sub semnul pioneratului și a excelenței. Dar ceea ce impresionează în cel mai înalt grad la personalitatea

¹ Radu Șuțu, *Iașii de odinioară*, Ediție revăzută, Prefață, postfață, ediție îngrijită, selecția textelor și note de Radu Negrescu-Șuțu, București, Corint Books, 2015, p. 115.

lui Gheorghe Mârzescu este afirmarea constantă a unor principii și valori, dintre care cea mai frecventă este cea a libertății.

I. În rândul fondatorilor

Inaugurarea Universității din Iași s-a făcut într-o ceremonie fastuoasă în ziua de 26 octombrie 1860, în prezența Domnitorului Alexandru Ioan Cuza și a membrilor Guvernului. Programul oficial a început în dimineața zilei cu o slujbă religioasă la Biserica Talpalari (considerată biserica școlilor din Iași), continuând cu deplasarea întregului cortegiu (format din reprezentanți ai autorităților municipale și centrale, profesori ai școlilor din Iași, artiști dramatici, tipografi și librari, studenții și profesori ai facultăților) spre Aula Universității.

După oficierea slujbei de sfințire de către Episcopul Filaret Scriban a urmat citirea Ordonanței Domnești de către Mihail Kogălniceanu, prim-ministru al Moldovei și ministrul interimar al Cultelor și Instrucțiunii Publice. În baza acestui act Universitatea era organizată ca „persoană juridică cu dreptul de a se administra de sine, în cauzele atât științifice cât și disciplinare”(art. 1) având patru facultăți („filosofică, juridică, teologică și medicală”) în cadrul cărora „învățătura va fi gratuită, liberă și în limba română” (art. 2). Consiliul Academic al Universității era compus din „profesorii în activitate ai tuturor facultăților, precum și din cei retrași, care ar fi făcut serviciul școlar în vreo facultate curs de zece ani, cu titlu de membri onorari” fiind prezidat de Rector care „se alege pe fiecare an de către profesorii facultăților și din sânul lor și se recomandă prin Ministerul de Culte și Instrucțiune publică întăririi Domnești” (art. 3). Totodată, ordonanța

prevedea că Universitatea este singura care are „dreptul și prerogativa de a conferi gradele și onorurile academice cele mai înalte în diferite științe, precum doctoratul, diploma de magistru etc.” și că „în viitor nici un june nu va mai putea fi primit în serviciile publice ale Statului, de nu va fi înzestrat cu testimoniile sau diplomele necesare, conform cu natura postului ce va ocupa”(art. 8)².

La finalul citirii Ordonanței Domnești s-a procedat la înmânarea de către Domnitor a însemnelor oficiale (sigiliul, sceptrele, drapelul, ordonanța domnească) către trei profesori ai Universității, toți de la Facultatea Juridică : Petru Suciu, Ioan Strat și Octav Teodori³.

După acest moment solemn de la tribuna oficială ia cuvântul un alt profesor al Facultății Juridice, care în urmă cu două săptămâni își inaugurase cursul de Drept civil. Tânăr, ceremonios, cu o figură impozantă⁴ el prezintă mesajul de mulțumire din partea corpului profesoral către Domnitorul Alexandru Ioan Cuza. Numele acestui profesor este Gheorghe Mârzescu și desemnarea sa pentru transmiterea acestui mesaj avea o semnificație aparte. El făcea parte din categoria profesorilor tineri ai Universității, fără legătură cu

² *Istoricul învățământului superior din Iași cu date statistice până în 1895*, în *Anuarul Universității din Iași pe anul școlar 1895-1896, precedat de o ochire retrospectivă asupra învățământului superior din Iași*, Iași, Tipografia Națională, 1896, pp. 40-41.

³ *Inaugurarea Universității din Iași* în George Mârzescu, *Scrieri diverse*, Tomul I, București, Tipografia Curții, 1881, pp. 28-36.

⁴ Imaginea profesorului Gheorghe Mârzescu ne este cunoscută din descrierile contemporanilor și mai ales din portretul aflat în galeria Muzeului Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Acest portret, pictat în anul 1909, la opt ani de la moartea lui Mârzescu, de către pictorul N. Craft, ne arată figura unui bărbat matur, cu o expresie ușor severă „ornată” , după moda timpului, cu favoriți impozanți. Pentru detalii a se vedea Sorin Iftimi, *Considerații privitoare la galeria de portrete a Muzeului Universității din Iași*, în „*Historia Universitatis Iassiensis*”, nr. I, 2010, pp. 201-237.

învățământul juridic organizat în baza *Așezământului pentru reorganizarea învățaturilor publice* sancționat de Domnitorul Grigore Alexandru Ghica în prima zi a anului 1851.

Corpul profesoral al Facultății Juridice înființată, în condiții extrem de dificile, în toamna anului 1855, era format în mare parte din profesori ardeleni, precum Simion Bărnuțiu, Alexandru Papiu-Ilarian sau Petru Suci, cu studii universitare în spațiul austriac sau italian. Singurul profesor care avea studii universitare la Paris era Teodor Veisa⁵, titularul cursului de Drept civil, el încercând să promoveze un curent francofil în cadrul școlii de drept ieșene⁶.

Gheorghe Mârzescu făcea parte din categoria „stipendiaților”, adică a tinerilor studioși trimiși pe cheltuiala statului moldovean pentru aprofundarea studiilor juridice în capitala Franței. Întorși în țară acești tineri urmau să fie principalii contribuitori la efortul de consolidare a învățământului public, a magistraturii sau administrației de stat. Așadar, o categorie cu un statut extrem de onorant, evidențiată de Mihail Kogălniceanu, ministrul al Instrucțiunii Publice, în raportul său adresat Domnitorului cu privire la înființarea Universității din Iași : „*tinerii noștri stipendiști, pe care țara în tot anul îi trimite la Universități străine, astăzi au început a ne*

⁵ Constantin C. Angelescu, *Un jurist moldovean uitat: Teodor Veisa*, Extras din „Dreptul”, nr. 27-28, 1938, București, Tipografia „Cuvântul românesc”, 1938, pp. 3-19.

⁶ Până la Unirea Principatelor aproximativ 11 tineri români obținuseră și doctoratul în Drept la Paris, majoritatea din Țara Românească: Petre Manega (1820), Dumitru Gr. Filipescu (1833), Dumitru Mavrocordat (1847), Gheorghe Costaforu (1850), Constantin Bosianu (1851), Vasile Boerescu (1857), Gheorghe Grigore Cantacuzino (1858), Dumitru Paul Vioreanu (1858), Constantin Darvaris (1859), Gheorghe I. Vernescu (1860), Aristide Pascal (1860). Pentru detalii a se vedea Constantin C. Angelescu, *Cei dintâi români doctori în Drept de la Paris*, Extras din „Dreptul”, Nr. 28 și 29 din 1928, Fundația Culturală Regele Mihai I, 1928, pp. 4-26.

reveni ; și profesori, ei plătesc prin cursurile lor sacrificiile ce țara făcut cu dânșii, odată elevi”⁷.

Gheorghe Mârzescu nu doar că făcea parte din această categorie dar se profila ca liderul generației sale. Teza lui de licență, susținută la Facultatea de Drept din Paris în data de 17 noiembrie 1858 sub coordonarea profesorului Joseph Ortolan, a fost publicată în același an⁸. După modelul vremii ea cuprinde două părți : prima dedicată unei instituții juridice din dreptul roman (*De jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*), iar a doua dedicată unor instituții din dreptul francez (*De la preuve des obligations et de celle du paiement ; Des achats et ventes*). Vacantarea catedrei de Drept civil, prin plecarea profesorului Teodor Veisa, i-a permis preluarea acestui curs fundamental, moment marcat prin susținerea unei prelegeri în fața studenților, profesorilor și a mai multor notabilități ale orașului.

Discursul din data de 26 octombrie 1860 s-a fundamentat pe ideea că instrucțiunea publică este „bază a libertății, independenței, liniștii și prosperității popoarelor”, astfel că „după cum ea este mai mult sau mai puțin răspândită în cerul unui popor, pe atât se și zice că acel popor are conștiință de existența, libertatea și neatârarea sa”. Când popoarele reclamă o libertate mai mare ?, se întreabă în mod retoric Mârzescu. „Când iată se găsesc mai luminate !”, mărturisind credința sa că „fără de lumină nu poate exista libertate”⁹.

Peste o lună de zile de la acest moment, Gheorghe Mârzescu revine în atenția generală în contextul tensiunilor privind alegerea rectorului

⁷ *Istoricul învățământului superior din Iași cu date statistice până în 1895...*, p. 47.

⁸ G. Marzeskou, *Thèse pour la licence*, Paris, Typographie et lithographie Lacour, 1858, p. 79.

⁹ *Inaugurarea Universității din Iași...*, pp. 32-35.

Universității. Inaugurarea fastuoasă a noului așezământ universitar nu a fost urmată, așa cum era firesc, și de alegerea imediată a reprezentantului legal deoarece Facultatea de Medicină nu era înființată și, în consecință, procesul de constituire al Universității nu putea fi considerat finalizat. În prima ședință a Consiliului Academic, din data de 28 octombrie 1860, profesorul Petru Suciu a susținut că Universitatea are personalitate juridică și deci trebuie să se aleagă Rectorul, dar această opinie a rămas minoritară¹⁰.

Printre cei care invocau imposibilitatea alegerii Rectorului în lipsa profesorilor Facultății de Medicină se afla și Gheorghe Mârzescu, dar la ședința Consiliului Academic din data de 24 noiembrie 1860 el și-a reconsiderat poziția în termenii următori: „Aaug totodată de a zice că am fost cel dintâi în Consiliu care am propus să nu procedăm la alegerea Rectorului, până la numirea prin Ordonanță Domnească a profesorilor de la Medicină. Martori la aceasta îmi sunteți domniile voastre toți. Afirm aceasta pentru ca domnii medici să nu socotească mai târziu că am arătat mai puțină deferență pentru această ramură a Institutului Universitar. Însă, d-lor, am zis și am repetat-o chiar în ședința trecută că de o lună așteptăm pentru ca și Facultatea de Medicină să fie reprezentată în Consiliul Academic, și din cauză că nu suntem deplin constituiți, că nu avem pe reprezentantul nostru suprem, că Consiliul Academic nu-și are Rectorul său, exercițiul drepturilor condate prin Statute e paralizat. Să procedăm, deci, la alegerea Rectorului, căci odată el numit, ales din sânul nostru, sancționat de Domn, el nu va lipsi de a lua măsurile necesare, de a dărui și mijloci ca și facultatea de Medicină să se

¹⁰ Cătălin Botoșineanu, *Alegerile pentru funcția de rector și evoluția demnității rectorale*, în Gheorghe Iacob, Alexandru-Florin Platon (coordonatori), *Istoria Universității din Iași*, Iași, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, 2010, p. 428.

constituie cât mai curând și astfel să-și înceapă cursul său. Căci, d-lor, Rectorul este custodele drepturilor concesionate prin actul de fundare a Universității!”¹¹.

Această opinie fiind agreată de majoritatea participanților discuțiile au continuat cu privire la persoana care ar fi trebuit să-și asume această onorantă sarcină. Primul gând a plecat către Simion Bărnuțiu, în virtutea experienței sale în dezvoltarea învățământului superior și a prestigiului de care se bucura în mediul academic ieșean. Acesta a refuzat însă propunerea făcută într-un mod insistent tot de către Gheorghe Mârzescu, arătând că nici măcar nu va participa la vot deoarece el și ceilalți profesori ardeleni participanți la ședința Consiliului Academic din 24 noiembrie 1860 (Ștefan Emilian și Ion Popa) sunt supuși austrieci. În aceste condiții, cu votul unanim al celor 7 profesori care au votat, a fost ales Rector al Universității din Iași un alt profesor al Facultății Juridice, Ioan Strat, care de la începutul lunii noiembrie 1860 era decanul acestei facultăți¹².

Atitudinea principială a lui Gheorghe Mârzescu, în considerarea libertății și a demnității pe care le promova insistent, l-a adus pe acesta în mijlocul unui conflict instituțional care s-a soldat cu demisia unei mari părți a profesorilor Universității și chiar a rectorului ales. În ianuarie 1862 ministrul Cultelor și Instrucțiunii, Al. Cantacuzino, a numit la direcția Școlii Centrale de Fete o persoană din anturajul său de familie. Numirea a fost surprinzătoare și fără acordul Consiliului Școlar, organism care gestiona politica de dezvoltare a educației publice din Moldova încă dinainte de

¹¹ *Alegerea primului Rector al Universității din Iași*, în Gheorghe Mârzescu, *Scrieri diverse*, Tomul I, București, Tipografia Curții, 1881, pp. 38-39.

¹² Victor Slăvescu, *Ion Strat. Economist, financiar, diplomat. 1836-1879*, vol. I, București, Imprimeria Națională, 1946, p. 13.

momentul Unirii. La protestul argumentat al membrilor Consiliului Școlar, ministrul Cantacuzino a răspuns total neinspirat prin demiterea a trei membri ai consiliului, printre care și Gheorghe Mârzescu¹³. Acesta a fost momentul în care conflictul a escaladat ajungându-se la demisia majorității profesorilor și a rectorului Strat, în ianuarie 1862, și perpetuarea unei situații de incertitudine cu privire la funcționarea Universității care s-a extins până la momentul alegerii ca rector a profesorului Titu Maiorescu, la data de 18 septembrie 1863.

II. Deschizător de drum în studiul Dreptului civil

Prin prelegerea din data de 9 octombrie 1860 Gheorghe Mârzescu a inaugurat un curs universitar dar a pus și bazele unei metode de studiu asupra dreptului civil. Deși își rezervă un rol modest, acela de profesor chemat la catedră pentru „a vă explica codul civil”¹⁴, el insistă de la început pe importanța cunoașterii principiilor dreptului natural: „În studiul materiilor științei noastre mă voi sili de a va înrădăcina în minte principiile fundamentale, această bază necesară oricărui studiu serios și solid, principiile fundamentale ce domină pe fiecare din ele. Statornica mea îngrijire nu va fi numai de a vi le înrădăcina bine în minte, ci și a le disciplina și a le clasa în ordinea ce mi se va părea mai clară și mai rațională. Vă voi arată consecințele acestor principii, apoi dificultățile ce se pot naște și care pot să dea loc la

¹³ Florea Ioncioaia, *Înfățișarea și începuturile Universității (1860-1864)*, în Gheorghe Iacob, Alexandru-Florin Platon (coordonatori), *Istoria Universității din Iași*, Iași, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, 2010, p. 143.

¹⁴ *Discursul rostit la deschiderea cursului de drept civil în Facultatea Juridică din Iași (9 octombrie 1860)*, în George Mârzescu, *Scrieri diverse*, Tomul I, București, Tipografia Curții, 1881, p. 3.

deosebite sisteme. Neîncetat vom avea sub ochi legea pozitivă, adică legea formulată de legiuitorul pământesc și pe care cu toată critica ce va merita, noi vom respecta, noi vom trebui a o respecta și a ține socoteala de dânsa până în moment ce legislatorul o va înlocui prin legea conformă tipului dreptății, vreau să zic a dreptului natural. Căci o lege nu este bună întrucât ea nu este formula dreptului natural. Acela este un bun legiuitor care știe să formuleze principiile cerute de rațiune, adică principiile dreptului natural, ce este culmea pe care neîncetat trebuie să se urce legiuitorul fără însă ca vreodată să poată ajunge la vârf¹⁵.

Codul civil pe care îl preda la acel moment Gheorghe Mârzescu era *Condica civilă a Moldovei*, cod adoptat în anul 1817 din porunca Domnitorului fanariot Scarlat Callimach. Fără a diminua valoarea acestui monument legislativ, Gheorghe Mârzescu lansează o perspectivă critică în care principalul element de vulnerabilitate îl reprezintă lipsa unei sistematizări logice. Din acest motiv, el și propune expunerea materiei „într-un chip rațional”, în care fără a neglija metoda exegetică, nu va uita că este „însărcinat cu un curs de cod civil, ceea ce-mi impune îndatorirea de a interpreta, de a explica codul civil considerat ca lege în viață, ca lege aplicabilă și obligatorie”¹⁶.

Principale direcții de cercetare enunțate în această lecție inaugurală au fost continuate într-o lucrare publicată cinci ani mai târziu, într-un moment în care intrarea în vigoare a Codului civil Alexandru Ioan I era o certitudine. Prin *Explicațiunea introducerii Codului civil* se realizează, pentru prima dată în doctrina civilistă românească, o punte între reglementarea fanariotă,

¹⁵ *Ibidem*, pp. 16-17.

¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

influențată de Codul civil austriac din anul 1811, și noul Cod civil aflat sub hegemonicul model al Codului civil napoleonian. Gheorghe Mârzescu își asumă sarcina prezentării acestei tranziții arătând în *Prefața* lucrării, că o parte considerabilă a explicațiilor sale vor fi utile și pentru noua reglementare deoarece „*cartea mea nu-i decât o compilație și câte odată chiar o traducere din cei mai buni profesori și autori francezi, cum sunt Demolombe, Oudot, Marcadé, Troplong, Mouroln, Esbach, etc.. etc.*”¹⁷. Se deschide astfel calea imitației masive a doctrinei juridice franceze, ca un reflex al transplantului legislativ, care va caracteriza doctrina juridică românească, cu predilecție cea de drept civil, până la începutul secolului al XX-lea.

Gheorghe Mârzescu a rămas fidel dreptului civil întreaga sa viață, chiar și în perioada în care întrerupându-și activitatea la catedra de drept civil a Facultății de Drept din Iași (1864-1881) și-a semnat lucrările ca „avocat pe lângă Curtea de Apel din Iași” și „fost Profesor de Codice Civil”¹⁸. Având conștiința propriei sale valori a răspuns, cel mai adesea în mod ironic, celor care îi minimalizau importanța lucrărilor științifice: „Știu c-am rămas înapoi în știința Dreptului de foștii mei camarazi de studiu, unii dintre ei învățați și distinși profesori, iar alții înalți magistrați. Îi rog, însă, să fie indulgenți către mine; căci le promit că mă las de publicațiuni juridice în ziua când îi voi vedea că se pun dânsii a da publicității lucrarea inteligenței și a mâinilor lor. Nu cer volume groase, căci spre a merita numele de marele jurisconsult nu cred să fie necesare volume de mii de pagini. Este de ajuns să fie aruncată în știința

¹⁷ George Mârzescu, *Explicațiunea introducerii Codului civil precedată de introducere generală în studiul dreptului*, Iași, Tiparul Tribunei Române, 1865.

¹⁸ George Mârzescu, *Apărarea Societății de aprovizionare a Armatei Imperiale Active Ruse A. Horwitz, E. Gregher și A. Cohan dinaintea Curții de Apel din București, Secțiunea I*, București, Tipografia Curții, 1878.

Dreptului o sămânță utilă, care germinând să producă fructe utile. Știu că se poate întâmpla ca omenirea gustând din aceste fructe nemuritoare ea nici să mai cerceteze numele oamenilor care i le-a procurat, întocmai cum fac și femeile acele care împodobindu-se cu pietre prețioase, nu se gândesc niciodată la acei care se afundă în ocean spre a scoate acele pietre prețioase cu pericolul vieții lor”¹⁹.

În perioada în care nu a mai avut calitatea de profesor preocupările sale științifice au luat forma unor studii dedicate unor subiecte controversate sau abordate nesatisfăcător în doctrină, dintre care două prezintă o semnificație deosebită: *Le Code Cousa devant la religion et la famille* (1865) și *Efectul testamentelor și donațiilor între vii, făcute sub imperiul Codicelui Civil Calimachi, în ceea ce se atinge de legitimă sau rezervă în cazul în care testatorul sau donatorul moare sub imperiul Codicelui civil actual* (1870).

Primul text reprezintă critica formulată de Gheorghe Mârzescu împotriva modului de reglementare al dreptului de succesiune al copiilor naturali în Codul civil Cuza. În acest aspect legea românească s-a îndepărtat de modelul francez, care recunoștea șase clase de copii (copii legitimi, copii legitimați, copii naturali simpli, copii naturali adulterini, copii naturali incestuoși, copii adoptivi), reglementând o singură categorie, cea a copiilor naturali. Din interpretarea articolelor 652 și 657 ale Codului intrat în vigoare în anul 1865 rezulta că la succesiunea mamei, ascendenților și colateralilor mamei erau chemați în mod egal cu copiii legitimi nu doar copiii naturali

¹⁹ G. Mârzescu, *Maximele dreptului roman cu aplicațiuni la Codicele nostru civil*, Partea I, Iași, f.e., 1880, pp. XX-XXI.

simpli ci și cei adulterini și incestuoși²⁰. Această asimilare a fost considerată de către Mârzescu drept „imorală și revoltătoare”²¹, criticând faptul că „acest prunc fraged [Codul civil român n.a.] a cutezat, în contra principiilor solide ale tatălui său, adică ale Codicelui Napoleon”²².

Cu această concluzie radicală studiul nu a putut fi publicat, deși fusese imprimat la tipografia „Buciumul Român” din Iași, atât tipografia cât și autorul fiind avertizați de prefectul districtului Iași, Nicu Catargiu, că vor urma represalii judiciare. Ceea ce a urmat este un episod inedit în știința juridică românească: textul studiului a fost publicat la Paris, în limba franceză, sub semnătura lui Nicolae Roset Rosnovanu care recunoaște în prefață că „unul din amicii noștri, unul din cei mai renumiți avocați ai baroului nostru, a binevoit să ne comunice scrierea pe care o publicăm astăzi, scriere dictată de aceleași simțăminte, de aceeași indignare”²³. În anul 1881 textul a fost republicat în România, de data aceasta cu numele autorului, împreună cu istorisirea acestei întâmplări ciudate.

Cel de-al doilea studiu are în vedere o problemă cu o mare incidență practică dar care nu beneficia nici în doctrină și nici în jurisprudență de o interpretare unitară. Gheorghe Mârzescu analizează toate aceste abordări contradictorii și reușește să „dezlege” problema de drept prin aplicarea principiilor fundamentale ale dreptului civil. În *Prefața* acestui studiu el justifică această tehnică de interpretare arătând și terenul arid pe care vine cercetarea sa: „Consultați în mai multe rânduri asupra acestei materii atât de

²⁰ *Despre dreptul de succesiune a copiilor naturali după Codicele civil Alexandru Ioan Cuza* în George Mârzescu, *Scrieri diverse*, Tomul I, București, Tipografia Curții, 1881, p. 115.

²¹ *Ibidem*, p. 116.

²² *Ibidem*, p. 105.

²³ *Ibidem*, p. 89.

delicate și de importante credem, în lipsă de comentarii de drept scrise în limba română, că facem un adevărat serviciu atât concetățenilor cât și magistraților noștri, dând publicității după cei mai eminenti jurisconșulți adevăratele principii ce cârmuiesc materia aceasta și pe care principii noi am avut deja ocazia de a le pune în vedere atât amicilor cât și clienților ce ne-au făcut onoarea de a ne consulta în privința aceasta. Chestiunea de față este, putem să zicem, de o utilitate cotidiană în privire că abia numai de câțiva ani noi trăim sub imperiul noului Cod și astfel pe fiecare zi tribunalele sunt puse în poziția de a judeca testamentele și donațiile între vii făcute sub imperiul Codul Callimach. A ignora, deci, asupra materiei aceasta adevăratele principii este a răpi drepturi câștigate și, în consecință, a viola principiul scris pe frontispiciul Codului civil: «Legile nu au efect retroactiv»²⁴.

În anul 1880 Gheorghe Mârzescu a publicat o lucrare, inedită pentru literatura juridică românească de până atunci, în care a explicat actualitatea unor reguli din dreptul roman prin raportare la dispozițiile contemporane ale dreptului civil românesc. Atașamentul civilistului Gheorghe Mârzescu pentru cunoașterea aprofundată a dreptului roman era cunoscut încă de la debutul carierei sale. În lecția introductivă a cursului de Drept civil, din data de 9 octombrie 1860, el anunța că „neîncetat vom alerga la dreptul roman, ce este baza științei noastre, baza tuturor legislațiilor moderne. Mă voi sili de a vă face cunoscute, prin urmare, clare toate legile romane ce au trecut în dreptul nostru pozitiv sau de care a fost însuflețit legiuitorul când a prescris cutare sau cutare măsură. Vom avea astfel a ne întreba despre diferențele din codul

²⁴ Gheorghe Mârzescu, *Efectul testamentelor și donațiilor între vii, făcute sub imperiul Codicelui Civil Calimachi, în ceea ce se atinge de legitimă sau rezervă în cazul în care testatorul sau donatorul moare sub imperiul Codicelui civil actual*, Iași, Tipografia Societății Junimea, 1870, Prefață.

nostru civil cu legile romane privitoare la același obiect. Prin chipul acesta numai se poate asigura cineva de gradul la care a pătruns o materie”²⁵.

Două decenii mai târziu el publică *Maximele dreptului roman cu aplicațiuni la Codicele nostru civil*, o lucrare proiectată în patru părți: Partea I – *Regulile generale atât de drept natural cât și de drept civil*; Partea a II-a – *Maximele privitoare la persoane*; Partea a III-a – *Regulile privitoare la lucruri*; Partea a IV-a – *Aforismele relative la acțiuni și decizii judiciare*. Din păcate, nu a reușit să publice decât un singur volum, corespunzător primei părți, un astfel de proiect nemaifiind reluat vreodată în literatura juridică românească.

În anul 1881 Gheorghe Mârzescu revine la catedra de Drept civil a Facultății de Drept din Iași rămasă vacantă din cauza bolii profesorului Vasile Conta, care în anul următor va deceda la vârsta de 36 de ani²⁶. Doi ani mai târziu revine și în plan științific cu o lucrare de forță: *Căsătoria. Studiu comparativ. După dreptul civil, dreptul canonic și dreptul civil internațional*. Această lucrare, proiectată în mai multe volume, era gândită ca debutul unei serii de studii de legislație comparată în care să fie analizate cele mai importante instituții ale dreptului civil²⁷. A fost publicată doar prima

²⁵ *Discursul rostit la deschiderea cursului de drept civil în Facultatea Juridică din Iași (9 octombrie 1860)...*, pp. 17-18.

²⁶ *Anuarul Universității din Iași pe anul școlar 1895-1896, precedat de o ochire retrospectivă asupra învățământului superior din Iași*, Iași, Tipografia Națională, 1896, p. 54. Anterior venirii lui Vasile Conta la Universitatea din Iași, în anul 1873, cursul de Drept civil a fost predat la Facultatea de Drept din Iași de către Nicolae Mandrea, magistrat și junimist, care a făcut în aceste calități obiectul unor ironii acide din partea lui Gheorghe Mârzescu.

²⁷ Interesul lui Gheorghe Mârzescu pentru legislația comparată se observă și din publicarea în limba română a unor studii ale unor juriști occidentală la care a adăugat o serie de comentarii cu relevanță pentru dreptul românesc: *Studiu analitic asupra Codicelor Annamiților și Chinezilor*, în George Mârzescu, *Scrieri diverse*, Tomul I, București, Tipografia Curții, 1881, pp.

parte a volumului dedicat căsătoriei în care este prezentat istoricul instituției și sunt analizate dispozițiile constituționale și legale, precum și principalele orientări jurisprudențiale. Ideea centrală a studiului se fundamentează pe principiul laicizării instituției căsătoriei, ceea ce îi permite lui Gheorghe Mârzescu să se lanseze într-o savuroasă dispută cu textele oficiale ale Bisericii Ortodoxe Române. De altfel, volumul are ca subtitlu *Cu o canonică critică la adresa Sfântului Sinod pentru memoriul: Papismul și starea actuală a Bisericii Ortodoxe în Regatul României*, cu referire la două documente ecleziastice pe care Mârzescu le prezintă, în stilul caracteristic, „doi îngrozitori balauri” care „atacă și chiar insultă, prin unele fraze, societatea laică” și disprețuiește „libera cugetare, podoaba exclusivă dată numai omului cuvântător și înțelegător”²⁸.

Ultima etapă a vieții și a carierei academice a profesorului Gheorghe Mârzescu se va petrece la Universitatea din București unde va ocupa, începând cu anul 1896, catedra de Drept civil²⁹. Din această poziție el publică și cea mai importantă lucrare didactică a sa, un manual universitar în două volume intitulat *Curs de drept civil (1899-1900)*.

150-216; *Principii de drept internațional privat asupra căsătoriilor dintre privați și dintre familiile regale, asupra divorțului și a succesiunilor*, în *Ibidem*, pp. 367-473.

²⁸ George Mârzescu, *Căsătoria. Studiu comparativ. După dreptul civil, dreptul canonic și dreptul civil internațional*, Partea I-a, *Cu o canonică critică la adresa Sfântului Sinod pentru memoriul: Papismul și starea actuală a Bisericii Ortodoxe în Regatul României*, Iași, Tipografia Națională, 1883, pp. III-IX.

²⁹ *Anuarul Universității din București pe anul școlar 1900-1901*, București, Institutul de Arte Grafice „Carol Göbl”, f.a., p. 19.

III. „Un legist înstrăinat de Biserică”

Orice evocare a personalității lui Gheorghe Mârzescu nu poate face abstracție de cariera sa de avocat. Spiritul său liber și atitudinile sale neconformiste s-au manifestat într-o măsură mai accentuată în dezbaterile din pretoriu decât în amfiteatru. Între cele două forme de exprimare există însă și o legătură directă manifestată prin faptul că, după obținerea soluției judiciare, Gheorghe Mârzescu și-a publicat cele mai importante pledoarii. Găsim astfel în paginile acestor broșuri nu doar descrierea unor situații de fapt cu o mare rezonanță în societatea vremii dar și o solidă argumentație științifică pentru opiniile susținute.

Primul proces de rezonanță în care a intrat a fost cel în care l-a apărat pe Titu Maiorescu, rectorul Universității din Iași, împotriva acuzelor aduse prin intermediul ziarului „Tribuna”, aparținând lui Nicolae Ionescu, de comportament imoral în poziția de profesor de gramatică la Școala Centrală de Fete din Iași. Mai precis i se imputa lui Titu Maiorescu faptul că ar fi avut o idilă cu Emilia Ricquert, guvernanta în cadrul aceluiași așezământ școlar. Acuzația a stârnit multe ironii, fiind considerată frivolă în societatea ieșeană, însă Parchetul a început o anchetă penală. În cadrul procesului desfășurat în fața Tribunalului Iași, în primăvara anului 1865, Gheorghe Mârzescu reușește să demonstreze că acuzație este o calomnie, pornită din ura viscerală a unui grup de profesori universitari (Nicolae Ionescu, Ștefan Micle, Grigore Cobălcesu) împotriva rectorului Titu Maiorescu. La principalul argument al adversarilor că „nu iese fum fără foc”, Mârzescu a dat un răspuns care a rămas multă vreme în memoria protipendadei ieșene: „După legile Naturii nu este

neapărat trebuință ca să fie foc pentru ca să iasă fum. Fumul iese și din gunoi. Probă procesul de față!”³⁰.

O categorie importantă a litigiilor în care a pledat Gheorghe Mârzescu este cea a delictelor de presă, adică a proceselor în care redactorii diferitelor publicații erau trimiși în judecată penală sub acuza unor articole calomnioase față de Rege și politica guvernamentală. Materia era una foarte sensibilă pentru că punea în discuție starea libertății presei în societatea românească și genera pericolul unor represalii, cel puțin de natură politică, împotriva apărătorilor.

La data de 18 martie 1872 s-a desfășurat în fața Curții cu Jurați din Roman procesul penal în care Alexandru Beldiman, proprietar și redactor al ziarului „Adevărul” din Iași, era inculpat pentru delict de presă constând în ofense și calomnii aduse Domnitorului Carol I și subminarea ordinii constituționale. Acuzațiile porneau de la patru articole, apărute în decembrie 1871 și ianuarie 1872, prin care se nega dreptul la succesiune la tron în familia Domnitorului și se susținea lipsa de loialitate a lui Carol I față de statul român. Formulate în această manieră acuzațiile au dat impresia unui proces cu rezonanță istorică, juriul fiind format din mai multe personalități din Moldova printre care și poetul Vasile Alecsandri care avea calitatea de prim-jurat. Gheorghe Mârzescu nu a fost singurul apărător al ziaristului Alexandru Beldiman, Parchetul chiar vorbind de un veritabil „Consiliu de Apărare”, însă prin pledoaria sa a susținut cu argumentele cele mai puternice nevinovăția acestuia. Afirmând în mod solemn că „astăzi nu este procesul lui Alecu Beldiman, redactorul ziarului Adevărul dar este, lucru înspăimântător!

³⁰ G. Mârzescu, *Apărarea dinaintea Tribunalului din Iași, Secțiunea a II-a a D-lui Titu Livie Maiorescu*, Iași, Tipografia Buciumul Român, 1865, p. 14.

procesul drepturilor și libertăților constituționale consfințite prin pactul nostru fundamental”³¹, el a arătat că recunoscând principiul inviolabilității persoanei Domnitorului „națiunea nu poate renunța și abdica nici într-un caz la drepturile ei naturale și imprescriptibile”³². În consecință, prin exprimarea criticilor sale, ziaristul Beldiman nu a urmărit ofensarea Domnitorului ci și-a făcut datoria de cetățean apărând Constituția „contra tuturor vrăjmașilor, fie mari, fie mici”³³.

Dar procesul care pune în lumina cea mai puternică personalitatea complexă a lui Gheorghe Mârzescu este cel în care l-a apărat pe arhiepiscopul Calistrat Orleanu împotriva hotărârile Sinodului Sfintei Biserici Autocefale Ortodoxe Române. Spre deosebire de procesele mai sus-amintite, acesta nu a fost câștigat de avocatul Gheorghe Mârzescu fiind admisă excepția de necompetență a Curții de Casație invocată de Procurorul General, însă el poate fi considerat cel mai important prin prisma valorilor pe care le-a afirmat în susținerea apărării: libertatea conștiinței, secularizarea și suveranitatea națională. În nici într-o pledoarie nu se observă într-o manieră atât de evidentă cultura impresionantă a lui Mârzescu, atenția dată fiecărui argument și, mai ales, spiritul său liber de orice constrângere formală. De altfel, în fața muștrărilor din partea ierarhilor Bisericii că are o atitudine dușmănoasă și că a devenit „un legist înstrăinat de Biserică” el răspunde afirmându-și libertatea de conștiință: „Nu pentru prima oară în cariera mea de avocat prelații, persecutați de Sinod, au făcut apel la mine, ca să atac fărădelegile comise de

³¹ *Proces de presă la Ziarul „Adevărul” înaintea juraților din Roman*, în George Mârzescu, *Scrieri diverse*, Tomul I, București, Tipografia Curții, 1881, p. 265.

³² *Ibidem*, p. 268.

³³ *Ibidem*, p. 284.

Sinod și să apăr inocența îngenunchiată și biruită de ipocrizie. Așa, în 1873, am avut distinsa onoare ca să apăr pe chiar Înalt Mitropolitul Moldovei și Sucevei Calinic Miclescu, adică tocmai pe actualul Mitropolit Primat, contra tot al acestui sfânt Sinod și tot pentru un act nelegiuit și anticanonic săvârșit de Sinod. Prin urmare Înălții Prelați din Sfântul Sinod, acei care dacă nu mă cunosc de copil mic mă cunosc cel puțin de pe când apăram pe Mitropolitul Calinic au putut să se convingă că nu sunt om care să mă dau îndărăt, când mai cu seamă sunt profund convins de dreptatea și sfințenia unei cauze, a cărei apărare mi se încredințează! (...)”³⁴.

În esență, în vara anului 1883 arhiepiscopul Calistrat Bârlădeanu a fost suspendat din serviciile arhiepiscopice pentru „refuzul de a participa cu ceilalți P.S. Membri la actele sinodale”³⁵ el refuzând să semneze o enciclică a Sfântului Sinod cu privire la situația învățământului din școlile catolice. Ulterior, începe judecata sinodală împotriva sa în care a fost acuzat că folosește texte neagreate, suprimă forme liturgice obligatorii și sădește vrajbă în rândul Bisericii. Arhiepiscopul Calistrat a refuzat să participe la judecata sinodală și la data de 25 noiembrie 1883, prin intermediul lui Gheorghe Mârzescu, s-a adresat Curții de Casație solicitând protecție împotriva „prigonirii anticonstituționale și anticanonice” la care este supus³⁶.

În cadrul ședinței Secției a II-a a Curții de Casație din data 24 februarie 1884 Mârzescu se adresează judecătorilor cu formula „Înalt Județ de Boieri Lumești”, face lungi incursiuni în istoria bisericii, citează copios din scrierile

³⁴ George Mârzescu, *Apărarea arhiepiscopului Calistrat Orleanu înaintea Înaltei Curți de Casație și de Justiție contra nelegiuirilor sinodale*, București, Tipografia Academiei Române, 1884, pp. c-d.

³⁵ *Ibidem*, p. IX.

³⁶ *Ibidem*, p. XLV.

autorilor moderni și din reglementările laice și ecleziastice pentru a ajunge la o concluzie fără echivoc: „Sinodul tinde, contra Constituției, a face din biserica noastră națională o putere spirituală nesupusă controlului Statului”³⁷. La apărarea Sfântului Sinod că sancționarea abaterilor religioase este în competența sa exclusivă, Gheorghe Mârzescu răspunde într-o manieră care nu avea cum să fie pe placul reprezentanților Bisericii: „Nu cred să se găsească un singur român drept pravoslavnic creștin, care să se oprească la scoarța cuvintelor *pedeapsă spirituală, pedeapsă disciplinară, pedeapsă religioasă*, și să nu zgârie acea scoarță, și plin de indignare să nu exclame: Sinodul nu este stat în stat; autoritatea lui chiar în sfera religioasă încă este supusă controlului statului, mai cu seamă când deciziile și măsurile, ce le-ar lua, deși calificate de un ordin pur religios, ar fi distrugătoare principiilor de ordine socială și de suveranitate națională”³⁸.

Pledoaria se încheie în aceeași notă laicizantă cu exprimarea speranței că „acest Înalt Județ de luminați boieri lumești, plecându-se și ridicând de jos, de pe pământ, drapelul societăților moderne, ce a fost aruncat de d. Procuror General, va respinge excepția de necompetență și va face astfel să triumfe în Statul Român sfânta trinitate: libera cugetare, secularizare, suveranitate națională!”³⁹.

³⁷ *Ibidem*, p. 40.

³⁸ *Ibidem*, pp. 89-90.

³⁹ *Ibidem*, p. 100.

IV. În loc de concluzii

Conturarea unei personalități atât de complexe precum cea a lui Gheorghe Mârzescu este dificil de realizat în limitele unui articol. Aceste crochiuri nu fac decât să readucă, într-un mod parțial, în atenție activitatea, faptele și ideile unui personaj emblematic pentru procesul de modernizare al societății românești în a doua jumătate a secolului al XIX-lea. Rolul său nu este limitat doar la catedră sau în sala de judecată Gheorghe Mârzescu fiind un personaj reprezentativ pentru elita moldovenească din anii imediat ulterioari Unirii. Adept fără rezerve al procesului de unificare al celor două principate românești, el a refuzat un rol marginal implicându-se științific, profesional și politic în construcția statului național. În ciuda acestor contribuții majore, generația din care a făcut parte Gheorghe Mârzescu, în special cea moldovenească, este neglijată, interesul cercetătorilor fiind concentrat mai ales pe realizările elitei interbelice. Această sumară evocare urmărește să acopere măcar parțial această nedreptate cu speranța că istoriografia juridică românească va cunoaște în scurt timp investigații mai amănunțite asupra acestor personalități.

TEORII DESPRE DREPTUL NATURAL ÎN ANTICHITATE ȘI EVUL MEDIU

DOI: 10.24193/SUBBjur.65(2020).4.16
Data publicării online: 15.03.2021

Arthur MIHĂILĂ*

Rezumat: Filosofii dreptului natural credeau că legile omenești trebuie să fie determinate de principii morale ale căror origini trebuiau să se regăsească în natura umană sau în voința lui Dumnezeu. În acest articol, vom analiza cele mai importante teorii ale dreptului natural din Antichitate și până în Evul Mediu. Tradiția dreptului natural își are originea în filosofia lui Platon, Aristotel, Cicero și Sfântului Augustin și a lui Toma din Aquino. Această filosofie a fost resuscitată după Holocaust, în secolul XX, fiind influentă și în ziua de azi.

Cuvinte cheie: drept natural, natura omenească, jurisprudență, Holocaust, Aristotel, Toma d'Aquino.

NATURAL LAWS THEORIES IN ANTIQUITY AND MIDDLE AGES

Abstract: Natural law philosophers believe that human laws must be defined by moral principles that have origins in human nature or the will of God. In this paper the author analyzes the most important natural law theories from Antiquity and

* Lector dr. la Sociologia dreptului, Filosofia dreptului și Logică juridică, UBB Cluj-Napoca
arthurmihaila@yahoo.co.uk.

Middle Ages. Natural law tradition has its roots in the philosophy of Plato, Aristotle, Cicero, Saint Augustine and Thomas Aquinas. That philosophy was resuscitated in the twentieth century after the Holocaust and continues to be influential to the present day.

Keywords: natural law, human nature, jurisprudence, Holocaust, Aristotle, Thomas Aquinas.

Cuprins

I.	Introducere.....	541
II.	Filosofia dreptului natural în Antichitate: Platon, Aristotel, Cicero.	543
III.	Filosofia dreptului natural în Evul Mediu : Sfântul Augustin, Albertus Magnus, Toma din Aquino, școala de la Salamanca.	552
IV.	Bibliografie	564

I. Introducere

La sfârșitul celui de-al Doilea Război Mondial, procurorii și judecătorii de la Nuremberg au fost puși în fața unei dileme: cum poți acuza și condamna membri ai administrației și cadre militare dacă aceștia au executat ordinele superiorilor sau au pus în aplicare legea germană. Din perspectiva pozitivismului, filosofia juridică dominantă la începutul secolului XX, aceste persoane erau nevinovate, chiar dacă se implicaseră într-un genocid și săvârșiseră un număr impresionant de atrocități, pentru că nu încălcaseră nici legea națională și nici un tratat internațional. Judecătorii de la Nuremberg au

putut ieși din impas recurgând la o filosofie juridică ce căzuse cu câteva sute de ani în urmă în desuetudine, filosofia dreptului natural¹.

Încă din perioada revoluției franceze dreptul natural a fost abandonat ca temei al validității legilor în favoarea teoriei contractualiste ce a făcut apoi loc utilitarismului, realismului juridic și pozitivismului. Toate aceste filosofii și doctrine juridice respingeau ideea unei legături organice între morală și lege. Momentul Nuremberg a marcat resuscitarea acestei filosofii și apariția unei noi școli a dreptului natural. Cu toate acestea, cu unele excepții², noii reprezentanți ai dreptului natural nu au adus ceva nou ci și-au îndreptat privirea spre cel mai important reprezentant clasic al dreptului natural –

¹ În pledoaria introductivă a Procesului de la Nuremberg, procurorul șef american Robert H. Jackson (Jackson, Robert H., "Opening Adress for the U.S., Nuremberg Trials" în Adams, David M., *Philosophical Problems in the Law*, Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2012, pp. 23-28) nu folosește termenul de drept natural dar susține că faptele invocate sunt condamnabile moral și atât de neetice încât prin natura lor sunt ilegale chiar dacă legea locală nu le condamnă. În plus „Crimele pe care încercăm să le condamnăm și să le pedepsim au fost atât de calculate, atât de maligne și atât de devastatoare încât civilizația nu poate tolera ca ele să fie repetate”. Jackson susținea că vina acuzaților nu trebuie să fie stabilită plecând de la faptul că au încălcat prevederile unor convenții internaționale ci pe baza faptului că au planificat și săvârșit sau au intenționat să săvârșească atât crime legale cât și unele morale. Se cuvine să amintim faptul că în momentul respectiv au existat și autori care au criticat decizia completului de la Nuremberg de a invoca dreptul natural pentru a condamna persoane vinovate de „crime împotriva umanității”. De pildă judecătorul Charles E. Wyzanski Jr. (Wyzanski Jr., Charles E., "Nuremberg: A Fair Trial?" în Adams, David M., *Philosophical Problems in the Law*, Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2012, pp. 29-34) considera că decizia de la Nuremberg încalcă unele principii juridice cum ar fi *ex post facto*. El era de părere că nu pot fi justificate decât deciziile luate împotriva germanilor care au ucis persoane aflate pe teritoriul altor state, pentru că în cazul acesta puteau fi invocate articolele 46 și 47 ale convenției de la Haga la care Germania a aderat în 1907. Wyzanski observa că nu există nici o prevedere într-un tratat internațional care să interzică unui stat să își omoare sau să își tortureze propriii cetățeni și din această cauză nu pot fi pedepsiți cetățenii germani care au ucis evrei germani sau alți non-naziști, pe teritoriul Germaniei între 1933 și 1945.

² Cel mai original reprezentant al noului drept natural este John Finnis. Chiar dacă a plecat tot de la tezele lui Toma din Acquino, Finnis a eliminat elementele desuete din filosofia tomistă și a oferit o nouă perspectivă care corespunde filosofiei drepturilor omului din secolul XX.

Toma din Aquino, dezvoltând ideile sale. Din această cauză acești filosofi au fost denumiți de unii autori „neotomiști”. Teoria clasică a dreptului natural a fost invocată pentru a justifica sentințe date în cazurile lui Adolf Eichman, a genocidului din Rwanda și a crimelor din timpul războiului din Yugoslavia, și probabil va sta la baza sentințelor date în cazul altor crime săvârșite în războaiele civile. Importanța pe care o au în momentul de față tezele dreptului natural dezvoltate în Antichitate și Evul Mediu justifică examinarea lor în detaliu pe parcursul acestui studiu.

II. Filosofia dreptului natural în Antichitate: Platon, Aristotel, Cicero.

Aristotel este cel care e considerat a fi părintele filosofiei dreptului natural. Cu toate acestea și înainte de el întâlnim sporadic ideea că legile morale prevalează uneori în fața dreptului pozitiv.

Pentru prima dată întâlnim această idee în *Antigona* lui Sofocle. Piesa de teatru este situată în Teba. Înainte de întâmplările relatate a avut loc un război civil între frații Antigonei, Eteocles și Polynices, fiii fostului rege Oedip, care doreau amândoi tronul și care au murit în timpul luptei. Înainte de război, Polynices fusese exilat dar a hotărât să se întoarcă în Teba și să își înfrunte fratele. Pentru că s-a întors din exil, nesocotind pedeapsa, și pentru că a provocat războiul, noul rege al Tebei, Creon, a proclamat printr-un decret că Polynices nu va fi îngropat ci corpul său va fi lăsat să fie sfârtecat de câini și păsări. Încălcând decretul regal, Antigona hotărăște să își îngroape fratele, dar este surprinsă de gărzi în timp ce îndeplinea ceremoniile funerare. Întrebată de ce a încălcat legea îngropându-și fratele Antigona răspunde: „Nu

Zeus a dat această proclamație/ Pentru mine; nici Dike³, care stă/ În aceeași casă cu zeii subpământeni/ Nu a dat oamenilor legi ca ale tale./Nu cred că proclamația ta este atât de puternică/ Încât tu, un muritor, ai putea anula legile,/ Zeilor, care sunt nescrise și infailibile./Pentru că aceste legi nu există de azi sau ieri/ Ci dintotdeauna, și nimeni nu știe cu cât timp în urmă/Au apărut. Si de aceea nu intenționez/Să fiu pedepsită de zei/Pentru că am fost înfricoșată de voința unui om.”⁴

În acest pasaj Sofocle, prin gura Antigonei, exprimă opinia că legile pozitive trebuie să respecte unele legi morale care sunt nescrise și infailibile, dar care sunt cunoscute de toată lumea. Din fragment se subînțelege că atunci când legile pozitive încalcă aceste legi care există dintotdeauna, cetățenii trebuie să respecte legea morală și nu legea pozitivă.

Expresiile „drept natural” și „lege proprie naturii” pot fi întâlnite la Platon în dialogul *Gorgias*, 483-484. În această parte a dialogului Calicles argumentează că dreptul natural este dreptul celui mai puternic, pentru că în natură cel mai puternic se impune în fața celui mai slab. Calicles este de părere că legile au fost statornicite de oamenii slabi și mulți pentru a-i controla pe cei puternici și pentru a obține avantaje. În natură însă se impun cei mai capabili și cei mai puternici. O opinie asemănătoare o întâlnim și în Republica atunci când Trasimachos argumenta că dreptul este folosul celui mai puternic (Republica, 338c). Socrate nu este de acord cu opinia lui Calicles. El folosește chiar argumentul lui Calicles pentru a dovedi că dreptul nu poate fi confundat cu puterea. Un grup de oameni este mai puternic decât un individ așa încât dacă am considera că dreptul natural constă în legile

³ Zeița justiției.

⁴ Sophocles, *Antigone*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 73 (450-459).

impuse de cel mai puternic atunci trebuie să acceptăm și ideea că legile votate de majoritate, care este mai puternică din punct de vedere fizic, sunt legi naturale. În continuarea dialogului Socrate își expune propria opinie: dreptul natural este cel impus de oamenii buni și are drept rezultat legi bune pentru cetate. Rezultă că dreptul natural este cel care aduce un folos cetățenilor și nu persoanelor care promulgă legile și care contribuie la impunerea dreptății și a celorlalte virtuți.

În ultimul său dialog, *Legile*, Platon încearcă să ofere un model de legislație pentru cetate. De data aceasta nu este un model utopic și greu de pus în practică, la fel ca cel din *Republica*, ci este un model care putea fi aplicat în Atena contemporană lui. Unii autori sunt de părere că Platon a scris acest dialog atunci când membrii Academiei au fost solicitați să elaboreze legi pentru cetate⁵ în scopul de a oferi un îndrumar pentru discipolii săi care ar fi acceptat această sarcină. Aflat la o vârstă înaintată, Platon a refuzat oferta dar s-a simțit obligat să își spună părerea cu privire la un sistem legislativ optim și la modul în care trebuie elaborată o lege.

În *Legile*, Platon afirmă că scopul legii este de a dezvolta virtuțile în rândul cetățenilor și de a promova armonia și pacea în cetate. În acest scop legile trebuie să procure două tipuri de bunuri, unele omenești și altele divine⁶, care se completează unele pe altele. Cele omenești sunt sănătatea, frumusețea, puterea (pentru alergări sau alte exerciții) și averea însoțită de buna judecată. Bunurile divine sunt buna judecată, autocontrolul care folosește rațiunea, iar din combinația primelor două bunuri divine cu curajul rezultă al treilea bun – justiția. Curajul simplu se situează pe locul patru între

⁵ Reale, Giovanni, *Istoria filosofiei antice, vol 3: Platon și Academia antică*, Târgu Lăpuș: Galaxia Gutenberg, 2009, p. 371.

⁶ Plato, *The Laws*, Harmondsworth: Penguin Books, 1970, p.55. (633).

bunurile divine. Bunurile divine sunt de fapt virtuți care contribuie la dezvoltarea bunurilor omenești. Pentru a fi eficiente legile trebuie să aibă și un element persuasiv. Din această cauză legile trebuie să conțină și un preambul care are drept scop să îi convingă pe cetățeni de necesitatea punerii în aplicare a normelor cuprinse în lege. Concepția lui Platon cu privire la „bunurile” esențiale care trebuie să fie promovate și ocrotite de legi a fost înșușită de un adept contemporan al filosofiei dreptului natural, John Finnis, care considera că bunurile care trebuie ocrotite de lege sunt viața, cunoașterea, jocul, experiența estetică, sociabilitatea, rațiunea practică și religia⁷.

Spre deosebire de Platon, care a tratat problema dreptului natural în trecere, fără să clarifice unele dintre opiniile sale⁸, Aristotel oferă o concepție

⁷ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 89-90. Finnis consideră că aceste bunuri sunt prezente în toate societățile umane și țin de natura umană. Orice societate manifestă grijă pentru viața umană și concepe reguli care au drept scop stimularea procreerii unor noi vieți. Cunoașterea este o valoare care este folosită pentru obținerea altor bunuri. Jocul poate fi întâlnit în toate societățile și din această cauză Finnis ajunge la concluzia că el este înrădăcinat în natura umană. Experiența estetică sub forma creației artistice poate fi întâlnită în toate societățile începând cu cele primitive. Sociabilitatea este un bun esențial pentru că contribuie la armonia socială atât la nivel individual, sub forma prieteniei, cât și la nivel internațional sub forma unor acorduri care mențin pacea. Familia, comunitatea de afaceri, comunitatea politică sunt forme de sociabilitate. Rațiunea practică sau morala constituie un factor de autocontrol al emoțiilor și reacțiilor care este util pentru societate. Această valoare nu se poate realiza decât în prezența libertății, rațiunii, integrității și autenticității. În sfârșit religia este un bun esențial pentru că implică relația dintre sine și ordinea cosmică, între uman și divin.

⁸ Ambiguitatea este des întâlnită în dialogurile platonice. De exemplu în prima parte a *Republicii* protagoniștii încearcă să de o definiție a justiției (sau dreptății) fără să ajungă la un consens iar Socrate propune să analizeze modul în care funcționează justiția într-un stat ideal pentru a clarifica problema. Totuși, în continuarea dialogului nu ne este oferită această definiție. Acest tip de abordare este întâlnit și în alte dialoguri platonice în care sunt propuse mai multe variante de definire a unor concepte fără să se ajungă la o sentință definitivă.

clară și sistematică în această privință. Concepția sa despre dreptul natural este formulată în cartea a V-a a *Eticii nicomahice* și în *Retorica*.

Aristotel analizează în cartea a V-a a *Eticii nicomahice* noțiunea de dreptate care, consideră el, are mai multe sensuri. Într-un prim sens este considerat nedrept cel care încalcă legea și încearcă să aibă mai mult decât i se cuvine, nesocotind principiul egalității, iar drept cel care se conformează legilor și respectă egalitatea. Nedreptatea se manifestă în sfera bunurilor pe care unii oameni încearcă să le obțină fără să aibă acest drept.

Dat fiind că cel care violează legea este un om nedrept iar cel ce o respectă e drept rezultă că într-un anumit sens toate dispozițiile legale sunt drepte. *Dreptatea e definită ca legalitate iar nedreptatea ca ilegalitate.*

Aristotel consideră că există două tipuri de justiție: distributivă și corectivă. Cea distributivă vizează distribuirea bunurilor materiale după valoare iar valoarea nu coincide cu egalitatea. Conflictele și crimele încep atunci când cei egali nu împart și nu posedă bunuri egale și când cei inegali posedă și împart bunuri egale. Exegeții au numit acest principiu „principiul egalității proporționale” sau „al inegalității inegalilor”.

Dreptatea corectivă este cea care asigură corectitudinea raporturilor private. Aceasta e de două tipuri pentru că raporturile private pot avea caracter voluntar sau involuntar. Voluntare sunt de exemplu vânzarea, cumpărarea, împrumutul, depozitul, etc. Ele se numesc voluntare pentru că sunt rezultatul unui acord de voințe liber consimțit. Cele involuntare pot fi a) clandestine, ca furtul, adulterul, prostituția, etc și b) acte de violență cum sunt omuciderea, jaful, sechestrarea de persoane etc.

În justiție contează numai faptele consideră Aristotel. Nu contează dacă un om de bine l-a jefuit pe un om de nimic sau un om de nimic l-a jefuit pe un om de bine, nici dacă un adulter a fost comis de un om de bine sau de

un om de nimic, legea ia în considerare doar natura delictului, interesându-se doar dacă o parte a comis o nedreptate iar alta a fost victima ei.

Aristotel consideră că dreptul este de natură politică pentru că elaborarea legilor și definirea nedreptății cad în sarcina cetății.

Aristotel împarte dreptul politic în două specii: dreptul natural și dreptul pozitiv. Dreptul natural este cel care își păstrează valabilitatea pretutindeni indiferent de opiniile care le suscită pentru că este impus de natura lucrurilor. Totuși el acceptă faptul că într-o oarecare măsură și legile dreptului natural sunt schimbătoare pentru că și oamenii se schimbă de-a lungul timpului. Cauza validității dreptului natural este o necesitate morală și logică. La dreptul natural se ajunge logic, prin raționament, plecând însăși de la ideea de drept. Această idee a stat la baza doctrinei dreptului natural până în zilele noastre. Dreptul pozitiv provine dintr-o convenție, el fiind instituit de către comunitate. După cum formele de guvernământ diferă și legile de drept pozitiv sunt diferite în fiecare comunitate.

În *Retorica* (1373b), Aristotel revine asupra subiectului dreptății și a clasificării legilor: „Numesc lege, pe de o parte, legea proprie, pe de altă parte, legea comună; prin lege proprie înțeleg legea care, pentru fiecare popor în parte, a fost definită relativ la membrii săi, iar acest fel de lege este când nescrisă când scrisă; prin lege comună înțeleg legea care există natural”⁹. În continuare Aristotel invocă în sprijinul opiniei sale pasajul din *Antigona* analizat mai sus și un fragment din *Empedocle*, care argumenta că a ucide o ființă însuflețită este o faptă nedreaptă, această interdicție fiind rezultatul legii tuturor „care se întinde peste tot cuprinsul vastului eter, care domnește

⁹ Aristotel, *Retorica*, București: Editura IRI, 2004, p. 169.

în depărtare peste pământul nemăsurat”¹⁰. Într-o secțiune ulterioară (1375 a-b) stagiritul amintește din nou că legea scrisă este schimbătoare și din această cauză, atunci când nu ne este favorabilă, putem recurge la legea comună (dreptul natural) care dăinuie dintotdeauna și nu se schimbă niciodată. Dreptul natural poate fi invocat, consideră Aristotel și în situația unei antinomii, dacă legea este „contrară unei alte legi renumite, sau dacă, de asemenea, este contrară sieși”¹¹ precum și în situația când legea este ambiguă.

Opiniile lui Aristotel despre dreptul natural sunt prezentate sumar și în *Magna Moralia*. Această carte este un tratat de etică atribuit în Antichitate și Evul Mediu lui Aristotel dar a cărui origini sunt disputate în momentul de față. Unii exegeți consideră că un urmaș a lui Aristotel a elaborat cartea compilând unele prelegeri ale stagiritului. Această opinie pleacă de la analiza unui citat din carte care reproduce o frază din opera lui Chryssipus din Soli, filosof stoic care a trăit între 279-206 î.e.n.¹² Alți autori consideră că *Magna Moralia* a fost scrisă de Aristotel iar fragmentul respectiv a fost adăugat de copiiști ulterior.

În *Magna Moralia*, este analizat din nou conceptul de drept natural iar autorul dezvoltă ideea, susținută în Etica Nicomahică, că legea naturală poate într-o oarecare măsură să se schimbe. În fragmentul 1194b – 1195a, este folosită o analogie pentru clarificarea problemei. Prin natură mâna dreaptă este mai îndemânică și mai puternică iar mâna stângă este mai slabă. Dacă începem să folosim mâna stângă mai mult vom deveni ambidextri iar mâna stângă va deveni mai puternică. Însă chiar și în această situație între cele două

¹⁰ Aristotel, *ibidem*.

¹¹ Aristotel, *Retorica*, p. 177.

¹² Allan, D.J., ”*Magna Moralia and Nichomachean Ethics*” în *The Journal of Hellenic Studies*, November 1957, pp. 7-11.

mâini va rămâne un decalaj, cea stângă fiind mai slabă decât dreapta. „Situația este aceeași în privința dreptului natural; atunci când există schimbări în modul de folosire a lui (care este modul în care îl aplicăm în practică) atunci aceste schimbări nu transformă legea originală într-o lege nenaturală. Ea rămâne ceea ce a fost.” Spre deosebire de opinia din *Etica nicomahică*, în care Aristotel considera că uneori dreptul natural se schimbă pentru că și natura umană evoluează, în *Magna moralia* se consideră că schimbările care afectează dreptul natural țin mai degrabă de modul în care sunt puse în practică axiomele naturale.

După moartea lui Aristotel, în afară de filosofii școlii peripatetice, teoria dreptului natural a fost preluată de stoici. Stoicii greci erau panteiști și considerau că „Legea creată de om nu este altceva decât expresia unei legi naturale, eterne, ce se naște din logos-ul ce plănuiește toate lucrurile, care logos, în virtutea propriei raționalități, stabilește ce e bine și ce e rău, adică impune sarcini și opreliști”¹³. O idee specifică stoicismului a fost cea a egalității naturale a oamenilor. Această idee a avut drept consecință faptul că mulți filosofi stoici au insistat asupra egalității cetățenilor în fața legii. Stoicismul a fost filosofia care a fost preferată de către romani fiind mai potrivită cu spiritul lor practic, cu etica militară și cu forma de guvernare republicană. Odată cu stoicismul a fost preluată și filosofia dreptului natural.

Cicero, cel mai important filosof roman interesat de filosofia dreptului, a fost influențat de filosofia stoicilor și de dialogurile platonice. În lucrările sale teoria dreptului natural ocupă un loc de frunte. Cicero considera că libertatea individului nu se poate realiza decât într-o republică constituțională unde domină persuasiunea și nu coerciția. Însă pentru a o realiza este nevoie

¹³ Reale, Giovanni, *Istoria filosofiei antice, vol. 5: Cinismul, epicureismul și stoicismul*, Târgu-Lăpuș: Editura Galaxia Gutenberg, 2016, p. 445.

de oameni buni care să se coalizeze pentru a impune dreptatea. Legea trebuie să fie în acord cu natura scrie el în *De Re Publica*. „Legea adevărată este rațiunea dreaptă în conformitatea cu natura, universală, neschimbată, eternă, care ne oprește să facem rău (...) Această lege nu poate fi contrazisă de nici o altă lege, și nu se poate nici deroga de la ea, nici nu poate fi abrogată. Nici senatul și nici poporul nu ne poate da permisiunea să nu ne supunem acestei legi universale a justiției”¹⁴. Vedem aici o continuare a doctrinei dreptului natural formulată de Aristotel.

Cicero consideră că ordinea socială și nu natura este sursa inegalității. Natura ne comandă să ne acordăm respect egal datorită faptului că suntem descendenții aceleiași comunități umane. Statul trebuie să fie o comunitate etică iar legile rezultatul acordului comunității.

În *De legibus*, Cicero reia aceste idei dezvoltându-le. Natura este sursa legilor la care individul ajunge cu ajutorul rațiunii. Originea dreptății se găsește în lege pentru că aceasta este o forță a naturii. Legea naturală este diferită de legile pozitive, temporare și create de om. Legea naturală există chiar dacă nu este recunoscută de dreptul pozitiv. Chiar dacă nu exista o lege împotriva violului pe vremea lui Tarquinius, fiul acestuia a încălcat legea naturală atunci când a violat-o pe Lucreția.

Legile pozitive pot fi promulgate și de tirani sau grupuri dornice să-și impună puterea. Dar în acest caz societatea va sesiza faptul că legile sunt nedrepte. Dacă legea ar permite adulterul sau falsificarea testamenelor opinia publică nu ar accepta o astfel de lege.

Legile au fost create pentru a garanta siguranța cetățenilor, conservarea statului, liniștea și fericirea ființei umane. De aceea legile care au

¹⁴ A se vedea Cicero, Marcus Tullius, *De Re Publica*, cartea a 3-a cap. 22.

un rezultat contrar nu pot fi numite legi și întotdeauna vor sfârși prin a fi înlăturate de comunitate.

III. Filosofia dreptului natural în Evul Mediu : Sfântul Augustin, Albertus Magnus, Toma din Aquino, școala de la Salamanca.

Zorii Evului mediu au fost dominați de gândirea Sfântului Augustin (Aurelius Augustinus). Filosofia lui Augustin din Hippo a fost influențată de Platon și Cicero. Teoria platonice a lumii perfecte a ideilor¹⁵ cărora le corespund în realitate manifestări imperfecte ale acestor idei a fost combinată cu teologia creștină¹⁶. Cicero a fost o altă sursă importantă în special în domeniul filosofiei dreptului. Augustin mărturisea că a decis să studieze filosofia după ce a citit dialogul *Hortensius* al lui Cicero.

În *Confesiuni*, Augustin consideră că Dumnezeu l-a creat pe om ca pe o ființă morală. Omul poartă în el urmele creației ceea ce înseamnă că există relații permanente între om și Dumnezeu. Nu din întâmplare caută omul fericirea. Această căutare este o urmare a sentimentului său de incompletitudine. El găsește fericirea numai în Dumnezeu.

Relația dintre om și Dumnezeu este guvernată de *liberul arbitru*. Omul e liber să se îndrepte spre Dumnezeu sau să se îndepărteze de el. Răul sau păcatul sunt rezultatul voinței pentru că omul poate folosi liberul arbitru

¹⁵ Platon a folosit alternativ cu termenul de idee cel de „forme”.

¹⁶ Pentru o analiză a influenței lui Platon asupra filosofiei lui Augustin vezi Biemiller, Marc, „Augustine and Plato: Clarifying Misconceptions” în *Aporia*, nr2/2019, pp. 33-43.

ca să aleagă greșit iar atunci când știe care este alegerea corectă poate să nu aibă puterea spirituală de a face binele.

Voința politică este supusă acelorași legi ca și voința individuală. Toți oamenii recunosc adevărul și îl consideră lege naturală sau drept natural. Dreptul natural este împărtășirea adevărului lui Dumnezeu sau a legii sale eterne. Datorită faptului că legea naturală este instituită de voința divină, Dumnezeu pedepsește încălcarea ei. Statul este autonom în alcătuirea legilor însă legile temporale trebuie să fie în acord cu legea eternă.

Dacă legile statului nu sunt în armonie cu legea naturală și cu justiția eternă atunci ele nu au caracter de legi. Această idee se regăsește la majoritatea adeptilor dreptului natural. La fel și ideea că dreptul natural poate fi descoperit prin introspecție. Legile temporale, care au scopul de a menține ordinea în societate, trebuie să fie deci morale. Justiția este legată direct sau indirect de morala creștină. Legea pozitivă nu pedepsește păcatul ci violarea ordinii sociale. Ea previne răul însă nu îi face pe oameni mai buni. Mai buni devin doar cei care respectă legea naturală.

În *Cetatea lui Dumnezeu*, Augustin îi împarte pe oameni în două grupuri - cei care îl iubesc pe Dumnezeu și cei ce se iubesc pe sine. Aceste grupuri formează societăți diferite pe care Augustin le numește Cetatea lui Dumnezeu și Cetatea lumii. Cele două cetăți nu sunt identice cu biserica și statul. Cei care se iubesc pe sine pot fi găsiți și în rândurile bisericii. Augustin dezvoltă o adevărată filosofie a istoriei plecând de la ideea conflictului dintre cele două cetăți.

Justiția nu este văzută ca o relație între oameni ci ca o relație a omului cu Dumnezeu. Chiar dacă o infracțiune pare la prima vedere a fi o greșeală față de un alt om de fapt ea este în primul rând o încălcare a legii divine care ne spune să ne iubim aproapele.

Filosofia lui Augustin este inspirată de filosofia lui Platon. Paralela dintre dreptul natural care este perfect și dreptul pozitiv imperfect este o reflectare a modelului platonian a lumii perfecte a ideilor și a lumii reale care reprezintă o variantă imperfectă a acesteia.

După ce creștinismul a devenit religia oficială atât pe teritoriul fostului Imperiu Roman de Apus cât și pe teritoriul bizantin, creștinii au declanșat o activitate de distrugere a cărților filosofilor antici. În primele secole ale Evului Mediu au fost distruse majoritatea operelor celor mai importanți filosofi greci și romani¹⁷. Din acest autodafé au scăpat doar câțiva filosofi agreeți de biserică și considerați precursori ai gândirii creștine. Unele opere filosofice antice au supraviețuit în bibliotecile din Orientul Mijlociu. Ele au putut fi consultate de către teologii creștini în bibliotecile din Spania ocupată de mauri. După ce au fost traduse în latină au revenit în circulație contribuind apoi la renașterea culturală europeană.

După o primă perioadă a Evului Mediu dominată de neoplatoniști Europa l-a redescoperit pe Aristotel. O parte din operele lui Aristotel au fost traduse în latină de către Gerard din Cremona, James din Veneția și William din Moerbeke¹⁸. Aristotel i-a fascinat pe europeni pentru că tratatele sale abordau diverse domenii care fuseseră uitate în perioada Evului Mediu întunecat. Lucrările sale de biologie, fizică, meteorologie, psihologie, economie, politologie, etică etc., au stat la baza dezvoltării științelor din perioada Renașterii¹⁹. Redescoperirea lui Aristotel a dus la un conflict între

¹⁷ Pentru detalii vezi Nixey, Catherine, *Epoca întunecării*, București: Humanitas, 2019.

¹⁸ Toma din Aquino a citit operele lui Aristotel traduse de William din Moerbeke.

¹⁹ Singura operă cunoscută a lui Aristotel în timpul Evului Mediu a fost *Organonul*, tradus în latină în secolul al VI-lea.

adeptii lui Augustin și ai platonismului și adeptii lui Toma din Aquino și ai lui Aristotel.

Primul autor care a tratat problema dreptului natural plecând de la Aristotel a fost Albertus Magnus, teolog, filosof, călugăr dominican și profesor la Universitatea din Paris. Albertus Magnus a fost primul autor medieval care a analizat toate operele cunoscute ale lui Aristotel, popularizând astfel ideile sale. Concepția sa privind filosofia dreptului a fost dezvoltată în *De Bono* și în *Comentariile la Etica Nicomahică*.

Albertus Magnus considera că dreptul natural era un *habitus*²⁰ înnăscut care a fost imprimat de divinitate în sufletul uman. Apelând la acest *habitus* oamenii pot descoperi principiile morale fundamentale care sunt sursa binelui și răului. *De Bono* se inspiră din *Etica Nicomahică* fiind, la fel ca și aceasta, un tratat de etică ce pune pe primul plan virtuțile. Cărțile II-IV ale tratatului analizează trei virtuți pe care autorul le consideră esențiale: prudența, cumpătarea și tăria morală. Cartea a V-a analizează virtutea justiției și este divizată în două părți: prima este dedicată dreptului natural (*ius naturale*) iar a doua legii naturale (*lex naturalis*)²¹. Împreună, dreptul natural și legea naturală formează virtutea justiției. Albertus Magnus citează opiniile unor filosofi anteriori, Aristotel, Cicero, Gratian, Augustin, William din Auxerre, etc și ajunge la concluzia că opiniile lui Aristotel și Cicero sunt cele mai temeinice. El este de părere că dreptul natural, implantat în sufletul uman de divinitate, servește ca prim principiu al dreptului – *prima principia iuris*,

²⁰ Un *habitus* este, conform concepției teologice medievale, o calitate sau trăsătură care ghidează ființa umană înzestrată cu liber arbitru în acțiunile sale morale, ajutând-o să aleagă binele și să evite răul.

²¹ Stanley Cunningham subliniază faptul că Albertus Magnus este primul autor care face distincția între noțiunile de „drept - *ius*” și „lege - *lex*” care, până la el, erau folosite alternativ fiind considerate sinonime.

fiind totodată și un prim principiu al moralei. Autorul compara principiile dreptului natural cu principiile logicii. La fel cum principiile identității, noncontradicției și terțului exclus ne ajută să gândim corect și ne ghidează spre adevăr la fel și principiile dreptului natural ne ajută să luăm decizii morale. Aceste principii ne ghidează acțiunile în efortul nostru de a duce o viață virtuoasă. Una dintre legile naturale cele mai importante este „regula de aur”, pe care o întâlnim în Evanghelia după Matei 7:12 – „Fă altora ce ai dori să ți se facă și ție”²². La naștere omul deține doar axiomele dreptului natural implantate de divinitate iar în rest intelectul său este o *tabula rasa*. De-a lungul timpului omul acumulează diverse alte cunoștințe prin intermediul simțurilor și experienței de viață și le dă acestora o semnificație morală prin raportare la principiile dreptului natural. Această raportare se face printr-un mecanism silogistic. Legile naturale sunt legi ale rațiunii și datorită faptului că omul este singurul animal rațional nu le întâlnim la alte animale.

În cartea a V-a a lui De Bono, Albertus Magnus face distincția între drept și lege, considerând că dreptul este genul iar legea este specia. Dreptul este o realitate abstractă pe când legea este „drept scris”. Dreptul conține principii generale pe când legea constă în aplicarea acestor principii în situații speciale, de obicei prin formularea unor interdicții cu privire la comportamentele umane, a unor obligații sau reguli. Scopul legii este de a-l ghida pe om spre perfecțiunea morală.

Toma din Aquino a fost cel mai important discipol al lui Albertus Magnus. El l-a cunoscut pe acesta în 1245, la Universitatea din Paris, unde fusese trimis la studii de către Ordinul Dominican din care făcea parte. Între maestru și tânărul discipol s-au dezvoltat relații de prietenie iar atunci când

²². Această perspectivă a fost preluată în secolul XX de către Robert P. George care pune la baza filosofiei sale juridice principiul paulin sau regula de aur.

Albertus Magnus a fost trimis să predea teologia la Cologne, în 1248, Toma l-a urmat deși între timp primise oferta de a fi abatele mănăstirii din Monte Casino. În 1252 s-a întors la Paris unde s-a înscris la studiile pentru masteratul în teologie. În această perioadă a fost angajat ca lector universitar și a scris primele sale cărți de teologie și filosofie.

Datorită operei sale impresionante, atât ca volum cât și ca valoare ideatică, Toma din Aquino este cel mai important reprezentant al filosofiei dreptului natural clasic. El a fost principala sursă de inspirație pentru școala contemporană a dreptului natural. Unii reprezentanți ai acesteia au fost chiar denumiți neotomiști. Contribuția sa esențială la dezvoltarea doctrinei catolice a fost recompensată prin canonizarea sa și prin titlul de Doctor al Bisericii Catolice²³. Toma din Aquino a fost un adept al filosofiei lui Aristotel, pe care îl considera o autoritate supremă în toate domeniile abordate de stagirit. Admirația sa pentru Aristotel îl face pe Toma să îl denumească pe acesta, atunci când îi citează unele idei „filosoful” fără să îi mai amintească numele. Influența lui Toma din Aquino i-a determinat pe teologii catolici să abandoneze platonismul și să devină adepți ai lui Aristotel. În timpul vieții sale între platonisti și aristotelieni au avut loc numeroase dezbateri și controverse. În deceniile care au urmat morții lui Toma, influența sa a făcut ca platonismul să cadă în dizgrație fiind învins aproape definitiv de aristotelism.

Toma din Aquino și-a expus ideile despre drept în manieră sistematizată în *Summa Theologica*, o operă monumentală în care analiza doctrina catolică. Lucrarea este structurată ca un catehism cu întrebări la care sunt prezentate răspunsuri. De multe ori în secțiunea dedicată răspunsului

²³ În lucrările de teologie care îl citează întâlnim și titlaturile de „Doctor Angelicus” sau „Doctor Communis”.

Toma prezintă și argumentele altor filosofi și în special ale adversarilor și le combate înainte de a formula soluția sa.

O parte considerabilă a tratatului este dedicată concepției despre drept. În volumul al doilea Toma face distincția între legea eternă, legea naturală, legea oamenilor și legea pozitivă divină²⁴.

Legea eternă este planul lui Dumnezeu cu privire la ordinea lucrurilor din univers de la început până la sfârșitul lor.

Legea naturală constă din porțiuni ale legii eterne care se referă la om. Chiar dacă omul nu poate cunoaște legea eternă el poate ajunge să cunoască legea naturală prin raționament și poate distinge pe această cale binele de rău. Legea naturală este o participare a omului la legea eternă.

Legea omenească este cea emisă de guverne și trebuie să fie derivată din legea naturală.

Legea divină este cea care îl îndreaptă pe om spre scopul său supranatural. Dacă celelalte legi au drept scop fericirea omului pe pământ, legea divină are drept scop cunoașterea lui Dumnezeu și o găsim prin studierea Bibliei.

În răspunsul la Întrebarea 90 despre promulgarea legii Aquino scrie că „promulgarea nu este esențială pentru o lege. Pentru că legea naturală, înainte de toate, are caracter de lege. Dar legea naturală nu are nevoie de promulgare (...) Legea naturală este promulgată prin faptul că Dumnezeu a

²⁴ Concepția sa despre tipurile de drept a fost dezvoltată în întrebările 90-108, din partea întâi a celui de-al doilea volum, în capitolul intitulat „*Tratat despre drept*”. Acesta nu este însă singura secțiune dedicată filosofiei dreptului. În partea a treia a *Summei Teologice* se revine atât asupra definiției dreptului (Q 57) cât și asupra unui număr de probleme juridice. Aici Toma analizează din punct de vedere al dreptului natural și un număr de infracțiuni (omorul, furtul, tâlhăria, acțiunile violente, insulta, calomnia etc).

introdus-o în mintea omului pentru a fi cunoscută de el în mod natural”²⁵. Omul are înclinații naturale de a face bine însă aceste înclinații trebuie să fie cultivate și exersate. El trebuie să învețe să își controleze poftel și pasiunile pentru a deveni o ființă mai bună. Datorită faptului că legea naturală a fost implantată în mintea omului putem să o cunoaștem cu ajutorul rațiunii. Întrebarea 94 este dedicată legii naturale. Preceptele legii naturale se referă la probleme practice și sunt evidente prin ele însele având rol de axiomă în relație cu toate celelalte precepte juridice. Cel mai important principiu prevede că trebuie să facem bine și să evităm să facem rău. Dealtfel, consideră autorul, omul are o înclinație naturală de a fi bun și de a conserva viața umană. Alături de acest instinct de conservare a speciei omul mai posedă, împreună cu alte animale, instinctul sexual, cel de a oferi educație urmașilor, etc. În al treilea rând omul are dorința de a trăi în societate și evită să îi supere pe cei alături de care trăiește.

Toma din Aquino consideră că legea naturală poate fi schimbată numai în două moduri: prin adăugarea unor principii noi care să aducă beneficii vieții umane și prin schimbarea unor principii secundare, în cazuri rare, dacă este necesar. Dreptul natural nu poate fi cunoscut deci prin studierea Bibliei ci prin căutarea cu ajutorul rațiunii a principiilor care să contribuie la perpetuarea și bunăstarea speciei și societății.

Toma din Aquino susținea că scopul legii pozitive, sau umane cum o denumește el, este de a promova în rândul comunității virtuțile și de a realiza binele comun. Legile umane pot fi drepte sau nedrepte. Cele drepte derivă din legea eternă. Legile nedrepte pot fi de două feluri: legi care sunt contrare binelui comun și intereselor comunității și legi care se opun binelui divin și

²⁵ Aquinas, Thomas, *Summa Theologica*, Part I-II, Q. 90, art.4.

legii divine. Din această categorie ar face parte de exemplu o lege care ar introduce idolatria. Legile contrare intereselor comunității pot fi legi care impun sarcini inegale membrilor comunității sau care au drept scop realizarea intereselor conducătorului, interese egoiste și contrare celor ale comunității. La fel ca și Augustin, Toma consideră că dacă legea pozitivă încalcă preceptele legii naturale ea poate fi declarată nedreaptă. Suveranul nu are dreptul să emită orice lege pentru supușii săi ci numai legi în concordanță cu legea naturală, adică legi care să servească binelui comun pentru societate. Legea adevărată există și în oameni pentru că dacă este în concordanță cu principiile naturale implantate de Dumnezeu în rațiunea umană ea va fi recunoscută și acceptată.

Legile umane pot deriva din cele naturale în două moduri. Pe de o parte ele pot fi desprinse prin metode silogistice, ca niște concluzii derivate din premise. Pe de altă parte ele pot fi desprinse prin determinarea principiilor generale ale dreptului natural și aplicarea acestora în cazuri particulare.

Spre deosebire de Augustin, care făcea diferență între Cetatea lui Dumnezeu și Cetatea lumii, și o considera pe aceasta din urmă o expresie a slăbiciunii umane și a păcatului, Toma consideră că originea statului se află în natura umană. Omul, ca animal social, are o tendință naturală de a alcătui state. Statul a apărut din voința lui Dumnezeu și are funcția de a ghida natura umană pentru obținerea binelui social. Chiar dacă statul este în mare măsură autonom el este subordonat bisericii. Această subordonare se manifestă prin faptul că biserica încearcă să ghideze societatea pentru ca aceasta să atingă starea de uniune spirituală cu Dumnezeu. Suveranul trebuie deci să emită doar acele legi care nu periclitizează acest scop ultim. Libertatea statului este

limitată și de cerința ca legile să fie în concordanță cu legea naturală, adică să fie în folosul comunității.

Filosofii și teologii de la sfârșitul Evului Mediu nu au adus contribuții originale la teoria dreptului natural, mulțumindu-se să repete ideile tomiste. O excepție o fac filosofii și teologii din Școala de la Salamanca. Expresia „Școala de la Salamanca” este folosită pentru a desemna un grup de teologi și juriști care au predat la Universitatea din Salamanca sau au avut relații cu această universitate precum și un grup de teologi și juriști portughezi, care au activat în Universitatea din Coimbra și au fost influențați de intelectualii din Salamanca. Cei mai importanți autori din Salamanca au fost călugării dominicani Francisco de Vitoria, fondatorul școlii, Juan de Segovia, Alfonso Tostado de Madrigal, Bartolomé de las Casas și Domingo de Soto. Teologii din Coimbra făceau parte din Ordinul Iezuit. Cei mai importanți au fost Louis de Molina, Francisco Suárez și Giovanni Botero.

Membrii școlii de la Salamanca au încercat să adapteze filosofia lui Toma din Aquino la cerințele vremii și să o aplice la o serie de probleme contemporane cum erau cele legate de colonizarea Americii, evanghelizarea populațiilor indigene și problema legalității sclaviei. Ei au încercat să aplice principiile dreptului natural în domeniul dreptului internațional, al drepturilor omului și a dreptului războiului. Importanța Școlii de la Salamanca este dată de faptul că o parte dintre membrii ei au preluat critic filosofia lui Toma din Aquino, polemizând uneori cu el și considerând că unele dintre tezele sale sunt greșite. De pildă, în *De Legibus*, Francisco Suárez susține că prin conceptul de lege se înțelege o regulă care guvernează comportamentul unor ființe capabile să ia decizii libere. Plecând de la această definiție el contestă conceptul de „lege eternă” al lui Toma din Aquino. Aceasta poate fi considerată lege doar într-un sens metaforic pentru că nu

permite o alegere liberă a unui tip de comportament și deci nu poate sta la baza celorlalte legi. Pentru Suárez dreptul natural este vocea rațiunii care îl influențează pe om prin intermediul conștiinței. Unii dintre membrii Școlii de la Salamanca au fost preocupați de problema proprietății private²⁶. Proprietatea privată nu era considerată de primii reprezentanți ai acestei școli ca ținând de dreptul natural ci doar de dreptul pozitiv și deci nu era considerată un drept absolut. Totuși reprezentanții târzii ai Școlii de la Salamanca au ajuns la concluzia că proprietatea privată ține de *ius gentium* și derivă din principiile generale ale dreptului natural. Domingo de Soto și Luis de Molina considerau că proprietatea comună îi face pe oameni neglijenți față de bunurile deținute în comun și acest lucru dezavantajează comunitatea respectivă. Din această cauză proprietatea privată trebuie acceptată ca un drept necesar. Dreptul de proprietate privată nu era considerat contrar principiilor dreptului natural pentru că el furniza motivație pentru muncă, favoriza pacea socială, comerțul, o bună utilizare a resurselor și, în consecință, promova binele comun.

În secțiunile dedicate furtului și tâlhăriei Toma din Aquino considera că acestea sunt justificate dacă făptuitorul e sărac și le săvârșește pentru a supraviețui. Reprezentanții Școlii de la Salamanca nu sunt în totalitate de acord cu această opinie. Ei considerau că deși în situații de necesitate o persoană poate folosi bunurile altuia această faptă nu constituie un transfer al dreptului de proprietate ci doar un împrumut, făptuitorul fiind obligat să restituie bunurile după ce starea de necesitate a încetat. Martín de Azpilcueta menționa că nici o persoană nu este obligată să doneze ceva cuiva care se află

²⁶ Alves, Andre A.; Moreira, Jose M., *The Salamanca School*, New York: Continuum, 2010, pp. 65-71.

în nevoie pentru că obligația de a-ți ajuta aproapele nu ține de drept ci de caritate.

Primii reprezentanți ai școlii au considerat că împrumuturile bancare și cămătăria nu trebuie acceptate, preluând opinia tomistă și poziția oficială a Bisericii Catolice. Reprezentanții târzii ai școlii și-au nuanțat însă poziția acceptând băncile și împrumuturile bancare cu condiția ca dobânzile să nu fie excesiv de mari. Molina menționa că deși băncile trebuie acceptate ca instituții legitime este important ca bancherii să nu folosească depozitele clienților pentru a face investiții riscante pentru că ei sunt responsabili de siguranța acestor depozite.

Preluând ideile lui Aristotel și Toma din Aquino, membrii Școlii de la Salamanca acceptau legitimitatea sclaviei. Totuși unii dintre ei susțineau că în virtutea faptului că sunt oameni până și sclavii au unele drepturi. În *De iustitia et iure*, Molina menționa că un sclav are drept de proprietate asupra bunurilor câștigate la un joc de noroc de la stăpânul său. El oferea și alte exemple ale drepturilor sclavilor, cum ar fi dreptul de a nu fi vătămați corporal dacă nu au făcut nimic care să justifice pedeapsa.

Francisco de Vitoria este considerat unul dintre părinții dreptului internațional modern. În *De Indis* și *De iure beli*, Vitoria susținea că amerindienii au drept de proprietate asupra terenurilor pe care locuiesc și nu accepta deposedarea lor de către coloniștii europeni. Războiul împotriva indienilor era considerat un război injust. El considera că sclavia nu ține de dreptul natural ci este o instituție de drept pozitiv sau civil. În *De iure beli*, Francisco de Vitoria analiza problema războiului just și injust. El opina că nu poate fi justificat decât războiul pentru autoapărare. Diferențele de religie sau dorința de a mări imperiul nu sunt motive justificate pentru declanșarea unui război.

Încercarea Școlii de la Salamanca de a moderniza filosofia dreptului natural nu a împiedicat intrarea acesteia în desuetudine. Dreptul natural a mai fost invocat și de unii filosofi din perioada Renașterii sau din perioada modernă însă sensul acestei sintagme nu era același. Principiile dreptului naturale erau considerat simple cerințe morale care nu îl obligă pe legiuitor și nu justifică încălcarea legii.

IV. Bibliografie

Adams, David M., *Philosophical Problems in the Law*, Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2012.

Alberti Magni, *Opera omnia: De bono*, Vol. 28, Munster: Aschendorff, 1951.

Alves, Andre A.; Moreira, Jose M., *The Salamanca School*, New York: Continuum, 2010.

Aquinas, Saint Thomas, *Summa Theologica: Complete Edition*, New York: Catholic Way Publishing, 2014.

Aristotel, *Etica nicomahică*, București: Editura IRI, 1998.

Aristotle, *Magna Moralia*, Miami: HardPress Publishing, 2012.

Burns, Tony, *Aristotle and natural law*, London: Continuum International Publishing Group, 2011.

Cicero, *The Republic and The Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Citron, Rodger D., "The Nuremberg Trials and American Jurisprudence: The Decline of Legal Realism. The revival of Natural Law, and the Development of Legal Process Theory" în *Michigan State Law Review*, 2006, pp. 385-410.

Cunningham, Stanley B., "Albertus Magnus on Natural Law" în *Journal of the History of Ideas*, nr. 4/1967, pp. 480-485.

- Finnis, John, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998
- Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Bunge, Kirstin; Fuchs, Marko J.; Simmermacher, Danaë; Spindler, Anselm (eds.), *The Concept of Law (lex) in the Moral and Political Thought of the "School of Salamanca"*, Leiden: Brill, 2016.
- Morrison, Wayne, *Jurisprudence: From the Greeks to Post-Modernists*, London: Routledge, 2016.
- O'Connor, D. J., *Aquinas and Natural Law*, London: Macmillan Education, 1967.
- Plato, *The Laws*, Harmondsworth: Penguin Books, 1970.
- Platon, Opere, vol I, București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1975.
- Platon, *Opere, vol. V: Republica*, București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1986.
- Reale, Giovanni, *Istoria filosofiei antice, vol 3: Platon și Academia antică*, Târgu Lăpuș: Galaxia Gutenberg, 2009.
- Reale, Giovanni, *Istoria filosofiei antice, vol. 5: Cinismul, epicureismul și stoicismul*, Târgu-Lăpuș: Editura Galaxia Gutenberg, 2016.
- George, Robert P., *In defense of natural law*, Oxford: Clarendon Press, 2001.
- Saint Augustine, *The City of God: Books I-VII*, Washington D.C.:The Catholic University of America Press, 2008.
- Saint Augustine, *The City of God: Books VIII-XVI*, Washington D.C.:The Catholic University of America Press, 2008.
- Sophocles, *Antigone*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-1625*, Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company, 2001.

STUDII

CĂLĂTORIE PRIN TRECUT ȘI PREZENT: CĂSĂTORIA ȘI REGIMURILE MATRIMONIALE

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.17
Data publicării online: 16.03.2021

Carmen Oana MIHĂILĂ*

Abstract: Căsătoria are cu siguranță o evoluție interesantă, pe alocuri chiar spectaculoasă. Această instituție, legată de cea a familiei, a jucat un rol important în societate de-a lungul evoluției umanității, de la un mijloc de protecție, la alianță, ajungând în timpurile noastre la o uniune consensuală bazată pe dragoste.

Societatea și căsătoria, așa cum vom vedea, au o dezvoltare paralelă¹ și orice schimbare în valorile societății umane determină și schimbări în definirea conceptelor de căsătorie și familie. Spre exemplu, scăderea dependenței femeii a avut un rol hotărâtor, acestea participând moral și financiar la dezvoltarea vieții de cuplu. Schimbările în gestionarea vieții de familie de ordin cultural și ideologic ne aduc în timpurile noastre când se vorbește din ce în ce mai mult despre căsătoriile dintre persoanele de același sex.

Fie că evocăm date istorice sau reglementări juridice, fie că ne îndreptăm atenția spre religie, literatură sau artă, uniunea conjugală este sursa de inspirație care a dăinuit în timp.

* Lector dr., Facultatea de Drept, Universitatea din Oradea, carmen.oana.mihaila@gmail.com.

¹ *Familia este considerată societatea umană la scară redusă*, în B.D. Moloman, L-C. Ureche, *Noul Cod civil. Cartea a II - a. Despre familie. Art. 258-534*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 27.

Cuvinte cheie: căsătorie, logodnă, soți, legea romană, zestre, regim matrimonial.

JOURNEY THROUGH THE PAST AND THE PRESENT. MARRIAGE AND MATRIMONIAL REGIMES

Abstract: Marriage certainly has an interesting evolution, sometimes even spectacular. This institution, related to that of the family, has played an important role in society throughout the evolution of humanity, from a means of protection, to an alliance, reaching in our times a consensual union based on love.

Society and marriage, as we will see, have a parallel development and any change in the values of human society also determines changes in the definition of the concepts of marriage and family. For example, the decrease in women's dependence played a decisive role, as it participated morally and financially in the development of married life. The changes in the management of cultural and ideological family life bring us to our times when there is more and more talk about same-sex marriages.

Whether we call forth historical data or legal regulations, or whether we turn our attention to religion, literature, or art, marital union is the source of inspiration that has endured over time.

Keywords: marriage, engagement, spouses, Roman law, dowry, matrimonial regime.

Cuprins

I.	Apariția ideii de căsătorie din punct de vedere antropologic. Căsătoria în lumea antică și în perioada medievală.....	569
II.	Căsătoria și regimurile matrimoniale în perioada modernă și contemporană	601
III.	Concluzii	603
IV.	Bibliografie	603
A.	Cărți, tratate, monografii	603
B.	Lucrări	606
C.	Surse Internet	607

I. Apariția ideii de căsătorie din punct de vedere antropologic. Căsătoria în lumea antică și în perioada medievală

Jean-Jaques Rousseau spunea: „Familia este cea mai veche dintre toate societățile și singura naturală”². „Căsătoria reprezintă baza familiei”³.

O lungă perioadă de timp în istorie, decizia de a te căsători a avut la bază mai degrabă considerente de ordin economic sau politic și nu dragostea. Astăzi, libertatea oamenilor de a decide când și cu cine să se căsătorească, de a hotărî cum să își organizeze relațiile patrimoniale reflectă sfârșitul subordonării femeii atât din punct de vedere legal, cât și economic. Deși multă lume privește astăzi cu nostalgie la căsătoriile din trecut, trebuie spus că în

² *Du contrat social*, Amsterdam, 1762.

³ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. VIII, Partea I, Atelierele Grafice Socec&Co., București, 1916, p. 2.

căsătoria tradițională relațiile personale dintre soți nu erau atât de valorizate precum se crede⁴.

Căsătoria este o instituție specifică doar omului. Se spune că instituția căsătoriei civile este de dată recentă⁵. Cu toate acestea, în legătură cu apariția căsătoriei există multe legende, mituri și povești, una dintre acestea conturând direcția gândirii antropologilor și sociologilor din secolele trecute, și anume legenda tribului indian Blackfoot sau Piegan.⁶ Potrivit acesteia, bărbații erau cei ce aveau nevoie de căsătorie pentru a trăi mai bine, ei fiind aleși de femei și nu invers. O altă teorie susține că ideea căsătoriei vine pe fondul nevoii femeilor care nu puteau să își asigure protecție și hrană și, pentru a stopa interacțiunile sexuale aleatorii au propus un schimb echitabil⁷.

⁴ În anii 1950, cărțile de consiliere conjugală sfătuiau femeile să se prefacă neajutorate și proaste și să-și lase soțul să fie „șeful”. La sfârșitul anilor 1970, multe state aveau legi „cap și stăpân” care le ofereau soților ultimul cuvânt cu privire la unele decizii, cum ar fi: ce ar trebui făcut cu proprietatea comună, unde ar trebui să locuiască cuplul, dacă soția ar putea avea un loc de muncă. Violul conjugal a fost văzut ca o contradicție în termeni, pentru că era datoria soției de a face sex ori de câte ori soțul ei dorea acest lucru. La fel, dependența economică a femeilor a rămas atât de mare, încât majoritatea femeilor nu puteau să iasă dintr-o căsătorie nedreaptă și nesatisfăcătoare, în S. Coontz, *The Family Revolution*, Greater Good Magazine, University of California, Berkeley, september 2007.

⁵ P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, ed. a II-a, revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 14.

⁶ „Bărbații și femeile din tribul Piegan, nu au trăit împreună de la început. Femeile locuiau pe dealurile Porcupine [...] Feliau carnea, iar vara culegeau fructe de pădure pentru iarna. Colibele lor era amenajate în interior [...] Bărbații, în schimb, erau sărăci, nu aveau colibe și purtau piei încă crude. Nu știau să tăbăcescă pieile și să își coasă hainele”. Bărbații au fost cei care aveau nevoie de căsătorie. Înfrigurați și flămânzi au urmărit femeile până au aflat unde locuiau și s-au adunat în număr mare pe un deal în apropiere, așteptând ca femeile să își aleagă pe rând câte un bărbat. Astfel, după ce șefa de trib a femeilor a ales un bărbat, restul au urmat exemplul acesteia, în C.C. Uhlenbeck, *A new series of Blackfoot texts from the southern Peigans Blackfoot Reservation*, Teton County, publisher J. Muller, Amsterdam, 1912, p. 167. <https://archive.org/details/cu31924097762193/page/n181/mode/2up>, accesat la data de 10.08.2020.

⁷ Teoria furnizorului ne arată că bărbații puternici își alegeau cu prioritate partenerile.

Specialiștii antropologi ne arată că femeile primitive au fost inteligente, iar în schimbul monopolului sexual dorit de bărbați, ele obțineau hrană: „*okay, you get the monopoly....and we get the meat.*”⁸ De fapt, femeile nu erau atât de neajutorate, ele procurându-și singure hrana necesară⁹.

Bărbatul, văzut ca cel care *pune pâinea pe masă*, femeia, cea care se ocupă de treburile casnice și de creșterea copiilor este teoria clasică a familiei tradiționale din anii 50.

Căsătoria s-a format, cel mai probabil în acea perioadă ca un răspuns la necesitatea formării unei structuri a vieții sociale primitive, al unui mod de împărțire a sarcinilor zilnice. Creșterea numărului de locuitori din comunitate și implicit a interacțiunilor sociale, aduce cu sine și evoluția căsătoriei.

Simbolismul religios din jurul instituției căsătoriei este deosebit de important, fiind înglobat în reglementările legale care priveau relațiile dintre soți. Căsătoria sacră¹⁰ se reflectă atât de frumos în strigătul bărbatului spre femeia transformată în jerfă vedică: „*Eu sunt Cerul, iar tu esti Pământul*”. Uniunea dintre om și divin reprezintă în anumite religii o formă de căsătorie.

În **lumea antică**, odată cu diferențierea economică, regulile căsătoriei se schimbă, cei bogați încercând să își sporească averea căutând un partener de viață cu statut similar¹¹. În această perioadă căsătoria era folosită

⁸ R. Fox, *The Red Lamp of Incest*, Ed. E.P. Dutton, New York 1980, p. 147.

⁹ Un studiu asupra unui trib din Africa, a arătat că o femeie (inclusiv cele care aveau copii) se plimba pe jos, în medie pe zi 19 kilometri adunând hrană, S. Coontz, *Marriage, a History How Love Conquered Marriage*, Ed. Penguin Books, New York, 2006, p. 37.

¹⁰ Fiecare căsătorie repetă de fapt acel *hieros gamos* primordial, unirea Cerului cu Pământul, în M. Eliade, *Sacrul și profanul*, Ed. Humanitas, București, 2005, p. 128.

¹¹ Cei din familii înstărite cereau un preț mai mare când își măritau fiicele cu oameni bogați. La rândul lor, bărbații, viitorii soți primeau banii de la tații lor, care în final dobândeau controlul averii. S-a creat astfel noțiunea de familie dominantă, un cerc în care membrii se căsătoreau

pentru a dobândi pământ sau avere sau pentru sporirea influenței economice, sociale sau chiar politice. Căsătoria a devenit astfel, așa cum se spune, un instrument important în sprijinul intereselor celor avuți care au ajuns să interzică uniunile dintre persoane din clase sociale diferite. Familiile elitiste nu țineau cont de dorințele copiilor atunci când le alegeau viitorul partener de viață¹².

În **Mesopotamia** regăsim date atât despre logodnă cât și despre căsătorie care îmbrăca forma unei ceremonii religioase. Codul lui Hammurabi (1760 î.Hr.) ne arată că actul de încheiere al căsătoriei era unul scris. Același act prevedea și divorțul, de fapt repudierea care putea fi făcută atât de bărbat cât și de femeie¹³.

În **civilizația persană** căsătoria era încheiată prin plata unei sume de bani dată de bărbat părinților fetei. Deși era sub puterea bărbatului, aceasta putea să dețină bunuri în proprietate. Interesant este că libertatea femeii persane era specifică mai ales femeilor sărace nu și celor nobile. În

între ei pentru că aveau același rang social și aceeași putere economică. Rareori se prefera o căsătorie exogamă în locul uneia endogamă. În unele grupuri, în caz de deces al soțului, soția trebuia să se sinucidă sau să se căsătorească cu o rudă a bărbatului, S. Coontz, *Marriage...* op.cit., pp. 45-46.

În alte legislații se stipula ca văduva care nu avea descendenți de sex masculin să se mărite cu fratele soțului decedat pentru a continua linia genealogică (în India sau la evreii din perioada antică). În Tora, fratele decedatului care refuza să ia de nevastă soția celui dintâi era obligat să treacă prin *ceremonia de descălțare* - halizah. Pentru detalii a se vedea F. Alvarez-Pereyre, F. Heymann, *The desire for transcendence: The Hebrew family Model and Jewish Family Practices*, în A. Burguière (editor), *A History of the Family*, Ed. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 181

¹² Era considerat chiar iresponsabil să se permită tinerilor să își aleagă partenerul de viață pentru un motiv atât de egoist ca dragostea. Mai mult, cuplul nu putea să își construiască o relație bazată pe cooperare și susținere ci trebuia să se conformeze unui model conjugal rigid, bazat pe subordonarea femeii, în S. Coontz *The Family Revolution ...*

¹³ B.D. Moloman, *Căsătoria civilă și religioasă în dreptul român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 27.

famiiliile nobiliare erau obișnuite căsătoriile între frați. Era permisă și poligamia. Un obicei pe care îl regăsim și la alte popoare antice este cel al căsătoriei văduvei cu fratele soțului decedat¹⁴.

În **Egiptul antic** găsim căsătoria aranjată în care se pare că femeia și bărbatul erau egali. Femeia era numită chiar *stăpâna casei*, având bunuri în proprietate și dreptul de a se folosi de zestre. Poziția demnă a femeii egiptene nu se întâlnește la alte civilizații antice (femeia trebuia tratată bine, așa cum cereau prescripțiile religioase)¹⁵. Nu exista o ceremonie a căsătoriei (femeia era condusă de rude până la casa viitorului soț). Dota era constituită din 2/3 bunuri aduse de bărbat, 1/3 de femeie (în bani sau în natură) și nu putea fi înstrăinată în timpul căsătoriei de niciunul dintre soți¹⁶. Regăsim totuși o formă a unui contract de căsătorie care se încheia de obicei după ce soții aveau copii. Pentru ca bunurile să rămână în familie, erau obișnuite căsătoriile între membrii aceleiași familii (veri, unchi). Divorțul nu necesita vreo formalitate, era de ajuns acordul soților (pentru motive de sterilitate, adulter, furt, limbuție).

Se vorbește și despre o formă de căsătorie *de probă* care dura 1 an, care putea fi desfăcută din vina unuia dintre soți sau pentru nepotrivire de caracter.

În **China antică** familia a avut ca scop procreția¹⁷. Și aici căsătoria era apanajul părinților (bărbatul trebuia să se căsătorească până la 20 de ani, iar femeia până la 17 ani). Logodna era necesară și consta în schimbul de

¹⁴ O. Drimba, *Istoria culturii și civilizației*, vol 1, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, pp. 218-219.

¹⁵ *Idem*, p. 133.

¹⁶ *Idem*, p. 134.

¹⁷ B.D. Moloman, *op.cit.*, p. 32.

daruri, odată ce căsătoria era hotărâtă de către părinți. Divorțul amiabil era posibil, existând anumite motive: sterilitate, adulter, furt, limbuție, gelozie. Femeia nu avea niciun drept de proprietate.

În **India** era obligatorie căsătoria, cunoscându-se chiar opt tipuri de căsătorie. Aceasta era stabilită de părinții viitorilor soți, încă de la vârste fragede (12 ani pentru fete). Era permisă poligamia iar divorțul era interzis. Și în India, în situația în care soții nu aveau copii, văduva era obligată să se căsătorească cu o rudă a soțului.

În **Grecia antică**, căsătoria - γαμος - era denumită și τελος care reprezenta unirea sacră.¹⁸ Femeile se căsătoreau după ce împlineau 14 ani, fiind împărțite în *oneste și celelalte*. Cele cinstite trăiau în *oikos*¹⁹ - gospodărie patriarhală, celelalte trăiau singure. Legea ateniană a lui Dracon (sec. VII î.Hr.)²⁰ a introdus distincția dintre cele două categorii de femei. Reglementarea nu pedepsea violența sexuală comisă împotriva tuturor femeilor ci doar a celor care născute și crescute în *oikos* sau a celor care trăiau ca și concubine în casa cetățenilor atenieni²¹. Dacă era vorba despre adulter, se prezuma că femeia din *oikos* a fost sedusă sau forțată. Mai târziu, actul seducerii femeii altuia era considerat o ofensă la adresa bărbatului care deținea controlul asupra acesteia.

¹⁸ M.A. Ureche, C.N. Gheorghiu, *Însoțirea religioasă între tradiție și evoluție, legislație și educație*, Revista Altarul Reîntregirii, nr. 2/2016, Alba Iulia, p. 292.

¹⁹ Aristotel, în *Politica*, arăta că *oiki - oikos* este familia nucleară în cadrul căreia relațiile dintre soț și soție, tată și copii, stăpân și sclavi dobândesc o semnificație juridică.

²⁰ Legiuitorul atenian a trecut în scris legile cutumiare în circulație - prima codificare a dreptului atenian. El introduce judecarea cauzelor de omor, prin limitarea dreptului gentilic al talionului, cu unele excepții: bărbatul care omora amantul soției sale era scutit de pedeapsă.

²¹ E. Cantarella, *Gender, Sexuality and Law*, în *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, editată de M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 245.

Căsătoria era hotărâtă de părinți, fără să fie necesar consimțământul viitorilor soți. Femeia devenea prin căsătorie *filiae loco*, adică aparținea familiei soțului. Un *kyros* era capul gospodăriei, responsabil de soția sa și de aranjamentul căsătoriei fetelor din familie (odată ce acestea se căsătoreau, soțul lor devenea noul *kyros*)²².

Căsătoria era precedată de ceremonia de logodnă *eggyē* sau *engyē*.²³ Dacă nu intervenea căsătoria, *kyros* nu avea nicio responsabilitate și nici nu era pedepsit în vreun fel. Această ceremonie era o condiție necesară pentru ca femeia să obțină statutul de soție iar copiii săi să fie considerați copii legitimi. Căsătoria era însoțită de o tranzacție economică: tatăl sau fratele după moartea tatălui, oferea soțului o cantitate de bunuri mobile sau imobile ce constituiau zestrea femeii care era administrată de soț. Uniunea soților putea lua sfârșit la moartea soțului, prin repudierea soției (fără nicio justificare din partea soțului, zestrea fiind înapoiată), prin abandon conjugal (foarte rar, ca un divorț pornit de soție) sau prin decizia tatălui soției care putea să anuleze căsătoria dacă dorea să o dea de soție altui bărbat.²⁴ După ce rămânea văduvă, femeia se întorcea sub autoritatea tatălui.

²² S. Pomeroy, *Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*, Pimlico, Londra, 1994, p. 64.

²³ Sora lui Dimostene a fost logodită de la vârsta de 5 ani. Începutul vieții conjugale era însoțit de ritualuri mai mult sau mai puțin solemne și fastuoase în funcție de statutul economic și social al soților, E. Cantarella, *Gender...* op.cit., p. 246

²⁴ Femeia se întorcea în casa tatălui său iar bărbatul trebuia să restituie zestrea. Existau acțiuni pentru asigurarea restituirii zestrei. La moartea soțului, dacă femeia alegea să rămână în casa soțului, arăta că nu mai este dispusă să se căsătorească, A. Maffi, *Family and Property Law*, în *Gender, Sexuality and Law*, în *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, editată de Michael Gagarin, David Cohen, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 255.

În **societatea romană**²⁵ familia era un stat în miniatură, cu propriile legi, propriul cult, propria justiție interioară²⁶. Bărbații erau cei care aveau drepturi depline, participând la viața politică. În perioada Republicii, dar și mai târziu, autoritatea tatălui era absolută²⁷. Femeia căsătorită era denumită în vechiul drept roman *mater familias*, apoi *matrona* sau *uxor*.

În lumea antică romană *iustum matrimonium* cunoștea două forme: *cum manu* și *sine manu*.

Până în perioada Republicii căsătoria *cum manu* a constituit în principiu regula (soția ieșea de sub *potestas* a tatălui și intra sub puterea soțului sau a tatălui acestuia - *capitis deminutio minima*). Erau cunoscute trei forme de căsătorie: *confarreatio*, *usus* și *coemptio*, ceremonia de căsătorie (*cum manu*) fiind diferită în funcție de clasa socială. Cea a *patricienilor* era numită *confarreatio*²⁸ (forma arhaică a căsătoriei *cum manu*), iar cea a plebei se numea *usus*. *Coemptio*²⁹ reprezenta o altă formă a căsătoriei *cum manu*. La

²⁵ „Dreptul european continental reprezintă doar un avatar al evoluției istorice a dreptului roman”, în C. Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenționale în sistemul noului cod civil român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 27.

Juristul Ulpian definea familia ca un grup de persoane supuse autorității conducătorului familiei *natura aut iure* (în virtutea naturii și a legii). Persoanele sub autoritatea unui pater familias ”prin natură” erau copiii lui (de sex masculin și feminin) și descendenții copiilor lui de sex masculin, iar persoanele supuse „prin lege” erau soția sa, soțiile descendenților lui de sex masculin și sclavii săi, în E. Cantarella, *Women and Patriarchy in Roman Law*, în *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, capitolul 32, Oxford University Press, New York, 2006, p. 419.

²⁶ R. Gidro, A. Gidro, *Roma antică. O istorie pentru toți*, Ed. Neverland, București, 2018, p. 49.

²⁷ O. Drimba, op.cit., vol 1, p. 735.

²⁸ Mirii împărțeau o bucată de pâine de grâu ca simbol al începerii vieții împreună, după care se aducea sacrificiu lui Jupiter, în prezența unui Flamen Dialis (un preot cu un grad ridicat) și a zece martori, în E. Cantarella, *Women ...op.cit.*, p. 421.

²⁹ Aceasta își are originea într-un formă vânzare-cumpărare (*mancipatio*) care se realiza în prezența unui martor - cumpănit (libripens), prin aruncarea de către soț a unui ban pe

sfârșitul Republicii această formă a căsătoriei nu a mai fost practică. *Usus*³⁰ era o căsătorie care presupunea conviețuirea celor doi sub același acoperiș timp de un an. După această perioadă, căsătoria devenea legală, iar femeia intra în posesia bărbatului.

Căsătoria *cum manu* cade treptat în desuetudine după războaiele punico³¹. La începuturi, în căsătoria *cum manu* nu se poate vorbi de vreun regim dotal sau de comunitate. Până în secolul V î.Hr. a fost interzisă căsătoria între patricieni și plebei.

Căsătoria *sine-manu* a fost numită căsătorie liberă, fiind reglementată de Legea celor XII table (*Lex duodecim tabularum*, 449 î.Hr.). O regăsim și la sfârșitul Republicii dar și în perioada Imperiului. Femeia rămânea sub puterea părintească (*patria potestas*), dar, chiar dacă tatăl avea drepturi destul de mari asupra femeii căsătorite, instituția căsătoriei era într-o anumită măsură protejată (dacă tatăl încerca destrămarea căsătoriei fără motiv, acest lucru era contrar ordinii publice). Pentru căsătoria *sine manu* nu era necesară nicio formalitate, importante fiind intenția de a întemeia o familie și conviețuirea soților³². Ulpian vorbește despre *maritalis affectio*

cântarul ținut de acesta, A.M. Marienescu, *Cultul păgân și creștin. Sărbătorile și datinile romane vechi*, Editura Saeculum I.O., București, 2008, p. 295.

Chiar dacă se spune că prețul miresei era simbolic, nu este exclus ca la începuturi să fi fost chiar o formă a contractului de vânzare (Gaius scrie în sec. al II - lea că bărbatul „cumpără” femeia). La fel cum dreptul de proprietate asupra bunurilor mobile sau imobile putea fi obținut prin *usucapio*, așa și soția, ca urmare a *usus*, după 1 an de conviețuire, atunci când *coemptio* nu era îndeplinit, intra în familia soțului care dobânda *manus* asupra ei (inclusiv dreptul de a o ucide pentru adulter sau pentru că bea prea mult vin), în Dionysius of Halicarnassus, *The Roman Antiquities*.

³⁰A. Butnaru, *Instituția căsătoriei în societatea romană*, <https://www.historia.ro/>, accesat la data de 12.08.2020.

³¹M.D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 107.

³²C. Nicolescu, *Regimurile ... op.cit.*, p. 32.

(afecțiune maritală). Presupunem că nu este vorba despre căsătoria din dragoste ci despre consimțământul soților la căsătorie³³.

Distincția dintre cele două forme de căsătorie amintite este dată de modalitățile diferite de raportare la *pater familias*. *Pater familias*, care la început era denumit *mancipium*³⁴ îngloba toate prerogativele pe care capul familiei le avea asupra membrilor casei sale. Acesta era șeful, tatăl sau alt bărbat din familie.

De asemenea, este necesară a fi făcută diferențierea dintre *sui iuris* și *alieni iuris*. Astfel, persoanele *sui iuris* erau independente, nu se aflau sub puterea cuiva, în timp ce *alieni iuris* erau supuse autorității unui bărbat.

La fel ca și grecii, și romanii aveau un ritual al logodnei, numită *sponsalia* (promisiune). Tatăl fetei, avea în virtutea *pater familias*, dreptul de a alege viitorul soț³⁵. Teoretic, fata putea refuza să încheie logodna, dar practic nu se întâmpla așa. I se permitea acest lucru doar dacă viitorul soț era nepotrivit³⁶. Logodna putea fi înfăptuită și dacă părțile nu erau prezente, cu

³³ În sec. III, Modestinus definea căsătoria ca fiind „unirea dintre un bărbat și o femeie într-o legătură pentru întreaga viață, o împărtășire a dreptului divin și uman”- „*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication*”. În realitate, căsătoria romană nu era nici pe departe o căsătorie bazată de sentimente.

³⁴ Puterea *pater familias* - *patria potestas* asupra copiilor, *manus* peste soții și *dominica potestas* asupra sclavilor.

³⁵ Ritualul logodnei avea loc atunci când fata era în jurul vârstei de 8-10 ani. Ea devenea *sponsa* pentru viitorul soț, datorând fidelitate până la finalul căsătoriei. Acordul pentru logodnă putea fi dat verbal sau în scris (pe tăblițe pe care era înscrisă dota).

³⁶ Ceremonia logodnei era însoțită de oferirea unui ban drept arvună (*arrha*), iar apoi a unui inel (*anulus pronubus*) viitoarei mirese din partea logodnicului, în C.I. Damian, *Instituția familiei în Roma antică*, Ed. Astra Museum, Sibiu, 2019, p. 69.

„Viitoarea soție putea să se împotrivească dorinței tatălui său doar dacă acesta îi alegea un logodnic nepotrivit din punct de vedere moral” („*Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*”) - 23.1.12 Ulpianus libro singulari de sponsalibus, Domini Nostri Sacratissimi Principis. Iustiniani. Iuris

condiția ca viitorii soți să cunoască acest fapt³⁷. Contractul încheiat între părinții celor doi prevedea despăgubiri dacă unul dintre soți rupea logodna.

Nu era reglementată formalitatea de încheiere a căsătoriei și nici nu exista recomandarea să se realizeze o ceremonie de oficiere a căsătoriei. În scrierile vremurilor regăsim chiar faptul că prezența bărbatului la încheierea căsătoriei nu era necesară. Cu toate acestea, existau numeroase ritualuri și ceremonii tradiționale, de exemplu împreunarea mâinilor mirilor³⁸. În privința vârstei, se arată că vârsta minimă pentru căsătorie era de 14 ani pentru băieți și de 12 ani pentru fete³⁹. Legea căsătoriei și dreptul de a te căsători legal - *ius conubii* - prevedea printre condiții interzicerea căsătoriei între rude (în linie directă și în linie colaterală până la gradul IV), între afini (de exemplu cumnații nu se puteau căsători), interzicerea bigamiei sau a căsătoriei văduvelor înainte de 1 an de la decesul soțului. Conducătorii provinciilor nu se puteau căsători cu localnice, iar tutorii nu se puteau căsători cu pupila pe care o aveau în grijă⁴⁰.

Consimțământul cerut nu era, așa cum ne-am imagina, al soților, deși legea îl prevedea, ci al părinților sau a lui pater familias. *Ius conubii* era specifică doar

Enucleati Ex Omni Vetere Iure Collecti Digestorum Seu Pandectarum, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-23.htm#1>, accesat la data de 12.08.2020

³⁷ Acordul este suficient pentru constituirea unei logodne. Este stabilit că o persoană care este absentă poate fi logodită cu o persoană absentă, fiind ceva ce se întâmplă în mod obișnuit, cu condiția ca părțile absente să știe că logodna are loc, sau să își dea acordul după aceea. („*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. Denique constat et absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri [...] haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.*”) - Ulpianus libro 35 ad Sabinum și 23.1.5 Pomponius libro 16 ad Sabinum.

³⁸ O. Drimba, op.cit., vol 1, p. 736.

³⁹ Legea lui Augustus nu a fost respectată întotdeauna, fiind mult mai importantă realizarea alianțelor.

⁴⁰ J. Crook, op.cit., p. 99.

cetățenilor romani, latini sau pregrinii neavând același drepturi (mai târziu, în timp, aceștia vor dobândi mai multe drepturi). Sclavii nu își permiteau dreptul la relații sentimentale sau acela de a-și construi o familie⁴¹.

Dota - *dos*⁴², consta în bunurile pe care de obicei tatăl miresei le oferea sau promitea să le ofere mirelui pentru bunul mers al căsătoriei și era întâlnită în special la clasele superioare. Dota intra în proprietatea noului șef de familie care, la început, exercita prerogative nelimitate în privința acestor bunuri (folosirea lor trebuia făcută în vederea satisfacerii necesităților traiului în comun)⁴³.

Monogamia era specifică dreptului roman⁴⁴, însă, așa cum apreciază doctrina de specialitate, erau acceptate relațiile sexuale în afara căsătoriei, concubinajul sau relațiile homosexuale⁴⁵.

⁴¹ Relația dintre sclavi era numită *contubernium*.

⁴² *Pacta dotalia* reprezenta contractul de zestre în care se specificau chiar clauze referitoare la destinația dotei în cazul disoluției căsătoriei sau decesului.

Abia din sec. II î.Hr. putem să vorbim despre dotă, iar despre un regim dotal după ce căsătoriile *cum manu* cad în desuetudine, în M. Floare, *Repere istorice privind situația juridică a femeii în dreptul privat european*, Revista de Dreptul Familiei, nr. 1-2/2019, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 89.

⁴³ Vl. Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, pp. 198-199.

⁴⁴ Gaius în *Instituțiile*, arăta că „un bărbat nu poate avea două soții și nici o femeie doi soți”, Gaius, *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law*, în C.I. Damian, op.cit., p. 56.

Monogamia este de inspirație romană (era interzisă prin lege). În 393 d.Hr., poligamia este interzisă și evreilor de pe teritoriul roman.

⁴⁵ B.D. Moloman, L-C. Ureche, *Noul Cod civil ... op cit.*, p. 34.

Dacă bărbatul și femeia nu încheiau un *conubium*⁴⁶, se considera că trăiesc în *concubinatus*⁴⁷ sau *contubernium*⁴⁸. Foarte interesant este însă dreptul bărbatului căsătorit de a avea o concubină, fără a se considera vinovat de adulter (relația extraconjugală trebuia însă să se bucure de stabilitate). Mai mult, se arată că din acea perioadă s-au păstrat contracte matrimoniale prin care bărbatul se angaja la căsătorie să nu aibă concubină⁴⁹. Bărbații care erau totuși considerați vinovați de adulter nu erau pedeșiți, în schimb femeile în aceleași situații erau pasibile de pedeapsă.

În privința desfacerii căsătoriei putem spune că atât bărbatul, cât și femeia din căsătoria *sine manu* și mai târziu și cea din căsătoria *cum manu* puteau divorța (*diffarreatio* în căsătoria *cum manu* - *confarreatio*, iar în căsătoria *sine-manu*, pentru că femeia nu era sub autoritatea soțului, nu existau formalități)⁵⁰. La începuturi doar bărbatul putea divorța pentru infidelitatea soției, beție sau sterilitate, ulterior a devenit ceva obișnuit, iar decăderea morală de la sfârșitul Republicii și începutul Imperiului a dus la un număr mare de divorțuri⁵¹. În timpul lui Octavian Augustus s-a limitat dreptul

⁴⁶ În cazul *conubium*, copiii aveau statutul tatălui, iar copiii nelegitimi preluau statutul mamei din momentul nașterii.

⁴⁷ C.I. Damian, op.cit., p. 65.

Ulpian, în *Digesta*, spunea: „Nu contează dacă cineva lasă moștenire unei soții sau unei concubine lucrurile pe care le-a adus și le-a dobândit pentru ea. Singura diferență constă în statut.”.

⁴⁸ Relațiile dintre bărbat și sclavă, sub același acoperiș.

⁴⁹ J. Crook, *Law and Life in Rome*, Cornell University Press, Ithaca, 1967, p. 102.

⁵⁰ Mai târziu, apar mai multe cauze de divorț: cum ar fi: boala, bătrânețea, preoția, adulterul. Divorțul fără motiv - în cazul repudierii soției - atrăgea soțului o sancțiune pecuniară de minim ¼ din patrimoniu, dar nu mai mult de 100 livre de aur, în V.M. Ciucă, *Lecții de drept roman, vol. I*, Ed. Polirom, Iasi, 1998, citat de Ș. Gheorghieș, *Căsătoria în dreptul roman*, pe <https://wolterskluwer.ro/casatoria-in-dreptul-roman/>, accesat la data de 15.08.2020.

⁵¹ Nu se impuneau formalități pentru desfaceria căsătoriei. Se pare că era folosită o formulă ceremonială: *tuasrestibi habeto*, (ia-ți lucrurile). În privința căsătoriei *confarreatio* se realiza o

la divorț și s-a introdus o procedură complicată, fiind necesară prezența a șapte cetățeni romani adulți pentru ca acesta să fie ratificat. Astfel, împărații romani creștini nu interzic divorțul ci măresc sancțiunile pentru soțul vinovat (pierderea dotei sau un sfert din bunuri în favoarea soțului nevinovat de disoluția căsătoriei). Dacă era vorba despre un divorț fără motiv, pedeapsa dată de către cenzori era o muștrare (*nota censoria*). Iustinian este cel care va introduce divorțul în formele sale cunoscute: prin consens, datorită unui motiv justificat, din vina unuia dintre soți și cel nejustificat. Întâlnim și instituția repudierii. La început doar bărbatul avea acest drept, apoi și femeia.

În caz de deces, în căsătoria *cum manu*, femeia nu avea drept de moștenire a averii soțului decedat, în schimb, bărbatul beneficia de proprietatea asupra bunurilor dotale⁵². Soțul care se recăsătorea, nu mai avea proprietatea deplină a bunurilor pe care le dobândise ca urmare a primei căsătorii (*lucra nuptialia*), ci doar un drept de uzufruct dacă trăiau copii din prima căsătorie (era o măsură de protejare a intereselor copiilor în fața

anumită ceremonie considerată inversă față de ceremonia de căsătorie (*diffarreatio*), adică respingerea pâinii sacre în prezența unui preot și rostirea de către cei doi soți a unor blesteme în loc de rugăciuni, iar căsătoria *coemptio* era desfăcută prin *remancipatio*, adică în vinderea simbolică a soției către tată sau un alt bărbat din familia ei, în J.A. Couch, *Woman in Early Roman Law*, *Harvard Law Review*, vol. 8, nr. 1, 1894, pp. 46-47. <https://www.jstor.org/stable/1322384?seq=1 - metadata info tab contents>, accesat la data de 14.08.2020.

Femeile bogate își repudiau destul de des soții pentru că știau că este o modalitate de a păstra zestrea.

Exista o diferență juridică între divorț și repudiere. Astfel, divorțul viza cuplurile căsătorite, iar repudierea se referea la desfacerea unilaterală a logodnei, în F. Mihuț (Bohîlțea), *Condiția feminină la Roma în secolul I a.Chr.*, Ed. Universității din București, București, 2010, pp. 96-97, citată de C.I. Damian, op.cit., p. 190.

⁵² A.E. Ciornea, *O viziune globală asupra situației patrimoniale a soțului supraviețuitor în dreptul roman*, *Revista SUBB Iurisprudentia* nr. 1/2019, p. 44.

părintelui vitreg, părinte față de care lumea antică era suspicioasă).⁵³ Potrivit dreptului pretorian, după decesul soțului soția putea încheia o căsătorie *conventio in manum*. Aceasta avea nevoie de încuviințarea unui tutore care era rudă cu soțul decedat⁵⁴. În ceea ce privește decesul soțului dintr-o căsătorie *sine manu*, dat fiind faptul că nu se rupeau legăturile cu familia de origine, femeia fiind tot sub puterea tatălui, drepturile succesoriale nu erau afectate. Căsătoria putea înceta și dacă unul dintre soți devenea sclav sau își pierdea cetățenia.

La sfârșitul Republicii se constată o scădere a puterii lui *pater familias* asupra familiei⁵⁵ și de ce nu, chiar o creștere a rolului femeii în familie. Războiul punic ce a durat 16 ani (cel de-al doilea) a făcut ca femeia să devină *sui iuris* și chiar dacă avea tutore, puterile acestuia din urmă nu mai erau la fel de mari⁵⁶. Statutul femeii nu rămâne neschimbat de-a lungul vremurilor, de la nașterea Romei până la oficializarea creștinismului. În perioada de la începuturile Imperiului se arată totuși că instituția căsătoriei nu era chiar atât de sterilă, fiind asociată cu respectul reciproc, afecțiunea și loialitatea⁵⁷.

Regimul matrimonial specific unei căsătorii *cum manu* era probabil o comunitate universală, având în vedere că toate bunurile

⁵³ J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. II, Oxford University Press, New York, 1901, p. 806, citat de M. Floare, *Originile istorice ale regimurilor matrimoniale*, SUBB Jurisprudentia, nr. 1/2015, p. 24.

⁵⁴ Acest acord nu era dat ușor pentru că femeia rupea astfel legăturile cu familia decedatului, iar patrimoniul trecea în proprietatea altor persoane, P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le Sénatus-consulte Velléien*, Ed. Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1867, p. 126.

⁵⁵ Vl. Hanga, op.cit., p. 231.

⁵⁶ Soțiile au rămas acasă să administreze patrimoniul familiei cât timp bărbații erau la război, ceea ce le-a modificat statutul, în E. Cantarella, *Women ...* op.cit., p. 426.

⁵⁷ Pentru detalii despre relațiile animate de sentimente și dragoste, a se vedea C.I. Damian, op.cit., pp. 98-99.

aparțineau bărbatului⁵⁸. Averea soției *sui iuris* trecea în patrimoniul lui *pater familias* (aceasta era stăpâna averii sale dar avea nevoie de un tutore dacă dorea să încheie diferite acte cu caracter patrimonial). Dacă soția era *alieni iuris*, adică sub puterea unui șef de familie, acesta trebuia să îi dăruiască anumite bunuri mobile și imobile pentru a susține sarcinile căsătoriei - care reprezenta dota (dos)⁵⁹. Dota avea și scopul de a suplini pierderea dreptului succesoral în familia sa de origine. Femeia nu avea bunuri proprii. Aceasta avea anumite drepturi succesoriale, însă nu își redobânda dota ci erau drepturi succesoriale propriu-zise asupra patrimoniului soțului defunct, patrimoniu în care fuseseră absorbite și bunurile aduse de soție (un drept similar cu cel al copiilor)⁶⁰.

În căsătoria *sine manu*, regimul matrimonial ar fi fost unul de separație - un regim dotal. Bunurile femeii rămâneau sub controlul părintelui, iar după decesul soțului său, devenea *sui iuris* (independentă). Soția nu îl moștenește însă pe soț. Soțul putea să dispună de dotă, dar nu deținea controlul acesteia. Dacă femeia este *alieni iuris*, bunurile dobândite în timpul căsătoriei, aparțineau tatălui acesteia. Mai târziu, s-a recunoscut o acțiune de restituire a dotei *rei uxoriae* promovată de exemplu în caz de divorț (în timpul lui Iustinian restituirea dotei de către bărbat a devenit obligatorie). Putem aminti schimbările petrecute în ceea ce privește bunurile soților: dreptul de a culege fructele dotei aparținea bărbatului, posibilitatea bărbatului de a înstrăina dota, inalienabilitatea dotei, înstrăinarea unor bunuri de către bărbat doar cu acordul femeii, instituirea ipotecii dotale, rămânerea bunurilor parafernale în administrarea femeii.

⁵⁸ P. Vasilescu, op.cit., p. 123.

⁵⁹ Vl. Hanga, op.cit., p. 198.

⁶⁰ M. Floare, op.cit., p. 23.

Donatio propter nuptias, o donație făcută de soț, în vederea căsătoriei, apare în epoca postclasică. Aceasta rămânea în proprietatea și sub controlul bărbatului⁶¹.

Treptat, soția devine proprietara dotei, având la îndemână un drept de ipotecă, un privilegiu și o acțiune în revendicare. Soțul nu mai este stăpânul dotei ci un administrator al bunurilor dotale.

În **perioada Evului Mediu**, sec. IV-XV, este importantă moștenirea greco-romană, dar și influența civilizației celților, a popoarelor germanice sau a lumii bizantine. Familia nu avea încă o reprezentare bazată pe sentimente sau afecțiune. Căsătoria a rămas sub auspiciile ideilor social-politice din perioada antică. Avantajele economice și politice, dorința de a forma alianțe pentru dobândirea puterii au stat la baza încheierii căsătoriilor în clasele dominante. O schimbare majoră însă este reprezentată de rolul pe care Biserica îl va avea în privința acestei instituții. În același timp, aristocrația romană și cea germanică vor fuziona prin schimburile culturale.

În ceea ce privește **dreptul matrimonial al celților** trebuie subliniat că statutul femeii este destul de diferit. Aceasta putea să își aleagă soțul care aducea o parte din dotă. Era însă acceptată poligamia. Căsătoria nu era formală și nici religioasă. În partea irlandeză bărbatul plătea tatălui femeii o sumă de bani pentru soție. În Țara Galilor se plătea și prețul fecioriei pe care îl întâlnim și la romani sau în dreptul germanic⁶². Se practica atât căsătoria, cât și alte forme de coabitare (de exemplu, când partenerii nu aveau acordul părinților pentru căsătorie). După căsătorie femeia păstra zestrea sa și putea

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² O. Drimba, *Istoria culturii și civilizației*, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1987, p. 37.

să dispună de aceasta. Divorțul se realiza prin simplul consimțământ al părților.

În **dreptul bizantin** căsătoria era stabilită de către părinți și îmbrăca o formă contractuală dar și religioasă. Se putea încheia dacă bărbatul împlinea 14 ani iar femeia 12. Era precedată de o logodnă care putea fi făcută chiar când copilul avea 7 ani⁶³. Logodna va fi încheiată mai târziu cu binecuvântarea preotului. Legea permitea divorțul pentru anumite motive, printre care sterilitate, impotență, ură reciprocă, injurii grave, adulter, alienare mintală. Intervenția bisericii după sec. VI reduce numărul divorțurilor. Este interzisă poligamia și relațiile în afara căsătoriei.

Scindarea Imperiului Roman⁶⁴ a făcut ca în partea vestică, unde domina instabilitatea socială și economică, clasele sociale să fie fragmentate, iar din dorința conducătorilor germanici de a a-și consolida poziția, căsătoria a devenit un instrument în scopul de a încheia tratate de pace, de a forma alianțe cu proprietarii romani de teritorii pe care aceștia și le doreau⁶⁵.

În partea Imperiului de Răsărit era reglementată *arrha sponsalicia*, un adevărat contract legal, căsătoria fiind împărțită în logodnă (gr. *σαυμνήστρα* - logodnă) și căsătoria propriu-zisă (gr. *στεφάνωμα* - încoronare)⁶⁶. Logodna este oficiată în timpul lui Iustinian odată cu

⁶³ *Idem*, p. 180.

⁶⁴ Capitala Imperiului s-a mutat la Constantinopole în anul 330 d.Hr., iar dinastiile vorbitoare de limbă greacă au preluat controlul asupra teritoriilor care vor deveni centrul Imperiului Bizantin. Aici, împărații aveau putere și influența extinsă, de aceea nu era nevoie ca aceștia să își aleagă soția în funcție de familia din care aceasta făcea parte. Soțiile erau alese după un criteriu estetic, pentru împărat fiind organizate evenimente în care erau aduse fete din Imperiu. Împăratul avea puterea de a opri orice căsătorie pe care o considera un pericol la adresa suveranității lui.

⁶⁵ S. Coontz, *Marriage ... op.cit.*, p. 89.

⁶⁶ M.A. Ureche, C.N. Gheorghiu, *op.cit.*, p. 295.

ceremonia de căsătorie (în Novele). În contract se trecea și *dotalicia instrumentum*.

Pe teritoriul fostului Imperiu de Apus, biserica începe să își impună viziunea asupra căsătoriei și se interzic de exemplu tradițiile de a lua de soție pe văduva fratelui sau căsătoria între verii primari. În timpul Papei Grigore al II - lea (sec. VII) este scoasă în afara legii și căsătoria dintre nași și fini. Consolidarea puterii Bisericii face ca aceasta să decidă soarta cuplurilor care erau considerate a avea o relație incestuoasă. Biserica acorda chiar titluri de excepție pentru căsătoriile acestea în cazul în care existau implicații economice și politice.

Împăratul Leon al VI - lea (sec. IX) stabilește validitatea unei căsătorii doar în condițiile în care soții primesc binecuvântarea preotului (Novela 89)⁶⁷, iar în sec. X printre deciziile bisericii regăsim interzicerea celei de-a patra căsătorii⁶⁸.

Reforma gregoriană aduce cu sine și îngreunarea posibilității de a divorța. Această separare judiciară era posibilă doar din cauză de adulter, erezie sau violență. După separare, foștii soți nu se mai puteau căsători (prin excepție se puteau recăsători pentru incapacitatea soțului de a lăsa descendenți, dacă se dovedea legătura de rudenie dintre soți, sau dacă se făcea dovada că unul dintre soți și-a exprimat anterior consimțământul pentru încheierea altei căsătorii)⁶⁹.

⁶⁷ *Idem*, p. 297.

⁶⁸ Se instituie pedeapsa pentru adulter: tăierea nasului. Soția adulterină era trimisă la mănăstire și bărbatul îi lua zestrea.

⁶⁹ S. Coontz, op.cit., 2006, p. 108.

În perioada Papei Alexandru al III - lea, sec. XII, căsătoria se încheia cu acordul părților, de aceea a sporit numărul căsătoriilor „secrete” (nu era necesară prezența martorilor și nu era impus locul desfășurării ceremoniei).

În 1215, la al patrulea Conciliu de la Lateran s-au interzis căsătoriile clandestine și s-a impus zestrea, ceea ce a readus controlul familiei în ceea ce privește căsătoria. Astfel, instituția logodnei și-a făcut din nou apariția, fiind un prilej de adevărate negocieri între familiile viitorilor soți⁷⁰.

În **dreptul germanic** la început, căsătoria avea la bază un contract în cadrul căruia bărbatul plătea prețul pentru mireasă tatălui acesteia. Și femeia trebuia să îi facă daruri (de obicei arme). Regimul matrimonial pare unul de separație pentru că bunurile soților, deși erau administrate împreună, proprietățile erau considerate distincte (iar la desfacerea căsătoriei familiile soților preluau bunurile fiecăruia).

În perioada Evului Mediu timpuriu instituția căsătoriei semăna cu cea *cum manu*. Era precedată de o logodnă. Vârsta de căsătorie era pentru bărbat 14 ani, iar pentru femeie 12. Femeia era cumpărată de bărbat de la părinții acesteia printr-o *dos ex marito*, o formă de dotă (podoabe, veșminte, vase - sec. VII). Și femeia aducea zestre - *scherpa* dar și o parte din moștenirea pe care o primea de la părinți - *fardefio*. Bunurile femeii aparțineau bărbatului, aceasta neavând nici un drept asupra lor. Regăsim și aici bunurile oferite de către bărbat - *douaire* în dreptul franc (care revenea femeii la decesul bărbatului) și *morgangabe* (darul dimineții, răsplata pentru castitatea femeii) în dreptul germanic.

În mediul aristocratic instituția căsătoriei era o modalitate de a realiza alianțe. Exista interdicția de a se căsători între ei pentru creștini și necreștini,

⁷⁰ Cu prilejul logodnei se stabilea cadoul mirelui, zestrea, dar și ce se va întâmpla cu aceasta în caz de deces al unuia dintre soți sau. Era de fapt o formă a contractului matrimonial.

între cei din clase sociale diferite sau dintre liberi și sclavi⁷¹. În unele zone, bărbaților săraci care lucrau pentru stăpâni li se impunea chiar când și cu cine să se căsătorească⁷².

Începe să apară ideea de comunitate matrimonială (sec. X-XIV). Acest regim se presupune că ar avea origini germanice⁷³. În dreptul franc regimul comunitar este specific clasei de jos, nobilii adoptând regimul dotal - *douaire* - până în sec. XV. Comunitatea presupunea ca bunurile dobândite de către bărbat să fie comune, cu posibilitatea bărbatului de a dispune de acestea fără acordul femeii. Femeia nu avea drepturi efective asupra comunității de bunuri. Ea dobânda însă jumătate din bunuri la încetarea regimului matrimonial.

Exista o destul de mare libertate în ceea ce privește încheierea contractelor matrimoniale, mai ales în rândul nobilimii⁷⁴.

În sec. XI femeia din clasa nobiliară putea dispune liber de bunurile sale și putea avea proprietăți. Însă, din sec. XVI poziția femeii în societate și familie devine degradantă, aceasta fiind considerată „incapabilă”,⁷⁵ iar bărbatul la fel de puternic, așa cum era în vremurile trecute.

Din sec. X căsătoria nu mai este doar un act civil ci și unul religios, fiind necesară binecuvântarea preotului⁷⁶. Notabil în această perioadă este introducerea acordului viitorilor soți la căsătorie (în sec. XII nu mai este

⁷¹ O. Drimba, op.cit. vol. 2, p. 584.

⁷² În zona germanică, în 1344, un stăpân a dat ordin ca toți lucrătorii lui, bărbații peste 18 ani și femeile peste 14 ani, să se căsătorească cu o persoană pe care să o alege el, în caz contrar să plătească o amendă.

⁷³ P. Vasilescu, op.cit., p. 128.

⁷⁴ M. Floare, op.cit., p. 28.

⁷⁵ Este vorba despre o incapacitate absolută de exercițiu.

⁷⁶ O. Drimba, op.cit., vol. 2, p. 603.

necesar acordul părinților - călugărul Gratian, prin *Decretum Gratiani* (1140) introduce consimțământul soților la căsătorie, care înlocuiește înțelegerea părinților).

Divorțul devine aproape imposibil, fiind regăsit doar în cazul în care soții dovedeau o legătură de rudenie.

În **dreptul franc** căsătoria era decisă de părinți, care îi promiteau pe copii de la vârste fragede (9-10 ani). Erau cunoscute regimul dotal (partea de sud) și regimul comunitar (nord).

Regimul dotal era caracterizat de existența dotei care era administrată de bărbat, dar și de prezența unor bunuri care aparțineau femeii (parafernale). Autoritatea tatălui, denumită *mundium*, apare și în dreptul franc⁷⁷. Nobilii dăruiau fiicelor lor cu titlu de dotă, *fiefuri* și *alodii* (sec. XI - XII). Soțul dăruia la rândul său viitoarei sale soții, *dotalitium* sau *sponsalium* (orașe, castele sau fiefuri) în beneficiul ei sau al copiilor care urmau să se nască din căsătorie⁷⁸.

Regimul comunitar presupunea existența unei mase de bunuri comune în care intrau de obicei imobilele cumpărate în timpul căsătoriei. Nu exista un drept real al femeii asupra comunității de bunuri, dreptul acesteia manifestându-se doar la disoluția căsătoriei⁷⁹.

Regimurile de separație din dreptul francez puteau fi adoptate prin contract matrimonial, dar erau foarte rare. Soția putea solicita *douaire* de la soț, chiar dacă acesta trăia încă, dacă soțul administra defectuos bunurile comune. Se arată chiar că ar fi existat separări amiabile de bunuri, cu

⁷⁷ C. Nicolescu, *Regimurile... op.cit.*, p. 41.

Chiar și în sec. XVIII, în Franța, tatăl putea cere anularea căsătoriei încheiată fără acordul său.

⁷⁸ M. Floare, *op.cit.*, p. 29.

⁷⁹ C. Nicolescu, *Regimurile...op.cit.*, p. 45.

aprobarea Parlamentului din Paris (sec. XIV) sau contracte matrimoniale care prevedeau că femeia primea doar bunurile pe care le-a adus în căsătorie și nimic mai mult⁸⁰.

Regăsim în dreptul francez și un regim fără comunitate, prezent în anumite regiuni. Astfel, la constituirea dotei se specifica faptul că nu există comunitate de bunuri. Soția nu își putea administra bunurile proprii fără acordul soțului.

Sec. XV păstrează căsătoria stabilită exclusiv de familiile viitorilor soți.⁸¹ Femeia rămâne sub autoritatea soțului. Consimțământul părinților, care era obligatoriu, era dat în fața notarului. În Florența exista obligația comunicării dotei către fisc pentru ca acesta să rețină o taxă ca în cazul actelor notariale. Actul civil trebuia dublat de ceremonia religioasă. În contractele matrimoniale din Veneția se prevedea posibilitatea soțului de a avea concubine și consimțământul soției de acceptare a concubinelor. Bigamia era de altfel prezentă în epocă.

În perioada Renașterii în unele regiuni femeile puteau moșteni proprietăți, își păstrau dreptul asupra zestrei deși aceasta era în administrarea bărbatului (la decesul soțului redobândeau zestrea). Divorțul era posibil doar pentru motive clar stabilite cum ar fi rudenie, impotență, adulter. Devenise însă o practică frecventă abandonarea soțiilor.⁸² Epoca Renașterii este cea în care căsătoria se încheie prin intermediari, nedind un act consensual al

⁸⁰ *Idem*, p. 31.

⁸¹ În anul 1480 se consemnează actul de căsătorie între ducele Milanului, de 24 de ani și o fată de 5 ani, în O. Drimba, *Istoria culturii și civilizației*, vol. 4, Ed. Științifică, București, 1995, p. 411.

⁸² *Idem*, p. 416.

soților ci al părinților acestora (care își exprimau consimțământul în fața unui notar).

Astfel, în **perioada premodernismului** căsătoria și familia demonstrau asumarea responsabilității de către tineri, fiind un factor important de stabilitate și coeziune socială. Căsătoria devine un contract⁸³ (contractul era încheiat între părinții viitorilor soți, urmat de schimbul de promisiuni de logodnă în prezența martorilor, apoi de strigarea în biserică și binecuvântarea bisericii, încheindu-se cu consumarea relației).

În sec. XVI, căsătoriile erau de obicei aranjate ca urmare a unor acorduri economice sau alianțe politice. Autoritatea tatălui continua să domine. Faptul că tinerii au început să lucreze pentru bani a făcut ca aceștia să nu mai depindă de părinți, controlul acestora din urmă fiind mult mai mic.

Din 1563, după Conciliul Trindentin, s-a decis, pentru validitatea căsătoriei ca aceasta să se încheie în fața unui preot, în prezența a doi martori. Se înlătură condiția de consimțământ din partea părinților, ceea ce aduce sfârșitul luptei care data din sec. al XII-lea. De asemenea, în cazul divorțului, partea nevinovată nu avea drept de recăsătorire cât timp trăia cealaltă parte, chiar dacă acea persoană comisese adulter⁸⁴.

Sec. XVI-XVII aduc în Franța contractele de căsătorie, care vor fi consacrate în legislația de mai târziu. Codul civil napoleonean de la 1804 consacră un regim matrimonial de comunitate și achiziții. Achizițiile din timpul căsătoriei fac parte din comunitatea de bunuri și se împart în mod egal între soți, dacă nu există convenții contrare. Soția putea să renunțe la

⁸³ L. Stone, *The family, sex and marriage in England 1500-1800*, Oxford University Press, London, 1979, p. 31.

⁸⁴ J.W. O'Malley, *Trent, Sacred Images and Catholic's Sences of The Sensuous, în The Sensuous in the Counter-Reformation Church*, Eds. M.B. Hall, T.E. Cooper, Cambridge University Press, 2013, p. 31.

comunitate dacă soțul gestiona defectuos patrimoniul comun. Prin contractul de căsătorie soții puteau alege doar înainte de căsătorie, fie regimul de separație, fie regimul dotal, fie cel al comunității convenționale (inclusiv un regim pe care îl considerau potrivit căsătoriei dintre ei).

Sec. XVI aduce cu sine din nou incapacitatea femeii măritate.

Sec. XVII-XVIII sunt dominate de dezvoltarea culturii și apariția ideilor iluminismului: progres, libertate, toleranța, fraternitate și au aduc în prim plan libertatea individuală și căsătoriile încheiate din dragoste.

Revoluția industrială și apariția claselor de mijloc schimbă și ideea de căsătorie și divorț⁸⁵. Bărbatul nu mai este stăpânul femeii, iar aceasta îi oferă sprijin emoțional.

În **țara noastră**, în perioada antică, izvoarele istorice ne arată o tipologie de căsătorie poligamă dacică⁸⁶. De la căsătoria pe grupe în cadrul gîntei matriarhale s-a trecut la gînta patriarhală⁸⁷ unde rolul bărbatului era

⁸⁵ În 1670, Parlamentul englez a adoptat un act prin care i se permitea Lordului John Manners să divorțeze de soția sa, ceea ce este considerat începutul divorțului modern (datorat adulterului soției). Până în sec. XIX era necesar un act al Parlamentului pentru a putea divorța. Abia la sf. sec. XIX divorțul se putea obține în urma unui proces (pentru adulter, bigamie, incest, violență) care însă nu prea era la îndemâna omului de rând. Pentru a sublinia gravitatea divorțului, Parlamentul a decis ca instanța pentru cauze de divorț și cauze matrimoniale să fie alcătuită din cei mai înalți ofițeri judiciari din Regatul Unit, în H. Kha, *The Reform of English Divorce Law: 1857- 1937, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at The University of Queensland in 2017*, TC Beirne School of Law, p. 67.

⁸⁶ Se arată însă că poligamia era specifică doar pentru „treapta stăpânitoare a populației, în timp ce poporul de rând rămâne strict monogam”, în V. Pârvan, *Getica. O protoistorisire a Daciei*, Cvltvra Națională, București, 1926, pp. 146-147.

Herodot ne povestește în *Istorie* că „fiecare ține în căsătorie mai multe femei [...] nevestele și le păzesc cu străsnicie”. Meneandru arată în *Geografia* că „așa suntem noi [...] mai ales geții, nu suntem din cale afară de cumpătați [...]. Nici unul dintre noi nu ia o singură femeie, ci zece, unsprezece, douăsprezece, și unii chiar mai multe.” Z. Petre, *Practica nemuririi: o lectură critică a izvoarelor grecești referitoare la geți*, Ed. Polirom, 2004, p. 194.

⁸⁷ Întreaga societate traco-geto-dacică era de tip patriarhal.

central în familia dacică. Căsătoria dacilor semăna cu o adevărată vânzare (Herodot scria în *Istorie* că: „[...]nevestele[...] și le cumpără cu bani grei de la părinți.”). Cele cinstite și frumoase aveau un preț mai bun. Nu se cunoaște vârsta de la care bărbatul și femeia puteau să se căsătorească, nici care era gradul de rudenie până la care li se permitea încheierea unei căsătorii⁸⁸.

Căsătoria era probabil și la daci un mijloc de sporire a averii prin zestrea soțiilor. Nu se impuneau formalități la încheierea căsătoriei.

Femeia era văzută ca o slujnică ce spală rufe și slujește bărbatul, care la moartea soțului este moștenită la fel ca alte bunuri (Heraclit din Pont). Soțiile erau folosite la munca pământului sau la păscut, exact ca niște sclave (Platon). Divorțul se putea realiza prin simpla voință, fără alte formalități⁸⁹. În societatea patriarhală femeia era văzută ca o marfă, însă, statutul acesteia evoluează până în momentul în care devine respectată și protejată. Căsătoriile monogame (pe Columna lui Traian bărbatul apare alături de o singură femeie) devin regula. Horațiu vorbește despre familia dacă, dar „o arată ca o familie monogamă asemenea celei romane, laudând virtuțile casnice ale femeilor dace și, în același timp, subliniind fidelitatea soțiilor dacilor”⁹⁰.

Se presupune că regimul matrimonial de pe vremea dacilor ar fi fost cel dotal pentru că se amintește în scrieri despre zestrea fetei⁹¹.

⁸⁸ P. Barangă, R. Barangă, *Dacii își cumpărau mai multe neveste*, Revista Historia, <https://www.historia.ro/sectiune/general/articol/dacii-isi-cumparau-mai-multe-neveste>, accesat la data de 17.08.2020.

⁸⁹ P. Barangă, R. Barangă, op.cit., Revista Historia.

⁹⁰ C. Buzdugan, *Structura dreptului cutumiar românesc*, Fiat Justitia, nr. 2/2013, p. 74.

⁹¹ Chiar cuvântul *zestre* se pare că ar fi de origine dacică. Pentru detalii privind regimul dotal a se vedea P. Popovici, *Regimul dotal în vechiul drept și în codul civil român*, SUBB nr. 2-4/2002, p. 157.

În epoca statală căsătoria era încheiată prin cumpărarea fetei de la părinții ei prin negociere. Prețul plătit se fixa în funcție de frumusețea și cinstea fetei (obicei sărbătorit astăzi prin Târgul de fete de pe Muntele Găina).

Familia românească medievală era astfel supusă autorității bărbatului⁹², fără ca femeia să fie incapabilă juridic așa cum este calificată mai târziu. Căsătoria se încheia după logodnă, la care viitorul soț plătea o sumă de bani - arvuna - ca o garanție a încheierii căsătoriei.

Biserica are un rol esențial la încheierea căsătoriei care mai este numită *sfânta taină*⁹³, astfel, căsătoria se încheia în fața preotului, nemaifiind necesare alte formalități.

Regimul matrimonial ar fi fost cel dotal pentru că și aici regăsim zestrea femeii care rămânea în proprietatea femeii dar era administrată de bărbat. Zestrea era constituită de părinții miresei sau de frații acesteia printr-un contract „*gratuit și solemn*”(foaia de zestre și prezentarea bunurilor la nuntă).⁹⁴

Pravilele românești din secolul al XVII-lea au dat instituției căsătoriei un caracter de contract, însă, în privința raporturilor patrimoniale dintre soți, era reglement doar regimul dotal, regimul matrimonial considerat a fi tradițional la români⁹⁵. În *Îndreptarea legii* (Pravila lui Matei Basarab - 1652), se arată⁹⁶ că pentru încheierea căsătoriei erau impuse condiții legate de vârstă

⁹² P. Vasilescu, op.cit., p. 133.

⁹³ Se spune chiar că dreptul laic a fost subordonat în acea perioadă dreptului canonic, în A. Pippidi, *Tradiția politică bizantină în Țările Române în sec. XVI-XVIII*, Ed. Corint, București, 2001, p. 152, citat de P. Vasilescu, op.cit., p. 134.

⁹⁴ P. Popovici, op.cit., p. 161.

⁹⁵ C.M. Crăciunescu, *Considerații generale privind convențiile matrimoniale în Noul Cod civil*, Conferința Noul Cod civil, Craiova, 2011, p. 3.

⁹⁶ Glava 198: Pentru însurarea; Și ce iaste însurarea: „*Însurarea se chiamă că deaca se împreună un om cu o muiare și carea nici nu o au văzut, nice cu dinsa au vorbit; iar deaca se*

(12 ani pentru femei, 14 pentru bărbați), consimțământul părinților, acordul tinerilor, stare fizică și mentală, apartenența la aceeași confesiune, interdicția rudeniei, ceremonia de cununie sau lipsa diferenței de statut social⁹⁷. Femeia era considerată proprietara zestrei, bărbatul fiind doar administrator. La divorț aceasta trebuia restituită femeii (în Moldova zestrea rămânea soțului în caz de deces al soției sau dacă despărțirea era din vina femeii). Alături de zestre apar darurile de nuntă pe care și le făceau atât femeia cât și bărbatul. Acestea aveau statut de bunuri comune, intrau în patrimoniul ambilor soți⁹⁸.

În Transilvania, potrivit dispozițiilor *Tripartitum* - 1517, „băieții și fetele până la 12 ani erau în perioada vârstei nelegiuite. Între 12-16 ani fetele și 12-24 bărbații erau în perioada vârstei legiuite, după care urma majoratul - sînt de vîrstă desăvîrșită băieții de 24 de ani, iar fetele...16 ani”⁹⁹.

Sub imperiul *Codului Calimach*¹⁰⁰ și al *Legiuirii Caragea*¹⁰¹ (care reglementau de asemenea regimul dotal și libertatea încheierii „tocmelilor” chiar și după căsătorie - art. 1614 Codul Calimah, Cap. 31, ”Pentru tocmelile căsătorești”), contractul matrimonial nu avea caracter solemn.

cunună cu ea, atunce el o ia la casa lui și lăcuiaște cu dînsul, adică șed amîndoi într-o casă”, Îndreptarea legii, Ed. Academiei Republicii Populare Romîne, 1652, p. 195.

⁹⁷ Glava 198: „Adecă un om va să ia muiare, ce să zice va să se facă o nuntă, și intru spițele rudeniei nu se impiadecă. Drept aceaia trebuie să căutăm să vedem de va fi bine cum se cade, ce să zice să nu fie bărbatul de 50 de ani și muierea de 12 sau de 15 sau muierea de 50 și bărbatul de 20” în *Îndreptarea legii*, p. 195.

Pentru impedimentul legat de rudenie și altele a se vedea pp. 196-213 din *Îndreptarea legii*

⁹⁸ Cr. Nicolescu, *Regimurile ... op.cit.*, p. 55.

⁹⁹ L. Zabolotnaia, *Condiții de încheiere a căsătoriei în Evul Mediu. Studiu comparativ*, Revista Tyragetia, vol. I [XVI], nr. 2/2007, Chișinău, p. 109, îl citează pe D.V. Firoiu, *Istoria statului și dreptului românesc*, București, 1976, p. 85.

¹⁰⁰ Codica Țivilă a Moldovei, la inițiativa domnului Moldovei Scarlat Calimachi, promulgat în 1817.

¹⁰¹ Primul cod de legi al Țării Românești, promulgat în 1818.

În *Codul Calimach - Codica țivilă a Principatului Moldovei*, (publicată inițial în limba greacă) apare reglementată instituția logodnei care trebuia săvârșită în cadrul slujbei de cununie (art. 64: *Logodna este făgăduința pentru următórea însoțire, și seface desăvêrșită séu nedăvêrșitū*)¹⁰². Același act, în art. 1608 și 1616 stabilea ca foaia dotală să se facă în scris, sau chiar verbal, în prezența a trei martori. Formalitatea transcrierii este introdusă în 1832, prin Regulamentul Organic, pentru opozabilitate față de terți¹⁰³. Codul Calimah reglementează și *contra-zestrea*¹⁰⁴ făcută de bărbat, de obicei pentru femeile ce aduceau zestre (femeia nu avea drept de proprietate sau administrare, dar le primea la moștenire). În Legiuirea Caragea se prevede că femeia este proprietara zestrei. Deși Codul Calimah nu conținea o prevedere similară, se pare că în jurisprudență s-a dispus în acest sens¹⁰⁵.

Convențiile matrimoniale puteau fi făcute nu numai înainte, dar chiar și în urma celebrării căsătoriei (art. 1609 din Codul Calimach), soluție admisă și sub imperiul Legiurii Caragea, chiar dacă nu era prevăzută expres. Din interpretarea dispozițiilor art. 1614 din Codul Calimah se poate constata că principiul care governa aplicarea regimurilor matrimoniale era cel al mutabilității acestora.¹⁰⁶

În Legiuirea Caragea, Cap. VI, Pentru nuntă, zestre și exoprică regăsim reglementări despre nuntă și zestre. Astfel, nunta este definită ca „tocmeala

¹⁰² M.A. Ureche, C.N. Gheorghiu, op.cit., p. 302.

¹⁰³ C. Nicolescu, *Incursiune în evoluția istorică a regimurilor matrimoniale. Privire specială asupra originii și evoluției convenției matrimoniale*, în *Analele Universității din București* nr. 1/2009, p. 59.

¹⁰⁴ Contra-zestrea a fost înlocuită de darurile de nuntă.

¹⁰⁵ P. Popovici, op.cit., p. 162.

¹⁰⁶ C.M. Crăciunescu, op.cit., p. 3.

uniri barbatu-lui cu femeea spre facere de copii”, iar zestrea astfel: „zestrea se zice averea femeii ce la casatorie da barbatului ei cu tocmeala ca ea sa fie stapina zestrei totdeauna iar el ia venitul totdeauna”¹⁰⁷. Zestrea nu putea fi înstrăinată (nemișcătoarele puteau fi înstrăinate dacă acest lucru era permis în contractul dotal). Reglementarea stăbăle și soarta bunurilor dotale în cazul defacerii căsătoriei. Exoprica (averea femeii pe lângă zestre) aparținea femeii. Dacă era dată în administrarea bărbatului, acesta trebuia să se îngrijească de ea ca de bunurile sale.

În Transilvania s-a aplicat dreptul cutumiar maghiar și mai apoi Codul civil austriac,¹⁰⁸ regăsindu-se aplicat principiul libertății convențiilor matrimoniale, dar și principiul mutabilității regimului matrimonial. Reglementarea legală instituie ca regim legal cel al separației. Se poate vorbi despre o egalitate a soților în ceea ce privește administrarea bunurilor și despre capacitatea deplină a femeii măritate. Regimul matrimonial legal era pentru nobili regimul separației de bunuri (putea fi prezentă *dota - allatura*), iar pentru clasa de jos, mai frecvent, cel al coachiziției (regim de comunitate). Sașii care locuiau în Ardeal aveau un regim de comunitate universală, aplicabil până s-a introdus în regiune Codul austriac.

Mergând de-a lungul istoriei noastre, Codul Civil din 1864¹⁰⁹, adoptând linia Codului francez, reglementa în art. 1224 principiul libertății

¹⁰⁷ D.D Stoenescu, *Vechile legiuri românești. I. Legiuirea Caragea (după ediția de la 1818)*, Tipografia Fane Constantinescu, Craiova, 1905, p. 107.

¹⁰⁸ Intrat în vigoare în Transilvania în urma patentei din 29 mai 1853, începând din septembrie 1853.

A se vedea pentru detalii C. Nicolescu, *Regimurile...2012*, pp. 60-63.

¹⁰⁹ Printre condițiile cerute la căsătorie se numără consimțământul părților, vârsta (“*Nu este iertatu barbatului înainte de optu'spra'dece ani si femeii înainte de cinci'spra'dece ani sa se casatoresca*”), interdicția de rudenie, afinitate și tutelă, forma publică în fața ofițerului de stare civilă.

convenției matrimoniale, stabilind cu titlu de regim matrimonial legal, *regimul separației de bunuri* în art. 1283. Acesta urma să fie aplicat atunci când soții nu își alegeau înainte de căsătorie un alt regim matrimonial printr-o convenție matrimonială¹¹⁰. Exista o separație totală a bunurilor prezente și viitoare ale soților. Fiecare din ei avea administrarea, folosința, dispoziția asupra bunurilor sale. (art. 1285). Soția avea totuși obligația de a contribui cu o sumă la sarcinile căsătoriei. Suma era fixată prin contractul de căsătorie sau în raport de mijloacele fiecărui soț (1/3 din venituri)¹¹¹.

Același act reglementa *regimul dotal* prin art. 1233-1293 ca regim matrimonial convențional, pe care soții îl puteau adopta, cu sau fără modificări, prin convenție matrimonială¹¹². Bărbatul trebuia să-și întrețină soția, iar aceasta îi revenea obligația de a contribui la sarcinile căsătoriei cu „*a treia parte din veniturile sale*” potrivit art. 1284. Deși nu era regimul legal, regimul dotal a fost cel mai răspândit în această perioadă.

Contractul de dotă se încheia în formă ad validitatem, „*prin tribunal mai înainte de celebrarea căsătoriei, [...], sub formă de pedeapsă de nulitate*”. Regimul dotal era de fapt un regim separatist, ales de părți, deci convențional. Regimul dotal era imutabil, astfel convenția de constituire a

¹¹⁰ I. Albu, Dreptul familiei, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1975, p. 119

Regimul de separație era cel de drept comun. Se puteau alege regimul comunității de bunuri, regimul fără comunitate (care era regim de drept comun în Germania și Elveția) și regimul dotal.

¹¹¹ I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Editura All, București, 1993, p. 73.

¹¹² C. Roșu, *Necesitatea revenirii la convențiile matrimoniale*, Revista Dreptul nr. 7/1999, p. 40.

„*Dota reprezenta averea ce se aduce bărbatului din partea sau în numele femeii, pentru a-l ajuta să susțină sarcinile căsătoriei*” - art. 1233 Cod civil 1864.

„*Constituirea de dota coprinde tota averea prezente și viitoria a femeii, sau numai tota averea prezente ori viitoria, sau numai o parte din averea prezente ori viitoria, sau chiar o obiectu individuale*” - art. 1235 Cod civil 1864.

dotei nu putea fi modificată (art. 1236 Cod civil: „*dota nu poate fi constituită nici adăogită în timpul căsătoriei*”). Actul de dotă trebuia înscris în Registrul de mutații al locului situării imobilelor dacă avea ca obiect bunuri imobile. În ceea ce privește inalienabilitatea dotei, Codul civil o stabilește doar în cazul bunurilor imobile, spre deosebire de Legiuirea Caragea sau Codul Calimah. Inalienabilitatea dotei garanta femeii păstrarea avutului său.¹¹³ Bărbatul este cel care avea dreptul de a administra dota, având obligațiile unui uzufructuar.¹¹⁴ Dacă soții nu aveau copii, dota trebuia restituită în funcție de culpa pe care soții au avut-o la desfacerea căsătoriei¹¹⁵.

Bărbatul constituia la rândul său contrazestrea (pe care o întâlnim și în legiuirile anterioare). Dacă soția nu aducea zestre, nu putea dobândi contrazestrea la decesul soțului. Femeia mai deținea în administrare și folosință bunuri numite *parafernale*.

Vechiul Cod conținea referiri și la un așa numit *regim de achiziții* al soților, format din bunuri care se aflau în coproprietatea lor¹¹⁶.

¹¹³ D. Alexandresco, *Dreptul civil român*, vol. VIII, Ed. Tipografia Națională, București, 1904, p. 118.

„*Nici barbatulu, nici femeia, nici amendouii impreuna nu potu, in timpul casatoriei, a instreina, nici a ipoteca immobilulu dotale [...]*” - art. 1248 Cod civil 1864.

¹¹⁴ „*Numai barbatulu are administratiunea averii dotali in timpul casatoriei*” - art. 1242 Cod civil 1864.

¹¹⁵ Odată ce s-a reglementat divorțul, nu a mai contat culpa în vederea restituirii dotei. Art. 280 Cod civil 1864 dispunea: „*Pentru ori'ce motivu se va fi pronuntiatu despartenia, afara de casulu consimimentului mutuale, sotiuulu in contra carui s'a pronuntiatu despartenia va perde tote avantajurile stipulate in favorea sa de catre celu'laltu sotiu, fie prin contractu de casatoria fie dupe seversirea casatoriei. Partea in favorea carei s'a pronuntiatu despartenia, va conserva tote acelea avantajuri chiaru si daca ele se voru fi stipulatu cu clausa espresa de reciprocitate fara ca acea reciprocitate sa aiba locu*”.

¹¹⁶ „*Supuindu'se regimului dotale, sotii potu cu tote acestea sa stipuleze o societate de aquisitiumi [...]*” - art. 1287 Cod civil 1864.

Având ca bază dreptul roman, atât legiuirile vechi românești, cât și Codul civil de la 1864 au avut prevederi destul de apropiate în reglementarea căsătoriei. Indiferent de felul regimului matrimonial ce guverna căsătoria, în acea perioadă inegalitatea juridică dintre femeie și bărbat și incapacitatea femeii căsătorite constituiau realitatea¹¹⁷.

La sfârșitul sec. XIX, prin legile din 1894, căsătoria a încetat, să mai fie condiționată de validitatea și acceptul dat de către Biserică, devenind o reglementare laică.¹¹⁸ Regimul dotal va fi considerat neconform cu dispozițiile Constituției din 1948, astfel că până la adoptarea Codului familiei din 1954, a funcționat regimul de separație. Cu toate acestea, se afirmă că în realitatea practică, acceptată și de instanțele de judecată de la acea vreme, a început să funcționeze un regim de comunitate de fapt¹¹⁹.

II. Căsătoria și regimurile matrimoniale în perioada modernă și contemporană

Modul cum este privită căsătoria sau relațiile de dinainte de căsătorie este influențat în această perioadă de autonomia individuală ce determină o gândire liberă. Crește stabilitatea socială, oamenii călătoresc mai mult, se mută în alte locuri ceea ce duce la ruperea de anumite tradiții vechi.

¹¹⁷ A se vedea ideea schimbărilor în structura familiei tradiționale în L. Onica-Chipea, *Aspecte juridice privind protecția drepturilor copilului*, Ed. Expert, București, 2007, pp. 31-33.

¹¹⁸ M. Brie, *Reglementări juridice privitoare la familie în legislația austriacă și maghiară din a doua jumătate a secolului al XIX-lea*, în S. Șipoș, M. Brie, I. Horga, I. Șarov, I. Gumenâi (coord.), *Politici imperiale în estul și vestul spațiului românesc*, Ed. Universității din Oradea/Editura Cartdidact, Oradea/Chișinău, 2010 pp. 297-307, p. 299.

¹¹⁹ C. Nicolescu, *Regimurile...op.cit.*, p. 69.

Modelul familiei este acum familia nucleară, simplă, care își gestionează gospodăria și face economii împreună. Copiii încep să lucreze, iar progresul tehnic își pune și el amprenta în definirea noilor concepte de familie și căsătorie¹²⁰. Incidența mare a divorțurilor și cazurile multe de recăsătorire ne arată locul crucial al familiei în secolul nostru. Familia este arena societății industrializate în care indivizii își manifestă comportamentul și își confirmă realitatea despre propria persoană¹²¹.

Astăzi, Codul civil reglementează căsătoria și regimurile matrimoniale¹²² într-o manieră modernă, dacă privim prin prisma tradiționalismului specific statului nostru. Regimul comunității legale ca regim legal și cele convenționale (comunitatea convențională și separația de bunuri) reglementează relațiile patrimoniale care izvorăsc din căsătorie. Evoluția legislației, de la una închistată care nu permitea soților să-și aranjeze raporturile patrimoniale din căsătorie decât în cadrul unui singur regim matrimonial, a dus la posibilitatea ca de la polul reprezentat de regimul de separație, până la cel al unei comunități universale, soții să își poată alege prin convenție sau contract matrimonial regimul cu regulile care li se potrivesc cel mai bine¹²³.

Noțiunea de căsătorie are astăzi alte valențe. Se schimbă viziunea tradițională despre familie și căsătorie. Parteneriatele înregistrate și căsătoriile între persoanele de

¹²⁰ D. Brown, M.J. Harrison, *A Sociology of Industrialisation* - cap. 5 - *A Family and Industrialisation*, Ed. MacMillan, 1978, p. 71.

¹²¹ *Idem*, p. 79.

¹²² Pentru detalii privind regimurile matrimoniale a se vedea N.C. Aniței, *Regimurile matrimoniale potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012.

¹²³ C.O. Mihăilă *Contractual matrimonial regimes in the legislation of different states*, *Annales Universitatis Apulensis*, Series Jurisprudentia nr. 21/2018, Ed. ProUniversitaria, București, 2018, , pp. 183-206.

aceiași sex (care la noi nu sunt posibile încă) sunt dovada vie a evoluției acestei instituții juridice. Rămâne însă să medităm asupra unui aspect, însuși scopul căsătoriei: *acela de a întemeia o familie*.

III. Concluzii

Familie matriarhală, familie patriarhală, familie modernă, fie că are la baza nașterea sau sentimentele, trebuie privită și analizată prin prisma evoluției umane, a autonomiei de voință și a modificărilor legislative și politice.

Dragostea, sau mai nou respectul conjugal și prietenia, într-un cuvânt sentimentele, sunt esențiale pentru căsătorie dar mereu însoțite de aspectele patrimoniale care pot fi de multe ori mai copleșitoare decât cele dintâi. De aceea, analiza istorică a căsătoriei nu poate scăpa din vedere aspectele de ordin patrimonial care, din cele mai vechi timpuri au constituit un element intrinsec al acesteia.

IV. Bibliografie

A. Cărți, tratate, monografii

I. Albu, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1975

D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. VIII, Partea I, Atelierele Grafice Socec&Co., București, 1916

F. Alvarez-Pereyre, F. Heymann, *The desire for transcendence: The Hebrew family Model and Jewish Family Practices*, în A. Burguière (editor), *A History of the Family*, Ed. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1996

- N.C. Aniței, *Regimurile matrimoniale potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012
- M. Brie, *Reglementări juridice privitoare la familie în legislația austriacă și maghiară din a doua jumătate a secolului al XIX-lea*, în S. Șipoș, M. Brie, I. Horga, I. Șarov, I. Gumenâi (coord.), *Politici imperiale în estul și vestul spațiului românesc*, Ed. Universității din Oradea/Ed. Cartdidact, Oradea/Chișinău, 2010
- M.D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2016
- J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. II, Oxford University Press, New York, 1901
- D. Brown, M.J. Harrison, *A Sociology of Industrialisation - cap. 5 - A Family and Industrialisation*, Ed. MacMillan, 1978
- E. Cantarella, *Gender, Sexuality and Law*, în *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, editată de M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge University Press, New York, 2005
- E. Cantarella, *Women and Patriarchy in Roman Law*, în *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, capitolul 32, Oxford University Press, New York, 2006
- L. Onica-Chipea, *Aspecte juridice privind protecția drepturilor copilului*, Ed. Expert, București, 2007
- S. Coontz, *Marriage, a History How Love Conquered Marriage*, Ed. Penguin Books, New York, 2006
- J. Crook, *Law and Life in Rome*, Cornell University Press, Ithaca, 1967
- C.I. Damian, *Instituția familiei în Roma antică*, Ed. Astra Museum, Sibiu, 2019

- O. Drimba, *Istoria culturii și civilizației*, vol 1, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984
- O. Drimba, *Istoria culturii și civilizației*, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1987
- O. Drimba, *Istoria culturii și civilizației*, vol. 4, Ed. Științifică, București, 1995
- M. Eliade, *Sacrul și profanul*, Ed. Humanitas, București, 2005
- I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Editura All, București, 1993
- R. Fox, *The Red Lamp of Incest*, Ed. E.P. Dutton, New York 1980
- P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le Sénatus-consulte Velléien*, Ed. Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1867
- R. Hidro, A. Hidro, *Roma antică. O istorie pentru toți*, Ed. Neverland, București, 2018
- Vi. Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977
- A. Maffi, *Family and Property Law*, în *Gender, Sexuality and Law*, în *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, editată de Michael Gagarin, David Cohen, Cambridge University Press, New York, 2005
- J.W. O'Malley, *Trent, Sacred Images and Catholic's Sences of The Sensuous*, în *The Sensuous in the Counter-Reformation Church*, Eds. M.B. Hall, T.E. Cooper, Cambridge University Press, 2013
- A.M. Marienescu, *Cultul păgân și creștin. Sărbătorile și datinile romane vechi*, Editura Saeculum I.O., București, 2008
- F. Mihaș (Bohîlțea), *Condiția feminină la Roma în secolul Ia.Chr.*, Ed. Universității din București, București, 2010
- B.D. Moloman, L-C. Ureche, *Noul Cod civil. Cartea a II - a. Despre familie. Art. 258-534*, Ed. Universul Juridic, București, 2016

- B.D. Moloman, *Căsătoria civilă și religioasă în dreptul român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009
- C. Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenționale în sistemul noului cod civil român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012
- V. Pârvan, *Getica. O protoistorisire a Daciei*, Cvltvra Națională, București, 1926
- A. Pippidi, *Tradiția politică bizantină în Țările Române în sec. XVI-XVIII*, Ed. Corint, București, 2001
- Z. Petre, *Practica nemuririi: o lectură critică a izvoarelor grecești referitoare la geți*, Ed. Polirom, 2004
- S. Pomeroy, *Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*, Pimlico, Londra, 1994
- D.D. Stoenescu, *Vechile legiuri românești. I. Legiuirea Caragea (după ediția de la 1818)*, Tipografia Fane Constantinescu, Craiova, 1905
- L. Stone, *The family, sex and marriage in England 1500-1800*, Oxford University Press, London, 1979
- P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, ed. a II-a, revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2009

B. Lucrări

- A.E. Ciortea, *O viziune globală asupra situației patrimoniale a soțului supraviețuitor în dreptul roman*, Studia UBB Iurisprudentia nr. 1/2019
- C. Buzdugan, *Structura dreptului cutumiar românesc*, Fiat Justitia, nr. 2/2013
- S. Coontz *The Family Revolution*, Greater Good Magazine, University of California, Berkeley, september 2007

- C.M. Crăciunescu, *Considerații generale privind convențiile matrimoniale în Noul Cod civil, Conferința Noul Cod civil, Craiova, 2011*
- M. Floare, *Originile istorice ale regimurilor matrimoniale*, Studia UBB Jurisprudentia, nr. 1/2015
- M. Floare, *Repere istorice privind situația juridică a femeii în dreptul privat european*, Revista de Dreptul Familiei, nr. 1-2/2019, Ed. Universul Juridic, București, 2019
- H. Kha, *The Reform of English Divorce Law: 1857- 1937, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at The University of Queensland in 2017*, TC Beirne School of Law
- C. Nicolescu, *Incursiune în evoluția istorică a regimurilor matrimoniale. Privire specială asupra originii și evoluției convenției matrimoniale*, în *Analele Universității din București* nr. 1/2009
- P. Popovici, *Regimul dotal în vechiul drept și în codul civil român*, SUBB nr. 2-4/2002
- C. Roșu, *Necesitatea revenirii la convențiile matrimoniale*, Revista Dreptul nr. 7/1999
- M. A. Ureche, C. N. Gheorghiu, *Însoțirea religioasă între tradiție și evoluție, legislație și educație*, Revista Altarul Reîntregirii, nr. 2/2016, Alba Iulia, 2016
- L. Zabolotnaia, *Condiții de încheiere a căsătoriei în Evul Mediu. Studiu comparativ*, Revista Tyragetia, vol. I [XVI], nr. 2/2007, Chișinău, 2007

C. Surse Internet

Butnaru, *Instituția căsătoriei în societatea romană*, <https://www.historia.ro/>

- P. Barangă, R. Barangă, *Dacii își cumpărau mai multe neveste*, Revista Historia, <https://www.historia.ro/sectiune/general/articol/dacii-isi-cumparau-mai-multe-neveste>
- J.A. Couch, *Woman in Early Roman Law*, Harvard Law Review, vol. 8, nr. 1, 1894, pp. 46-47, https://www.jstor.org/stable/1322384?seq=1#metadata_info_tab_contents
- Ș. Gheorghieș, *Căsătoria în dreptul roman*, citează pe, V.M. Ciucă, *Lecții de drept roman, vol. I*, Ed. Polirom, Iasi, 1998, <https://wolterskluwer.ro/casatoria-in-dreptul-roman/>
- C.C. Uhlenbeck, *A new series of Blackfoot texts from the southern Peigans Blackfoot Reservation*, Teton County, publisher J. Muller, Amsterdam, 1912, <https://archive.org/details/cu31924097762193/page/n181/mode/2up>.

STUDII

(R)ÉVOLUTION EN MATIÈRE DE LIBÉRALITÉ :
L'EXEMPLE DE LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE
AU QUÉBEC

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.18
Data publicării online: 16.03.2021

Christine MORIN*

La publication de ces *Mélanges* dédiés au centenaire du professeur Vladimir Hanga, consacrés aux « (r)évolutions en droit », nous offre l'occasion de revisiter un texte sur la liberté de tester au Québec que nous avons publié il y a quelques années : « Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois », (2008) 42 *Revue juridique Thémis* 417. En territoires civilistes, la liberté de tester peut être perçue comme une forme de « (r)évolution ».

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec (Canada), Christine.Morin@fd.ulaval.ca.

EVOLUTION OR REVOLUTION CONCERNING WILLS AND TESTAMENTS: THE UNIQUE EXAMPLE OF THE PROVINCE OF QUEBEC IN NORTH AMERICA

Abstract: In Canada, Quebec is the only province to have a legal system under which civil matters are regulated by a Civil Code and not by common law. Nonetheless, Quebecers had unlimited “freedom of willing” until 1989. Henceforth, although Quebecers remain free to determine via their last wills and testaments to whom they wish to bequeath their property, their margin of freedom is limited by legislative measures governing the survival of the obligation to provide support after death and the partitioning of the family patrimony. Such limitations on the freedom to bequeath are based upon a family interpretation of public order whereby the deceased must share the value of given property with his or her spouse and look after the immediate family’s need for support.

Despite this, the Civil Code makes still no provision, as in French law, for an “undisposable estate” (réserves héréditaires) and it is fitting to question the reasons motivating this decision. The author attempts to identify the social context in which freedom to bequeath came to be limited. As such, she seeks to make known the material sources underpinning the adoption of the Bill that introduced the primary limitations on freedom to bequeath. Her study shows that within the framework of discussions on relevancy to limit this freedom, the issue being debated shifted its objective. Participants widened the initial debate then focused on the transmission of the patrimony by redefining it to encompass the questions of sharing family assets. This transformation contributes to explain how the law of successions in Quebec has drawn closer to family law.

Keywords: Quebec, successions, will, undisposable estate, public order, family assets, freedom to bequeath.

Table des matières

I.	De la transmission du patrimoine	618
A.	De l'autonomie de la volonté du testateur	621
B.	Vers une prise en compte des besoins de la famille	628
II.	Vers le partage du patrimoine.....	634
A.	Du caractère familial de la transmission successorale	634
B.	Vers un partage de l'avoir familial.....	640
III.	Conclusion	651

En France, le professeur Grimaldi enseigne que les limites au pouvoir de la volonté des testateurs relèvent de l'ordre public successoral qui correspond à trois mécanismes juridiques : la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future et la prohibition des substitutions fidéicommissaires¹.

Au Québec, le Code civil prohibe les pactes sur succession future², mais il permet le legs en substitution³ et il ne connaît pas la réserve héréditaire⁴. Il

¹ Michel GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris, Éditions Litec, 2001, p. 273 (titre du chapitre 2) et n^o 278, p. 273 et 274. Voir également Marcel BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Université de Paris, 1979.

² Art. 631 et 706 C.c.Q. Générosa BRAS MIRANDA, *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999; Générosa BRAS MIRANDA, *La tontine successorale au Québec : controverses et perspectives*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002.

³ Art. 1218-1255 C.c.Q.

⁴ Le cadre général du droit successoral québécois tire ses origines du droit français, mais la primauté qu'il accorde à la liberté de tester provient du droit anglais. Christine MORIN, « Le droit civil québécois : un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », (2005) 5 *Droit de la famille (LexisNexis JurisClasseur)*, étude numéro 12.

consacre plutôt la liberté de tester, une liberté qui a été introduite formellement dans le droit québécois en 1774 par l'Acte de Québec⁵ et qui demeure une de ses caractéristiques importantes. Récemment encore, le plus haut tribunal de la province réitérait que cette « liberté est pratiquement illimitée »⁶.

L'ordre public successoral québécois ne se résume pas à la seule prohibition des pactes sur succession future pour autant. D'une part, la validité des legs est tributaire de leur licéité. Bien que la liberté de tester soit depuis longtemps reconnue, toute disposition testamentaire n'est pas systématiquement permise. Entre autres, le *Code civil du Québec* (ci-après « Code civil » ou « C.c.Q. ») prévoit que si un legs est assujéti à une condition impossible ou contraire à l'ordre public, cette condition est réputée non écrite⁷. C'est notamment le cas de la clause qui a pour but de limiter les droits du conjoint survivant lorsqu'il se lie de nouveau par un mariage ou une union civile⁸. C'est aussi celui de la clause pénale qui vise à empêcher l'héritier ou le

⁵ *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no 2. Sur le sujet, voir notamment : André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960; Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois: Étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

⁶ Art. 703 C.c.Q. Voir : *G.B. c. Si.B.*, 2015 QCCA 1223, par. 35. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2016-04-21) no 36594. La Cour mentionne notamment que la liberté de tester est un droit discrétionnaire et qu'on ne saurait donc parler d'abus de droit.

⁷ Art. 757, al. 1 C.c.Q. Voir également la décision *Succession de Maisonneuve*, 2020 QCCS 1027, par. 32, où le tribunal soumet que la liberté du testateur comporte des limites en matière de gestion du bien d'autrui qui découlent de l'ordre public de protection.

⁸ Art. 757, al. 2 C.c.Q. Pour une analyse de la licéité du legs eu égard à un ordre public renouvelé par l'éclairage des droits fondamentaux, voir Brigitte LEFEBVRE, « De certaines atteintes à la liberté de tester en droit québécois », dans Philippe DUPICHOT, Marie GORÉ, Denis

légataire particulier de contester la validité de tout ou partie du testament ou de l'exhérédation qui prend la forme d'une clause pénale qui vise ce même objectif⁹.

D'autre part, la liberté des testateurs est circonscrite de manière à assurer une assistance à la famille immédiate du *de cuius* à la suite de son décès, à nouveau au nom de l'ordre public¹⁰. Les dispositions législatives en matière de survie de l'obligation alimentaire après le décès¹¹ et celles sur le partage du patrimoine familial¹² restreignent indirectement la liberté des testateurs, au bénéfice du conjoint et des enfants.

L'obligation alimentaire après décès limite explicitement l'étendue de la liberté du testateur en l'empêchant de laisser dans le besoin certains membres de sa famille qui sont déterminés par la loi, soit son conjoint marié ou uni civilement, ses descendants et ascendants au premier degré et son ex-conjoint qui percevait une pension alimentaire au moment du décès¹³. Elle dicte une utilisation familiale d'une portion du patrimoine du *de cuius* qui est justifiée par une solidarité attendue entre membres d'une même famille. Toutefois, comme il s'agit d'une créance de nature alimentaire, elle n'a pas

MAZEAUD et Claire SÉJEAN-CHAZAL (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi. Liber amicorum*, Paris, Defrénois/Lextenso, 2020, p. 583.

⁹ Art. 758 C.c.Q.

¹⁰ Jean PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 *C. de D.* 323, 337.

¹¹ Sur le caractère d'ordre public des dispositions législatives en matière d'obligation alimentaire après le décès, voir notamment *Droit de la famille-2060*, [1994] R.D.F. 789 (C.S.) (rés.); *P.M.R. (Succession de) c. C.G.R.*, [2001] R.J.Q. 1542 (C.S.).

¹² Sur le caractère d'ordre public des dispositions législatives en matière de patrimoine familial, voir notamment *Dorion c. Surprenant*, [2005] R.L. 602 (C.S.); *Dusseault, ès qualités c. Choinière (Succession de)*, C.S. Bedford, n° 460-17-000523-050, 9 novembre 2005, j. Fournier, J.E. 2006-474, EYB 2006-101046; *G.B. c. C.C.I.*, [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.); *Sabourin c. Dubien*, [2002] R.J.D.T. 1533 (C.S.).

¹³ Art. 585, 684 et 685 C.c.Q.

pour objectif de permettre à certaines personnes d'obtenir une portion de la masse successorale dont elles croient avoir été injustement privées¹⁴. Un créancier alimentaire ne peut réclamer une contribution financière à la succession que s'il peut prouver ses besoins¹⁵, contrairement à la situation qui prévaut dans d'autres provinces canadiennes¹⁶.

Pour ce qui est du patrimoine familial, étant d'ordre public, il s'impose à tous les conjoints qui sont mariés¹⁷ ou, depuis 2002, unis civilement¹⁸. À la fin d'un mariage ou d'une union civile – que ce soit à la suite d'un divorce, d'une dissolution par un jugement du tribunal ou une déclaration commune notariée¹⁹, d'une séparation ou d'un décès –, la valeur des biens qui composent le patrimoine familial doit être partagée entre les conjoints²⁰. En cas de décès, cette valeur est partagée entre le conjoint survivant et la succession, ce qui peut avoir pour effet de faire naître une dette importante pour la succession²¹. Comme la valeur du patrimoine successoral est réduite, l'étendue du patrimoine sur lequel s'exerce la liberté du testateur s'en trouve diminuée²². D'ailleurs, quels que soient les legs que le *de cuius* a pu prévoir

¹⁴ Ce que la Cour d'appel a confirmé. *Droit de la famille-2310*, [1997] R.J.Q. 859 (C.A.).

¹⁵ Art. 684-695 C.c.Q.

¹⁶ Christine MORIN, « Le testament : instrument de traduction », dans Lionel SMITH, Régine TREMBLAY et Alexandra POPOVICI (dir.), *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 103.

¹⁷ Art. 391 C.c.Q.

¹⁸ Art. 521.6, al. 4. C.c.Q.

¹⁹ Art. 521.12 C.c.Q.

²⁰ Art. 416 C.c.Q. Rappelons que le conjoint survivant peut aussi réclamer une prestation compensatoire, à certaines conditions (art. 427 C.c.Q.).

²¹ Art. 809 C.c.Q.

²² La doctrine considère qu'il s'agit d'une des limitations à la liberté de tester : Jacques BEAULNE, Serge BINETTE, Nicole GAGNON et Yves PÉPIN (dir.), « Le contrat de partage en

dans son testament, la créance qui résulte du partage du patrimoine familial doit être payée avant tout legs²³. Le conjoint survivant a aussi droit au paiement de sa part de la valeur du patrimoine familial avant le paiement des créanciers alimentaires²⁴.

On constate que les dispositions législatives relatives au patrimoine familial de même que celles en matière d'obligation alimentaire prennent racine dans le droit de la famille; pas purement dans le droit des successions²⁵. On peut ainsi se demander pourquoi le Québec n'a pas profité de la réforme du Code civil pour institutionnaliser un véritable ordre public « successoral », semblable à celui de la plupart des Codes civils à travers le

matière de patrimoine familial », (1991) 14 (no 1A) *Les Cahiers* 555, 579; Germain BRIÈRE, *Droit des successions*, 3^e éd. revue et mise à jour par Jacques BEAULNE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n° 14, p. 13, n° 295, p. 165 et 166 et n° 299, p. 169; Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », [1989] 2 *C.P. du N.* 1, n° 29, 31 et 181; Luce M. DIONNE, « La survie de l'obligation alimentaire », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 25, aux pages 32, 36 et 54; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, n° 5, p. 10; Adrian POPOVICI et Micheline PARIZEAU-POPOVICI, *Le patrimoine familial – la révolution dans votre mariage et vos biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 94 et 95.

²³ Art. 808, 809 et 812 C.c.Q.

²⁴ Art. 812 C.c.Q.

²⁵ Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, « L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple », (1999) 40 *C. de D.* 345, 350; Jean PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 *C. de D.* 323, 326. Le professeur Beaulne explique que l'application du mécanisme de la survie de l'obligation alimentaire est un volet des « droits familiaux ». Jacques BEAULNE, *La liquidation des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n° 397, p. 201.

monde. Pourquoi ne pas avoir mis en place de véritables réserves héréditaires en faveur des enfants ou du conjoint survivant²⁶?

Ce texte revient sur l'évolution du droit québécois relativement à la liberté de tester en jetant un regard en amont du droit positif. Plus précisément, il étudie « l'itinéraire législatif » qui a conduit à l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux* qui a introduit les principales restrictions indirectes à la liberté de tester²⁷.

L'objectif du texte étant de discuter des sources matérielles de cette loi – par opposition à ses sources formelles²⁸ –, nous avons analysé les différents projets de loi et documents de consultation publique qui l'ont précédée²⁹, ainsi que les mémoires déposés³⁰ et les transcriptions des discussions entre parlementaires, groupes sociaux et individus à l'Assemblée nationale du Québec³¹. Notre démarche s'inscrit dans une perspective

²⁶ Le patrimoine familial et la survie de l'obligation alimentaire sont deux mécanismes juridiques qui ne sont pas spécifiques au droit successoral, mais qui relèvent du droit familial et dont les effets ont été transposés – ou se font sentir – en droit successoral.

²⁷ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 (Projet de loi 146).

²⁸ Jean-François PERRIN, *Éléments théoriques pour l'étude de la construction des normes juridiques*, Centre d'étude de technique et d'évaluation législative, Genève, Université de Genève, 1978, p. 1; Pierre ISSALYS, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », (1992) 33 *C. de D.* 665, 668.

²⁹ Sur l'intérêt d'étudier des lois qui n'entrent jamais en vigueur, voir Malcom SPECTOR et John I. KITSUSE, *Constructing Social Problems*, New York, Aldine de Gruyter, 1987, p. 165.

³⁰ Ces mémoires peuvent être consultés à la bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec.

³¹ Tel que le mentionnait le professeur Issalys, ces documents sont intéressants parce qu'ils ont l'avantage de renseigner directement sur le phénomène législatif. Il recommandait d'ailleurs à ceux qui s'intéressent à l'évolution des lois de recourir aux documents qui sont davantage utilisés par les historiens (littérature politique, travaux parlementaires, etc.). Pierre ISSALYS, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », (1992) 33 *C. de D.* 665, 684. Sur

sociojuridique³² afin de dégager certains éléments du contexte social dans lequel la liberté de tester a été limitée au Québec³³.

Dans le cadre des discussions sur la pertinence de limiter la liberté de tester, il est possible d'observer que l'enjeu du débat se déplace. Alors qu'il est initialement question de la *transmission du patrimoine au décès* (partie 1), différents acteurs réorientent le débat sur le *partage de l'avoir familial* (partie

les commissions parlementaires, voir Claude HARMEGNIES, « Les commissions parlementaires à Québec », (1974) 15 *C. de D.* 73.

³² L'expression « production du droit » vient d'une qualification faite par des sociologues selon lesquels le droit est un « produit » puisqu'il est fabriqué dans la société. Voir André-Jean ARNAUD et Maria José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 190. Pour d'autres études sur l'élaboration matérielle des lois, voir notamment Michelle GIROUX, Guy ROCHER et Andrée LAJOIE, « L'émergence de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* de 1991 : une chronologie des événements », (1999) 33 *R.J.T.* 659; Rachèle LAFOREST, « La consultation publique et les formes d'action collective », (2000) 19 *Politique et Sociétés* 27; Anne REVILLARD, « Du droit de la famille au droit des femmes : le patrimoine familial au Québec », (2006) 62 *Droit et société* 95; Myriam SIMARD, *L'enseignement privé : 30 ans de débat*, Montréal, Éditions Thémis, 1993. Mentionnons que les acteurs qui participent à la production des lois sont conscients de l'utilité des transcriptions de leurs discussions, tel qu'en fait foi une remarque du député Marx. En effet, lors de l'étude d'un des projets de loi que nous analyserons, ce dernier réclamait expressément que le *Journal des débats* contienne « une explication la plus complète possible pour que les gens qui vont consulter le *Journal des débats* aient une bonne idée de ce qu'on a voulu faire ». ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, commission des institutions, p. CI-405 (2 mai 1985). Soulignons que cette possibilité de consulter les différentes archives de l'Assemblée nationale constitue un avantage certain pour tout chercheur qui s'intéresse à l'évolution des lois au Québec, avantage que n'offrent pas toutes les législatures. Nous croyons que la consultation de ces documents nous permettra de bonifier notre « connaissance des normes » relatives à la liberté de tester en développant notre « connaissance sur ces normes ». André-Jean ARNAUD et Maria José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 157.

³³ André-Jean ARNAUD et Maria José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 2. Voir également Jean-Guy BELLEY, « La notion de protection du public dans la réforme du droit professionnel québécois : une analyse socio-politique », (1980) 21 *C. de D.* 673 où l'auteur explique privilégier les interprétations proposées par les groupes sociaux et leur perspective d'analyse.

2). Notre étude met en lumière cette mutation qui s'est opérée relativement au problème ciblé par les acteurs, soit le passage d'une problématique de droit successoral à une problématique de droit familial. Elle permet de mieux comprendre certains des motifs sous-jacents à l'absence de réserves héréditaires au sein de l'ordre public successoral québécois.

I. De la transmission du patrimoine

Nous l'avons déjà évoqué, la « liberté illimitée de tester » a longtemps été la norme au Québec³⁴. Cette liberté permettait au testateur québécois de disposer de la totalité de son patrimoine à son décès en faveur des personnes

³⁴ Art. 831 C.c.B.C. Plusieurs auteurs ont mentionné le caractère « illimité » de la liberté de tester, voir notamment J. Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, « Donations et testaments », Montréal, Excelsior, 1933, n° 27, p. 19; Germain BRIÈRE, *Les Libéralités*, 8^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, n° 24, p. 29; Louis MARCEAU, « Le contrat de société entre mari et femme », (1959) 19 *R. du B.* 153, 170; Albert MAYRAND, *Traité élémentaire de droit civil, Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, n° 3, p. 4; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, C. Théorêt, 1899, p. 236; Jean PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 *C. de D.* 323, 336; Adrian POPOVICI et Micheline PARIZEAU-POPOVICI, *Le patrimoine familial – la révolution dans votre mariage et vos biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 94; Louis PRATTE, « L'intervention législative et la liberté de tester : la leçon du droit comparé », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 119; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 272-274. Dans sa thèse de doctorat publiée en 1960, Morel expliquait que la liberté de tester au Québec était passée à l'état d'axiome et de postulat incontesté. André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 1 et 2. Voir également : Christine MORIN, « André Morel : Les limites de la liberté testamentaire », dans Brigitte LEFEBVRE et Benoît MOORE (dir.), *Les grands textes*, coll. « Les grands classiques du droit civil », Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 325. Soulignons que le *Code civil du Bas Canada* utilise l'expression « liberté absolue de tester » à l'article 839.

de son choix, et ce, sans être soumis à des restrictions législatives³⁵. Le principe a cependant été remis en question à différents moments³⁶.

Dans les années 70, lors de la réforme du Code civil, l'Office de révision du Code civil (ci-après « O.R.C.C. ») recommande que la liberté de tester soit limitée de manière à tenir compte de la famille du *de cuius*³⁷. Le Comité qui travaille sur le droit des successions explique avoir décidé d'étudier les divers moyens de régler la liberté de tester ainsi que les façons de déterminer qui sont les personnes « dignes d'être mises à l'abri des libéralités excessives du défunt », à la lumière du droit comparé³⁸. Le Comité dit souhaiter résoudre un problème de droit successoral déjà ciblé par la doctrine depuis les années 30³⁹. En 1933, J. Émile Billette décrivait la liberté testamentaire comme :

« Principe immoral que n'ont connu que la civilisation anglo-saxonne et la barbarie des Romains de la loi des Douze Tables, et qui permet à un testateur avili, d'oublier les siens en faveur d'une prostituée quelconque! Il est

³⁵ Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois: Étude socio-juridique de la production du droit*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

³⁶ Christine MORIN, « La liberté de tester : évolution et révolution dans les représentations de la doctrine québécoise », (2008) 38 *R.D.U.S.* 339.

³⁷ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, art. 59-82, p. 138-142; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 241 et suiv.

³⁸ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976, p. 6. Ces propos seront repris en 1978 : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 241.

³⁹ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976, p. 4.

triste que la famille canadienne-française, cellule d'un ordre social qu'on se plaît à admirer et envier, soit constamment en butte aux principes les plus pervers et exposée à en absorber les miasmes délétères »⁴⁰.

Le Comité du droit des successions souligne que l'introduction de limitations à la liberté de tester constitue la « réforme principale » qu'il propose en matière de droit successoral⁴¹. Il estime qu'il faut d'abord protéger le conjoint survivant marié par une réserve héréditaire, car seule la réserve permet d'assurer « le droit minimum de succession que l'on veut garantir au conjoint »⁴². Par contre, en ce qui a trait aux descendants du défunt, le Comité croit qu'il ira à l'encontre des tendances sociales actuelles de leur reconnaître un droit absolu à la succession de leurs parents au moyen d'une réserve⁴³. Le Comité recommande plutôt que l'obligation alimentaire du *de cuius* soit maintenue à l'égard de ceux qui étaient ses créanciers d'aliments de son vivant⁴⁴.

⁴⁰ J. Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, « Donations et testaments », Montréal, Excelsior, 1933, avant-propos et au n° 27 à la p. 19.

⁴¹ Voir la lettre du Comité du droit des successions à Paul-André Crépeau publiée dans OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976.

⁴² Le Comité souligne que la réserve en faveur de l'époux a l'avantage d'être relativement facile à introduire dans un système juridique de droit civil. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976, p. 6-10 et 86-109.

⁴³ Malgré le fait que le Comité se préoccupe de la tradition civiliste, on remarque qu'il ne conçoit pas la réserve en faveur des enfants. Pourtant, on sait que la réserve civiliste est habituellement conçue à l'avantage des descendants. Le Comité suggère ainsi que les descendants n'ont pas de droit dans les biens de leurs parents, mais que l'époux survivant peut en avoir dans ceux de son conjoint. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976, p. 10.

⁴⁴ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (Comité du droit des successions), *Rapport sur les successions*, vol. XLI, 1976, p. 6-12, 110 et 111.

Dans son rapport officiel sur l'ensemble du nouveau Code publié deux ans plus tard, l'O.R.C.C. maintient la plupart des propositions du Comité du droit des successions, dont celles de restreindre la liberté du testateur au moyen d'une réserve fixe en faveur de l'époux survivant et de maintenir l'obligation alimentaire du *de cuius* après son décès pour les autres créanciers d'aliments⁴⁵. L'O.R.C.C. suggère ainsi que la loi doit se préoccuper davantage du sort de l'époux survivant et des enfants du *de cuius* à la suite du décès.

Étonnamment, le premier projet de loi destiné à réformer le droit des successions, qui est présenté par le gouvernement quelques années plus tard, ne propose aucune restriction à la liberté de tester (section 1.1). Certains acteurs appelés à donner leur avis sur ce projet vont cependant remarquer cet « oubli » et le dénoncer (section 1.2).

A. De l'autonomie de la volonté du testateur

Le premier projet de loi en droit successoral qui est présenté dans le cadre de la réforme du Code civil est le Projet de loi 107, en 1982⁴⁶. Ce projet

⁴⁵ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, art. 59-82, p. 138-142; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 241-244. Il est aussi mentionné qu'étant donné que la notion de patrimoine familial semble disparue dans notre société, il n'a pas semblé « opportun de limiter en faveur des descendants une liberté de tester dont il apparaît par ailleurs, en pratique, que l'on n'use pas à leur détriment ». OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 243. Pour une présentation de la réforme proposée, voir Madeleine CANTIN-CUMYN, « Les traits marquants de la révision du Code civil en matière de successions », [1978] *C. P. du N.* 145.

⁴⁶ *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, Projet de loi 107 (présentation 17 décembre 1982, mort au feuillet), 3^e session, 32^e législature (Québec). Pour une étude critique du Projet de loi 107, voir Mireille D. CASTELLI, « Les grandes lignes du projet de loi no 107, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions;

maintient le principe de la liberté de tester. Il ne l'affecte ni de façon directe, par la création de réserves successorales, ni de façon indirecte, par la reconnaissance de créances alimentaires après le décès.

Si le projet de loi permet à l'époux survivant de cumuler les avantages que lui procure son régime matrimonial et ceux que lui confère la succession, il n'est pas question d'imposer quoi que ce soit – ou qui que ce soit – au testateur. L'idée soutenue par plusieurs auteurs et par l'O.R.C.C. selon laquelle la liberté du testateur pose un problème et doit être limitée n'est donc pas retenue dans ce projet. C'est plutôt la primauté de la propriété privée et l'autonomie de la volonté du testateur en matière de transmission de son patrimoine qui sont préservées.

Tous les acteurs appelés à se prononcer sur le Projet de loi 107 ne sont toutefois pas en accord avec le maintien de l'individualisme dans la transmission du patrimoine au décès⁴⁷. Malgré l'absence de propositions législatives en vue de modifier la liberté du testateur, les différentes méthodes qui pourraient être utilisées pour circonscrire la liberté testamentaire sont néanmoins discutées dans le cadre de la Commission permanente de la

présentation et critiques », (1983) 85 *R. du N.* 387 et Jacques BEAULNE, *Les régimes de désignation et de cessation des fonctions du liquidateur dans le P.L. no 107 portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté des études supérieures, Université d'Ottawa, 1985. Mentionnons que Marc-André Bédard est alors ministre de la Justice (P.Q.).

⁴⁷ En 1982, le Projet de loi 107 est étudié simultanément avec le Projet de loi 106 qui porte sur le droit des personnes. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, Projet de loi 106, 3^e session, 32^e législature (Québec). En commission parlementaire, vingt-trois personnes ou groupes sont entendus relativement aux deux projets de loi alors que vingt-quatre mémoires ont été déposés. Parmi ces personnes ou ces groupes, seulement cinq déposent un mémoire qui porte sur le Projet de loi 107, soit l'Association des femmes collaboratrices, l'Association québécoise de planification fiscale et successorale, la Chambre des notaires du Québec, le Réseau d'action et d'information pour les femmes et la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des successions.

justice. L'idée d'une conception plus familiale de la transmission du patrimoine au décès déjà proposée par l'O.R.C.C. est ramenée par certains groupes.

L'Association des femmes collaboratrices (ci-après « A.F.C. ») se dit en désaccord avec la liberté totale de tester et elle souhaite la création d'une réserve successorale en faveur de l'époux survivant⁴⁸. Elle juge qu'on pourrait ainsi mieux accorder les nouveaux droits et devoirs des époux avec les droits qui régissent la transmission des biens⁴⁹. L'A.F.C. fait un lien entre le projet de loi étudié et la réforme du droit familial achevée. Pour cette association, la création d'une réserve successorale en faveur de l'époux survivant est la suite logique de la réforme du droit de la famille. Cette réserve permettrait de reconnaître la valeur économique du travail de la femme au sein de la famille⁵⁰, sa participation à l'accumulation des biens.

Le Réseau d'action et d'information pour les femmes (ci-après « R.A.I.F. ») souhaite aussi qu'une part de la succession soit réservée à l'époux survivant⁵¹. Il réclame également que certains biens familiaux, dont la résidence familiale et les meubles, soient remis au « parent » survivant qui y habite, que celui-ci soit marié ou non avec le *de cuius*⁵². Pour le R.A.I.F., « il ne s'agit pas de se passer un patrimoine dans la famille, mais de reconnaître

⁴⁸ ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, *Femme collaboratrice et Droit des successions*, 23 mars 1983, p. 8 et annexe.

⁴⁹ *Id.*, p. 2.

⁵⁰ *Id.*, p. 1.

⁵¹ RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI 107 qui réforme le droit des successions en ne protégeant pas adéquatement les droits de la conjointe survivante*, mars 1983, p. 4.

⁵² *Id.*, p. 2 et 3.

le travail de chacun »⁵³. Le R.A.I.F. considère que les biens familiaux sont accumulés par le couple au bénéfice de la famille et qu'en conséquence, il est normal que ces biens soient partagés entre les conjoints. Comme l'A.F.C., le R.A.I.F. a une vision « conjugale » de l'appartenance du patrimoine, qu'il souhaite que la loi reconnaisse à la suite du décès.

Tous ne partagent cependant pas l'opinion de ces deux groupes. Le Barreau du Québec est contre la création de réserves successorales. Il considère que l'un des fondements de la réserve est de dédommager l'époux survivant de sa contribution dans la constitution du patrimoine et que ce but est déjà visé par la prestation compensatoire qui peut être accordée à l'époux survivant⁵⁴. Comme il juge que le principe de la liberté de tester n'a « pas vraiment causé de préjudices sérieux », le Barreau opterait plutôt pour une créance alimentaire après décès qui corrigerait les « injustices du système actuel qui sont minimes »⁵⁵. Le Barreau se représente la question de la liberté de tester comme une source de problème économique potentielle limitée à des cas exceptionnels.

Dans leur mémoire respectif, la Chambre des notaires du Québec et l'Association québécoise de planification fiscale et successorale (ci-après « A.Q.P.F.S. ») jugent que la loi devrait être plus généreuse envers l'époux survivant en l'absence de dispositions testamentaires, bien qu'elles ne se prononcent pas à propos de la liberté de tester⁵⁶. Ces deux groupes croient

⁵³ *Id.*, p. 5.

⁵⁴ SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, mars 1983, p. 141.

⁵⁵ *Id.*, p. 140.

⁵⁶ ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE, *Commentaires sur la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions (Projet de loi no 107)*, 4 mars 1983, p. 4, 5 et annexe; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC,

que la loi serait ainsi plus conforme à la perception des citoyens sur la question⁵⁷ et qu'on aiderait l'époux survivant à continuer de remplir ses obligations envers les enfants⁵⁸. Amenées à se prononcer directement sur la question de la liberté de tester en commission parlementaire, la Chambre des notaires explique ne pas avoir d'opinion définitive au sujet de la réserve, mais y déceler plusieurs aspects négatifs⁵⁹, alors que l'A.Q.P.F.S. croit qu'une telle réserve n'est pas nécessaire en raison des autres droits de l'époux survivant qui résultent du mariage⁶⁰.

Projet de loi no 107 (1982) sur la « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions », 4 mars 1983, p. 2-4. C'est aussi le cas de l'ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, Femme collaboratrice et Droit des successions, 23 mars 1983, p. 8 et annexe, p. 4 et du RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI 107 qui réforme le droit des successions en ne protégeant pas adéquatement les droits de la conjointe survivante, mars 1983, p. 5.

⁵⁷ ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE, *Commentaires sur la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions (Projet de loi no 107)*, 4 mars 1983, p. 4 et annexe; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Projet de loi no 107 (1982) sur la « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions », 4 mars 1983, p. 2-4.*

⁵⁸ ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE, *Commentaires sur la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions (Projet de loi no 107)*, 4 mars 1983, p. 4 et annexe; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Projet de loi no 107 (1982) sur la « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions », 4 mars 1983, p. 2-4.*

⁵⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-394 (12 avril 1983). Parmi les aspects négatifs évoqués par la Chambre des notaires, mentionnons le fait qu'on ne croit pas qu'une telle mesure soit nécessaire, qu'on juge qu'une réserve n'est pas toujours appropriée dans le cas d'un second mariage, qu'on craint que la réserve obligatoire nuise au régime légal de la société d'acquêts, qu'on croit que la prestation compensatoire répond déjà à une partie des problèmes soulevés, que l'on considère que la technique de la réserve est compliquée et qu'il faudrait alors se prononcer sur le type de réserve et sur les personnes qui en bénéficieraient.

⁶⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-467 (13 avril 1983).

De son côté, le Barreau continue à privilégier l'établissement d'un mécanisme de créance alimentaire après décès⁶¹, alors que le R.A.I.F.⁶² et l'A.F.C.⁶³ réitèrent leur position en faveur de la création d'une réserve successorale pour l'époux survivant. En ce qui concerne les enfants du défunt, seul le R.A.I.F. souhaite que leur soit réservée une portion de la succession s'ils sont mineurs ou handicapés⁶⁴. D'autres intervenants se disent néanmoins favorables à ce que la loi prévoie une créance alimentaire après décès en leur faveur⁶⁵.

Par ailleurs, qu'il s'agisse du Barreau, de la Chambre des notaires ou de l'A.Q.P.F.S., tous s'accordent pour affirmer que la liberté absolue de tester

⁶¹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-422, 429 et 430 (12 avril 1983).

⁶² ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-1733, 1736, 1739, 1741 et 1743 (28 et 29 avril 1983). Mentionnons que le R.A.I.F. suggère également des mesures pour protéger les conjoints de fait qui ont des enfants, voir ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-1740 à 1745 (28 et 29 avril 1983).

⁶³ Ce groupe souligne que lorsque l'époux dispose de ses biens à son décès sans se soucier de son épouse, il ne fait que disposer « ni plus ni moins, unilatéralement de certains biens qui ne sont pas à lui seul ». ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-446, 448, 452-454 (13 avril 1983).

⁶⁴ RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI 107 qui réforme le droit des successions en ne protégeant pas adéquatement les droits de la conjointe survivante*, mars 1983, p. 4.

⁶⁵ SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, mars 1983, p. 140 et 141; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-464, 465, 467-470 (13 avril 1983); ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-1733 (28 avril 1983).

ne pose que peu ou pas de problèmes dans la pratique⁶⁶. Lors des discussions, des acteurs soulèvent le fait que certains problèmes invoqués comme des conséquences malheureuses découlant de la liberté absolue de tester peuvent aussi naître à la suite de la dissolution du mariage par un divorce. Ils en profitent également pour discuter des solutions qui existent pour régler les problèmes engendrés par la rupture de l'union quelle qu'en soit la cause, soit la prestation compensatoire et le partage des régimes matrimoniaux⁶⁷. Les problèmes mis en lumière dans le reste du Canada à la suite d'un arrêt de la Cour suprême où la Cour a refusé d'octroyer une part des biens du mari à son épouse qui invoquait sa contribution à l'acquisition de ces biens au cours de nombreuses années de mariage et par son travail dans le cadre des activités d'élevage de son mari. (*Murdoch*⁶⁸) sont aussi soulevés, tout en reconnaissant qu'une réserve successorale n'apporterait pas de solution à ce type de situation⁶⁹.

Nous observons ici un premier glissement dans les discussions. Alors qu'il était question de la liberté de tester et de la *transmission du patrimoine*

⁶⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-394, 395, 429, 430 (12 avril 1983), p. B-449, 453 et 467 (13 avril 1983).

⁶⁷ Plusieurs discutent de la solution apportée au problème de la liberté de tester par la prestation compensatoire qui est applicable au décès, notamment ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-394 (12 avril 1983). Pour un groupe comme le R.A.I.F., c'est un véritable « scandale » qu'une femme doive prouver qu'elle a enrichi son conjoint pour avoir des droits sur des biens familiaux. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-1738 et 1739 (28 avril 1983).

⁶⁸ *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423. Dans cette affaire, il est question de partage des biens entre des époux de leur vivant. L'arrêt *Murdoch* est un appel d'une décision de l'Alberta.

⁶⁹ Voir notamment ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-407 (12 avril 1983) et p. B-451 (13 avril 1983).

au décès, certains acteurs soulèvent la question du *partage du patrimoine* entre les époux à la fin du mariage. Même si ces acteurs conviennent qu'il peut y avoir un problème d'ordre moral ou économique avec la liberté de tester, ce problème n'est pas jugé plus préoccupant que celui qui peut se présenter lors de la rupture du mariage du vivant des époux. Ce glissement vers la question du *partage du patrimoine* va, nous le verrons, s'accroître au fil des discussions.

S'il est évident qu'aucun consensus ne se dégage en ce qui a trait aux mécanismes à adopter afin de protéger la famille immédiate du *de cuius* à la suite du décès, il n'y a pas davantage de consensus sur la nécessité de légiférer pour limiter la liberté de tester. La question de la réserve successorale est d'ailleurs qualifiée de « patate chaude » en commission parlementaire⁷⁰!

Néanmoins, si quelqu'un devait se voir reconnaître plus de droits à la suite du décès, tous conviennent que ce devrait être l'époux survivant à qui l'on semble enclin à reconnaître certains droits dans la propriété des biens du défunt, contrairement aux enfants. Le Projet de loi 107 n'est jamais entré en vigueur. Il est mort au feuilleton.

B. Vers une prise en compte des besoins de la famille

Un nouveau projet – le Projet de loi 20 – est déposé à l'Assemblée nationale en 1984⁷¹. Il a pour but de réformer le droit des personnes, des successions et des biens.

⁷⁰ Voir les propos de M. Polak, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 4^e session, 32^e législature, commission permanente de la justice, p. B-467 (13 avril 1983).

⁷¹ *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Projet de loi 20, 5^e session, 32^e législature (Québec). Pierre-Marc Johnson est alors

Ce projet propose des dispositions législatives en matière d'obligation alimentaire après le décès, mais il ne prévoit toujours aucune réserve successorale. Le point de départ des discussions a néanmoins changé par rapport au projet de loi discuté précédemment puisqu'il est envisagé d'assurer une protection minimale à certains proches du défunt même si, ce faisant, on s'écarte des volontés du testateur. Ce changement est significatif puisque la prémisse est dorénavant que la loi doit se préoccuper des besoins de la famille lorsqu'il est question de la transmission du patrimoine au décès, plutôt qu'uniquement les volontés du testateur. Le gouvernement expose ainsi qu'il n'est plus possible de traiter des volontés du testateur en faisant totalement abstraction des besoins de la famille.

Contrairement au Projet de loi 107, la présentation du Projet de loi 20 n'est pas suivie d'une consultation publique. Le Barreau du Québec⁷² et la Chambre des notaires du Québec⁷³ sont les seuls groupes amenés à se prononcer sur son contenu. Le professeur Jean Pineau participe également aux discussions sur le livre *Des successions*, à titre d'expert pour le parti à l'opposition⁷⁴.

ministre de la Justice (P.Q.). Ce second projet regroupe d'anciens Projets de loi (les Projets 106, 107 et 58).

⁷² SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, juin 1985; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-290 à S-CI-308 (6 juin 1985).

⁷³ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur le Livre des successions*, *Projet de loi 20*, 3 juin 1985; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-279 à S-CI-290 (6 juin 1985).

⁷⁴ La présence du Barreau et de la Chambre des notaires a cependant pour but d'assurer la cohérence juridique des changements législatifs qui seront adoptés. Elle résulte, en effet, d'une demande faite par un député du parti à l'opposition qui soulève le caractère « spécial » des travaux sur la réforme du Code civil en regard de projets de loi sectoriels et qui rappelle que

Comme ce fut le cas lors de l'étude du Projet de loi 107, la sous-commission qui étudie le Projet de loi 20 profite de l'examen du projet pour discuter de l'ensemble des façons de circonscrire la liberté testamentaire. Par ailleurs, même si le projet de loi présenté restreint l'étendue de la liberté de tester au moyen de l'obligation alimentaire après le décès, les membres de la sous-commission et les intervenants reviennent sur la question de la pertinence de limiter cette liberté.

La Chambre des notaires continue de penser que le testateur est le mieux placé pour décider ce qu'il doit advenir de ses biens⁷⁵. Toutefois, elle ajoute que si le législateur devait néanmoins décider de restreindre cette liberté, la Chambre privilégierait que ce soit au moyen d'une réserve, notamment parce que la réserve rejoint la philosophie civiliste⁷⁶.

Au contraire, le Barreau ne voit pas pourquoi la loi imposerait une réserve à tous les testateurs alors que la liberté de tester ne donne lieu qu'à de

l'O.R.C.C. a mis vingt ans pour étudier le Code alors que la sous-commission s'apprête à n'y consacrer qu'un mois ou un mois et demi. Le ministre de la Justice accepte que la Chambre des notaires et le Barreau fassent une présentation avant l'étude de chacun des trois livres (biens, personnes et successions) et qu'ils soient présents pendant les travaux. Le ministre souligne néanmoins que cette possibilité n'est accordée qu'à deux organismes qui ont, comme les autres groupes, « des intérêts et une certaine vision des choses ». Pour ce qui est de la présence de Jean Pineau, c'est le ministre de la Justice qui a proposé de fournir un spécialiste des questions de droit civil au parti à l'opposition. Voir les propos des députés Leduc et Rivest et du ministre Johnson, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, commission des institutions, p. CI-402, 403 et 405 (2 mai 1985).

⁷⁵ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur le Livre des successions, Projet de loi 20*, 3 juin 1985, p. 5 et 6; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-279 à S-CI-290 (6 juin 1985).

⁷⁶ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur le Livre des successions, Projet de loi 20*, 3 juin 1985, p. 11 et 12. Soulignons que la Chambre des notaires mentionne également qu'il faut tenter de rétablir l'équilibre économique entre les époux de leur vivant, et non uniquement à la suite du décès. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-289 (6 juin 1985).

rare abus⁷⁷. Le Barreau suggère qu'une notion de « *family assets* », comme prévue dans la loi ontarienne, réglerait le problème de la réserve⁷⁸. Il mentionne également que si la loi devait limiter la liberté de tester, il serait préférable que ce soit par l'introduction de règles prévoyant la survie de l'obligation alimentaire après le décès. Lors des auditions à la sous-commission des institutions, un des représentants du Barreau souligne néanmoins que « c'est sûr que s'il y avait une liberté totale de tester, on ne crierait pas »⁷⁹.

S'il faut limiter le testateur, le Barreau préfère que ce ne soit qu'en cas de besoin des proches et grâce au mécanisme de l'obligation alimentaire après décès, alors que la Chambre des notaires préfère que la liberté de tester soit limitée par une réserve successorale fixe. Soulignons toutefois que les deux ordres professionnels s'entendent pour affirmer que la liberté de tester n'est pas un réel problème. Ils ne jugent pas impératif de modifier l'étendue des droits du testateur puisqu'ils n'y voient pas de problèmes concrets répandus. Pour eux, le maintien de la liberté de tester est tout à fait envisageable.

Lors de l'étude détaillée du projet de loi, les membres de la sous-commission des institutions reviennent à la question de départ qui est de savoir si l'on doit maintenir la liberté absolue de tester ou si l'on doit la limiter en instaurant une réserve, une créance alimentaire ou un autre mécanisme⁸⁰.

⁷⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-290 à S-CI-308 (6 juin 1985).

⁷⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-307 (6 juin 1985).

⁷⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-302 (6 juin 1985).

⁸⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-544 à 560 (14 juin 1985).

Après avoir relevé les avantages et les inconvénients de la liberté illimitée de tester, de la réserve et de la survie de l'obligation alimentaire, tous les députés conviennent qu'il est important d'établir une forme de protection pour certains proches du défunt à la suite de son décès⁸¹. Malgré le fait que les situations factuelles problématiques soient peu nombreuses, les députés conviennent que la loi doit aussi se préoccuper des cas marginaux.

Au cours de l'étude de la question de la liberté de tester, le ministre de la Justice de l'époque, Pierre-Marc Johnson, intervient pour informer la sous-commission des institutions qu'un nouveau document contenant une synthèse de tous les éléments abordés relativement à la liberté de tester – dont les diverses options envisageables pour restreindre cette liberté – leur sera remis pour étude⁸². Il explique que le « problème » est que « nous partons d'une situation de liberté de tester » et que la Commission ainsi que le gouvernement reconnaissent que « nous pouvons intervenir dans cette notion de liberté de tester » afin que notre Code civil reflète l'évolution de notre société, et ce, à la lumière du droit étranger, notamment d'inspiration civiliste⁸³. Il souhaite que la sous-commission examine – encore une fois – les différentes hypothèses lorsque le nouveau document sera déposé⁸⁴.

Soulignons que l'intervention du ministre de la Justice constitue un pas en arrière puisqu'on revient à la « possibilité » d'intervenir en matière de liberté de tester et non à la « nécessité » de le faire. Le ministre de la Justice

⁸¹ Si ceux-ci semblent unanimes à vouloir protéger l'époux survivant, ce n'est toujours pas le cas pour les enfants mineurs. *Id.*, p. S-CI-547, 554 et 560 (14 juin 1985).

⁸² ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-977 à 984 (3 juillet 1985).

⁸³ *Id.*, p. S-CI-977 et 978 (3 juillet 1985).

⁸⁴ *Id.*, p. S-CI-982 et 983 (3 juillet 1985).

compare d'ailleurs la limitation de la liberté de tester à une « liane graissée pour quelqu'un qui se promène d'arbre en arbre »⁸⁵. Sans conteste, la question est jugée délicate étant donné la primauté toujours reconnue à la propriété privée dans le Code civil et la volonté des acteurs de veiller à la cohérence du droit successoral avec les autres parties du Code.

Les acteurs sont partagés entre leur désir de préserver l'intégrité des droits du propriétaire en matière de transmission de son patrimoine et leur souci de veiller au bien-être économique des enfants, mais surtout de l'époux survivant. Mentionnons que la relation étroite qui existe entre le droit successoral et le droit familial est évoquée par les parlementaires, notamment par madame Harel, alors responsable de la réforme du Code civil, qui explique que les différents acteurs sont conscients que « dans toutes les questions de succession, même pour le sens commun de nos concitoyens, il s'agit là d'une question familiale »⁸⁶. La liberté de tester est ainsi rattachée aux autres questions qui touchent la famille.

L'étude du Projet de loi 20 se poursuit, mais celle des articles qui traitent de la protection de l'époux survivant et des enfants à la suite du décès est reportée. Si le ministre de la Justice reconnaît, au nom du gouvernement, qu'il est « possible » d'intervenir par voie de modification législative pour encadrer la liberté testamentaire, il n'est toujours pas évident qu'il soit « nécessaire » de le faire.

⁸⁵ *Id.*, p. S-CI-983 (3 juillet 1985).

⁸⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-990 (4 juillet 1985).

II. Vers le partage du patrimoine

Les débats relatifs à la liberté illimitée de tester ont fait ressortir que ce qui était considéré comme un problème de *transmission du patrimoine au décès*, au départ, pouvait également être abordé comme un problème de *partage de l'avoir familial*. Au fil des discussions, on observe une plus grande prise en compte des besoins de certains membres de la famille à la suite d'un décès (section 2.1). Les parlementaires et les intervenants s'interrogent même sur l'exclusivité des droits du propriétaire sur son patrimoine en présence d'une famille (section 2.2).

A. Du caractère familial de la transmission successorale

C'est à la fin du mois d'août 1985 que la proposition sur *Les droits du conjoint survivant et des enfants dans la succession* est présentée puis étudiée à la sous-commission des institutions⁸⁷. Cette proposition prévoit six hypothèses qui sont qualifiées de « solution à la nécessité d'accorder une protection efficace au conjoint survivant et aux enfants du défunt contre l'exercice abusif ou malencontreux de sa liberté de tester »⁸⁸. Soulignons immédiatement que le point de départ des discussions a encore changé

⁸⁷ Ce document est présenté officiellement à la sous-commission des institutions le 29 août 1985. Une copie du document est annexée à la suite des travaux de la sous-commission. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1025, annexe : *Les droits du conjoint survivant et des enfants dans la succession*. Ce document privilégie la réserve héréditaire en faveur du conjoint survivant, des enfants mineurs du défunt et de ceux qui, sans être mineurs, étaient à sa charge au jour du décès.

⁸⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, annexe, p. S-CI-1026 (29 août 1985).

puisque'il est question de la « nécessité » d'intervenir pour encadrer l'exercice de la liberté de tester, en présence d'un conjoint ou d'enfants.

Les hypothèses proposées dans le document de consultation sont : 1) la créance alimentaire; 2) la réserve en pleine propriété; 3) la réserve en usufruit; 4) la réserve en fiducie ou en rente; 5) l'attribution de biens familiaux : résidence, meubles meublants, automobile et 6) les options multiples où un choix entre différentes options est offert à l'époux survivant et aux enfants du défunt⁸⁹. Le document rappelle que les questions soulevées ont trait aux personnes à protéger, à l'étendue de la protection à accorder, à la possibilité de cumuler ou non les avantages matrimoniaux et successoraux, à l'étalement de la protection légale et aux incidences fiscales de chaque mécanisme de protection.

Différents acteurs font valoir leur point de vue sur ces hypothèses et sur la façon dont la loi peut ou doit tenir compte de la famille lors de la transmission du patrimoine successoral. En fait, neuf mémoires sont déposés relativement à la proposition gouvernementale⁹⁰.

À la lecture des mémoires et des auditions à la sous-commission, on remarque un malaise quant à la définition du problème auquel la loi cherche à apporter une solution, et ce, tant chez les parlementaires que chez les

⁸⁹ *Id.*, p. S-CI-1026 à 1029 (29 août 1985).

⁹⁰ Les personnes ou groupes qui déposent un mémoire sont : Marthe Asselin-Vaillancourt (travailleuse sociale), l'Association des femmes collaboratrices, l'Association féminine d'éducation et d'action sociale, l'Association québécoise de planification fiscale et successorale, la Chambre des notaires du Québec, la commission permanente du Barreau du Québec sur la révision du Code civil et la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des successions, la Commission des services juridiques, le Conseil du statut de la femme et le Réseau d'action et d'information pour les femmes. Soulignons que tous les groupes qui avaient déposé un mémoire lors de l'étude du Projet de loi 107 sont entendus.

intervenants⁹¹. Est-ce une question de transmission des biens au décès, d'obligation de soutien entre membres d'une même famille, de propriété familiale ou de propriété conjugale?

Une majorité de personnes ou de groupes se disent en faveur d'une réserve successorale pour le conjoint survivant⁹². Plusieurs en profitent également pour souligner que les biens accumulés par l'un des époux pendant le mariage le sont souvent grâce à la contribution des deux époux⁹³. La réserve

⁹¹ Notamment, la Chambre des notaires, le Barreau et l'A.Q.P.F.S. réitèrent que la liberté absolue de tester ne semble pas poser de réels problèmes dans la pratique, voir ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1047, 1092 et 1103 (1^{er} et 16 octobre 1985).

⁹² ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1037 à 1086 (1^{er} octobre 1985); ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens : Mémoire présenté dans le cadre de consultations particulières sur les amendements proposés aux articles 703 à 716 de l'article 2 du projet de loi 20*, Montréal, octobre 1985, p. 4; ASSOCIATION FÉMININE D'ÉDUCATION ET D'ACTION SOCIALE, *Document présenté à la sous-commission des institutions concernant la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 1^{er} octobre 1985, p. 5 et 6; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire à la sous-commission des institutions sur la réforme du Code civil (Loi 20) portant sur la réserve testamentaire*, Québec, 25 septembre 1985, p. 1, 2 et 7; RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Considérations concernant les propositions d'établissement d'une réserve dans le projet de loi 20 sur le droit des successions*, 1^{er} octobre 1985, p. 2, 4 et 5 et Marthe ASSELIN-VAILLANCOURT (travailleuse sociale), *Consultations particulières sur les amendements proposés aux articles 703 à 716 de l'article 2 du projet de loi 20 – Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 1985, p. 3. De son côté, la Chambre des notaires soutient toujours que la liberté de tester demeure la solution la plus adéquate et la plus conforme à l'opinion publique. Elle appuie cette affirmation par le résultat d'un sondage mené auprès de la population québécoise qu'elle a commandé à la maison Sorecom. Elle juge cependant que la réserve successorale représenterait un moindre mal que la survie de l'obligation alimentaire. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur la réserve héréditaire et la créance alimentaire contre la succession (Projet de loi 20)*, 30 septembre 1985, p. 2.

⁹³ Notamment, le R.A.I.F. se dit déçu qu'on n'ait pas reconnu à la femme un véritable droit sur les biens puisqu'en ce qui la concerne, il est davantage question de propriété sur les biens du

leur semble d'autant plus appropriée pour l'époux survivant que celui-ci a contribué à l'accumulation des biens. Il est donc question de reconnaître une certaine propriété sous-jacente à l'époux survivant dans les biens de son conjoint qui se matérialiserait au moment du décès.

Le Barreau⁹⁴, l'A.Q.P.F.S.⁹⁵ et la Commission des services juridiques (ci-après « C.S.J. »⁹⁶) expliquent préférer le mécanisme de la survie de l'obligation alimentaire à celui de la réserve successorale pour régler le problème de la liberté de tester. Le Barreau et la C.S.J. soulignent qu'il vaudrait mieux miser sur l'égalité du couple de son vivant⁹⁷. Le Barreau va encore plus loin et prévient que « la réserve ne doit pas servir de palliatif à

mari que de protection. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1057 à 1059 (1^{er} octobre 1985). L'A.F.C. évoque également que l'époux survivant pourrait être considéré comme le copropriétaire des biens du couple même si, légalement, les biens appartiennent au mari. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1066 (1^{er} octobre 1985). Marthe Asselin-Vaillancourt souligne que les biens sont souvent accumulés grâce au travail des deux époux. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1072 (1^{er} octobre 1985).

⁹⁴ COMMISSION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LA RÉVISION DU CODE CIVIL ET SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS, *Les vrais enjeux de la réserve héréditaire*, octobre 1985, p. 6-8.

⁹⁵ ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE, *Commentaires sur la réserve héréditaire*, 16 octobre 1985, p. 3-5.

⁹⁶ COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *La réserve héréditaire vs la survie de l'obligation alimentaire*, décembre 1985, p. 1 et 6.

⁹⁷ COMMISSION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LA RÉVISION DU CODE CIVIL ET SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS, *Les vrais enjeux de la réserve héréditaire*, octobre 1985, p. 9 et 10; COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *La réserve héréditaire vs la survie de l'obligation alimentaire*, décembre 1985, p. 2, 3 et 6.

l'insuffisance de notre système de partage de biens »⁹⁸. Autrement dit, un nouveau mécanisme de droit successoral ne doit pas tenter de régler un problème plus large de droit de la famille⁹⁹.

Les auditions à la sous-commission sont aussi utilisées pour discuter de la protection offerte à l'époux survivant par les régimes matrimoniaux et par la prestation compensatoire. Certains intervenants en viennent même à se demander si les modifications législatives proposées protègent la bonne personne étant donné le nombre grandissant de mariages qui se terminent par un divorce plutôt que par un décès¹⁰⁰. L'époux et les enfants qu'il s'agit de protéger à la suite du décès peuvent aussi – et peut-être même davantage – avoir besoin de protection à la suite de toute autre forme de rupture du mariage; l'application de la *Loi sur le divorce* pendant plus d'une dizaine d'années ayant commencé à montrer les dommages économiques qui peuvent résulter du divorce¹⁰¹.

⁹⁸ Il considère également la liberté de tester comme un « faux problème ». COMMISSION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LA RÉVISION DU CODE CIVIL ET SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS, *Les vrais enjeux de la réserve héréditaire*, octobre 1985, p. 10 et 16. Le Barreau suggère expressément que le problème de la liberté absolue de tester soit étudié dans un contexte plus large où on aborderait le problème de l'égalité des époux. Il juge qu'il y a inadéquation entre le but des modifications législatives et la solution législative proposée. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1088 à 1090 et 1095-1097 (16 octobre 1985).

⁹⁹ Une observation semblable avait été faite par l'O.R.C.C. lorsqu'il avait été question d'instaurer la séparation de biens à titre de régime matrimonial légal, mais en restreignant la liberté de tester. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, 5, Montréal, Ministère de la justice, Gouvernement du Québec, 1968, n° 8, p. 8 et 10.

¹⁰⁰ Voir notamment ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 5^e session, 32^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1041, 1042 et 1044 (1^{er} octobre 1985).

¹⁰¹ *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, c. 24.

Avec le recul, on constate que ces observations étaient évocatrices du débat qui allait suivre. Le problème n'était peut-être pas – ou n'était peut-être plus – là où on l'avait d'abord jugé. À travers la question de la *transmission du patrimoine au décès*, de plus en plus d'acteurs percevaient désormais un problème plus général de *partage de l'avoir familial*.

En décembre 1986, l'étude détaillée du Projet de loi 20 reprend, mais le parti au pouvoir a changé¹⁰². Le nouveau ministre de la Justice, Herbert Marx, retire les propositions législatives relatives à la survie de l'obligation alimentaire du Projet de loi 20 afin de procéder plus rapidement à son adoption¹⁰³. Il annonce également la formation d'un comité sur les droits économiques des époux qui aura pour mandat d'examiner l'ensemble de la question du partage de l'avoir familial et de soumettre une recommandation globale pour apporter les modifications nécessaires tant au livre de la famille qu'à celui des successions¹⁰⁴.

Le glissement amorcé lors des discussions sur le Projet de loi 107 est maintenant avéré : le gouvernement pose désormais le problème comme une question de *partage* des droits patrimoniaux entre les époux. Il n'est plus uniquement question de *transmettre* un patrimoine au décès, mais bien de veiller à son *partage* équitable, quelles que soient les circonstances de la rupture du mariage. Le ministre souligne que cette nouvelle approche a

¹⁰² L'étude du même projet est poursuivie malgré le changement de gouvernement. Madame Harel souligne la « pérennité de l'État » dans un dossier tel celui du Code civil. Elle rappelle également « que ce n'est pas imaginable de penser que le Code civil doit faire l'objet de positions partisans ». ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 1ère session, 33^e législature, sous-commission des institutions, p. S-CI-1 à 5 (17 décembre 1986).

¹⁰³ *Id.*, p. S-CI-2 (17 décembre 1986). Rappelons qu'Herbert Marx était aussi un acteur important dans le cadre du P.L. 107 et du P.L. 20, mais pour le parti à l'opposition.

¹⁰⁴ *Id.*, p. S-CI-3 (17 décembre 1986).

l'avantage de faire en sorte que la politique familiale qui sous-tend le Code civil soit « pleinement cohérente et tienne compte de tous les droits, intérêts et obligations des parties en présence, conjoint et enfants »¹⁰⁵.

Le Projet de loi 20 est sanctionné en 1987 et il doit entrer en vigueur en même temps que les autres livres du *Code civil du Québec*, une fois les travaux de la réforme terminés¹⁰⁶. Reste cependant encore à résoudre le nouveau problème ciblé : celui de la répartition de l'avoir familial à la suite d'une rupture, notamment par décès.

B. Vers un partage de l'avoir familial

C'est en juin 1988 que les ministres Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay¹⁰⁷ présentent le document intitulé *Les droits économiques des conjoints* pour consultation¹⁰⁸. Ce document est incontournable pour comprendre les restrictions apportées à la liberté de tester, puisqu'il est à la base de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*¹⁰⁹ qui est adoptée en 1989. Il confirme le glissement progressif du problème de la liberté de tester vers l'adoption d'une solution de droit « familial ».

¹⁰⁵ *Id.*, p. S-CI-2 (17 décembre 1986).

¹⁰⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 1ère session, 33^e législature, p. 6890 (15 avril 1987).

¹⁰⁷ Respectivement, ministre de la Justice et ministre déléguée à la Condition féminine.

¹⁰⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 1988, 30 p.

¹⁰⁹ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 (Projet de loi 146).

Le document expose clairement qu'il est le résultat des projets de loi étudiés précédemment et des réactions qu'ils ont suscitées chez les personnes et les groupes qui se sont exprimés à leur sujet. Il rappelle que lors des discussions sur le choix d'un mécanisme pour régler le problème de la liberté testamentaire, certains intervenants ont élargi le débat et l'ont réorienté vers une réforme du droit familial plutôt qu'une réforme limitée au droit successoral¹¹⁰. Ces intervenants ont fait valoir que les difficultés économiques que pouvait vivre une personne mariée sous le régime de la séparation de biens à la suite du décès de son époux sont similaires à celles vécues par une personne mariée sous ce régime à la suite d'une séparation de corps ou d'un divorce¹¹¹.

Le document explique que c'est pour cette raison que le débat a été étendu afin que soit étudiée simultanément la situation des époux pendant le mariage, lors d'une séparation de corps ou d'une dissolution du mariage par divorce ou par décès¹¹². Selon les termes du document, le « problème central » auquel la loi doit apporter une solution est celui causé par la séparation de biens ou, plus précisément, la situation difficile dans laquelle peut se retrouver l'époux le plus faible économiquement à la fin du mariage, quelle qu'en soit la cause¹¹³. Le document souligne que ce problème n'a pas

¹¹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 1988, p. 1.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*, p. 2.

¹¹³ *Id.*, p. 9.

été résolu par la réforme du droit de la famille en 1980 qui, au contraire, a pu aggraver la situation¹¹⁴.

Le problème ciblé n'est donc plus celui de la liberté de tester, mais celui de l'absence de partage des biens familiaux entre les époux à la fin de l'union. Ce problème se pose à la suite de toute forme de rupture du mariage.

Le document présenté à la consultation expose trois voies possibles pour régler le problème dénoncé : 1) maintenir les principes actuels en introduisant des aménagements pour résoudre les difficultés rencontrées¹¹⁵; 2) instituer le régime de la société d'acquêts à titre de régime matrimonial légal applicable à tous de façon impérative, en permettant aux époux d'y déroger par des conventions spécifiques; 3) constituer un patrimoine familial applicable impérativement à tous les époux, tout en maintenant les régimes matrimoniaux actuels pour le surplus¹¹⁶. Signalons immédiatement que le maintien du *statu quo* n'est plus une option. Le gouvernement juge que la loi « doit » être modifiée si l'on veut résoudre les déséquilibres dans les rapports patrimoniaux des époux.

Dès le départ, le gouvernement admet favoriser la dernière des options qu'il considère comme une voie mitoyenne entre les deux autres puisqu'elle

¹¹⁴ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. C'est le cas, notamment, des dispositions qui rendent les deux époux responsables des dépenses de la famille ou de celles qui rendent caduques les donations à cause de mort consenties en considération du mariage à la suite du divorce. Par ailleurs, le document souligne que la prestation compensatoire ne s'est pas avérée suffisamment efficace pour remédier aux problèmes des époux mariés sous le régime de la séparation de biens. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 1988, p. 10.

¹¹⁵ En matière de successions, cette hypothèse conduit à favoriser la survie de l'obligation alimentaire après le décès. *Id.*, p. 13.

¹¹⁶ *Id.*, p. 2 et 15.

assure une protection minimale aux époux, tout en leur permettant de choisir leur régime matrimonial¹¹⁷. Sans restreindre directement les droits du propriétaire sur son patrimoine, le patrimoine familial assure une protection économique minimale à l'époux le moins fortuné grâce au partage automatique de sa « valeur » à la fin de l'union¹¹⁸.

Outre ce partage du patrimoine familial, le gouvernement suggère de maintenir l'obligation alimentaire après le décès¹¹⁹. Le gouvernement explique que ce mécanisme a l'avantage de préserver la liberté du testateur quant au choix de ses légataires, tout en veillant à ce que ses créanciers d'aliments ne soient pas laissés totalement dans le besoin à la suite de son décès.

Comparativement aux projets de loi sur les successions, un grand nombre d'individus et de groupes se prononcent sur le nouveau document de

¹¹⁷ *Id.* Le document insiste sur le caractère « mitoyen » de cette solution.

¹¹⁸ L'idée de « biens familiaux » avait été évoquée par le Barreau du Québec à la suite du dépôt du *Livre vert sur la politique familiale*. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Document de consultation sur la politique familiale : Pour les familles québécoises*, Gouvernement du Québec, 1984, 114 p.; BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport du Comité : Livre vert sur la Politique familiale*, 1985, p. 3-5. En avril 1986, la même idée avait été reprise par le groupe Projet-Partage. PROJET-PARTAGE, *La situation des femmes mariées en séparation de biens lors de la dissolution du mariage : l'impact du jugement Poirier c. Globensky*, Montréal, 10 avril 1986, 32 p. Une liste de 73 groupes et organismes sociaux appuyant le mémoire du groupe Projet-Partage était annexée à leur document. Mentionnons que le Conseil du statut de la femme s'était aussi prononcé en faveur de la création d'un patrimoine familial, d'abord pour prévenir les injustices en cas de divorce, puis également en cas de décès. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Le partage des biens familiaux en cas de divorce*, Québec, Gouvernement du Québec, 1986; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Le partage des biens familiaux en cas de décès*, Québec, Gouvernement du Québec, 1987.

¹¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 1988, p. 18 et 19.

consultation¹²⁰. Une majorité d'acteurs se montrent en faveur des modifications législatives proposées. Bien que le point majeur de la réforme soit l'introduction d'une notion de patrimoine familial impératif dans le Code civil – une modification fondamentale à l'intérieur du droit familial québécois –, la plupart des mémoires traitent aussi de successions et abordent la question de la protection des proches du *de cuius* à la suite de son décès, que ce soit par l'intermédiaire du patrimoine familial ou de la survie de l'obligation alimentaire¹²¹. Lors des discussions en commission parlementaire toutefois,

¹²⁰ Au total, vingt-six mémoires et deux lettres sont déposés à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale. Les auteurs des mémoires sont : l'Association de médiation familiale du Québec, l'Association des banquiers canadiens, l'Association des femmes collaboratrices, l'Association féminine d'éducation et d'action sociale, le Barreau du Québec, Mireille D. Castelli, la Chambre des notaires du Québec, le Comité crédit budget et endettement de la fédération nationale des associations de consommateurs du Québec, le Comité exécutif provincial des cercles de fermières du Québec, la Commission des services juridiques, Roger Comtois, le Conseil du statut de la femme, la Fédération de la famille de Québec, la Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, la Fédération des femmes du Québec, la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, les Femmes regroupées pour l'accessibilité au pouvoir politique et économique, Pierre Issalys, Paul Laquerre, le Mouvement des caisses populaires et d'économie Desjardins, Edmond D. Pinsonnault, le groupe Projet-Partage, le Réseau d'action et d'information pour les femmes, la Tribune unique et populaire d'information juridique, Marthe Vaillancourt et William M. Mercer Limitée. Les auteurs des lettres sont : la Fédération des agricultrices du Québec et le Regroupement inter-organismes pour une politique familiale au Québec. Les auteurs de vingt-et-un mémoires seront entendus en commission parlementaire. À l'exception de l'Association québécoise de planification fiscale et successorale, tous les groupes ou individus qui avaient déposé un mémoire sur les projets de loi en droit successoral déposent aussi un mémoire dans le cadre de la consultation sur les droits économiques des conjoints. La consultation générale a eu lieu les 12, 13, 18, 19 et 20 octobre 1988, voir ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e session, 33^e législature, commission des institutions. Au moment de la consultation, le ministre de la Justice est Gil Rémillard (P.L.Q.).

¹²¹ Parmi les mémoires déposés, quatre ne traitent pas du bien-fondé ou non de la réforme proposée, mais ne font qu'aborder certains aspects techniques, soit les mémoires de l'Association des banquiers canadiens, du Mouvement des Caisses populaires et d'économie Desjardins, d'Edmond D. Pinsonnault et de William M. Mercer Limitée. Parmi les autres mémoires, seulement quatre ne traitent pas directement du décès, soit les mémoires de Projet-

les débats sont résolument tournés vers le droit familial et les questions relatives à la liberté de tester ne sont souvent traitées que de façon subsidiaire. Les acteurs s'intéressent désormais davantage à la répartition et au partage de l'avoir familial qu'à la stricte transmission des biens au décès.

Ayant constaté que la rupture du mariage entraîne souvent un déséquilibre en ce qui a trait à la valeur du patrimoine respectif de chaque époux, certains intervenants croient qu'il faut davantage qu'une aide ponctuelle pour l'époux démuné, mais un réel partage des biens ou de leur valeur¹²². Cette solution est jugée la mieux adaptée, tant à la mentalité des Québécois qu'à la situation concrète de la majorité des gens mariés au Québec¹²³. À ce titre, certains réfèrent à un sondage réalisé en 1986 qui dévoile que 75 % des Canadiens seraient d'accord pour partager à parts égales les biens accumulés pendant le mariage¹²⁴. Le partage des biens accumulés

partage (qui en avait toutefois discuté dans son mémoire précédent), des Femmes regroupées pour l'accessibilité au pouvoir politique et économique, du Comité crédit budget et endettement de la Fédération nationale des associations de consommateurs du Québec et du professeur Roger Comtois.

¹²² ASSOCIATION DE MÉDIATION FAMILIALE DU QUÉBEC, [*Mémoire sur les droits économiques des conjoints*], 1988, p. 3; ASSOCIATION FÉMININE D'ÉDUCATION ET D'ACTION SOCIALE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 8; BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Proposition gouvernementale relative aux droits économiques des conjoints*, septembre 1988, p. 1; COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *Mémoire présenté à la Commission des Institutions sur Les droits économiques des conjoints*, juillet 1988, p. 8 et 21; FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, *Mémoire préparé pour la consultation générale sur le document intitulé : « Les droits économiques des conjoints »*, 1^{er} septembre 1988, p. 26; Pierre ISSALYS, *Observations sur le document intitulé les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 2-4.

¹²³ Mireille D. CASTELLI, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, 12 août 1988, p. 1

¹²⁴ COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *Mémoire présenté à la Commission des Institutions sur Les droits économiques des conjoints*, juillet 1988, p. 21. Mentionnons que la situation vécue par les Québécois – mais surtout par les Québécoises – à la suite d'un divorce, d'une séparation ou d'un décès est comparée à celle que vivent les autres Canadiens. Certains

par les époux s'inscrit même, pour certains, comme un « droit fondamental » qui résulte du mariage¹²⁵.

Des acteurs reprochent à la législation en place de nier l'existence d'un véritable patrimoine conjugal, qui existerait dans les faits et qui serait reconnu comme tel par les époux¹²⁶. Les références en ce sens sont nombreuses. Par exemple, des groupes déplorent qu'une femme mariée doive parfois « prouver » qu'une partie de l'avoir familial lui revient, ce qui leur semble aller de soi¹²⁷. Certains acteurs accusent le régime de la séparation de biens d'être « responsable » du déséquilibre économique entre les patrimoines des époux¹²⁸. D'autres jugent qu'il est « inconcevable » que des femmes se retrouvent sans ressources financières à la suite de la dissolution de leur mariage « parce que d'office certains contrats de mariage et la pratique juridique ne reconnaissent pas leur apport au patrimoine familial et les

rappellent, à ce sujet, les propos du juge Nichols dans l'arrêt *Poirier c. Globensky* : « la loi québécoise n'est pas aussi équitable envers les conjoints qu'elle ne l'est au pays, mais il s'agit là d'une question de politique générale qui ne relève pas de la compétence des tribunaux... » (*Droit de la famille-67*, [1985] C.A. 135).

¹²⁵ FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES DU QUÉBEC, *Mémoire concernant les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 3.

¹²⁶ À ce titre, ce sont particulièrement les règles de la séparation de biens qui sont visées.

¹²⁷ COMITÉ CRÉDIT BUDGET ET ENDETTEMENT DE LA FÉDÉRATION NATIONALE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS DU QUÉBEC, *Mémoire concernant le document « Les droits économiques des conjoints »*, septembre 1988, p. 4; TRIBUNE UNIQUE ET POPULAIRE D'INFORMATION JURIDIQUE, *Mémoire du partage*, 15 août 1988, p. 8 et 11.

¹²⁸ ASSOCIATION FÉMININE D'ÉDUCATION ET D'ACTION SOCIALE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 4; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*, Gouvernement du Québec, adopté par les membres lors de l'assemblée des 30 et 31 août 1988, 1988, p. 7; FEMMES REGROUPÉES POUR L'ACCESSIBILITÉ AU POUVOIR POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, 7 septembre 1988, p. 2.

désavantagent injustement »¹²⁹. Des intervenants soulignent qu'il faut éviter qu'un conjoint ne soit « dépossédé » par l'application de la législation¹³⁰. Certains parlent également de « préserver » le droit au partage des biens familiaux de chaque conjoint que le droit pourrait autrement nier¹³¹. Ils expliquent qu'il n'est pas question de compensation ou de rétribution d'un époux par l'autre conjoint, mais bien de la reconnaissance d'un droit au partage¹³². Suivant la compréhension de ces acteurs, le patrimoine accumulé pendant le mariage appartient aux deux époux.

D'ailleurs, la plupart des intervenants considèrent que les biens accumulés par les époux pendant leur mariage sont reconnus par ceux-ci comme étant la propriété des deux conjoints. Plusieurs croient que dans l'esprit des époux, « ils bâtissent un patrimoine commun, peu importe leur régime matrimonial »¹³³. Pour certains, les biens sont acquis en vue de leur usage par la famille¹³⁴. Quelles que soient les stipulations du contrat de mariage ou les règles prévues par le régime matrimonial, dans les faits, il y

¹²⁹ ASSOCIATION FÉMININE D'ÉDUCATION ET D'ACTION SOCIALE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 16.

¹³⁰ TRIBUNE UNIQUE ET POPULAIRE D'INFORMATION JURIDIQUE, *Mémoire du partage*, 15 août 1988, p. 11 et 12.

¹³¹ Marthe VAILLANCOURT, *Les droits économiques des conjoints*, novembre 1988, p. 1 et 2.

¹³² FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES DU QUÉBEC, *Mémoire concernant les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 4; Pierre ISSALYS, *Observations sur le document intitulé les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 23 et 24; Marthe VAILLANCOURT, *Les droits économiques des conjoints*, novembre 1988, p. 1.

¹³³ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Mémoire présenté lors de la consultation sur « Les droits économiques des conjoints »*, 27 septembre 1988, p. 4.

¹³⁴ Mireille D. CASTELLI, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, 12 août 1988, p. 3; Pierre ISSALYS, *Observations sur le document intitulé les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 23 et 24.

aurait généralement un partage des tâches et une accumulation des biens en commun par les époux¹³⁵. Une fois qu'on applique certaines conventions matrimoniales ou certaines dispositions législatives, on s'empêcherait de regarder la situation concrète du couple pour s'en remettre aux règles usuelles en matière de propriété. Le mariage est décrit comme une institution qui doit impliquer un partage entre les conjoints¹³⁶. Il est perçu comme un « *partnership* »¹³⁷, une association économique qui doit être reconnue par la loi¹³⁸. Selon ces acteurs, c'est la loi qui qualifierait mal les situations vécues et qui, conséquemment, serait responsable des problèmes dénoncés.

Le partage du patrimoine familial est jugé tout aussi adéquat en cas de rupture qu'en cas de décès¹³⁹. La reconnaissance d'un patrimoine partageable semble même, pour certains, plus évidente encore à la suite d'un décès. En effet, des groupes considèrent que dans ce dernier cas, c'est tout le patrimoine familial qui devrait être remis à l'époux survivant¹⁴⁰. On comprend que pour

¹³⁵ ASSOCIATION FÉMININE D'ÉDUCATION ET D'ACTION SOCIALE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 16; COMITÉ EXÉCUTIF PROVINCIAL DES CERCLES DE FERMÈRES DU QUÉBEC, *Les droits économiques des conjoints*, septembre 1988, p. 8; FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES DU QUÉBEC, *Mémoire concernant les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 4; FEMMES REGROUPÉES POUR L'ACCESSIBILITÉ AU POUVOIR POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, 7 septembre 1988, p. 2.

¹³⁶ Paul LAQUERRE, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 6.

¹³⁷ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Proposition gouvernementale relative aux droits économiques des conjoints*, septembre 1988, p. 1.

¹³⁸ COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *Mémoire présenté à la Commission des Institutions sur Les droits économiques des conjoints*, juillet 1988, p. 1 et 2.

¹³⁹ ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, *Les femmes collaboratrices et les droits économiques des conjoints*, septembre 1988, p. 11.

¹⁴⁰ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*, Gouvernement du Québec, adopté par les membres lors de l'assemblée des 30 et 31 août 1988, 1988, p. 4 et 18; FÉDÉRATION DES

ces derniers, non seulement le patrimoine est-il accumulé par les deux époux, mais il l'est au bénéfice de ces époux et non de leurs héritiers. Ce sont cette accumulation et cette destination communes du patrimoine qui justifieraient qu'au décès d'un époux, l'autre recueille le patrimoine familial en entier.

Plus précisément au sujet de la liberté de tester, les acteurs qui s'étaient déjà prononcés adaptent leur position en fonction des nouvelles propositions du document de consultation, mais les fondements de leurs représentations demeurent sensiblement les mêmes. Tous les acteurs qui avaient souhaité qu'on prévoie une réserve successorale en faveur de l'époux survivant sont assez favorables aux propositions qu'on retrouve dans le document de consultation. S'ils semblent prêts à renoncer à la création d'une réserve successorale pour l'époux survivant, ce n'est pas parce qu'ils voient de nouveaux avantages dans le mécanisme de la créance alimentaire après le décès, mais parce qu'on propose maintenant l'instauration d'un patrimoine familial qui reconnaît des droits sous-jacents à l'époux survivant dans le patrimoine de son conjoint¹⁴¹. La contribution du conjoint à l'accumulation

TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Mémoire présenté lors de la consultation sur « Les droits économiques des conjoints »*, 27 septembre 1988, p. 13; RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Les droits économiques des conjoints : Une réforme en peau de chagrin*, septembre 1988, p. 17.

¹⁴¹ ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, *Les femmes collaboratrices et les droits économiques des conjoints*, septembre 1988, p. 7 : « En ce qui concerne les successions, nous avons toujours défendu le principe de la réserve héréditaire. Cependant, compte tenu des oppositions, soulevées notamment lors de l'étude du Projet de loi 20, suscitées par cette proposition, nous avons pris connaissance d'autres voies d'orientation possibles pour le partage des biens familiaux lors du décès d'un conjoint. »; Mireille D. CASTELLI, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, 12 août 1988, p. 7 et 8 : l'obligation alimentaire « alliée à l'existence des biens familiaux semble la meilleure solution actuellement envisageable pour arriver à une solution la plus juste possible »; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*, Gouvernement du Québec, adopté par les membres lors de l'assemblée des 30 et 31 août 1988, 1988, p. 19 : « cette solution [le patrimoine familial] préserve le conjoint survivant de toute

des biens pendant le mariage est ainsi toujours reconnue, même si elle ne l'est plus à travers une réserve¹⁴².

Pour ce qui est des dispositions législatives relatives à la survie de l'obligation alimentaire après le décès, la plupart des acteurs se montrent favorables à l'idée de restreindre spécifiquement la liberté du testateur au bénéfice des personnes qui sont ses créanciers d'aliments de son vivant¹⁴³. En fait, seule la Chambre des notaires réitère expressément que le maintien de la liberté de tester demeure la solution la plus adaptée à la « volonté » des Québécois¹⁴⁴. Elle conserve sa position quant au maintien de la liberté de tester tout en se déclarant globalement contre la proposition d'instaurer un patrimoine familial obligatoire¹⁴⁵. Pour elle, qu'il soit question de droit

tentative d'exhérédation par son conjoint »; Marthe VAILLANCOURT, *Les droits économiques des conjoints*, novembre 1988, p. 3 : « Puisque, pour différentes raisons, la notion de réserve héréditaire n'a pas été retenue, je serai d'accord, en partie du moins, avec la proposition gouvernementale actuelle. Toutefois, j'insiste pour qu'on ajoute, les fonds de pension privés et les assurances qui y sont assortis, au patrimoine familial déjà décrit dans le document présenté en consultation. ». Voir aussi dans le même sens, RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Les droits économiques des conjoints : Une réforme en peau de chagrin*, septembre 1988, p. 17 : « Si l'un des deux meurt sans testament, la maison familiale et les meubles, de même que la voiture devraient aller en entier au conjoint/e survivant/e afin de préserver le lieu de vie de la famille ».

¹⁴² Me Cossette soulignera d'ailleurs plus tard que le patrimoine familial et la survie de l'obligation alimentaire font partie d'un ensemble qui doit « assurer d'une meilleure façon des droits économiques au conjoint survivant ». ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e session, 33^e législature, commission des institutions, p. CI-2672 (8 juin 1989).

¹⁴³ Quinze mémoires traitent des règles en matière de survie de l'obligation alimentaire après le décès. Parmi ceux-ci, il n'y en a que deux qui se disent contre ces règles et qui ne réitérent pas la nécessité de restreindre la liberté du testateur, soit celui de la Chambre des notaires du Québec et celui de l'Association de médiation familiale du Québec.

¹⁴⁴ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur « Les droits économiques des conjoints »*, 6 septembre 1988, p. 20 et 21.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 3 et 20. La ministre Gagnon-Tremblay et le président de la commission, Monsieur Fillion, soulignent le caractère « très différent » et « original dans le sens de distinct des autres mémoires » du mémoire de la Chambre des notaires. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des*

successoral ou de droit familial, c'est l'autonomie de la volonté et l'intégralité des droits du propriétaire relativement à son patrimoine qui doivent être préservées¹⁴⁶.

C'est la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*¹⁴⁷ qui est adoptée à la suite de ce débat et, avec elle, les dispositions législatives relatives au patrimoine familial et à la survie de l'obligation alimentaire qui ont restreint – et qui restreignent toujours – la liberté des testateurs québécois. L'introduction de réserves successorales dans le *Code civil du Québec* n'aura pas lieu.

III. Conclusion

Cette étude montre comment, dans le cadre des discussions sur la pertinence de limiter la liberté de tester en droit successoral québécois, l'enjeu s'est déplacé. Des acteurs ont élargi le débat initial qui portait sur la transmission du patrimoine au décès, pour le recentrer sur la question du partage de l'avoir familial. Cette mutation contribue à expliquer pourquoi le droit successoral québécois a continué à ignorer les réserves successorales.

débats, 2^e session, 33^e législature, commission des institutions, p. CI-1321 et CI-1323 (20 octobre 1988).

¹⁴⁶ Sans rejeter les objectifs de la réforme, la Chambre des notaires explique notamment qu'il faut rejeter la notion de patrimoine familial parce qu'une telle mesure est en totale contradiction avec la tradition juridique québécoise et qu'elle heurte cette tradition. Elle rappelle également l'importance des principes de la liberté contractuelle et de la liberté de tester en droit québécois. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur « Les droits économiques des conjoints »*, 6 septembre 1988.

¹⁴⁷ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 (Projet de loi 146).

Il y a près de cinquante ans, le professeur André Morel concluait sa thèse de doctorat en souhaitant « que la liberté de tester, après avoir emprunté successivement ses principes et son inspiration au droit français d'abord, puis anglais, acquière enfin une autonomie propre »¹⁴⁸. En combinant les règles sur le patrimoine familial avec celles sur la survie de l'obligation alimentaire, le Code civil québécois s'est inspiré des modèles offerts par ses cousins civilistes et par ses voisins common lawyers pour adopter des normes visant à répondre à un problème plus large ciblé par les acteurs québécois.

Qu'il s'agisse des contrats ou des successions, l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle étaient et demeurent largement valorisées par les Québécois. Elles sont érigées en principes dans le Code civil. L'attachement à ces principes contribue à expliquer l'absence de réserves successorales au Québec, comme elle permet également de justifier certaines hésitations ou lenteurs dans l'évolution du droit, notamment lorsqu'il s'agit des conjoints de fait¹⁴⁹.

¹⁴⁸ André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960, n° 128, p. 158.

¹⁴⁹ Québec (*Procureur général*) c. A., 2013 CSC 5. Voir également COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015 (en ligne : https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/_centredoc/rapports/couple-famille/droit_fam7juin2015.pdf); Christine MORIN, « Conjugalité et famille en droit québécois : Vers un changement de paradigme dans l'intérêt de tous les enfants », dans Louise LANGEVIN et Christelle LANDHEER-CIESLAK (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 415.

STUDII

*RESTAURATIO IUSTINIANUS. DESPRE
REFORMA DEZMOȘTENIRII ÎN DREPTUL
SUCCESORAL ROMÂN*

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.19
Data publicării online: 16.03.2021

Anthony MURPHY*

Rezumat: Antiteza dintre libertatea testamentară și solidaritatea familială este una din provocările redutabile ale materiei dreptului succesoral. Studiul de față abordează exclusiv tradiția continentală, unde eforturile de a depăși deosebirile dintre cele două idealuri tind să urmeze două modele principale. Unele legislații mențin modelul roman în care testatorul poate înlătura rezerva succesorală în cazurile strict prevăzute de lege, în timp ce altele preferă paradigma napoleoniană care îl privează pe defunct de această putere. Dreptul succesoral român a cunoscut ambele concepții, cel dintâi dominând perioada medievală și modernă, iar cel din urmă fiind introdus abia în a doua jumătate a secolului al XIX-lea, odată cu transplantul juridic al Codului Napoleon. Prezentul studiu arată că anumite schimbări introduse în Codul civil din 2009, mai exact recunoașterea puterii defunctului de a înlătura efectele nedemnității și reglementarea expresă a dezmoștenirii, prefigurează restaurarea modelului roman.

Cuvinte cheie: dezmoștenire, nedemnităte succesorală, rezervă, moștenire necesară, moștenitor nedemn.

* Doctorand în drept la Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca și tânăr afiliat NOUS – *Network for Constitutional Economics and Social Philosophy*, anthony.murphy@ubbcluj.ro.

RESTAURATIO IUSTINIANUS. ON THE
REFORM OF DISINHERITANCE IN THE
ROMANIAN SUCCESSION LAW

Abstract: The struggle between testamentary freedom and family protection is one of the enduring challenges in the field of succession law. This paper is exclusively concerned with the Civilian tradition, where efforts to bridge the gap between said ideals generally follow two main models. Some legal systems maintain the Roman model of allowing the testator or testatrix to lift the forced heirship in cases strictly provided by the law, whilst others prefer the Napoleonic paradigm of depriving the deceased of said power. Romanian succession law has experienced both models, with the former dominating the medieval and early modern law and the latter only introduced in the second half of the 19th century, with the legal transplant of the *Code Napoléon*. The present study argues that certain changes introduced in the Civil Code of 2009, specifically empowering the decedent to lift the effects of unworthiness and explicitly regulating the regime of disinheritance, foreshadow a return to the Roman paradigm.

Keywords: disinheritance, unworthiness to inherit, hereditary reserve, forced heirship, unworthy heir.

Cuprins

I.	Introducere.....	655
II.	Concepția romană	657
A.	Dreptul roman	657
B.	Vechiul drept românesc	659
C.	Vechiul drept francez	660
III.	Concepția napoleoniană	661
IV.	Concepția postnapoleoniană.....	666
V.	Restaurația lui Iustinian. Concepția neolatină.....	668
VI.	Concluzii	671

I. Introducere

Dezmostenirea este clauza testamentară prin care se dispune excluderea de la succesiune a moștenitorului cu chemare legală¹ – iată o aserțiune în general valabilă pentru toate legislațiile aparținând familiei juridice romano-germanice. Punctul de divergență îl descoperim în modul în care legea caută să stabilească un echilibru între *voința liberală* a autorului moștenirii, pe care se bazează instituția dezmostenirii, și *nevoia protejării familiei sale*, exprimată adeseori printr-o instituție denumită *legitimă* sau *rezervă*. În funcție de învingătorul conflictului dintre individualismul libertății de dispoziție și colectivismul solidarității familiale, tradiția dreptului continental oferă în principal două soluții:

¹ M. Eliescu, *Curs de succesiuni*, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 278; Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, vol. II – *Moștenirea testamentară*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 185, nr. 177.

(a) modelul roman, desăvârșit prin Novella 115 din timpul împăratului Iustinian, constând într-o *exhereditatio* care stinge *portia legitima* în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege², condiționând datoria de afecțiune a defunctului de conduita rezervatarului;

(b) modelul napoleonian, purtând amprenta ideologică a Revoluției Franceze și desăvârșit de Codul Napoleon (1804), care suprimă consacarea legală a dezmoștenirii și conferă caracter absolut prezumției pe care se fundamentează rezerva ereditară.

În cea dintâi concepție, nedemnitățile succesorală și dezmoștenirea formează un dualism: *indignitas* are o fundamentare subiectivă, constând într-o prezumție legală a voinței defunctului de a-l exclude de la succesiune pe nedemn. În cea din urmă concepție, nedemnitățile a primit o fundamentare obiectivă, constând în rațiuni de ordine publică. Ambele perspective se regăsesc în evoluția dreptului succesoral român: cea romană domină vechiul drept românesc, în timp ce modelul napoleonian îi succede sub imperiul Codului civil din 1864.

Zorii secolului al XXI-lea marchează, în schimb, metamorfoza concepției napoleoniene într-una *postnapoleoniană*: reformele succesoriale din Franța și Italia au recunoscut testatorului puterea de a înlătura efectele nedemnității. În România, Codul civil din 2009 a introdus aceeași reformă, însă a făcut un pas în plus: reglementarea expresă a dezmoștenirii. Acestea constituie premisele necesare unei restaurații a concepției romane, însă nu sunt suficiente. Prezentul studiu își propune să scoată în evidență pașii care

² În taxonomia sistemelor de dezmoștenire este amintit și modelul roman rudimentar constând într-o „dezmoștenire formală, exprimată astfel și privând de legitimă (dreptul roman primitiv), sau una exprimată și care lasă un lucru simbolic (dreptul basc)” (R.I. Martínez, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2013, p. 1210). Acest sistem nu este la fel de răspândit și nu prezintă interes pentru dreptul nostru.

au mai rămas de parcurs pentru refacerea dualismului nedemnitate-dezmoștenire. Astfel, în secțiunile următoare vom aborda concepțiile (II) romană, (III) napoleoniană, respectiv (IV) postnapoleoniană, precum și (V) perspectivele de reformă în materia dezmoștenirii în dreptul român.

II. Concepția romană

Dualismul nedemnitate-dezmoștenire a apărut în (A) dreptul roman, de unde a fost mai târziu receptat în (B) vechiul drept românesc și (C) francez.

A. Dreptul roman

Evoluția problemei începe, așa cum se întâmplă cu cele mai multe din instituțiile dreptului succesoral român, în dreptul roman. La început, testatorul își putea manifesta ultima voință doar cu concursul adunării curiate, sub forma testamentului *calatis comitiis*.³ Legea Celor XII Table îi recunoaște, ulterior, libertate de voință prin reducerea rolului adunării, care devine un simplu martor colectiv.⁴ Sub imperiul legii amintite, dezmoștenirea este expresia puterii de viață și de moarte recunoscute lui *pater familias*, sens în care o putea dispune fără justificări.⁵ Cele dintâi îngrădiri erau de ordin

³ C.S. Tomulescu, *Drept privat roman*, Tipografia Universității din București, 1975, p. 203, nr. 308.

⁴ *Ibidem*.

⁵ J.B. Furgole, *Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort, et autres dispositions de dernière volonté*, t. 2, L. Cellot, Paris, 1779, p. 616.

formal⁶, introduse pe cale pretoriană:⁷ fiii nu puteau fi trecuți sub tăcere (*i.e. praeterire*), ci trebuiau să fie ori instituiți, ori exheredați.⁸

Îngrădirea substanțială a libertății testamentare s-a produs abia spre sfârșitul republicii, în contextul eroziunii autorității lui *pater familias*.⁹ Confruntat cu proliferarea dezmoștenirilor¹⁰, tribunalul centumvirilor s-a folosit de două prezumții – datoria morală a părintelui față de copii, denumită *officium pietatis*¹¹, respectiv ficțiunea lipsei de discernământ a testatorului¹² – pentru a desființa testamentul: astfel s-a născut acțiunea *querela inofficiosi testamenti*.¹³ Pentru a evita un abuz în sens invers, prin proliferarea acestor acțiuni, datoria de afecțiune a evoluat în *quarta legitima*, o rezervă în sensul de *pars bonorum*, având cuantumul de un sfert din moștenire.¹⁴

Forma desăvârșită a concepției romane în materia dezmoștenirii a fost atinsă abia în epoca postclasică, sub împăratul Iustinian. Prin Novella 115, acesta aduce o ultimă îngădire de ordin substanțial în materia exheredării prin reglementarea limitativă a cazurilor care pot fi invocate pentru a dispune îndepărtarea de la moștenire.¹⁵ Cu șase ani în urmă, în anul 536, tot Iustinian

⁶ J-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, p. 1229.

⁷ C.S. Tomulescu, op.cit., p. 213, nr. 330.

⁸ *Ibidem*.

⁹ E. Molcuț, *Drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 158, nr. 148.

¹⁰ J. Domat, *The Civil Law in its Natural Order*, vol. II, Little, Brown & Co., Boston, 1861, p. 437, nr. 3340.

¹¹ I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român*, vol. III, SOCEC, București, 1948, p. 685, nr. 1671.

¹² J. Domat, op.cit., p. 437, nr. 3343.

¹³ E. Molcuț, op.cit., p. 159, n. 148.

¹⁴ I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op.cit., p. 685, nr. 1671.

¹⁵ J. Domat, op.cit., p. 437, nr. 3340; J-P. Lévy, A. Castaldo, op.cit., p. 1231.

actualiza *portia legitima* în Novella 18, măbind cota la o treime din moștenire, respectiv jumătate atunci când copiii sunt în număr mai mare de patru.¹⁶

Capitolul III din Novella 115 a interzis praeterirea descendenților, cu două excepții: fie acordarea, pe alte căi (*e.g.* donație, legat), a părții cuvenite acestora în baza legii, fie indicarea uneia din cele paisprezece cauze de nedemnitare prevăzute expres și limitativ în respectivul capitol. În egală măsură, capitolul IV enumera șapte cazuri de justă exheredare a ascendenților de către descendenți. Interpretând dispozițiile capitolului III observăm că incidența cauzelor de dezmoștenire stingea obligația acordării legitimei. Așadar, concepția romană asupra exheredării constă într-o clauză testamentară cu caracter de pedeapsă care intervine strict în cazurile expres și limitativ prevăzute de legiuitor.

B. Vechiul drept românesc

În esență, vechiul drept românesc a preluat concepția romană a dualismului nedemnitare-dezmoștenire.¹⁷ Cu toate că nu putem avea o imagine completă a dreptului cutumiar din pricina lipsei izvoarelor istorice în mileniul întunecat, știm că dezmoștenirea intervenea ca sancțiune pentru fapte de nedemnitare.¹⁸ În schimb, dreptul scris ne oferă o imagine mai bine conturată a instituțiilor juridice. Dualismul amintit poate fi regăsit, în etapa feudală a dezvoltării dreptului românesc, în *Îndreptarea legii*; fiind mai

¹⁶ N.18.1.

¹⁷ Pentru mai multe amănunte, a se vedea studiul nostru anterior: A. Murphy, „Evoluția dualismului nedemnitare-dezmoștenire în vechiul drept românesc, de la *Îndreptarea Legii la Codul Calimach*”, în *Conferința internațională a doctoranzilor în drept. Studii și cercetări juridice europene*, ediția a 12-a, Ed. Universul Juridic, București, 2020, pp. 460-466.

¹⁸ O. Sachelarie, în I. Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc*, vol. I, Ed. Academiei RSR, București, 1980, p. 525.

curând o compilație după Bazilicale decât o codificare propriu-zisă, această legiuire nu a oferit, totuși, decât o reglementare rudimentară. Fără a utiliza denumirile de nevrednicie sau dezmoștenire, această pravilă prelua cazuri enumerate în Novella 115 și permitea iertarea nedemnului.

Deplina maturitate a instituțiilor vechiului drept românesc a fost atinsă abia în codificările moderne. O asemenea operă o constituia Codul Calimach, îmbinare savantă a Bazilicalelor cu tendințele străine (mai ales Codul civil austriac) și obiceiul pământului.¹⁹ Exheredarea avea ca menire excluderea de la succesiune a moștenitorilor necesari – ceilalți putând fi îndepărtați prin simpla praeterire – în cazurile expres și limitativ prevăzute de textele §§978-980 Cod Calimach. Sub acest aspect, dispozițiile §978 preluau cazurile capitolului III din Novella 115 (exheredarea copiilor de către părinți), în vreme ce §979 le valorifica pe cele ale capitolului IV. Textul §980 făcea trimitere la cazurile de nevrednicie din §§695 și 697, după modelul §770 din Codul civil austriac. O prevedere mai stranie întâlnim la §981, care permitea dezmoștenirea fiului risipitor, însă fără a stinge legitima: aceasta revenea descendenților celui privat de ea.

C. Vechiul drept francez

În vechiul drept francez, exheredarea constituia „actul prin care o persoană exclude de la moștenirea sa, pentru o rațiune justă, pe oricare din copiii săi sau alte rude”.²⁰ În esență, cazurile de exheredare din vechiul drept francez valorificau Novella 115 (*e.g.* raporturile ilicite cu mama vitregă sau

¹⁹ Ș.G. Berechet, *Istoria vechiului drept românesc*, vol. I – *Izvoarele*, Tipografia Goldner, Iași, 1933, p. 240.

²⁰ R.J. Pothier, *Traité des successions*, en M. Dupin, *Œuvres de Pothier: contenant les traités du droit français*, t. 7, Bechet Ainé, Paris, 1825, p. 28.

concubina tatălui²¹). În regiunile nordice, aflate sub puterea dreptului cutumiar (*pays de coutumes*) și influențate de dreptul germanic, moștenirea nu putea fi decât legală. În regiunile de drept scris (*pays de droit écrit*), care recunoșteau instituția testamentului, praeterirea a fost interzisă, fiind asemuită dezmoștenirii fără justă cauză: precum în dreptul roman, testatorul era ținut fie să-și instituie moștenitorii, fie să-i dezmoștenească.²²

III. Concepția napoleoniană

Codul Napoleon (1804) este fructul transformărilor profunde prin care a trecut societatea franceză după Revoluția din 1789. Ca operă legislativă, acesta marchează deopotrivă o ruptură (față de vechile realități socio-politice) și o sinteză (a vechiului drept francez). Această imagine se reflectă și în felul în care a fost configurat dreptul succesoral: o materie animată de idealurile Revoluției (*e.g.* principiul egalității) și în căutarea unui echilibru între *pays de coutumes* și *pays de droit écrit*.²³ Rațiunea legiuitorului francez de la 1804 nu ar putea fi înțeleasă în lipsa acestor coordonate, iar concepția asupra dezmoștenirii nu face excepție.

În privința dezmoștenirii, Codul Napoleon preia reformele din dreptul intermediar (1789-1804), sens în care exheredarea rezervatarilor a fost interzisă. Unii autori au încercat să justifice aparenta abrogare prin

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² J.B. Furgole, *op.cit.*, p. 611, nr. 2; J. Domat, *op.cit.*, p. 439, nr. 3349-3350.

²³ M.G. Rarincescu, *Curs de drept civil. Succesiunile (ab intestat și testamentare) și donațiunile*, București, 1945, p. 33, nr. 31: autorii Codului Napoleon „n-au urmat nici concepția germană – [unde] moștenirea testamentară era necunoscută –, nici concepția romană potrivit căreia moștenirea testamentară era totul”.

argumente de ordin practic, mai exact frecvența litigiilor.²⁴ Coincidența face că romanii invocau aceeași cauză în contextul îngrădirilor aduse libertății testamentare. O explicație plauzibilă ar fi conflictul intergenerațional din societatea franceză postrevoluționară: revoluționarii (generația mai tânără) au urmărit să-și ocrotească dreptul la moștenire de libera dispoziție recunoscută autorilor lor (generația mai vârstnică, atașată de vechiul regim).²⁵ Totuși, fiindcă exheredarea nu putea fi dispusă fără justă cauză nici în *Ancien Régime*²⁶, rațiunea pare a fi mai degrabă servirea intereselor politice ale momentului²⁷, nicidecum înlăturarea unei puteri arbitrare a testatorului.²⁸

Această concepție a fost preluată ca atare în dreptul român, odată cu transplantul Codului Napoleon în Codul civil din 1864. Contrastul în raport cu concepția anterioară este evident, căci „exheredațiunea din vechiul drept

²⁴ M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, LGDJ, Paris, 1932, p. 391, nr. 1735.

²⁵ J. Lévy, A. Castaldo, *op.cit.*, p. 1232, n. 2.

²⁶ J. Domat, *op.cit.*, pp. 438-439, nr. 3347-3348.

²⁷ A se vedea M. Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Simon and Schuster, New York, 1967, p. 137 și n. 96, unde Weber sugerează că restrângerea libertății testamentare a servit, împreună cu principiul egalității, intenției lui Napoleon de a înlocui vechea aristocrație cu una nouă, idee pe care acesta ar fi evocat-o în corespondența cu fratele său, regele din Neapole. Uneori, interesul politic degenera în diletantism, așa cum arată P. Viollet, „French Law in the Age of the Revolution”, în A.W. Ward, G.W. Prothero, S. Leathes (eds.), *The Cambridge Modern History*, vol. VIII – *The French Revolution*, The Macmillan Company, New York, 1907, p. 730: „[libertatea testamentară] își avea originea în dreptul roman, în vreme ce [vechiul drept cutumiar francez] îi era în mod straniu ostil. (...) Ideea lui Mirabeau este că libertatea absolută de dispoziție este sursa tuturor abuzurilor feudale. El invocă principiile dreptului natural și legile lui Solon. Nu i-a trecut prin minte să citeze cutuma franceză – nu o cunoștea deloc!” (s.n.).

²⁸ Bunăoară, nu putem exclude incidența cauzelor de dezmoștenire în climatul tumultos al epocii. Sub acest aspect, un portret al fărădelegii este surprins de Charles Dickens în *Poveste despre două orașe* (trad. Antoaneta Ralian, Ed. ART, București, 2016, pp. 360-361): „[legea Revoluției] lăsa pe orice cetățean bun și cinstit la discreția oricărui cetățean rău și necinstit; închisori ticsite de oameni lipsiți de orice vină, care nu puteau obține ascultare; se plăteau polițe vechi, socoteli uitate, răbufneau uri și răzbuunări ascunse. Ghilotina ajunsese la mare cinste”.

diferă cu totul de aceea [din Codul civil Cuza, care constituia] un mijloc menit să suprimă rezerva, lăsând-o liberă în mâinile lui *de cujus*”.²⁹ Silită să îmbrace giulgiul clandestinității pretoriene, exheredarea a supraviețuit și în dreptul român, însă mutilată de întărirea rezervei. Dacă această restrângere a puterii testatorului era justificată – ideologic, ce-i drept – în Franța, în România ea pare mai degrabă rezultatul unui accident.³⁰

În opinia noastră, Codul Napoleon nu a putut suprima faptul că moștenirea izvorăște din însăși voința defunctului – exprimată (în testament) sau doar prezumată (*ab intestat*). Bunăoară, Portalis afirma că doar dreptul de proprietate ar decurge din dreptul natural, or acesta „se stinge odată cu viața proprietarului”.³¹ Cu toate acestea, ambele tipuri de moștenire își „trag rădăcinile mai adânc, din ceva ce e mai presus de lege și mai permanent ca ea și anume din ceia ce numim, în genere, dreptul natural”.³² Legiuitorul de la 1804 nu a inventat moștenirea, ci doar i-a oferit o reglementare. Aici intervine jocul prezumțiilor, întrucât dreptul succesoral poate fi considerat o materie a prezumțiilor: *e.g.* devoluțiunea legală a moștenirii nu este altceva decât „testamentul prezumat al defunctului”.³³ În această logică, subminarea

²⁹ G. Plastara, *Curs de drept civil român*, vol. III – *Sucesiuni și liberalități*, Ed. Cartea Românească, București, *f.a.*, p. 50.

³⁰ Pentru a nu fi înțeleși greșit, nu avem intenția de a critica opțiunea legiuitorului din 1864. În condițiile istorice cunoscute (și ne referim atât la momentul 1864, cât și la evoluția ulterioară a statului și dreptului românesc), acest împrumut juridic și-a dovedit eficiența (în acest sens, a se vedea și M.D. Bocșan, „Redactarea Codului civil român din 1865”, *Studia UBB Iurisprudentia*, nr. 1/2003, pp. 72-75). În chip inevitabil, acest lucru a permis și preluarea unor imperfecțiuni precum concepția amintită.

³¹ Portalis, „Discours Préliminaire”, en J.G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Treuttel et Würtz, Libraires, Strasbourg et Londres, 1827, pp. 251-316.

³² M.G. Rarincescu, *op.cit.*, pp. 13-14, nr. 18.

³³ M. Eliescu, *op.cit.*, p. 62.

exheredării a însemnat *absolutizarea* prezumției de afecțiune pe care se fundamentează rezerva ereditară. În paragrafele subsecvente vom arăta cum am ajuns la această concluzie.

Bunăoară, instituția rezervei a primit fundamentări diverse, în funcție de filtrul ideologic prin care a fost analizată. În doctrina clasică s-a afirmat că fundamentul ar fi deopotrivă moral, fiindcă reflectă o datorie morală față de rudele apropiate (similar datoriei alimentare), și social, fiindcă urmărește conservarea averii în interiorul acelorași familii.³⁴ În schimb, dreptul socialist a criticat codificarea din 1864 pentru ideile de sorginte burgheză, pe care le-a reinterpretat prin filtrul propriei orânduiri: comparația cu obligația de întreținere a fost contestată fiindcă aceasta din urmă era condiționată de necesitate, or atunci rezerva ar servi numai interesului de a menține averile în mâinile clasei conducătoare.³⁵ Fiind o reinterpretare artificială a codificării din 1864, concepția socialistă nu prezintă interes pentru lucrarea de față. În schimb, cea clasică ne indică supraviețuirea fundamentului subiectiv (prezumția de afecțiune), cel puțin în cazul rezervei.

În ceea ce ne privește, nu putem împărtăși afirmația că normele care guvernau rezerva în Codul civil din 1864 ar fi fost „moderate și cuminți”.³⁶ Acestea par justificate din perspectiva celor ale căror interese le ocrotesc – „apără pe moștenitorii rezervatari atât împotriva abuzului donațiilor între

³⁴ I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op.cit., pp. 684-685, nr. 1670.

³⁵ J. Manoliu, *Drept succesoral*, Centrul de multiplicare al Universității „Al. I. Cuza” Iași, 1974, pp. 125-126. De altfel, concepția comunistă era că rezerva ar fi dobândit caracter alimentar abia în epoca dreptului socialist; în acest sens, a se vedea M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, pp. 323-324.

³⁶ I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op.cit., p. 687, nr. 1674.

vii, cât și contra abuzului legatelor”.³⁷ În schimb, lucrurile nu stau tocmai așa din perspectiva autorului moștenirii. Prin ideea de moderație ne-am aștepta la un echilibru între voința liberală a defunctului și imperativul afecțiunii față de familia apropiată. Ce echilibru ar putea să existe însă, între un *officium pietatis* absolut, justificat de riscul unui abuz din partea lui *de cuius*, și absența unui instrument corelativ, care să-l ocrotească pe acesta din urmă de posibilul abuz al moștenitorului necesar?

Numai instituția nedemnității a mai putut satisface această nevoie³⁸, însă fără ca defunctul să mai aibă vreun cuvânt de spus: acesta a fost privat de puterea de a-l ierta pe nedemn în același chip în care legiuitorul i-a răpit și puterea de a dispune el însuși exheredarea. Totuși, este greșit să se afirme că nedemnitățile și rezerva din concepția napoleoniană au fost exclusiv creația legii. În materia nedemnității, se face confuzie între modul de operare (*ipso iure*) și fundament: cel dintâi decurge din caracterul limitativ al enumerării cauzelor de nedemnitate și din opțiunea legiuitorului, însă cel din urmă poate fi atât obiectiv, cât și subiectiv, cele două dimensiuni nefiind incompatibile³⁹, chiar dacă opțiunea politică a fost de a nu subordona nedemnitățile față de voința expresă a defunctului. În cazul rezervei, aceeași gândire a încercat să suprimă temeiul subiectiv (or datoriei de afecțiune îi este corelativă noțiunea de creanță, în sensul unei rezerve *pars bonorum*) prin teza limitării

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ M. Planiol, G. Ripert, op.cit., nr. 1736; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, Dalloz, Paris, 1932 pp. 472-473, nr. 610.

³⁹ În sensul că nedemnitățile decurge atât din voința presupusă a defunctului, cât și din rațiuni de moralitate publică, a se vedea M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. ALL Educațional, București, 1998, p. 211.

imperative a libertății testamentare (teorie sub care rezerva ar fi o parte din moștenirea legală – *pars hereditatis*).⁴⁰

Credem că, în ambele cazuri, refuzul legiuitorului de a subordona aceste instituții față de voința expresă a defunctului reflectă o opțiune politică și nimic mai mult: fundamentul subiectiv a supraviețuit, însă cel obiectiv îl camuflează printr-o absolutizare a prezumției voinței autorului moștenirii. Soluția este, desigur, inadecvată: sub pretextul ordinii publice, legiuitorul a golit de semnificație voința contrară a defunctului, subrogându-se în luarea unor decizii care, în mod firesc, îi aparțin titularului dreptului de dispoziție.

IV. Concepția postnapoleoniană

Zorii secolului al XXI-lea au marcat falimentul concepției napoleoniene. În cele din urmă, „călcâiul lui Achille” a fost însăși încătușarea voinței defunctului. Dintre cele trei mari legislații europene care își au rădăcinile în codificarea napoleoniană – Franța, Italia și România – niciuna nu mai aderă la concepția din 1804. Motivul îl constituie nașterea unui model intermediar, pe care l-am denumit *postnapoleonian*, situat între concepția romană și cea napoleoniană, și despre care credem că reprezintă un purgatoriu către restaurația dualismului nedemnitare-exheredare.⁴¹

⁴⁰ În sensul că rezerva din vechiul Cod civil ar fi fost întemeiată pe concepția *pars hereditatis*, a se vedea e.g. M. Eliescu, op.cit., 1966, p. 324. În sensul că autorii Codului Napoleon nu au urmat o concepție pură, a se vedea M.D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București 2012, pp. 79-80.

⁴¹ Se cuvine să menționăm că această concepție îmbracă valența unui model *prenapoleonian* în noul Cod civil și comercial din Argentina (2015): legiuitorul argentinian a abolit modelul roman (prin suprimarea exheredării), însă nu a aderat la modelul napoleonian (fiindcă reglementează în continuare iertarea nedemnitare: art. 2282).

Trăsătura caracteristică a modelului postnapoleonian o constituie descătușarea voinței lui *de cuius* în materia nedemnității. Reforma a pornit din Italia, unde dispozițiile art. 466 C.civ.it. din 1942 au încredințat autorului moștenirii puterea de a-l ierta pe nedemn prin „reabilitare”. O reformă similară a avut loc, peste câteva decenii, în Franța anului 2001: noile prevederi ale art. 728 C.civ.fr. permit iertarea nedemnului.

În schimb, punctul culminant în saga postnapoleoniană a avut loc în România. Noul Cod civil din 2009 nu doar preia reforma amintită (*i.e.* iertarea nedemnului, potrivit art. 961 C.civ.), ci face un pas în plus: reglementarea expresă a dezmoștenirii (art. 1074-1076 C.civ.). Un astfel de pas nu a fost făcut în Franța sau în Italia, unde dezmoștenirea continuă să îmbrace giulgiul clandestinității pretoriene. De aceea, credem că acest pas aparent mic pentru dreptul civil român este, de fapt, o săritură mare pentru concepția postnapoleoniană, una care prefigurează refacerea dualismului roman nedemnitare-dezmoștenire.

În doctrina italiană s-a arătat că reabilitarea nedemnului ar fi o reminiscență a vechii puteri de a dispune exheredarea.⁴² În doctrina franceză, recunoașterii puterii de a-l ierta pe nedemn a permis concluzii precum că nedemnitățile este „subordonată voinței celui decedat”⁴³, devenind „o exheredare tacită extraordinară”.⁴⁴ În doctrina română, această reformă a primit semnificația „revenirii la concepția conform căreia nedemnitățile este

⁴² L. Ferri, “L’esclusione testamentaria di eredi”, in *Rivista di diritto civile*, 1941, p. 228, *apud* S. Monosi, „L’indegnità a succedere”, P. Rescigno (dir.), M. Ieva (coord.), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, vol. I, CEDAM, Milano, 2010, p. 223, n. 127.

⁴³ J-B. Donnier, *Juris Classeur civil*, fasc. 20, nr. 12, *apud* M.D. Bob, op.cit., 2012, p. 112, n. 34.

⁴⁴ C. Jubault, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, Paris, p. 131, nr. 199.

o dezmoștenire prezumată”.⁴⁵ Aceste aserțiuni sunt cât se poate de corecte, însă nu reflectă decât materia nedemnității, or în concepția romană discutăm despre un dualism între aceasta și dezmoștenire. Nedemnitatea a făcut pasul decisiv spre reunire însă, putem spune același lucru și despre dezmoștenire?

Comparând reglementările celor două instituții în Codul civil din 2009, atât între ele, cât și prin raportare la modelul roman consacrat în alte sisteme juridice contemporane (*e.g.* Spania, Chile), ajungem la concluzia că nedemnitatea este o prezumție a unei exheredări care nu există în dreptul român actual. Dacă privim dinspre trecut, evocăm o exheredare care nu *mai* există azi, dar care exista în vechiul drept românesc. Dacă privim înspre viitor, anticipăm o exheredare care nu există *încă*, dar care poate exista la un moment dat. Până atunci, așa-numita concepție postnapoleoniană instituie o *dualitate fără dualism*.

V. Restaurația lui Iustinian. Concepția neolatină

Legiuitorul caută un echilibru între libertatea de voință a autorului moștenirii și protecția cuvenită familiei apropiate a acestuia. Instituțiile în care se reflectă aceste interese concurente asupra averii agonisite de defunct constau în exheredare și rezervă. Nevoia de echilibru justifică privarea de rezervă prin instituția exheredării: „trebuie să existe un regim de reciprocitate între ceea ce autorul le datorează [moștenitorilor necesari] și ceea ce ei îi datorează autorului”.⁴⁶ În prezent, dreptul român configurează această

⁴⁵ M.D. Bob, *op.cit.*, 2012, p. 112. A se vedea și D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 30, nr. 78: „în actuala configurație a textelor de lege în materie, nedemnitatea este o dezmoștenire legală”.

⁴⁶ F. Elorriaga, *Derecho sucesorio*, AbeledoPerrot, Santiago de Chile, 2010, p. 487, nr. 552.

reciprocitate conform concepției napoleoniene, în care nedemnitățile și rezerva erau deopotrivă subordonate exclusiv legiuitorului, or există o contradicție evidentă între menținerea acestei gândiri cât timp nedemnitățile se întemeiază acum pe o prezumție relativă, și nu absolută. Prin urmare, se impune recunoașterea puterii defunctului de a dispune privarea de rezervă prin instituția exheredării.

Soluția, patentată în dreptul roman și aplicată chiar în prezent de alte legislații, constă în reglementarea dezmoștenirii ca pedeapsă civilă incidentă strict în cazurile expres și limitative prevăzute de lege. Din fericire, legiuitorul nu trebuie să inventeze roata: exheredarea cu caracter de pedeapsă poate fi reglementată atât prin recuperarea experienței vechiului drept românesc (cum a încercat proiectul de Cod civil din 1971), cât și prin dreptul comparat. Dintre constantele întâlnite sub acest aspect se disting două: (1) *suprapunerea* parțială între cauzele de exheredare și cele de nedemnități, respectiv (2) instituția *iertării* dezmoștenitului, justificată fie în oglinda regimului nedemnității, fie ca corolar al revocabilității dispozițiilor testamentare.

(1) În ceea ce privește suprapunerea cazurilor de exheredare și nedemnități, putem atrage atenția asupra tehnicii legislative întrebuintate. Pe de o parte, art. 852 din Codul civil spaniol deosebește între cauzele generale de exheredare (sens în care trimite la cauzele de nedemnități prevăzute de art. 756 pct. 1-3, 5-6) și cele speciale (sens în care trimite la dispoziții subsecvente, respectiv art. 853-855). O tehnică similară este întrebuintată și de Codul civil brazilian, care în prevederile art. 1962 și 1963 face trimitere la cauzele de nedemnități (art. 1814) înainte de a enumera cazuri speciale. Pe de altă parte, Codul civil chilian enumeră cazurile de exheredare numai în art. 1208, iar unele dintre acestea prezintă similitudini cu faptele de nedemnități

(e.g. a se compara art. 1208 pct. 1 cu art. 968 pct. 2). O soluție similară se regăsea în art. 862 din proiectul de Cod civil din 1971: primul caz de dezmoștenire⁴⁷ era similar primului caz de nevrednicie prevăzut de art. 841 („o faptă împotriva vieții persoanei care lasă moștenirea”).

(2) În principiu, dualismul nedemnitare-exheredare mai prezintă, în contemporaneitate, o asemănare importantă: instituția iertării dezmoștenitului. În Spania, iertarea lipsește de efect exheredarea deja dispusă sau îl privează *ex nunc* pe testator de dreptul de a o dispune (art. 856 C.civ.sp.), iar doctrina arată că reconcilierea trebuie să reiasă dintr-o manifestare expresă sau tacită a voinței defunctului de a-l ierta pe rezervatar.⁴⁸ În Brazilia, legiuitorul nu a reglementat expres iertarea dezmoștenitului, însă aceasta este admisă de doctrină: unii autori susțin aplicarea prin analogie a dispozițiilor art. 1818 C.civ.br. privind iertarea nedemnului⁴⁹, iar alții apreciază că aceasta ar putea fi dispusă doar expres, printr-un act testamentar subsecvent, potrivit regulii simetriei de formă.⁵⁰ Totuși, în Chile nu regăsim această instituție, revocarea dezmoștenirii fiind

⁴⁷ Potrivit art. 862 din proiectul de Cod civil al Republicii Socialiste România (1971), testatorul ar fi putut dispune dezmoștenirea (inclusiv cu privire la rezervă) în patru ipoteze: (a) săvârșirea intenționată a unei fapte prin care se provoacă testatorului o vătămare gravă a integrității corporale sau sănătății, (b) viața imorală îndeobște cunoscută, dusă împotriva voinței testatorului, (c) neîndeplinirea statornică și fără motive temeinice a obligației legale de întreținere, respectiv (d) încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor conjugale față de testator, în timpul vieții acestuia. A se vedea, în acest sens, J. Manoliu, op.cit., pp. 97-98; *idem*, „Moștenirea în reglementarea proiectului Codului civil al RSR”, *Analele științifice ale Universității „Al. I. Cuza” din Iași, secțiunea III, d. Științe juridice*, t. XIX, an 1973, p. 54.

⁴⁸ R.I. Martínez, op.cit., p. 1238.

⁴⁹ C.C. de Farias, N. Rosenvald, *Curso de Direito Civil. Sucessões*, Ed. Atlas, São Paulo, 2015, p. 146.

⁵⁰ S.A. Cateb, *Direito das Sucessões*, Ed. Atlas, São Paulo, 2012, p. 289. Soluția acestuia poate fi explicată prin faptul că, spre deosebire de alți autori, se opune iertării tacite a nedemnului (*ibid.*, p. 93).

supusă regulilor comune din materia testamentului.⁵¹ Proiectul de Cod civil din 1971 prevedea remediul iertării, însă fără a preciza vreo condiție de formă.⁵²

VI. Concluzii

Cu toate că pașii făcuți de legiuitor prin Codul civil din 2009 (*i.e.* relativizarea prezumției legale a voinței defunctului în cazul nedemnității succesurale, respectiv reglementarea expresă a dezmoștenirii) erau necesari, aceștia nu sunt suficienți pentru restaurarea dualismului specific concepției romane. După cum am arătat, avem o dualitate fără dualism, în care nedemnitățile se sincronizează unei exheredări suprimate de concepția napoleoniană. Din acest puzzle lipsește o piesă: revenirea la o dezmoștenire aptă să stingă rezerva succesorală. În momentul în care acest pas va fi făcut, dreptul succesoral român va intra în zodia neolatină a dualismului nedemnități-exheredare. Până atunci, aceste instituții rămân într-un purgatoriu postnapoleonian.

⁵¹ F. Elorriaga, *op.cit.*, pp. 500-501, nr. 568.

⁵² J. Manoliu, *op.cit.*, 1974, p. 99.

STUDII

LE PÉCULE ROMAIN ET L'ORIGINE DE LA
RESPONSABILITE LIMITÉE EN DROIT
ROMAIN

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.20
Data publicării online: 16.03.2021

Malina NOVKIRISHKA-STOYANOVA*

Résumé: L'étude comprend une partie d'une étude plus approfondie sur le pécule romain des esclaves et des *personae alieni iuris* présenté dans son évolution. L'accent est mis principalement sur l'émergence de la responsabilité limitée du *pater familias / dominus* en cas de contrats conclus avec des biens pécuniaires. On étudie la place de l'*actio de peculio* parmi les autres *actiones adjectitiae qualitatis*, la notion de la *merx pexuliaris* et la *concessio peculii*.

Mots clés : *peculium, pater familias, dominus, alieni iuris, servi, actio de peculio, actio tributoria, merx pexuliaris.*

* Docteur ès sciences juridiques, Université de Sofia « St. Clément d'Ohrid », Bulgarie
malinans@uni-sofia.bg.

THE ROMAN PECULIUM AND THE ORIGIN OF LIMITED LIABILITY IN ROMAN LAW

Abstract: The study is a part of one deeper study on the Roman Law about the slaves and personae *alieni iuris* presented in its evolution. The accent is mainly on the emergence of the limited liability of the pater familias/ dominus in the case of contracts with pecuniary property. It is a study for the place of the *actio de peculio* among the other *actiones adjectitiae qualitatis*, the notion of the *merx pexuliaris* and the *concessio particulii*.

Keywords: peculium, pater familias, dominus, alieni iuris, servi, actio de peculio, actio tributoria, merx pexuliaris.

Table des matières

I.	État de question	673
II.	La notion de pécule comme pratique et réglementation juridique	678
A.	La terminologie et l'origine.	678
B.	Les sources	682
III.	<i>Actio de peculio</i> comme une des <i>actiones adjectitiae qualitatis</i>	686
IV.	Détermination et séparation patrimoniale du pécule	698
A.	Définition du pécule.	698
B.	Séparation de comptes	699
C.	Merx peculiaris	705
V.	<i>Concessio particulii</i> et les modes de création du pécule.	719
VI.	Conclusion	724

I. État de question

Le problème du pécule en droit romain a depuis longtemps attiré l'attention des romanistes tant sur le plan historique que dogmatique. Malgré le nombre relativement volumineux d'ouvrages qui lui sont spécialement consacrés, il reste dans une certaine mesure énigmatique, en particulier si on

le compare aux autres formes de participation d'esclaves et de *alieni iuris* aux rapports civils¹.

Lorsqu'on se penche sur cet institut² traditionnel pour la famille romaine, il va falloir prendre en considération son dynamisme et le situer correctement dans son milieu économique, social, politique et juridique, vu le moment auquel se réfère le régime juridique correspondant.

Le présent exposé est consacré au pécule et respectivement à la place de la responsabilité limitée du chef de famille pour des contrats conclus par

¹ Pour la littérature récente voir la bibliographie en PESARESI, R. *Studi sull'actio de peculio* Bari, 2012 ; ID. *Ricerche sul peculium imprenditoriale*. Bari, 2008. En général voir MANDRY, G. *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*. v.II. *Das Profectizische Peculium*. Tubingen 1876 ; MICOLIER, G. *Pécule et capacité patrimoniale : Etude sur le pécule, dit profectice*. Depuis l'édit de *peculio* jusqu'à la fin de l'époque classique. Lyon 1932 ; HERVIEUX, L. *Des Pécules du fils de famille dans la législation romaine*. Paris 1890; ZEBER, I. *A study of the peculium of a slave in preclassical and classical Roman Law*. Wroclaw 1981; BUTI, I., *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*. Napoli 1976; RUGGIERO, E. *Sulla 'libera administratio peculii'*. - In: *Rendiconti del R.Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*. v. LXI. Fasc.XVI-XX. (1928). Milano 1929, p. 833-849. Pour *l'actio de peculio* voir LEMARIÉ, L. *De l'Action tributoria` ou de la Liquidation du Pécule commercial de l'Esclave Romain*. Paris 1910; ALBERTARI, E. *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'Actio Tributoria` e nell'Actio De Peculio`*. Pavia 1913; DE LUSIGNANI, L. *La consumazione processuale dell'actio de peculio` : Note esegetiche*. Parma, 1889 ; SOLAZZI, S. *'Jus deductionis` e `condemnatio cum deductione` nell'actio de peculio`*. Napoli, 1905. ; SECKEL, E. *Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klassischem römischem Recht*. Weimar 1907. Pour des pécules spéciales voir FITTING, H. *Das castrnse peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*. Halle 1871; LA ROSA, F. *I peculii speciali in diritto romano*. Milano 1953; MUEHLBERG, O. *De peculio castrensi non retrotrahendo quum penes patrem iure peculii remanet : Dissertatio Inauguralis*. Berlin 1886, ainsi que les études de APPLETON, CH. *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des Digesta de Julien*. in: *NRHDFE* (1911). p. 593-623; ALBERTARIO, E. *Appunti sul peculio castrense*. Roma ; 1931; ARCHI, G. G. *In tema di peculio quasi castrense*. Citta di Castello, 1938.

² On utilise les notions contemporaines des normes de droit, institut juridique, sujet de droit etc. malgré qu'en droit romain il existe de telles notions mais il n'y a pas de la terminologie correspondante.

alieni iuris et esclaves avec le pécule³. On ne pourra bien évidemment trouver une continuité directe et une reproduction des principales caractéristiques du pécule romain dans le système juridique actuel, dans la mesure où il est lié à une forme traditionnelle pour les sociétés antiques de dépendance des membres de la famille et des esclaves du chef de famille comme chef d'une grande famille patriarcale. C'est dans les systèmes juridiques antiques qu'il existe le « pouvoir du père » à Rome (*patria potestas* à l'égard des fils de famille et autres *alieni iuris* et *dominium* ou *dominica potestas* à l'égard des esclaves), le droit intervenant de façon restreinte et délicate dans la réglementation des rapports concernant les biens dans la grande famille patriarcale, qui dans la plupart des cas sont réglés selon la coutume juridique. C'est uniquement en droit romain que le modèle d'usage du potentiel effectif et les possibilités intellectuelles de ces personnes acquièrent une forme institutionnelle, se développe comme un institut juridique indépendant et prend une place considérable dans le système juridique romain⁴.

L'étude du pécule pourrait se faire sous divers aspects:

³ Il y a deux textes en Digeste où on utilise les locutions communes (*personae in potestate*) ainsi que pour les fils de famille (aussi des filles et des petits- enfants) que pour des esclaves qui toutes les deux catégories des personnes assez différentes reçoivent des pécules de son dominus ou pater familias : *D. 15.1.1 (Ulpianus libro 29 ad edictum) 2. Verba autem edicti talia sunt: "Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit".... 5. Potestatis verbum communiter accipiendum est tam in filio quam in servo*. Mais dans la plupart des textes on parle séparément pour des fils et des esclaves ou on entend par analogie les normes pour les uns et les autres.

⁴ Pour des relations *pater familias- filius familais* et *dominus- servus* par rapport au pécule voir en manuels : ANDREEV, M. Droit romain privé (en bulgare : Андреев М.. Римско частно право). Sofia, 1975, p. c. 157. 177-178; BASANOV, I. Droit romain (en bulgare : Базанов И.. Римско право.). Vol. I. Sofia, 1940. p. 56 s.; GIRARD, P. F. Manuel élémentaire de Droit Romain. Paris, 1924. p. 103, 139-141; PETIT, E. Traité élémentaire de Droit Romain. Paris, 1906, p. 68 ; 265 ; ELLUL, J. Histoire des Institutions. T.I. Paris, 1955, p. 414 s.; OURLIAC P., MALAFOSSE J. DE. Histoire du droit privé. Droit familial. Paris, 1968. p. 47.

1. en rapport avec l'esclavage et la participation des esclaves dans l'économie romaine, les rapports esclave-maitre etc. ;
2. en rapport avec l'évolution de la famille romaine comme communauté sociale et comme propriétaire de biens et la participation des *alieni iuris* aux rapports commerciaux;
3. dans le cadre de l'évolution générale et le passage de rapports agraires à des rapports économiques de marché;
4. en considération avec le dynamisme dans les échanges de marchandises au cours de cette évolution et la protection de tous les participants à ces échanges civils;
5. comme étape de l'évolution de l'intervention prétorienne dans le règlement de rapports liés au développement actuel de la société et de l'économie et non réglementés en droit civil;
6. comme forme utilisée pour des relations analogues en droit contemporain lorsqu'il s'agit de représentation, de représentation commerciale, de responsabilité pour les actions de tierces personnes, de responsabilité patrimoniale limitée etc.

Dans chacun de ces aspects on pourra observer la tendance spécifique en droit romain de mettre en place un régime juridique adéquat à des rapports qui, déjà établis dans la pratique, ont une influence positive pour le développement de la société, de l'économie et de l'État. C'est justement dans le pécule que l'on peut voir comment le droit brise le modèle traditionnel de l'esclavage et le cadre strict de la grande *familia* patriarcale et permet de se servir du potentiel personnel, intellectuel et des aptitudes d'affaires des esclaves et des *alieni iuris* tant dans l'intérêt de leur *dominus/pater familias*, que dans celui de toute la *civitas*. L'instauration de la protection prétorienne

pour des personnes avec lesquelles ils négocient sans qu'ils aient le *commercium* et sans l'engagement de la responsabilité du maître, respectivement de leur *pater familias* pour de tels contrats, est sans conteste l'expression de cette tendance. C'est là que se manifeste l'importance des relations au sein des échanges civils et la mise en place d'une responsabilité illimitée ou limitée les concernant. C'est ainsi que s'équilibrent les intérêts des deux parties dans les rapports juridiques - l'intérêt du maître, respectivement du *pater familias* pour les résultats de l'activité économique de ses esclaves et de ses *alieni iuris*, et la garantie des intérêts de tous, engagés de négocier avec ces personnes, avec l'assurance en plus que les engagements pris et les éventuelles indemnités seront accomplis.

Le thème de l'origine et de la nature des *actiones adiecticiae qualitatis* est directement lié à ces rapports. Dans la présente étude le thème sera traité vu la place de l'*actio de peculio* parmi les autres *actiones adiectae*⁵. L'attention sera fixée sur l'apparition et l'application de l'idée de la limitation de la responsabilité au niveau du montant d'un bien, déterminé et conçu comme un pécule, ce qui est une étape plus élevée de la limitation de la responsabilité en comparaison avec le cadre d'un ordre déterminé (chez l'*actio quod iussu*) ou en cas d'un enrichissement injuste réalisé (chez l'*actio de in rem verso*). Bien que les trois actions aient leur place dans le développement de la théorie sur la responsabilité limitée et la tradition

⁵ Voir mon étude « *Actiones adiecticiae qualitatis* » (en bulgare) . – In : Problèmes actuels du droit privé. Recueil des articles de la Conférence nationale en honneur de 95 anniversaire de prof. Emil Guéorguiev, organisée par la Chaire des sciences civilistes de la Faculté de droit de l'Université de Sofia « Sv. Kliment Ohridski », Sofia, 2018, p. 64-92. et la bibliographie.

romaine en ce sens-là, l'*actio de peculio* se rapproche le plus à la responsabilité limitée des sociétés commerciales contemporaines⁶.

II. La notion de pécule comme pratique et réglementation juridique

A. La terminologie et l'origine.

L'étude du pécule comme pratique réglementée par l'Édit prétorien, dépassant entièrement le cadre du droit civil en matière d'incapacité pécuniaire des *alieni iuris* et incapacité civile des esclaves et débute ordinairement avec certaines précisions terminologiques.

Il est généralement admis que la notion "*peculium*" vient de "*pecus*" – qui au début désignait le bétail en terme général, mais aussi vient du terme très ancien de "*pecunia*"⁷ signifiant des biens en bétail et en terres arables, et plus tard incluant l'argent⁸. Certains auteurs soulignent que "*peculium*" est le

⁶Вж. общо по темата PETRUCCI, A. Idee "vecchie" e "nuove" sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio. – In : BIDR 106 (2012), p. 289-330.

⁷ Pour la notion originaire de *pecunia* voir ANDREEV. M. Les notions "familia" et "pecunia" dans les textes des XII Tables. – In: Acta antiqua Philippopolitana. Vol. 1: Studia historica et philologica. Sofia, 1963. p.173 ss. ; SMIRINE, V. La familia romaine et les représentations des romains concernant la propriété. – In. L'homme et l'histoire. Recherches historico-anthropologiques et historico- culturelles). Moskva, 1990, p. 55-80., FEUVRIER-PREVOTAT, C. Le concept de la familia pecuniaque dans la Loi des XII Tables. – In : La question agraire a Rome : droit romain et société. Perceptions historiques et historiographiques. Como, 1999, p. 59- 79 ; AMUNATEGUI PERELLO, C.F. Problems concerning familia in Early Rome. – In: Roman legal tradition, 4 (2008), p. 37-45 et la littérature récente.

⁸ C'est la thèse principale dans les mauels cités en n.4.

diminutif de “*pecu*”, en développant plus tard la thèse qu’initialement le pécule consistait en petit bétail – des chèvres et des brebis – dont témoignent les auteurs anciens⁹. Ainsi par exemple Varro (cependant deux siècles après l’apparition du pécule comme il est généralement admis) mentionne que l’on donne aux esclaves du bétail pour le pâtre et pour s’entretenir de cette manière¹⁰. C’est Festus qui traite plus en détail l’étymologie et la nature du pécule comme étant lié au bétail (*pecus*), puisqu’il représente la richesse du *pater familias*¹¹. Ces témoignages orientent évidemment vers une période plus ancienne, lorsque la question de la valeur du pécule ne se pose pas ou lorsqu’on est loin d’une pratique enfreinant et modifiant les principes fondamentaux dans la famille romaine et dans le traitement des esclaves avant et autour de l’époque des Guerres Puniqes. Certains objets (mobiles surtout, mais parfois aussi immobiliers) sont donnés pour les administrer, éventuellement pour un usufruit, sans que ceci conduise à un changement dans la propriété du *dominus/ pater familias*.

⁹ Voir en générale ainsi que la critique de ce concept GNOLI. F. Di una recente ipotesi sui rapporti tra “*pecus*”. “*pecunia*”. “*peculium*”. – In: *SDHI*. Vol. 44. 1978. p. 204–218; BUTI. I. Studi sulla capacità patrimoniale.... cit. p. 19 ss.

¹⁰ Varro. *De re rust.* 1.2.17 “[...] *agrius. tu. inquit. tibicen non solum adimis domino pecus. sed etiam servis peculium. quibus domini dant. ut pascant [...]*.”

¹¹ Festus (*De verb. sign.* v. *peculium*) *Peculium servorum a pecore dictum est. ut est pecunia patrum familiae*. En même sens voir aussi Varro (*De lingua latina*. (5.9.5) *Pecus a quo pecunia inversa. quod in pecore pecunia tum consitebat pastoribus*

Certains auteurs considèrent que le texte d'*Ulpianus* fait écho de cette forme génétique d'affectation des biens de moindre valeur (petit bétail ou autres objets mobiles) et respectivement on use le diminutif:

D. 15.1.5.3. (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.*

Les juristes romains se penchent rarement sur l'étymologie et s'ils le font c'est dans un but précis. En considérant les cas qui témoignent d'une large activité à plusieurs niveaux et très intense avec les biens de pécule où l'on applique l'*actio de peculio* (D.15.1. De peculio), on se rend compte que dans la période classique le pécule n'avait pas gardé son caractère initial de bien insignifiante ou de moindre somme. C'est encore plus évident en cas de *actio tributoria* (D.14.4.) s'il y a insolvabilité de l'esclave administrant des capitaux considérables. Il est à supposer qu'en incluant une telle constatation dans son commentaire sur l'Édit prétorien Ulpianus (un des juristes romains les plus précis quant à la terminologie et aux définitions) rappelle de façon rétrospective la genèse du terme (*peculium dictum est*), pour le différencier du pécule dans les nouvelles conditions économiques au-delà de la République tardive quand on ne parle plus de moindre montant de biens pécuniaires. Les sources offrent des témoignages sur une activité très large avec la participation d'esclaves de différents maîtres avec pécule, associés pour une activité commune (*socios* - D. 9.4.10), ou différents esclaves avec leurs pécules qui ménagent diverses activités de leur maître (D. 15. 1. 1. 6), y compris avec les pécules de *vicarii*, ce qui conduit à des liens horizontaux et verticaux des entreprises pécuniaires, traitées comme des filiales indépendantes vis-à-vis de l'entreprise de base du maître et représentantes

dans leur ensemble ses formes de participation dans les rapports commerciaux¹².

En désignant le pécule par le terme « *patrimonium* » Ulpianus met l'accent, de toute évidence, sur la conception de l'appartenance de ces biens au maître. Dès la République tardive le terme ne couvre plus seulement des *res*, mais englobe toute sorte d'appartenance de biens, y compris des droits et des obligations¹³. En séparant le *patrimonium* de *pecunia*, le juriste souligne d'une part que le pécule inclut aussi l'argent - soit initialement donné comme pécule pour des buts fixés par le maître, soit comme résultat des transformations de biens péculiaires surtout dans les cas de *libera administratio peculii*¹⁴. Dans le droit classique la notion du *patrimonium* est également liée au montant de la valeur du pécule, montant avec lequel il figure dans le patrimoine du *dominus* / *pater familias*. Dès le II s. av. J.-C. on peut supposer que l'octroi de bétail ou d'autres objets en petite quantité comme

¹² L'étude des modèles d'organisation de l'activité économique des esclaves et des *alieni iuris* doit être effectuée séparément. On le mentionne seulement en relation du système complexe de coordination de la responsabilité limitée ou illimitée du *dominus*/ *pater familias* pour des contrats conclus par ses esclaves ou *alieni iuris*. Voir notamment SUÁREZ BLÁZQUEZ. G. Ocupación e intervención judicial de la empresa y de los holding de empresas pecuiliarias comerciales de responsabilidad limitada, en suspensión de pagos, en la roma clásica. – In : Estudios de derecho, Vol. 71. Nº. 158 (2014), p. 675 ss.. който използва такава терминология. за да представи аналогичните на съвременните структури разрешения на римската юриспруденция. Voir aussi les textes y cités pour sa thèse: *D. 15. 1. 1. 6*; *D. 15. 1. 7. 4*; *D. 15. 1. 6*; *D. 15. 1. 17.* ;*D. 15. 1. 19*; *IGai. 4.73-74* et la littérature concernant des autres romanistes.

¹³ Pour la notion romaine du *patrimonium* voir LEPRI, M.F. Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano,. Vol. I, Firenze, 1942; COLLINET, P., Bona et patrimoine : Les deux conceptions du patrimoine en Droit Romain, in: Etudes dédiées à la Mémoire d'André Andéadis , Athenes 1940, p.375-405; ANDREAU J., Patrimoines, échanges et prêts d'argent : l'économie romaine, Roma 1997. Срв.и HANISCH ESPINDOLA, H. El patrimonio en derecho romano. – In : Revista chilena de derecho, 4, Nº 1-6 (1977), p. 11-92 .

¹⁴ Cette clause donne la possibilité opérative la plus large avec les biens péculiaires – voir en générale la monographie de PESARESI, R. Ricerche sul peculium imprenditoriale. Bari, 2008.

pécule n'est plus une hypothèse en masse, bien que cette pratique subsiste encore.

Dans les recherches sur le pécule en évolution, il est souligné que même si initialement on acceptait vers le III-II s. av. J.-C. l'octroi de bien insignifiant, l'emploi exact des termes et les notions de "*pecus*", "*pecunia*" et "*peculium*" reste discutables¹⁵. Cependant ce qui est certain c'est que l'économie romaine se développe et change son profil agraire vers l'économie de marché, et le pécule englobe déjà toute sorte d'objets, de l'argent, des créances, et que l'on admet toute transformation avec eux, de sorte que la pratique s'éloigne sensiblement de la notion initiale qui désignait ce terme.

B. Les sources

Le pécule dans sa forme initiale liée à l'esclavage et à l'économie agraire primaire est issu des témoignages dans les sources littéraires. Il est admis que les plus anciens nous viennent des comédies de Plautus vers la fin du IIIe s. av. J.-C., qui le mentionne comme pratique habituelle et courante dans 13 des 21 pièces qui nous sont parvenues. Le pécule est donné tant aux esclaves qu'aux fils, épouses, filles et revêt un caractère très varié, vu les objets qu'il englobe. Dans les comédies de Terentius du IIe s. av. J.-C. il est également mentionné bien qu'assez rarement dans des rapports relatifs au pécule.

La pratique y compris son évolution à partir de l'époque archaïque est expressément notée par Cato et Varro dans leurs traités sur l'agriculture et sur la mise en place d'une économie rationalisée et orientée vers le marché¹⁶. La

¹⁵ Voir ZEBER. Op.cit., p. 9-10.

¹⁶ Voir les témoignages de Varro et Festus pour le bétail en pécule : *Varro, De re rust., 1.2.17 ... agrius, tu, inquit, tibicen non solum adimis domino pecus, sed etiam servis peculium, quibus*

bonne pratique du pécule, l'épargne et le travail, les bons comptes étaient de toute évidence un modèle de comportement au temps des Guerres puniques, ce qui est aussi reflété dans les sources littéraires¹⁷. Ainsi dans un texte de Ulpianus (*D.11.3.1.5.*), sont énumérés les cas dans lesquels un esclave, sous l'influence d'autrui, devient « méchant » et « enclin de mettre en désordre son pécule ». Ces normes morales ne dataient sûrement pas du temps d' Ulpianus, l'esclavage étant déjà en déclin¹⁸.

L'affirmation que le pécule existait au temps de la Loi des Douze tables (au milieu du Ve s. av.J.-C.) ou qu'il était réglementé en droit civil est aussi discutable. L'unique témoignage le concernant dans la Table VII.12, reconstruit selon les Règles d'Ulpianus (*Ulpianus libro singularis regularum*) stipule que si dans son testament le testateur avait disposé qu'un esclave devrait être libéré sous condition de verser à l'héritier 10 000, bien que l'esclave soit étranger à l'héritier, il devrait tout de même être libéré en payant à son acheteur¹⁹. Dans ce cas il s'agit en pratique de « rachat » de la liberté de l'esclave qui pouvait visiblement accumuler cette somme considérable en se servant de son pécule, et ceci dans les conditions d'échanges économiques actifs caractérisant la République tardive, mais difficilement admis pour le milieu du V s. avant J.Ch.(quand la Loi sur les

domini dant, ut pascant ; Fest., De verb. sign., v. peculium: Peculium servorum a pecore dictum est, ut est pecunia patrum familiae. 3 Pour le bétail comme la richesse des père des famille en époque archaïque voir aussi Varro, *De lingua latina*, 5.9.5. *Pecus a quo pecunia inversa, quod in pecore pecunia tum consitebat pastoribus.*

¹⁷ Pour les pécules dans la littérature latine voir ZEBER. Op. cit., p. 13 ss.

¹⁸ Plautus donne les preuves de pécule résultant de l'épargne des esclaves et des fils de faille en Plaut., *Stichus*. v. 60; Terent., *Phormio*. v. 43; Petron., *Satir.*, v. 75.

¹⁹ Voir *Lex XII Tabularum*, Tab. VII.2. *Sub hac conditione liber esse iussus si decem millia heredi dederit. etsi ab herede abalienatus sit. emptori dando pecuniam ad libertatem pervenient idque lex xii tabularum iubet .*

Douze tables a été promulguée) et lorsque le pécule comprenait un petit troupeau de bétail qui assurait la nourriture à l'esclave et à sa famille.

Les principaux témoignages sur la réglementation juridique du pécule sont contenus dans les textes des Digestes, en partie dans les institutions de Gaius et de Justinien et dans le Code de Justinien²⁰. Bien qu'ils permettent de dégager certaines caractéristiques de l'institut juridique, ils reflètent dans l'ensemble le régime dans l'Édit prétorien, supposé être promulgué vers le Ier s. avant J.Ch., puisque l'Édit était utilisé en masse pour la participation des esclaves et des *alieni iuris* comme des représentants particuliers du *dominus*, respectivement du *pater familias* dans les échanges commerciales. Ceci ne modifie pas, mais au contraire, enrichit et développe le caractère initialement agraire de la pratique et crée une caractéristique généralisée du pécule, dans laquelle l'établissement du pécule signifie l'établissement de la responsabilité du propriétaire des biens (*dominus*, respectivement *pater familias*) pour les actions des personnes auxquelles il l'avait donné et qui sont juridiquement dépendants de lui.

Il est admis que le pécule passe dans son évolution par trois étapes:

- ancienne - dans laquelle le pécule est le moyen d'entretenir les esclaves et les *alieni iuris* - jusqu' à la fin du III s. et le début du IIe s. av. J.-Ch.,

²⁰ Le régime est concentré en D.15.1-2 ; D. 14.4. (en parallèle avec *actio tributoria*). On trouve certaines généralisations en IGai.4.69-74a et en IJ.4.7 pour les *actiones adiectitiae qualitatis*. En Code de Justinien on voit les trois actions assemblées dans un titre : CJ 4. 26 . *Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur. vel de peculio seu quod iussu aut de in rem verso*. Mais il y a beaucoup des autres textes dispersés dans la Codification de Justinien par rapport des autres instituts. En somme voir le vocabulaire de Dydynskii (en russe : Дыдынский Ф.М.. Латинско-русский словарь к источникам римского права. Варшава, 1896 en <https://lawbook.online/pravo-rimskoe/latinsko-russkiy-slovar-istochnikam-rimskogo.html>).

- réelle - du II s. av. J.-C. jusqu'à la fin du Ier s. ap. J.-C.- dans laquelle le pécule est un moyen commun et très répandu de participation des esclaves et des *alieni iuris* dans les contrats commerciaux en engageant la responsabilité limitée du propriétaire, respectivement du maître -,
- tardive – à partir du Ier s.- dans laquelle selon le modèle du pécule républicain, mais dans un but différent, sont réglementés les pécules spéciaux (*peculium castrense et quasicastrense*) des *alieni iuris* au service militaire, religieux et étatique, ce qui représente la voie vers leurs patrimoines indépendants et leur séparation sur le plan économique de la dépendance du *pater familias*.

Le commun pour les trois étapes est la sauvegarde de la nature du pécule comme bien particulier et indépendant séparé pour un but spécial et *intuitu personae* de l'esclave ou du fils de famille. C'est justement cette instauration qui constitue la condition indispensable à la responsabilité limitée du *dominus/ pater familias* en cas de contrats passés par des esclaves et des *alieni iuris* avec des biens péculiaires même dans la période la plus ancienne, car le pécule supposait une certaine indépendance dans son administration. Cependant, si vers le III-IIe s. av. J.-C. le pécule est encore traité comme la propriété du *dominus/ pater familias*, progressivement on note dans les Digestes son passage vers *quasi proprium patrimonium filii/ servi*. L'idée de son administration autonome selon la clause *libera administratio peculii*, se développe entièrement dans la création du régime des pécules spéciaux. Ainsi dans *peculium castrense* l'octroi de biens est lié au service militaire du fils de famille et ne crée aucune obligation pour *pater familias*, ce dernier n'intervenant pas de tout dans la façon d'administrer et

d'employer le pécule, n'assumant aucune responsabilité pour les contrats passés par le fils militaire, à l'exception des cas où il hérite son fils mort sans enfants et sans testament. Il en est de même du *peculium quasicastrense*. Dans ces deux cas l'emploi du terme *peculium* est par analogie en raison de la particularité et du statut d'un bien personnel protégé pour les fils de famille exerçant un service militaire, impérial et religieux (dans la période postclassique), et là ils assument la responsabilité jusqu'au montant de la valeur du bien pécuniaire²¹.

III. *Actio de peculio* comme une des actiones *adiecticiae qualitatis*

Le régime juridique du pécule suit la voie typique du droit romain – à partir de la pratique établie on complète et amende le droit civil, selon lequel tout ce qui est acquis par les esclaves et par les *alieni iuris* du *dominus/pater familias* et sa situation, peut être uniquement meilleur, et non pire²². Les témoignages sauvegardés orientent vers les édits spéciaux, promulgués selon la plupart des auteurs vers le milieu ou plutôt vers la fin du IIe et le début du Ier s. av. J.-C., et régissant les prétentions pour une responsabilité du maître/père de famille pour des contrats passés par ses esclaves ou les *alieni iuris*.

Ces actions, bien qu'appelées dans la théorie juridique avec le terme „*actiones adiecticiae qualitatis*“ – traduites littéralement comme « actions en

²¹ Pour les pécules dits spéciales voir LA ROSA. F. I peculii speciali in diritto romano. Milano., 1951 et la bibliographie précise.

²² C'est une règle- clé pour la compréhension des beaucoup des instituts de l'esclavage romain et c'est la raison d'être incluse dans le dernier titre du Digeste parmi les règles du droit ancien (*De diversis regulis iuris antiqui*): D. 50.17.133 (*Gaius libro octavo ad edictum provinciale*) *Melior condicio nostra per servos fieri potest. deterior fieri non potest.*

justice avec qualité ajoutée », ne représentent pas une catégorie unie, ni ont un régime commun²³. Chacune d'elles a ses fondements spécifiques pour être catégorisée et c'est uniquement leur emplacement par les compilateurs de Justinien dans deux livres séparés des Digestes permet de tirer des certaines conclusions et faire la distinction entre la responsabilité limitée et la responsabilité illimitée du *dominus/ pater familias* les concernant²⁴.

Selon la majorité des auteurs les *actiones adiecticiae qualitatis* représentent l'image même de la représentation directe, puisque selon le régime juridique la négociation avec des esclaves et des *alieni iuris* se fait au nom du *pater familias* et le résultat des contrats passent directement dans son patrimoine, la non-observation des engagements pris conduisant directement à sa responsabilité envers les partenaires²⁵.

Talamanca considère pourtant que la représentation directe est réduite aux seuls cas dans lesquels le *magister navis*, respectivement *institor* est une personne libre, exerçant les droits du *dominus* (comme propriétaire du bien) sur la base de sa volonté unilatéralement exprimée, en déterminant

²³ On ne trouve dans les sources aucune généralisation de ces actions que dans l'unique titre des Institutions de Justinien (I.J.4.7.) Il est admis que la notion des *actiones adiecticiae qualitatis* est introduit des Glossateurs- voir BONFANTE, P. Istituzioni di diritto romano, Milano, 1987, p.147 .

²⁴ Voir pour ces actions en générale MICELI. M. Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'. Torino. 2001.

²⁵ Voir RICCOBONO, S. Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano. - In: AUPA. 14 (1930). p. 392 ss.; ID.. Corso di diritto romano. v. II. Milano. 1933-1934. p. 257 ss.; HAMZA. G. Aspetti della rappresentanza negoziale in Diritto romano. - In: INDEX 9 (1980). p. 193-229; MICELI. M. Studi sulla rappresentanza nel diritto romano. Milano. 2008. p. 1-8; ID. Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'. Torino. 2001 . p.185-224; WACKE.A. Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettiche. -In : Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Melanges F. Gallo. v.I. Napoli. 1997. p. 583- 615 ; LIGIOS. M.A. Nomen negotiationis. Profili di continuita e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana. Torino. 2013.

ainsi les limites de leur pouvoir représentatif particulier²⁶. Dans l'analyse des textes inclus dans *D.14.1-4* et *D.15.1-4*, il y a en réalité des hypothèses dans lesquelles participent uniquement des personnes libres, mais ce ne sont pas les cas typiques. De toute évidence l'intervention prétorienne est due au fait que l'engagement des esclaves et des *alieni iuris* dans des opérations commerciales conduit à des rapports juridiques entre eux et leurs partenaires, et les désigner comme *naturales obligationes* n'offre point de garanties pour ces derniers en cas de non-exécution. Si on acceptait une représentation directe de la part d'esclaves et de membres de famille dépendants, même dans sa variation romaine, alors il n'y a pas de raison d'avoir des actions, puisque la responsabilité du *dominus/pater familias* est sous-entendue et elle devrait toujours être *in solidum* ²⁷.

Ainsi dans l'impossibilité d'appliquer les critères actuels pour la représentation, traditionnellement (et avec une argumentation plus au moins détaillée) l'institut du pécule, ainsi que les autres instituts liés à la responsabilité adiectice, dans la plupart des cours universitaires sont examinés uniquement dans le contexte d'adoucir l'incapacité pécuniaire des esclaves et des *alieni iuris* au fond des particularités de l'esclavage et de l'organisation familiale des Romains²⁸. Telle est aussi la position d'Albanese

²⁶ TALAMANCA. M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1990, p. 86.

²⁷ Voir en ce sens BURDESE. A. *Manuale di diritto privato romano*. 3 ed.. Torino. 1975. p. 509. nt.1; MARRONE. M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1994. p.197.

²⁸ Dans le manuel de droit romain privé en bulgare (Andréev, M., *Op. cit.*, μ on en parle pour la capacité patrimoniale des esclaves- p. 156-157 et des *alieni iuris* – p. 177-178. De meme est dans les autres cours de droit romain privé- voir par ex. en BETTI. E. *Diritto romano*. I. Parte generale. Padova. 1935. p. 128; ID.. *Istituzioni di diritto romano*. v. I.2. Padova. 1942. p. 60; LONGO. G. *Manuale elementare di diritto romano*. Torino. 1939. p. 113. p. 115 ss.; GARCÍA GARRIDO. M. J. *Derecho privado romano*. I. *Instituciones*. 2e ed.. Madrid. 1982. p. 454; PUGLIESE. G. *Istituzioni di diritto romano*. 3 ed. (con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca). Torino. 1991. p. 252; ZIMMERMANN. R. *The law of obligations*. Roman foundations of the

et il centre son analyse sur le statut personnel des personnes réalisant une activité commerciale et assumant une responsabilité dans le cadre d'*actiones adiecticiae qualitatis*. Pour lui l'essentiel est non le pouvoir exercé sur l'esclave, mais plutôt la propriété du bien qui lui est accordé pour l'administrer, qui est la raison pour la responsabilité du *dominus*. L'envergure des pouvoirs de l'esclave est graduée à partir de *iussus* à travers le *peculium* jusqu'au *praepositio*, qui se répercute sur le caractère de chacune des actions adiectices, considérées comme une catégorie historique par laquelle les esclaves et les *alieni iuris* acquièrent en fait l'administration de biens d'autrui. Le préteur légalise en réalité une capacité liée à l'administration réelle d'un bien d'autrui par les esclaves et les *alieni iuris* qui opèrent comme intermédiaires dans les rapports commerciaux entre le maître et les tiers personnes²⁹.

En plus les actions sont associées aux différents modèles organisationnels de l'activité commerciale et entrepreneuriale à Rome de la République tardive et au temps de Principat et leur distinction en fonction de la responsabilité limitée ou illimitée du *dominus /pater familias* envers des tierces personnes est commentée en prenant en considération le genre et l'envergure de l'activité des *alieni iuris*³⁰. Elles sont examinées comme moyen

civilian traditions. Cape Town-Wetton – Johannesburg. 1990. rist. Oxford. 1996. p. 52 nt. 127; D'ORS. A. Derecho privado romano. 9 ed.. Pamplona. 1997. p.303; IGLESIAS. J. Derecho romano. 12 ed. . Barcellona. 1999. p. 246; Scherillo. G.. Gnoli. F. Diritto romano. Lezioni istituzionali. Milano. 2003. p. 110 etc. .

²⁹ Voir ALBANESE. B. Le persone nel diritto privato romano. Palermo. 1979. p. 146-162.

³⁰ Voir SUAREZ BLASQUEZ. G. Derecho de empresas en la Roma clasica. Madrid, 2014 ; MILLER. G.P. Economics of ancient law. Cheltenham. 2010. Voir la généralisation de ces problèmes en A. DI PORTO. Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti. In: Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo. v. III. Napoli. 1997. p. 413 ss., както и WACKE. A. Le azioni adiecticiae. cit.. p. 585 ss.

de partage du risque, d'où la construction particulière en justice puisque les relations internes entre les esclaves et les *alieni iuris* d'une part et leur *dominus/ pater familias* ont de l'importance dans la mesure où la responsabilité de ce dernier est illimitée (avec *actio exercitoria* et *actio institoria*) ou limitée (avec *actio de peculio*, *actio quod iussu*, *actio de in rem verso*)³¹. La distinction de cette responsabilité est examinée tant sur le plan historique que sur le plan économique, en considérant l'évolution et son existence parallèle vers la fin de la République, dans les conditions d'une expansion territoriale et économique de Rome, de contrats isolés ou similaires avec des pouvoirs limités aux activités pécuniaires de volume différent ou aux entreprises, production ou concession entière du commerce ordinaire ou maritime.

Dans ces conditions les projections sociales du pouvoir du maître sur les esclaves et du père sur les *alieni iuris* acquièrent d'autres dimensions juridiques, auxquelles le préteur ne peut point s'abstenir d'interférer. L'orientation de ces personnes vers une initiative économique se manifeste dans un contexte économique différent – faire participer une grande partie de la population apte au travail dans des différentes activités, en se servant de diverses constructions juridiques - mieux adaptées aux objectifs économiques correspondants³². Ainsi par exemple Serrao considère que c'est bien l'opportunité économique qui est à la base des concepts et des formes juridiques des différentes entreprises commerciales, et la responsabilité de leurs propriétaires pour l'activité des personnes qui opèrent directement avec

³¹ Voir BUCKLAND. W.W. , MCNAIR. A. D. Roman law and common law. 2 ed.. Cambridge. 1974. p.217-220.

³² Voir SERRAO, F. *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*. Pisa. 2002. p.17-64.

les biens et les capitaux envers de tiers personnes est le résultat de l'appréciation du prêteur de cette opportunité. Les principes de la responsabilité limitée ou illimitée sont fondés sur la logique économique, le droit la suit et lui donne une forme déterminée³³.

Di Porto et Cerami développent la même thèse en présentant des entreprises individuelles ou collectives avec la participation des esclaves et des *alieni iuris* auxquelles peuvent se joindre les maîtres des esclaves, même des co-propriétaires des esclaves, et de créer des sociétés communes avec des esclaves pour administrer des biens communs. A la fin de la République la vie d'affaires à Rome offre un tableau si différent quant au statut des personnes qui y participent, qu'il est difficile de déterminer les formes juridiques typiques pour leur mise en œuvre. La nature économique et l'envergure de l'entreprise commerciale conditionnent la responsabilité limitée et illimitée pour les actions adiectices, qui sont non seulement une caution, mais aussi un stimulant pour une activité économique d'envergure, suffisamment garantie par elles³⁴.

Dans le cadre de cette revue conceptuelle l'étude du pécule a sa place spécifique, car elle se situe dans une position intermédiaire entre une large activité commerciale à plusieurs niveaux de l'*institor* et l'*exercitor* d'une part, et une autre activité économique plus restreinte de par son volume, comprenant des contrats isolés ou similaires chez *iusus* ou d'un enrichissement réalisé sans une procuration spéciale (*versio*). Dans le titre Ier du livre XV des Digestes relatif à l'*actio de peculio* on voit une activité très

³³ Voir SERRAO. Op. cit., p. 20-21.

³⁴ Voir DI PORTO. A. *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (II sec. a.C.-IIsec.d.C.). Milano. 1984. p.18-46; CERAMI. P.. DI PORTO. A.. PETRUCCI. A. *Diritto commerciale romano*. 2 ed.. cit., p. 11-41. Срв. и AUBERT. J. J. *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*. 200 B.C.-A.D. 250. Leiden . 1994. p. 46-100.

large, sous différentes formes, à savoir beaucoup d'esclaves avec pécule appartenant à un ou à plusieurs maîtres, beaucoup de pécules appartenant à un esclave, participation dans une société avec des pécules, pécules avec copropriétaires - esclaves, présentation partielle du capital administré comme pécule, des pécules de vicaires etc.³⁵ En cas d'insolvabilité et de partage des biens dans l'*actio tributoria* de ce qui est présenté comme pécule, on note dans *D. 14.4.* une très grande diversité et souvent une complexité dans les relations relatives aux biens, et ceci dans le cadre d'un même patrimoine, relations qui sont réalisées au moyen de pécules ou au moyen d'autres formes d'activité commerciale confiée aux esclaves et aux *alieni iuris*.

On ne trouve pas dans les sources des renseignements sur le choix des préférences, ce qui nous oriente vers des réflexions générales sur la responsabilité limitée, valables d'ailleurs dans le droit commercial contemporain aussi³⁶. Quant à Rome et à son économie plus primitive du point de vue contemporain de telles conclusions ne sauraient être acceptées a priori. Dans le régime du pécule on observe une sensibilité particulière pour la comptabilité concernant le bien pécuniaire et pour la limitation de la responsabilité du propriétaire du pécule, la comparaison entre tierces personnes et les garanties pour leurs intérêts jusqu'au niveau de la valeur du pécule, c'est-à-dire du capital associé, la distribution du risque etc. Cependant il ne faut pas oublier que les juristes romains ne font pas de distinction entre le droit civil et le droit commercial et une même forme comme c'est le cas du

³⁵ *D.9.4.10; 14.4.11; 15.1.1.6.; 15.1.7.4; 15.1.6.; 15.1.17; 15.1.19* etc. .

³⁶ Voir l'argumentation fondamentale en FEZZA. F. Profili organizzativi dell'impresa e disciplina della responsabilità nel diritto romano e nel diritto contemporaneo. – In : Teoria e storia del diritto privato. 2 (2009) на <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=70>

pécule peut signifier l'octroi de biens pour les besoins personnels des *alieni iuris* et des esclaves, mais aussi l'octroi des biens à de grandes entreprises de production et aux entreprises commerciales, lorsqu'on détermine les limites de la valeur des biens, y compris les apports y relatifs. Il y a en plus un autre trait particulier : l'activité commerciale est associée au statut des personnes qui opèrent avec des biens pécuniaires. En cas de cessation de la dépendance ou de décès du dépendant ou de l'esclave, ou bien du maître, le pécule est sauvegardé et il garantit les créances des créanciers dans un délai d'un an suivant l'événement – c'est bien le sens du régime de l'*actio de peculio annalis* (D.15.2.). L'appréciation du choix du pécule face aux autres formes d'activité commerciale, sanctionnées par les actions adiectices peut être liée à la possibilité de contrôle effectif du propriétaire du bien sur l'activité. Le genre d'activité, la place de sa réalisation, les conditions économiques et politiques générales ont également leur importance, le contexte social et l'efficacité de la juridiction au moment donné comptent aussi.

C'est de ce point de vue que nous pouvons examiner l'évolution de la responsabilité adiectice et la place du pécule dans le système des actions prétorienne. Il est généralement admis qu'elles ont été créées vers le IIe s. av. J.-C., mais il n'y a pas de raison d'accepter que toutes les six actions sont apparues en même temps, bien que, comme le note Guarino³⁷, elles figurent dans deux titres différents dans les Digestes, mais sont incluses ensemble dans l'*Edictum perpetuum*, étant définitivement réglementées dans la période classique.

À la question fondamentale quelle est la responsabilité qui apparaît en premier - la limitée ou l'illimitée, les juristes romains ne donnent pas une

³⁷ Voir GUARINO, A. *Actiones adiecticiae qualitatis*. In: NNDI . v. 1.1. Torino. 1957. p. 271.

réponse unique. Le pécule se manifeste comme pratique dès le III s. av. J.-C. et au début il est octroyé pour s'entretenir, stimulant l'intérêt des esclaves d'avoir un petit troupeau d'ovins ou autre moindre bien³⁸. Probablement les esclaves, mais parfois aussi les *alieni iuris* recevaient des ordres pour des contrats uniques ou des contrats types que l'on pourrait nommer avec le terme général *iussus*³⁹. Avec le développement progressif de ces pratiques devenues de plus en plus nombreuses pour des cas sans un ordre ou un bien expressément octroyé, mais où il y a un enrichissement injuste, on suppose la création de l'*actio de in rem verso* comme dérogation à la règle qui stipulait qu'à travers les esclaves la situation du maître ne devrait que s'améliorer⁴⁰.

On suppose logiquement que la responsabilité, fixée dans l'édit prétorien, fait partie au début d'un engagement plus limité du maître/ père de famille, allant ensuite vers son engagement total pour son bien - objet des contrats passés par les esclaves et par les *alieni iuris* dans le cadre d'une activité commerciale beaucoup plus large et plus intense. Le point de vue de Gaius dans *IGai.4.69* vient en appui à cette thèse, repris dans le paragraphe initial du titre VII du livre IV des Institution de Justinien, dans lequel on

³⁸ On le voit clairement dans le texte de Varro qui décrit une pratique assez ancienne : *Varro. De re rust.. 1.2.17* "[...] *agrius. tu. inquit. tibicen non solum adimis domino pecus. sed etiam servis peculium. quibus domini dant. ut pascant [...]*.

³⁹ Sur le thème voir en générale COPPOLA. G. *Lo iussum e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*. Milano. 2003 avec une riche bibliographie. и цитираната там литература. Il y a des hypothèses que même *actio quod iussu* précède *actio de peculio* dans son modèle de limiter la responsabilité selon l'activité préposée et les biens conférés avec un *iussum* au avec une clause plus libérale de disposition dans le cas de pécule. Voir en ce sens ALBANESE. B. *Le persone nel diritto privato romano*. cit.. p.160 ss. qui accepte *actio quod iussu* comme plus ancienne. Voir aussi la discussion chez CERAMI. P. . DI PORTO. A.. PETRUCCI. A. *Lezioni di diritto commerciale romano*. Op.cit., p.45.

⁴⁰ Pour l'apparition tardive de l'*actio de in rem verso* voir MACCORMACK, G. *The later history of the "actio de in rem verso" (Proculus- Ulpian)*. –In: SDHI. 48 (1982). p. 318- 367.

commence par le régime de l'*actio de peculio*⁴¹. Le titre est consacré à ceux qui sont dépendants et passent des contrats (*Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*) et on y examine progressivement l'*actio quod iussu*, l'*actio exercitoria*, l'*actio insitoria* comme des actions du même type, engageant la responsabilité illimitée du *pater familias/ dominus*, et l'*actio tributoria*, l'*actio de peculio*, l'*actio de in rem verso* comme des actions à responsabilité limitée jusqu'à un certain montant⁴².

Il me semble que la systématique dans les Institutions, tout aussi dans les Digestes (D.14.1-4; D.15.1-4) et dans le Code de Justinien (CJ 4. 25. De exercitoria et institoria actione и CJ 4. 26 . Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur, vel de peculio seu quod iussu aut de in rem verso) ne répond pas à la question sur l'ordre d'apparition du régime. On suit plutôt le concept sur la distinction entre la responsabilité limitée et illimitée, l'accent étant mis sur cette dernière comme une préoccupation plus radicale et intense pour les intérêts des créanciers dans des contrats passés avec des *alieni iuris* et des esclaves. Au VI s. au cours de la compilation des Digestes on utilise une voie logique en partant du commun vers le privé, ce qui explique peut-être cette systématique.

⁴¹ *IJ.4.7.pr. Quia tamen superius mentionem habuimus de actione quae in peculium filiorumfamilias servorumque agitur: ... On traite l'actio de peculio dans le même titre sous l'aspect des conditions de procédure : IJ.4.7.4. Praeterea introducta est actio de peculio deque eo. quod in rem domini versum erit. ut. quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit. tamen sive quid in rem eius versum fuerit. id totum praestare debeat. sive quid non sit in rem eius versum. id eatenus praestare debeat quatenus peculium patitur.*

⁴² Chez les glossateurs il y a une systématisation différente mais sans donner des raisons de ce rangement des actions. On suppose comme critère les limites de la responsabilité. Voir ACCVRSII. Instititutes Iustiniani Augusti. Venetiis. 1574. p.714. cité par P. CERAMI. DI PORTO. A.. PETRUCCI. A. Lezioni di diritto commerciale romano. Op.cit., p. 45 ss..

On peut également admettre que l'on a suivi le régime final des actions dans *Edictum perpetuum*, sans prendre en considération sa genèse et son évolution. Il est pourtant indiscutable que dans l'un des édits tout ce qui concernait le pécule avait été uni à un moment dans l'*actio de in rem verso* et *actio quod iussu*, comme l'affirme Ulpianus:

D. 15.1.1 (Ulpianus libro 29 ad edictum) pr. *Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio.*

1. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio.

Indépendamment des théories existant sur cette questions, il faudrait prendre en compte le fait que les commentaires de Paulus et de Ulpianus généralement inclus dans les Digestes, ainsi que la systématisation de cette matière dans l'*Edictum perpetuum* datent de presque deux siècles après la promulgation de l'édit, respectivement des édits des préteurs concernant ces actions, déterminées comme indiscutablement utiles⁴³. C'est cette même logique que les compilateurs des Institutions et du Code du VI s. ont suivi en groupant toutes les actions adiectices dans un titre, puisque dans cette période l'esclavage et les relations familiales sont radicalement différents, avec une autonomie des biens considérable des *alieni iuris* de ceux de la fin de la République, et le partage du risque et de la responsabilité correspond à la représentation et à l'hypothèse plus typique pour une négociation de personnes libres.

⁴³ Voir D. 14.1.1. pr. (Ulpianus libro 28 ad edictum) *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret ...*

Or, on ne peut ne pas faire une comparaison des hypothèses concernant l'emploi de l'*actio tributoria* et la déduction du pécule examinées dans *D.14.4*. Ulpianus considère qu'en présence de pécule *dominus/ pater familias* a le privilège particulier d'exclure le bien pécuniaire (*merx peculiaris*) de la masse commune de l'insolvabilité. Même si le pécule est établi expressément ou tacitement, il est toujours nécessaire d'avoir une pleine certitude sur son existence :

D.14.4.1 (Ulpianus libro 29 ad edictum) pr. *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur. ... 2. Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.*

Par conséquent toutes les actions adiectices, n'importe leur création dans le temps, sont déterminées comme particulièrement nécessaires et utiles, tandis que dans les titres correspondants des livres XIV et XV des Digestes, tout comme dans les autres sources, on constate leur application généralisée avec des hypothèses complexes dont se sert le prêteur pour les identifier et donner, ainsi que le mixage compliqué de formes organisationnelles pour les relations commerciales avec l'inclusion des *alieni iuris*, tout ceci suscitant une riche casuistique. Même la tentative de généraliser et de typer que l'on trouve dans les Institutions et dans le Code de Justinien, offre une diversité exceptionnelle de potentialités pour mettre en œuvre tout le potentiel d'affaires des romains dans les conditions d'un État important de par son territoire et ses possibilités économiques.

IV. Détermination et séparation patrimoniale du pécule

A. Définition du pécule.

Le pécule est ordinairement déterminé comme un « bien séparé », octroyé par le *pater familias*⁴⁴ pour être administré et géré par les fils de famille et les esclaves. Les différents auteurs mettent l'accent sur les divers aspects de l'institut, mais on souligne dans l'ensemble que c'est avec ce bien que les fils de famille et les esclaves participent dans la vie économique de l'ancienne Rome au nom de son *pater familias / dominus*.

Le point de vue d'Ulpianus est cité en appui et se réfère à des renseignements fournis par Celsus qui lui cite une définition de Tubero⁴⁵:

D.15.1.5.4. (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Peculium autem tubero quidem sic definit, ut celsus libro sexto digestorum rifert, quod servus domini permissu separatam a rationibus dominis habet deducto unde si quid domino debetur.*

Vu le temps où vivent les trois juristes, on peut admettre que cette définition de Tubero est suffisamment authentique, puisqu'elle est créée vers la fin de la République quand probablement a été promulgué l'édit introduisant *l'actio de peculio*, qui de sa part, reflète une pratique établie et la nécessité d'un régime et d'une protection des parties lors de la négociation avec un bien pécuniaire dès la fin du II s. et le début du Ier s. av. J.-C. La

⁴⁴ Voir ANDRÉEV. Op.cit., p. 157-8. p.177-8; CUQ, E. Manuel des institutions juridiques des Romaines. P.1928. p. 143 ss. ; GIRARD, P. Op.cit., p.170 s.; TALAMANCA. Op. cit.. p. 77, p. 122 ss.; NUOVO DIZIONARIO GIURIDICO ROMANO. Napoli, 1998, p. 405-406.

⁴⁵ Quintus Aelius Tubero est un jurisconsulte et homme politique romain de l'époque augustéenne et il présente la notion du pécule établie vers la fin de la République dans la pratique et selon l'Edit du préteur urbain.

notion de pécule est tout à fait connue au début du II s. quand vit Celsus et elle est pleinement et indiscutablement admise par Ulpianus au III s.⁴⁶

À cette définition s'ajoute comme commentaire au droit civil un fragment de Pomponius du milieu du II s. :

D.15.1.4.pr. (Pomponius libro 5 ad Sabinum) *Peculii est non id cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens.*

Traditionnellement ces textes sont admis comme définition du pécule et interprétés dans le sens que le pécule ne comprend pas seulement des objets concrets le composant, mais il compte en raison de sa valeur et s'approche en quelque sorte de la notion générale du capital, faisant partie du patrimoine du *pater familias*. L'analyse des opinions de la jurisprudence romaine, figurant dans le livre XV, titre 1 des Digeste, nous fait réfléchir sur ce que représente le pécule vers le II-III s.

B. Séparation de comptes

Ces définitions sont très souvent interprétées dans un sens très étroit et limité, uniquement sur le plan de la comptabilité. Initialement le pécule était conçu par sa caractéristique réelle sur laquelle il y a dans les Digestes pas mal de textes qui soulignent que le pécule peut englober toute sorte d'objets meubles y compris vêtements⁴⁷, argent, bétail, mais aussi des terres et des

⁴⁶ Pour la définition du pécule voir AMIRANTE, L. Lavoro di giuristi sul peculio. Le definizione da Q. Mucio a Ulpiano. – In : Studi in onore di Cesare Sanfilippo. Vol. 3. Milano. p. 5 ss. Pour l'hypothèse selon laquelle Masurius Sabinus est le vrai auteur de la définition voir DI PORTO, A. Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica. Milano, 1984, p.288, n. 60.

⁴⁷ Voir le cas commenté par Pomponius où des vêtements peuvent être fournis en tant que peculium, mais pour usage permanent. E non en cas occasionnel ou avec un but prévu : D.15.1.25 (Pomponius libro 23 ad Sabinum) *Id vestimentum peculii esse incipit. quod ita*

bâtiments⁴⁸, et même des esclaves (*vicarij*) et leurs pécules⁴⁹. Ulpianus généralise en notant que le pécule peut comprendre toute sorte d'objets meubles et immeubles, des créances⁵⁰, héritages, légats, *universitas* :

D.15.1.7 (Ulpianus libro 29 ad edictum) 2. *Scire autem non utique singulas res debet, sed paxumeresteron [id est : magis in universum], et in hanc sententiam Pomponius inclinat.*

4. *In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli : vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium : hoc amplius et nomina debitorum.*

5. *Sed et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur : hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait.*

Bien que rarement on rencontre dans les sources le terme “*res peculiares*”⁵¹, et plus souvent *merx peculiaris*, qui a un sens spécifique que nous aborderons *infra*.

Cependant il y a lieu de souligner que certains auteurs examinent comme objets du pécule les droits et les obligations des parties,

dederit dominus. ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet eoque nomine ei traderet. ne quis alius eo uteretur idque ab eo eius usus gratia custodiretur. Sed quod vestimentum servo dominus ita dedit utendum. ut non semper. sed ad certum usum certis temporibus eo uteretur. veluti cum sequeretur eum sive cenanti ministravit. id vestimentum non esse peculii.

⁴⁸ Pour les immeubles dans le pécule voir D.15.1.7.4. D.15.1.22- 23 et expressément en D.33.8.6.pr. (Ulpianus libro 25 ad Sabinum) *Si peculium legetur et sit in corporibus. puta fundi vel aedes...*Pour un légat de *fundus instructus cum servi* comme pécule voir D. 15.1.54 (Scaevola libro primo responsorum) *Filio familias uni ex heredibus praedia praelegavit ut instructa erant cum servis...*

⁴⁹ Pour les objets de pécule voir le chapitre III de mon livre Peculium. Caractéristique objective et subjective. Sofia, 2000. Pour le vicariat voir REDUZZI MEROLA, F. Servo parere. Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana. Napoli, 1990., p. 2-19 ; p. 23 ss.

⁵⁰ Voir pour les obligations dans active du pécule chez MICOLIER. Op.cit., p. 163 s.

⁵¹ Voir D. 15.1.9.1. ; D. 6.1.56; D .18.1.40.5. On parle de l'usage des *res peculiares* en. D.33.6.9.3.

respectivement leurs possibilités juridiques d'opérer avec les objets et les droits, inclus dans le pécule et non les objets mêmes⁵². Les renseignements dans les Digestes montrent de façon différenciée les possibles objets de l'octroi pécuniaire, qui probablement sont appréciés et évalués comme pécule.

Ulpianus, lui-même, dans *D.15.1.5.3* souligne justement la caractéristique réelle du pécule. Ce texte précise que le pécule ne comprend pas seulement l'argent, mais l'ensemble d'objets (y compris dans le sens *d'universitas*) et de droits, le terme étant utilisé aussi pour le *patrimonium*⁵³. Ceci a trait d'une part, au statut autonome qu'il acquiert dans la période classique, et de l'autre, à la possibilité d'opérer librement avec lui comme avec tout autre bien de personnes ayant droits, et ceci dans l'observation des restrictions fixées. Dans le développement de cette thèse certains auteurs cherchent l'instauration du pécule comme un quasi- patrimoine autonome, pareil à *hereditas* (y compris dans l'hypothèse de *hereditas iacens*) ou de personne morale dans le sens moderne de cette notion⁵⁴.

Les Postglossateurs se penchent sur des exemples, dans lesquels le pécule comprend tant des droits réels (*res, fructus*), que des obligations (*usura*)⁵⁵. La mention de *pecunia* comme objet du pécule est dans le sens

⁵² В този смисъл вж. BUCKLAND . op.cit.. p. 188 s.; Hervieux . op.cit. p. 19 s.

⁵³ Pour la notion du *patrimonium* voir LEPRI, M.F. Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano. Firenze 1942; COLLINET, P. Bona et patrimoine : Les deux conceptions du patrimoine en Droit Romain. in: Etudes dédiées à la Mémoire d'André M. Andréadès. Athenes, 1940. p.375-405; ANDREAU, J. Patrimoines. Échanges et prêts d'argent : l'économie romaine. Roma, 1997; BARREIRO, A.F. , PARICIO J.. Fundamentos de derecho patrimonial romano. Madrid, 1998.

⁵⁴ Вж. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. El peculio como ente jurídico autónomo y matriz de la "merx peculiaris". – In: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. 32 (2010). p. 119- 125 et la bibliographie y citée.

⁵⁵ On utilise le mot comme l'usage, mais ici c'est le sens juridique des intérêts comme des fruits civiles- c'est tout à fait logique de les faire partie du pécule.

d'argent, mais aussi dans le sens de bien (comme synonyme du *patrimonium*, la notion étant étroitement liée au statut de *pater familias*).

En examinant les objets du pécule, on ne peut ne pas remarquer le déploiement du système des pécules aux *servi vicarii* et nombre de textes liés aux *vicarii* notent la possibilité de créer une multitude de sub-pécules, qui sont concernés par la responsabilité limitée ils aussi :

D.15.1.17 (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Si servus meus ordinarius vicarios habeat, id quod vicarii mihi debent an deducam ex peculio servi ordinarii? Et prima illa quaestio est, an haec peculia in peculio servi ordinarii computentur. Et Proculus et Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarii sunt in peculio, ita etiam pec se penchent sur ulia eorum: et id quidem, quod mihi dominus eorum, id est ordinarius servus debet, etiam ex peculio eorum detrahetur: id vero quod ipsi vicarii debent, dumtaxat ex ipsorum peculio: sed et si quid non mihi, sed ordinario servo debent, deducetur de peculio eorum quasi conservo debitum: id vero, quod ipsis debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est (et ita servius respondit), sed peculium eorum augebitur, ut opinor, quemadmodum si dominus servo suo debeat.*⁵⁶

Tout le régime du pécule dans les Digestes devrait être examiné en tenant compte du développement historique de l'institut. Indépendamment du fait que ce sont les opinions des juristes classiques de la fin du II et du III s. qui prévalent, elles contiennent, elles aussi, des réminiscences de précédentes époques. C'est dans ce sens que devraient être interprétés les renseignements concernant la caractéristique objective du bien composant le pécule.

⁵⁶ Voir D. 15.1.6 (Celsus libro sexto digestorum) *Definitio peculii quam Tubero exposuit ut Labeo ait. ad vicariorum peculia non pertinet. quod falsum est: nam eo ipso quod dominus servo peculium constituit. etiam vicario constituisse existimandus est.*

Le pécule apparaît initialement pour libérer le maître de la nécessité d'entretenir son esclave et tous les membres de sa famille d'une part, et de l'autre, pour stimuler l'intérêt et l'initiative de l'esclave de mieux administrer le bien qui lui est octroyé, l'aidant à s'entretenir et même à gagner. C'est compréhensible dans la période initiale de l'esclavage classique, lorsque l'esclave n'a aucun statut selon le droit civil, et ne peut, par conséquent, posséder aucun bien propre⁵⁷. Bien que les Digestes traitent comme personnes sous le pouvoir d'autrui les esclaves, mais aussi les enfants et les petits enfants dépendants de la *familia* (D. 1.6), cette logique d'instauration d'un bien pécuniaire est utilisée à l'égard des deux groupes de personnes indépendamment de leur *status libertatis*.

La voie de „dématérialisation“ du pécule commence probablement dans une période plus ancienne de la pratique pécuniaire, puisque les Digestes contiennent des textes où le pécule est mentionné comme moyen d'encourager l'épargne et l'initiative des esclaves et des *alieni iuris*. Ils devraient être examinés dans l'évolution, mais ils caractérisent toute période, toujours dans le contexte de la personne concrète, des intérêts, des dépendances et de l'atmosphère objective. C'est ce qui est souligné dans un texte de Florentius⁵⁸, bien qu'on y tente de généraliser tous les pécules, non seulement ceux à objectifs économiques, mais aussi ceux liés aux revenus

⁵⁷ *IJ.1.16.4 : Servus ... nullum caput habuit*. Voir pour la condition et le « statu » des esclaves Buckland. *Op.cit.* , p.1-72.

⁵⁸ Pour l'époque où vit Florentinus il y a une discussion – au temps des Antonines (IIe s.) au des Sévères (fin de IIe- début de IIIe s.) Voir l'argumentation chez Petruț-George, B.. *Epoca afirmării juristului roman Florentinus*. – In : *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași. seria Științe Juridice*. 2 (2019). p. 171-184.

dans le cadre d'un service à accomplir, c'est-à-dire le pécule castrense et quasicastrense :

D.15.1.39 (Florentinus libro 11 institutionum) *Peculium et ex eo, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit.*

C'est pour cette raison que l'instauration de la comptabilité le concernant, respectivement la limitation de la responsabilité jusqu'au montant de sa valeur, sont conçues comme une mesure de protection tant pour son *dominus/ pater familias*, que pour l'esclave lui-même et pour le fils de famille. Il ne faut pas oublier que dans l'époque reculée de la création de la pratique pécuniaire cette règle était en vigueur comme très ancienne, bien que reflétée beaucoup plus tard par Gaius dans son commentaire sur l'édit prétorien, figurant dans les Digestes dans le livre L, titre XVII des Digestes (*De diversis regulis iuris antiqui*) :

D. 50.17.133 (Gaius libro octavo ad edictum provinciale) *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*

L'évolution ultérieure du pécule permet d'associer les esclaves et les *alieni iuris* aux échanges commerciales, de les faire participer aux différents contrats, et ceci non pas sporadiquement par un *iussus*, mais dans la gestion de toute une activité économique.

Il est difficile de déterminer pourquoi dans certains cas ils sont nommés *institores* ou *exercitores*, et dans d'autres on instaurait le pécule. Certains auteurs mettent l'accent sur une plus grande confiance dans les aptitudes des *alieni iuris*, lorsqu'ils sont chargés de la gestion de toute une entreprise ayant une valeur considérable, la responsabilité étant illimitée et pour cause. Le témoignage d'Ulpianus sur une valeur insignifiante du

pécule: (D.15.1.5.3: *...quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*) ne pourrait être considéré comme argument à cet égard et nous l'avons d'ailleurs précisé plus haut. Si à une étape initiale le bien pécuniaire représentait une petite somme, utilisée pour une activité commerciale plus restreinte et le pécule était considéré sous son aspect matériel, dans les Digestes il est déjà représenté comme valeur du bien, incluant des objets de toute sorte, des droits et des obligations, c'est à dire une activité économique déployée à plusieurs niveaux. La détermination des restrictions de la responsabilité lorsqu'on opère avec un bien pécuniaire repose sur la même logique économique et juridique dont on se sert dans les sociétés contemporaines à responsabilité limitée, puisqu'on partage le risque entre les participants au contrat et cette pratique représente une bonne garantie de succès.

C. Merx peculiaris

Lorsqu'on détermine le bien pécuniaire les sources juridiques avancent au premier plan le terme de „*merx peculiaris*“.

La conception de la *merx peculiaris* est ordinairement liée aux textes qui réglementent l'*actio tributoria*, qui d'une part, figure dans les Digestes dans le livre XIV où est règlementée la responsabilité illimitée du *dominus/pater familias*, de même que dans la reconstruction de Lenel de l'*Edictum perpetuum*⁵⁹. D'autre part, si on fait la comparaison avec l'*actio de peculio*

⁵⁹ Selon LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3^a edición, Leipzig, Tauchnitz, 1927; reimp. Aalen, Scientia, 2010, p. 272 ss. Cette action se trouve dans le titre XVIII de l'Édit “*Quod cum magistro navis, instituere eove, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit*”. Selon la reconstruction cet édit prétorien est *triplex* pour l'*actio exercitoria*, *actio institoria* et *actio tributoria* et parallèlement pour la responsabilité limitée il y a un autre édit *triplex* : pour *actio de peculio*, *actio de in rem verso* et *actio quod iussu* (D.15.1.1.1). Voir la reconstruction de la formule de cette action chez VALIÑO, E. La “*actio tributoria*”. – In : SDHI., 33 (1967), p. 128 ; CHIUSI, T. *Contributo allo studio dell'editto “De*

dans le livre XV, là aussi il y a une limitation de la responsabilité, bien que non tellement définitive.

Une grande partie des cas mentionnant la *merx peculiaris*, ont trait à la réglementation spécifique de la procédure d'insolvabilité du *pater familias*, lorsque, avant de procéder à la procédure de *bonorum venditio*⁶⁰, on collecte les créances des débiteurs et on met à part les créances privilégiées des créanciers, le *pater familias* pouvant être un d'eux. Certains auteurs⁶¹ notent que c'est bien dans ce dernier cas que l'on trouve l'hypothèse particulière sur l'insolvabilité des biens séparés (appelés dans la doctrine des patrimoines spéciaux ou autonomes pour certaines activités ou ciblés) liés à l'activité commerciale des *alieni iuris*⁶². Ils sont examinés en détail dans *D. 14.4.*, un titre entier étant consacré à l'*actio tributoria*, mais dans la plupart des cas on fait la distinction entre leur application et l'application de l'*actio de peculio*⁶³,

tributoria actione". – In : Atti della Accademia Nazionale dei Lincei : Memorie. Ser. IX, vol. III, fasc. 4 (1993), p. 377 ss.; MICELI, Studi sulla struttura formulare..., cit., p. 355 ss. .

⁶⁰ Généralement sur le thème, voir PÉREZ ÁLVAREZ, M. del Pilar, La "bonorum venditio". Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico. Madrid, 2000, p. 73 ss.; SOZA, M^a DE LOS ÁNGELES, Procedimiento concursal. La posición jurídica del "bonorum emptor" . Madrid, 2008, p. 37 ss.

⁶¹ Voir LAZO, P. La "merx peculiaris" como patrimonio especial .. – In : Revista de estudios histórico-jurídicos , 35 (2013), p. 180 ss.; ID. La determinación de la merx peculiaris como etapa previa a su reparto. –In : Revista de Derecho , 1 (2016), p. 95-109 . <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1798>

⁶² Selon GUARINO, A. Diritto privato romano. Napoli, 2001, p. 411 s. il y a une connexion incontestable entre incompatibilité et *tributio*. Voir AUSSI PESARESI, Ricerche sul peculium imprenditoriale, cit , p. .

⁶³ Voir MAZZOLENI, A. D.14.4.1.1 e il concetto di merx peculiaris nella disciplina editale dell'actio tributoria. – In : Forum historiae iuris, <https://forhistiur.de/2016-11-mazzoleni/> et spécialement n.10ù il y a une bibliographie pour *actio tributoria*.

en considérant le privilège du propriétaire du bien pécuniaire et en appliquant à son égard le principe „*Melior est conditio peculio occupantis*“⁶⁴.

Dans les études romanistes on mène une discussion sur l'autonomie de la *merx peculiaris* - dans quelle mesure elle constitue un bien autonome. La majorité des auteurs sont d'avis qu'il s'agit d'une structure qui s'approche de la conception moderne du capital chez les sociétés commerciales⁶⁵. Une grande partie des arguments sont généralisés dans les ouvrages de SUÁREZ BLÁZQUEZ, qui cite les recherches des autres auteurs de même avis au contraire⁶⁶. Il admet que la communauté des intérêts est à la base de la

⁶⁴ Voir SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. *Ocupación e intervención...*, cit. p.313 ss.

⁶⁵ Voir par ex. la définition dans le manuel de DAZA MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones de Derecho romano*. Valencia, 2009, p. 50: „El peculio es un capital que el esclavo, consintiendo el dueño, se forma con las propias fuerzas o donativos. En otras ocasiones es el mismo dueño quien constituye con sus propios bienes un peculium al esclavo, con el fin de que realice una actividad comercial en su favor“.

⁶⁶ Voir SUAREZ BLÁZQUEZ, G. *Dirección y administración de empresas en Roma*. Ourense, 2001, p. 47-59, qui admet le pécule comme une structure séparé du patrimoine du *pater familias* et les esclaves et le fils de famille comme des organes directives de cet entreprise (el ente tiene y desarrolla mediante órganos directivos, como sus hijos y esclavos sujetos a potestad). Ce thèse est développé dans les livres et les articles nombreuses du même auteur : SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. *Ocupación e intervención judicial de la empresa...*, cit. ; ID. *Naturaleza jurídica de la actio tributaria*. – In : *RGDR*, 20 (2013) ; ID. *Intervención judicial de la empresa y de los holding de empresas peculiares comerciales de responsabilidad limitada, en suspensión de pagos, en la Roma clásica*. –In : *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1(2011), p. 413-430 ; ID. *El Peculio, Ente Jurídico Autónomo Matriz de la Responsabilidad Patrimonial del Empresario : Dueño y los Acreedores sobre la "Merx Peculiaris"*. – In : *Investigación : cultura, ciencia y tecnología*, 5 (2011), p.55-58 ; ID. *Graduación de la responsabilidad civil del empresario y de los grupos de empresas -matrices y filiales- de Roma frente a terceros*. – In : *Revista de derecho : División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 36 (2011), p. 279-296 ; ID. *El peculio como ente jurídico autónomo y matriz de la "merx peculiaris"*, cit. p. 119-125 ; ID. *Cosideraciones sobre la dirección y dirección de empresas en Roma siglo II a.C. Siglo III d.C.* –In : *Investigación : cultura, ciencia y tecnología*, 2 (2009), p. 64-67 ; ID. *Direito de empresas en Roma : projecção no direito das empresas actual*. –In : *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1 (2008), p. 483-663 ; ID. *Concurso mercantil de acreedores: "votatio in tributum"*. La "acción tributaria" frente al

structure autonome du pécule, comprenant des droits et des obligations, et non des objets concrets⁶⁷. À partir de la fin de la République, selon lui, le pécule est déjà une structure autonome et affirmée ayant une importance juridique, avec un objectif fondamental - la création d'entreprises commerciales à responsabilité limitée, c'est-à-dire indépendantes du maître et de ses entreprises, y compris de celles dans lesquelles il participe lui-même. Il est instauré pour que l'on puisse à travers lui participer au commerce. Les *alieni iuris* deviennent des gérants de l'entreprise commerciale du maître et passent des contrats avec de tiers personnes sans que le maître le sache. La responsabilité limitée apparaît pour protéger ses intérêts, mais aussi ceux des tierces personnes, ayant respectivement une incidence sur la concurrence des créanciers en cas *l'actio tributoria* si elle est inapplicable. Les préteurs cherchent une protection adéquate des intérêts de tous les participants dans ces relations et le juge assermenté décide lors du procès s'il doit octroyer ou non les privilèges prévus dans l'édit au maître - propriétaire du bien pécuniaire⁶⁸.

Cette position est soutenue plus au moins catégoriquement et par analogie aux notions et instituts modernes par d'autres auteurs⁶⁹. C'est la définition de Tubero sur le pécule qui sert d'argument principal (*D.15.1.5. 4*), accepté par Pomponius dans son commentaire sur le droit civil (*D. 15.1.4. pr.*),

dueño-empresario, y sus directivos-esclavos, -empresarios corruptos. -In : Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, 1(2006), p. 503-524.

⁶⁷ Вж. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. El peculio como ente jurídico..., cit., p. 122 ss.

⁶⁸ On cite les opinions et les commentaires de Quintus Mucius, Tubero, Labeo, Celsus, Pedius, Florentinus, Marcianus, Papirius, Pomponius et Ulpianus en *D. 15. 1. 4.*; *D. 15. 1. 5. 1.*; *D. 15. 1. 6.*; *D. 15. 1. 7. 5.*; *D. 15. 1. 32.*; *D. 15. 1. 39.* ; *D. 15. 1. 40.*; *D. 15. 1. 40. 1.* Voir SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. Ocupación e intervención judicial de la empresa..., cit. p. 674-675.

⁶⁹ Voir SERRAO. Op. cit., p. 20 ss. .

mais aussi dans certains autres textes⁷⁰. Ils montrent la séparation sur le plan de la comptabilité des deux patrimoines, bien que l'esclave ou le fils dépendant ne puisse, selon le droit civil, être titulaire d'un bien propre. Dans les nombreuses hypothèses examinées par les juristes classiques qui se réfèrent, eux aussi, aux points de vue de leurs prédécesseurs, le pécule constitue un ensemble compliqué de relations issus de toute sorte de contrats avec des biens (*ex peculiari re*) ou avec ce qui est inclus dans le pécule ou bien ce qui est acquis avec lui (*ex peculio, in peculiari causa, peculii nomine*), c'est-à-dire on opère avec des objets et on crée des obligations, les *alieni iuris* devenant ainsi des créanciers, de même que des débiteurs en leur nom ou au nom de leur *pater familias/dominus*, y compris de contrats *mortis causa* – chez *legatum peculii* ⁷¹.

Sur la base de cette revue généralisée des sources *Titiana Chiusi* conclut que la *merx peculiaris* ne constitue pas un bien fiduciaire, mais un ensemble d'objets qui a avant tout une importance de procédure et concerne la responsabilité lors de la passation de contrats avec un tel bien⁷².

A cette thèse de Chiusi on oppose d'habitude l'interprétation idéologique des témoignages dans les sources qu'il y a lieu de limiter⁷³. On souligne qu'il existe à Rome dans la période dans laquelle est créé le régime des *actiones adjecticiae qualitatis*, un libéralisme économique considérable qui ne connaît pas de restrictions normatives. Les instructions dans l'édit prétorien ont en fait un caractère de procédure, mais elles cherchent à rétablir l'équilibre entre les intérêts du *dominus/pater familias* comme propriétaire

⁷⁰ D. 15.1.5.3; 15.1.5.4; 15.1.7.3; 15.1.7.4; 15.1.7.5.

⁷¹ Voir CERAMI, PETRUCCI. Op. cit., p. 63 s.; BUCKLAND. Op. cit., p. 198..

⁷² CHIUSI. Op.cit., p. 333 ss.

⁷³ Вж. LAZO, P. La "merx peculiaris", cit., p. 183 s.

du bien pécuniaire et les créanciers des contrats avec des *alieni iuris* qui opèrent non seulement avec lui. En plus dans les deux titres des Digestes (*D.14.4 et D.15.1*) il y a plusieurs cas dans lesquels on avance comme argument la possibilité de stabiliser le bien des débiteurs pour éviter sa distribution entre les créanciers en donnant satisfaction à ces derniers.

Il y a lieu de faire quelques précisions concernant ce qui précède. Dans la plupart des fragments issus des titres correspondants des Digestes on évoque l'instauration de comptes séparés (*rationes domini, rationes peculii*) du père de famille/ maître et des *alieni iuris*/esclaves avec leurs pécules. Ils représentent la valorisation des biens en pécules qui souvent sont appelés « patrimoines réels »⁷⁴. Un témoignage expresse de Florantinus est, elle aussi, en ce sens dans :

D.15.1.39 (Florentinus libro 11 institutionum) *Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit.*

Le texte est ordinairement examiné en comparant la notion du pécule comme bien autonome, instauré par l'épargne, comme récompense pour un service rendu ou comme don, mais aussi comme un bien octroyé à un esclave qui le possédera comme un bien propre (*proprium patrimonium servum suum habere*). Il manque ici la définition moins précise de *quasi proprium patrimonii servi/ filii*, que l'on rencontre dans d'autres textes⁷⁵.

⁷⁴ Вж. WATSON, A. *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, p. 178; BUTI, I. *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"*, Napoli, 1976 ; KIRSCHENBAU, A. *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce*. Jerusalem - Washington, 1987, p. 33 ss.

⁷⁵ Вж. по- специално D. 15.1.32. пр. (Ulpianus libro secundo disputationum) ... nam qui cum servo contrahit, ***universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur***; D. 15.1.47.6 (Paulus libro quartum ad Plautium) *Quae diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione,*

Sans doute la détermination du pécule comme bien fait penser à son autonomie, mais certains auteurs soulignent qu'elle est spéciale⁷⁶. Il y a lieu de clarifier pourtant pourquoi deux termes sont introduits - *peculium* et *merx*, et dans quelle mesure il y a une différence entre eux, c'est-à-dire ce qui est autonome et dans quelle mesure la *merx peculiaris* couvre tout le pécule. Voyons l'opinion d'Ulpianus :

D. 14.4.1.2. (Ulpianus libro 29 ad edictum) . Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.

Il fait une distinction en déterminant comme pécule ce qui reste du bien octroyé, en prélevant les dettes envers le maître⁷⁷ ; mais si l'esclave avait négocié en pleine connaissance de son maître et si dans le pécule il n'y a rien, alors c'est ce dernier qui assume la responsabilité de l'*actio tributoria*. C'est aussi l'avis de Gaius, à savoir que si le pécule doit être octroyé ou instauré par approbation ultérieure, alors tout dont se sert l'esclave pour négocier en

quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset". Une définition plus claire on trouve chez Isidore de Séville, mais qui présente l'évolution finale de l'institut à l'époque de Justinien : *Isid., Etym., 5.25.5. Peculium proprie minorum est personarum sive servorum. Nam peculium est quod pater vel dominus filium suum vel servum pro suo tractare patitur.*

⁷⁶ Voir LAZO, P. La "merx peculiaris" ..., cit., p. 185 ss. Et les opinions des autres auteurs y cités.

⁷⁷ Selon *ius civile* „servus debere non potest“ (D.35.1.40.3), mais il existe des textes où il y a des obligations de l'esclave vers son dominus (*quod servus domino debetur* en D.35.1.40.3) ou réciproquement (*quod dominus debet servo* en D.15.1.19.2 et D.15.1.17). Voir la généralisation par rapport au pécule en D. 15.1.41 (Ulpianus libro 43 ad Sabinum) *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur.*

pleine connaissance de son maître est considéré comme la *merx peculiaris* (IGai. 4. 72: *in peculiari merce sciente patre dominove negotietur*).

En principe la *merx peculiaris* est le bien soumis à distribution entre les créanciers. Mais elle ne couvre pas entièrement le pécule, représentant la partie déterminée comme objets concrets ou comme valeur et consacrée à l'activité commerciale⁷⁸. Dans ce cas *privilegium deductionis* du maître est compréhensible et s'applique uniquement si les contrats avec la *merx peculiaris* ne sont pas passés avec son accord, avec sa connaissance ou son approbation. Le prêteur précise que dans tous les autres cas il est un des créanciers⁷⁹.

Si le pécule est octroyé en entier pour le commerce, alors il est considéré comme la *merx peculiaris*. Selon Gay la *merx peculiaris* peut représenter la moitié, un tiers ou moins de la composition du pécule⁸⁰. En cas de concurrence des actions la situation des créanciers avec l'*actio de peculio*, est plus favorable, puisque cette demande concerne tout le bien pécuniaire, tandis que l'*actio tributoria* est d'un moindre montant⁸¹. Ainsi en analysant

⁷⁸ Voir MAZZOLENI, A. Op. cit., p. 1 ss.

⁷⁹ Voir le même concept mais plus claire en D. 14.4.1 (Ulpianus libro 29 ad edictum) pr. *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*

⁸⁰ Selon SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. El peculio como ente jurídico autónomo..., cit., p. 121 on compare le pécule avec l'*uterus* maternel qui abrite *merx peculiaris*, mais une fois née cette *merx*, c.à.d. quand *pater familias* connaît, souhaite et participe au commerce avec celle- là, alors il est à juste titre traité également avec les autres créanciers dans les transactions avec ce bien.

⁸¹ Voir D. 14.4.11 (Gaius libro nono ad edictum provincial) *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. Et*

les textes dans les deux titres des Digestes (*D.14.4 et D.15.1*) on découvre une sorte de traitement doublé – une fois le pécule est séparé dans la comptabilité du *patrimonium domini*, et une seconde fois on prélève de lui la *merx peculiaris*, comprenant des marchandises – des objets meubles, avec lesquels l'esclave ou le dépendant opère avec ou sans la connaissance du maître.

Plus encore: la *merx peculiaris* est liée aux activités effectuées à travers elle, mais aussi à l'occasion d'elle - dans *D. 14.4.5.5* on admet que l'*actio tributoria* s'applique pour ce qui est reçu de la transformation de la *merx peculiaris*, c'est-à-dire d'elle et en rapport et/à l'occasion d'elle: *...per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est*. On trouve dans les sources des exigences pour tenir des comptes séparés si l'esclave ou le dépendant exerce un commerce différent⁸².

Cependant tous les textes ne contiennent pas des informations sur des comptes séparés (*ratio*) pour cette partie du pécule, lorsqu'on procède au cours de la distribution du bien entre les créanciers à une estimation (*aestimatio*). Il est fort possible qu'il s'agisse d'une estimation spéciale d'experts au cours du procès sur toutes les prétentions pour une indemnisation en argent⁸³.

fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat. Voir l'interprétation de ce texte en Lazo, P. La "merx peculiaris"... , cit ., p. 187 ss.

⁸² Un argument tiré de *D.14.4.5.15 (Ulpianus libro. 29 ad edictum)*. *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi...*

⁸³ FUENTESECA DEGENEFTE, M. La litis aestimatio desde la perspectiva del procedimiento formulario romano. - In : AFDUDC, 10 (2006), p. 403-412 ; COLACINO, V., Litis aestimatio. - In : NNDI, T.IX, Torino, 1963, p.967-968.

Là Ulpianus met l'accent sur la caractéristique matérielle de la *merx peculiaris*, en déterminant qu'elle comprend soit les marchandises, soit la valeur reçue en cas de vente :

D.14.4.5.11. (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Non autem totum peculium venit in tributum, sed id dumtaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive pretium earum receptum conversumve est in peculium.*

Le terme *merx*⁸⁴ fait penser aux composants matériels du patrimoine et non à sa valeur et on souligne que le prix reçu découle de sa transformation en argent. Dans les sources il est employé le plus souvent dans le sens de marchandise, objet d'*emptio-venditio*, *pemptatio* et tout autre contrat à effet d'acquisition de la propriété, en soulignant expressément qu'il s'agit de biens meubles- objet du commerce. Le pécule peut également contenir des immobiliers, des esclaves, des créances etc., et alors la responsabilité dans les contrats concernés est soumise à un autre régime de procédure⁸⁵. Il faut pourtant avoir en vue que si les marchandises sont destinées à la *negotiatio*, toutes les *negotiationes* ne sont pas réalisées au moyen de vente de *merces*, c'est-à-dire les *merces* ne sont pas toujours objet de contrat, mais seulement

⁸⁴ La définition du mot «merx» dans les dictionnaires est déterminé par sa signification fondamentale d'une marchandise faisant l'objet de transactions avec un transfert de la propriété. Dans les sources juridiques romaines, il y a une signification plus générale de tout ce qui est payé dans le commerce- *D. 13, 3. 4.; 1. § 1 D. 14, 4. 1 pr.- 1. ; D. 18, 1. 1 pr.; D. 32. 73.4.; D. 46, 1. 42.; D. 50, 16. 66 u 207; IGai. IV. 72-u 74* etc. Voir BERGER, A. Op. cit., p. 581.

⁸⁵ Voir D.50.16.66 où Ulpianus précise que „*mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*”. En ce sens on voit la définition du commerce (*commercium*) comme une échange des biens chez Isidore de Séville: *Isid., Orig., 5.25.35* «*Commercium dictum a mercibus quo nomine res venales appellamus*“ . Mais malgré le status des esclaves comme de *res* le commerce des esclaves a un régime spéciale- voir Buckland, Op. cit., p. 39-72.

à un type juste des contrats⁸⁶. Ainsi les sources font une distinction entre *negotiator* qui est un commerçant en sens général, et le *mercator* qui achète des marchandises dans le but de les revendre, et, par conséquent, l'interprétation de la *merx peculiaris* doit en tenir compte⁸⁷.

Buckland parle de propriété réelle sur une multitude d'objets, conçus comme *universitas* et présentés sous le terme de *merx peculiaris*⁸⁸. Ceci pose la question de la construction juridique qui correspond à ce bien. Dans *D. 14.4.5.5* on admet que l'*actio tributoria* s'applique pour ce qui est reçu suite à la transformation de la *merx peculiaris*, c'est-à-dire d'elle et en rapport et à l'occasion d'elle: ... *per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est*. Ce texte donne raison à l'affirmation sur le caractère autonome de ce bien.⁸⁹ Cependant le traiter comme une *universitas* ne s'oppose pas de tout à l'idée de son caractère spécial, puisqu'il est traité comme valeur uniquement au cours du procès, sa séparation comptable étant nécessaire alors, surtout s'il ne couvre pas en entier le pécule. De sorte que si nous pouvons en général appliquer les notions contemporaines sur le capital et sur le *patrimonium* autonome et spécial dans le sens d'un ensemble

⁸⁶ Вж. CHIUSI, T.Op. cit., p. 317. Parfois on utilise le concept contemporain de droit de commerce aussi pour les pratiques commerciales et sa réglementation en Rome antique. Voir FADDA, C. Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione. Napoli, 1987, p. 54 ss.

⁸⁷ Pour les différences voir MAZZOLENI, A. Op. cit., p. 7-8. Il admet que Ulpianus adhère à l'opinion de Pedius en *D.14.4.1.1*. que *merx peculiaris* fait objet des tous les types de contrats sans exception. Mais on suppose une discussion parmi les juriconsultes romaines et on mention les exeptions pour les pécules de esclaves- fabricants de tissus, tailleurs et tisserands et aussi pour des marchands d'esclaves (*servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios*).

⁸⁸ Вж. BUCKLAND. Op. cit., p. 188, qui la détermine comme « de whole 'property' (de facto) of the slave, and thus has at least in form the character of a universitas » .

⁸⁹ Voir l'interprétation de *D. 14.4.5.11*. en ANDRÉS SANTOS, F. Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico. Valladolid, 1997, p. 202 et la discussion y citée.

d'objets, mais aussi de droits et d'obligations, c'est plutôt à l'égard du pécule, que de la *merx peculiaris*.

S'il faut conclure concernant la *merx peculiaris*, le maître/ père de famille :

- a le privilège de séparer ces objets du pécule instauré avant que les autres créanciers ne reçoivent leurs créances des contrats passés avec un bien pécuniaire si les *alieni iuris* avaient opéré avec la *merx peculiaris* sans sa connaissance (*D. 14.4.1: quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur*)
- participe comme créancier externe lors de la distribution de cette partie du pécule entre les créanciers en cas d'insolvabilité, quand les contrats avaient été passés sans sa connaissance (*D. 14.4.5.7., IGai. 4.72*);
- fait seul la distribution de ce bien entre les créanciers, en collectant les créances et en payant ce bien (*D. 14.4.7.2*) ;
- sa responsabilité réelle est limitée - *dumtaxat merces peculiares* (*D. 14.4.5.11.*).

Certains auteurs, en défendant l'autonomie du pécule comme capital, se réfèrent à un texte qui compare le pécule à l'homme :

D. 15.1.40 (Marcianus libro quinto regularum) pr. Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius fronto dicebat peculium simile esse homini.

Extractant du contexte, ce point de vue de Marcianus qui cite Papirius Fronto (juriste de la fin du II s.) ne pourrait être accepté comme indication pour une notion juridique du pécule, c'est-à-dire le concevoir comme une personne morale. Les romains créent un régime pour les différents types de

personnes morales et non une notion générale et une terminologie spciale. Vu le statut des personnes auxquels est octroyé le pécule (esclaves et *alieni iuris*) il est encore moins possible de penser à une conception pareille, trop modernisée d'ailleurs. Tout ce qui est lié à l'instauration du bien pécuniaire doit être interprété dans le contexte de l'*utilitas*, qui est la force motrice pour la création du droit prétorien, les *actiones adiecticiae qualitatis* coordonnant l'*utilitas publica* avec l'*utilitas privata* ⁹⁰.

Il ne faut pas oublier en plus que toute la réglementation sauvegardée dans les Digestes, a trait non pas à la détermination positive du pécule comparé aux autres instituts, classifications et normes matérielles juridiques, mais aux moyens de procédure pour protéger le maître et les tiers personnes. Vu les particularités de la conception juridique romaine sur les *actiones*, toute l'information concernant un institut juridique passe toujours par le processus civil, tandis que pour les procès sur la responsabilité dans les contrats commerciaux et dans ceux sur l'insolvabilité des débiteurs, tout bien est traité avec son équivalent en valeur. Il me semble pourtant qu'en dehors de cette logique chercher des parallèles avec les instituts et les conceptions actuels typiques pour les sociétés commerciales, n'est pas fondée. La pratique réelle romaine contient des formes organisationnelles et une réglementation juridique étonnantes pour nous, compte tenu du temps et des conditions de leur création et application, mais elles devraient être interprétées à la lumière de leurs conceptions modernes en droit.

⁹⁰D. 1.1.7. 1. (*Papinianus libro secundo definitionum*) *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.* Voir aussi D.14.1.1. pr. (*Ulpianus libro 28 ad edictum*) *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret.*

V. *Concessio peculii* et les modes de création du pécule.

L'instauration du bien pécuniaire compris comme une valeur ; c. à d. sa valorisation devait précéder l'octroi réel des objets correspondants, les biens ou l'argent, qui sont voir été cédé par le *dominus/ pater familias* à l'esclave ou au fils de famille. Il y a lieu de préciser dans ce cas que on donne des pécules aux personnes des deux sexes tant pour les esclaves que pour les *alieni iuris* - membres de la famille, tous désignés comme *personae in potestatem*, y compris même des esclaves d'autrui donnés par des causes différentes au maître instaurant le pécule (*servi fructuarii vel usuarii* dans *D.15.1.2.*)⁹¹.

L'acte d'octroyer un bien dans un but déterminé comme pécule est ordinairement appelé *concessio peculii*, bien qu'on emploie dans les sources plutôt le verbe *concedere*, dont le sens principal est „octroyer, céder“, sans qu'il y ait un transfert de propriété ou instauration de *iura in re aliena*. Il reflète cependant exactement le sens de céder des objets du *patrimonium* du maître pour les administrer comme pécule. Ainsi et vu les particularités de la réglementation du pécule dans l'hypothèse d'une *actio de peculio* il y a lieu d'affirmer qu'en fait le pécule a une caractéristique réelle et son évaluation se fait dans le but d'une éventuelle *actio de peculio* et l'indemnisation en argent à l'encontre du maître – propriétaire civil du bien pécuniaire. Il est difficile d'accepter une position unie des juristes romaines concernant ce qui est appelé « dématérialisation » du pécule et sa détermination comme un capital,

⁹¹ D. 15.1. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum) 3. *De eo loquitur. non de ea: sed tamen et ob eam quae est feminini sexus dabitur ex hoc edicto actio.* 4. *Si cum impubere filio familias vel servo contractum sit. ita dabitur in dominum vel patrem de peculio. si locupletius eorum peculium factum est.* 5. *Potestatis verbum communiter accipiendum est tam in filio quam in servo*

encore moins comme structure proche du concept actuelle de la personne morale.

Sur la base des déterminations du pécule, citées plus haut, une casuistique est développée sur la volonté expresse du maître par laquelle est instauré le pécule. Dans les comédies de Plautus on parle souvent d'acquisition de biens considérables par des esclaves et des *alieni iuris* sans la connaissance du maître/père de famille qu'ils traient comme propres, en volant parfois un bien du *pater familias/dominus* et en comptant dans les deux cas qu'il va sanctionner ultérieurement cette « auto instauration » du bien volé comme pécule. Probablement pour s'opposer à cette pratique vicieuse on trouve dans les Digestes des exigences de ne pas traiter comme un pécule des biens instaurés réellement sans la connaissance ou sans un acte spécial du maître:

D. 15.1.4 (Pomponius libro septimo ad Sabinum) pr. *Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens: nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.*

Visiblement dans ce cas on est en présence d'une instauration réelle par des actions concrètes, respectivement avec inscription dans le *codex accepti et expensi*, probablement avec un autre document contenant un inventaire des objets octroyés comme pécule, et non seulement leur valeur comptable. Cela a dû être nécessaire pour une estimation adéquate du bien pécuniaire au moment de son instauration, respectivement pour la détermination des limites de la responsabilité pour les contrats passés avec lui par les *alieni iuris*.

Dans *D. 15.1.5.4 Ulpianus* citant la définition de Tubero, appuyée par Celsus, offre une autre option- que l'esclave décrive lui-même et instaure le bien comptable, inclus dans le pécule, mais avec la permission du maître (*servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur*). Ceci peut être interprété dans le sens d'une comptabilité à part que l'esclave mène pour des biens qu'il ne soient pas sa propriété, mais avec lesquels il opère.

La manifestation active de la volonté expresse du maître ou au moins la connaissance sur l'instauration du bien peculiaire est soulignée par Pomponius, en montrant ainsi la nécessité de l'expression de la volonté du *dominus* :

D.15.1.4.2. (Pomponius libro septimo ad Sabinum) *Ex his apparet non quid servus ignorante domino habuerit peculii esse, sed quid volente: alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum.*

De toute évidence la pratique est variée dans les conditions d'un grand dynamisme lors de la création et de la mise en œuvre des pécules, et c'est pour cette raison que Pomponius admet une approbation ultérieure d'un bien établi et instauré réellement par l'esclave lui-même, le pécule étant visiblement agréé en ce moment- là :

D.15.1.49 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium) pr. *Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo adquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio.*

Gaius de son côté conclut que même si le pécule est établi réellement sans un acte spécial du maître, il représente tout ce dont se sert l'esclave pour commercer avec la connaissance de son maître (*IGai. 4,72: in peculiari merce sciente patre dominove negotietur*).

Ulpianus tient compte dans son commentaire relatif à l'édit prétorien, de la réalité, en examinant certaines hypothèses plus spécifiques de *concessio peculii*. Dans le premier cas il souligne qu'il ne suffit pas que le maître désire certaines actions, il ne devrait pas prohiber ou exclure certaines autres, surtout si la *libera administratio peculii* est octroyée – probablement par analogie aux prohibitions dans *praepositio* de l'institor⁹².

La seconde hypothèse est plus intéressante- là le pécule est instauré par le maître avant qu'il ne devienne fou (*furiosus*) ou par le *pater familias*, dont l'héritier est un fils mineur (*pupillus*). Dans les deux cas il n'est pas possible d'exprimer une volonté juridiquement valable, mais puisque le pécule est déjà établi, donc il existe, à moins qu'il ne soit pas repris, comme précise Marcellus, cité par Ulpianus⁹³.

Indépendamment des modes d'instauration du pécule la pleine liberté d'opérer avec lui est notée expressément dans „*libera administratio peculii*“:

D.15.1.7.1. (Ulpianus libro 29 ad edictum) ... *Alia causa est peculii liberae administrationis : nam haec specialiter concedenda est.*

Par conséquent si le pécule est conçu comme étant un privilège pour le maître, il doit être indubitablement établi. Pareille exigence est présente pour *iussus*⁹⁴, mais aussi pour *praepositio* de l'esclave et du dépendant comme *institor*⁹⁵. Les sources contiennent différentes hypothèses concernant

⁹² D.14.4.1.3. (Ulp. lib. 19 ad ed.)... *non enim velle debet dominus sed non nolle ...*

⁹³ Voir D.15.1.7.1., in fine « ...*Ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere. sed non adimi. ut habeat* ».

⁹⁴ D.15.4.11 ...*iussus autem accipiendum est. sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contracto iusserit sive generaliter.*

⁹⁵ Voir la situation où on confie une *taberna* (boutique, atelier, ou pub) et on suppose toujours la fonction d'institor sauf le cas où une inscription expresse en latin ou en grec selon le lieu dit que cela est un pécule- alors on donne *actio de peculio* : D.14.3.11.3 (Ulpianus libro 28 ad edictum) *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante*

cette instauration, ce qui en fin de compte suppose la détermination des limites de la responsabilité du maître: présentation expresse tant d'un inventaire, qu'une connaissance, accord, accès, non opposition, permission, approbation ultérieure des contrats avec de tierces personnes.

L'instauration du pécule met au premier plan la comptabilité correctement menée par le maître et les preuves fournies dans le *codex accepti et expensi* ⁹⁶, certains textes insistant sur la nécessité d'un tel registre de la part non seulement des esclaves et des *alieni iuris* avec pécule, mais des vicaires aussi.

Ainsi nous pouvons conclure que la création de la responsabilité limitée du maître à l'égard des contrats, ainsi qu'en cas d'insolvabilité liée au pécule, est le résultat d'une longue réforme radicale mise en œuvre au moyen du droit prétorien *per utilitatem causa*, afin de garantir les échanges commerciaux, conçus dans le sens le plus large à Rome du temps de la République tardive et après. Le pécule s'avère une forme adéquate pour la réalisation de cet objectif, sa forme initiale modeste et sa destination revêtant un nouveau contenu pour se transformer en un moyen adéquat d'entrepreneuriat dans Rome antique.

tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.

⁹⁶ Pour des contrats littéraux voir ZANDRINO, L. Dalla "pecuna expensa lata" alla "transscriptio" : tracce di una evoluzione del contratto letterale. – In : A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici. Milano, 2018, p. 359-379 et la littérature récente ainsi que l'œuvre classique de THILO, R.M. Der Codex accepti et expensi im roemischen Recht, ein Beitrag zur Lehrevon der Literalobligation. Goettingen, 1980 et aussi CREMADES, I. El contrato literal. – In : Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Jose Luis Murga Gener. Madrid, 1994, p. 519- 548.

VI. Conclusion

La logique de limitation de la responsabilité contractuelle repose, selon les juriconsultes romains, sur deux circonstances : réalisation d'une activité à travers une autre personne et le caractère de l'activité elle-même, qui admet ou non le contrôle et l'information en temps utile sur les contrats passés. C'est la raison aussi pour faire partager le risque différemment lors de l'instauration du pécule ou lors de présentation d'une préposition, dans l'un des cas on octroie un bien, et dans l'autre, on donne des instructions et on fixe l'étendue des activités, sans tenir compte du chiffre d'affaires avec lequel elles sont réalisées.

Certains auteurs considèrent qu'il est question d'une plus grande confiance et d'une plus grande liberté lorsqu'on nomme un esclave ou un dépendant pour *exercitor* ou *institor*, bien que les textes dans lesquels on parle de relations pécuniaires ne supposent pas de tout une autre limitation de l'activité des esclaves et des *alieni iuris* que celle d'opérer avec le bien instauré.

En droit contemporain, de même qu'en droit romain ordinairement le rapport du risque, respectivement des prétentions des entrepreneurs et des créanciers, est réglementé à un niveau normatif. L'édit prétorien, commenté par les juristes, représente la base normative pour adopter des différentes solutions casuistiques en Digestes. Le prêteur répond aux nécessités sociales et économiques liées au déploiement d'une activité commerciale et économique la plus large à Rome dans la période de la République tardive et ceci sur un territoire augmentant sans cesse, par le choix de diverses formes juridiques, d'organisation y compris adaptées à la pratique commerciale internationale. Tant pour le pécule que pour la *praepositio* il est question d'équilibrer les intérêts, de garantir des créances et de donner une

information claire sur ce qui est permis et limité, qui de son côté conditionne le genre et l'étendue de la responsabilité sur les contrats juridiques passés par les esclaves et les *alieni iuris*.

La jurisprudence romaine est loin du concept et des notions relatives à l'entreprise commerciale, au capital, à la personne morale etc. du droit moderne, bien qu'il existe des formes d'organisation analogiques dans le commerce romain, en particulier après l'établissement d'une domination politique et économique en Méditerranée dans le cadre de l'Empire romain.

On ne pourrait donc pas accepter inconditionnellement un tel niveau d'autonomie du pécule ou de la *merx peculiaris*, qui seraient identiques à la notion moderne de capital ou d'une structure, proche à la personne morale par analogie avec *hereditas iucens*. Cependant le fait d'instaurer au sein du patrimoine du maître/père de famille tant un pécule qu'une *merx peculiaris* et la réalisation d'une responsabilité limitée jusqu'au niveau de leur équivalent en valeur, constitue une partie du mécanisme, mis en place par les juristes romains de contrôle des risques des entrepreneurs et des créanciers. En fin du compte, basée sur la combinaison entre l'*utilitas publica* et l'*utilitas privata* la pratique prétorienne et les opinions des juristes classiques inclus dans les Digestes, sont orientées vers la synchronisation des intérêts pour arriver à la stabilisation des patrimoines avec lesquels on prend part aux opérations commerciales, et pour minimiser les pertes en cas d'éventuelle insolvabilité.

STUDII

*ACTIO REDHIBITORIA ȘI INFLUENȚA
ACESTEIA ASUPRA DREPTULUI ROMÂNESC*

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.21
Data publicării online: 16.03.2021

Dan OANCEA, Sorin Alexandru VERNEA, Vlad-Victor OCHEA*

Rezumat: Prin acest articol, autorii își propun să expună elementele esențiale ale configurației actio redhibitoria în dreptul roman și să stabilească o legătură față de mai noile prevederi din dreptul român.

În acest scop, au fost avute în vedere reglementările din Digestele împăratului Iustinian, alături de prevederile celor mai importante legi din cea de-a doua fază a regimului turco-fanariot: Codul Calimach (1817) și Legiuirea Caragea (1818). În mod similar, sunt expuse succint și prevederile Codului Civil din 1864 și ale Codului civil din 2009. În considerentele finale, autorii analizează influența *actio redhibitoria* în dreptul român actual.

Cuvinte cheie: actio redhibitoria, garanția pentru vicii ascunse, drept român modern, influența romană,

* Prof. univ. dr. Dan Oancea, Facultatea de Drept, Universitatea din București, dan.oancea@drept.unibuc.ro; asist. univ. dr. Sorin-Alexandru Vernea, Facultatea de Drept, Universitatea din București, vernea.sorin-alexandru@drept.unibuc.ro; drd. Vlad-Victor Ochea, colaborator extern Facultatea de Drept, Universitatea din București, vlad-victor.ochea@drept.unibuc.ro.

THE REDHIBITORY ACTION AND ITS INFLUENCE IN ROMANIAN LAW

Abstract: By this paper, the authors aim to point out the essential elements that configure *actio redhibitoria* under Roman Law to relate them to the provisions of modern Romanian Law.

To this end, the relevant provisions from The Digests of Emperor Justinian are analyzed, alongside the provisions of the most important Laws of the Second Phase of the Turkish-Fanariot Regime, namely the Calimach Code (1817) and the Caragea Law (1818). Likewise, the provisions of the Civil Codes, from 1864 and 2009, are briefly pointed out, followed by final considerations regarding the influence of *actio redhibitoria* on current Romanian Law.

Keywords: Actio redhibitoria, warranty against defects, modern Romanian Law, Roman influence.

Cuprins

I.	Introducere.....	728
II.	Edictele edililor curuli. Apariția <i>actio redhibitoria</i>	729
III.	Legiuirile adoptate în cea de-a doua fază a regimului turco-fanariot	735
A.	Codul Calimach	735
B.	Legiuirea Caragea	738
IV.	Codul civil din 1864 și Codul civil din 2009	744
A.	Răspunderea pentru vicii ascunse	744
B.	Moștenirea edililor curuli	746
V.	Concluzii	747

I. Introducere

Importanța instituțiilor elaborate în sfera teoriei obligațiilor în dreptul roman este incontestabilă pentru analiza modului de formare și dezvoltare a dreptului privat continental.

Prezenta lucrare urmărește să identifice elementele esențiale pentru configurarea acțiunii redhibitorii în dreptul roman, urmând a le raporta la prevederile dreptului românesc modern.

În acest scop, prima parte a lucrării va identifica principalele elemente definitorii ale *actio redhibitoria* în dreptul roman, folosind ca reper Digestele, urmând ca aceste elemente să fie raportate la prevederile relevante ale Codului Calimach și Legiurii Caragea, ca exponente ale reglementărilor din cea de-a doua fază a regimului turco-fanariot și, în final, la prevederile relevante ale Codurilor civile românești moderne.

Ultima parte va fi destinată unor concluzii referitoare la influența textelor romane asupra dreptului românesc modern, în privința configurării acțiunii redhibitorii.

II. Edictele edililor curuli. Apariția *actio redhibitoria*

Creație a edililor curuli, *actio redhibitoria*, alături de *actio quanti minoris*¹, a sancționat, inițial, obligația de garanție contra viciilor sclavilor și animalelor de povară vânduți pe piețele Romei.

După cum rezultă chiar din denumirea acesteia, *actio redhibitoria* tinde la desființarea contractului, iar efectul său este o *restitutio in integrum*, prin care părțile sunt repuse în situația anterioară încheierii convenției².

Grație ocrotirii superioare pe care o oferea cumpărătorului, în raport cu sistemul dreptului civil, *actio redhibitoria* a fost generalizată, aceasta putând fi intentată de orice cumpărător, contra oricărui vânzător, cu privire la orice lucru vândut.

Magistrați însărcinați cu poliția târgurilor și investiți cu jurisdicția asupra litigiilor ivite cu ocazia actelor încheiate în piețe, edilii curuli au căutat să creeze un mecanism apt a-i feri pe cumpărători de pagubele pe care le-ar putea suferi ca urmare a dobândirii unor lucruri care prezentau vicii ascunse.

Întrucât dă cea mai înaltă expresie juridică protecției cumpărătorului, sistemul de garanție contra viciilor, introdus prin edictele edililor curuli și perfecționat de jurisprudență, și-a găsit un loc aparte în dreptul românesc, fiind preluat ca atare și completând galeria instituțiilor juridice romane care au fost receptate integral în diversele etape de evoluție a dreptului românesc.

¹ Această acțiune constituia o alternativă la desființarea vânzării și restituirea lucrului, respectiv prețului, cumpărătorul având posibilitatea de a păstra lucrul, dar de a cere de la vânzător diferența dintre prețul plătit și valoarea (diminuată) a lucrului afectat de vicii.

² G. May – *Elements de Droit Romain*, 11eme edition, Recueil Sirey, Paris, 1913, pg.352.

Anterior inovației acestor magistrați³, în cadrul vânzării prin mancipațiune, vânzătorul nu răspundea față de cumpărător decât în ipoteza vânzării unui teren, atunci când îi transmitea o suprafață mai mică decât cea declarată sau dacă declara că fondul este liber, deși, în realitate, acesta era grevat cu servituți. În primul caz, el era obligat, prin *actio de modo agri*, la plata valorii dublului suprafeței lipsă, iar în cel de-al doilea caz, la plata dublului prețului, prin *actio auctoritatis*. Ambele acțiuni aveau un fundament delictual.

În rest, în vechiul drept roman, vânzătorul nu datora garanție contra viciilor.

Ulterior, obligația de garanție a fost asumată printr-o stipulațiune, alăturată mancipațiunii sau celor două stipulațiuni din care izvorau obligația de predare a lucrului, respectiv obligația de plată a prețului. Cu timpul, încheierea stipulațiunii pentru vicii a devenit obligatorie, apoi subînțeleasă.

Cu toate acestea, vânzătorul de bună-credință – care nu cunoștea existența viciilor – era ținut să răspundă doar dacă o stipulațiune specială fusese încheiată în acest scop.

În condițiile unei bogate oferte de mărfuri, exista și riscul cumpărătorilor de a fi păcăliți de negustori rapace⁴, fie ei cetățeni, fie peregrini. Se pare că pe cei din urmă edili curuli îi priveau mare îndoială.

³ P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain, huitième édition revue et mise à jour par Félix Senn*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, p. 598-599, și E. Molcuț, D. Oancea - *Drept roman*, București, Casa de editură și presă Șansa S.R.L., 1993, p. 278-279.

⁴ D.21.1.44.1.

În acest context au fost date cele două edicte: *de mancipiis vendundis*⁵ și *de jumentis vendundis*, care au consacrat *actio redhibitoria* și *actio quanti minoris*⁶.

Potrivit celui dintâi, „cei care vând sclavi trebuie să îl informeze pe cumpărător despre bolile și defectele lor, să declare dacă sunt fugitivi, dacă nu cumva au provocat pagube ori au comis delictе din cauza cărora ar putea încă să fie urmăriți prin acțiunea noxală. Toate aceste lucruri trebuie să fie declarate onest la momentul vânzării. Dacă un sclav a fost vândut contrar acestei dispoziții sau dacă se încalcă ceea ce a fost declarat și promis în această privință în momentul vânzării și din această cauză cumpărătorul și toți cei cărora sclavul le va aparține trebuie dezdăunați, vom da o acțiune prin care vânzătorul va fi condamnat la a-și lua sclavul înapoi. Dacă sclavul vândut a fost, după momentul vânzării și predării, vătămat prin culpa cumpărătorului, a unuia dintre sclavii săi sau a reprezentantului său sau dacă, după vânzare, sclavul vândut i-a procurat cumpărătorului fructe sau a condus la dobândirea unui lucru de către cumpărător, dacă este vorba despre o sclavă care a adus pe lume un copil sau, în general, dacă a survenit orice accesoriu al lucrului vândut care îi mărește valoarea, cumpărătorul va fi obligat să țină seama de toate acestea în raport cu vânzătorul. Pentru același motiv, dacă cumpărătorul a fost obligat să plătească ceva din cauza sclavului vândut, vânzătorul va ține seama de aceasta. La fel, dacă sclavul se face vinovat de un delict pedepsit cu

⁵ Edictul a fost introdus la începutul secolului II î.e.n. A se vedea, în acest sens, R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 311, nota de subsol 113, apud A. de Senarclens, *La date de l'Édit des édiles de mancipiis vendundis*, 1923, în *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*.

⁶ Se pare că acțiunile au fost create după apariția procedurii formulare (prin legea Aebutia, între anii 149-126 î.e.n., și prin legile Iuliae iudicariae din anul 17 î.e.n.), cf. P.F. Girard, op.cit., p. 600.

moartea, dacă a atentat asupra vieții vânzătorului, dacă a fost angajat să lupte cu bestiile în arenă, toate acestea trebuie declarate de vânzător, pentru că toate acestea dau loc acțiunii în restituire. Aceeași acțiune va fi dată și împotriva tuturor celor care au vândut rea-credință sclavi, cunoscând viciile acestora”⁷.

Potrivit celui de-al doilea edict, „cei care vând animale de povară trebuie să declare în mod public ce boală sau defect au acestea; dacă le-au înhămat pentru a fi vândute mai bine, le vor preda cumpărătorului în starea în care se găsesc. În caz de încălcare, vom da o acțiune contra vânzătorului, în curs de șaizeci de zile, fie pentru a-l obliga la predarea harnașamentului, fie la a-și lua animalul înapoi. În caz de boală sau de alt defect, vom da o acțiune contra vânzătorului în curs de șase luni pentru a-l constrânge la rezoluțiunea vânzării sau în curs de un an pentru a-l obliga la plata diferenței dintre prețul animalelor și valoarea acestora la momentul vânzării. Dacă se vinde o pereche

⁷ D.21.1.1: „*qui mancipia rendunt, certiores faciant emptores, qui morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus, errove sit, noxave solutus not sit. Eademque omnia cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiatio. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset: quod ejus praestari oportere dicitur emptori, omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae, procuratorisve ejus factum erit: sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item, si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item, si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit: ea omnia in venditione pronuntiantio. Ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vandidisse dicitur, iudicium dabimus“.*

de animale de povară, iar unul se găsește în caz de a fi restituit, vom da o acțiune prin care vânzătorul să fie obligat să-și ia ambele animale înapoi”⁸.

Pornind de la textele romane, ca o primă condiție, reținem că garanția pentru vicii se impunea numai pentru viciile ascunse, edictul nefiind aplicabil pentru vicii aparente, adică acelea care puteau fi observate de cumpărător⁹.

Așadar, vânzătorul era chemat să răspundă ori de câte ori lucrul vândut avea defecte care îl făceau, în tot sau în parte, impropriu întrebuintării sale¹⁰. Aceasta constituie expresia amplorii viciului, doar viciile de o anumită însemnătate fiind susceptibile să antreneze răspunderea vânzătorului. Erau luate în considerare defectele, afecțiunile fizice (boli ale plămânilor, ficatului, prezența unei tumore, un beteșug etc.), iar nu și cele morale (timiditatea excesivă, superstițiozitatea, predispoziția pentru jocuri de noroc, băutura sau ceartă)¹¹.

Răspunderea vânzătorului era angajată doar pentru viciile preexistente contractului de vânzare, dar care se iveau după predarea lucrului.

Cumpărătorul putea intenta împotriva vânzătorului *actio redhibitoria*, care făcea parte din categoria acțiunilor arbitrare, în termen de

⁸ D.21.1.38: „*qui jumenta vendunt: palam recte dicunt quid in quoque eorum morbi, vitiique sit: uti quae optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta: morbi autem vitiiue causa inemptis faciendis, in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si jumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur*”.

⁹ D.21.1.1.6.

¹⁰ D.21.1.1.8: „*proinde si quid tale fuerit vitii, sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediatur, id dabit redhibitioni locum*“ (Astfel, dacă viciul sau boala este de așa fel încât ne împiedică să putem trage vreun folos sau vreun serviciu de pe urma sclavului, va fi loc pentru restituire”).

¹¹ R. Zimmermann, op.cit., p. 313-314.

șase luni utile de la momentul ivirii viciului¹². Calea acțiunii nu era deschisă doar ca urmare a manifestării viciilor nedeclarate de vânzător, ci și atunci când o anumită calitate a lucrului, a cărei existență fusese garantată de vânzător, lipsea sau atunci când se ivea un defect a cărui lipsă fusese garantată de vânzător¹³.

Cumpărătorul pretindea vânzătorului restituirea prețului și a accesoriilor în schimbul restituirii lucrului. Dacă cel dintâi refuza restituirea prețului și a accesoriilor, în virtutea caracterului arbitrar al acțiunii, urma a fi condamnat la dublul acestora¹⁴. Ca efect al restituirilor reciproce, părțile erau repuse în situația anterioară încheierii vânzării¹⁵. De aceea, edictul *de mancipiis vendundis* prevedea că părțile trebuiau să țină cont, una față de cealaltă, de aspecte precum vătămrile aduse sclavului de cumpărător sau plățile pe care cumpărătorul a fost obligat să le facă anterior restituirii sclavului (ca urmare a admiterii unei acțiuni noxale, spre exemplu). *Actio redhibitoria* reprezenta, așadar, o acțiune în rezoluțiune.

Obligația de garanție sancționată prin *actio redhibitoria* cuprindea atât viciile cunoscute și tănuite de vânzător, cât și pe cele necunoscute acestuia¹⁶. Sistemul edililor curuli se deosebește de dreptul civil și sub acest aspect, imprimând răspunderii vânzătorului un caracter obiectiv, acesta fiind prezumat a-și cunoaște marfa.

¹² *Idem*, p. 318.

¹³ *Idem*, p. 317.

¹⁴ D.21.1.45.

¹⁵ D.21.1.23.7 și 21.1.60.

¹⁶ D.21.1.1.2.

Deși implicau un grad sporit de severitate pentru vânzător, edictele edililor curuli au fost extinse la toate vânzările, indiferent de obiectul acestora, pentru că ofereau deplină sancțiune obligației vânzătorului de a preda posesiunea utilă a lucrului.

Nu este cert momentul de la care *actio redhibitoria* a putut fi intentată de orice cumpărător, contra oricărui vânzător, cu privire la orice lucru vândut. Se arată, într-un text atribuit lui Ulpian¹⁷, că acțiunea fusese generalizată încă din vremea jurisconsultului Marcus Antistius Labeo¹⁸. În literatura de specialitate s-au exprimat însă rezerve, afirmându-se că textul în cauză a fost interpolat¹⁹ și că extinderea sferei de aplicare a acțiunii a intervenit mult mai târziu, odată cu elaborarea Digestelor.

III. Legiuirile adoptate în cea de-a doua fază a regimului turco-fanariot

A. Codul Calimach

Codul Calimach, promulgat în 1817, s-a aplicat pe teritoriul Moldovei până în 1865, când a fost abrogat ca efect al intrării în vigoare a Codului civil din 1864²⁰.

¹⁷ D.21.1.1.pr.

¹⁸ Anii 54 î.e.n-10/11 e.n.

¹⁹ P.F. Girard, op.cit., p. 602, nota de subsol 2; V. Hanga - *Drept privat roman*, București, Editura Didactică și Pedagogică, 1978, p. 381, nota de subsol 3.

²⁰ Pe parcursul prezentei lucrări va fi avut în vedere conținutul Codului Calimach, astfel cum este redat în A.Rădulescu (coord.) - *Codul Calimach, Ediție critică*, Editura Academiei R.P.R., București, 1958

Textele relevante pentru prezenta analiză sunt cuprinse între articolele 1240 și 1245, la care se adaugă textul art.1250.

Terminologia utilizată de legiuitor pentru acordarea garanției împotriva viciilor este comună cu cea utilizată pentru garanția împotriva evicțiunii, respectiv „darea cheazășiei”. Conform art.1240, „acela ce au tănuit <ne> obicinuitele metehne sau însărcinări a lucrului, [...], acela ce mințește zicând că lucrul este destoinic pentru o hotărâtă întrebuințare sau că este slobod de obicinuitele metehne și însărcinări, rămâne *răspunzătoriu pentru aceasta, dacă se va arăta din împotrivă*”.

Astfel, existența unor vicii, denumite „*metehne*” sau „*însărcinări*”, ori însușiri ale bunului vândut, în măsura în care erau fie tănuite, fie prezentate în mod nereal, atrăgeau răspunderea vânzătorului.

Cu titlu prealabil, reținem că vânzătorul va răspunde numai pentru metehnele ascunse ale lucrului, care nu ar fi putut fi observate *ex propriis sensibus* la momentul predării, cu excepția situației în care, convențional, s-a garantat și pentru asemenea vicii, astfel cum rezultă din cuprinsul art.1245²¹.

Pe cale de consecință, răspunderea vânzătorului era atrasă numai pentru viciile ascunse tănuite sau prezentate nereal.

Codul Calimach reglementează o serie de situații speciale, denumite prezumții, prin intermediul cărora apariția viciilor într-un interval determinat va conduce la atragerea răspunderii vânzătorului. Astfel, conform art.1241, „dacă o vită va începe a se bolnăvi ori de va pieri în curgere de 24 de

²¹ Art.1245 din Codul Calimach: „Dacă metehnele unui lucru sunt văzute, atunce n-are loc închizășluirea afară numai dacă s-a dat anume făgăduință, că lucrul este slobod de toată meteahna și însărcinarea”.

ceasuri după trădarea ei, atunci se socotește după presumpția iuridică, că au fost bolnavă mai înainte de trădare”. În mod similar, art.1242 stabilește termene diferite pentru afecțiunile survenite în cazul vânzării de porci, vite albe, cai și vite de povară²².

Aceste reguli particulare au natura determinării duratei maxime în interiorul căreia se poate ivi viciul pentru a atrage răspunderea vânzătorului.

Dreptul de a obține rezoluțiunea vânzării pentru incidența viciului este expres prevăzut de art.1250, care stipulează „dacă meteahna sau lipsa lucrului va fi de acest feliu, încât să nu mai fie cu puțință a o lecui sau îndeplini și prin aceasta va împiedica obicinuita întrebuințare a lucrului aceluia, atunci poate vătămatul să ceară desăvârșita anularisire a tocmelii”.

Pe cale de consecință, ca și *actio redhibitoria* din dreptul roman, acțiunea prevăzută de art.1250 din Codul Calimach dă posibilitatea cumpărătorului de a obține rezoluțiunea vânzării pentru viciile ascunse ale lucrului vândut.

²² Art.1242 din Codul Calimach: „Această presumpție are tărie: a) când în curgere de 8 zile la porci se va arăta liniși și la oi vărsat sau rîe sau dacă în curgere de două luni de zile se va descoperi gălbază la oi; b) când la vite albe se va ivi în curgere de 30 de zile după trădarea lor știria vacilor și veneria buhailor; c) când la cai și la vite de povară, în curgere de 15 zile după trădarea lor se va descoperi, răpciugă, buba mînzului, cum și nădușala, sau dacă în curgere de 30 de zile se va descoperi turba cailor, malicu, nărav rău, albața neagră fără de leac, pohăiala”.

B. Legiuirea Caragea

Legiuirea Caragea a intrat în vigoare, potrivit pitacului domnesc de promulgare, la 1 septembrie 1818, și s-a aplicat în Țara Românească până la abrogarea ei prin Codul civil din 1864²³.

Prin raportare la obiectul prezentei analize, dispozițiile relevante se găsesc în Partea a III-a, intitulată „De obște pentru tocmeli”, capitolul II, „Pentru vânzări”, în articolele 39-43. Din acestea se pot desprinde atât condițiile, cât și efectele desființării contractului de vânzare pentru vicii, chiar dacă terminologia apare ca străină Legiurii Caragea.

Astfel, potrivit art.39, alin.1 din Partea a III-a, cap.II, „[d]e nu va arăta vânzătorul zmințea lucrului ce vinde și la urmă se va vedea, iaste slobod cumpărătorul să nu ia lucrul sau să scază din preț”.

Cu titlu prealabil, observăm că obligația de garanție pentru vicii poartă asupra oricărui bun ce poate forma obiect al contractului de vânzare-cumpărare.

Prin urmare, dreptul vânzătorului de a refuza primirea lucrului ori de a plăti un preț redus exista *numai în cazul unui viciu ascuns*, fie tănuit de vânzător, fie necunoscut de acesta. Amploarea viciului rezulta din alineatul 2 al aceluiași articol, respectiv lucrul trebuia să rămână „*a fi netrebnic sau cu anevoe a fi de trebuința*”, așadar să fi fost inapt a servi, în mod obișnuit, scopului pentru care a fost achiziționat. În acord cu criteriile de dimensionare a viciului existente în dreptul roman post-clasic, astfel cum au fost anterior

²³ Pe parcursul prezentei lucrări este avut în vedere conținutul Legiurii Caragea, astfel cum este redat în A.Rădulescu (coord.) – *Legiuirea Caragea, Ediție Critică*, Editura Academiei R.P.R., București, 1957.

redate, reținem că nici în Legiuirea Caragea lipsa unor calități ale bunului vândut nu echivala cu vicii ale acestuia.

Mai mult, teza finală a art.39, alin.2 stipula lipsa unui drept la acțiune din partea vânzătorului în situația în care viciul nu era apt să determine inutilizarea bunului: „*alminteri, să rămîe vânzătorul nesupărat*”.

În plus, Legiuirea Caragea excludea expres incidența garanției pentru viciile aparente, după cum rezultă din cuprinsul art.40, care prevedea că vânzătorul nu se învinovățește pentru „*zmintelile cele învederate (cum ochiu stricat al unui cal și alte asemenea)*”. La fel ca și în cazul edictului *de jumentis vendundis*, observăm că elementul de raportare al legiuitorului, prin exemplificarea utilizată în cuprinsul textului, este reprezentată tot de animale de povară. Apreciem că se impune o distincție între viciile aparente, care pot fi observate și de către cumpărător *ex propriis sensibus*, și cele „*învederate*”, adică aduse la cunoștință de către vânzător. Incidența acestor prevederi în materia viciilor rezultate din vânzarea de vite și animale de povară rezultă și din dispozițiile art.42, alin.2, care fac referire la vânzarea unei turme „*zmreduite*” (afectate de o molimă).

Art.40 face referire la „*zmintelile învederate*”; în opinia noastră, acesta era incident numai în situația în care se proba indicarea respectivelor vicii de către vânzător premergător încheierii contractului. Partea finală a articolului, cuprinzând sintagma „*pentru că cumpărătorul nu poate pretinde că nu le-a văzut*” nu este de natură a conduce la o concluzie contrară, cu atât mai mult cu cât observarea eventualelor vicii era în sarcina cumpărătorului la preluarea lucrului, iar învederarea acestora de către vânzător năștea o prezumție relativă în sensul cunoașterii ori posibilității de cunoaștere a lor de către cumpărător.

În sprijinul diferențierii între viciile aparente și învederate vin și prevederile art.41, care stipulează că „orice zmințeală se va socoti, că cumpărătorul putea să o vadă, să o cunoască sau să o bănuiască, nu poate pentru aceasta să pricinuiască”. Astfel, viciile aparente ori cele care puteau fi descoperite cu minime diligențe nu sunt susceptibile de a determina incidente în executarea contractului. În ceea ce privește viciile aparente, perceptibile *ex propriis sensibus*, respectiv „zmințele pe care cumpărătorul putea să le vadă sau să le cunoască”, observăm că soluția Legiuiirii Caragea este conformă canoanelor dreptului roman post-clasic, întrucât pentru acestea nu se putea atrage garanția vânzătorului. Situația este diferită în privința „zmințelilor pe care cumpărătorul putea să le bănuiască”, întrucât acestea sunt situate la granița dintre un viciu ascuns și unul aparent.

După aprecierea noastră, textul nu introduce un criteriu nou de raportare, ci desemnează, într-o manieră ușor imprecisă, acele vicii aparente ce puteau fi observate la o examinare diligentă, incluzând aici viciile care puteau fi deduse dintr-o eventuală lipsă de reacție a animalului la sunete (lipsa auzului), ori din maniera deficitară în care a fost construit ori întreținut un car, fapt ușor de sesizat la probarea acestuia.

Pe cale de consecință, putem conchide că în Legiuirea Caragea răspunderea pentru vicii putea fi atrasă numai pentru vicii ascunse ale lucrului vândut, care nu puteau fi observate la o examinare diligentă a acestuia.

Referitor la momentul existenței viciului, din formularea art.39, alin.1 din Partea a III-a, cap. II, deducem că viciul trebuie să preexiste vânzării, chiar dacă efectele sale nu au fost manifestate până la momentul încheierii contractului.

Spre deosebire de dreptul roman post-clasic, legiuirea nu prevede un termen, ulterior contractului, până la care se poate invoca apariția viciului și valorifica obligația de garanție a vânzătorului.

În ceea ce privește efectele garanției pentru vicii, reglementarea relevantă se regăsește în art.39, alin.1, din Partea a III-a, cap.II conform căreia „*iaste slobod cumpărătorul să nu ia lucrul sau să scază din preț*”. Observăm că în urma constatării existenței unui viciu ascuns, cumpărătorul are alegerea între reducerea prețului plătit și omisiunea de a lua lucrul. Nu putem interpreta această din urmă sintagmă ca fiind echivalentă cu desființarea contractului, în condițiile în care omisiunea de a lua bunul vândut, respectiv omisiunea de preluare are ca premisă lipsa predării anterioare.

Reamintim faptul că în Legiuirea Caragea, contractul de vânzare cumpărare avea ca premisă acordul de voință al părților, însă pentru încheierea sa valabilă (desăvârșirea vânzării) era necesar, în cazul bunurilor mobile, să opereze predarea bunului de către vânzător și predarea sau promisiunea predării prețului de către cumpărător²⁴, ori ca una dintre părți să fi început executarea propriei obligații²⁵. În cazul bunurilor imobile, contractul se încheia în mod valabil atunci când vânzătorul, primind prețul ori promisiunea plății prețului, remitea cumpărătorului zăpășul vânzării²⁶.

²⁴ Astfel cum rezultă din cuprinsul art.12, alin.1 din Partea a III-a, Capitolul II din Legiuirea Caragea: „Vânzarea celor mișcătoare, atunci e săvârșită când cel ce vinde va da lucrul în mâna cumpărătorului, și cumpărătorul lui va da prețul, sau încredințare pentru preț”.

²⁵ Conform art.12, alin.2 din Partea a III-a, Capitolul II din Legiuirea Caragea: „Desăvârșit vânzare este, și când vânzătorul singur începe a da lucrul, sau cumpărătorul singur a da prețul”.

²⁶ Conform art.12 din Partea a III-a, Capitolul II din Legiuirea Caragea: „Vânzarea celor nemișcătoare, atunci e săvârșită, când vânzătorul primind prețul, sau încredințare pentru preț, va da cumpărătorului zăpășul vânzării”.

Pe cale de consecință, în cazul ivirii unui viciu ascuns, cumpărătorul avea dreptul de a refuza preluarea lucrului vândut, fapt posibil numai în cazul în care obligația de predare era afectată de un termen, ori în cazul în care prețul fusese plătit iar lucrul nepreluat.

Ulterior remiterii materiale a lucrului mobil, ori ulterior remiterii zapisului vânzării pentru imobile, garanția pentru vicii acordată în condițiile art.39, alin.1, din Partea a III-a, cap.II din Legiuirea Caragea nu mai era incidentă.

Această concluzie apare ca validată de prevederile art.15 și 16 din Legiuire, care stabilesc, în esență, că orice „*bine sau vătămare*” privitoare la bunul vândut, anterior săvârșirii vânzării revin vânzătorului, iar ulterior săvârșirii vânzării, „*orice bine*” revine cumpărătorului.

În plus, în cazul existenței unor servituți ce grevează bunul imobil vândut, legiuitorul recunoaște în mod expres dreptul cumpărătorului de a obține desființarea contractului: „slobod iaste cumpărătorul să strice vânzarea sau să scază din preț”²⁷, terminologie net diferită de cea utilizată în cazul garanției pentru vicii, fapt de natură a confirma concluzia noastră, anterior expusă.

Așadar, art.39, alin.1, din Partea a III-a, cap.II din Legiuirea Caragea nu recunoaște o desființare a contractului pentru surveniența de vicii ascunse, ci justifică refuzul executării obligației de preluare a bunului vândut, refuz incident numai în situația existenței unui termen, ca modalitate a obligației, ori în caz de plată prealabilă a prețului de către cumpărător, anterior preluării

²⁷ Astfel cum stipulează art.43 din Partea a III-a, Capitolul II din Legiuirea Caragea

lucrului. În acest din urmă caz, refuzul preluării dă dreptul la restituirea prețului plătit.

Textul expres care consacără *actio redhibitoria* în Legiuirea lui Caragea este regăsit la cauzele de desființare ale contractului de vânzare cumpărare, respectiv art.44, din Partea a III-a, cap.II, care stipulează „*stricarea*” contractului când „se va găsi că are zmințeală lucrul cel cumpărat și nu o va spune vânzătorul și va vrea cumpărătorul să strice vânzarea”.

Pe cale de consecință, dacă lucrul vândut este afectat de un viciu ascuns, descoperit anterior predării, cumpărătorul este în drept să refuze primirea bunului ori să ceară o reducere a prețului, iar dacă viciul este descoperit după predarea bunului, cumpărătorul are dreptul de a solicita desființarea contractului.

O ultimă problemă în materia efectelor privește distincția dintre vânzătorul care cunoștea și cel care nu cunoștea existența viciilor, alături de limitele obligației acestora. Reținem că art.42, alin.1 reglementează: „Când vânzătorul va ști sminteala lucrului și o va tăcea, și dintr-aceasta se va întâmpla pagubă cumpărătorului, se îndatorează la pagubă; iar când nu o va ști nu se îndatorează”.

Observăm că textul stipulează un drept la despăgubire al cumpărătorului, distinct de executarea sau desființarea contractului. În această situație, vânzătorul răspundea numai pentru omisiunea intenționată de a încunoștința cumpărătorul despre existența viciului.

IV. Codul civil din 1864 și Codul civil din 2009

A. Răspunderea pentru vicii ascunse

Mecanismul răspunderii pentru vicii ascunse, desăvârșit prin crearea *actio redhibitoria*, a fost preluat și în Codul civil român din 1864²⁸.

Conținutul art. 1352 face ca orice argumente în sprijinul continuității instituției romane a garanției contra viciilor ascunse să fie de prisos. Acesta prevedea că „vanzătorul este supus la răspundere pentru viciile ascunse ale lucrului vândut, dacă din cauza acelora, lucrul nu este bun de întrebuințat, după destinarea sa, sau întrebuințarea sa e atât de micșorată, încât se poate presupune că cumpărătorul nu l-ar fi cumpărat, sau n-ar fi dat pe dansul ceea ce a dat, de i-ar fi cunoscut viciile”.

Art. 1353, urmărind linia comentariilor jurisconsultilor romani asupra edictelor edililor curuli, excludea viciile aparente din sfera celor pentru care vânzătorul datora garanție, pentru că acestea erau sau puteau fi cunoscute de cumpărător.

Viciul trebuia să fie grav, astfel cum se arăta în art. 1352, și să existe la momentul încheierii contractului de vânzare, căci din acel moment încolo riscul trecea asupra cumpărătorului²⁹.

²⁸ Promulgat la 4 decembrie 1864, intrat în vigoare la 1 iulie 1865.

²⁹ D. Alexandresco - *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul VIII, partea a II-a, București, Atelierele grafice Socec & Co., Soc. Anon, 1925, p. 344.

Asemenea edictelor edililor curuli, garanția era datorată atât de vânzătorul de rea-credință, cât și de cel care nu cunoștea existența viciilor³⁰ (art. 1354).

Sediul materiei acțiunii redhibitorii și al acțiunii *quanti minoris* (la cu cât mai puțin) era dat de art. 1355, potrivit căruia „în cazurile art. 1352 și 1354, cumpărătorul poate sau a întoarce lucrul și a-și primi prețul, sau a opri lucrul și a cere înapoierea unei părți din preț arbitrată prin experți”.

Cumpărătorului îi era recunoscută libertatea de a alege acțiunea pe care urma să o intenteze, pornind de la împrejurarea că ar fi fost foarte dificil de apreciat gravitatea viciului³¹.

Acțiunea putea fi intentată împotriva vânzătorului originar și de subdobânditor³². Pare că această posibilitate exista și în dreptul roman, pornind de la conținutul edictului *de mancipiis vendundis*, precitat.

În cazul unui viciu ascuns, cumpărătorul putea solicita rezoluțiunea vânzării și restituirea prețului, alături de daune-interese (doar de la vânzătorul de rea-credință), în schimbul restituirii lucrului. Dacă avea interesul de a-l păstra, putând fi folosit chiar în ciuda defectelor, atunci el pretindea doar restituirea unei părți din prețul plătit, prin ipoteză superior valorii reale a lucrului.

³⁰ *Idem*, p. 354.

³¹ *Idem*, p. 355.

³² *Idem*, p. 354 nota de subsol 3.

B. Moștenirea edililor curuli

Moștenirea edililor curuli dăinuie în Codul civil din 2009³³, art.1707, alin.1 prevăzând că „vânzătorul garantează cumpărătorul contra oricăror vicii ascunse care fac bunul vândut impropriu întrebuințării la care este destinat sau care îi micșorează în asemenea măsură întrebuințarea sau valoarea încât, dacă le-ar fi cunoscut, cumpărătorul nu ar fi cumpărat sau ar fi dat un preț mai mic”.

Caracterul ascuns al viciilor, momentul la care acestea trebuie să existe și necunoașterea lor de către cumpărător sunt reglementate de alin.2-4 ale aceluiași articol.

³³ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost publicată în M. Of., partea I nr. 511/24.07.2009. Ulterior, aceasta a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of., partea I nr. 409/10.06.2011, apoi modificată și rectificată (M. Of., partea I nr. 427/17.06.2011 și M. Of., partea I nr. 489/8.07.2011), precum și republicată în temeiul art. 218 din aceasta. După intrarea sa în vigoare, Codul civil a fost modificat și completat succesiv și încă o dată rectificat în M. Of. nr. 246/29.04.2013, prin următoarele acte normative: Legea nr. 60/2012 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of., partea I nr. 255/17.04.2012; Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe, publicată în M. Of., partea I nr.753/16.10.2014; Ordonanța de urgență nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a unor acte normative conexe, publicată în M. Of., partea I nr. 85/04.02.2016, modificată și completată la rândul său prin Legea nr. 17/2017 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a unor acte normative conexe, publicată în M. Of., partea I nr. 196/21.03.2017.

Garanția vânzătorului își conservă caracterul obiectiv prin art.1708, alin.1³⁴. În plus, vânzătorul de rea-credință datorează și daune-interese, conform art.1712, alin.1, spre deosebire de cel care nu cunoaște viciul și care trebuie să restituie doar prețul și cheltuielile vânzării, după cum rezultă din art.1712, alin.2.

Liberei alegeri între desființarea vânzării, ca efect al intentării acțiunii redhibitorii, sau obținerea diferenței între prețul plătit și valoarea reală a lucrului, i-ar putea fi astăzi opus următorul argument: art.1710, alin.1 consacră mai întâi *actio quanti minoris*, la lit. c) și doar apoi *actio redhibitoria*, la lit d), ierarhia fiind conturată prin alin.2 al aceluiași articol, cu ajutorul criteriilor gravității viciilor și scopului încheierii contractului, alături de alte împrejurări. Altfel spus, rezoluțiunea ar putea fi obținută doar dacă viciul afectează într-atât de tare bunul vândut, încât imprimă neexecutării obligației de predare un caracter însemnat, fapt stipulat expres în art.1551, alin.1.

Pe lângă rezoluțiunea vânzării, sunt expres reglementate dreptul la repararea sau înlocuirea bunului, conform art.1710, alin.1, lit. a-b, acestea având natura unor remedii actuale.

V. Concluzii

După cum am observat la momentul analizei edictelor edililor curuli, apărute în dreptul vechi, *actio redhibitoria* a fost creată pentru a permite desființarea contractului de vânzare-cumpărare ce avea ca obiect sclavi sau

³⁴ D. Chirică - *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I Vânzarea și schimbul*, ed. a 2-a, revizuită, București, Ed. Hamangiu, 2017, p. 399.

vite mari, în cazul existenței unor vicii ascunse care făceau lucrurile inapte să fie utilizate conform destinației obișnuite.

În urma generalizării acțiunii pentru orice fel de vânzare, cel târziu în dreptul post-clasic, acțiunea redhibitorie a devenit un instrument obișnuit pentru protecția cumpărătorului vătămat prin defectele necunoscute ale bunului vândut.

Influența acestei instituții asupra dreptului românesc este evidentă în epoca modernă, începând cu cea de-a doua fază a regimului turco-fanariot până la Codul civil contemporan.

Cu titlu particular, reținem că în Codul Calimach și în Legiuirea Caragea dreptul de a obține rezoluțiunea contractului pentru vicii era recunoscut pentru orice tocmeli de vânzare, fără a se face distincție în funcție de felul lucrului vândut, însă normele speciale din cuprinsul acestor legiuri stabilesc reguli distincte pentru vânzarea de vite albe, vite mari, ori vite de povară.

Aceasta este, indubitabil, o reminiscență a textelor romane din epoca clasică, în cuprinsul cărora acțiunea redhibitorie era des utilizată în privința vânzărilor *de jumenta*.

În Codurile civile moderne, reglementarea garanției pentru vicii apare ca desprinsă din conținutul Digestelor, ulterior generalizării acțiunii redhibitorii pentru orice fel de vânzări.

În toate cele patru legiuri românești observăm că răspunderea este atrasă numai pentru vicii ascunse, care nu puteau fi observate în mod direct de către cumpărător și care existau la momentul vânzării, chiar dacă nu se manifestaseră, fapt conform regulilor din dreptul post-clasic.

Un alt element constant vizează amploarea viciului, fiind esențial ca acesta să determine imposibilitatea utilizării în tot sau în parte a bunului conform scopului avut în vedere de cumpărător.

În ceea ce privește efectele, independent de terminologia utilizată de legiuitorul român, respectiv „*anularisire a tocmeli*”, „*stricarea vânzării*”, „*întoarcerea lucrului și primirea prețului*”, ori rezoluțiune, reținem că acțiunea redhibitorie determină desființarea contractului prin repunerea părților în situația anterioară, fapt neschimbat în fizionomia instituției.

Precum în dreptul roman, observăm că legiuitorul român a preluat ca și criteriu de determinare a severității răspunderii vânzătorului cunoașterea de către acesta a viciilor, fiind prevăzute limite diferite în funcție de buna sau reaua credință a acestuia.

Toate aceste elemente conduc la concluzia unei continuități între dreptul roman și dreptul civil modern, care acreditează teza dreptului viu, aflat într-o continuă evoluție și adaptare la realitățile sociale.

Analiza punctuală a particularităților *actio redhibitoria* și a modului în care aceasta a influențat dreptul românesc nu trebuie să constituie decât un exemplu al importanței dreptului roman pentru formarea și evoluția dreptului național, întrucât asemenea continuități se regăsesc în aproape toate instituțiile dreptului privat modern.

STUDII

PACTELE ASUPRA UNEI SUCCESIUNI VIITOARE - 150 DE ANI DE SINGURĂTATE

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.22
Data publicării online: 16.03.2021

Ioana OLARU*

Rezumat: Acest articol analizează problematica pactelor asupra unor succesiuni viitoare din perspectivă istorică și a Regulamentului (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, din 4 iulie 2012, privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor. Scopul său este de a înțelege admisibilitatea acestor pacte în cauzele cu elemente de extraneitate în dreptul român și de a analiza dacă, anumite reglementări din dreptul intern, ar putea fi considerate pacte asupra unor succesiuni viitoare.

Cuvinte cheie: succesiune, pact asupra unei succesiuni viitoare, practică notarială, drept internațional privat.

* Dr. în drept, notar notar public în CNP București și formatoare la Institutul notarial român, ioanaolaru1@yahoo.com.

AGREEMENTS AS TO SUCCESSION – 150 YEARS OF SOLITUDE

Abstract: This article examines the agreements as to succession from a historical perspective and in the context of the particular effects given by the Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of judgments and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. The article aims to establish the content and the admissibility of these agreements in successions having cross-border implications that are governed by Romanian applicable law, and to determine which agreements allowed by Romanian civil law could fall under the European definition.

Keywords: succession, pact on a future succession, notarial practice, private international law.

Cuprins

I.	Introducere în problematica pactelor asupra unei succesiuni viitoare	752
II.	Din istoria pactelor asupra succesiunilor nedeschise	754
III.	Spre o contractualizare a dreptului succesoral în Europa post-modernă.....	759
IV.	Terminologie utilizată. Tipuri de pacte.....	766
V.	Conținutul noțiunii de pact asupra unei succesiuni viitoare în RES.	771
VI.	Concluzii	783

I. Introducere în problematica pactelor asupra unei succesiuni viitoare

Sucesiunea contractuală pune în lumină diferențele care există în legislațiile succesoriale ale statelor europene. De-a lungul timpului, regulile moralei, organizarea societății și interesele politice au influențat utilizarea și admisibilitatea pactelor succesoriale. Însă principiile autonomiei de voință și a libertății contractuale au câștigat tot mai mult teren în materia succesiunilor, șubrezind tradiționala interdicție a pactelor asupra unei succesiuni viitoare. Din punctul de vedere al transmiterii succesoriale, statele europene se împart tradițional în două categorii: cele ce nu prevăd transmiterea contractuală a succesiunii, și cele ce admit transmiterea succesiunii atât *ope legis*, cât și în temeiul testamentului sau prin intermediul pactelor succesoriale. Art. 955 C. civ. stabilește că patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament. Este astfel menținută reglementarea art. 650 C. civ. 1864, care excludea posibilitatea instituirii unui moștenitor prin intermediul unui contract. Cu toate acestea, spre deosebire de reglementarea actuală, Codul civil 1864 preluase din dreptul francez și adaptase sub denumirea de donație de bunuri viitoare, un instrument juridic prin care soții sau unul dintre aceștia puteau fi desemnați irevocabil ca moștenitor, în forma prevăzută pentru contractul de căsătorie¹. Această instituție avea să dispară o dată cu adoptarea Codului Familiei în anul 1954, fără a fi readusă la viață odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil în octombrie 2010.

¹ *Codicele Civil, adnotat cu jurisprudența română*, Editura Tipografiei Gutenberg, București, 1894, p. 572 și p.573

O etapă importantă pentru viziunea statelor asupra pactelor succesoriale este deschisă la nivel european de aplicarea Regulamentului (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor², începând cu data de 17 august 2015, actul normativ având caracter obligatoriu în statele membre, în conformitate cu tratatele. Prin definiția dată succesiunii în art. 3 alin. (1) lit. a) RES³, normativul european recunoaște cu titlu de principiu că transmisiunea succesiunii poate fi nu numai legală sau testamentară, dar și contractuală. Postulând cu privire la admisibilitatea succesiunii contractuale, actul normativ european definește termenii ce permit ca acest principiu să fie aplicat chiar și în statele ce nu recunosc valabilitatea unei transmiteri succesoriale contractuale în ordinea lor internă. Este creată o adevărată *succesiune europeană*, guvernată de reguli conflictuale, jurisdicționale și materiale⁴ particulare, ce ia naștere din momentul plasării situației de succesiune în domeniul de aplicare materială și teritorială a RES. Cele mai importante elemente ale acestei succesiuni sunt definite ca noțiuni autonome, în mod uniform și obligatoriu pentru statele membre, interpretarea acestora fiind permisă doar Curții Europene de

² Denumit în continuare RES, disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32012R0650>.

³ Art. 3 RES : „În sensul prezentului regulament: (a) „succesiune” înseamnă succesiunea privind patrimoniul unei persoane decedate și acoperă orice formă de transfer de bunuri, drepturi și obligații pentru cauză de moarte, fie că este vorba de un act voluntar de transfer, sub forma unei dispoziții pentru cauză de moarte, fie de un transfer sub forma succesiunii *ab intestat*; (...)”

⁴ În RES sunt incluse și dispoziții de drept material: art. 31 privind adaptarea drepturilor reale, art. 32 privind comorienții și art. 33 privind succesiunile vacante.

Justiție. Caracterul european al acestei succesiuni nu vine neapărat și exhaustiv din plasarea unor elemente esențiale ale acesteia pe teritoriul statelor membre. Mai mult, nu se poate face o distincție clară între succesiunile pur europene și cele care conțin și elemente de conexitate cu statele terțe. Succesiunile în care defunctul avea ultima reședință obișnuită pe teritoriul unui stat membru sunt tratate la fel cu cele în care ultima reședință a acestuia era într-un stat terț. În același fel, normele RES se aplică și atunci când legea succesorală este cea a unui stat membru, dar și atunci când legea succesorală este cea a unui stat terț. Punctul care leagă elementele diferite ale acestei *succesiuni europene* este competența internațională a autorităților dintr-un stat membru de a hotărî cu privire la succesiune în ansamblul său. Prin adoptarea RES, statele membre acceptă, în anumite condiții, valabilitatea unei transmiteri contractuale a patrimoniului succesoral, chiar dacă *lex successionis* prevede dihotomia clasică în succesiune legală și testamentară.

II. Din istoria pactelor asupra succesiunilor nedeschise

Dispozițiile *post mortem* ne „(...) oferă cea mai convingătoare, mai sinceră și mai pilduitoare expresie a ceea ce omul înțelege prin proprietate și destinul ei.”⁵ Din utilizarea sau respingerea pactelor succesoriale, din formele pe care acestea le îmbracă sau din legătura lor cu convențiile matrimoniale poate fi dedusă raportarea față de patrimoniu, dar și față de moarte, a societății și individului.

⁵ Georgeta Filitti (antolog., pref.), *Testamente (1599-1917) - Antologie și studiu introductiv*, Ed. Notarom, București, 2007, p.19.

Deplina libertate de a testa fusese consacrată de Legea celor XII Table, însă legiuitorul roman intervenise treptat pentru a o limita prin reglementarea exheredărilor și a rezervei succesoriale⁶. Ea fusese mai degrabă oferită pentru ca autorul să învingă frica de moarte⁷, consolat fiind în acest fel pentru caracterul inevitabil al acestui eveniment; justificarea ar putea să se găsească în credința romanilor că morții continuau să trăiască într-un tărâm paralel, inferior celui al viilor, motiv pentru care moștenitorilor le revenea, corelativ libertății dispunătorului, obligația fundamentală de a-i respecta voința. La polul opus, pactele succesoriale presupuneau o adevărată renunțare a dispunătorului la libertatea sa de a testa, atunci când autorul succesiunii stabilea împreună cu succesibili săi, din timpul vieții, de o manieră irevocabilă, modul în care urmau să fie transmise bunurile sale la deces. Din acest motiv dreptul roman interzicea prin decizii de speță toate pactele succesoriale care aduceau atingere exercițiului neîngrădit al libertății de a testa. Când autorul dispunea fără să se oblighe să își mențină voința până la deces și păstra posibilitatea să o revoce până în ultimul moment al vieții, se putea considera că el nu încheiase un pact asupra unei succesiuni viitoare⁸, acordându-i-se efectele *morits causa* dorite. Cercetarea surselor romane de la Legea celor XII Table până la legislația lui Iustinian inclusiv duce la concluzia că succesiunea nu se deferea decât în temeiul legii sau a voinței unilaterale a lui *de cuius*, fiind interzis orice pact asupra unei succesiuni viitoare, atât abdicativ cât și prin care se instituia un moștenitor, atât cu privire la

⁶ Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul juridic, Ediția a III-a, 2009, p. 237, pct.12

⁷ Charles Bahurel, *Les volontés des morts-Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, Ed. LGDJ, 2014, p. 6 și p.20

⁸ Marc Péter, *Etude sur le pacte succesoral*, thèse de doctorat, Université Genève, 1897 no :D 267, disponibilă la: <https://doi.org/10.13097/archive-ouverte/unige:27253>, p.12.

succesiunea unui autor, cât și cu privire la succesiunea unui terț⁹. Practica de a încheia asemenea pacte era însă abundentă în dreptul roman, fiind exceptate de la regula nulității donația cu rezerva uzufructului, pactul prin care se stabilea soarta dotei în caz de deces, *pactum mutuae successionis* care era permis militarilor, donația-partaj și stipulația *post-mortem* autorizată de Iustinian¹⁰.

În următoarea etapă istorică, viziunea asupra pactelor succesoriale se schimbă, marcând validarea socială a individului prin moștenire și grija pentru conservarea patrimoniului familial. Pentru a evita constrângerile sau interdicțiile de a transmite succesiunea printr-un contract, dreptul cutumiar francez apelează la ideea că, spre deosebire de testament, care este un act unilateral și uneori arbitrar, convenția matrimonială este mai justă, fiind rezultatul negocierii între două familii¹¹. Bazându-se pe interesul apărării familiei ce urma să se constituie, stipulațiile succesoriale sunt înglobate în convențiile matrimoniale, care se bucurau la rândul lor de o libertate deplină a conținutului. Ideea nu caracterizează doar Franța în Evul mediu timpuriu, ci și alte regiuni europene. În Catalonia rurală, societatea se baza pe transmiterea patrimoniului gospodăriei către primul fiu născut, prin intermediul unui pact succesoral încheiat de cele mai multe ori în momentul în care acesta urma să se căsătorească, care era astfel inclus în convenția dotală. Dispozițiile acesteia erau diverse, nu se limitau doar la clauzele privind dota soției sau la ipoteca ce garanta restituirea acesteia; puteau fi incluse

⁹ Marc Péter, *idem*, p.14.

¹⁰ Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Ed. Dalloz, 2e édition, 2010, p.1317, nota de subsol 1.

¹¹ Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *idem*, p.1318.

clauze impuse de alți membri ai familiei¹², ori veritabile dispoziții *mortis causa* prin care fiul era instituit ca moștenitor. La stabilirea conținutului pactului succesoral participau astfel mai multe generații: autorii succesiunii, instituitul, viitoarea soție sau chiar membrii familiei viitoarei soții.

Analiza sociologică a familiei din societățile rurale europene furnizează ideea că patrimoniul era cel care asigura legătura dintre generațiile diferite ale unei familii, chiar și atunci când acesta era redus ca valoare. "Transmiterea familială, de ordin patrimonial, lega indivizii, chiar dacă, așa cum au arătat antropologii, sistemele de transmitere a bunurilor și modalitățile de locuire erau foarte diferite în regiunile Europei."¹³ Individul depindea de moștenirea primită, fiii dobândeau bunuri de la tați și fiicele aveau nevoie de dotă pentru a se căsători. Instituția dotei era cunoscută și în vechile legiuri române : Codul Calimach (art. 1623) și Codul Caragea(art. 12, partea a III-a, cap.16)¹⁴, dar instituirea soților ca moștenitori prin intermediul convenției matrimoniale apare ulterior, la adoptarea Codului civil 1864, după modelul Codului civil Napoleon. Revoluția Franceză nu putea însă să tolereze niciuna dintre instituțiile ce caracterizau epoca trecută, cu atât mai puțin cele care ar fi perpetuat dreptul de primogenitură și inegalitatea partajelor. Orice modalitate de transmitere contractuală a succesiunii a fost suprimată prin

¹² Susana Navas Navarro, *Freedom of Testation Versus Freedom to Enter Into Succession Agreements and Transaction Costs*, în *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Europa Law Publishing, 2011, p. 115

¹³ "La transmission familiale, d'ordre patrimonial, liait les individus, même si, comme l'ont montré les anthropologues, les systèmes de transmission des biens et les modalités de résidence étaient très différents selon les régions d'Europe. ", Martine Segalen, *Familles: De quoi héritons-nous ?*, în *Identité(s) - L'individu, le groupe, la société*, Catherine Halpern (dir.), Ed. Sciences Jumaines, 2016, p. 171

¹⁴ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. III, Ed. All, 1998, p. 67, pct.142

Decretul din 17 Nivose¹⁵, iar Codul civil francez din 1804 exprimă principiul general al interzicerii pactelor asupra unei succesiuni viitoare în trei articole diferite: art. 791 C.civ.1804, art. 1600 C. civ. 1804 și art. 130 alin.2 C. civ. 1804¹⁶. Acest principiu este preluat în toate codurile europene¹⁷ ce s-au inspirat din codul civil napoleonian, inclusiv în Codul civil român.

În prezent, o dată cu devalorizarea patrimoniului moștenit în raport de poziția individului în societate, în epoca unui *Self-Made-Man*, ne putem întreba care ar fi argumentele ce pledează pentru menținerea interdicției pactelor asupra unei succesiuni viitoare? Cu siguranță, două evoluții majore pot fi reținute: slăbirea mizei economice a moștenirii¹⁸ și transformarea

¹⁵ Décret de la Convention nationale, du 17.e jour de nivôse, an second de la république française, une & indivisible, relatif aux donations & successions, p.96 și urm., disponibil la adresa:

https://books.google.ro/books?id=kZxbAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=ro&source=gbs_ge_suummary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁶ disponibil la adresa: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/1804-01-10.

¹⁷ Art. 458 C.civ.it. *Divieto di patti successori: (1)Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi(2)*. Codice Civile e Leggi Complementari, IV Edizione, Ed. Simone, 2006, p.117

"Art. 458 C. civ. it. Interzicerea pactelor succesoriale: (1) Cu excepția dispozițiilor articolelor 768 bis și următoarele, este nulă orice convenție prin care o persoană dispune de propria succesiune. Este de asemenea nul orice act prin care o persoană dispune de drepturile ce i s-ar cuveni dintr-o succesiune nedeschisă, sau renunță la acestea.(2)." (trad.n.)

Art. 1271.2 C.civ. sp.: «*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056*».

"Art. 1271.2 C.civ. sp.: În ceea ce privește moștenirea viitoare, nu va fi posibil, totuși, să fie încheiate alte contracte decât cele care au ca obiect împărțirea între vii a unei proprietăți sau alte dispoziții de împărțire, în conformitate cu prevederile articolului 1056.)" (trad.n.)

¹⁸ Jean-François Guillaume, *Les aspects sociologiques de la transmission du patrimoine familial*, în Nathalie Bagniet et Jean-François Taymans(eds.), *Planification succesoriale. Aspects civils et fiscaux*, Ed. Bruylant, Louvain-la-Neuve, Belgia, 2008, p. 16-18

strategiilor succesoriale în strategii contractuale, liber consimțite. Am putea spune că pactul succesoral devine un instrument menit să asigure preponderent pacea familială, și numai în subsidiar să asigure soarta și bunăstarea moștenitorilor. Modul unilateral în care părinții organizează accesul la resursele materiale ale copiilor poate fi perceput de aceștia ca o injustiție, chiar la multă vreme după intrarea în vârstă adultă, având capacitatea de a declanșa episoade depresive și de a deteriora relațiile dintre frați și surori¹⁹. Spre deosebire de testament, în care moștenitorii regăsesc expresia autorității celui care dispune, pactul succesoral ar putea reflecta voința comună a celor implicați. O distribuție patrimonială armonioasă, făcută cu participarea celor îndreptățiți și a autorului lor, ar putea consolida legăturile de familie și ar îmbunătăți raporturile dintre co-moștenitori. Din punct de vedere psihologic, transmiterea bunurilor familiale prin moștenire nu mai este un act pasiv, ci o manifestare activă a dobândirii, un proces în decursul căruia fiecare își poate găsi răspunsul la întrebarea: *Ce fel de fiu/fiică/moștenitor/sunt/am fost eu?*²⁰

III. Spre o contractualizare a dreptului succesoral în Europa post-modernă

Sistemele succesoriale în Europa se prezintă diverse atât în ceea ce privește validitatea testamentelor reciproce și conjunctive, cât și în ceea ce

¹⁹ Evelyne Favart, *La transmission familiale : s'approprier le passé familial entre frères et sœurs*, Revista *Pensée Pluriels*, 1/2006, no.11, p.89, disponibil la adresa: <https://www.cairn.info/revue-pensee-plurielle-2006-1-page-83.htm>.

²⁰ Florence Calicis, *Les héritages familiaux : comment faire avec nos loyautés ?*, Revista *Cahiers de psychologie clinique*, 2014/2, no.43, p.86, disponibil la: <https://www.cairn.info/revue-cahiers-de-psychologie-clinique-2014-2-page-81.htm>

privește admisibilitatea pactelor succesoriale. Și Regulamentul european privind succesiunile reunește problematica testamentelor reciproce cu cea a pactelor asupra unei succesiuni viitoare, prin definirea noțiunii cadru de dispoziție pentru cauză de moarte. În dreptul german (§2265 BGB) numai soților le este permis să încheie un testament conjunctiv, care poate conține fie dispoziții independente unele de altele, fie dispoziții reciproce (§2270 BGB)²¹. Caracterul reciproc al dispozițiilor din testamentul conjunctiv produce efecte particulare atunci când testamentul unuia dintre soți este contestat sau declarat nul, legatele sau desemnările de moștenitori făcute de celălalt soț urmând aceeași soartă²² cu actul anulat. Testamentul conjunctiv nu este accesibil viitorilor soți, dar un cuplu logodit poate încheia o convenție matrimonială precum și un contract succesoral, care vor produce efecte după încheierea căsătoriei (§1408, §2274, §2275 BGB).

Dimpotrivă, art. 968 C.civ fr.²³, art. 589 C.civ. it.²⁴, art. 669 C.civ. sp.²⁵ și art. 2181 C.civ. portughez ²⁶ nu permit încheierea unor testamente conjunctive, nici dacă ar fi vorba de dispoziții reciproce, nici dacă ar fi gratificată o terță persoană. Pe de altă parte, soarta contractelor succesoriale este și ea diferită în funcție de statul în care acestea sunt încheiate. Codul civil

²¹ Disponibil la adresa https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p7521.

²² Peter Gottwald, Dieter Schwabm Eva Bütner, *Family & Succession Law in Germany*, Ed. C.h.Beck, München, 2001, p. 132, pct.361 și 362.

²³ Disponibil la adresa:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150547?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGIARTI000006434040.

²⁴ Disponibil la adresa: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-secondo/titolo-iii/capoi/art589.html>.

²⁵ Disponibil la adresa: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con/](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con/)

²⁶ Disponibil la adresa: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202008292026/73749770/diploma/indice>.

german validează, potrivit §2275 BGB, instituirea de moștenitor prin intermediul unui contract succesoral; consecința încheierii unui asemenea act este aceea că dispunătorul nu mai poate întocmi nicio dispoziție posterioară pentru cauză de moarte, dar păstrează libertatea de a încheia acte cu titlu oneros (§2286BGB, §2289 BGB) și donații, în afară de cazul în care acestea din urmă ar fi făcute cu rea credință (§§2286ff). Contractul succesoral astfel încheiat nu poate fi revocat unilateral și urmează în toate celelalte aspecte regulile generale ale contractelor, iar pentru protecția dispunătorului este obligatorie forma notarială (§2276 BGB)²⁷. Și în dreptul austriac²⁸ posibilitatea de a încheia un pact succesoral este rezervată soților, sau viitorilor soți sub condiția încheierii căsătoriei (§1249 ABGB), pe când partenerii dintr-un parteneriat înregistrat pot beneficia doar de anticiparea succesorală prin intermediul testamentului reciproc (§1248 ABGB).

Spre deosebire de acestea, sistemele de drept civil inspirate din Codul civil napoleonian au consacrat și păstrat principiul de a interzice orice stipulație privind o succesiune nedeschisă. Însă, prin modificări succesive ce debutează în primul deceniu al secolului al XXI-lea, domeniul de aplicare a acestei prohibiții se reduce. În Belgia, prin Legea nr. 25 din 13.07.2017, intrată în vigoare la data de 01.09.2018, este introdus un titlu nou, dedicat pactelor succesorale. Noul art.1100/1 C. civ. be.²⁹ interzice încheierea pactelor asupra unei succesiuni nedeschise, atât a celor privind succesiunea autorului cât și

²⁷ Peter Gottwald, Dieter Schwabm Eva Bütner, op.cit., p. 134-135

²⁸ Disponibil la adresa: https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-at-fr.do?member=1#toc_3.

²⁹

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1804032132&table_name=loi.

cea a unui terț, atât constitutive cât și abdicative, oneroase sau cu titlu gratuit, cu excepția celor pe care dispozițiile codului le permit în mod expres. Un nou tip de pact este introdus prin art. 1100/7 C.civ.be. Denumit pact succesoral global, acesta nu poate fi încheiat decât de părinți împreună cu toți descendenții în linie dreaptă, acestora din urmă fiindu-le permis să renunțe prin introducerea în drepturile sale a tuturor descendenților săi. Și prezumția de gratuitate a unei înstrăinări oneroase făcute cu rezerva unui drept de uzufruct, abitație sau rentă viageră este reformată, în prezent articolul ce o reglementează (art. 918 C.civ.be³⁰) creând un adevărat pact succesoral punctual. Ca urmare a acestei modificări, nicio prezumție de gratuitate nu mai operează în cazul anumitor tipuri de înstrăinări. Oricare dintre moștenitorii rezervatari poate să renunțe unilateral, *pro parte*, la acțiunea în reducere, printr-o declarație conținută în contractul de donație sau printr-un act separat, ulterior donației, dar încheiat înainte de decesul autorului. Pactul Valkeniers, ce fusese admisibil și anterior acestor modificări, beneficiază de o nouă reglementare în art. 1388 alin.2 C.civ. be.³¹ Prin intermediul acestuia, soțul care are descendenți dintr-o relație anterioară sau adoptați anterior încheierii căsătoriei, poate să renunțe la rezerva sa succesorală abstractă, respectând formele prevăzute pentru încheierea sau modificarea convențiilor matrimoniale. Formalismul impus de art. 1100/5 C.civ.be guvernează toate tipurile de pacte prevăzute ca valabile. Regulile speciale de formă nu se

30

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1804032132&table_name=loi.

31

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1804032133&table_name=loi.

limitează la întocmirea unui act notarial³², ci prescriu o procedură complexă atât pentru transmiterea proiectului de pact tuturor părților, cât și pentru negocierea și discutarea conținutului actului, până la semnarea pactului într-un termen suficient de mare ca să permită o informare și o reflecție a celor implicați cu privire la consecințele produse. Garanția respectării drepturilor părților și a informării lor complete este asigurată atât prin posibilitatea unor întrevederi explicative a persoanelor cu notarul instrumentator, cât și prin facultatea conferită oricăreia dintre acestea de a fi însoțită de un alt notar propriu în procedura de încheiere a pactului. Această procedură complexă, actul notarial și garanțiile oferite părților au făcut ca noile pacte succesoriale să se bucure de un real succes, în numai doi ani de la reformă fiind încheiate peste 1000 de asemenea pacte³³. Modificarea dreptului succesoral belgian nu aduce o liberalizare a pactelor succesoriale, ci doar o lărgire a domeniului excepțiilor de la interdicția pactelor asupra unei succesiuni viitoare, pactele fiind în continuare lipsite de o definiție cadru, dată într-o manieră pozitivă³⁴. În Italia, introducerea instituției denumită *patto di famiglia* a fost salutăată ca o adevărată excepție de la principiul interdicției pactelor succesoriale instituit de art. 458 C.civ.it. Legea nr. 55/2006³⁵ prin care este modificat Codul civil italian reușește să armonizeze vechea interdicție a pactelor succesoriale cu

³² Art. 1100/5 C.civ. be: [1 § 1er. *Tout pacte successoral est contenu dans un acte notarié.*, disponibil la adresa: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1804032132&table_name=loi.

³³ <https://www.notaire.be/nouveautes/detail/deja-1-000-pactes-familiaux-conclus-sur-des-futures-successions>

³⁴ Vincent Wyart, *Les pactes sur succession future*, în Pierre Moreau (dir.), *La réforme du droit des successions*, Ed. Larcier, Bruxelles, 2018, p. 279

³⁵ Legge 14 febbraio 2006, n. 55 "Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia", publicată în Gazzetta Ufficiale n. 50 din 1.03.2006, disponibilă la adresa: <https://www.camera.it/parlam/leggi/060551.htm>.

libertatea testamentară și să păstreze proporția dintre rezerva succesorală și cotitatea disponibilă. Însă, scopul acesteia nu fusese acela de a produce o adevărată reformă în materia pactelor succesoriale, ci mai degrabă promovase o măsură economică necesară pentru supraviețuirea companiilor mici și medii³⁶: desemnarea de către proprietarul în viață a aceluia sau aceluia dintre descendenții săi care vor continua să conducă și să dețină afacerea familială. Nici în Franța nu s-a produs o schimbare de paradigmă în materia pactelor succesoriale, chiar dacă dreptul succesiunilor și liberalităților a trecut prin mai multe legi modificatoare³⁷. Nu au avut câștig de cauză nici practicienii, care au susținut³⁸ abrogarea interdicției și validarea pactelor asupra succesiunilor viitoare cu titlu general, cu condiția ca actul să presupună acordul autorului succesiunii, dat în formă autentică. Interdicția ce lovește pactele asupra unei succesiuni viitoare a fost menținută în Codul civil francez, chiar dacă textele ce o reglementează au primit o redactare nouă și o lărgire a numărului de excepții. Din materia contractuală, unde se găsea inițial (art. 1130 C.civ.1804³⁹), interdicția a fost plasată ca articol de debut al materiei succesoriale (art. 722 C.civ. fr.⁴⁰): toate convențiile ce au ca obiect crearea de

³⁶ Enzo Rossi, *Patii successori: necessità o impedimento?*, Ed. Utet Giuridica, 2017, p.177

³⁷ *Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, disponibilă la adresa: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000582185> și

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, disponibilă la adresa:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000637158/?isSuggest=true>.

³⁸ François Terré, Yves Lequette ; Sophie Gaudemet, *Droit civil : Les successions. Les libéralités*, 4e édition, ed. Dalloz, 2014, p.603.

³⁹ Disponibil la adresa: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150238/1804-03-30/#LEGISCTA000006150238.

⁴⁰ Article 722 C.civ.fr. (Modifié par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 18 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002) :

drepturi sau renunțarea la drepturi asupra întregii sau asupra unei părți dintr-o succesiune viitoare nedeschisă sau asupra unui bun din aceasta, nu produc niciun efect în afară de cazurile în care ele sunt permise de lege. Sunt create noi pacte de familie și este extins câmpul de aplicare a celor deja permise: clauza comercială din convenția matrimonială (art. 1390-1392 C.civ. fr.) prin care soțul supraviețuitor poate păstra fondul de comerț, clientela civilă sau exploatarea agricolă, renunțarea anticipată la acțiunea în reducere, continuarea societății de persoane cu anumiți moștenitori, liberalitățile graduale⁴¹ (art.1048 C.civ.fr.⁴²). Toate acestea înclină balanța, în ciuda principiului enunțat, spre consacarea succesiunii contractuale, alături de cea testamentară, însuși noul articol 721 C. civ. fr.⁴³ precizând că succesiunile se deferă în temeiul legi numai dacă defunctul nu a dispus prin liberalități.

“Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi.” disponibil la adresa: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136266/2020-01-01/#LEGIARTI000006430700.

⁴¹ Phipippe Malaurie, Laurent Aynés, *Les successions. Les Libéralités*, 6^e édition, LGDJ, 2014, p. 340, pct. 644.

⁴² Disponibil la adresa: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150553/2020-01-01/#LEGISCTA00000615055.

⁴³ Article 721 C.civ.fr. (Modifié par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 18 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002):

“Les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités.

Elles peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire.” disponibil la adresa: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136266/2020-01-01/#LEGIARTI000006430700.

În Catalonia, Codului civil Catalan este modificat prin Legea 10/2008⁴⁴, care aduce schimbări fundamentale pentru pactele succesoriale, o materie ce este acum desprinsă de forma originală a convențiilor matrimoniale și plasată între instrumentele de planificare succesorală⁴⁵. Succesiunea se transmite pe cale testamentară, prin desemnarea unui sau mai multor moștenitori (art. 421-1 până la art. 429-15 C.civ.cat) , prin intermediul unui pact succesoral încheiat de autor (succesiune contractuală art.431-1 până la 444-1 C.civ.cat) sau în temeiul legii, în lipsa manifestării autorului de a dispune fie prin testament, fie prin pact succesoral (art. 441-1 până la art. 444-1 C.civ.cat). Pot fi declarate valabile numai pactele succesoriale ce au ca obiect bunuri determinate din succesiune (art. 431-29 și art. 431-30 C.civ.cat), nu și cele care privesc succesiunea ca o universalitate. Fiind scoase din cadrul convențiilor matrimoniale, pactele succesoriale nu mai sunt supuse condițiilor de formă prevăzute pentru acestea și nici nu mai sunt rezervate soților sau viitorilor soți. Ele pot fi încheiate de toate persoanele unite printr-o legătură stabilă de tipul parteneriatului sau chiar de rudele de sânge în linie dreaptă, indiferent de grad, precum și de colaterali, până la gradul patru (art. 431-2 C.civ.cat.).

IV. Terminologie utilizată. Tipuri de pacte

Încă din anul 2009, Comisia Europeană, demarând procesul de armonizare a normelor conflictuale și de procedură în materia succesiunilor internaționale, a constatat că una dintre sursele dificultăților o constituie și

⁴⁴ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, disponibil la adresa: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/07/10/10/con>

⁴⁵ Susana Navas Navarro, op.cit, p. 107.

divergențele ce există cu privire la mijloacele de anticipare succesorală în statele membre. Chiar dacă testamentul este cunoscut în toate aceste state, nu același lucru se poate spune despre testamentele conjuncte sau reciproce, ori despre instrumentele de anticipare mai elaborate⁴⁶. Un impediment în cazul unei succesiuni internaționale poate să rezulte din încheierea un pact succesoral valabil într-un alt stat decât cel în care se desfășoară procedura succesorală, stat de destinație care are o reglementare diferită sau care nu recunoaște pactul respectiv ca fiind valabil. Diversitatea în reglementarea materială națională este însoțită și de o diversitate terminologică- pact succesoral, pact asupra unei succesiuni viitoare, pact asupra unei succesiuni nedeschise. Unul dintre scopurile demersului nostru este de a demonstra că noțiunea de pact asupra unei succesiuni viitoare, în înțelesul și în scopul aplicării RES, este diferită de noțiunea corespondentă din dreptul material. Regulamentul european utilizează termenul de pact asupra unei succesiuni viitoare, *agreement as to succession, pacte successoral, pacto sucesorio, Erbvertrag*⁴⁷. Sub imperiul Codului civil 1864, textele articolelor vorbeau despre *renunțare, învoială*, iar termenul de *pact asupra unei succesiuni nedeschise sau pact asupra unei succesiuni viitoare* era utilizat în doctrină⁴⁸, preluat din dreptul roman. O dată cu intrarea în vigoare a noului Cod Civil, art. 956 C.civ. vorbește despre *actele juridice având ca obiect drepturi eventuale asupra unei moșteniri nedeschise încă*. În ordinea internă română,

⁴⁶Disponibil la adresa: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14722-2009-ADD-2/fr/pdf>, p.3, pct. 2.1.1.

⁴⁷Disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0650&from=RO>

⁴⁸ Mihail Eliescu, *Curs de succesiuni*, Editura Humanitas, 1997, București, p.36; Matei B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. All Educational, 21998, p. 404; Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, 2002, p. 289; Dan Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Back, București, 2014, p. 378.

problematica anticipării succesoriale are o evoluție istorică liniară, interdicția fiind instituită în Codul civil 1864 și menținută în Codul civil actual. Art. 965 alin.2 C.civ. 1864 interzicea orice renunțare la o succesiune care nu este deschisă, precum și orice *invoire* cu privire la o astfel de succesiune, chiar și în cazul în care cel despre a cărui succesiune este vorba și-ar fi dat acordul sau ar fi participat la încheierea acestui act. Textul, plasat în materia contractuală, este dedicat obiectului contractului și nu face altceva decât să preia interdicția stipulată în Codul civil napoleonian ca o luptă împotriva obiceiurilor feudale și a dreptului de primogenitură. De altfel, având în vedere practica răspândită a instituirii contractuale prin intermediul *contractului de căsătorie*⁴⁹, art. 702 C.civ. 1864 interzice ca într-un asemenea contract să fie incluse renunțări la succesiunea unei persoane în viață sau înstrăinări ale drepturilor eventuale ce ar putea fi dobândite dintr-o succesiune nedeschisă. Pentru a întări această regulă, nu este permis soților să modifice (art. 1225 și art. 1226 C. civ. 1864⁵⁰) drepturile pe care legea le dă soțului supraviețuitor în titlurile IX și X din Cartea I, nici să încheie vreo convenție sau renunțare ce ar avea ca obiect schimbarea ordinii legale a succesiunilor între ei și descendenții lor. La intrarea în vigoare a Decretului nr. 32/31.01.1954 pentru punerea în aplicare a Codului Familiei aceste texte sunt abrogate expres (art. 49), fiind desființate toate regimurile matrimoniale convenționale, inclusiv regimul dotal. Dreptul roman prohibea pactele asupra succesiunilor viitoare din motive diferite, în funcție de obiectul pactului, cel mai puternic fiind acela că, prin încheierea pactului, lua naștere dorința morții unei persoane în viață: *votum mortis*

⁴⁹ Instituirea contractuală, denumită în Codul civil 1864 donație de bunuri viitoare, era actul juridic prin care o persoană se obligă într-un contract să lase, la decesul său, o parte sau întregul său patrimoniu, unei alte persoane, care este instituit succesor prin intermediul unui contract. C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op.cit., p. 648, pct.1555.

⁵⁰ *Codicele Civil, adnotat cu jurisprudența română*, op.cit., p.912

*captandae*⁵¹. Pactele de *hereditates tertii* erau nule pentru lipsa obiectului contractului, dar și pentru caracterul lor imoral. Pactele de *non succedendo* începeau să fie mai degrabă admise, deoarece nu implicau o presupusă dorință a morții autorului succesiunii. Petrus Placentius în secolul al XII-lea și Bonifaciu al VIII-lea (1299) validează acest tip de pacte atunci când erau însoțite de un jurământ⁵², ce le absolvea de încălcarea regulilor moralei. Pactele de *succedendo*, prin care se instituia un moștenitor, erau interzise în dreptul roman pentru că dădeau naștere unor obligații irevocabile pentru cel despre a cărui moștenire era vorba, încălcând valoarea fundamentală a libertății de a testa. Aceste argumente fuseseră invocate și o dată cu adoptarea Codului civil român la 1864, prin preluarea art. 1130 C.civ. 1804, dar autorii moderni⁵³ le considerau deja perimate; singurele elemente care mai puteau pleda pentru menținerea interdicției erau conservarea libertății de a testa și revocabilitatea testamentului. Autori contemporani, pentru a sublinia lipsa de actualitate a acestor considerente, exemplifică numeroase alte instituții care ar putea să fie abrogate pe motiv că ele atrag dorința morții unei persoane⁵⁴- începând cu întreaga construcție a succesiunii⁵⁵ legale și ajungând până la asigurarea de viață, constituirea unui uzufruct sau a unei rente viagere.

Respectând filonul tradiției romane, în sistemele de drept care plasează interdicția pactelor asupra unei succesiuni viitoare ca pe un element central al ordinii publice sucesorale, modul de reglementare al acesteia se

⁵¹ Mihail Eliescu, op.cit., p.37

⁵² Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, op.cit., p. 1318, pct. 942

⁵³ Mihail Eliescu, op.cit., p. 37; Matei Cantacuzino, op.cit., p. 404 aprecia că doar elementele economice mai pot justifica astăzi această interdicție, ceea ce ar explica și faptul că încetul cu încetul legiuitorul scoate diverse pacte de sub incidența acesteia.

⁵⁴ Philippe Malaurie, Laurent Aynés, op.cit, p. 368 și urm..

⁵⁵ François Terré, Yves Lequette, Sophie Gaudemet, op.cit., p. 604, pct. 686.

bazează pe aplicarea unei metode obiective, care exclude orice cercetare intențională sau psihologică⁵⁶. Articolul 956 C.civ. sancționează cu nulitatea absolută, atunci când prin lege nu se prevede altfel, toate actele juridice care au ca obiect drepturi eventuale asupra unei moșteniri nedeschise încă, precum actele prin care se acceptă moștenirea sau se renunță la aceasta, înainte de deschiderea ei, ori actele prin care se înstrăinează sau se promite înstrăinarea unor drepturi care s-ar putea dobândi la deschiderea moștenirii. Sunt astfel oprite *actelor juridice* asupra unei moșteniri nedeschise, viitoare⁵⁷. Condițiile pentru ca interdicția să opereze nu sunt modificate față de vechea reglementare, dar noua redactare beneficiază de claritate prin suprimarea termenului anterior de *pact*, în care erau incluse, de inspirație romană, și actele unilaterale. Din moment ce interdicția actelor juridice având ca obiect succesiuni viitoare este consacrată într-un articol dedicat obiectului contractului, se confirmă faptul că cercetarea cauzei și, implicit, a moralității acesteia în cazul unui asemenea act este abandonată. Menținerea interdicției pactelor succesoriale apare mai degrabă expresia unei opțiuni legislative, prin care sunt protejate în principal libertatea și revocabilitatea ultimei voințe a unei persoane, considerentele morale fiind desuete.

Paleta drepturilor succesoriale în Europa se caracterizează printr-o funcționare diferită a interdicției pactelor succesoriale atât în raport de obiectul acestora: bunuri determinate sau succesiunea privită ca universalitate, cât și în funcție de efectele acestora: pacte abdicative, dispozitive sau constitutive. Țările care consacrau la începutul secolului al XX-lea principiul interdicției pactelor succesoriale prevăd astăzi excepții de la

⁵⁶ Philippe Malaurie, Laurent Aynés, op.cit., p. 369, pct. 687.

⁵⁷ Francisc Deak, Romeo Popescu, op.cit., p. 208

regula generală, recunoscând validitatea anumitor categorii de pacte succesoriale, în principal a celor care au ca obiect bunuri determinate, cum ar fi cazul Spaniei⁵⁸, Franței sau Belgiei. Dintre acestea însă doar Catalonia plasează în mod expres succesiunea contractuală între modurile de transmitere a succesiunii, celelalte menținând dihotomia clasică între succesiunea legală și cea testamentară, cu accent pe una dintre acestea.

V. Conținutul noțiunii de pact asupra unei succesiuni viitoare în RES.

Regulamentul (UE) nr. 650/2012, prin modul de reglementare a pactelor succesoriale se prezintă ca o veritabilă poartă de intrare a acestora în ordinea juridică a statului de destinație, care receptează de multe ori o instituție pe care nu o cunoaște în ordinea internă, dar pe care este chemat să o valideze cu ajutorul instrumentelor conflictuale pe care normativul european i le pune la dispoziție chiar în acest scop, în cadrul unei succesiuni internaționale. Nu este vorba de o simplă mobilitate a cetățenilor, deoarece aceștia circulă însoțiți de elemente fundamentale ale culturii juridice, consemnate în actele pe care le-au încheiat. Acestea au aptitudinea de a deveni, în timp, izvoarele unei noi ordini juridice, deoarece concepte juridice străine se bucură de acceptare și chiar de recunoaștere, dincolo de statul lor de origine. Data de 17 august 2015 poate fi considerată un punct de referință, începutul unei circulații speciale a pactelor succesoriale, care sunt validate prin intermediul normelor conflictuale și care produc efectele stabilite de

⁵⁸ Sergio Cámara Lapuente, *Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law*, în *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Europa Law Publishing, 2011, p. 294-296

legea care le guvernează, dincolo de teritoriul statului lor de origine. Ceea ce facilitează incluziunea lor într-o ordine străină prohibitivă este atât recunoașterea valabilității lor prin aplicarea art. 25 RES⁵⁹ într-un stat ce le respinge pe plan intern, cât și principiul acceptării actelor autentice încheiate în materie succesorală în statele membre (art. 59 RES⁶⁰).

⁵⁹ Articolul 25 RES: " Pactele asupra unei succesiuni viitoare

(1) Un pact asupra unei succesiuni viitoare referitor la succesiunea unei persoane este reglementat, în privința admisibilității sale, a condițiilor de fond ale acestuia, a caracterului obligatoriu între părți și a condițiilor pentru desfacerea sa, de legea care, în temeiul prezentului regulament, ar fi fost aplicabilă succesiunii persoanei respective, în cazul în care aceasta ar fi decedat în ziua încheierii pactului.

(2) Un pact asupra unei succesiuni viitoare referitor la succesiunea mai multor persoane este admisibil numai dacă este admisibil în conformitate cu toate legile care, în temeiul prezentului regulament, ar fi fost aplicabile succesiunii tuturor persoanelor implicate, în cazul în care acestea ar fi decedat în ziua încheierii pactului.

Un pact asupra unei succesiuni viitoare care este admisibil în temeiul primului paragraf este reglementat, în ceea ce privește condițiile de fond, caracterul obligatoriu între părți și condițiile pentru desfacerea sa, de legea cu care are cea mai strânsă legătură dintre cele enumerate la primul paragraf.

(3) Fără a aduce atingere alineatelor (1) și (2), părțile pot alege ca lege care să reglementeze pactul asupra unei succesiuni viitoare, în ceea ce privește admisibilitatea, condițiile de fond, caracterul obligatoriu între părți și condițiile pentru desfacerea sa, legea pe care persoana sau una dintre persoanele al căror patrimoniu este vizat ar fi putut să o aleagă în conformitate cu articolul 22, în condițiile stabilite de respectivul articol." Disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32012R0650>

⁶⁰ Articolul 59 RES: "Recunoașterea actelor autentice

(1) Un act autentic întocmit într-un stat membru are aceleași efecte probatorii în alt stat membru pe care le are în statul membru de origine sau efectele cele mai apropiate, cu condiția să nu contravină în mod vădit ordinii publice din statul membru în cauză.

Persoana care dorește să utilizeze un act autentic într-un alt stat membru poate solicita autorității care întocmește actul autentic în statul membru de origine să completeze formularul elaborat în conformitate cu procedura de consultare prevăzută la articolul 81 alineatul (2), care descrie efectele probatorii pe care actul autentic le produce în statul membru de origine.

(2) Orice contestare a caracterului autentic al unui act autentic se face în fața instanțelor judecătorești din statul membru de origine și se soluționează în temeiul dreptului statului respectiv. Actul autentic contestat nu produce efecte probatorii într-un alt stat membru atât timp cât acțiunea de contestare se află pe rolul instanței judecătorești competente.

Regulamentul (UE) nr. 650/2012 definește în art. 3 alin. (1) lit.b) pactul asupra unei succesiuni viitoare ca fiind un acord, inclusiv un acord rezultat din testamente reciproce, care creează, modifică sau încetează, cu sau fără contraprestație, drepturi asupra patrimoniului sau patrimoniilor viitoare ale uneia sau mai multor persoane care sunt părți la acord. Pentru clarificarea și organizarea materiei, ținând cont de diversitatea reglementărilor naționale, în art. 3 alin. (1) lit. c) RES este definit și testamentul conjunctiv, ca fiind acel testament întocmit de două sau mai multe persoane într-un singur act. Potrivit aceluiași articol, noțiunea de dispoziție pentru cauză de moarte înglobează atât testamentele, cât și testamentele conjunctive, precum și pactele asupra unei succesiuni viitoare. Dispozițiile pentru cauză de moarte definite conform art. 3 alin. (1) lit. d) RES ce nu sunt pacte asupra unei succesiuni nedeschise precum și pactele asupra unei succesiuni viitoare privind succesiunea unei singure persoane vor fi considerate admisibile dacă îndeplinesc condițiile prevăzute de legea care ar fi guvernat succesiunea autorului dacă acesta ar fi decedat în ziua întocmirii dispoziției sau pactului (art. 24 alin. (1) RES și art. 25 alin. (1) RES). Pactul asupra unei succesiuni viitoare, definit de art. 3 alin. (1) lit. b) RES, referitor la succesiunea mai multor persoane este admisibil numai dacă este admisibil în conformitate cu toate legile care, în temeiul regulamentului, ar fi fost aplicabile succesiunii

(3) Orice contestare a actelor juridice sau a rapoartelor juridice înregistrate de un act autentic se face în fața instanțelor judecătorești competente în temeiul prezentului regulament și se soluționează în temeiul legii aplicabile în conformitate cu capitolul III. Actul autentic contestat nu produce efecte probatorii într-un stat membru, altul decât statul membru de origine, în ceea ce privește chestiunea contestată, atât timp cât acțiunea de contestare se află pe rolul instanței judecătorești competente.

(4) Dacă actele juridice sau raporturile juridice înregistrate într-un act autentic în materie de succesiuni sunt invocate pe cale accesorie înaintea unei instanțe judecătorești a unui stat membru, aceasta din urmă este competentă în materie." Disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32012R0650>

tuturor persoanelor implicate, în cazul în care acestea ar fi decedat în ziua încheierii pactului (art. 25 alin.2 RES). Dispozițiile regulamentului nu validează deci, cu titlu general, toate mecanismele de anticipare succesorală existente în statele membre. Dimpotrivă, sunt create două tipologii-cadru: pactele asupra unei succesiuni viitoare și celelalte dispoziții pentru cauză de moarte, a căror admisibilitate cade în domeniul de aplicare a legii sau legilor succesoriale ipotetice. Pentru celelalte instrumente de anticipare sau planificare succesorală, trebuie în concret determinat⁶¹ dacă vor fi analizate potrivit lex succesionis (o soluție mai coerentă) sau dacă vor fi lăsate pe tărâmul libertății contractuale promovate de art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I⁶². Astfel că, numai acele testamente și testamente conjunctive valabile potrivit legii succesoriale ipotetice sau legii alese de autor potrivit art. 24 alin. (2) RES⁶³ și art. 22 alin. (1) RES⁶⁴ vor avea aptitudinea de a-și produce efectele în succesiunea guvernată de legea unui stat care nu le admite în ordinea sa internă. Tot astfel, numai acele pacte asupra unei succesiuni viitoare, care

⁶¹ Andrea Bonomi, Patrick Wautelet, *Commentaire du Règlement no. 650/2012 du 4 juillet 2012*, ed. Bruylant, 2014, p. 268

⁶² Articolul 3 Regulamentul (UE) nr. 593/2008 privind obligațiile contractuale: "Libertatea de alegere

â(1) Contractul este guvernat de legea aleasă de către părți. Această alegere trebuie să fie expresă sau să rezulte, cu un grad rezonabil de certitudine, din clauzele contractuale sau din împrejurările cauzei. Prin alegerea lor, părțile pot desemna legea aplicabilă întregului contract sau numai unei părți din acesta." Disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>

⁶³ Art 24 alin. (2) RES: "Fără a aduce atingere alineatului (1), o persoană poate alege ca lege care să îi reglementeze dispoziția pentru cauză de moarte, cu privire la admisibilitatea și condițiile de fond ale acesteia, legea pe care acea persoană ar fi putut să o aleagă în conformitate cu articolul 22, în condițiile stabilite de respectivul articol."

⁶⁴ Art. 22 alin. (1) RES: "O persoană poate să aleagă ca legea care să se aplice succesiunii sale în ansamblu său să fie legea statului a cărui cetățenie o deține în momentul alegerii legii sau la data decesului."

îndeplinesc criteriile prevăzute în art. 3 alin.(1) lit. c) RES și sunt valabile potrivit legii sau legilor succesoriale ipotetice sau legii alese de autor potrivit art. 25 alin.(3) RES⁶⁵ și art. 22 alin.(1) RES, vor avea aptitudinea de a-și produce efectele în succesiunea guvernată de legea unui stat care nu le admite în ordinea sa internă.

Pornind de la elementele esențiale ale definiției pactelor asupra unei succesiuni viitoare trebuie clarificate două aspecte: care sunt tipurile abstracte de pacte ce intră în domeniul de aplicare al RES și beneficiază de aplicarea favorabilă a normei conflictuale din art. 25 RES și care sunt diferențele care demonstrează că această noțiune nu corespunde în totalitate cu conținutul celei care este prohibită în anumite drepturi naționale.

În primul rând, pentru a vorbi de un pact succesoral în sensul RES, transmisiunea trebuie să corespundă noțiunii de *succesiune privind patrimoniul unei persoane decedate*. În regulamentul succesiunea beneficiază mai mult de o enumerare a formelor pe care le îmbracă, decât de o definiție propriu-zisă. Potrivit art. 3 alin. (1) lit .a) RES prin succesiune se înțelege: „ *succesiunea privind patrimoniul unei persoane decedate și acoperă orice formă de transfer de bunuri, drepturi și obligații pentru cauză de moarte, fie că este vorba de un act voluntar de transfer, sub forma unei dispoziții pentru cauză de moarte, fie de un transfer sub forma succesiunii ab intestat*”. Regulamentul acoperă toate formele de transmisiune pentru cauză de moarte, recunoscând transmiterea contractuală alături de succesiunea testamentară și de cea legală, deoarece în noțiunea-cadru de dispoziție pentru cauză de

⁶⁵ Art. 25 alin.(3) RES: "Fără a aduce atingere alineatelor (1) și (2), părțile pot alege ca lege care să reglementeze pactul asupra unei succesiuni viitoare, în ceea ce privește admisibilitatea, condițiile de fond, caracterul obligatoriu între părți și condițiile pentru desfacerea sa, legea pe care persoana sau una dintre persoanele al căror patrimoniu este vizat ar fi putut să o aleagă în conformitate cu articolul 22, în condițiile stabilite de respectivul articol."

moarte intră atât testamentele, inclusiv cele conjunctive, cât și pactele succesoriale. Deși este posibil ca *lex successionis* să nu recunoască decât succesiunea legală și pe cea testamentară, succesiunea contractuală ar putea, în a numite condiții, să producă efecte în ordinea internă, în alte cazuri decât cele permise, eventual, de aceasta. Nefiind o normă materială, art. 3 alin.(1) lit. a) RES nu stabilește o ierarhie a modalităților de transmitere a succesiunii, însă în conținutul noțiunii autonome de *succesiune* nu intră toate actele voluntare de transfer, ci numai acelea ce corespund noțiunii de *dispoziție pentru cauză de moarte*. Există mai multe mecanisme juridice, în principal inspirate din sistemul de *common-law*, prin intermediul cărora se realizează transferul unui bun pentru cauză de moarte, de la constituent la beneficiar, fără ca acestea să fie înglobate în definiția transferului succesoral. În această *categorie- satelit* care gravitează⁶⁶ în jurul instituției succesiunii sunt tradițional incluse clauza de supraviețuire sau retroactivitatea transferului de proprietate și clauza de tontină din dreptul francez și belgian. Toate actele juridice încheiate în timpul vieții, cu intenția ca dispunătorul să transfere, la moartea sa, beneficiarului desemnat altfel decât prin succesiune, dreptul de proprietate asupra unui bun ce îi aparține sau de a crea drepturi sau interese în favoarea acestuia asupra bunurilor pe care le deține au fost incluse într-o categorie separată denumită *succession substitutes*⁶⁷. Pentru aceste transferuri, ce produc efecte comparabile cu succesiunea, nu se pot aplica

⁶⁶ Esther Bendelac, *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 266.

⁶⁷ Jeffrey Talpis, *Succession Substitutes*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 356, 2011, p. 199. "A succession substitute is a juridical act entered into by the decedent during his/her lifetime, with the intent to transfer property or to create rights or interests in property owned or owned by him/her in substancem at his/her death to or in favour of a designated beneficiary otherwise than by succession. "

normele conflictuale conținute în RES. Propunerile de reglementare formulate⁶⁸ țin cont de natura lor duală: izvorul contractual le conduce spre libertatea de a alege legea aplicabilă, dar efectele față de terți care le apropie de efectele succesoriale, ar impune respectarea drepturilor moștenitorilor rezervatari sau ale altor categorii de moștenitori ce sunt protejați conform *lex successionis*.

În al doilea rând, succesiunea în care sunt analizate pactele asupra unei succesiuni viitoare trebuie să fie o succesiune internațională. Spre deosebire de art. 1 alin. (1) din Regulamentul Roma I, art. 1 alin. (1) din Regulamentul Roma II și art.1 alin.(1) din Regulamentul Roma III, care trimit explicit la existența unui conflict de legi, regulamentul european privind succesiunile nu impune explicit în corpul cu valoare normativă nici condiția ca succesiunea să aibă un caracter internațional, nici ca situația de succesiune să conducă la crearea unui conflict de legi. Însă, din redactarea considerentelor (1) și (7) RES⁶⁹ rezultă că scopul acestei noi reglementări este de a înlătura dificultățile pe care le au resortisanții europeni în a-și exercita

68

Jeffrey

Talpiz,

[⁶⁹ Considerentul \(1\) RES: "Uniunea și-a stabilit obiectivul de a menține și a dezvolta un spațiu de libertate, securitate și justiție, în cadrul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor. Pentru instituirea treptată a acestuia, Uniunea urmează să adopte măsuri privind cooperarea judiciară în materie civilă având implicații transfrontaliere, în special atunci când sunt necesare pentru buna funcționare a pieței interne."](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=55DCA42ACB652D1A4131D4540B4988C9?text=&docid=228675&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6265846p. 178 și urm.</p></div><div data-bbox=)

Considerentul (7) RES: "Funcționarea corespunzătoare a pieței interne ar trebui facilitată prin eliminarea obstacolelor din calea liberei circulații a persoanelor care se confruntă în prezent cu dificultăți în exercitarea propriilor drepturi în contextul unei succesiuni cu elemente de extraneitate. În spațiul european de justiție, cetățenii trebuie să își poată organiza din timp succesiunea. Trebuie garantate într-un mod eficient drepturile moștenitorilor și legatarilor, ale altor persoane apropiate defunctului, precum și ale creditorilor succesiunii."

drepturile, în contextul unor succesiuni *cu implicații transfrontaliere*⁷⁰. Pentru a ne plasa în domeniul de aplicare a RES, textul nu ne oferă niciun răspuns cu privire la conținutul implicațiilor transfrontaliere. Am putea integra în acestea numai situațiile în care există sau ar putea să existe un conflict de legi, sau am putea adăuga toate ipotezele în care este prezent un element internațional. Elementul internațional ar putea să fie, la rândul său, mai strâns legat de succesiune, sau să indice o legătură mai slabă cu aceasta; ar putea să se refere la plasarea unor bunuri într-un alt stat decât cel în care se desfășoară procedura de succesiune, la reședința obișnuită a unuia dintre moștenitori, la locul unde a fost întocmită dispoziția pentru cauză de moarte sau la legea aleasă pentru a se aplica succesiunii în ansamblul său. Elementul ce generează implicațiile transfrontaliere ar putea să existe la data deschiderii succesiunii - cum ar fi ultima reședință obișnuită a celui decedat într-un alt stat decât cel unde se află bunurile, sau ar putea să nu mai existe la data deschiderii succesiunii, dar să fi existat la un moment anterior, cu aptitudinea de a genera un conflict de legi (cum ar fi situația în care succesiunea este deschisă ca o succesiune pur națională, dar la data întocmirii unui testament defunctul avea reședința obișnuită într-un alt stat, motiv pentru care este necesară aplicarea art. 24 RES și apelul la legea succesorală ipotetică). O explicație ar putea exista pentru modalitatea în care regulamentul evită să definească expres natura internațională a succesiunii, și anume faptul că existența condiției exprese a caracterului internațional ar putea genera dificultăți și îndoielile în circumstanțe în care totuși regulamentul trebuie să se aplice⁷¹. Apreciem că necesitatea prezenței unui element internațional sau

⁷⁰ În varianta în limba engleză este utilizată sintagma: *having cross-border implications*.

⁷¹ Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì and Heinz-Peter Mansel, *The EU Succession Regulation, A Commentary*, Cambridge University Press, 2016 p. 27.

aptitudinea situației de succesiune de a avea implicații transfrontaliere trebuie interpretată în concret, în raport de setul de norme a cărui aplicare este luată în considerare. Astfel, pentru a fi aplicabile dispozițiile capitolelor IV sau V din RES este suficient ca hotărârea judecătorească, actul autentic sau tranzacția judiciară să fie utilizate pentru a-și produce efectele într-un alt stat membru decât cel în care au fost pronunțate sau încheiate. Tot astfel, pentru a fi aplicabile dispozițiile privind Certificatul european de moștenitor este suficientă îndeplinirea condițiilor referitoare la scopul său determinat de art. 63 RES⁷². În cauza C-80/19⁷³, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost chemată să stabilească dacă o anumită succesiune este o succesiune cu elemente transfrontaliere în înțelesul RES, fiind necesar ca acest regulament să fie aplicat⁷⁴. Curtea a învederat "că Regulamentul nr. 650/2012 a fost

⁷² Art. 63 RES: " 1) Certificatul este destinat utilizării de către moștenitori, de către legatari cu drepturi directe la succesiune și de către executori testamentari sau administratori ai patrimoniului succesoral care trebuie să își dovedească într-un alt stat membru statutul sau să își exercite dreptul respectiv de moștenitor sau legatar și/sau atribuțiile de executor testamentar sau administrator al patrimoniului succesoral.

(2) Certificatul poate fi utilizat, în special, pentru a proba unul sau mai multe dintre următoarele:

(a) statutul și/sau drepturile fiecărui moștenitor sau, după caz, ale fiecărui legatar menționat în certificat și cotele-părți respective din patrimoniul succesoral;

(b) atribuirea unui bun anume sau a anumitor bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral moștenitorului/moștenitorilor sau, după caz, legatarului menționat (legatarilor menționați) în certificat;

(c) atribuțiile persoanei menționate în certificat ca executor testamentar sau ca administrator al patrimoniului succesoral. "

⁷³<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=55DCA42ACB652D1A4131D4540B4988C9?text=&docid=228675&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6265846>.

⁷⁴ "În aceste condiții, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă a Lituaniei) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Trebuie să se considere că, într-o situație precum cea din speță – în care un resortisant lituanian, a cărui reședință obișnuită la data decesului său se afla eventual în alt stat membru, dar care, în orice caz, nu a rupt niciodată legăturile sale cu țara natală și care, printre altele, a

adoptat în temeiul articolului 81 alineatul (2) TFUE, care vizează numai materia civilă cu incidență transfrontalieră". În decizia menționată, CJUE arată că succesiunea poate fi considerată ca fiind în domeniul de aplicare a RES fie datorită plasării ultimei reședințe obișnuite a defunctului într-un alt stat decât cel în care se deschide succesiunea (paragraful 36), fie prin incidența unui alt element referitor la aceasta, deoarece ⁷⁵ "Regulamentul nr. 650/2012 vizează, în mod neexhaustiv, alte împrejurări care pot demonstra existența unei succesiuni care implică mai multe state membre." Având și argumentația Curții, afirmăm că, pentru aplicarea RES, gradul de internaționalitate cerut pentru a caracteriza succesiunea fluctuează în raport de norma invocată. Pentru materia ce ne interesează, caracterul internațional ar putea rezulta în principal din încheierea pactului succesoral într-un alt stat decât cel în care se desfășoară procedura de succesiune, sau din faptul că cel despre a cărui succesiune este vorba a desemnat în mod expres legea care guvernează admisibilitatea pactului și aceasta aparține unui alt stat decât cel în care se află reședința sa obișnuită în momentul încheierii pactului sau în momentul deschiderii succesiunii.

făcut anterior decesului un testament în Lituania și a lăsat toate bunurile moștenitorului său, cetățean lituanian, iar la momentul deschiderii succesiunii s-a stabilit că întregul patrimoniu succesoral este format dintr-un bun imobil situat în Lituania, și un resortisant al celui alt stat membru în cauză, soțul supraviețuitor, și-a exprimat în mod clar intenția de a renunța la toate drepturile asupra patrimoniului succesoral, nu a participat la procedura judiciară inițiată în Lituania și a fost de acord cu competența instanțelor lituaniene și cu aplicarea dreptului lituanian –, succesiunea pentru cauză de moarte are elemente de extraneitate în sensul Regulamentului nr. 650/2012 și este necesar să i se aplice acest regulament? ⁷⁴ ", disponibil la adresa:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=55DCA42ACB652D1A4131D4540B4988C9?text=&docid=228675&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6265846>

⁷⁵ Paragraful 42 și 43 din Decizia CJUE în cauza C-80/19.

În cele din urmă, actul juridic analizat trebuie, în conformitate cu art. 3 lit. b) RES să fie un acord inclusiv un acord rezultat din testamente reciproc; să creeze, să modifice sau să stingă, cu sau fără contraprestație, drepturi asupra patrimoniului sau patrimoniilor viitoare ale uneia sau mai multor persoane; iar persoanele despre a căror succesiune este vorba trebuie să fie părți ale acestui acord. Din prima condiție rezultă că din noțiunea europeană sunt excluse pactele de hereditates tertii. Asemenea mecanisme juridice de anticipare succesorală vor fi considerate în continuare ca pacte succesoriale în ordinea juridică internă, dar nu vor constitui pacte asupra unei succesiuni viitoare în sensul RES, deci nu vor beneficia de norma conflictuală conținută în art. 25 RES. Ele nu vor rămâne într-un spațiu nereglementat, ci vor urma domeniul de aplicare al *lex successionis*⁷⁶ care va hotărâ cu privire la admisibilitatea lor. Deși va fi apreciat ca un pact succesoral în ordinea internă catalană, acordul dintre soți sau parteneri stabili care renunță la legitima la care ar avea dreptul în succesiunea copiilor comuni, precum și pactul de supraviețuire, în care supraviețuitorul renunță la ceea ce i-ar putea reveni din succesiunea ab intestat a copilului său minor mort, reglementate de art. 451-26 alin.2 lit. a) și b) C.civ.cat., nu vor îndeplini condițiile pentru a fi considerate pacte asupra unei succesiuni viitoare în înțelesul RES. În ceea ce privește pactele de non succedendo, ele vor fi admise⁷⁷ în măsura în care presupun acordul autorului succesiunii și a prezumtivilor beneficiari. Pactul abdicativ unilateral nu îndeplinește condițiile pentru a fi considerat un pact asupra unei succesiuni viitoare în sensul RES, dar admisibilitatea sa va fi

⁷⁶ Art. 23 alin.2 RES nu enumeră exhaustiv aspectele reglementate de *lex successionis*,

⁷⁷ Pentru o opinie contrară Bruno Barel, *Il regolamento UE nr. 650/2012: una nuova prospettiva nelle successioni internazionali in Europa*, Milano, 3 iunie 2013, lucrare prezentată în cadrul conferinței Proiectului Europa pentru Notari, Notari pentru Europa, p. 4

supusă legii care se aplică succesiunii. Un prim exemplu ar fi acela al renunțării anticipate a moștenitorului rezervatar la dreptul de a cere reducățiunea unei liberalități în conformitate cu art. 929 C.civ. fr.⁷⁸ care nu produce efecte decât după ce a fost acceptat de autorul succesiunii⁷⁹. Articolul 3 alin.(1) lit.b) RES nu impune cerința ca acordul autorului pactului și a beneficiarului să figureze în același înscris. De aceea, un acord între autorul succesiunii și prezumtivul moștenitor care renunță la unele drepturi asupra succesiunii poate interveni și prin acte separate, cum ar fi ipoteza concretă a renunțării la drept în temeiul art. 929 C.civ. fr. În dreptul catalan, potrivit art. 451-26 C.civ.cat., ar putea fi validat ca pact succesoral conform RES, actul încheiat între copii și părinții lor, prin care aceștia din urmă renunță la legitima care le-ar putea reveni din moștenirea unuia dintre copiii lor precedeați, precum și acordul dintre ascendenți și descendenți, prevăzut într-un pact succesoral sau într-o donație, prin care descendentul care primește de la ascendentul său bunuri sau bani ca plată a viitoarei legitime renunță la posibilul supliment⁸⁰. Pactul succesoral ce cade în domeniul RES

⁷⁸ Article 929 C.civ.fr.: „*Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter.*

La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé.

L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier.”, disponibil la adresa <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁷⁹ Ioana Olaru, *Rezerva succesorală în dreptul intern și în dreptul internațional privat*, Ed. Solomon, 2019, p. 194

⁸⁰ Article 451-26 CCCat: Renunția a la ilegítima futurapactul de *non succedendo*, în Ioana Olaru, *Rezerva succesorală în dreptul intern și în dreptul internațional privat*, Ed. Solomon, 2019, p. 214

implică obligatoriu participarea autorului succesiunii, ceea ce conferă un caracter irevocabil dispoziției sale. Intră în această categorie donația-partaj (în ciuda naturii sale mixte, contractuale), pactele succesoriale globale din dreptul belgian, testamentele reciproce sau pactele succesoriale din dreptul german. Acestea vor putea, cu respectarea condițiilor de valabilitate, să fie admise într-un stat membru care nu recunoaște în dreptul intern un asemenea pact.

VI. Concluzii

Regulamentul european privind succesiunile are destinația de a asigura compatibilitatea normelor privind conflictul de legi și de competență aplicabile în statele membre în situațiile în care succesiunea prezintă implicații transfrontaliere. Prin noțiunile definite, *succesiune*, *pact asupra unei succesiuni viitoare*, *dispoziție pentru cauză de moarte*, nu se schimbă doar viziunea asupra transmisiunii succesoriale în statele membre. Uneori autoritățile cu atribuții în procedurile de succesiune sunt în mod concret chemate să aplice instituții și să admită efectele unor instituții pe care ordinea lor internă nu le acceptă. În cazul drepturilor reale necunoscute de statul unde este situat bunul⁸¹, autoritățile judiciare din acest stat transformă dreptul real străin în cel mai apropiat drept real echivalent ce există în legislația statului de destinație. În cazul pactelor asupra unei succesiuni viitoare, admisibilitatea

⁸¹ Art. 31 RES: "Adaptarea drepturilor reale În situația în care o persoană invocă un drept real la care este îndrituită în temeiul legii aplicabile succesiunii, iar în legislația statului membru unde este invocat dreptul real nu este prevăzut dreptul real în cauză, respectivul drept se adaptează, dacă este necesar și în măsura în care acest lucru este posibil, la cel mai apropiat drept real echivalent în temeiul legislației statului respectiv, luând în considerare obiectivele și interesele urmărite de dreptul real specific și efectele acestuia. "

este asigurată prin intermediul normei conflictuale stabilite de art. 25 RES. Această concluzie este sprijinită de redactarea considerentului (49) RES⁸². Acceptarea în statele membre a drepturilor succesoriale dobândite ca rezultat al unui pact asupra unei succesiuni viitoare este facilitată prin intermediul dispozițiilor din regulament care precizează care lege va reglementa admisibilitatea acestui tip de pact, condițiile de fond și caracterul obligatoriu între părți, inclusiv condițiile pentru desfacerea sa. Acceptarea pactelor succesoriale în condițiile de admisibilitate impuse de RES este consolidată și de modul în care este rezolvată chestiunea acceptării actelor autentice emise în materie succesorală în statele membre. Având în vedere consecințele sale asupra libertății de voință a autorului succesiunii, materializate în lipsirea acestuia de atributul revocabilității unilaterale, forma autentică notarială este impusă cvasi-unanim pentru că oferă garanții proporționale cu efectele produse. Pactele asupra unei succesiuni viitoare sunt expres enumerate în considerentul (63) RES⁸³ ca fiind acte juridice înregistrate de un act autentic supus circulației, ale cărui efecte sunt acceptate în statele membre. Este

⁸² Considerentul (49) RES: " Pentru a facilita acceptarea în statele membre a drepturilor succesoriale dobândite ca rezultat al unui pact asupra unei succesiuni viitoare, în prezentul regulament ar trebui să se precizeze care lege va reglementa admisibilitatea acestui tip de pact, condițiile de fond și caracterul obligatoriu între părți, inclusiv condițiile pentru desfacerea sa. "

⁸³ Considerentul (63) RES: " Sintagma „acte juridice sau rapoartele juridice înregistrate de un act autentic” ar trebui interpretată ca o trimitere la conținutul pe fond înregistrat în actul autentic. Actele juridice înregistrate într-un act autentic ar putea fi, de exemplu, acordul dintre părți privind partajul succesoral sau repartizarea succesiunii, un testament, un pact asupra unei succesiuni viitoare sau o altă declarație de intenție. Rapoartele juridice ar putea fi, de exemplu, vocația succesorală a moștenitorilor sau a altor beneficiari, în funcție de legea aplicabilă succesiunii, stabilirea cotelor-părți respective ale acestora și a existenței unei rezerve succesoriale sau orice alt element stabilit în temeiul legii aplicabile succesiunii. O parte care dorește să conteste actele juridice sau rapoartele juridice înregistrate într-un act autentic ar trebui să facă acest lucru în fața instanțelor judecătorești competente în temeiul prezentului regulament, care ar trebui să soluționeze contestarea în temeiul legii aplicabile succesiunii. "

adevărat că efectele actului juridic autentic nu se vor produce dacă ele contravin în mod vădit ordinii publice din statul membru în cauză, potrivit art. 59 alin.(1) RES. Instanțele din statele membre ar putea fi într-o zi chemate să se pronunțe cu privire la excepția de ordine publică internațională și în cazul pactelor asupra unei succesiuni viitoare⁸⁴. Însă, așa cum pactele succesoriale din dreptul intern nu corespund totdeauna noțiunii de pact asupra unei succesiuni viitoare în înțelesul RES, nici ordinea publică internă ce interzice pactele asupra succesiunilor viitoare nu corespunde integral cu ordinea publică de drept internațional privat. Scopul regulamentului ar fi însă denaturat atunci când instanțele sau celelalte autorități competente ar aplica excepția de ordine publică refuzând să recunoască — sau, dacă este cazul, să accepte— sau să execute o hotărâre, un act autentic sau o tranzacție judiciară dintr-un alt stat membru, dacă în felul acesta ar încălca dispozițiile Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, în special articolul 21, care interzice toate formele de discriminare⁸⁵.

Au trecut mai mult de 150 de ani până când pactele asupra unei succesiuni viitoare să fie reprimite în ordinea succesorală internă. De la adoptarea Codului civil Napoleon și până la primele reforme succesoriale din Franța, principiul interdicției a sprijinit conceptul de ordine publică internă. În dreptul românesc, instituirea contractuală a avut o viață și mai scurtă, iar posibilitățile de anticipare succesorală sub imperiul Codului civil 1864 au fost reduse. Prin adoptarea noului Cod Civil s-a lărgit paleta instrumentelor de planificare succesorală: acordul moștenitorilor în cazul unei înstrăinări sub rezerva uzufructului, uzului, habitației, întreținerii sau rentei viagere (art.

⁸⁴ Michel Grimaldi, *Droit des successions*, 7e édition, ed. LexisNexis, Paris, 2017,p. 287.

⁸⁵ Considerentul (58) RES.

1091 alin. (4) C. civ.), asigurarea de viață cu desemnarea unui terț beneficiar, donația partaj conjunctivă, clauza de preciput. Deși sunt excepții de la principiul interdicției actelor asupra unei succesiuni viitoare nedeschise, doar unele dintre acestea îndeplinesc condițiile pentru a fi considerate pacte asupra unei succesiuni viitoare în sensul RES. Se multiplică însă ipotezele în care pacte succesoriale încheiate în statele membre ale Uniunii Europene sunt prezentate pentru a-și produce efectele într-o succesiune ce se soluționează în România. Influența acestora nu poate fi negată, chiar dacă admisibilitatea lor este limitată la succesiunile ce prezintă implicații transfrontaliere. Dar această receptare a unor noi instrumente juridice poate avea aptitudinea de a conduce în timp la o reformă a materiei pactelor succesoriale, cu menținerea unui echilibru între tradiție și nevoile unei societăți europene moderne.

STUDII

REGULA *KNOCK OUT* ÎN SOLUȚIONAREA CONFLICTULUI CLAUZELOR STANDARD

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.23
Data publicării online: 16.03.2021

Alina OPREA*

Rezumat. Evoluțiile înregistrate în practica de afaceri în sensul folosirii din ce în ce mai frecvente, de către profesioniști, a seturilor de condiții generale pentru completarea acordului negociat au determinat apariția unor prevederi legislative specifice, care să răspundă problemelor generate de aceste noi realități în ceea ce privește formarea și conținutul contractului. Este și cazul art. 1202(4) C. civ., ce impune o soluție modernă pentru conflictul formelor - *battle of forms*. Aplicarea regulii tradiționale a întâlnirii ofertei cu acceptarea concordantă prezintă inconveniente serioase atunci când părțile folosesc clauze standard (așa cum rezultă din prima parte a articolului); luând act de acestea, legiuitorul român a decis în 2011 să reacționeze, aliniindu-se unui trend amplu partajat în dreptul comparat și internațional. Regula nou instituită - *knock out* sau excluderea clauzelor standard contradictorii - este analizată în partea a doua a articolului, unde sunt abordate detaliat modul de operare, respectiv cazurile de aplicare și ne-aplicare a ei.

Cuvinte cheie. Conflictul formelor - *battle of forms*, clauze standard, condiții generale de afaceri regula last shot, regula knock out, clauze contradictorii, clauza de respingere anticipată/clauza *paramount*, clauze externe - incorporare.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, alinaxoprea@yahoo.fr.

LA RÈGLE *KNOCK-OUT* DANS LA RÉSOLUTION DU CONFLIT DES CONDITION GÉNÉRALES

Résumé : Les évolutions enregistrées dans la pratique d'affaires vers l'utilisation de plus en plus fréquente, par les professionnels, des condition générales, ont déterminé l'apparition des dispositions légales spécifiques tendant à résoudre les problèmes générés par cette nouvelle réalité pour ce qui est de la formation et du contenu du contrat. C'est le cas de l'article 1202(4) C. civ. roumain, qui impose une solution moderne pour la bataille des conditions générales/*battle of forms*. La règle traditionnelle de la rencontre entre l'offre et l'acceptation concordante soulève des inconvénients sérieux lorsque les parties emploient des clauses standard (aspect abordé dans la première partie de l'article). Tenant compte de ceux-ci, le législateur roumain a décidé en 2011 de réagir, en s'alignant à un trend amplement observé en droit comparé et international; la nouvelle règle – l'élimination des clauses standard contradictoires ou le *knock out* – est analysée dans la seconde partie de l'article, qui détaille les aspects liés à son application et fonctionnement.

Mots clés : conflit de conditions générales – *battle of forms*. clauses standard, conditions générales d'affaires, la règle *last shot*, la règle *knock out*, clauses contradictoires, clause de rejet anticipé/clause *paramount*, clauses extérieures – incorporation.

THE *KNOCK OUT* RULE AND THE CONFLICT OF GENERAL STANDARD FORMS.

Abstract: The evolutions of the business practice to a more frequent utilisation of general standard terms have determined the emergence of special legal provisions aiming to solve the problems generated by this new reality as regards the formation and the content of contracts. It is the case for the Art. 1202(4) of the Romanian Civil Code, a text which imposes a modern solution to the battle of forms issue. Since the application of the traditional mirror image rule presents serious inconveniences when the parties are using general standard clauses (aspect approached in the first part of the article), the legislator took them into account and in 2011 he reacted by aligning the internal legal solutions to those largely followed in comparative and international law; the new rule – the elimination of the standard contradictory clauses / the knock out solution – is scrutinized in the second part of the article, which address in a more detailed manner the aspects of its application and functioning.

Keywords: battle of forms, standard clauses, general business standard term, the last shot rule, the knock out rule, conflicting clauses, the paramount clause, external clauses - incorporation.

Cuprins

I.	Distincția dintre substanță și formă	790
II.	Regula <i>last shot</i> - teoria clasică a formării contractului	793
III.	Regula <i>knock out</i>	799
A.	Formarea contractului.....	801
B.	Determinarea conținutului contractului	803
C.	Respingerea regulii <i>knock out</i>.....	810
D.	Cazurile în care art. 1202(4) C. civ. nu operează.....	816
IV.	Concluzie	821

I. Distincția dintre substanță și formă

1. Distincția dintre substanță și formă sau dintre substantivism și formalism se poate manifesta și analiza la mai multe niveluri - acela al creării și dezvoltării dreptului, acela al soluțiilor reținute de legiuitor sau de practică pentru probleme diferite, acela al interpretării dreptului și al aplicării lui practice. În cadrul acestora, se poate distinge între aparența dreptului și substanța sa ascunsă, între forma regulii și justificarea ei substanțială, între numele unei noțiuni și conținutul ei substanțial¹. De asemenea, în soluționarea diverselor probleme, se poate distinge între raționamentul mecanic/automat și acela mai flexibil și multifactorial, între raționamentul abstract și acela circumstanțiat sau între raționamentul ce pune accent pe certitudine și acela care favorizează justiția substanțială.

2. Pentru că în practică există o mulțime de suprapuneri și intercorelări ale acestor aspecte, categorizarea nu este întocmai simplă, perspectiva putând fi dintr-un punct de vedere substanțială și dintr-altul formală²; de fapt, diversitatea pe care o implică binomul formă - substanță reflectă nuanțele pe care le presupune dreptul în general, cu sofisticarea, complexitatea, varietatea și abundența lui. Aceleași nuanțe se regăsesc și în raport cu tema ce face obiectul prezentului studiu, care privește formarea contractului și stabilirea conținutului acestuia atunci când profesioniștii folosesc condiții generale standard.

¹ A. Robertson, J. Goudkamp, "Between Form and Substance", in (eds.) A. Robertson, J. Goudkamp, *Form and Substance in the Law of Obligations*, OUP, Hart Publishing, 2019, p. 1–16. V. în aceeași lucrare, și K. Barker, "Form and Substance: Three Observations on the State of Debate", p. 433–444, sp. p. 434–436, respectiv A. Burrows, "Form and Substance: Fictions and Judicial Power", p. 17–34, sp. p. 17–22.

² K. Barker, op.cit., p. 435.

3. Normele instituite de legiuitor în materie – art. 1188 și urm., art. 1196 și urm. și, în special, art. 1202(4) Cod civil – sunt clar centrate pe aspecte substanțiale (crearea relației juridice și conținutul ei), iar nu pe aspecte formale (modalitatea de exteriorizare a voinței). În același timp, acestea sunt instrumente formale: ele aduc certitudine, predictibilitate și transparență, iar punerea lor în practică permite relativ ușor soluționarea unor probleme diferite; instanțele nu pot și nu trebuie să treacă dincolo de expresia verbală a regulilor, pentru a realiza raționamente multifactoriale care să promoveze diverse scopuri substanțiale, iar marja lor de intervenție și rolul lor creator sunt relativ reduse.

Într-un alt plan, pentru că regulile de dreptul contractelor sunt construcții deliberate ale legiuitorului, ele pot fi construite sau reformate astfel încât să permită mult mai evident scopuri sau obiective substanțiale³; în ilustrarea aforismului adaptat *habent sua fata leges* (legile își au soarta lor) și a ideii profesorului Vladimir Hanga⁴ cum că „*fiecare legiferare este legată de societatea din care provine și de care depinde*”, prezentul studiu își propune să arate că un text precum art. 1202(4) din Codul civil, privitor la conflictul clauzelor standard, reflectă voința legiuitorului român de a adapta regulile privitoare la formarea contractelor realităților economice și tehnicilor de contractare actuale și de a prioritiza substanța în fața formalismului și a dogmei.

4. Deși operațiunile contractuale implică adesea negocieri lungi și laborioase, la fel de frecvent părțile – profesioniști în domeniul afacerilor – schimbă rutinier seturi de condiții generale de afaceri, în încercarea de a-și

³ K. Barker, op.cit., p. 437.

⁴ V. Hanga, “Drept roman și drept actual”, *St. Cerc. Jur.*, 1977, nr. 3, p. 271-280, sp. p. 271, no. 1.

asigura o poziție mai avantajoasă. Standardizarea are avantaje semnificative, întrucât ea permite economii de scară⁵ cu privire la prevederi care adesea sunt considerate mai puțin importante/neesențiale, părțile putând să se concentreze asupra aspectelor esențiale ale operațiunii. Ea generează însă și inconveniente pentru că, fiecare parte urmărindu-și propriile interese, clauzele standard nu vor fi identice, iar folosirea lor dă naștere la ceea ce doctrina numește *conflictul formelor* sau *battle of forms*⁶.

5. Problemele apar încă în faza de formare a contractului, atunci când fiecare dintre părți încearcă să încorporeze în contract setul propriu de clauze standard; poate fi cazul, de exemplu, atunci când fiecare dintre părți expediază celeilalte o confirmare scrisă a înțelegerii lor verbale, cu trimitere la setul propriu de condiții generale, sau atunci când, la fel ca într-un meci de *ping pong*, cumpărătorul face o ofertă, în care trimite la condițiile lui generale, pe care vânzătorul o „acceptă”, expediind un document ce face referire la condițiile proprii, iar ulterior cumpărătorul confirmă recepția mărfurilor printr-un document ce are pe verso pre-imprintate condițiile lui *s.a.m.d.* Problemele se manifestă însă cu acuitate deosebită atunci când, în ciuda controverselor cu privire la clauzele standard, părțile au trecut la executare și aceasta ocazionalizează un diferend, pentru a cărui rezolvare trebuie stabilit cu exactitate conținutul contractului.

6. Pentru acest *battle of forms*, practica ilustrează existența unor perspective diferite de rezolvare. Odată cu reforma din 2011, legiuitorul român a trecut de la regula *last shot* - prevalența setului de clauze standard

⁵ Clauzele standard reduc timpul și costurile asociate negocierii fiecărei clauze în fiecare contract încheiat.

⁶ E.A. Farnsworth, “Article 19”, in C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, 1987, p. 175 și urm., sp. p. 177.

trimis ultimul - la regula *knock out* - excluderea clauzelor standard contradictorii. Asupra celor două perspective mă voi opri în cele ce urmează, insistând mai întâi asupra rațiunilor care au determinat schimbarea legislativă și ulterior asupra modului de operare a regulii *knock out*.

II. Regula *last shot* – teoria clasică a formării contractului

7. Codul civil vechi nu conținea dispoziții speciale cu privire la această *battle of forms*, regula clasică a întâlnirii ofertei cu acceptarea fiind aplicată atât pentru determinarea momentului formării contractului, cât și pentru stabilirea conținutului acestuia. Seturile de condiții generale standard erau tratate global, iar părțile reputate că participă la o negociere; diferențele dintre acele seturi făceau ca trimiterea realizată de una dintre părți la propriul set de clauze să fie tratată ca o contraofertă, cu două consecințe posibile : fie contractul nu se încheie, fie, prin începerea executării, contractul se încheie și schimburile ulterioare de documente sunt în principiu irelevante; în acest caz, condițiile generale de afaceri trimise ultimele, acceptate prin comportament, prevalează (teoria *last shot*).

8. Și în alte sisteme de drept, precum acela britanic, soluția urmată a fost și încă este aceeași⁷; aplicarea strictă a regulii *mirror image* este considerată a încadra cu prudență raționamentul în „*limitele clasice ale teoriei ortodoxe cu privire la formarea contractului*”⁸, ce stabilește prezența

⁷ G. Ruhl, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, *Univ. Pennsylvania J. of Intl. Econ. L.*, 2003, vol. 24, p. 189-224, sp. p. 191.

⁸ Expresia este preluată de la A.D.M. Forte, “The Battle of Forms”, in H. MacQueen, R. Zimmermann (Eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006, p. 98-122, sp. p. 99 (ce consideră că regula *mirror image*

sau absența consimțământului părților pe baza construcțiilor convenționale ale ofertei și acceptării. Atunci când răspunsul uneia dintre părți include o trimitere la propriul set de condiții generale (diferit de acela transmis anterior de partener), acest răspuns va constitui o contraofertă; dacă se începe executarea și partenerul nu obiectează, acesta din urmă este reputat a accepta prin comportament contraoferta. Contractul este format și condițiile generale trimise ultimele vor prevala⁹. Încercările de modificare a acestei soluții în favoarea uneia mai adaptate realităților lumii afacerilor, promovate de Lord Denning¹⁰, nu au avut succes până în prezent; de exemplu, England and Wales Court of Appeal a reafirmat soluția *last shot*, în 2009, în hotărârea *Tekdata Interconnections* : „analiza tradițională a ofertei și acceptării trebuie să fie urmată, exceptând atunci când documentele schimbate între părți și

înseamnă de fapt „to confine one’s thinking safely within the box of orthodox or classical formation theory”).

⁹ G. Ruhl, op.cit., p. 193-194, cu referiri exprese la hotărârea în cauza *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corp.*

¹⁰ A se vedea Lord Denning, în hotărârea *Gibson v Manchester City Council* [1978] 1 WLR 520, sp. p. 23 : “[I]t is a mistake to think that all contracts can be analysed into the form of offer and acceptance. I know in some of the text books it has been the custom to do so: but, as I understand the law, there is no need to look for a strict offer and acceptance. You should look at the correspondence as a whole and at the conduct of the parties and see therefrom whether the parties have come to an agreement on everything that was material”. Lord Denning a exprimat o poziție similară și în alte cauze, precum *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corp*: “[O]ur traditional analysis of offer, counter-offer, rejection, acceptance and so forth is out of date...The better way is to look at all the documents passing between the parties – and glean from them, or from the conduct of the parties, whether they have reached agreement on all material points...” ([1979] 1 WLR 401, sp. p. 404). Decizia în cauza *Gibson* a fost contestată, iar House of Lords a respins perspectiva : “My Lords, there may be certain types of contracts, though I think they are exceptional, which do not fit easily into the normal analysis of a contract as being constituted by offer and acceptance; but a contract alleged to have been made by an exchange of correspondence between the parties in which the successive communications other than the first are in reply to one another, is not one of these” ([1979] 1 WLR 294, p. 297). Cu privire la aceste cauze, a se vedea A.D. Forte, op.cit., p. 101-103.

*comportamentul lor demonstrează că intenția comună a acestora a fost aceea ca alți termeni să prevaleze*¹¹.

9. Convenția de la Viena (1980) privind vânzarea internațională de mărfuri nu oferă o soluție specială privind rezolvarea conflictului formelor. În ceea ce privește formarea contractului, CVIM urmează regula de principiu a corespondenței dintre ofertă și acceptare, ceea ce echivalează cu prevalența teoriei *last shot*. Soluția este evidentă pe baza art. 19(1) : *„Un răspuns care tinde să fie acceptarea unei oferte, dar care conține completări, limitări sau alte modificări este o respingere a ofertei și constituie o contraofertă”*. În art. 19(2), ce abordează atât formarea, cât și conținutul contractului, redactorii Convenției de la Viena au încercat să atenueze această concepție, acceptând că discrepanțele din acceptare nu împiedică formarea contractului atunci când acestea nu afectează substanța ofertei, iar destinatarul acceptării (modificate) nu obiectează prompt : *„Totuși, un răspuns care tinde să fie acceptarea unei oferte, dar care conține elemente complementare sau diferite care nu alterează în mod substanțial termenii ofertei, constituie o acceptare, în afară de cazul în care ofertantul, fără întârziere nejustificată, a relevat verbal diferențele sau a adresat un aviz în acest scop. Dacă nu a făcut-o, termenii contractului sunt cei ai ofertei, cu modificările cuprinse în acceptare”* - art. 19(2). Din această perspectivă, atunci când variațiile sunt neesențiale, acceptarea este valabilă și contractul se formează incluzând aceste ultime clauze.

¹¹ England and Wales Court of Appeal, Civil division, 19.11.2009, *Tekdata Interconnections Ltd v Amphenol Ltd*, [2009] EWCA Civ 1209, [2010] 1 Lloyd's Rep 357 (sp. 359): *“the traditional offer and acceptance analysis must be adopted unless the documents passing between the parties and their conduct show their common intention was that some other terms were intended to prevail”*.

Totuși, având în vedere prevederile foarte largi ale art. 19(3) CVIM, ce dispune că „*elementele complementare sau diferite privind îndeosebi prețul, plata, calitatea și cantitatea mărfurilor, locul și momentul predării, întinderea responsabilității unei părți față de cealaltă sau rezolvarea litigiilor sunt considerate ca alterând în mod substanțial termenii ofertei*”, atunci când „acceptantul” expediază „acceptarea” împreună cu setul lui de condiții generale, acest lucru înseamnă, cel mai frecvent, că el modifică substanțial termenii ofertei și face o contraofertă. Dacă aceasta este acceptată, expres sau prin comportament, contractul va fi format, iar clauzele standard ce vor prevala vor fi acelea trimise ultimele (teoria *last shot*)¹². Aceasta este soluția preponderent urmată în doctrină, fără ca discuțiile să lipsească¹³.

10. Critici aduse regulii last shot. Aplicarea regulii *last shot* în ceea ce privește soluționarea conflictului de condiții generale a fost totuși criticată, pe bună dreptate¹⁴.

11. Regula *last shot* încurajează transmiterea și retransmiterea seturilor de condiții generale, într-un meci de ping-pong, în încercarea fiecărei părți de a se asigura că setul propriu va prevala¹⁵. Deși, în general, o regulă strictă, formală, precum aceea a întâlnirii ofertei cu acceptarea concordantă, oferă un cadru clar, sigur și previzibil în ceea ce privește momentul formării contractului și conținutul acestuia și este deci binevenită, intervenția ei atunci când părțile folosesc seturi de clauze standard sporește

¹² E. A. Farnsworth, op.cit., par. [2.5].

¹³ M.P. Perales Viscasillas, "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, 10 *Pace Int'l L. Rev.* 1998, p. 97-155, sp. p. 138 și urm.; G. Ruhl, op.cit., p. 196-197.

¹⁴ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 114-117.

¹⁵ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 118.

semnificativ incertitudinea cu privire la momentul formării și conținutul contractului; de asemenea, ea duce la rezultate arbitrare și greu de prezis de către părți¹⁶. Perspectiva *last shot* nu ține seama de ipotezele extrem de diferite ce pot să apară și de aceea răspunsul pe care îl oferă nu este mereu adecvat; pentru că rolurile între părți se pot schimba foarte ușor, nu este mereu clar care anume dintre acestea a trimis ultima condițiile generale de afaceri.

12. Regula permite uneia dintre părți să profite uneori în mod nejustificat de cealaltă : în fapt, având în vedere „meciul de ping-pong” și decalarea continuă a momentului încheierii contractului, una dintre părți ar putea să se retragă foarte ușor atunci când executarea nu mai este atractivă pentru ea (pentru că, de exemplu, costul materiilor prime a crescut foarte mult sau prețul produselor similare pe piață este mult mai mare sau mai mic), deși în niciun moment între părți nu au fost în discuție prețul sau cantitatea de marfă ce trebuia livrată¹⁷. În egală măsură, regula *last shot* poate părea anti-economică: știind că eventualul conflict al clauzelor standard va fi rezolvat pe baza unuia sau altuia din seturile în discuție, profesioniștii sunt încurajați să redacteze clauze standard dezechilibrate, care să favorizeze maximal interesele lor, în eventualitatea în care ajung să fie încorporate în contract¹⁸.

¹⁶ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 116.

¹⁷ A. Von Mehren, ‘The “Battle of the Forms”: A Comparative View’, *Am. J. Comp. L.*, 1990, vol. 38, p. 265, sp. p. 270 : “where the reason for non-performance relates to terms on which the parties had agreed, the mirror image rule – that the acceptance must reflect in every aspect the offer – may thus allow one party to take advantage of the other”.

¹⁸ G. Ruhl, op.cit., p. 213.

13. Soluția poate fi deci criticată, în măsura în care ea marșează foarte mult pe rutină (aspect de formă)¹⁹, iar nu pe realitățile lumii afacerilor (aspect substanțial)²⁰. În condițiile în care părțile nu negociază în mod conștient atunci când schimbă între ele seturi de condiții generale. Ea impune un acord cu privire la *toate clauzele* contractului și se concentrează numai pe setul de clauze trimise ultimele. Ofertantul inițial este obligat obiecteze cu privire la termenii suplimentari sau diferiți, cuprinși în răspunsul partenerului ; în absența obiecțiilor, începerea executării echivalează cu o acceptare implicită a clauzelor cuprinse în ultimul formular standard trimis (deși părțile nu realizează întotdeauna discrepanțele dintre acestea). În consecință, regula poate părea inechitabilă pentru partea care trece la executare, aceasta fiind ținută de un consimțământ implicit.

14. De asemenea, ea neglijează faptul că lipsește un acord real al părților cu privire la care anume clauze standard sunt încorporate în contract. În fapt, este adevărat că în conformitate cu prevederile Codului civil, acceptarea se poate realiza și prin comportament. Totuși, în condițiile în care o parte a trimis anterior la clauzele ei standard, putem considera că există cel puțin un dubiu cu privire la faptul că simpla începere a executării echivalează cu acceptarea indiscutabilă a clauzelor standard ale partenerului și renunțarea la propriul set de clauze²¹. În egală măsură, nu este mereu clar

¹⁹ M. P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 117-118.

²⁰ A. Von Mehren, op.cit., p. 270: “*the classical approach cannot accommodate the deal is on philosophy of many entrepreneurs; if full agreement has to be reached on all material terms, deals will to often not be concluded*”.

²¹ K. Steensgaard, “A comparative view on «battle of the forms» under the CISG and in the German and US American experiences”, *Nordic J. Comp.Law*, 1/2015, p. 3, sp. p. 10, ce consideră problematic să se deducă acceptarea contraofertei din începerea executării contractului.

cum trebuie procedat (și cum trebuie dedus consimțământul implicit) atunci când părțile au folosit clauze defensive/clauze de respingere anticipată, prin care au exclus contractarea în conformitate cu clauzele standard pre-redactate de către partener; în aceste ipoteze, începerea executării contractului nu mai poate fi echivalată ușor cu acceptarea condițiilor generale ale partenerului.

III. Regula *knock out*

15. Consacrare legală. Urmând fidel soluția din art. 2.1.22 din *Principiile Unidroit*²², art. 1202(4) din noul Cod civil consacră astăzi în dreptul românesc o regulă diferită : regula *knock out* sau eliminarea clauzelor standard contradictorii. Soluții similare se regăsesc în art. 2:209 din *Principiile dreptului european al contractelor*, în art. 39 *Common European Sales Law* sau în art. II.-4:209 *DCFR*, în Codul estonian al obligațiilor²³, în

²² Art. 2.1.22, Principiile Unidroit : „Atunci când ambele părți folosesc termeni standard, contractul se consideră încheiat ținând seama de termenii acceptați de către părți, precum și orice alți termeni comuni în substanța lor, cu excepția situației în care o parte informează în mod expres cealaltă parte, fie în avans, fie ulterior și fără întârzieri nejustificate, că nu dorește să fie ținută de un astfel de contract.”

²³ Estonian Code of Obligations § 40 (Conflicting standard terms) (English translation): „If, upon entering into a contract, the parties each refer to their own standard terms, the contract is deemed to have been entered into under the terms which are not in conflict with each other. The provisions of law concerning the type of contract concerned apply in lieu of any conflicting terms. (2) In the case of conflicting standard terms, the contract is not deemed to have been entered into if one party has explicitly indicated before the contract is entered into or without delay thereafter and not by way of the standard terms that the party does not deem the contract to have been entered into. A party does not have this right if the party has performed the contract in part or in full or has accepted performance by the other party”. (<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507022018004/consolide#d3608ee6-916e-4509-adbf-2bc6d7bd61f3>).

Codul civil lituanian²⁴, în Codul civil francez²⁵ sau în jurisprudența germană. Soluția din dreptul german este ușor diferită de aceea din celelalte sisteme care urmează regula *knock out* : în Germania, aceasta din urmă pare să fie aplicată doar atunci când fiecare dintre părți insistă pe aplicarea condițiilor generale proprii și respinge condițiile standard ale celeilalte; în schimb, dacă părțile nu insistă în mod explicit pe folosirea clauzelor standard proprii sau nu resping în mod explicit termenii partenerului (ci doar trimit la termenii proprii), se folosește regula *last shot*²⁶.

16. Justificare. Regula *knock out* consacră o derogare de la dogma conform căreia existența contractului depinde de ofertă și de o acceptare necondiționată și arată o mai mare deschidere către realitățile comerciale. Oamenii de afaceri nu citează și nu solicită consultanță prealabilă cu privire la conținutul clauzelor standard pre-imprimare pe documentele schimbate²⁷; de altfel, nici nu este economic să facă acest lucru, în măsura în care, pe de o parte, cele mai multe operațiuni se derulează fără incidente și, pe de alta, acești termeni standard nu sunt cei mai clari, iar resursele de timp și bani

²⁴ Art. 6.179, Lithuanian Civil Code, Conflict of standard conditions : „Where a contract is concluded by an interchange of standard conditions of a contract made between both parties, it shall be considered that the contract is concluded on the basis of standard conditions which are common in substance unless one party clearly indicates in advance his disagreement with the standard conditions proposed by the other party, or informs without delay the other party of his disagreement after the standard conditions are received by him”. (<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/87072/98918/F821662156/LTU87072%20ENG.pdf>).

²⁵ Art. 1119 C. civ. francez: „(1) Condițiile generale invocate de una dintre părți nu produc efect în privința celeilalte decât dacă i-au fost aduse la cunoștință acestea și le-a acceptat. (2) În caz de discordanță între condițiile generale invocate de părți, clauzele incompatibile sunt fără efect. (3) În caz de discordanță între condiții generale și condiții particulare, acestea din urmă vor avea prevalență în fața primelor”.

²⁶ Cu privire la soluțiile din dreptul german, a se vedea G. Ruhl, op.cit., p. 202-203.

²⁷ K. Steensgaard, op.cit., p. 4.

investite pentru consultanță și pentru o eventuală negociere cu partenerul depășesc avantajele obținute²⁸. În fine, atunci când în ciuda divergenței asupra clauzelor standard părțile trec la executare, comportamentul lor denotă clar faptul că ele apreciază respectivele divergențe ca un aspect minor, iar nu ca un obstacol în formarea contractului. Răspunzând așteptărilor părților, regula *knock out* recunoaște eficacitatea juridică a acordului lor, chiar dacă nu există identitate formală între ofertă și acceptare.

A. Formarea contractului

17. Soluția tradițională *last shot* leagă indisociabil conținutul contractului de formarea acestuia; ea pune un accent deosebit pe existența unui acord de voințe obiectiv determinat (ce implică uneori forțarea faptelor pentru a se plia conceptelor clasice de ofertă și acceptare²⁹) și duce la o soluție brutală în ceea ce privește conflictul formelor.

Dimpotrivă, soluția *knock out* urmează o poziție diferită cu privire la documentele schimbate între părți, ce vor trebui analizate global și integrat: pe de o parte, ca un prim pas, trebuie verificată existența contractului, avându-se în vedere acordul părților cu privire la aspectele esențiale ale operațiunii; apoi, într-o a doua fază, trebuie determinat conținutul exact al înțelegerii părților. În acest fel, ea corectează un inconvenient important al teoriei *last shot*. Aceasta din urmă presupune că rolurile de ofertant și acceptant sunt ușor și imediat identificate, ceea ce nu este adevărat; în

²⁸ G. Ruhl, op.cit., p. 214.

²⁹ V. A.D. Forte, op.cit., p. 103, cu referire la cauza *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corpn* (England) Ltd, [1979 1 All ER 965, relevantă pentru situația din dreptul englez : “The somewhat procrustean moulding of the facts to produce a finding that there was a contract in this case suggests that orthodox contract formation analysis affords a rather crude model for solving the battle of forms”.

practică există de obicei o inversare continuă a rolurilor, astfel încât este extrem de dificilă reconstituirea precisă a poziției exacte a părților, la un moment ulterior formării contractului³⁰. Datorită regulii *knock out*, instanța este dispensată să caute momentul exact al întâlnirii dintre ofertă și acceptarea concordantă³¹; problema de a ști dacă există contract presupune căutarea acordului părților asupra aspectelor esențiale ale operațiunii, având în vedere declarațiile și comportamentul lor, iar flexibilitatea aferentă este binevenită³².

18. Perspectiva implicată de regula *knock out* este astfel mai pragmatică³³ și ține cont de faptul că negocierile, cu schimburi complexe de documente, sunt finalizate prin acorduri care apoi sunt executate de părți. Existența contractului nu va fi repusă în discuție atunci când unei oferte însoțite de un set de clauze standard i se răspunde cu o acceptare de asemenea însoțită de un set de clauze standard, părțile neavând cunoștință de discrepanțele dintre acestea sau minimizând importanța lor³⁴. Trecând la executare, în ciuda formelor divergente, acestea percep contractul ca și

³⁰ V. Forti, “La battle of forms nel diritto comparato”, (2006), disponibil la adresa www.diritto.it/archivio/1/21424.pdf, p. 14, citând pe E. Ferrante, “La battle of forms nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco”, in *Contratto e impresa* / Europa a cura di F. Galgano e M. Bin, 8°, CEDAM, 2003, p. 486, sp. p. 488, nota 8.

³¹ De altfel, datorită divergențelor dintre clauzele standard, la care se face trimitere, acesta va fi uneori imposibil de determinat ; atunci când părțile folosesc clauze standard, art. 1202(4) C. civ. (norma specială) are prevalență în fața art. 1196 C. civ. (norma generală): instanța nu trebuie să verifice care din documentele transmise reprezintă ofertă, care acceptare, care contraofertă, care acceptarea contraofertei, *s.a.m.d.* I. Fl. Popa, in L. Pop, I. Fl. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, UJ, 2015, p. 92.

³² G. Ruhl, *op.cit.*, p. 220.

³³ B. Zeller, “The CISG and the Battle of the Forms”, in L. DiMatteo (Ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, pp. 203-214, sp. p. 211.

³⁴ Unidroit Principles, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, Article 2.1.22, Comment, pct. 3, p. 73.

format, iar soluția de la art. 1202(4) C. civ. nu face decât să le confirme așteptările.

B. Determinarea conținutului contractului

19. Aplicând teoria *knock out*, instanța va reconstrui contractul³⁵, analizând global documentele schimbate între părți și ținând cont de intențiile și comportamentul acestora. Deoarece contractul va include termenii negociați/conveniți și o parte din termenii standard, care sunt comuni în substanță, regula acordului reciproc (cel puțin ipotetic³⁶), dar și principiile buneii credințe și echității, sunt respectate. În fapt, se încearcă respectarea voinței părților, exteriorizată în acele clauze standard, în măsura în care aceasta este comună³⁷; de aceea, contractul va fi încheiat pe baza clauzelor negociate și a clauzelor standard comune în substanța lor, cu condiția, bineînțeles, ca acestea să nu contravină unor norme imperative³⁸.

20. **Clauzele negociate.** Includerea în conținutul contractului a clauzelor convenite între părți (cel puțin *essentialia negotii*) este evidentă. Părțile au considerat aspectele respective suficient de importante pentru a le discuta și a se pune de acord; acele clauze reprezintă voința lor și, dacă nu contravin ordinii publice sau bunelor moravuri, ele se bucură de eficacitate. În egală măsură, aceste clauze convenite vor avea prioritate asupra clauzelor

³⁵ B. Zeller, op.cit., p. 212.

³⁶ În fapt nu se poate vorbi despre intenția reală a părților; este întrucâtva artificial să se considere că părțile au convenit asupra clauzelor comune din seturile de clauze standard, în condițiile în care acestea nu au fost nici măcar consultate, darmite comparate..

³⁷ Pe acest temei, soluția inițial promovată în Germania – și anume ignorarea completă a seturilor de clauze standard – apare mult prea severă.

³⁸ Mențiunea are o importanță minimală, deoarece cele mai multe norme imperative (prin care se invalidează clauze contractuale) privesc contractele de consum; or, prin ipoteză, consumatorii nu folosesc condiții generale de afaceri.

standard ce ar figura în condițiile generale, chiar dacă acestea din urmă ar fi comune în substanța lor³⁹.

21. Desconsiderarea clauzelor contradictorii. În schimb, clauzele contradictorii sunt eliminate; contradicția dintre ele reflectă lipsa consensului părților cu privire la modalitatea de rezolvare a problemelor specifice vizate. În acest fel, soluția *knock out* încearcă să depășească conflictul dintre prezumția de acceptare a condițiilor generale și realitățile lumii afacerilor, pe care le presupune regula *last shot*⁴⁰.

De asemenea, deoarece impune desconsiderarea doar a clauzele contradictorii sau ireconciliabile, soluția *knock out* este de natură să conducă la un rezultat mai echilibrat decât acela presupus de regula *last shot* (ce acordă prevalență globală clauzelor standard redactate de una dintre părți, pe care indirect o și favorizează).

22. Dificultăți. Determinarea exactă a conținutului celor convenite și a aspectelor contradictorii poate ridica uneori dificultăți și asupra acestora mă voi opri în cele ce urmează.

23. O primă ipoteză problematică este aceea în care **condițiile standard ale uneia dintre părți prevăd o soluție particulară cu privire la o problemă specifică, iar cele ale partenerului nu dispun nimic.** În opinia noastră, într-o asemenea ipoteză, clauza standard cuprinzând soluția particulară ar trebui aneantizată, în baza regulii *knock out* de la art. 1202(4) C. civ. În fapt, atunci când setul de clauze standard al uneia dintre părți păstrează tăcerea în legătură cu un anumit aspect, se poate

³⁹ O precizare este necesară : contradicția dintre clauzele negociate/convenite și clauzele standard nu este vizată de sintagma *battle of forms*; întotdeauna primele vor avea prioritate, ca rezultat al voinței exprese a părților.

⁴⁰ K. Steensgaard, op.cit., p. 12.

considera că partea în cauză s-a referit implicit la prevederile legale aplicabile (sau a acceptat intervenția acestora)⁴¹. Dacă clauza standard a co-contractantului nu coincide cu soluția reținută în prevederea legală, există un conflict între voințele părților; în consecință, aplicând regula *knock out*, clauza standard ar trebui să fie ignorată, drepturile și obligațiile părților fiind stabilite pe baza normei legale (supletive)⁴².

24. Lista de specificații tehnice. Soluția poate fi totuși diferită atunci când setul de condiții generale reprezintă de fapt o listă de specificații tehnice ale bunurilor sau serviciilor ce trebuie livrate/prestate (sau, după caz, cumpărate) de partea în cauză⁴³. Într-un asemenea caz, se poate considera că există acord *de facto* între părți, de la început, că dacă urmează să se livreze niște bunuri, acestea trebuie să fie în conformitate cu acele specificații tehnice (care reflectă disponibilitățile vânzătorului și nevoile cumpărătorului)⁴⁴.

⁴¹ P. Schlechtriem, "Battle of the Forms in International Contract Law. Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration" (trad. din germană M. Eimer), disponibil la adresa <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem5.html>, no. 6 : „insofar as their proposed conditions do not contain a regulation, either side tacitly assumes the statutory rules to be effective, so that differing proposals of the other side nevertheless lead to a divergence between the parties' proposals on the contract's contents”.

⁴² V. O. Lando, H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 182, ce oferă și un exemplu (ce reia, de altfel, starea de fapt din cauza *Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Corp. Ltd*) : atunci când setul de condiții generale al uneia dintre părți include o clauză de indexare a prețului, iar setul corespondent al partenerului nu abordează problema, se poate considera că există un *battle of forms*, astfel că art. 2:209 PECL poate opera.

⁴³ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 181 - PECL Art 2:209 Comment B.

⁴⁴ Așa cum arată E.J. Jacobs („The battle of the forms: standard term contracts in comparative perspective”, *I.C.L.Q.*, 1985, vol. 34, p. 297, sp. p. 306) livrarea bunurilor, în cazul unui contract de vânzare, nu este un eveniment realizat într-un vacuum; aceasta trebuie analizată prin raportare la anumite documente.

Dacă însă setul de clauze al uneia dintre părți stabilește o serie de exigențe cu privire la calitate sau funcționalitate, în timp ce setul celeilalte prevede o exonerare, o limitare sau o agravare a răspunderii, nu este exclus ca instanța să constate totuși contradicția dintre voințele părților și să aneantizeze clauzele corespondente.

25. De asemenea, o discuție poate să apară cu privire la situația în care **setul de condiții generale al uneia dintre părți nu prevede nimic cu privire la o problemă, în timp ce setul de condiții al cocontractantului vine cu o soluție ce confirmă o uzanță sau o practică între părți**. Ipoteza este similară primeia dintre cele de mai sus, dar o nuanță trebuie făcută. Astfel, este bine-cunoscut că în absența unei voințe contrare explicite, uzanțele sunt considerate a completa contractul (cf. art. 1 și art. 1272(1) C. civ.); partea care nu a reglementat sau nu a dorit să reglementeze în mod specific o problemă poate fi rezonabil ținută că agreează aplicarea practicii statornice sau a uzanței în mod normal operantă în sectorul de comerț în care activează⁴⁵. O asemenea perspectivă ar permite să se considere că în acest caz nu există o contradicție reală între voințele părților, iar clauza standard specifică ar putea fi menținută. Miza menținerii/aneantizării clauzei nu este de fapt una reală atunci când condițiile din ipoteza în discuție sunt îndeplinite (mai precis, uzanța este efectiv aplicabilă, iar soluția substanțială oferită de ea este identică cu aceea promovată de clauza standard); așa cum se va vedea *infra* (n. 27), dacă aceasta

⁴⁵ P. Schlechtriem, op.cit., no 6: “After all, it seems reasonable to me to believe that each party, insofar as it does not attempt to insert proposals on the contents into the contract - pre-formulated or individual - assumes that the statutory rules (or relevant trade usages) are applicable. Whether and to what extent it gives way to the other side's clauses is as much a matter of interpretation as in cases of open collision”.

din urmă este desconsiderată, rezolvarea problemei va fi făcută pe baza practicii statornicite sau a uzanței, iar în fond soluția va fi aceeași.

În schimb, miza reapare atunci când, în ciuda afirmațiilor uneia dintre părți, fie nu există identitate de substanță între uzanța aplicabilă și clauza standard în discuție, fie uzanța nu este efectiv operantă cu privire la contractul în speță, pentru că nu sunt îndeplinite condițiile de aplicare teritorială sau materială a acesteia sau pentru că părțile au exclus aplicarea ei; dacă aceste ultime aspecte sunt dovedite corespunzător în fața instanței, clauza standard ar trebui eliminată, aplicând *mutatis mutandis* raționamentul dezvoltat *supra* (n. 23).

26. Completarea contractului. La fel ca art. 2.1.22 din Principiile Unidroit, art. 1202(4) C. Civ. nu precizează cum trebuie procedat pentru rezolvarea problemelor în cazul eliminării clauzelor contradictorii. Răspunsul nu este dificil : pentru completarea contractului, în mod normal vor fi avute în vedere dispozițiile legale supletive în materie⁴⁶.

27. O discuție este posibilă pentru acele cazuri în care în sectorul de activitate în care operează părțile există uzanțe comerciale, problema fiind aceea de a ști dacă acestea vor putea fi sau nu avute în vedere. În opinia noastră, în lipsa unei clauze de integralitate care să excludă aplicarea lor, uzanțele sau practicile statornicite ale părților vor putea primi aplicare⁴⁷, având prioritate în fața dreptului supletiv; soluția își găsește un argument de text în art. 1 și art. 1272 C. civ., articole a căror incidență nu poate fi exclusă. Dacă problema ce trebuie soluționată în urma invalidării clauzelor standard nu își găsește un răspuns în eventuale uzanțe sau în legislație, pentru

⁴⁶ A se vedea și I. Fl. Popa, op.cit., p. 91-92.

⁴⁷ A se vedea în același sens, *mutatis mutandis*, O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183.

completarea contractului ar putea fi avute în vedere, având în vedere natura și scopul acestuia, regula analogiei și principiile generale ale dreptului, în special principiul bunei credințe și principiul echității.

28. Probleme cu soluția substitut. Evident, pentru caracterizarea contradictorialității, ceea ce contează este coincidența dintre soluțiile substanțiale implicate de clauze, iar nu formularea efectivă a acestora⁴⁸. Cu toate acestea, soluția substitut – înlocuirea clauzelor contradictorii cu normele supletive din dreptul aplicabil - generează și probleme atunci când, fără a fi identice ca substanță, aceste clauze standard derogă totuși în mod semnificativ de la prevederile legale⁴⁹.

Așa pot sta lucrurile de exemplu atunci când clauzele ambelor părți prevăd rezolvarea diferendelor prin arbitraj, dar există divergențe asupra sediului arbitrajului, asupra modalității de desemnare a arbitrilor sau asupra altor reguli procedurale; așa stau lucrurile atunci când clauzele ambelor părți prevăd termene mai largi decât cele legale pentru denunțarea defectelor, dar acestea nu sunt identice⁵⁰.

29. În aceste cazuri, din păcate, regula *knock out* este în principiu operantă. Atunci când una dintre părți (cea care are interes) îi va solicita să desconsidere clauzele discordante și să aibă în vedere exclusiv prevederile legale, judecătorul nu este autorizat să reacționeze, căutând o alternativă echitabilă sau eficientă (de tipul *best shot*); aspectele substanțiale trec în planul secund, în beneficiul aplicării mecanice a soluției excluderii, creatoare de certitudine. Evident, în aceste cazuri, desconsiderarea clauzelor standard

⁴⁸ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183. A. A. Moise, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, coord. F.A. Baias, CH Beck, 2012, p. 1265.

⁴⁹ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 119-121; K. Steensgaard, op.cit, p. 16.

⁵⁰ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 119-120.

generează inconveniente, dejucând așteptările cel puțin uneia dintre părți⁵¹, și de aceea regula *knock out* a fost uneori criticată⁵².

30. În mod justificat, unii autori au propus o interpretare mai suplă a exigenței discordanței clauzelor și eliminarea doar a aspectelor veritabil contradictorii. De exemplu, O. Lando și H. Beale⁵³ sugerează că în cazul în care clauzele standard ale ambelor părți prevăd soluționarea litigiului prin arbitraj, cu diferențe totuși în ceea ce privește sediul acestuia, ar fi posibil ca instanța să decidă că cele două clauze reflectă în mod neechivoc și indiscutabil preferința ambelor părți pentru arbitraj (în locul justiției statale), regula *knock out* impunând doar desconsiderarea indicațiilor divergente asupra unui aspect punctual – sediul arbitrajului – ce va trebui determinat ulterior pe baza normelor legale aplicabile⁵⁴. Soluția susține eficiența voinței comune a părților și este binevenită; ea corespunde de altfel rațiunii din spatele regulii *knock out* și interpretării teleologice (iar nu literale) a clauzelor în discuție, pe care o impune dispoziția legală. În același timp, nu este mai puțin adevărat că implementarea ei nu este posibilă întotdeauna : astfel, în cel de-al doilea exemplu imaginat mai sus, privitor la clauzele ce prevăd termene diferite pentru denunțarea defectelor, nu este foarte evident ce ar trebui reținut ca și concordant, respectiv ce ar trebui eliminat, ca și contradictoriu, din clauzele în discuție. Mai mult, chiar în cazul analizat, instanța ar putea să constate că

⁵¹ Nu este niciun dubiu că, dacă ulterior constatării conflictului dintre clauzele standard, părțile reușesc să se pună de acord (de exemplu, semnând un compromis sau o tranzacție) judecătorul va ține cont de voința lor.

⁵² M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 119 și urm., arătând că deși regula *knock out* oferă o perspectivă mai neutră asupra conflictului (nefavorizând direct niciuna dintre părți), ea afectează uneori semnificativ intențiile părților și operațiunea.

⁵³ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183.

⁵⁴ Aceeași soluție, ce dă efect principiului autonomiei de voință, pare preferată și de A.D.M. Forte (op.cit., p. 120).

locul desemnat al arbitrajului era esențial și a fost ales deliberat, în considerarea unor aspecte particulare; acest lucru ar impune considerarea globală a fiecăreia dintre clauze și eliminarea lor dacă nu există identitate substanțială cu privire la toate aspectele reglementate în cuprinsul lor⁵⁵. Din păcate, identificarea unei jurisprudențe relevante pentru aceste aspecte a fost imposibilă.

31. În fața acestor probleme, legiuitorul a imaginat un remediu – respingerea contractului (sau a regulii *knock out*) –, dar acesta operează în circumstanțe limitative, astfel că eficiența lui este doar relativă. Asupra acestei posibilități de respingere mă voi opri pe scurt în cele ce urmează.

C. Respingerea regulii *knock out*

32. În conformitate cu art. 1202(4) C. civ. final, regula de principiu descrisă până în acest moment nu se aplică atunci când „*una dintre părți notifică celeilalte, fie anterior momentului încheierii contractului, fie ulterior și de îndată, că nu intenționează să fie ținută de un astfel de contract*”. Dacă nu se fac obiecții, părțile sunt repute că au acceptat stabilirea conținutului contractului în conformitate cu regula *knock out*. Soluția obiecției are astfel un rol important : ea oferă o justificare suficientă pentru eficacitatea juridică a contractului al cărui conținut este determinat pe baza clauzelor negociate și a clauzelor standard comune în substanța lor, atunci niciuna dintre părți nu reacționează⁵⁶.

⁵⁵ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183. A.D.M. Forte, op.cit., p. 120.

⁵⁶ De regulă, tăcerea nu valorează acceptare; totuși, dacă partea nu reacționează atunci când legea spune că trebuie să o facă pentru a evita un anumit rezultat, ea este reputată că acceptă acel rezultat.

Două alternative sunt posibile: obiecția anticipată, respectiv obiecția ulterioară, dar imediată. Fiecare dintre acestea necesită o serie de precizări.

33. Obiecția anticipată. Legiuitorul român nu oferă precizări cu privire la obiecția anticipată prevăzută la art. 1202(4) C. civ., impunând vag *notificarea* partenerului anterior momentului încheierii contractului. În opinia noastră, simpla clauză din contract prin care partea trimite la propriile condiții generale nu echivalează, în niciun caz, cu „notificarea” prevăzută de textul legal; de asemenea, nici simpla retransmitere a setului de condiții generale nu ar trebui să fie suficientă. În schimb, ar putea fi acceptate ca obiecție anticipată atât comunicările oficiale⁵⁷, cât și clauzele contractuale care au acest obiect (cunoscute sub denumirea de clauze de respingere anticipată, de protecție sau *paramount*), exprimate în așa fel încât să nu poată scăpa atenției co-contractantului.

34. Clauza paramount. Clauza *paramount*, prin care una dintre părți refuză cu claritate să fie ținută de un contract ce ar integra clauzele standard ale celeilalte⁵⁸ și pretinde aplicarea exclusivă a clauzelor standard proprii, este o modalitate prin care se încearcă stabilirea pentru cocontractant a unei limite ferme : fie se acceptă contractul ca atare, fiind inacceptabilă o

⁵⁷ Conform lui A.A. Moise (op.cit., p. 1266, no. 10), în absența altor indicații din partea legiuitorului, această notificare poate fi făcută prin orice mijloc, inclusiv prin executor judecătoresc.

⁵⁸ Pentru un exemplu, a se vedea clauza *paramount* folosită de cumpărător în operațiunea ce a generat litigiul în speța *Uniroyal Ltd v Miller & Co Ltd* 1985 SLT 101: “*The Company recognises that the Vendor may use its own acknowledgment of order form. Therefore any provisions in the form of acceptance used which modify, conflict with or contradict any provision of the contract or order shall be deemed to be waived unless expressly agreed to in writing by the Company and signed by an authorized representative*” (apud A.D.M. Forte, op. cit, p. 107); într-o altă formulare : „*Se respinge aplicarea unor prevederi sau clauze standard diferite aparținând cumpărătorului și menționate în comenzi, ordine de cumpărare, oferte sau alte documente contractuale, exceptând atunci când aceste prevederi sau clauze au fost acceptate în scris*”.

„acceptare” condiționată sau cu modificări, fie se renunță la operațiune. Dacă și partenerul folosește o clauză similară, se creează un nou conflict : discordanța se materializează în primul rând la nivelul acestor clauze de respingere, prin care fiecare dintre părți încearcă să transforme setul propriu de condiții generale într-un element esențial, blocând demersurile similare ale partenerului.

35. Condiția vizibilității. Înainte de a vedea efectele unei asemenea clauze de respingere anticipată, o problemă ce poate fi discutată este aceea de a ști cât de vizibilă trebuie să fie aceasta pentru a fi eficace : ea trebuie să apară clar pe unul din formularele prin care se tinde la realizarea unei oferte/acceptări sau, dimpotrivă, ar fi posibil ca inclusiv o clauză *paramount* ce figurează într-un set de clauze standard să fie interpretată ca reprezentând obiecția anticipată valabilă în conformitate cu prevederile art. 1202(4) C. civ.?

Dispozițiile din PECL resping expres alternativa vizată de partea a doua a întrebării, precizând că excluderea regulii *knock out* nu ar trebui să se realizeze prin intermediul unei clauze ce figurează în setul de condiții generale⁵⁹. La aceeași soluție se poate ajunge și în cazul regulii corespondente din Principiile Unidroit, ce prevede că „o parte informează în mod expres cealaltă parte” despre intenția de a nu fi ținută de un contract al cărui conținut este determinat pe baza regulii *knock out*; conform Comentariului oficial, condiția informării exprese nu este îndeplinită atunci când partea nu realizează o declarație specifică în ofertă sau acceptare, ci folosește în acest sens o simplă clauză standard⁶⁰.

⁵⁹ O soluție similară este regăsită în § 40.2 din Codul Estonian al obligațiilor (citată supra).

⁶⁰ V. Comentariul 3 sub art. 2.1.22 Principiile Unidroit, ce precizează că „nu se poate spune în mod absolut ce ar însemna în practică o indicație clară, dar introducerea unei asemenea clauze în condițiile standard nu va fi în mod obișnuit suficientă, pentru că este necesară o declarație specifică a părții vizate, în oferta sau acceptarea ei”.

36. Având în vedere faptul că aceste texte au reprezentat și sursa de inspirație a legiuitorului român, consider că aceeași interpretare poate fi urmată și la noi – textul legal vorbește despre notificare, ceea ce presupune o aducere adecvată la cunoștință. Pentru ca o clauză de respingere anticipată să opereze, ar trebui ca ea să fie cunoscută de partenerul contractual sau să fi existat o vizibilitate suficientă a ei, astfel încât cunoașterea ei să nu poată fi în mod legitim pusă în discuție.

În schimb, premisa fiind că părțile nu citează clauzele standard, clauzele *paramount* incluse în condițiile standard și *lipsite de vizibilitate suficientă* nu sunt eficiente⁶¹. Nu este suficient ca avocatul ce redactează setul de condiții generale pentru un client să precizeze în cuprinsul acestuia că partea este ținută de contract numai dacă condițiile astfel redactate ajung să primească aplicare; conținutul contractului ar trebui determinat, inclusiv în acest caz, pe baza regulii *knock out*.

37. Efectele obiecției anticipate. Respingerea anticipată, realizată cel mai frecvent printr-o clauză *paramount*, are și efecte nefaste: odată adusă la cunoștința partenerului, ea poate paraliza aplicarea soluției de la art. 1202(4) C. civ.⁶².

Două situații trebuie avute în vedere, pentru că art. 1202(4) C. civ. poate fi aplicat atât atunci când părțile doar au schimbat între ele diversele seturi de clauze standard, cât și atunci când, în plus de acest schimb, s-a trecut efectiv la executarea contractului.

⁶¹ A.D.M. Forte, op.cit., p. 117-118.

⁶² De altfel, posibilitatea respingerii contractului (sau a regulii *knock out*, așa cum vom vedea) a fost considerată a fi călcâiul lui Ahile pentru regula astfel instituită - P. Schlechtriem, op.cit., pct. III (2).

38. Atunci când prin clauza *paramount* (vizibilă) una dintre părți insistă pe aplicarea setului ei de condiții standard și nu se începe executarea, contractul nu se formează (așa cum precizează art. 1202(4) C. civ.). Clauza confirmă faptul că partea vede în setul ei de condiții generale un element esențial (art. 1185 C. civ.) și se poate prevala de lipsa acordului cu privire acestea pentru a contesta existența contractului și pentru a nu putea fi constrânsă să execute silit. În acest caz dezacordul primează și inconvenientele teoriei clasice reapar: părțile sunt încurajate să folosească clauze *paramount* în încercarea de a-și asigura un avantaj, respectiv sunt încurajate să continue trimiterea de documente și să mizeze pe o acceptare pură și simplă din partea partenerului.

39. Atunci când în ciuda clauzei *paramount* s-a trecut la executare, nu se mai poate susține inexistența contractului. Având însă în vedere respingerea soluției *knock-out* (contract încheiat pe baza clauzelor comune), conflictul clauzelor standard va trebui rezolvat printr-o reîntoarcere la regula generală a ofertei și acceptării concordante (*last shot*)⁶³. Astfel, instanța va trebui să determine, având în vedere diferitele schimburi de documente, dar mai ales comportamentul părților, care este momentul încheierii contractului, respectiv, care anume dintre părți, suficient de bine informată, a considerat că operațiunea este mai importantă decât clauzele standard proprii și a avut un comportament (începerea executării sau primirea executării) care echivalează cu acceptarea condițiilor celeilalte, trimise ultimele.

⁶³ V. Comentariul 3 sub art. 2.1.22 Principiile Unidroit : „Doctrina *“last shot”* poate fi adecvată atunci când părțile indică cu claritate că adoptarea seturilor lor de clauze standard este o condiție esențială pentru încheierea contractului”.

40. Două sub-alternative pot fi identificate: 1. Dacă executarea este începută de co-contractantul celui care a trimis ultimul condițiile generale (sau documentul care face trimitere la ele), acele condiții vor prevala, pentru că începerea executării este reputată în mod clasic ca o acceptare a contraofertei. 2. Dacă executarea este începută de cel care a trimis ultimul condițiile standard, tăcerea sau inacțiunea celuilalt blochează formarea contractului; în schimb, atunci când acesta din urmă acționează la rândul lui (de exemplu, primind mărfurile livrate), comportamentului lui este reputat a fi o acceptare, iar contractul va include condițiile generale de afaceri trimise ultimele.

41. Obiecția ulterioară, dar imediată. Legiuitorul admite de asemenea și o obiecție ulterioară, dar imediată: el permite aneantizarea contractului în cazul în care una dintre părți, ce nu poate accepta conținutul acestuia, determinat în conformitate cu regula de la art.1202(4) C. civ. (cu includerea clauzelor negociate și a clauzelor standard comune în substanță), notifică celeilalte deîndată intenția ei de a nu fi ținută de acest contract.

42. Doctrina a criticat acest „drept de denunțare”, ca fiind generator de incertitudini⁶⁴. Ne alăturăm poziției, accentuând și rezultatele inechitabile ale soluției: deși există clar acordul asupra elementelor esențiale ale operațiunii, una dintre părți ar putea foarte ușor să evite obligarea ei la executarea acelu contract, devenit dezavantajos datorită unor evoluții în piață, doar prevalându-se de discordanțele dintre seturile de clauze standard⁶⁵.

⁶⁴ A.A. Moise, op.cit., p. 1266, n. 9.

⁶⁵ C.B.P. Mahé, « Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter? », *Electronic J. of Comp. L.* (www.ejcl.org), vol. 1.1, November 1997, p. 17.

43. Două remedii, de ordin substanțial, pot corecta inconvenientele acestei posibilități de obiectare.

Pe de o parte, este vorba despre severitatea instanțelor în interpretarea expresiei „de îndată”, singura exigență prevăzută de textul legal ; doar o poziție restrictivă în materie este de natură să evite acest gen de manevre oportuniste, contrare intenției legiuitorului.

Pe de altă parte, atunci când acordul asupra *essentialia negotii*, dedus pe baza documentelor schimbate, este dublat de începerea executării, considerăm că obiecția apare contrară exigenței buneii credințe în formarea și executarea contractului și nu ar trebui acceptată pentru a paraliza jocul regulii *knock out*. Acesta este însă un alt aspect cu privire la care legiuitorul nu stabilește o soluție formală, astfel că instanțele se bucură de o marjă de apreciere; atâta timp cât jurisprudența nu este definitiv fixată, discuțiile pot persista în materie.

În fine, ca un argument relativ, inconvenientele acestui drept de denunțare vor fi atenuate și altfel: pentru că în practică clauzele standard sunt rar citite imediat după formarea contractului, probabil obiecția ulterioară se va materializa rar în practică, cu consecința că regula *knock out* va putea primi aplicare.

D. Cazurile în care art. 1202(4) C. civ. nu operează

44. Art. 1202(4) C. civ. nu va fi aplicat în fiecare situație în care pentru contractare sunt folosite clauze standard. Dacă doar una dintre părți folosește clauze standard, art. 1202(4) C. civ. este inoperant de principiu, iar pentru stabilirea momentului formării contractului și pentru determinarea conținutului acestuia vor fi avute în vedere regulile generale de la art. 1188 și art. 1197 C. civ., respectiv art. 1201 C. civil. Atunci când ambele părți utilizează

formulare standard, pre-tipizate, cu dispoziții contradictorii, aplicarea art. 1202(4) C. civ. este condiționată de existența unui veritabil conflict, ceea ce nu este întotdeauna evident, așa cum sperăm să rezulte din exemplele de mai jos.

45. În anumite ipoteze, **consimțământul părților cu privire la aplicarea (doar a) unui set anume de clauze standard poate fi cu claritate stabilit și acesta va prevala**⁶⁶; astfel, atunci când în ciuda transmiterii în prealabil a unui document ce include sau trimite la condițiile sale de afaceri, una dintre părți acceptă indiscutabil contractarea în conformitate cu condițiile partenerului, conflictul de clauze standard nu există. De exemplu, atunci când prin acordul lor verbal, dovedit corespunzător, părțile au convenit cu claritate aplicarea condițiilor generale ale uneia dintre ele, expedierea ulterioară a unei confirmări scrise de către partener, ce trimite la propriile lui condiții standard, nu ar trebui să poată declanșa jocul art. 1202(4) C. civ.⁶⁷. În mod similar, atunci când semnează formularul aferent al cocontractantului, ce ține loc de contract, nu mai este posibilă invocarea art. 1202(4) C. civ., deși în documente transmise anterior partea s-a referit la propriile ei condiții standard⁶⁸. Această ultimă soluție este recunoscută expres și în practica românească recentă⁶⁹.

⁶⁶ C.B.P. Mahé, op.cit., no 1.3.2.1 (p. 11) cu referire la PECL: dacă o parte a semnat setul de condiții generale al celeilalte, acest lucru înseamnă încorporarea lor în contract, clauzele fiindu-i opozabile; conflictul de condiții generale este suprimat. Dacă s-a semnat doar documentul ce conține clauza de trimitere la condițiile generale, acest lucru nu înseamnă că s-au acceptat acele condiții generale.

⁶⁷ V. *mutatis mutandis* OLG Linz 8 August 2005, disponibil la adresa <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050808a3.html>.

⁶⁸ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 181.

⁶⁹ A se vedea Jud. sect. VI București, secția civilă, Sent. Civ. 5498/04.09.2018 (rolii.ro): „având în vedere că atât clauzele standard ale reclamantei, cât și clauzele standard ale pârâtei prevedeau clauze derogatorii de la normele privitoare la competența instanțelor

46. De asemenea, în alte ipoteze, **este posibil ca una dintre părți să eșueze complet în încercarea de integrare a condițiilor sale generale de afaceri în câmpul contractual**, pentru că nu le-a adus în mod adecvat la cunoștința partenerului, și conflictul este din nou suprimat.

Din acest punct de vedere, problemele pot să apară fie cu privire la clauza de trimitere la clauzele standard, fie cu însăși expedierea clauzelor standard.

47. Clauza de trimitere. În fapt, în conformitate cu art. 1201 C. civ., „...*părțile sunt ținte de clauzele extrinseci, la care contractul face trimitere*”. Atunci când clauza de trimitere este absentă, lucrurile sunt clare; chiar dacă clauzele standard au fost comunicate partenerului (de exemplu, pentru că sunt pre-imprimare pe verso-ul documentelor contractuale), lipsa mențiunii cu privire la voința părții de a contracta folosind acele clauze standard are drept consecință imposibilitatea includerii lor în câmpul contractual. O excepție ar putea fi admisă pentru acele cazuri în care între părți există o practică statornică ce le-ar dispensa de inserarea clauzei de trimitere⁷⁰.

48. De asemenea, discuțiile sunt posibile într-un număr semnificativ de ipoteze, precum atunci când clauza de trimitere este orală⁷¹, sau nu este

judecătorești, iar numai clauzele standard ale părâtei au fost acceptate de reclamantă, prin semnarea acestora, instanța constată că acestea vor fi aplicabile în prezenta cauză cu privire la alegerea de competență”.

⁷⁰ A se vedea, *mutatis mutandis* jurisprudența CJUE aferentă art. 23 din Convenția de la Bruxelles/Regulamentul Bruxelles 1, respectiv art. 25 din Regulamentul Bruxelles I bis. A se vedea de asemenea Comentariul 3 sub art. 2.1.19 din Principiile Unidroit.

⁷¹ A se vedea în Olanda hotărârea HR 20.11 1981, NJ 1982, 517, Holleman/De Klerk, citată de C.B.P. Mahé, op.cit., no. 1.2.2 (p. 12). În speță, într-o discuție telefonică avută în contextul încheierii contractului, una dintre părți a semnalat celeilalte aplicarea condițiilor generale proprii în ceea ce privește contractele încheiate de ea; facturile ulterioare emise includeau aceeași referință. În litigiul subsecvent, instanțele de fond și de apel au considerat că referirea verbală la clauzele standard este insuficientă; Curtea de casație s-a plasat însă pe o poziție

suficient de clară și precisă, nu este suficient de aparentă, figurează într-un document post contractual (de exemplu, pe o factură sau într-o scrisoare de confirmare) sau figurează doar într-o broșură publicitară sau într-un document ce reprezintă o invitație de intrare în negocieri. Având în vedere lipsa detaliilor din textul legal, pentru rezolvarea problemelor în fiecare caz concret, instanțele vor urma din nou perspective substanțiale. Din păcate, dreptul românesc nu este în acest moment suficient de clar cu privire la aceste aspecte.

49. Discuție cu privire la transmiterea setului de condiții generale. Art. 1201 C. civ. prevede, desigur, ca contractul să facă trimitere la acele clauze standard, însă nu precizează nimic în legătură cu trimiterea (sau nu) și a clauzelor în discuție partenerului contractual⁷², ceea ce lasă deschisă calea interpretării. Aceasta va fi orientată de considerente substanțiale, bineînțeles, dar incertitudinile nu lipsesc.

50. Pe de o parte, ar fi posibil să se considere că soluția mai liberală – acceptarea încorporării și atunci când partenerul nu a transmis efectiv clauzele standard – ar fi mult mai practică pentru operațiune și ar ține suficient cont de faptul că părțile sunt profesioniști și ar trebui să aibă inițiativa atunci când nu sunt suficient edificate cu privire la un aspect; există și un argument textual pentru această poziție – legiuitorul nu impune *expressis verbis* o asemenea transmitere.

51. Pe de altă parte, o altă poziție, mai restrictivă, ar putea fi susținută și aceasta ni se pare preferabilă. Pentru ca o parte să fie ținută de o serie de

diferită, estimând că din perspectiva ansamblului circumstanțelor cazului, clauza de trimitere trebuie să fie considerată eficace.

⁷² Aceeași tăcere este păstrată și de art. 2.1.19 din Principiile Unidroit sau de comentariul oficial aferent.

clauze externe, trebuie ca acestea să îi fi fost aduse la cunoștință, cel mai târziu în momentul formării contractului, pentru că erau de exemplu pre-imprintate pe verso-ul formularului standard sau i-au fost transmise anterior. Deși mai severă, această soluție este singura care oferă un minim de garanții cu privire la realitatea consimțământului, realizând în același timp o împărțire echitabilă a riscurilor între părți⁷³. Ea este singurul mijloc de natură a asigura, în mod legitim, cadrul pentru cunoașterea efectivă și acceptarea acelor condiții generale. Ea este de altfel regăsită și în dreptul comparat⁷⁴, la nivel european⁷⁵ sau în art. 2:104 (2) PECL⁷⁶. Nu consider necesară trimiterea

⁷³ U. Magnus, „Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG”, in (eds.) C.B. Andersen, U.G. Schroeter, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 303-325, disponibil la adresa <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus3.html>, sp. p. 320.

⁷⁴ În Franța, a se vedea art. 1119 (1) C. civ. : „*Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées*”; în Spania, a se vedea *Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación* (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>) art. 5(1) fraza a 2-a : „*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*”. De asemenea, în Olanda, a se vedea art. 6:233(2) BW ce precizează că partea care se prevalează de clauzele standard trebuie să fi oferit celeilalte o oportunitate rezonabilă de a le consulta; conform lui C.B.P. Mahé, op.cit., no. 1.1.2.2, textul este interpretat în sensul că necomunicarea condițiilor standard antrenează ineficacitatea acestora. Pentru un exemplu similar din jurisprudența germană, a se vedea BGH, 31.10.2001, hotărâre citată de U. Magnus, op.cit., p. 320.

⁷⁵ Cu privire la jurisprudența CJUE în raport cu eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție din condițiile generale de afaceri incluse în contractele internaționale, v. A. Oprea, « Eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție cuprinse în condițiile generale de afaceri – repere jurisprudențiale », *RRDP*, 6/2016, p. 142 și urm.

⁷⁶ Article 2:104 (ex art. 5:103 A) - Terms not individually negotiated: „(1) *Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party who did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded. (2) Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document*”.

atunci când clauzele externe sunt elaborate de diverse instituții sau asociații profesionale (precum Incoterms 2020, UCP 600); acestea sunt larg folosite în practică și conținutul lor este familiar părților, astfel că severitatea nu se justifică. De asemenea, atunci când uzanțele sau practicile statornicite dispensează părțile de o asemenea trimitere sau atunci când partenerii de afaceri cunosc efectiv conținutul clauzelor standard (având în vedere relația anterioară de afaceri) o poziție mai suplă este pe deplin acceptabilă.

IV. Concluzie

52. Regula *knock out*, nou consacrată de legiuitorul român în cuprinsul art. 1202(4) C. civ., permite analize distincte cu privire la formarea, respectiv la conținutul contractului; ea dispensează judecătorul de realizarea unor verificări laborioase cu privire la calificarea exactă a unui document/a unei reacții ca fiind ofertă/contraofertă/acceptare, pentru formarea contractului fiind suficientă constatarea acordului cu privire la aspectele esențiale ale operațiunii. De asemenea, ea ține cont în mod adecvat de faptul că părțile contractante - profesioniști în domeniul economic, iar nu în domeniul dreptului - ignoră frecvent conținutul clauzelor standard, atât ale lor, dar mai ales ale partenerilor, și se concentrează pe aspectele esențiale ale operațiunii.

Deși soluția tehnică prezintă și o serie de inconveniente, acestea nu sunt atât de grave încât să submineze impactul practic al acestui text; formalismul clasic în ceea ce privește formarea și conținutul contractului a fost înlocuit cu o perspectivă mai rezonabilă din perspectiva „acordului de voință”, mai practică și mai adaptată așteptărilor profesioniștilor și realităților lumii afacerilor. Reforma merită salutăată.

STUDIUL DREPTULUI ÎN ȘCOLILE ROMEI
ANTICE

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.24
Data publicării online: 16.03.2021

Cristina POP*

Rezumat: Întrucât singurele reguli de natură juridică ce erau cunoscute în regalitatea romană constau în arhaicul *fas*, educația romană din monarhie a fost una care se potrivea unor oameni tradiționali, inspirând tinerilor respectul pentru obiceiurile strămoșilor. Mai mult, deoarece civilizația romană nu s-a dezvoltat autonom, ea a asimilat structurile și tehnicile elenistice, mult mai evolute. Prin urmare, sistemul de învățământ juridic roman s-a bazat pe gândirea greacă și, sub anumite aspecte, a fost creat din dorința cetățenilor de a avea o educație în drept. Dacă la începutul Republicii observăm un sistem informal de educație juridică, odată cu începutul Imperiului, acest domeniu s-a schimbat treptat, găsind o formă finală în Dominat.

Cuvinte cheie: drept roman, jurisconsult, jurisprudentia, educație juridică, școli de drept.

* Asist. dr. Cristina Pop, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, cristina.pop@law.ubbcluj.ro.

LEGAL EDUCATION IN ANCIENT ROME'S SCHOOLS

Abstract: As the only legal rules known in the Roman Kingdom were the archaic *fas*, Roman education from monarchy was an education suitable for traditional people, instilling in youth the respect for the customs of the ancestors. Moreover, because Roman civilization did not develop autonomously, it *assimilated* the structures and techniques of the much more evolved Hellenistic one. Therefore, Roman legal education system was based on the Greek thinking and, under certain aspects, it was created from the desire of citizens to have a Law education. If at the beginning of the Republic we observe an informal legal education system, with the beginning of the Empire, this field changed gradually, finding a final form in the Dominate.

Keywords: Roman Law, jurisconsult, *jurisprudencia*, legal education, law schools.

Roma Antică, binecunoscută lumii întregi ca model de civilizație creatoare a mari personalități politice, militare, literare, istorice, dar nu numai, a fost cea care a furnizat și științei dreptului prestigioși gânditori și practicieni. Astfel, în paginile care urmează ne propunem să analizăm etapele pe care societatea romană le-a parcurs în cadrul arealului educațional juridic, cu scopul de a demonstra că, atât în perioadele în care nu existau școli specializate în domeniu, cât și în cele în care aceste instituții au luat amploare, perseverența romană a scos în prim-plan caractere care și-au pus definitiv amprenta asupra întregului sistem de drept. Totodată, considerăm că odată cu centralizarea învățământului juridic și cu înființarea acestui tip de instituții în întregul Imperiu Roman, model perpetuat de-a lungul istoriei până în prezent, s-au pus bazele unei reale revoluții în drept fără de care evoluția acestei materii ar fi fost mult mai anevoioasă.

Începându-ne excursul cu o caracterizare de ansamblu a educației romane antice, punctăm faptul că modalitatea de învățământ oferită tinerilor

în monarhie a fost una potrivită unui popor cu adânci trăsături rurale, tradiționale, ce insufla respect pentru obiceiurile strămoșilor (*mos maiorum*). Cum de-a lungul timpului civilizația romană nu s-a dezvoltat autonom, ea a asimilat, începând cu sec. II î.Hr., structurile și tehnicile civilizației elene, mult mai evoluată cultural. Astfel, a doua jumătate a Republicii va cunoaște un sistem elementar și practic de învățare a Dreptului, prin care ucenicul lua contact direct cu munca maestrului său. Ulterior, avându-l ca exemplu pe Cicero, instrucțiunile primite de către studenți s-au transformat într-o expunere teoretică sistematizată din partea profesorului. Dreptul Roman a fost astfel promovată la rangul unei discipline științifice, însă adevăratele școli în domeniul juridic s-au înființat progresiv-în Principat-și au preluat un caracter oficial odată cu urcarea pe tron a lui Dioclețian. În același timp, educația juridică și-a dobândit instrumentele definitive prin alcătuirea unor tratate elementare, cum ar fi Instituțiile lui Gaius, manuale de procedură, comentarii și culegeri sistematice de jurisprudență, totul culminând cu reforma din învățământ a împăratului Iustinian.

Ius civile, ca vector juridic roman, a avut o existență continuă și o dezvoltare concomitentă cu cea a societății pentru mai mult de un mileniu. Datorită longevității și perenității lui, ne permitem să încadrăm Dreptul Roman printre sistemele juridice antice care pot prezenta într-o lumină limpede modalitatea de instruire a celor care s-au angajat în studierea unui domeniu atât de vast. Furnizând lumii acest dar neprețuit al unei gândiri juridice mature și îndrumându-ne spre decantarea caracteristicilor adevăratei naturii a dreptului¹, materia pe care o studiem reprezintă un exemplu de urmat pentru multe sisteme juridice contemporane. În alt plan, experiența didactică ne-a pus față în față cu necunoașterea de către studenți a faptului că

¹ Augustus Henry Frazer Lefroy, *Rome and To-day*, în *Harvard Law Review* nr. 20, 1907, p. 606.

personalitățile marcante republicane nu aveau în spate studii în acest domeniu, neexistând în acea epocă nici măcar ideea de a înființa școli de Drept. Cumulând motivele enunțate mai sus, considerăm că deținem suficiente resorturi pentru a dezvolta, în cele ce urmează, titlul articolului de față.

Chiar dacă pentru o lungă perioadă de la înființarea Cetății Eterne romanii nu au conceput necesitatea studierii chestiunilor de natură legală, în timp, educația juridică a ocupat la Roma o poziție distinctă în dezvoltarea societății. Vom observa cum, de la rigorismul și caracterul secret al regulilor juridice existente în Regalitate și de la inexistența școlilor de Drept în Republică, se va ajunge chiar la implicarea autorităților în înființarea instituțiilor de acest tip, în Imperiu. Faptul se motivează prin aceea că, științific vorbind, Dreptul Roman s-a elaborat și extins semnificativ, comparativ cu oricare alt sistem juridic contemporan lui. În același timp, este datoria noastră să amintim că romanii au reușit să se dezvolte într-un cadru benefic și fără existența unui ansamblu instituționalizat de educație juridică, exemplul fiind întregul parcurs de la Romulus până la Iulius Caesar².

După cum am dezvoltat într-un articol anterior³, în perioadele de început ale Romei, dreptul și religia erau considerate ca inextricabile, iar aceleași persoane administrau și aplicau atât chestiunile de natură juridică, cât și pe cele religioase. Putem astfel afirma, în sens larg, că știința Dreptului Roman își are originile în activitatea colegiului preoților (*pontifices/sacerdotes publici*), deoarece acesta avea ca rol acordarea de sfaturi juridice, dar și soluționarea conflictelor dintre cetățeni, în timpul Romei regale și la

² Andrew Riggsby, *Roman Legal Education*, în *A Companion to Ancient Education*, Editor W. Martin Bloomer, John Wiley & Sons, Inc., 2015, p. 444.

³ Cristina Pop, *Unele aspecte ale desprinderii juridicului de sub tutela sacrului în dreptul roman*, în *Studia Iurisprudentia*, nr. 2/ 2014, p. 117-128.

începutul Republicii⁴. Pontifii făceau parte din cea mai înaltă clasă socială și politică a comunității, prin naștere obținând statutul de patricieni; în același timp, spre deosebire de majoritatea populației romane, ei dețineau un statut economic privilegiat. Pe scurt, erau persoane bogate, patrioți de spiță aristocratică, capabili să își asume datoriile sociale și politice importante. Credincioși tradițiilor pontificale, sacerdoții erau considerați gardieni ai legilor, reprezentând cei dintâi „avocați” ai dreptului sacramental.

Lecturându-l pe Titus Livius înțelegem care a fost cauza din spatele inexistenței ideii de a înființa școli în care să se predea Dreptul: preoții Regalității ascundeau de oamenii din popor regulile aplicabile domeniului juridic, acestea fiind cunoscute doar în cercul lor restrâns⁵. Mai mult, formulele sacre de judecată erau transmise doar anumitor persoane, pe care sacerdoții le considerau demne de a le urma în funcție⁶. Ca o concluzie, poporul roman depindea, în monarhie, de activitatea sacerdoților pentru implementarea oricărei chestiuni legale sau pentru rezolvarea plângerilor de natură juridică⁷.

Înaintând în timp, considerăm că debutul cunoașterii la scară largă a Dreptului la Roma își are bazele în apariția Legii celor XII Table (449 î. Hr.). Totuși, în ciuda implementării primului cod de legi scrise, pentru a-și proteja privilegiile, preoții au continuat, o perioadă, să se considere unici protectori

⁴ Alte atribuții deținute de către acești pontifi au fost: medierea relațiilor dintre cetățeni și zei, efectuarea ceremonialurilor religioase, pregătirea celor care se dedicau vieții sacerdotale, supravegherea formalităților de înmormântare, a regulilor aplicabile în timp de război și a regulilor aplicabile în temple.

⁵ Titus Livius, *Ab Urbe condita*, 4.3.9.

⁶ Bernard Mineo, *A companion to Livy*, John Wiley&Sons, New Jersey, 2015, p. 361 *apud* Ahmet Karakocali, *Changes in Roman Legal Education*, în *The Online Journal of New Horizons in Education*, vol. 6, 2016, p. 43.

⁷ Ahmet Karakocali, *op.cit.*, p. 42-43.

ai Dreptului⁸. Astfel, în momentul în care *ius* s-a desprins de *fas* nu au încetat să activeze și în domeniul dreptului secular⁹ și adeseori, prin deciziile pe care le-au luat, preoții au jucat un rol important, atât pe timp de pace cât și pe timp de război. Deoarece dezvoltarea societății devenise incompatibilă cu sistemul juridic încorsetat, iar plebeii obțineau tot mai multe privilegii de natură politică, socială și economică, acest tip de jurisprudență pontificală, o știință secretă în regalitate și la începutul erei republicane, a devenit publică la sfârșitul secolului IV î.Hr. (~304 î. Hr.). Gnaeus Flavius, fiul unui libert, devenit secretarul lui Appius Claudius Caecus este cel care, alături de alte detalii de natură juridică, le-a făcut cunoscute și pe cele referitoare la procedura de judecată existentă în acel timp (*legis actiones*)¹⁰. Cu toate acestea, tradiția semnalează faptul că Appius Claudius ar fi fost mintea din spatele întregii acțiuni, însă s-a folosit de ucenicul său în acest sens¹¹. Ca o consecință, cunoștințele despre ceremoniile religioase și formalitățile necesare derulării unui proces au ajuns accesibile tuturor, putându-se pune, în următoarele secole, bazele unui sistem centralizat de instruire în sfera legală.

Cronologic, o altă figură importantă pentru tema lucrării de față este Tiberius Coruncanius (consul în anul 280 î.Hr.) și primul pontif plebeu (*primus profiteri coepit*)¹², considerat a fi cel dintâi „profesor” de Drept¹³. Atribuirea acestei titlaturi se datorează faptului că s-a arătat dispus să răspundă, public, tuturor întrebărilor adresate de către cetățenii doritori să

⁸ Clyde Pharr, *Roman Legal Education*, în *The Classical Journal*, Vol. 34, Nr. 5, 1939, p. 258.

⁹ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Republican Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1954, p. 100-101.

¹⁰ Clyde Pharr, *op.cit.*, p. 259.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cicero, *Pro Plancio*, 8.

¹³ Pomponius, D. 1.2.2.35, 38.

cunoască Dreptul¹⁴. Aceeași informație o avem și de la Pomponius, care ne relatează faptul că primul cetățean roman care a profesat în domeniul juridic a fost Coruncanus¹⁵, alături de P. Aelius Paetus Catus și P. Acilius¹⁶. O altă sursă care să întărească cele cunoscute despre Coruncanus este Cicero: marele orator ne expune despre același personaj că ar fi fost primul care a oferit consultații juridice publice¹⁷. Faptul că acești jurisconșulți nu se îndeletniceau cu predatul, în adevăratul sens al cuvântului, ne demonstrează tot Cicero, scriind despre Q. Scaevola că obișnuia să permită numai anumitor persoane să asiste la consultațiile oferite clienților săi¹⁸. Sub aspect istoric, putem numi acest moment leagănul jurisprudenței romane ca știință, autoritatea și contribuția lui Cornicanus fiind inestimabilă în domeniu.

Ulterior, influența literaturii grecești și, în particular, metodele științifice utilizate de școlile de filozofie au conturat ideea de a da dreptului scris o formă organizată, „artistică”¹⁹. Astfel, Cato cel Bătrân (234-149 î.Hr.) a fost cel dintâi care a inițiat aranjarea unui număr de patru legi într-o ordine sistematică, însă finalizarea acestei munci a aparținut lui Quintus Mucius Scaevola (140-82 î.Hr.) care, în anul 100 î. Hr., a împărțit și clasificat dreptul pozitiv după subiectele pe care le tratau reglementările legale existente în acea perioadă²⁰. Așadar, pentru prima dată în istoria Dreptului Roman, această știință îmbrăca o formă. Munca de pionerat a celor doi a ușurat considerabil

¹⁴ Charles Phineas Sherman, *Study of Law in Roman Law Schools*, în *Yale Law Journal, Faculty Scholarship Series*, 1908, p. 500.

¹⁵ Pentru o biografie completă a acestei personalități:

<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0104:entry=ti-coruncanus-bio-1>, accesat la data de 20.08.2020.

¹⁶ Pomponius, D. 1.2.2.38.

¹⁷ Andrew Riggsby, *op.cit.*, p. 445.

¹⁸ Cicero, *Brutus*, 80.306.

¹⁹ Charles Phineas Sherman, *op.cit.*

²⁰ *Ibidem*.

modalitatea de abordare a acestui domeniu de către practicienii ei²¹. Dacă în timpul ultimelor două secole ale Republicii emiterea unei opinii juridice era o caracteristică a instituției patronatului, tot în acest context istoric se conturează un mic și foarte bine definit cerc al elitei romane, ce reprezenta autoritatea în domeniu: jurisconsultii răspundeau întrebărilor adresate de către prieteni, clienți și inclusiv de către cetățeni din public. Astfel, romanii au cunoscut, pentru întâia oară în existența lor, o categorie de persoane care se ocupa cu studierea îndelungată și cu analiza problemelor juridice, motiv ce a dus la transformarea Dreptului într-o știință precisă, detaliată și tehnică²².

Printre cei care au contribuit la crearea științei Dreptului încă din timpul Republicii romane este și Publius Rutiliu Rufus (158-78 î. Hr.). Cunoscut ca un mare avocat, a fost totodată și un adevărat autodidact în acest domeniu. Știm despre el că era foarte căutat de către clienți, iar dorința lui de a învăța, integritatea profesională și etica înaltă au cucerit admirația cetățenilor. Cicero îl descrie ca un model de inocență nepătată, iar Velleius Paterculus menționează că Rufus a fost o persoană extraordinară, nu doar dintre cei de vârsta sa, ci dintre toți oamenii pe care îi cunoștea²³.

De mare ajutor pentru perioada Republicii și pentru a demonstra faptul că nici în acele timpuri nu existau școli de Drept este însăși personalitatea bine-cunoscutului Cicero (106-43 î. Hr.). Profesia lui nu era aceea a unui jurist, în sensul înțeles astăzi, ci a unui adevărat orator republican. Cu toate acestea, a arătat un interes puternic față de știința

²¹ Îndatoririle lor erau acelea de a răspunde întrebărilor cu caracter juridic (*respondere*), de a reprezenta clienții în instanță (*agere*) și de a redacta acte de procedură (*cavere*). Pentru detalii a se vedea Pop Cristina, *Câteva considerații privind accesul la justiție în Dreptul Roman*, Revista de Științe Juridice nr.1/ 2019, p. 261-274.

²² John Anthony Crook, *Law and Life of Rome*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1967, p. 88 *apud* Ahmet Karakocali, *op.cit.*, p. 43.

²³ Anton Hermann Chroust, *op.cit.*, p. 141.

Dreptului, privind-o ca pe o componentă obligatorie a cunoștințelor deținute de orice bărbat din elita romană (*carmen necessarium*). Cicero mărturisește²⁴ că a învățat pe de rost conținutul Legii celor XII Table, ca pe un exercițiu patriotic, iar nu ca o obligație juridică, practică devenită desuetă câțiva ani mai târziu. Tot în lucrările lui descoperim menționat un anume Mucius, *pontifex*, care deși nu predă, modalitatea lui de a emite consultații juridice a trezit interesul unor personaje din elita societății spre a deprinde cunoștințe în acest domeniu²⁵.

Completând lista personalităților romane care s-au îndeletnicit cu scrierea și sistematizarea normelor juridice, îl amintim în anul 39 î. Hr. pe jurisconsultul Alfenus Varus care a publicat un studiu în domeniul juridic ce putea fi ușor utilizat de către cei interesați de descifrarea și înțelegerea acestui domeniu²⁶. Până în acest punct al dezvoltării societății romane, observăm că în nicio sursă istorică nu se amintește de existența școlilor de Drept, în comparație cu cele de retorică.

După cum vom observa, spre deosebire de Imperiu, în perioada republicană nu se impunea deținerea unei diplome pentru a putea profesa în domeniul juridic; prin urmare, nu trebuiau urmate cursurile niciunei școli de drept sau entități organizate în acest sens. Elita respectivelor timpuri considera faptul că orice formă de predare sistematică și, în același timp, remunerată se situa sub demnitatea membrilor ei. În Republică, modalitatea de învățare a rămas aceeași ca cea din perioada pontifilor, fără a mai avea, însă, un caracter secret: observare, imitare și, apoi, asocierea cunoștințelor dobândite. În același timp, jurisconșulții republicani nu acordau foarte multă

²⁴ Cicero, *De Legibus*, 2.23.

²⁵ Cicero, *Brutus*, 306. Andrew Riggsby, op.cit., p. 445.

²⁶ John Hazel, *Who's who in the Roman World*, Routledge, London, 2001, p. 9 apud Ahmet Karakocali, op.cit., p. 44.

atenție problemelor de interpretare a definițiilor, de clasificare a noțiunilor și nici analizei sau întrebărilor din dreptul comparat sau istoriei juridice. Caracterizți prin pragmatism și din dorința lor de a vedea realitatea concretă, jurisconsultii au fost interesați numai de existența și aplicarea dreptului contemporan lor²⁷. În ceea ce îi privește pe *oratores*²⁸, unii dintre ei au mers atât de departe încât au respins orice studiu juridic, susținând că sunt suficiente, pentru a pleda, stilul oratoric și dicția, studiate în școlile epocii²⁹. Acești oratori acuzau faptul că Dreptul este o știință care nu inspiră, este nefolositoare și care nu ar duce decât la ruina talentelor retorice ale cuiva³⁰.

Ultimul secol al Romei republicane intervine cu modificări asupra metodei de predare, respectiv de dobândire a cunoștințelor juridice. Așadar, cine dorea să deprindă virtuozitatea în Drept și își permitea acest lucru din punct de vedere financiar, se alătura unui jurisconsult faimos pentru a studia această știință (*instituere*³¹), iar odată primit sub protecția profesorului, studentul locuia cu familia lui. În acest cadru învățăcelul lua parte la consultațiile pe care maestrul le dădea clienților și, de câteva ori pe săptămână, îl însoțea pe acesta la Forum, observându-i modul în care își realiza profesia (de cele mai multe ori, aceasta presupunea activarea doar în faza *in iure* a procesului³²). În acest mod, învățăcelul lua contact direct cu practica juridică, deprindea spiritul Dreptului Roman, modalitățile în care acesta putea fi aplicat și învăța arta de a soluționa cazuri concrete. Datorită

²⁷ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 128.

²⁸ Pentru o descrie mai detaliată a acestei profesii a se vedea Pop Cristina, op.cit.

²⁹ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 122.

³⁰ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Imperial Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1955, p. 571.

³¹ Pomponius, D.1.2.2.47.

³² Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 598.

contextului în care se desfășura, considerăm modalitatea de studiu ca fiind una esențialmente aristocrată³³, iar printre jurisconșulții care procedau astfel Pomponius îi amintește pe Aquilius Gallus și Balbus Lucilius³⁴. Din nefericire, această metodă de predare a fost amenințată, apoi abolită de noile idei pedagogice importate din Grecia. Gândirea elenă, conform căreia o persoană trebuie să studieze în cadrul unui program uniformizat, și-a făcut repede intrarea la Roma și, bineînțeles, a afectat în sens negativ clasa oratorilor. Alături de A. H. Chroust considerăm că punctul de turnură în istoria educației juridice la Roma l-a reprezentat momentul oferirii cetățeniei romane, de către Iulius Caesar, tuturor profesorilor greci de gramatică și de retorică, prin aceasta ei primind recunoaștere oficială³⁵. În acest sens, marele Horațiu remarcă faptul că cei care fuseseră odată captivi, grecii, și-au cucerit propriii stăpâni prin introducerea artei în rustica Latium³⁶.

Ca o consecință directă a inexistenței școlilor în care să se predea Dreptul, în această perioadă a Romei Antice nu sunt cunoscute nici cărți cu conținut juridic, primate strict ca manuale. Urmele de informații deținute referitoare la literatura republicană romană ne sugerează existența anumitor lucrări care aveau un caracter mai mult general și introductiv. Îndeletnicirea de a preda Dreptul rămânea, în Republică, una a persoanelor cu un statut social inferior, cu toate că domeniul juridic devenise printre puținele areale care puteau fi accesibile tuturor cetățenilor liberi³⁷. Chiar dacă finalul Republicii a furnizat o știință a Dreptului ce putea fi pusă în practică,

³³ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Republican Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1954, p. 113-114.

³⁴ Pomponius, D.1.2.2.42.

³⁵ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Imperial Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1955, p. 599.

³⁶ Horațiu, *Satire și Scrisori*, 2.1.156.

³⁷ Andrew Riggsby, op.cit., p. 446.

reamintim că aceasta nu era o materie învățată într-o anumită instituție, fiindcă predarea Dreptului nu devenise atractivă pentru oratorii și avocații romani. După cum am mai spus, această profesie se învăța prin observare și asociere, mai ales datorită faptului că răspunsurile jurisconsultilor erau date, de cele mai multe ori, în public³⁸.

În Principat, s-a făcut simțită încercarea de a specializa și de a dobândi autonomia domeniului juridic față de politică, retorică și față de alte domenii. În același timp, printre juriști au apărut și cei din clase sociale mai puțin favorabile, chiar dacă majoritatea încă făcea parte din elita societății. În această perioadă, înființarea școlilor în domeniu a fost influențată și de interesul principelui de a deține controlul în acest areal. Astfel, începând cu domnia lui Augustus anumiți jurisconșulți au primit dreptul de a oferi răspunsuri juridice în public și, prin urmare, s-a stabilit recunoașterea oficială a științei dreptului ca distinctă și prețuită. În timp, opunându-se tiraniei militare și întregii birocrății care luase naștere odată cu înființarea Principatului, dar mai ales centralizării și monopolizării domeniului legal de către puterea imperială, jurisconșulții au refuzat să mai ofere acele *responsa*. Ca o consecință, și-au îndreptat atenția spre scrierea și predarea Dreptului³⁹: o parte dintre jurisconșulți nu se limitau numai la emite răspunsuri juridice, însă se și prezentau pe ei înșiși ca profesori de Drept, iar așa cum ne specifică Aulus Gellius⁴⁰, în birourile lor s-au iscat controverse în ceea ce privește învățarea procedurii civile în public. Considerăm validarea oficială a

³⁸ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Republican Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1954, p. 108.

³⁹ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Imperial Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1955, p. 541.

⁴⁰ Aulus Gellius, *Nopti Atice*, 13.13.1.

precicienilor în Drept ca fiind un prim mare apor adus de conducerea Principatului în dezvoltarea științei, ca atare.

O a doua mare contribuție pe care a avut o implicarea autorităților centrale în chestiunile juridice o reprezintă angajarea jurisconsulților în funcții publice. Un dezavantaj al acestei duble investiții a fost acela că timpul dedicat „carierii universitare” se limita: dacă despre Labeo se spune că ar fi predat numai câte șase luni în fiecare an, tocmai pentru a avea suficient răgaz pentru a așterne în scris cugetările sale cu privire la problematicile de natură juridică pe care le ridica profesia aleasă, perioada scurtă pe care o ofereau predatului jurisconsulți ca Salvius Julianus, Papinian, Ulpian, Paul, Modestin se motivează prin faptul că aceștia erau reținuți foarte mult de obligațiile funcțiilor publice pe care le ocupau⁴¹.

Mai mult, odată cu Vespasian (69-79) experții juridici angajați ai Statului erau remunerați, iar cei mai importanți dintre ei au primit chiar funcția de consul⁴². Tot în timpul domniei acestui împărat s-a impus cerința ca personalul administrației publice să fie format din cetățeni cu studii în domeniul în care funcționau, practica fiind implementată definitiv de către împăratul Hadrian (117-138). Pozițiile cheie în administrația imperială, în birouri, în cancelarii și în provincii erau frecvent deținute de către avocați care studiaseră Dreptul. În același timp, pentru a ocupa acest statut, respectivul cetățean trebuia să demonstreze că anterior fusese un jurist cu un bagaj profesional bogat; altfel spus, el trebuia să arate că era un om care cunoștea regulile juridice și, prin calificarea sa, își permitea să profeseze în cele mai înalte posturi ale Statului⁴³. Necesitatea obținerii unei diplome pentru a

⁴¹ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 603.

⁴² Andrew Riggsby, op.cit., p. 446.

⁴³ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 529-530.

accede în funcțiile de guvernământ, a avut consecințe dezastruoase pentru vechii oratori care, nedeținând acest titlu, nu mai puteau profesa⁴⁴. Însă, poate chiar mai mult decât retorica, Dreptul a oferit tinerilor romani cariere profitabile.

Cum mai sus am amintit despre munca de pionerat a lui Cato și al lui Scaevola din ultimul secol al Republicii, adăugăm că, în paralel cu dezvoltarea modalității de sistematizare a legilor, și-au făcut apariția la Roma primele școli private de Drept. Astfel, orice jurisconsult (*magister juris*) care își permitea să reunească un număr de studenți, nu era oprit de lege din a le preda acestora cunoștințele deținute. Deoarece această practică nu a fost restricționată aproximativ 300 de ani, perioada despre care vorbim o putem considera ca epoca de aur a jurisprudenței clasice romane⁴⁵.

Din perspectivă istorică, încă de la începutul Imperiului s-au pus bazele a două școli de Drept, rivale prin opiniile pe care le abordau, care au dominat societatea romană până în epoca lui Marcus Aurelius (169-177)⁴⁶: școala Sabiniană și cea Proculiană. Anumiți autori consideră că originea înființării acestor școli a stat chiar în acordarea, de către Augustus, a privilegiului *ius publice respondendi*⁴⁷. Adiacent, amintim că influența lui Cassius, discipolul lui Sabinus, îl determină pe Plinius cel Tânăr⁴⁸ să facă referire la existența unei forme organizate de învățământ juridic, aducând aminte de școala Sabiniană sub denumirea de Cassiană. Gaius însuși

⁴⁴ *Idem*, p. 572-573.

⁴⁵ Charles Phineas Sherman, op.cit., p. 501.

⁴⁶ Edwin Charles Clark, *Roman Private Law*, Biblo & Tannen Booksellers & Publishers, Incorporated, Madison, 1965, p.128.

⁴⁷ Pomponius, D. 1.2.2.49. În perioada lui Tiberius, această regulă nu și-a mai găsit aplicabilitate, odată cu acordarea aceluiasi privilegiu către Masurius Sabinus, avocat ce făcea parte dintr-o pătură socială inferioară.

⁴⁸ Plinius cel Tânăr, *Scrisori*, 7.24.8.

amintește că este adeptul acestei școli. El nu folosește niciuna dintre aceste denumiri, însă menționează cele două mari personalități care i-au trecut pragul, Sabinus și Cassius. Găsind în Gaius titulatura de *praeceptores* pentru cei doi jurisconșulți, nu ne putem îndoi de faptul că în perioada de început a Imperiului a existat un sistem educațional juridic instituționalizat⁴⁹. Despre viața lui Masurius Sabinus nu se cunosc detalii, cu excepția faptului că împăratul Tiberius l-a recunoscut ca jurisconsult, devenind primul cetățean ce nu fusese senator și obținuse această distincție⁵⁰. Sabinus, care potrivit lui Pomponius l-a sprijinit pe acesta în emiterea de opinii juridice⁵¹, a fost primul care a înființat o adevărată școală de Drept, *secta Sabinianorum*⁵². În acest sens, el a adoptat metoda de predare sistematizată, obicei care era foarte răspândit în școlile de filozofie din Grecia⁵³. Așadar, aceste școli au fost organizate sub forma unor societăți, în cadrul cărora studenții erau membrii, iar profesorul era conducătorul sau președintele (*magister, antecessor, professor*). Pentru derularea studiilor, elevii achitau celui din urmă o anumită taxă, Sabinus fiind unul dintre cei care obișnuiau să uziteze de această practică, motivată pe starea financiară precară a maestrului⁵⁴. Pe de altă parte, Ulpian însuși punctează faptul că este sub demnitatea unui jurist să ceară compensație pentru munca sa ca profesor, chiar dacă i se pare onorabilă o remunerație oferită ca donație de către un student. Acesta considera știința dreptului ca fiind o materie sacră, ce nu putea fi comparată cu un bun pus la

⁴⁹ Andrew Riggsby, op.cit., p. 447-448.

⁵⁰ Clyde Pharr, op.cit., p. 261.

⁵¹ Pomponius, D. 1.2.2.50.

⁵² Ahmet Karakocali, op.cit., p. 44.

⁵³ Charles Phineas Sherman, op.cit., p. 502.

⁵⁴ Pomponius, D. 1.2.2.50.

vânzare pentru un anume preț⁵⁵. Ca o dovadă în plus a faptului că Masurius Sabinus a fost într-adevăr un profesor de Drept reiese și din faptul că a redactat pentru studenții săi un manual numit *Libri Tres Iuris Civilis*, care a rămas un element de bază din curricula acelei școli, până domnia lui Hadrian sau poate chiar mai târziu⁵⁶.

Cele două instituții private au fost mai mult decât școli în care se predă gândire juridică, opinii sau doctrină. Ele erau organizații educaționale în care știința se transmitea și se studia într-o manieră sistematizată, de către un personal calificat. Acest lucru reiese din faptul că școlile erau numite *scholae*, iar profesorii sau membrii purtau denumirea de *praeceptores*⁵⁷, așa cum am precizat mai sus. Ca model organizatoric au fost școlile grecești de filozofie cum sunt Academia Platoniană, Școala Epicuriana și Peripatusul Aristotelian. Un alt motiv pentru care considerăm că cele două instituții îmbinau predarea cunoștințelor cu pedagogia ar fi acela că le întâlnim și sub titulatura de *stationes ius publice docentium aut respondentium*⁵⁸. Cu toate acestea, se pare că locul unde se desfășurau cursurile nu era unul stabil, cel puțin în primul secol al erei noastre. Așadar, oricare dintre profesori putea să predea în propria sa casă sau în anumite încăperi potrivite acestui scop, chiar într-un templu⁵⁹. Înființarea celor două școli permitea tinerilor romani să fie prezenți la „cursuri” ca ascultători (*auditores*) și să observe modul în care jurisconșulții își conduceau munca juridică⁶⁰.

⁵⁵ Ulpian, D. 50.13.1.5.

⁵⁶ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 604.

⁵⁷ *Idem*, p. 601.

⁵⁸ Aulus Gellius, op.cit.

⁵⁹ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 601-602.

⁶⁰ Charles Phineas Sherman, op.cit., p. 501.

În ceea ce privește diferențele conceptuale, în linii mari, ele au fost acelea că sabinienii înclinau spre a oferi continuitate regulilor tradiționale ale formalismului roman, în timp ce proculienii preferau să vadă Dreptul Roman între o lumină progresivă. Interesant de punctat este că atât Capito, cât și Labeo, fondatorii oficiali ai celor două *scholae*, au emis păreri juridice bazându-se pe forma tradițională a Dreptului Roman, cea din timpul Republicii, doar ulterior părerile lor luând căi distincte în ceea ce privește soluționarea spețelor. Deosebiri de opinie dintre ele au durat până în timpul lui Hadrian⁶¹ când, datorită reputației și influenței ilustrului Iulian, conducătorul școlii sabiniene de atunci, „totul a devenit sabinian, iar proculianii au dispărut”⁶².

Pomponius remarcă o asemănare interesantă referitoare la transmiterea calității de profesor de la un jurisconsult la altul: se utiliza termenul *succedit*⁶³ pentru a-i enumera pe conducătorii școlilor sabiniană și proculiană, fapt ce nu era întâlnit și în înșiruirea juriștilor republicani.

Dacă la finele Republicii, profesorii de Drept se foloseau doar de instrucțiuni practice pentru a preda, în timpul Imperiului acestea au fost înlocuite cu sistematizarea noțiunilor în cadrul așa-numitor manuale *Institutiones*. Cea mai cunoscută dintre ele este Instituțiile lui Gaius, în domeniul dreptului privat și care a supraviețuit aproape intactă până în zilele noastre. Tot aici amintim o lucrare a lui Florentinus, cu același titlu, ce exista la începutul Imperiului. Alături de aceste lucrări cu caracter educațional, Dreptul Roman a mai cunoscut: *Septem libri de iure civili* a lui Iunius

⁶¹ Edwin Charles Clark, op.cit., p. 128.

⁶² Edwin Charles Clark, op.cit., p.107-129. Karlowa, *Rom. Rechtsgeschichte*, I, p. 709 apud Charles Phineas Sherman, op.cit., p. 502.

⁶³ Pomponius, D. 1.2.2.51.

Brutus⁶⁴ și lucrarea lui Masurius Sabinus, în prima jumătate a primului secol; lucrarea lui Pomponius, care tratează istoria instituțiilor juridice și a personalităților din domeniu, la mijlocul sec. II d. Hr.; o varietate de colecții despre reguli și definiții juridice, cea mai veche datând în jurul anului 100. Mai mult, există mențiuni despre jurisconsulți care au redactat manuale numite Instituții și în sec. III d.Hr.⁶⁵.

Spre deosebire de faza incipientă a Imperiului, la sfârșitul celui de al doilea secol al erei creștine, la Roma existau mai multe locuri stabilite unde se putea studia Dreptul⁶⁶. Ulterior, acest tip de școli s-a răspândit în întregul areal roman: la începutul sec. III, o școală de Drept a fost creată la Berytus (modernul Beirut) în Siria, în care Ulpian a fost profesor⁶⁷. Acea școală a rivalizat cu cele din Roma și din Constantinopol, înființată în sec. IV. Sub multe aspecte, unul dintre cele mai importante orașe-stat feniciene⁶⁸ din timpul Imperiului Roman a fost Berytus, iar în ceea ce privește învățământul superior, acest oraș a devenit gazda uneia dintre cele mai faimoase școli de Drept Roman. Fondată probabil de către Septimius Sever⁶⁹, spre mijlocul celui de al treilea secol după Hristos și având ca profesori renumiți pe

⁶⁴ Cicero, *De Oratore*, 2.32.142, 2.55.224.

⁶⁵ Andrew Riggsby, op.cit., p. 447. Printre jurisconsulții care și-au dedicat timpul și muncii academice îi enumerăm pe Papirius Justus, Callistratus, Paulus, Marcian, Florentinus, Gaius, Paulus, Ulpian.

⁶⁶ Aulus Gellius, *Noapți Atice*, 13.10.13.

⁶⁷ Henry John Roby, *Introduction to the Study of Justinian's Digest*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 107-110.

⁶⁸ Fenicia este recunoscută ca fiind leagănul originii alfabetului, din care grecii, iar apoi romanii s-au inspirat. Această moștenire filologică poate fi explicația pentru care romanii au acceptat, apoi au promovat orașul Berytus ca loc pentru una dintre cele mai vechi școli de Drept. <http://www.duhaiame.org/LawMuseum/LawArticle-1538/250-The-First-Law-School.aspx> accesat la data de 21.07.2020.

⁶⁹ Fay-Cooper Cole, Harris Gaylord Warren, *An illustrated History of Mankind*, vol.1, ed. Grolier, New York, 1965, p. 41. Această școală de Drept apare în documentele istorice încă înainte de 250 d.Hr., profesorii de aici fiind numiți *iuris professio*.

Papinian și pe studentul acestuia, Ulpian, ambii nativi în Fenicia, datorită succesului așezământului a primit denumiri ca *Beritus Nutris Legum* (Beirut, mamă a Dreptului), orașul dreptului (Nonnus) și moașa oricărui drept (Iustinian)⁷⁰. Această școală și-a arătat eficiența în ultima etapă de dezvoltare a filozofiei și dreptului în Imperiu, datorită faptului că în acea perioadă societatea romană a fost puternic influențată de cultura răsăriteană⁷¹. De asemenea, mijlocul sec. VI d.Hr. l-a furnizat ca profesor și pe Dorotheus, unul dintre cei mai importanți juriști din timpul lui Iustinian. Totodată, această instituție este cunoscută că a format avocați și magistrați pentru următoarele trei secole⁷². Educația juridică în facultate a durat, inițial, patru ani și presupunea studierea Dreptul Roman sub toate aspectele lui; apoi perioada de studiu a crescut la cinci ani, fiind consacrată printr-un decret al împăratului Anastasius (491-518), în anul 505⁷³. Din păcate, Berytus a fost complet distrus în timpul unui cutremur în anul 551. Ulterior, școala din acest oraș a fost transferată la Sidon, însă schimbarea locului nu a adus cu sine și un sol fertil pentru continuitatea vitalității și a prestigiului acestei forme de învățământ⁷⁴. Avocații care pledau în instanță aveau studii la Berytus, la Roma, ori la Constantinopol și, deoarece această profesie era foarte onorată în Imperiul Roman, numărul studenților creștea perpetuu. Auzind despre avantajele profesionale oferite celor care studiau Dreptul, mulți tineri greci s-

⁷⁰ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 607.

⁷¹ Averil Cameron, *The Cambridge Ancient History Empire and Successors, A.D. 425-600*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 254 apud Ahmet Karakocali, op.cit., p. 44.

⁷² George Rawlinson, *History of Phoenicia*, ed. Longmen, Green & Co., 1889 apud <http://www.duhaime.org/LawMuseum/LawArticle-1538/250-The-First-Law-School.aspx>.

⁷³ Cod. 2.7.22.4, 2.7.24.4. Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 608.

⁷⁴ <https://phoenicia.org/law.html> accesat la data de 21.07.2020.

au înscris la școala din Beirut, în ciuda obstacolului pe care îl reprezenta limba latină, barbară în opinia lor⁷⁵.

Chiar dacă s-a semnalat o oarecare ingerință a principelui, la începuturile Imperiului studiul Dreptului nu era o chestiune sprijinită în totalitate de conducerea romană. Odată cu venirea la domnie a lui Dioclețian (284-305), autoritățile imperiale s-au concentrat pe recunoașterea oficială a școlilor din Roma și Beirut, apoi a celor din Constantinopol, Alexandria și Cezareea⁷⁶, desființându școlile private de Drept⁷⁷.

Pe acest fond, începând cu anul 425 au apărut profesori de Drept angajați în toate facultățile amintite mai sus. Deși numărul lor era unul mic, acești profesori erau înconjurați de un număr mai mare de subalterni, iar despre cei din urmă avem cunoștință că au fost opriți prin decret imperial de a preda în public⁷⁸. De exemplu, dacă în anul înființării școlii de Drept de la Constantinopol (425)⁷⁹ se făcea referire numai la doi profesori de Drept, în 533 împăratul Iustinian amintește un număr de opt de astfel de cadre didactice: probabil patru în Beirut și patru în Constantinopol. Deși se cunoaște foarte puțin despre îndatoririle administrative pe care le dețineau profesorii în timpul Dominatului, avem dovada că în anul 425 împărații Theodosie al II-lea și Valentinian al III-lea au decretat că Leontius, un profesor de Drept de la școala din Constantinopol, să primească anumite titluri și ranguri imperiale⁸⁰. Mai mult, cadrele didactice erau scutite de orice tip de taxă și nu li se impuneau niciunul dintre acele servicii publice

⁷⁵ <https://www.britannica.com/topic/education> accesat la data de 21.08.2020.

⁷⁶ James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, ed. a II-a, [Lawbook Exchange](#), 2009, p. 400.

⁷⁷ Ahmet Karakocali, op.cit., p. 45.

⁷⁸ C. Th 14.9.3pr. Andrew Riggsby, op.cit., p. 449.

⁷⁹ C. Th. 14.9, Cod. 11.8.

⁸⁰ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 613.

împovorătoare din timpul Imperiului⁸¹. Din păcate, primele veacuri ale Dominatului nu au pus în lumină profesori de Drept prestigioși, așadar scrierile acestora - cu excepția meritelor lor academice - au avut o foarte mică influență din punct de vedere practic asupra dezvoltării științei dreptului⁸². Acest lucru însă nu se întâmplă și în timpul celui de-al V-lea secol, deoarece la Beirut și la Constantinopol și-au făcut apariția multe minți luminate. Astfel, putem enumera pe Erotius (care a fost parte în comisia Codului Theodosian), Cyrillus, Domnius, Demosthenes, Eudoxius, Patricius și Leontius, care sunt remarcați de nenumărate generații de avocați și jurisconșulți ca profesori faimoși. În timpul primei jumătăți a secolului șase, cei mai renumiți profesori de Drept de la Constantinopol au fost Theophilus, Thalelaeus, Dorotheus și Anatolius. Din nefericire, numele profesorilor de Drept care au predat în aceeași perioadă la Roma sunt necunoscute, cu excepția lui Floridus, care ar fi activat acolo⁸³.

În ceea ce privește latura pedagogică aplicată în școli, aceasta a înflorit sub toate aspectele ei academice. Studenții erau acum subiecți ai unui program intensiv de studiu, aveau o curriculă obligatorie, foarte bine organizată și care, la terminarea facultății, susțineau un examen final⁸⁴. Sub aspectul numărului învățăceilor care frecventau universitățile romane, nici acesta nu a scăpat de sub controlul autorităților, deoarece s-a impus și aici o *numerus clausus*⁸⁵. Totodată, taxele achitate pentru participarea la cursuri au fost stabilite de Stat⁸⁶ și, deoarece a fi profesor de drept reprezenta o *opera*

⁸¹ Cod. 10.53.6.

⁸² Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 605.

⁸³ *Idem*, p. 613-614.

⁸⁴ *Idem*, p. 607.

⁸⁵ Cod. 2.7.11, 17.

⁸⁶ Clyde Pharr, op.cit., p. 265.

liberalis, maestrul nu se putea întreprinde în instanță împotriva studentului care nu și-a achitat contravaloarea studiilor⁸⁷. Despre studenții din Constantinopol și, probabil, din Beirut și Roma știm că erau exceptați de la orice obligație publică până la vârsta de 25 de ani, când se considera că și-au finalizat studiile. Simultan, împărații au fost preocupați ca și elevii străini care frecventau cursurile școlilor imperiale să aibă o ținută decentă, să se îmbrace precum un roman, cu togă și sandale⁸⁸, iar tunsoarea să fie una adecvată, nacceptându-se purtarea părului lung⁸⁹. Mai mult, odată cu declararea creștinismului ca religie de stat, cel care dorea să profesese în domeniul juridic trebuia să demonstreze și faptul că era membru activ al respectivului cult⁹⁰. Cu referire la femei, acestea nu erau acceptate ca studente ale universităților imperiale⁹¹.

Pe fondul tulburărilor politico-administrative, școlile de Drept din Cezareea și din Alexandria au fost închise de către Iustinian în anul 533⁹², sub pretextul că acestea ar preda *doctrina adulterina*⁹³. În cealaltă parte a Imperiului, școala de Drept din Roma a supraviețuit invaziei ostrogoților, așa cum reiese din Ordonanță regală a lui Alaric: în acest act se face mențiune despre existența profesorului de Drept, printre alți profesori (*nec non et juris expositor*)⁹⁴. Când Iustinian a recucerit Italia în anul 554, el a continuat să finanțeze Universitatea de la Roma asemeni regilor ostrogoții⁹⁵, iar metodele

⁸⁷ Ulpian, D. 1.13.1.3.

⁸⁸ C. Th. 14.10.2.

⁸⁹ C. Th. 14.10.4.

⁹⁰ Cod. 1.4.15-17.

⁹¹ Ulpian, D. 1.15.

⁹² Const. Omnem 7.

⁹³ Anton Hermann Chroust, *op.cit.*, p. 608.

⁹⁴ Sheldon Amos, *The History and Principles of the Civil Law of Rome: An Aid to the Study of Scientific and Comparative Jurisprudence*, Kegan Paul, Trench & Co., London, 1883, p. 103 *apud* Charles Phineas Sherman, *op.cit.*, p. 504.

⁹⁵ Charles Phineas Sherman, *op.cit.*

de predare care urmau a fi aplicate erau similare celor implementate cu 20 de ani în urmă, în Estul Imperiului. Tot în sec. VI d.Hr. mai sunt menționate ca centre universitare Atena, Antiohia și Augustodorum. Ultimul oraș prezintă un interes particular deoarece acesta este cunoscut ca fiind un centru educațional prestigios, însă o școală de Drept este evidențiată numai într-un manuscris în comentariul la Gaius, descoperit în anul 1800. Ne putem imagina că asemenea școlii din Augustodorum ar fi putut exista și altele, mai mici, despre care însă nu avem nicio dovadă istorică⁹⁶.

Înainte de a discuta despre scopul și detaliile programelor de studiu anterior și după Iustinian, este interesant să amintim faptul că studenții purtau anumite apelative academice sau porecle, în funcție de anul în care învățau⁹⁷. Cei din anul întâi erau numiți - până la Iustinian - *dupondii*, iar în timpul domniei acestuia - *Iustiniani novi*; cei din anul doi purtau porecla de *edictales*⁹⁸, în timp ce anul trei de studiu îi avea ca actori principali pe *papinianiste*, nume împrumutat de la regele jurisconsultilor romani, Papinian. În ceea ce privește anii patru și cinci aceștia erau denumiți *lytae* (gr., cei care rezolvă probleme juridice)⁹⁹, respectiv *prolytae* (*lytae* avansați). Astfel, perioada de studiu în cadrul Facultății de Drept se concentra în trei ani petrecuți sub îndrumarea unui profesor și alți doi, în care studiul dobânda un caracter privat.

Despre prima parte a Imperiului știm foarte puțin în ceea ce privește curricula și metodele de predare. Din păcate, în acest sens, cele mai sigure dovezi datează din sec. VI d. Hr., perioadă în care se realizează cea mai intensă

⁹⁶ Andrew Riggsby, op.cit., p. 450.

⁹⁷ Const. Omnem 2, 4, 5.

⁹⁸ Purtau această denumire deoarece studiau Edictul perpetuu apărut în timpul lui Salvius Iulianus.

⁹⁹ <https://openjurist.org/law-dictionary/lytae>, accesat la data de 09.09.2020.

dezvoltare a învățământului juridic, după cum vom detalia mai jos. Revenind la sec. III d. Hr., un tânăr care aspira la profesia de avocat nu mai urma cursurile unei școli de retorică, asemeni perioadei republicane, deoarece toate cunoștințele necesare erau oferite de școlile de Drept. Astfel, el va intra într-un program sistematic și riguros de învățare, sub tutela unor profesori specializați în domeniu¹⁰⁰. Studiarea cu seriozitate a chestiunilor juridice era un pas sigur către cele mai influente poziții din conducerea Imperiului, fapt ce a determinat mulți tineri să urmeze cursurile școlilor de Drept. Așadar, cu trei secole înainte de Iustinian, neofiii în Drept își începeau studiul cu operele lui Gaius: învățau astfel despre proprietate, curatelă, testamente și succesiuni. De asemenea, este pomenită o lucrare anonimă, *Libri Singulares*, care ar fi avut rolul de manual pentru primul an de studiu, mai ales la Beirut¹⁰¹. În anii doi și trei ai cursurilor, studenții luau cunoștință cu Edictul pretorului și cu Comentariile lui Ulpian, urmate de studiul a 8 din cele 19 cărți din Răspunsurile lui Papinian. Viitorii juriști din anul patru se îndeletniceau cu Răspunsurile lui Paul, iar cei din anul cinci studiau constituțiile imperiale¹⁰². Avem, totodată, mărturii despre existența unor exerciții numite *controversia* care presupuneau ca studenții să se poziționeze de partea pârâtului, respectiv a reclamantului și pledau în favoarea celui pe care îl apărau, în contextul unui proces fictiv¹⁰³.

Așa cum observăm, până la Iustinian, materia predată de-a lungul perioadei de studiu este una foarte clară, în schimb, metodele pedagogice pe care le-au utilizat profesorii de Drept Roman nu sunt la fel de cunoscute astăzi. Ceea ce știm cu siguranță este că în anul patru studenții recitau pe de

¹⁰⁰ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 572.

¹⁰¹ *Idem*, p. 608.

¹⁰² Henry John Roby, op.cit., p. 27.

¹⁰³ Andrew Riggsby, op.cit., p. 448.

rost din Paul¹⁰⁴, în această etapă profesorii se retrăgându-se din predarea activă și făcând loc la ceea ce am numit mai sus personal auxiliar care ajută studenții în aprofundarea cunoștințelor. Anul 460 este decisiv pentru cei care doreau să profeseze în domeniul juridic deoarece împăratul Leo I (457-474) va institui ca obligatorie urmarea cursurilor unei facultăți, anterior accederii în avocatură și, mai mult, candidatul trebuie să dea un examen final în fața unei comisii specializate¹⁰⁵. Alăturat, s-a decis ca pe lângă cunoștințele în Drept aspirantul la avocatură trebuie examinat și din punct de vedere al caracterului, al *status*-ului și al experienței sale în serviciile publice¹⁰⁶. Absolventului i se cerea, de asemenea, să jure în fața profesorilor că va respecta cu strictețe regulile juridice și legile imperiale. Important de menționat este că această regulă se aplica numai în partea de Răsărit a Imperiului, Vestul preferând ca practicienii în Drept să provină din vechi oratori care, de multe ori, aveau nevoie de ajutorul jurisconsultilor în ceea ce privește instrucțiunile în domeniul juridic. În acest sens, un tânăr care își dorea să devină avocat putea urma cursurile școlii de Drept de la Roma, însă nefiind necesare, cei mai mulți preferau să studieze într-o școală de retorică. Alegerea respectivă a fost încurajată și de către Valentinian al III-lea, care în anul 442 a impus cerința unor studii sistematizate anterior accederii în profesia de avocat, însă pregătirea cerută de către împărat nu se referea la știința dreptului¹⁰⁷.

Aceasta fiind situația până în sec. VI d. Hr., reformele lui Iustinian au constat în faptul că învățăceii științei Dreptului trebuiau să studieze numai

¹⁰⁴ Const. Omnem 1.

¹⁰⁵ Cod. 2.7.11.2, 2.7.22.4, 2.7.24.2.

¹⁰⁶ Anton Hermann Chroust, op.cit., p. 574-575.

¹⁰⁷ *Idem.*, p. 573-574.

din cărțile impuse de el, deoarece cele apărute anterior deveniseră desuete¹⁰⁸. Mai mult, ordinea studierii materiilor era una prestabilită. Prin modificările din justiție ale lui Iustinian, candidații la o profesie juridică studiau întregul *Corpus Iuris* (după denumirea cunoscută astăzi), astfel: Instituțiile, Digestele și Codul. Prin urmare, în primii trei ani studenții erau inițiați în Instituții și în primele cinci părți din Digeste, iar următorii doi îi petreceau învățând restul Pandectelor și *Codex-ul*¹⁰⁹. Așadar, predarea acestei științe nu se mai realiza după dorința unui anumit profesor, iar candidații care doreau să ocupe un loc în tagma avocaților erau obligați, în continuare, să promoveze un examen public înainte de a li se acorda privilegiul de practician al Dreptului¹¹⁰.

Prin urmare, încă din primul an se începea cu citirea Instituțiilor, carte formată din patru părți, ceea ce oferea începătorului o privire de ansamblu asupra întregii științe a Dreptului. Pasul următor era acela de a studia Digestele, anume primele patru cărți care conțin chestiuni generale și introductive în materie: concepte fundamentale și definiții, originea Dreptului din punct de vedere istoric, tipuri și diviziuni ale acestuia, părțile esențiale din dreptul persoanelor, bunurile care cad asupra proprietății private, drepturile și îndatoririle magistraților și ale reprezentanților oficiali ai Statului. Apoi, studentul urma să parcurgă chestiunile de procedură, analiză care nu se încheia decât la mijlocul anului doi de studiu (cărțile 2 și 3). Menționăm faptul că a patra carte, care completează cunoștințele acumulate în primul an, tratează numai noțiuni de procedură¹¹¹. Ca o concluzie, sub domnia lui Iustinian, studenții își petreceau primul an făcându-și o viziune de

¹⁰⁸ Const. Omnem. 1.

¹⁰⁹ Const. Omnem 5.

¹¹⁰ Thomas Mackenzie, *Studies in Roman Law: With Comparative Views of the Laws of France, England, and Scotland*, University of Michigan Library, 1865, p. 387.

¹¹¹ Henry John Roby, op.cit., p. 34.

ansamblu asupra întregului domeniu al Dreptului: concepte fundamentale și principii, aranjate într-un sistem logic și lucid, ușor inteligibil pentru novicii în ale științei juridice¹¹².

Al doilea an de studiu începea cu cărțile 5-11 din Digeste pentru ca, așa cum era obiceiul, cărțile 12-19 să fie păstrate pentru anul al treilea, tocmai cu scopul de a permite studenților să definitiveze materia procedurii de judecată începută în anul întâi. În ansamblu, se punea accentul asupra acțiunilor *in rem* însă, complementar acestora, studentul anului doi își îndrepta atenția și asupra cărții 26 din Digeste - care tratează subiectul curatelei și al tutelei, apoi asupra cărții 28 - în care regăsim informații despre testamente și a cărții 30 - care tratează domeniul succesiunilor. Parcurgerea acestor din urmă trei cărți avea scopul de a-i pregăti pe învățăcei pentru materia anului trei.

În continuare, *papinianiste* începeau cu a treia parte a Digestelor, cărțile 12-19, studiind drepturile *in personam*, contractele și noțiuni din domeniul comercial. Alăturat, studenții anului trei parcurgeau cărțile 20-22, învățând despre gaj, despre rezilierea unui contract de vânzare, despre evacuare și alte elemente caracteristice contractelor. Cu acestea putem spune că se încheia anul trei de studiu într-o facultate de Drept, în timpul lui Iustinian.

Cei din anul patru trebuiau să parcurgă părțile 23-36 din Digeste, dobândind cunoștințe despre dreptul familiei și despre succesiuni.

Programul de studiu al anului cinci se continua prin învățarea a ceea ce a mai rămas din Pandecte, cărțile 37-50 și a întregului *Codex*¹¹³, în care cea mai veche constituție inclusă este din timpul împăratului Hadrian, restul aparținând împăraților subsecvenți, inclusiv lui Iustinian (anterioare anului

¹¹² Chief Justice Baldwin, *The Study of Elementary Law*, in *Yale Law Journal* nr.13, 1903, p. 2.

¹¹³ Const. Omnem 5.

534). Materia tratată în Cod este densă și variată, acoperind domenii din ceea ce numim astăzi drept public, drept bisericesc, drept penal și drept civil. Dacă parcurgem cuprinsul Digestelor și pe cel al Codului, vom observa asemănări în ceea ce privește modul de sistematizare a materiilor în cadrul acestora. Explicația rezidă din faptul că Pandectele au fost modelate după matricea *Codex*-ului. Abordarea de către Gaius a științei dreptului din punct de vedere instituțional, după care au fost modelate și Instituțiile lui Iustinian, luciditatea exegetică și scrierile analitice ale lui Papinian, răspunsurile critice, dar ușor de înțeles ale lui Ulpian și ale lui Paul, la care adăugăm munca altor juriști, au transformat Digestele într-o combinație științifică de succes care a adunat în cuprinsul ei un număr impresionant de cazuri, reguli, decizii ce au convertit, ulterior, lucrarea respectivă în sursă de Drept¹¹⁴.

După cum am observat, metoda folosită de către profesorii din epoca iustiniană în predarea Dreptului a fost una de tip concentric¹¹⁵. Disciplina interioară și cultivarea obiceiului de a avea o gândire clară și limpede nu erau deloc neglijate în sistemul legal de educație romană. Ultimii ani pe care studenții îi petreceau în cadrul instituției de învățământ nu ar fi dus la o mai rapidă modelare a facultății analitice și abilități inductive de gândire a studenților, dacă aceștia nu ar fi fost obligați să studieze anumite cazuri ilustrate în Digeste. În concluzie, putem spune că studentul era învățat cum să aplice principiile legale la stările de fapt, iar Dreptul Roman era predat ca un sistem al unei științe deductive, *Corpus Iuris* începând prin enunțarea principiilor și continuând cu aplicarea acestora la nenumărate cazuri practice¹¹⁶.

¹¹⁴ Charles Phineas Sherman, op.cit., p. 511.

¹¹⁵ John Wurts, *Systems in Legal Education*, în *Yale Law Journal* nr.17, 1907, p. 95.

¹¹⁶ Chief Justice Baldwin, op.cit., p.12.

O chestiune inedită în ceea ce privește școlile de Drept o reprezintă modalitatea de disciplinare a studenților. Personajul care deținea această atribuție era numit *consuales* și avea îndatorirea de a-i pedepsi fizic, de a-i biciui și chiar de a-i exclude din școală pe cei care nu-și ascultau profesorii sau erau tulburenți. În Constantinopol, cel puțin din vremea împăratului Iustinian, studenții se aflau sub supravegherea unui *praefectus urbi*, în timp ce în Beirut chestiunile disciplinare aparțineau ori guvernatorului din Fenicia, ori decanului Facultății de Drept. De asemenea, împăratul Iustinian a interzis hărțuirea profesorilor de către studenți și a pedepsit orice formă de nesupunere a celor mai tineri¹¹⁷.

Referitor la limba în care se studia Dreptul în Roma Antică, aspectele sunt diferite, în funcție de epoca la care ne raportăm. În faza de final a Republicii, maeștri jurisconșulți utilizau doar latina, însă în Imperiu, chiar dacă textele și materialele folosite în manuale erau scrise în aceeași limbă, cursurile publice, cel puțin la Beirut și la Constantinopol, erau susținute în limba greacă¹¹⁸.

Înainte de a încheia expunerea noastră, amintim faptul că la Roma, cel puțin în Imperiu, existau specialiști în Drept care își desfășurau activitatea singuri sau erau coordonați de către alți jurisconșulți, cu studii în domeniu¹¹⁹. Această categorie de experți reprezenta marea majoritate a celor care lucrau în sistemul juridic, însă nu avem nicio informație despre felul în care își formaseră educația. Au fost autodidacți, textele legale fiind disponibile publicului larg? Au studiat în școli de Drept mai puțin importante și deloc cunoscute nouă, din lipsa dovezilor istorice? De exemplu, în Satyriconul lui

¹¹⁷ Anton Hermann Chroust, *op.cit.*, p. 610.

¹¹⁸ *Idem*, p. 611.

¹¹⁹ Pentru detalii a se vedea Pop Cristina, *op.cit.*

Petroniu, un personaj se laudă că a cumpărat câteva cărți de Drept pentru a-l instrui pe fiul său, chiar dacă scopul lui era ca odrasla să devină om de afaceri sau avocat, nu un adevărat jurisconsult. Așadar, putem doar să presupunem că variantele de mai sus erau utilizate de către *tabelliones*, însă cum și în ce proporție, nu putem preciza¹²⁰.

În ansamblu, recunoaștem că profesiile juridice și corpul bărbaților care au predat Dreptul, mai mult decât reprezentanții oficiali ai puterii centrale, au constituit cel mai dominant factor dintre cei care au făurit acest domeniu și au contribuit la dezvoltarea lui. Ei sunt primii creatori, promotori și administratori ai Dreptului, după desprinderea acestuia de *fas*. În concluzie, putem vorbi despre o știință a dreptului vie, legată de amploarea pe care au luat-o profesiile juridice competente și care au permis persoanelor instruite în acest sens să pledeze în instanță. Totodată apreciem atitudinea matură a romanilor față de evoluția sistemului juridic: onorând această categorie de profesioniști, cetățenii Imperiului Roman au oferit lumii un sistem de drept evoluat, chiar dacă Imperiul s-a destrămat¹²¹.

Acestea fiind precizate, este de la sine înțeles faptul că programul folosit pentru educația juridică în granițele romane a atins o măsură înaltă, care a pus în valoare juriști de neîntrecut în abilitatea lor creativă, la nivelul întregii istorii a lumii¹²². Încă de la începuturile Romei, cei care aveau cunoștințele despre aplicarea normelor cu caracter juridic dețineau în cadrul comunității o anumită reputație și, proveniți din familii bogate, aceste persoane puteau accede în poziții înalte ale organelor de conducere sau puteau influența emiterea anumitor legi, practică preluată și în Imperiu. În

¹²⁰ Andrew Riggsby, op.cit., p. 450-451.

¹²¹ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Republican Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1954, p. 99.

¹²² Charles Phineas Sherman, op.cit., p. 512.

acest mod, romanii au constatat faptul că, pentru a deține o bază solidă în aspectele legale ale Imperiului, este necesar ca educației juridice să i se acorde o importanță mult mai mare decât în Republică. Din fericire, Dreptul Roman nu ne oferă un spectacol de culise în cadrul dezvoltării societății, deoarece știința Dreptului a progresat și s-a modificat continuu, ținând pasul cu schimbările și dezvoltările fiecărei perioade istorice în parte. Același lucru îl putem spune și despre educația juridică, ea apărând ca diferită în momentele istorice distincte ale Romei Antice¹²³: o oarecare predare sistematizată și elementară a Dreptului s-a ivit la Roma încă din ultimele zile ale Republicii, extinzându-se apoi în majoritatea orașelor din Peninsula Italică, iar, în final, și-a făcut apariția și în provincii, în secolele II și III¹²⁴.

Educația juridică romană este egală, dacă o cântărim după meticulozitate, după exhaustivitate, după disciplina gândirii și cultivarea puterii de a gândi cu ceea ce se întâmplă astăzi în marile universități, meritându-și locul printre cele mai bune sisteme de educație juridică din lume. În concluzie, Roma a învățat omenirea că o civilizație complexă și dezvoltată nu își găsește stabilitatea și eficiența fără un sistem juridic matur care, la rândul lui, necesită prezența și activitatea unui corp competent, loial și respectat de profesioniști formați în școlile de specialitate, de importanță vitală fiind faptul că educația juridică romană și, înaintea ei, Dreptul - ca știință - au fost acceptate ca părți ale vieții și ca importante moduri de a gândi.

¹²³ Ahmet Karakocali, op.cit., p. 45.

¹²⁴ Anton Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Imperial Rome*, în *Notre Dame Law Review*, vol. 30, 1955, p. 600.

STUDII

ROLUL VINOVĂȚIEI ÎN FUNCȚIONAREA REMEDIILOR PENTRU NEEEXECUTAREA CONTRACTULUI

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.25
Data publicării online: 16.03.2021

Ionuț-Florin POPA*

O versiune similară a studiului a apărut în „Revista română de drept privat” nr. 4/2020, p. 339.

Rezumat: Principiul vinovăției este considerat, în mod tradițional, ca fiind fundamentul răspunderii civile. În materie contractuală, pentru o lungă perioadă de timp, s-a considerat că drepturile creditorului în ipoteza neexecutării sunt condiționate de existența vinovăției debitorului în neexecutare. Intrarea în vigoare a noului Cod civil a oferit prilejul unei ample dezbateri legate de condițiile aplicării remediilor pentru neexecutarea contractului. Nucleul acestei dezbateri este chiar condiția vinovăției în activarea și funcționarea remediilor. Studiul își propune să demonstreze că, în realitate, opoziția existentă între teza subiectivistă (potrivit căreia vinovăția este o condiție a remediilor) și teza obiectivistă (care afirmă opusul) este una fără miză practică reală. În esență, vinovăția rămâne o simplă condiție a unei forme a neexecutării contractuale – încălcarea contractului și nu o condiție a activării remediilor. Pe de altă parte, remediile sunt supuse unei varietăți de reguli care fac adesea dificilă adecvarea lor la situația juridică pusă în discuție. Cu toate că factualismul stă la baza aplicării remediilor, o sumă de reguli aplicabile întregului sistem al remediilor este identificabilă pornind de la premisa că pentru orice neexecutare se găsește remediul potrivit.

* Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, ionut.popa@ionut-popa.ro.

Cuvinte-cheie: *bona fides*, bună-credință, *culpam praestare*, daune-interese, excepția de neexecutare, executarea în natură, forța majoră, intenție, imposibilitatea fortuită de executare, încălcare a contractului, *mora creditoris*, neexecutare culpabilă, neexecutare fără justificare, neexecutare fortuită, neexecutare licită, neglijență, neglijență gravă, *perpetuatio obligationis*, prezumție de vinovăție, răspundere contractuală, rea-credință, vinovăție, remedii, rezoluțiune, sancțiune, vinovăție calificată.

THE ROLE OF CULPABILITY IN THE OPERATION OF REMEDIES FOR THE NON PERFORMANCE OF THE CONTRACT

Abstract: The principle of guilt is traditionally considered as being the basis of civil liability. In contractual matter, for a long period of time, it was considered that the rights of the creditor under the assumption of non performance were conditional upon the existence of the guilt of the debtor in non execution. The entry into force of the New Civil Code offered the opportunity of a broad based discussion related to the conditions for applying remedies for the non performance of the contract. The essence of these debates is represented by the condition itself of the guilt in the activation and operation of remedies. The study aims at demonstrating that, actually, the opposition existing between the subjectivist thesis (according to which guilt is a condition of remedies) and the objectivist thesis (which states the opposite) is without a real practical stake. In essence, guilt remains a simple condition of a form of contractual non performance – breach of contract –, and not a condition of activation of remedies. On the other hand, remedies are subject to a variety of rules which often make it difficult their suitability for the legal situation called into question. Although factualism underlies the application of remedies, a set of rules applicable to the entire system of remedies is identifiable starting from the assumption that the suitable remedy is found for any non performance.

Keywords: *bona fides*; good faith; *culpam praestare*; damages; plea of non performance; performance in kind; force majeure; accidental impossibility of performance; intent; breach of contract; *mora creditoris*; culpable non performance; non performance without justification; accidental non performance; illegal non performance; negligence; serious negligence; *perpetuatio obligationis*; presumption of guilt; contractual liability; bad faith; remedies; rescission; penalty; guilt; qualified guilt.

Cuprins

I.	Despre relevanța dezbaterii asupra vinovăției	856
II.	Ce este vinovăția ?	857
III.	Vinovăția și buna-credință.....	859
A.	A. Originea comună a bunei-credințe și vinovăției în materie contractuală	859
IV.	B. Cât de relevantă este legătura dintre bună-credință și vinovăție în sistemul actual al remediilor ?	867
V.	Problema vinovăției ca și temei al activării remediilor.....	869
VI.	Opinia tradițională, pretins sistemică, și contradicțiile sale interne	869
VII.	Opinia „utilitaristă” și contradicțiile sale interne	876
VIII.	Schema de interpretare logică a textelor legale.....	880
IX.	Căutarea răspunsului practic în jurisprudență?.....	894
X.	Concluziile	900

Intrucât tema volumului aniversar vizează, între altele, oscilația dreptului între evoluție și revoluție, merită să ne întrebăm dacă noua reglementare a remediilor oferită de noul Cod civil (în principal, art. 1.516 urm. C.civ.) are, în raport cu vechea reglementare, dar și în raport cu concluziile actuale ale dreptului comparat în materie, semnificația unei involuții, a unei evoluții, sau chiar a unei revoluții ? Că nu avem de a face cu o revoluție apare ca evident, originalitatea noii reglementări nefiind punctul ei forte. Rămâne să verificăm dacă este vorba de o evoluție sau de o involuție. In cele ce urmează, raportându-ne la un singur aspect al întregii teorii a remediilor, și anume la tema vinovăției, vom observa că, deși nivelul superior

de organizare al textelor legale atestă o evoluție, această „transformare ascendentă” a dreptului privat al contractelor simplifică aplicarea dreptului, dar conservă mult din substanța vechii reglementări. Cu alte cuvinte, întreaga reglementare a remediilor, se supune unei tendințe evolutive europene, doar că esența unuia din elementele-condiție a invocării remediilor rămâne relativ neschimbată, în pofida unor formulări diferite a textelor legale, în timp și spațiu.

I. Despre relevanța dezbaterii asupra vinovăției

1. Unul din punctele nevralgice ale sistemului remediilor pentru neexecutarea contractului este chestiunea vinovăției. Doctrina (și ceva mai puțin jurisprudența) se întreabă, în principal: în ce măsură este vinovăția debitorului o condiție pentru activarea dreptului la remedii ? In plan secund (cel mai controversat): este vinovăția o condiție pentru invocarea rezoluțiunii sau daunelor-interese ?

2. Scopul nostru este să răspundem acestor două întrebări oferind o schemă de răspuns unitară din punct de vedere logico-juridic. Răspunsul se bazează pe o interpretare a dreptului pozitiv incident, dar și pe o analiză "revizionistă" a doctrinei și jurisprudenței în materie. Odată oferit sau ales răspunsul, am găsit de cuviință să adăugam încă o întrebare: cât de importantă este cu adevărat, din perspectivă practică, să ne atașăm unui punct de vedere?

3. Anticipând răspunsul, afirmăm că acesta este negativ și că insistența dezbaterii a lăsat și va lăsa jurisprudența neschimbată în materia remediilor. Teza noastră este aceea că, în realitate, vinovăția este doar un element-condiție a definiției neexecutării contractuale și nicidecum o condiție

a accesului la remedii. Prin excepție însă, anumite remedii sunt proprii doar în contextul identificării elementului vinovăție. Dar și în aceste cazuri, importanța elementului este uneori exagerată.

II. Ce este vinovăția ?

4. Răspunsul pe care îl dăm în această fază a prezentării este sumar, de circumstanță, dar suficient pentru scopul nostru. El ne ajută doar să stabilim coordonatele discuției care se va derula. Generic, vinovăția sau culpa constituie reprezentarea psihologică a debitorului cu privire la caracterul ilicit pe care îl are neexecutarea sa¹.

5. Pentru definiția vinovăției avem în vedere câteva texte legale. Deși legiuitorul nu ne oferă o definiție directă în sensul celor de mai sus, el are grijă să sublinieze în art. 16 C.civ. că reprezentarea psihologică de care vorbim acoperă intenția [alin. (2)] și culpa [alin. (3)], respectiv să stabilească relația condițională între cele două atunci când legiuitorul condiționează efectele

¹ Nu interesează în context o definire structurală a vinovăției. Pentru reperele ei, comune în materie delictuală și contractuală, v. însă: M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1972, pp. 176 urm.; C. Stătescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Hamangiu, București, 2008, pp. 196 urm.; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, V. III, *Raporturile obligaționale extracontractuale*, Universul Juridic, București, 2020, pp. 294 urm.; L. Pop, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, București, 2015, pp. 351 urm., nr. 279 urm.; P. Vasilescu, *Obligațiile*, Ed a 2-a, Hamangiu, 2017, pp. 634 urm.; F.I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele răspunderii civile*, Universul Juridic, București, 2014, pp. 220 urm.; L.R. Boilă, *Vinovăția, fundament al răspunderii civile, în ambele sale forme, în textele noului Cod civil, ca și în ale celui precedent*, în *Dreptul* nr. 1/2012, pp. 151 urm.; C. Jugastru, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Universul Juridic, București, 2017, pp. 153 urm.; F. A. Baias, V. Cîlțea, *De la neexecutarea culpabilă la neexecutarea fără justificare a obligațiilor în dreptul civil român*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, L. Toma-Dăuceanu, *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Universul Juridic, București, 2018, pp. 677 urm.

juridice de existența culpei [alin. (4)]². Textele, deși au o portanță generală, sunt aplicabile și temei speciale pe care o chestionăm în studiul de față. În plus, art. 1.358 C.civ. (un text aferent răspunderii delictuale pentru fapta proprie, dar egal aplicabil răspunderii contractuale) stabilește un criteriu obiectiv intermediar de determinare a vinovăției: se va ține seama de un standard rezonabil de comportament aparținând unui om normal, abstract, un *bonus pater familias* care dă dovadă de diligență „față de interesele societății și ale semenilor săi”³, completat de circumstanțele externe concrete de timp, loc, spațiu în care a fost comisă fapta ilicită⁴.

6. Identificarea vinovăției ca și element-condiție în cadrul sistemului remediilor pentru neexecutare este, din punct de vedere istoric, intim legată de apariția și evoluția conceptului de bună-credință. Astfel cum vom putea observa, evoluția acestui din urmă concept este cea care a permis circumscrierea elementului vinovăție. O privire sumară asupra intimității relației bună-credință - vinovăție este de natură a rafina înțelegerea ultimei noțiuni, dar și de a ne permite identificarea detașării dintre cele două. Vom purcede așadar, la o prezentare esențializată a relației istorico-juridice dintre buna-credință și vinovăție pornind de la modelul evolutiv, întotdeauna util, oferit de dreptul roman.

² V. L. Pop, op.cit. – *Raporturile obligaționale extracontractuale*, pp. 298 urm., nr. 104.

³ V. L. Pop, în L. Pop, I.F. Popa, S. I. Vidu, op.cit., p. 352, nr. 280.

⁴ V. M. Eliescu, op.cit., pp. 190 urm.

III. Vinovăția și buna-credință

A. A. Originea comună a bunei-credințe și vinovăției în materie contractuală

7. Buna-credință în materie contractuală. Ce este buna-credință în materie contractuală ?⁵ În primul rând, buna-credință constituie un *standard psihologic*, care, în principiu, echivalează cu ignoranța⁶. Această accepțiune este însă tipică drepturilor reale, chiar dacă își găsește o oarecare aplicabilitate și în dreptul contractelor. În al doilea rând, ea este un *standard proteiform de comportament* în materie contractuală⁷ (vorbit, în acest caz,

⁵ Am încercat să răspundem acestei întrebări într-un studiu recent pe care îl indicăm pentru utilizarea surselor bibliografice [v. I.-F. Popa, *Buna-credință în dreptul contractelor. Genealogia, sursele și funcțiile bunei-credințe în dreptul contractelor*, în M. Nicolae (ed.), *Actul juridic civil. În onoarele Gheorghe Beleiu*, Solomon, București 2020, pp. 41 urm.]. În cele ce urmează, în primele 4 paragrafe, ne vom folosi de referințele utilizate și de observațiile făcute în acest studiu.

⁶ V. G. Cornu, *Bonne foi*, în G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 10e éd., Ed. Quadrige-PUF, Paris, 1987, p. 133: „*Croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière*” care poate să cuprindă „*Croyance reposant sur la seule ignorance (...)*” și/sau „*Croyance reposant sur une apparence trompeuse (...)*”; adde Ph. le Tourneau, M. Poumarède, *Bonne foi*, în *Répertoire de droit civil. Encyclopédie juridique Dalloz*, janvier 2017, nr. 2-3; sau articolul *Bonne foi*, în S. Guinchard et alii, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Ed. Dalloz, Paris, 2018, p. 141.

⁷ V. J.P. Schmidt, în N. Jansen, R. Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 108, nr. 15; R. Zimmermann, în R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 63-92, p. 82; uneori, se adaugă și un al treilea sens bunei-credințe: cel de oficiu (*officium*) de interpretare/datorie de acțiune (istoric identificabil în e.g., Cicero, *De officiis*, nr. VIII.35 și urm., pp. 327 și urm.), atât pentru normele contractuale, cât și pentru cele legale – v. D. Alland, S. Rials, *Bonne foi*, în D. Alland, S. Rials (ed.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1re éd., Ed. Quadrige-Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 143; M. Floare, *Buna și reaua-credință în negocierea și executarea contractelor de drept comun în noul Cod civil și în dreptul comparat*, Universul Juridic, București, 2015, pp. 83 urm.

de buna-credință subiectivă⁸). În fine, ambele accepțiuni ale buneii-credințe sunt dependente de o a treia expresie a sa - buna-credință ca și *criteriu de interpretare* atât a normei contractuale, cât și a normei legale⁹ aplicabile contractului.

8. Principiul general al buneii-credințe. În materia obligațiilor, art. 1.170 C.civ. (inspirat din art. 1.201 PDEC, art. 1.7 și 1.8 PICC 2004, respectiv art. 1375 C.civ. Québec) este cel care transpune principiul general al buneii-credințe din art. 14 în materia contractelor. Astfel, buna-credință este legal calificată ca un principiu director al încheierii și executării contractelor. Nuanțarea principiului pentru faza încheierii contractului este prezentă în art. 1183 C.civ. (inspirat de 2.301 PDEC, 2.1.15 PICC 2004 și probabil de art. 6.4 DCFR sau art. III.-1:103 DCFR, deși acesta din urmă cuprinde o versiune mult mai amplă față de cea din codul nostru). Desigur că, sursele spun sau pot să spună multe despre semnificația buneii-credințe în materie contractuală.

9. Tradiția istorico-juridică a buneii-credințe. Apariția conceptului de bună-credință este datorată, în mare măsură, dreptului roman. Valorizarea sa de către juriștii romani a fost favorizată de decăderea *ius civile* și de ascensiunea *ius honorarium*, o schimbare marcată de rolul prevalent al pretorilor în crearea dreptului¹⁰. În opoziția dintre aceste două surse ale dreptului, una conservatoare și lipsită de elasticitate, calată reactivă

⁸ V. F. Ranieri, *Good Faith*, în J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 790.

⁹ De altfel, această a treia accepțiune este inerentă concepției legiuitorului român, care a reunit cele două texte de principiu dedicate buneii-credințe (art. 14 și 15) în capitolul III al titlului preliminar, intitulat „Interpretarea și efectele legii civile”. V. M. Floare, op.cit., pp. 87 urm.

¹⁰ V. P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, pp. 8 urm; pp. 18 urm.; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb (Ed.), *Römisches Recht*, Springer, Berlin, 1987, pp. 220 urm.

și evolutivă, *bona fides* s-a cristalizat ca o reacție necesară la imobilismul dreptului civil și la strictetea procedurilor sale (*legis actiones*)¹¹.

10. Acțiunile întemeiate pe buna-credință. La conceptualizarea buneii-credințe a contribuit semnificativ noțiunea de *bonae fidei iudicia*¹². Acțiunile *ex fide bona*¹³ s-au dezvoltat ca parte a *procedurilor formulare (formulae)* ce constituiau instrumentul judiciar pretorian prin care se concura instrumentul judiciar civil al acțiunilor legale (*legis actiones*) întemeiate pe legea strictă (adică Legea celor XII Table și plebiscitele ulterioare adoptate)¹⁴. La un moment dat, greu de determinat cu precizie (a doua jumătate a secolului II î.d.Chr., iar după alți autori, abia în a doua jumătate a secolului I î.d.Chr.¹⁵), în cadrul acestor acțiuni s-a concretizat o categorie specifică ce a început să fie prezentă și în edictul anual al pretorului: acțiunile bazate pe așa-zisa *oportere ex fide bona* (acțiunile cerute de buna-credință sau fundamentate pe buna-credință), în contrast cu acțiunile simple bazate pe *ius civile* adică pe *oportere*¹⁶. În contextul aceleiași *bonae fidei iudicia*, a fost treptat recunoscută

¹¹ V. M. J. Schermaier, *Bona fides in Roman contract law*, în R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 65. Această „flexibilizare” a dreptului roman, a fost văzută de unii autori ca o slăbiciune care semnala decăderea dreptului roman [v. J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933, p. 2 („Aber spätestens bei Justinian auch in materiellem Sinne, bis ins Ethische hinüberfließend: Statt Strenge Milde, statt Härte Weichlichkeit.”)].

¹² V. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Romans Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 277 urm.

¹³ V. F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. Aufl., Springer, Viena, 2009, pp. 1803 urm.

¹⁴ Pentru tematică, v. M.D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, Universul Juridic, București, 2019, pp. 69 urm.

¹⁵ V. M.J. Schermaier, *art. precit.*, p. 71 (despre opiniile privind localizarea în timp și aparținând, prima lui Franz Wieacker, a doua lui Luigi Lombardi).

¹⁶ V. M. J. Schermaier, în R. Zimmermann, S. Whittaker, *op.cit.*, p. 74.

posibilitatea judecătorului roman de a admite sau de a respinge pe temeiuri de rea-credință acțiunea întemeiată pe orice contract (în sec. III d. Chr. optica era deja consacrată)¹⁷. Așa-numita *exceptio doli generalis seu praesentis* presupunea posibilitatea respingerii unei acțiuni în virtutea excepției „de fiecare dată când exercițiul unui drept de către titularul său apărea ca evident contrar echității, ținând seama de diversele acorduri și relații existente între părți.”¹⁸ Treptat, juriștii romani au ajuns să considere că această excepție generală de dol este inherentă, în mod natural, exercițiului oricărei acțiuni (*i.e.* excepția nu trebuia invocată formal pentru ca o eventuală acțiune contrară bunei-credințe să fie respinsă) și de aici, inherentă natural, exercițiului oricărui drept subiectiv¹⁹, astfel încât Digestele o consacră ca soluție de drept cu valoare de regulă generală: (...) *dolo facit quiumque id, quod quaqua exceptione elidi potest petit*²⁰.

¹⁷ V. T. Duve, în M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (ed.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, B. II, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, §§ 241-304, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2007, p. 281; R. Zimmermann, op.cit. - *Law of Obligations*, p. 537, p. 674; M. J. Schermaier, în R. Zimmermann, S. Whittaker, op.cit., p. 84-85; F. Ranieri, *Dolo petit contra pactum petat – Bona fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts*, în *Das Europäische Privatrecht des 19. Und 20. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, pp. 331 urm., dar mai ales pp. 333 urm.; același autor, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil law*, în F. Ranieri, op.cit., pp. 417 urm.; în fine, același autor, *L'eccezione di dolo generale nella tradizione del diritto romano comune*, în F. Ranieri, op.cit., pp. 459 urm.

¹⁸ V. F. Ranieri, *art. precit. – Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil law*, p. 419 (unde sunt date ca exemple respingerea acțiunii formulate cu încălcarea unui pact *de non petendo* sau, mai interesant, respingerea acțiunii în revendicare de către cel care a vândut chiar cu nerespectarea formelor prescrise de *ius civile*).

¹⁹ V. F. Ranieri, *art. precit. – Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil law*, p. 419 (unde se arată că astfel a fost uitată antiteza tradițională între soluțiile de procedură și soluțiile substanțiale de drept).

²⁰ Digeste 44.4.2.5 [Extras din edictul pretorului Ulpian („*Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc*

11. Tradiția vinovăției. În această evoluție, fără a putea preciza cu exactitate momentele sale istorice, și-a făcut apariția și elementul vinovăției. În dreptul roman vechi, surprinzător, în materie delictuală, locul vinovăției era limitat spre inexistent, în sensul că răspunderea delictuală din dreptul roman, în forma sa civilă oferită de *Lex Aquilia* (cca 286 î.d.Chr.), era calificabilă după standardele actuale ca o răspundere de drept strict sau mai exact, ca o răspundere delictuală obiectivă²¹. Spre sfârșitul secolului III î.d.Chr. și condițiile răspunderii delictuale s-au rafinat și elementul culpă a devenit o condiție a acesteia²². Această etapă este de reținut pentru că definiția culpei oferită în context delictual s-a generalizat și constituie chiar și astăzi, baza definiției actuale a vinovăției, atât în materie contractuală cât și delictuală. Evoluția existentă în materie delictuală a fost oarecum similară și în materie contractuală, dar progresul a fost intim legat de procedurile formulare ale buneii-credințe.

petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat – „Dol comite acela care pretinde ceva ce poate fi anulat sau respins de îndată ca urmare a oricărei apărări sau excepții”)].

²¹ V., de pildă B. Winiger, *Responsability, Restoration and Fault*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 57 urm. care, în comentariul său pe marginea răspunderii inaugurate de *Lex Aquilia* subliniază lipsa exigenței culpei. Interpretarea (aparținând și altor autori) se bazează, în principal pe trei texte ale Digestelor lui Iustinian (D. 9.2.2 Gaius; D. 9.2.27.5 Ulpian; D. 9.2.5.1 Ulpian).

²² Devenită regulă în epoca republicană târzie [H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb (Ed.), op.cit., p. 365]. Datorată, se pare, jurisconsultului Mucius care a oferit (în circumstanțele unei spețe extrem de banale) rudimentele unei definiții a culpei care constituie și astăzi un model pentru judecător: "când judecătorul evaluează vinovăția, el evaluează comportamentul autorului faptei prejudiciabile în raport cu standardul de diligență al lui *diligens binus vir*" (v. B. Winiger, op.cit., p. 62). Sursa istorică este D. 9.2.31 [„(...) *culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit* (...)]/există o culpă atunci când ceea ce putea fi prevăzut de un om diligent nu a fost prevăzut sau când avertizarea a fost făcută prea târziu pentru ca pericolul să mai poată fi evitat." - ed. Krueger/Mommsen, V. 1, p. 123; trad. după A. Watson, *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998, V. 1, p. 288).

12. Doctrinile centrale ale vinovăției. Chiar dacă în dreptul roman timpuriu nu se putea vorbi de o răspundere contractuală cu valoare generală²³, procedura formulară a dat startul unei răspunderi contractuale tot obiective²⁴ prin recunoașterea acțiunii întemeiate pe *obligatio dandi certam rem* care a devenit o acțiune *stricti iuris*. Evoluția ulterioară a dreptului roman în această privință este marcată de apariția a trei teorii, toate extrem de importante pentru înțelegerea sistemului actual al remediilor prin prisma vinovăției: **i.** prima este teoria *perpetuatio obligationis* - această construcție juridică, prin intermediul unei ficțiuni (și anume considerarea bunului ce trebuia predat creditorului potrivit contractului ca fiind încă în ființă), permitea obligarea debitorului vinovat de pieirea bunului la plata de daune-interese²⁵; **ii.** a doua, mult mai importantă pentru juristul modern, este teoria *culpam praestare* - ea permitea judecătorului să decidă dacă evenimentul care genera imposibilitatea de executare sau care genera o executare defectuoasă îi era sau nu imputabil debitorului, pentru ca, în prima situație

²³ V. J. Gordley, *In defense of Roman contract law*, în P. G. Monateri (ed.), *Comparative Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham -Northampton, 2017, pp. 35 urm. (pentru distincția romană între contracte *bonae fidei* și contracte *stricti iuris* și evoluția factuală a răspunderii contractuale în funcție de această distincție).

²⁴ V. ptr. calificare, F. Ranieri, op.cit. - *Europäisches Obligationenrecht*, p. 555 („Strikte objektive Haftung des säumigen Schuldners”).

²⁵ În formula inițială romană, obligația nu mai putea exista dacă bunul asupra căruia purta prestația nu mai exista el însuși (pentru evoluția noțiunii de imposibilitate și pentru explicațiile contradictorii oferite de comentatori textelor romane eferente, v. magistratul studiu al lui J. Gordley, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, în *The American Journal of Comparative Law*, V. 52, 2004, Summer, pp. 513 urm.). Ficțiunea perpetuării obligației permitea condamnarea debitorului la despăgubiri [conceptul a fost identificat în *Pauli Sententiae* V.VII. 4 („*ac si ea res extartet*”) și în *Digeste* 45.1.82.1 Ulpian („*perinde ac si homo viveret*”), sens în care, v. R. Zimmermann, op.cit., p. 784 urm.; F. Ranieri, op.cit. - *Europäisches Obligationenrecht*, p. 556].

acesta să poată fi condamnat pecuniar²⁶; **iii.** în fine, teoria *mora debitoris*, potrivit căreia debitorul era ținut răspunzător față de creditor chiar dacă imposibilitatea executării corespunzătoare a obligației era datorată unui eveniment fortuit dacă acest eveniment a intervenit după momentul la care obligația trebuia executată potrivit contractului²⁷.

13. Generalizarea tradiției și moștenirea europeană. Evoluția procedurilor formulare în materia bunei-credințe a oferit, în cele din urmă, în dreptul roman, o versiune conjugată a celor două noțiuni (bună-credință și vinovăție): sub imperiul acțiunilor *bona fide* se considera că debitorul nu trebuie doar să execute obligația contractuală, ci trebuie să facă tot ceea ce este necesar pentru atingerea scopului contractual și să se abțină de la orice va duce la privarea creditorului de scopul pentru care a încheiat contractul. În această privință, doctrina *culpam praestare* implica o judecată de valoare cu privire la o culpabilă lipsă de diligență a debitorului în executarea contractului²⁸. Așadar, standardul de evaluare a comportamentului constituia punctul de legătură între cele două noțiuni (*i.e.*, vinovăție și bună-credință)²⁹,

²⁶ Extrem de relevantă pentru identificarea noțiunii de *culpa* în materie contractuală, teoria a servit la evaluarea vinovăției din perspectiva dezaprobării comportamentului debitorului în raport cu comportamentul care putea fi așteptat de la acesta conform preceptelor lui „*ius*” și „*mos*” (*v. R. Zimmermann, op.cit., p. 786*). Exemplele sunt cazuale, aproape ca întotdeauna în dreptul roman: *Digeste 45.1.91 Paulus* (cel care a promis un sclav care a decedat ulterior încheierii contractului pentru că nu a primit tratament medical din partea debitorului, rămâne obligat față de creditor). Exemplul subliniază obligația de diligență pe care trebuie să o aibă debitorul în executarea obligațiilor sale și este extrem de relevant pentru evaluarea neexecutării prin prisma bunei-credințe văzută ca standard de comportament onest.

²⁷ Am spune: debitorul rămâne responsabil dacă pieirea bunului se produce fortuit după momentul la care trebuia efectuată predarea (*v. R. Zimmermann, op.cit., p. 787*).

²⁸ *V. F. Ranieri, op.cit. - Europäisches Obligationenrecht, p. 556.*

²⁹ În general, standardul obiectiv *bonus pater familias*. Intre alte pasaje, *D. 45.1.137.2* este considerat un reper [*Venuleius, inter alia, „(...) quod autem accipi debeat, quaeritur et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto*

fără să însemne că ele se identificau, ci doar că se intersectau și se deserveau reciproc. Situația se prezintă relativ identică și în dreptul modern. Cu toate acestea, în privința componentei daunelor-interese, evoluția continentală a dreptului a dobândit, sub influența dreptului canonic, o componentă subiectivă semnificativă. Într-o anumită măsură, s-a încercat fundamentarea răspunderii contractuale pe ideea de greșeală morală, astfel încât, într-o anumită măsură s-a renunțat la standardul obiectiv al vinovăției³⁰. În influentul tratat al lui Pothier, ideea vinovăției în materia daunelor-interese este menținută alături de perechea sa antagonică de forță majoră - *casus*³¹, potrivit căreia, dacă debitorul nu probează un *casus*, atunci înseamnă că este vinovat de neexecutare. Atât standardul vinovăției ca și condiție pentru daune-interese, cât și raportul dintre vinovăție și forță majoră, respectiv dintre vinovăție și bună-credință au trecut din *ius commune* în reglementările moderne continentale. Probabil că produsul lor intelectual-juridic cel mai consistent îl constituie astăzi prezumția de culpă în materie contractuală.

tempore diligens pater familias conficere possit, quot facturum se promiserit” „(...) e de preferat să îi cerem judecătorului, ca unui om onest, care va aprecia momentul executării (obligației de plată – n.n.) ținând seama de cum ar trebui să o facă un om conștiincios cu promisiunile sale (...)”]. V. T. Rűfner, în N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), op.cit., p. 1166, nr. 5.

³⁰ Ptr. observație, v. T. Rűfner, în N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), op.cit., p. 1168, nr. 9. Poate că ar fi mai corect să spunem însă, nu că standardul obiectiv *pater familias* a dispărut și a fost înlocuit cu o viziune care lega neexecutarea de doctrina creștină a păcatului, cât mai degrabă că vechiul standard *pater familias* fost înlocuit de standardul nou al „bunului creștin”.

³¹ V. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris, 1764, reed. Dalloz, Paris, 2011, pp. 61, nr. 142, 67 urm., nr. 159 urm.

IV. B. Cât de relevantă este legătura dintre bună-credință și vinovăție în sistemul actual al remediilor ?

14. Intre bună-credință și rea-credință există o zonă neacoperită ? Dacă răspunsul este negativ, înseamnă că vinovăția este egalul relei-credințe și că toate neexecutările nejustificate ale obligațiilor contractuale sunt neexecutări cu rea-credință. Dacă răspunsul este pozitiv, înseamnă că vinovăția acoperă o plajă mai largă de atitudini psihologice și cu relevanță juridică ale debitorului între care reaua-credință este doar o modalitate. Credem că răspunsul este pozitiv, în sensul că nu toate neexecutările fără justificare (după formula art. 1.516 C.civ.) sunt neexecutări cu rea-credință. Pentru a fi vorba de rea-credință este necesar să existe ceea ce se chema tradițional „dol” sau intenție. Dreptul modern (urmând o îndelungată tradiție în materie) asimilează acestei intenții și culpa (sau neglijența) grave.

15. Buna-credință nu înseamnă totdeauna lipsa vinovăției. *Intre bună/rea-credință și lipsa de vinovăție există o înrudire, dar nu o identitate.* Istoric, buna-credință și vinovăția își au ambele originea în același fapt istorico-juridic: procedurile formulare. *Dacă lipsa oricărei vinovății în neexecutarea contractului este egalul bune-credințe a debitorului (e.g. dacă debitorul, dornic să execute este împiedicat de o forță majoră, el va fi considerat de bună-credință și în același timp nevinovat), nu se poate spune că și reversul este valabil și anume că neexecutarea vinovată sau culpabilă este o neexecutare cu rea-credință - e.g., neplata prețului unei vânzări din pricina incapacității financiare a debitorului înseamnă neexecutare culpabilă [pentru că art. 1.634 alin. (6) C.civ. instituie o răspundere obiectivă pentru obligațiile care au ca obiect bunuri de gen], dar nu înseamnă totdeauna și*

neexecutare cu rea-credință. Poate fi însă vorba de rea-credință dacă, de pildă, debitorul, în mod intenționat, și-a provocat insolabilitatea ca să nu mai poată să-și execute obligația contractuală [ipoteză vizată de art. 1.417 alin. (1) și (2) C.civ.] sau dacă debitorul sub condiție a împiedicat cu rea-credință îndeplinirea acesteia sau dimpotrivă, dacă creditorul sub condiție determină cu rea-credință producerea evenimentului [art. 1.405 alin. (1) și (2)].

16. Reaua-credință ca formă de vinovăție. În dreptul curent, prin rea-credință în materia neexecutării contractuale (ca opus natural al bune-credințe) înțelegem o formă calificată de vinovăție, adică, în linia de interpretare a art. 16 C.civ., neexecutarea cu intenție (atunci când debitorul a prevăzut rezultatul faptei sale și fie a urmărit, fie a acceptat producerea acestui rezultat). Legiuitorul diferențiază, în privința remediilor, aceste două categorii. De pildă, nu este valabilă clauza prin care vânzătorul este exonerat de răspunderea pentru evicțiunea rezultată din fapta proprie sau din fapte anterioare vânzării pe care acesta le cunoștea, dar le-a ascuns cumpărătorului (art. 1.699 C.civ.). Această formă de vinovăție este asimilabilă intenției sau neglijenței grave (ultima, fiind tradițional considerată ca absorbită de intenție și implicând un tratament juridic identic).

17. Observație generală privind raportul dintre buna-credință și lipsa de vinovăție. Putem oare să extragem o învățătură din lipsa de identitate dintre buna-credință și lipsa de vinovăție? Identificarea zonei gri dintre cele două, ne ajută să înțelegem că *neexecutarea vinovată atrage remediile curente, în timp ce neexecutarea cu rea-credință poate atrage remedii suplimentare pe lângă cele curente*. Exemplul curent îl constituie ipoteza daunelor-interese pentru neexecutarea cu intenție (*i.e.* rea-credință) sau gravă neglijență (*idem*) a obligațiilor contractuale. În acest caz, despăgubirile ies din matca firească a previzibilității și pot să acopere și

prejudiciul care nu era previzibil în raport cu momentul încheierii contractului (v. ipoteza tradițională reglementată de art. 1.533 C.civ.).

V. Problema vinovăției ca și temei al activării remediilor

18. Cele de mai sus constituie o introducere necesară și o fixare aproximativă a termenilor discuției. Pentru a readuce discuția în planul sistemului remediilor pentru neexecutare, vom încerca o prezentare a opiniei tradiționale în materie de remedii (V); apoi a opiniei „utilitariste” (VI); vom identifica apoi o schemă de interpretare logică a textelor legale relevante (VII); vom căuta răspunsul practic necesar (VIII); vom trage câteva concluzii legate de tema abordată (IX).

VI. Opinia tradițională, pretins sistemică, și contradicțiile sale interne

19. În prezentarea remediilor, atât din punct de vedere istoric, cât și ideatic, se poate spune că două mari teze se confruntă. Una dintre ele accentuează condiționarea activării drepturilor creditorului de elementul vinovăție (teza subiectivă). Cealaltă, apreciază că elementul vinovăție nu este o condiție a remediilor, ci o condiție a încălcării contractului (teza obiectivă, recalificată ca „utilitaristă”). În realitate, în niciuna din cele două teze nu este universalizată sau dimpotrivă, eliminată în întregime, condiția vinovăției. În acest relativism al celor două teze stă, de fapt, identitatea lor practică, astfel cum vom putea observa.

20. Legitățile teoriei subiective. Opinia subiectivistă se bazează pe o serie de reguli, explicit sau implicit asumate. Vom încerca să oferim, în

sinteză, aceste reguli de fond, raportându-ne la textele actualului Cod civil: **(i)** teza vizează, în principal, o pretinsă *interpretare generalizantă a art. 1.516 alin. (2) C.civ.*, în sensul că vede în text un *numerus clausus* al ipotezelor în care se pot aplica remedii – ipotezele în care neexecutarea este nejustificată³²; **(ii)** pentru ca creditorul să poată accede la remediile oferite de textul legal (mai cu seamă, la excepția de neexecutare, executarea silită în natură, rezoluțiunea³³ și daunele-interese) este necesară îndeplinirea *condiției*

³² Cu excluderea evidentă a aplicării remediilor la alte ipoteze, cum ar fi neexecutarea justificată de imposibilitatea fortuită de executare [v., de pildă, V. Stoica, *Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român. Între dezideratul clarității și fatalitatea ambiguității*, în RRDP nr. 4/2013, pp. 9 urm.: „rezoluțiunea și rezilierea sunt sancțiuni pentru neexecutarea nejustificată (culpabilă) a contractului, în timp ce imposibilitatea fortuită de executare ridică problema repartizării riscului contractului între părțile care l-au încheiat” – în note este criticată tendința extinderii domeniului rezoluțiunii la ipotezele de neexecutare fortuită; pe larg, v. nr. 4).

³³ V., de pildă, Cas. I, dec. nr. 537/1915, în *Codul civil adnotat* (C. Hamangiu), V. II, All Beck, *Restitutio*, București, 1999, nr. 9, p. 571; T.S., col. civ., dec. civ. nr. 2299/1955, în LP nr. 1/1956; sau T.S., col. civ., dec. nr. 2266/1984, în C.D. 1984, p. 96. Pentru doctrina de azi, v. V. Stoica, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, All, București, 1997, pp. 54 urm., nr. 31-32; N. Daghie, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor*, Universul Juridic, București, 2013, pp. 123 urm.; G. Boroi, L. Stănciulescu, op.cit., p. 181 urm.); C.E. Zamșa, în F. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, C.H. Beck, București, 2014, p. 1752, nr. 6 urm.; nuanțat, în sensul că vinovăția este prezumată, v. V. Stoica, *art. precit.- Fundamentul rezoluțiunii și al rezilierii*, pp. 18-19; într-o altă lucrare, se deplânge diminuarea rolului unor condiții tradiționale ale rezoluțiunii, între care și vinovăția: „Diferitele legislații naționale fie nu mai recunosc principiul general al rezoluțiunii, încercând să reglementeze cazurile particulare în care este admisibilă rezoluțiunea, fie nu disting între neexecutarea culpabilă și neexecutarea fortuită, fie interzic cumulul rezoluțiunii cu daunele-interese, fie oscilează între acceptarea rolului judecătorului și declarația unilaterală de rezoluțiune.” (V. Stoica, *art. precit. - Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român. Între dezideratul clarității și fatalitatea ambiguității*, p. 14); L. Toma-Dăuceanu, *La résolution unilatérale. Droit comparé franco-roumain*, IRJS, Paris, 2016, p. 168, nr. 200 (în sensul că imputabilitatea este o condiție generală impusă de art. 1.516 C. civ.).

substanțiale a vinovăției; (iii) teza manifestă o oarecare mefiență (valabil doar pentru unii autori) față de noțiunea de remedii³⁴.

21. Tradiția juridică a tezei subiective. Această teză își are filonul în dreptul roman clasic și presupune ideea generală că sancțiunile aflate la îndemâna creditorului (remediile pentru neexecutare) sunt accesibile numai dacă este îndeplinită și condiția vinovăției debitorului în neexecutarea obligațiilor sale contractuale³⁵. Soluția a făcut carieră în codurile moderne, în principal în privința daunelor-interese contractuale³⁶. Ea era regula în cazul răspunderii contractuale din dreptul francez (fostul art. 1147 C.civ. fr.³⁷); în

³⁴ Unii autori repudiază explicit termenul remedii considerând că există suficiente argumente pentru menținerea termenului „sancțiuni” [v. M. Nicolae, *Natura juridică a „remediilor” (sancțiunilor) contractuale*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, L. Toma-Dăuceanu, *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, op.cit., pp. 582 urm. (în special, pp. 596 urm.)]. Alți autori rămân atașați termenului „sancțiune”, deși constată că noua reglementare „a renunțat însă, de principiu, la criteriul imputabilității, la neexecutarea culpabilă a contractului, în aranjarea mijloacelor oferite creditorului neplătit.” (P. Vasilescu, *Obligațiile*, Hamangiu, București, 2017, p. 527). Preferința pentru „sancțiuni” este moștenită din dreptul canonic unde ideile de sancțiune și culpă sunt legate pentru că nu era considerată admisibilă aplicarea unei sancțiuni decât pentru o faptă comisă din culpă. Conținutul moral al ideii de sancțiune obliga la aceasta. Pentru rezoluțiune, v. F. Terré, E. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 2017, p. 852, nr. 794; în general, v. J. Witte Jr., F.S. Alexander, *Christianity and Law. An Introduction*, Cambridge University Press, 2008, p. 127 urm.; Zimmermann, op.cit., p. 576 urm.

³⁵ V. *supra*, partea a III-a.

³⁶ Pentru că nu aceeași observație se poate face în privința tuturor celorlalte remedii pentru neexecutare. Ptr. daune-interese, v. R.-J. Pothier, op.cit., p. 68, nr. 161; R. von Jhering a afirmat în susținerea acestei tradiții că vinovăția este la fel de indispensabilă pentru daunele-interese precum oxigenul este pentru flacără [*apud.* T. Rűfner, în N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), op.cit., p. 1168, nr. 9].

³⁷ Art. 1147 C.civ. fr. prevedea indirect că principiul în materia răspunderii este cel al vinovăției indicând că debitorul este ținut la daune-interese dacă nu este în măsură să justifice printr-o cauză străină neimputabilă lui neexecutarea sau executarea cu întârziere a obligațiilor sale [„(...) *toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (...)*”]. Deși în mod tradițional textul este văzut ca fondator al răspunderii bazate pe vinovăție, el a fost adesea calificat ca instituind o prezumpție de vinovăție în sarcina

dreptul elvețian (art. 99 C. elvețian al obligațiilor³⁸); în dreptul austriac (§ 920 și § 1295 ABGB³⁹); și, în mod special, în dreptul german (§ 276 BGB⁴⁰). În

debitorului („*Le seul intérêt du texte - mais il est considérable - est de présumer que l'inexécution est le fait du débiteur: il incombe au débiteur d'établir une cause étrangère.*” - v. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, T. II, V. 1, *Obligations. Théorie générale*, 9e éd. par F. Chabas, Montchrestien, Paris, 1998, p. 443, nr. 435). Textul a fost înlocuit în anul 2016 de art. 1231-1 care menține aceeași regulă, arătând că debitorul poate fi obligat la daune-interese dacă neexecutarea nu este justificată de o cauză de forță majoră [„(...) *s'il ne justifie pas que l'inexécution a été empêchée par la force majeure.*”]. Istoricul reglementării îl are în centrul atenției pe Domat [„*Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne (...) doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire*” (*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, L. II, t. VIII, S. IV, n° 1, apud Ph. Le Tourneau, Rép. de dr. civ. Dalloz, *Responsabilité: généralités* (mai 2009, actualisation -janvier 2020), nr. 109; adde H. Boucard, *Responsabilité contractuelle* (juillet 2018, actualisation - juillet 2020), Rép. de dr. civ. Dalloz, nr. 372.

³⁸ Art. 99 alin. (1) C. elvețian al obligațiilor („*En général le débiteur répond de toute faute*”). Textul are o valoare generală și se consideră că instituie o condiționare generală a remediilor de existența vinovăției, fără însă a exclude excepțiile. Principiul general al vinovăției statuat de alin. (1) se aplică și în materie contractuală, potrivit alin. (3) al aceluiași articol (v. P. Tercier, P. Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 6e éd., Schulthess, Genève-Zurich, 2019, p. 282; I. Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Sechste Aufl., Stämpfli, Bern, 2012, pp. 77 urm. - unde se poate observa o scădere spre dispariție a interesului pentru condiția vinovăției, fie și dacă este vorba de daune-interese).

³⁹ § 920 ABGB conferă remediile daunelor-interese și rezoluțiunii numai pentru neexecutarea cu vinovăție (*Erfüllung durch Verschulden vereitelt*). § 1295 ABGB condiționează acordarea daunelor-interese de vinovăție (*Verschulden*).

⁴⁰ § 276 par. (1) BGB care consacră răspunderea debitorului (*Verantwortlichkeit des Schuldners*, trebuie înțeles ca referindu-se la toate remediile pentru neexecutare, nu doar la daunele-interese) pentru toate neexecuările dacă acestea sunt comise/omise cu intenție (*Vorsatz*) sau neglijență (*Fahrlässigkeit*). Mai mult, printr-o conectare directă la tradiția romană a *culpam praestare*, potrivit par. (2) debitorul este ținut răspunzător în cazul în care nu depune diligențele rezonabile în executarea obligațiilor sale. Forma actuală a acestui text, caracterizat ca reprezentativ în galeria codificărilor principiului vinovăției (*Verschuldenprinzip*), admite, începând cu reforma din anul 2002, și o răspundere care nu este bazată pe culpă, dar care are natura unei excepții. Această excepție majoră se referă, în realitate, chiar la răspunderea contractuală – este vorba de actuala reglementare a § 280 BGB care guvernează toate ipotezele în care prejudiciul a fost cauzat ca urmare a încălcării unei îndatoriri rezultate dintr-o obligație concretă preexistentă. Excepția funcționează în sensul general potrivit căruia, în materie contractuală, operează prezumția de culpă (v. R. Schulze, în G.

dreptul românesc anterior reformei din anul 2011, regula era cea preluată din art. 1147 C.civ. fr. (art. 1082 V. C. civ. fiind o traducere a versiunii franceze⁴¹).

22. Contradicțiile interne. Potrivit acestei teze, în principiu, vinovăția este o condiție a remediilor pentru neexecutare, cu excepția prevederilor exprese contrare. Așadar, teza lasă să fie considerate excepții numeroasele cazuri în care este de notorietate că nu se poate impune condiția vinovăției. Interesul special pentru această condiție este mai cu seamă exprimat în materia rezoluțiunii pentru neexecutare, unde se susține, în

Dannemann, R. Schulze, *German Civil Code*, V. I, Books 1-3, *Article-by-Article Commentary*, C.H. Beck - Nomos, München, 2020, pp. 405 urm. și p. 409; mai detaliat, v. M.J. Schermaier, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, V. II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 1 Teilband, §§ 241-304, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 1032 urm. și mai ales pp. 1179 urm.).

⁴¹ Art. 1082 V. C.civ.: „Debitorul este osândit, de se cuvine, la plata de daune-interese sau pentru neexecutarea obligației, sau pentru întârzierea executării, cu toate că nu este re-credință din parte-i, afară numai dacă nu va justifica că neexecutarea provine din o cauză străină, care nu-i poate fi imputată”. Optica era întărită de art. 1083 V.C.civ. care indica expres exonerarea de răspundere în cazul forței majore. Optica vremii era în sensul că vinovăția este un principiu al răspunderii, că vinovăția este prezumată în materie contractuală și că prezumția ar putea fi înlăturată prin probarea imposibilității fortuite [D. Alexandresco, op.cit. - *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, T. V, *Obligațiile (I)*, Tipografia Națională, Iași, 1898, p. 504: „(...) pentru că dacă este de principiu că culpa delictuală sau aquiliană nu se presupune; din contră, de câte ori o obligație naște din contract (...), debitorul trebuie să justifice liberațiunea sa, ceea ce la caz de neexecutarea obligațiunei, lasă a se presupune o culpă, până la dovedirea casului fortuit, dovadă ce trebuie să se facă de debitorul care se pretinde liberat (...)”]; M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, All Educational, București, 1998, p. 429; oarecum în sensul prezumării culpei contractuale ca efect al neexecutării, v. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu, *Tratat de drept civil*, V. 2, All, București, 1998, p. 541; mai recent, în sensul unei răspunderi contractuale bazate eminent pe culpă, dar și în sensul indirect al prezumării culpei contractuale, v. C. Stătescu, C. Bîrsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Hamangiu, București, 2008, p. 332; este de înțeles că lucrările citate se referă, în realitate, la toate remediile pentru neexecutare). Adde, C. Opreșan, *Sancțiunea în dreptul civil român. O posibilă sinteză*, în RRD nr. 11/1982, pp. 20 urm.; M. Costin, *Contribuții la studiul sancțiunii juridice*, în SCJ, 1978, nr. 2, pp. 146 urm.; M. Mureșan, D. Chirică, *Contribuții la studiul conceptului de sancțiune civilă (I)*, în „Studii de drept privat”, Universul Juridic, București, 2010, pp. 70 urm. (v., în special, pp. 75 urm., pp. 78 urm.).

continuarea unei tradiții doctrinare și jurisprudențiale românești⁴² că una din condițiile substanțiale ale rezoluțiunii este vinovăția⁴³. Unul din argumentele centrale ale acestei teze (exprimat explicit sau implicit) este acela că toate condițiile prevăzute de art. 1.516 alin. (2) C.civ. pentru activarea remediilor sunt pe deplin aplicabile și în materia rezoluțiunii dacă nu se prevede altfel. În mare, ideea este aceea că remediile la care se referă art. 1.516 C.civ. nu sunt aplicabile decât în ipotezele în care avem de a face cu neexecutări nejustificate culpabile. Pentru toate celelalte ipoteze, remediile ar fi aplicabile numai printr-un mecanism analogic dacă legiuitorul permite analogia. Pe de altă parte, în această teză, imposibilitatea fortuită de executare constituie o ipoteză cu un regim aparte pentru care s-ar aplica doar anumite reguli în materia remediilor dacă legiuitorul prevede⁴⁴. În acest din urmă caz, remediile pentru neexecutare nu ar fi aplicabile, se spune, deoarece potrivit art. 1.557 alin. (1) C.civ. desființarea contractului se produce cu titlu automat, adică de plin drept, din chiar momentul producerii evenimentului care generează imposibilitatea. Prin urmare, nu poate fi vorba de aplicarea vreunor remedii

⁴² Vinovăția în materia rezoluțiunii era regula comună în V.C.civ. V., de pildă: C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, V. 2, All, București, 1998, p. 539; T.R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 138; D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 432; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, All Educational, București, 1988, p. 86, nr. 75; L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Lumina Lex, București, 2000, p. 78; V. Stoica, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, All, București, 1997, p. 55. Jurisprudența era în același sens (v., de pildă, C.S.J., s. civ., dec. nr. 824/1999, în *Dreptul* nr. 12/2003, p. 228; I.C.C.J., s. civ., dec. nr. 536/2005, în *Dreptul* nr. 5/2006, p. 269).

⁴³ V. *supra*, autorii indicați la notele nr. 39, 30.

⁴⁴ Optica este puternic înrădăcinată într-o schemă de comentare a V.C.civ. care includea în noțiunea de „efecte specifice ale contractelor sinalagmatice” teoria riscurilor care la rândul ei includea imposibilitatea fortuită de executare. Pentru aceasta exista o reticență majoră în aplicarea remediilor comune pentru orice neexecutare (e.g. C. Stătescu, C. Bîrsan, op.cit., pp. 83 urm.).

pentru neexecutare. Prin excepție, dacă evenimentul fortuit atrage o imposibilitate temporară de executare, s-ar putea aplica regulile rezoluțiunii, „în mod corespunzător”, dar nu ar fi vorba de o rezoluțiune propriu-zisă. Oare este această interpretare convergentă cu linia actualei reglementări ? Credem că ea constituie o interpretare mai degrabă „literală” a textelor și că evită formularea vreunei reguli care să jeneze ansamblul tezei așa cum exista ea înainte de intrarea în vigoare a noului cod. Dar mai credem și că, în cele din urmă, relevanța practică a împărtășirii acestei opinii sau celei opuse este și ea redusă.

22. In aceeași teză, în mod curios, se susține însă că, în interpretarea art. 1.530 C.civ., vinovăția nu ar fi o cauză absolută a remedii daunelor-interese, invocându-se formularea textului legal care alătură neexecutării fără justificare și formula „după caz, culpabile a obligației”⁴⁵. Se susține astfel că daunele-interese ar putea fi acordate în ipoteza unei neexecutări fără justificare culpabile sau chiar și neculpabile⁴⁶. In ce privește neexecutarea fără justificare și neculpabilă chiar și ea ar putea justifica angajarea unei răspunderi contractuale⁴⁷, ipoteze în care ar fi vorba de o răspundere contractuală obiectivă⁴⁸. O asemenea interpretare dă o oarecare justificare formulării curioase a art. 1.530 C.civ. care ne sugerează mai degrabă o eroare de redactare decât o alegere rațională a legiuitorului. Trebuie însă să reținem că există o oarecare justificare suplimentară pentru această optică și că ea se întemeiază pe existența obligațiilor de garanție [art. 1.695 urm. C.civ. și art.

⁴⁵ V. V. Stoica, *art. precit. - Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român. Intre dezideratul clarității și fatalitatea ambiguității*, nota nr. 16.

⁴⁶ Ptr. această distincție, v. F. A. Baias, V. Cîlțea, *art. precit.*, pp. 682 urm.

⁴⁷ V. V. Diaconiță, *op.cit.*, p. 90 (autorul nefiind, de altfel, un partizan al tezei tradiționaliste în materia remediilor).

⁴⁸ V. F. A. Baias, V. Cîlțea, *op.cit.*, p. 684

1.707 urm. C.civ.], despre care se susține chiar și în dreptul comparat că am avea de a face cu o formă de răspundere obiectivă⁴⁹. Un alt exemplu îl constituie obligația care are ca obiect bunuri de gen pentru a căror neexecutare imposibilitatea fortuită nu constituie o justificare [art. 1.636 alin. (6) C.civ.].

23. In sinteză, am putea susține că deficiențele tezei subiective sunt următoarele: **(i)** nu rezolvă într-o formulă unitară la nivelul remediilor, toate formele de neexecutare a contractului (culpabile sau neculpabile, deopotrivă); **(ii)** pentru acest motiv, nu oferă un răspuns ferm cu privire la tratamentul imposibilității fortuite de executare; **(iii)** nu poate prezenta o explicație bazată pe vinovăție acolo unde este vorba de aplicarea remediilor la neexecutarea obligațiilor având ca obiect bunuri de gen; **(iv)** nu poate prezenta o explicație bazată pe aceeași vinovăție pentru aplicarea remediilor la obligațiile de garanție, în special contra viciilor ascunse și evicțiunii în ipotezele în care vânzătorul (înstrăinătorul) este inocent; **(v)** în pofida subiectivismului său, această teză pledează, uneori, pentru daune-interese „obiective” neconsiderând eronată alăturarea nejustificării și vinovăției în formularea art. 1.530 C.civ.

VII. Opinia „utilitaristă” și contradicțiile sale interne

24. Legitățile sistemului remediilor. In această opinie, aflată într-o aparentă opoziție cu teza tradițională⁵⁰, se susține că interpretarea care

⁴⁹ V. G.H. Treitel, op.cit. – *Remedies for Breach of Contract*, pp. 10 urm.; F. Ranieri, op.cit. - *Europäisches Obligationenrecht*, pp. 708 urm. (pentru așa-zisul model preluat din *common law*).

⁵⁰ V. *supra*, secțiunea V.

trebuie dată art. 1.516 alin. (2) C.civ. este parțial diferită. În sinteză, legitățile remediilor ar fi următoarele: **(i)** remediile pot fi activate de îndată ce există o neexecutare; **(ii)** toate remediile pot fi activate în cazul neexecutării fără justificare (cu referire specială la executarea în natură, excepția de neexecutare, rezoluțiune și daune-interese - *i. e.* toate remediile sunt aplicabile pentru neexecutarea cu vinovăție); **(iv)** toate remediile, cu excepția daunelor-interese și executării silite în natură, sunt aplicabile neexecutării cauzate fortuit; **(iv)** în particular, se susține că rezoluțiunea poate fi invocată cu succes și în cazul neexecutărilor neculpabile⁵¹.

⁵¹ *In nuce*, teza era prezentă în dreptul românesc încă înainte de intrarea în vigoare a Codului civil. V., în special, D. Alexandresco, *Dreptul civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, T. VI, *Despre obligațiuni*, Tipografia Națională, Iași, 1900, p. 84 (în sensul aplicării rezoluțiunii și la ipotezele de neexecutare cauzată de caz fortuit sau forță majoră); L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, V. II, *Contractul*, Universul Juridic, București, 2009, pp. 734 urm., nr. 296 [în sensul că singura condiție absolut necesară ptr. a se putea invoca rezoluțiunea este „neexecutarea ilicită a obligațiilor contractuale de către debitor, indiferent dacă neexecutarea este sau nu culpabilă” (*ibidem*, p. 735)]; după intrarea în vigoare a Codului civil, *v.*, în același sens, I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, București, 2015, pp. 180 urm. (unde am încercat să articulăm o teorie generală „obiectivă” a remediilor); P. Vasilescu, *Obligațiile*, Hamangiu, București, 2017, p. 535 [despre rezoluțiune fără vinovăție, deși la nota nr. 1 se trimite la noțiunea de neexecutare imputabilă debitorului; dar *v.* în general, despre remedii, p. 526, unde se constată declinul condiției vinovăției în materie, deși remediile sunt numite „sanțiuni ale neexecutării contractului”; *v.* și p. 531, în sensul aplicării regulilor rezoluțiunii în cazul imposibilității fortuite temporare de executare]; G. A. Ilie, *Riscurile în contracte. De la vechiul la noul Cod civil*, Universul Juridic, București, 2012, pp. 84 urm.; pp. 496 urm. (atât pentru vechea, cât și pentru noua reglementare, remediile și mai cu seamă rezoluțiunea, se aplică și imposibilităților fortuite de executare a contractelor sinalagmatice); C. Popa, A. Lisievici, *Rezoluțiunea în Noul Cod civil* (I), în RRDA nr. 8/2012, p. 43; V. Diaconiță, *op.cit.*, pp. 131 urm. (în special, pp. 134-135); C. Paziuc, *op.cit.*, pp. 101 urm. (ideea așteptării legitime ca măsură a remedii rezoluțiunii indică detașarea autorului de orice condiție a culpei debitorului pentru invocarea acestui remediu); N. Daghie, *op.cit.*, p. 182 (deși nu este limpede dacă autoarea nu înțelege cumva să califice rezoluțiunea ca o formă de răspundere contractuală, caz în care condiția culpei ar fi necesară).

25. Locul vinovăției. In acest context, principiul este cel conform căruia vinovăția este doar un element posibil al definiției neexecutării contractuale, dar nu este o condiție a activării remediilor. Altfel spus, vinovăția, spre deosebire de optica tradițională, nu este nicidecum o condiție a remediilor, ci doar o cerință a abaterii contractuale pe care o numim neexecutare⁵². Putem spune că vinovăția ne oferă o *încălcare a contractului* care se include în conceptul larg de *neexecutare*. Cu alte cuvinte, încălcarea este specia, în timp ce neexecutarea este genul. Într-o anumită măsură, această distincție oglindește distincția uneori reținută în dreptul comparat între *breach of contract* și *non-performance of contract*.

26. Neexecutarea nejustificată nu înseamnă neapărat neexecutare culpabilă decât în privința remediuului daunelor-interese. In acest caz, textul art. 1.530 C.civ., astfel cum s-a arătat în doctrină, este „nefericit” formulat⁵³. De fapt, daunele-interese sunt remediul pentru care teza face excepție de la regula obiectivă și apreciază că vinovăția ar trebui să fie o condiție absolută⁵⁴. Tot exceptată de la regula obiectivă este uneori executarea silită în natură: în măsura în care imposibilitatea fortuită duce la o imposibilitate de executare în natură, remediul este inaplicabil.

27. Probabil că, în opinia susținătorilor tezei obiective, textul art. 1.530 C.civ. ar fi trebuit formulat diferit, în sensul că daunele-interese sunt aplicabile atunci când avem de a face cu o neexecutare comisă cu vinovăție și,

⁵² V. G.H. Treitel, op.cit., p. 9; B. Nicholas, *Fault and Breach of Contract*, în J. Beatson, D. Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law*, pp. 337 urm.

⁵³ V. V. Stoica, V. Stoica, *art. precit. - Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român. Intre dezideratul clarității și fatalitatea ambiguității*, nota nr. 16; C. Paziuc, op.cit., pp. 377 urm. [unde autorul construiește o întregă teorie în vederea interpretării coerente a art. 1.530 C.civ., folosindu-se de noțiuni precum „culpa obiectivă” (imputabilitate obiectivă) și „culpa subiectivă” (imputabilitate subiectivă)].

⁵⁴ V. I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, op.cit., p. 239, nr. 153.

cu titlu de excepție, atunci când legea prevede expres, ele ar putea fi aplicate și unei neexecutări nejustificate, dar neculpabile. Pe cât de tradițional e principiul vinovăției în materie de răspundere contractuală, pe atât de tradiționale sunt și excepțiile de la acesta, adică acele cazuri în care răspunderea contractuală are un caracter obiectiv. Este din nou vorba de obligația care are ca obiect bunuri de gen [art. 1.634 alin. (6) C.civ.], de obligațiile de garanție [în special contra evicțiunii (art. 1.695 urm. C.civ.) și contra viciilor ascunse (art. 1.707 urm. C.civ.), dar nu numai]. În ultimele două cazuri, răspunderea contractuală este, în realitate, limitată la *interesul restituirii*⁵⁵ în caz de rezoluțiune pentru cauze de evicțiune sau pentru vicii ascunse fără viclenie (*i.e.* fără intenție, eventual chiar fără vinovăție) și devine o răspundere agravată (acoperind și *interesul executării* sau pe cel al *așteptării legitime a creditorului*) dacă viciile sau cauza de evicțiune au fost ascunse intenționat (*i.e.* vinovat, cu rea-credință, cu intenție). În ultimele două cazuri, dacă lipsește vinovăția, observăm că tratamentul este, în realitate, simetric celui al imposibilității fortuite de executare în cazul căreia, desființarea automată a contractului atrage restituirea reciprocă a prestațiilor părților.

28. Vinovăția văzută punctual. În materia rezoluțiunii, această opinie este insistent împotriva reținerii condiției vinovăției pentru activarea

⁵⁵ V. I.F. Popa, *Coordonatele răspunderii contractuale* (I), în RRDP nr. 5/2015, pp. 156 urm., nr. 12; C. Paziuc, *Interesul ocrotit prin daunele-interese contractuale și calculul daunelor-interese*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, L. Toma-Dăuceanu, op.cit., pp. 690 urm. Practic, limita daunelor-interese subsecvente desființării unui contract pentru evicțiune sau vicii ascunse în cazurile în care vânzătorul a fost de bună-credință (înțelegem, în principiu, că a acționat fără vinovăție), se rezumă la restituirea unei plăți considerate retroactiv ca nedatorate. În acest sens sunt formulate art. 1.702 C.civ. [care este adevărat că include o excepție inexplicabilă de la regula, la alin. (1) lit. a) incluzând în sfera daunelor-interese și „pierderile suferite și câștigurile nerealizate de către cumpărător din cauza evicțiunii”] și mai ales art. 1.712 alin. (2) C.civ. [care nu cuprinde nicio abatere de la regula restituirii].

remediului⁵⁶ sau mai bine zis pentru indiferența vinovăției în invocarea rezoluțiunii. Raționamentul se bazează tot pe textul art. 1.516 alin. (2) C.civ., dar și pe existența în capitolul dedicat remediilor a imposibilității fortuite de neexecutare supusă uneori aceluiași remedii. În esență: rezoluțiunea poate fi invocată dacă neexecutarea este suficient de importantă și nejustificată. Justificările ar fi excepția de neexecutare sau imposibilitatea fortuită. Și totuși, pentru ultima, ori se desființează automat contractul, ori se aplică remediile. Prin urmare, de ce să reținem vinovăția ca și condiție? Argumentele colaterale sunt și ele numeroase. Se invocă, în special garanția contra viciilor ascunse și cea contra evicțiunii, ipoteze în care este de notorietate că vinovăția nu este o condiție a invocării rezoluțiunii.

29. Contradicții. Si această teză are limitele sale explicative. Între altele: **(i)** nu poate oferi o explicație logică pentru daunele-interese acordate în cazul neexecutării obligațiilor purtând asupra bunurilor de gen; **(ii)** nu poate oferi decât cu prețul unor ficțiuni juridice o interpretare coerentă a art. 1.530 C.civ.; **(iii)** nu ține seama de formularea art. 1.557 alin. (2) C.civ. care trimite prin analogie doar la remediu rezoluțiunii în caz de imposibilitate fortuită temporară; **(iv)** nu conferă art. 1.516 C.civ. statutul de text unic, de fond, privind condițiile aplicării remediilor.

VIII. Schema de interpretare logică a textelor legale

30. Contradicțiile legale. Din păcate, în privința interpretării textelor legale aferente remediilor, trebuie să admitem că acestea nu au o coerență logică desăvârșită. Astfel, nu putem să nu observăm cel puțin două

⁵⁶ V. *supra* nota nr. 47.

ușoare contradicții care există între textele aferente remediilor. Prima: între formularea art. 1.516 alin. (2) C.civ.⁵⁷ și cea a art. 1.530 C.civ. Primul text admite că neexecutarea fără justificare permite aplicarea remediilor, în timp ce al doilea adaugă la condiția enunțată și formula "(...) sau, după caz, culpabile a obligației.". A doua: între formularea art. 1.530 C.civ. (care sugerează posibilitatea acordării daunelor-interese și în ipotezele în care debitorul nu este vinovat de neexecutare, alături de cele în care neexecutarea este "vinovată") și art. 1.547 C.civ. (care prevede că debitorul este ținut să repare prejudiciul cauzat cu intenție sau din culpă, adică, în ambele cazuri, cu vinovăție).

31. Concilierea textelor. Este oare posibilă o conciliere a contradicțiilor de mai sus ? Credem că răspunsul este afirmativ. Soluția de compromis presupune o îmbinare a teoriei tradiționale cu cea „utilitaristă”⁵⁸ referitoare la remedii. Cel puțin două metode de interpretare a textelor legale ne îndreaptă spre o soluție rezonabilă de conciliere în materia supusă atenției.

32. Interpretarea restauratoare. Așa-numita *retrieving interpretation*⁵⁹ este metoda care pretinde o restaurare a sensului original, dorit de legiuitor, cu privire la textul supus interpretării. Pentru aplicarea metodei este necesară verificarea a ceea ce în teoria interpretării juridice se cheamă *drafting history*. De aceea, suntem obligați să facem un retur

⁵⁷ Despre care putem spune că este dublat de art. 1.350 alin. (2) C.civ. care oferă o definiție a răspunderii contractuale concurentă celei din art. 1.530 C.civ., ambele referindu-se la „neexecutarea fără justificare” a obligațiilor.

⁵⁸ Calificarea îi aparține prof. M. Nicolae (v. M. Nicolae, *art. precit.* – *Natura juridică a „remediilor” (sanctiunilor) contractuale*, p. 612-613.

⁵⁹ Pentru care, v. J. Raz, *Interpretation Without Retrieval*, în A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 155 urm. (deși autorul militează împotriva acestei metode de interpretare este limpede că o consideră cea mai la îndemână pentru juristul de astăzi).

cronologic și comparat la sursele textelor legale în discuție. Primul și cel mai important text, art. 1.516 alin. (2) C.civ. își are sursa în art. 1590 alin. (2) C.civ. Québec⁶⁰ pe care îl reproduce. Sensul acestui text este acela că accesul la remediile pentru neexecutare este deschis de o neexecutare ilicită, adică lipsită de justificare. Justificările, adică acele situații care fac ca neexecutarea să aibă un caracter licit sunt parțial indicate de art. 1.555-1.557 C.civ. (ordinea executării prestațiilor, excepția de neexecutare și imposibilitatea fortuită de executare). Parțial, deoarece există și alte cazuri care pot face ca o neexecutare să aibă un caracter licit (de pildă, neexecutarea imputabilă creditorului, fără ca fapta creditorului să constituie neapărat o ipoteză de imposibilitate fortuită pentru debitor - art. 1.517 C.civ.; poate fi vorba chiar de prescripție care și ea poate constitui o justificare; s-a susținut că și compensația legală poate avea caracterul unei justificări a neexecutării⁶¹). Cu toate acestea, textul art. 1.516 alin. (2) C.civ. nu prevede nicidecum că remediile menționate în text se pot aplica numai în cazurile de neexecutare fără justificare a obligațiilor. Prin urmare, formularea sa actuală admite că este posibilă aplicarea remediilor și pentru alte neexecutări. În cadrul acestor neexecutări putem include neexecutarea cauzată fortuit [art. 1.557 alin. (2) C.civ.] sau neexecutarea fără

⁶⁰ Art. 1590 alin. (2) C.civ. Québec începe cu această formulare: "*Lorsque le débiteur, sans justification, pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation: (...)*". Ptr. Explicații, v. M. Nicolae, *art. precit.* - *Natura juridică a „remediilor” (sanctiunilor) contractuale*, p. 584 urm.; V. Diaconiță, *op.cit.*, p. 61 urm.; F. A. Baias, V. Cîlța, *art. precit.*, p. 680 urm.

⁶¹ V. Sunt calificate ca „neexecutări legitime ale obligațiilor”, de pildă, confuziunea și remiterea de datorie (v. D. Lluelles, B. Moore, *Droit des obligations*, 3e éd., Thémis, Montréal, 2018, pp. 1671 urm.). În același sens, despre compensație, v. A. Buciuman, *La compensation - justification de non-exécution*, în A-R. Trandafir, M. D. Bob, *Inexécution et justifications. Le pouvoir actuel d'expression du droit continental*, Universul Juridic, București, 2019, p. 107 urm.

vinovăție a obligațiilor având ca obiect bunuri de gen [art. 1.634 alin. (6) C.civ.].

33. Formularea prezentă în art. 1590 C.civ. Québec (aparent de „drept nou”) poate fi analizată și în raport cu utilizarea vinovăției în sistemele de drept despre care se spune că pun în practică teza obiectivă în materia remediilor. Vom observa, la o atentă comparație, că între cele două formule juridice de aplicare a remediilor nu există un clivaj real. Intre altele, § 314 din first Restatement of Contract Law⁶² insistă asupra elementului vinovăție în definirea noțiunii de „breach of contract”. În plus, în nota aferentă Capitolului 11 din Restatement 2d of Contracts, se afirmă „*Contract liability is strict liability (...). The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault (...)*”. În dreptul anglo-american, lipsa justificării este doar un element al definiției neexecutării și al calificării acesteia. Cu toate acestea, chiar și într-un asemenea sistem, obiectivismul absolut ar însemna lipsa cauzelor care exonerează de răspundere contractuală. Or, în toate aceste sisteme de *common law*, răspunderea nu poate fi angajată (daunele-interese nu pot fi acordate) în cazul în care neexecutarea este scuzată de o ipoteză de forță majoră. De pildă, sistemul american invocat, recunoaște în § 261 din 2d Restatement of Contracts dreptul la neexecutare al persoanei obligate în cazul unei imposibilități fortuite survenite (*supervening impracticability*). Astfel cum s-a arătat, puntea între sistemele obiectiviste și cele subiectiviste este

⁶² § 314 First Restatement of Contract Law: „*A failure, without justification, to perform all or any part of what is promised in a contract is a breach thereof.*” Se consideră că textul subliniază că exigența vinovăției vizează definiția neexecutării contractuale și nu condiționarea remediilor (v. G.H. Treitel, op.cit., p. 8). Desigur că, această formulare nu este nici ea neapărat originală. Aceeași idee e inspirată însă și de vechiul art. 1147 C.civ. fr. care utilizează și el formula „*ne justifie pas que l'inexécution (...)*”. Am spune, în terminologia *common law* că definițiile de mai sus permit stabilirea unei distincții între *non-performance* și *breach* (v. J. Kleinschmidt, în N. Jansen, R. Zimmermann, op.cit., p. 1080, nr. 13).

dată de cuplul antagonic vinovăție/forță majoră⁶³. Ducând mai departe ideea, se poate susține că nici măcar nu există un sistem al remediilor integral obiectiv⁶⁴.

34. Concluzia este aceea că sensul original al art. 1.516 alin. (2) C.civ. nu vizează vinovăția ca și condiție generală de aplicare a tuturor remediilor, dar nici nu o exclude. Mai degrabă, articolul citat se servește de ea în crearea unui anumit tip de abateri contractuale – *neexecuările nejustificate culpabile*⁶⁵. Dar putem identifica și ipoteze de *neexecutare nejustificată neculpabile* admise de toate sistemele în materie de remedii (obligațiile de plată a unor sume de bani, de predare a unor bunuri de gen, respectiv obligațiile de garanție) pentru care se admite angajarea obiectivă a răspunderii contractuale. Dacă este așa, înseamnă că *vinovăția va putea fi considerată condiție a aplicării unui remediu doar dacă este indicată expres de legiuitor în reglementarea individuală a remediilor*. Că acesta este sensul acordat de legiuitorul român și că intenția sa nu este totalmente identică celei a legiuitorului canadian, ne este probată de existența art. 1.557 alin. (2) C.civ.,

⁶³ V. G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, Sweet & Maxwell, Londra, 2014, pp. 5 urm. Până și în faimoasa doctrină a contractelor absolute, fundamentată de cazurile *Paradine v. Jane* (1647) și *Taylor v. Caldwell* (1863), interpretarea oferită de doctrina de *common law* în zilele noastre este în sensul că absolutismul contractului poate fi înfrânt de forța majoră (*idem*, pp. 20 urm.). Despre cea de a doua cauză, v. B. Nicholas, *art. precit.*, pp. 346 urm.; G.H. Treitel, *op.cit.* – *Frustration and Force Majeure*, pp. 40 urm.

⁶⁴ Până și Convenția de la Viena privind vânzarea internațională de mărfuri (1980) despre care se spune că instaurează un sistem eminent obiectiv în materie de remedii și care deliberat omite condiția vinovăției în reglementarea pe care o oferă daunelor-interese (art. 74-77), are grijă să reglementeze și două excepții pentru întregul sistem al remediilor: impedimentul în executare care este dincolo de controlul părții ținută la executare (art. 79) și neexecutarea cauzată de fapta celeilalte părți (art. 80). Pentru tematică, v. I. Schwenzer, în I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford, 2016, pp. 1057 urm.

⁶⁵ Ptr. Identificarea categoriei în dreptul nostru, v. F. A. Baias, V. Cîlțea, *art. precit.*, p. 682 urm.

un paragraf inspirat, nu din modelul canadian⁶⁶, ci din art. 7.1.7 par. (2) al Principiilor UNIDROIT, respectiv din art. 8:108 par. (2) PDEC⁶⁷ și art. III.-3:104 par. (3) DCFR, toate aceste texte fiind înclinate spre ideea aplicării remediilor pentru neexecutare ipotezelor de imposibilitate temporară fortuită de executare⁶⁸.

35. Chestiunea vinovăției ține într-o mare măsură de factualismul și diversitatea remediilor. Reconcilierea art. 1.530 C.civ. cu celelalte texte (art. 1.350, 1.516 și mai ales, art. 1547 C.civ.) poate fi înțeleasă în această cheie: daunele-interese sunt virtual aplicabile neexecutării fără justificare culpabile (majoritatea abaterilor contractuale) și, prin excepție, și unor neexecutări fără justificare neculpabile (obligațiile având ca obiect bunuri de gen și obligațiile de garanție). Tot în chip de concluzie, trebuie să reținem că art. 1.516 alin. (2) C.civ. nu este atât de diferit de rudele sale din common law și că, în realitate, reglementarea cauzelor care îl exonerează de răspundere pe debitor sunt o probă că prezumarea culpei sale este regula în materia remediilor (regulă-condiție pentru teoria subiectivă; regulă-punct de plecare în teoria obiectivă a remediilor)⁶⁹.

⁶⁶ V. formularea art. 1470 C.civ. Québec care nu se regăsește decât în paragraful (1) al art. 1.557 C.civ. român.

⁶⁷ Probabil că art. 8:108 PDEC (identice în formulare cu art. III.-3:104 DCFR) constituie textul de inspirație pentru legiuitorul român: *Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.*

⁶⁸ In sinteză, v. T. Rűfner, în N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), op.cit., p. 1165 nr. 1 și pp. 1173 urm., nr. 17 urm.

⁶⁹ Pentru nivelul general al acestei observații (i.e. că nu există o discrepanță atât de mare cum pare la prima vedere între sistemele de remedii din dreptul continental și cel de *common law* sau între sistemele subiectiviste și cele obiectiviste), v. G.H. Treitel, op.cit. – *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, pp. 7 urm.; B. Nicholas, art. precit., pp. 337 urm.

36. Interpretarea constructivă. O a doua interpretare este cea constructivă. Este vorba de o interpretare a textelor legale menită să ne permită o soluție funcțională de utilizare a acestora⁷⁰. Vom putea observa, în acest context că, în general, vinovăția este, de principiu, o condiție nerelevantă prin prisma textelor dedicate remediilor (această concluzie este întărită și de interpretarea unei jurisprudențe care repetă sub forma unui automatism definiții tradiționale fără să ne convingă că mai crede în ele). Prin excepție, vom putea observa că vinovăția este particular importantă pentru definirea unui anumit tip de neexecutare căreia i se aplică un anumit set de remedii, mai extins decât cel aplicabil neexecuțiilor neculpabile. Premisa logico-juridică de la care pornim este următoarea: „Remediile disponibile pentru neexecutarea unei obligații depind de faptul că neexecutarea nu este justificată, este justificată de un impediment sau rezultă din comportamentul celeilalte părți. Această sumă de reguli reprezintă dreptul comun al normelor Statelor membre, chiar dacă acestea ajung la aproximativ aceleași rezultate

⁷⁰ Ea pornește de la ideea unității sistemului remediilor și de la presupuziția că remediile constituie o parte integrantă a drepturilor legal recunoscute și ocrotite (v. D. Friedmann, *Rights and Remedies*, în N. Cohen, E. McKendrick (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart, Oxford/Portland, 2005, pp. 3 urm. (în special, pp. 10 urm.).

prin intermediul unor structuri conceptuale diferite⁷¹. În aplicarea acestei metode, este important să observăm următoarele⁷²:

a) **art. 1.516 alin. (2) C.civ. face pereche, în principal, cu art. 1.557 C.civ.** și, în secundar, cu celelalte cazuri de justificare legală a neexecutării. De îndată ce debitorul unei obligații contractuale nu execută prestația la care s-a îndatorat, *trei⁷³ soluții sunt posibile*:

(i) neexecutarea este nejustificată [neexecutarea îi este imputabilă debitorului -neexecutare fără justificare imputabilă] - caz în care se vor putea aplica toate remediile pentru neexecutare, în funcție de adecvarea lor⁷⁴, ierarhia lor legală⁷⁵ și alegerea creditorului⁷⁶. Creditorul va avea dreptul să aleagă, în funcție de gravitatea neexecutării și respectând ierarhia legală a

⁷¹ V. C. von Bar, E. Clive (eds.), op.cit. – *DCFR. Full Edition*, V. I, p. 772. Cele trei reguli sunt sintetizate, probabil în cea mai modernă formulă de aplicare a remediilor, în art. III.-3:101 DCFR (*Remedies available*): (1) *If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.* (2) *If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages.* (3) *The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance.*"

⁷² Tendința „utilitaristă” este totuși manifestă în această interpretare (v. J. Kleinschmidt, în N. Jansen, R. Zimmermann, op.cit., p. 1083 urm.; pentru schema de interpretare comună, v. p. 1090, nr. 1).

⁷³ Îndeobște, în dreptul de origine al textelor noastre (dr. quebecoaz) se vorbește doar de primele două cazuri pe care le vom prezenta după formula: dacă neexecutarea nu este imputabilă debitorului, atunci se aplică teoria riscurilor (v. J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin, N. Vézina, *Le obligations*, 7e éd., Yvon Blais - Thomson Reuters, Cowansville, p. 1064, nr. 854; V. Karim, *Les obligations*, V. 2, *Articles 1497 à 1707*, 4e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 2015, p. 519, nr. 1384; mai amplu, v. D. Lluelles, B. Moore, op.cit., pp. 1707 urm., în special, nr. 2747 urm.).

⁷⁴ Pentru fiecare neexecutare există un remediu adecvat (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, op.cit., p. 183, nr. 120 B).

⁷⁵ O ierarhie legală cristalizată în jurul principiului *favor contractus* (*idem*, p. 185, nr. 120 C).

⁷⁶ În limitele respectării ierarhiei legale, creditorul are posibilitatea alegerii între remediile disponibile (*idem*, p. 187, nr. 120 E).

remediilor, între acordarea unui termen de executare (art. 1.521-1.526 C.civ.), executarea în natură (art. 1.527-1.529 C.civ.), rezoluțiunea/rezilierea/reducerea propriilor prestații (art. 1.549-1.554 C.civ.), excepția de neexecutare (art. 1.556 C.civ.) cumulabile toate cu daunele-interese (art. 1.530-1.548 C.civ.). *In acest caz remediile se aplică pentru o neexecutare comisă cu vinovăție adică pentru o încălcare a contractului;*

(ii) neexecutarea este justificată de o imposibilitate fortuită [nu îi este imputabilă debitorului, pentru că avem de a face cu o imposibilitate fortuită de executare - neexecutare justificată fortuită]⁷⁷ - caz în care, se va aplica teoria riscurilor care poate să includă sistemul remediilor sau nu. Astfel, dacă avem de a face cu o *imposibilitate totală și definitivă de executare* [art. 1.557 alin. (1) C.civ.], contractul este desființat de plin drept și se aplică dreptul restituirii prestațiilor executate (art. 1.635 urm. C.civ.)⁷⁸. Dacă avem de a face cu o *imposibilitate fortuită de executare temporară* [art. 1.557 alin. (2) C.civ.]⁷⁹, se vor aplica toate remediile adecvate, cu excepția celor care nu

⁷⁷ Având de a face cu una din versiunile „neexecutării licite”. Ptr. această noțiune, v., în special, C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2002. Sintagma a fost preluată și în dr. românesc. V., în special, L. Pop, op.cit. - Contractul, p. 509 urm., nr. 205; pentru determinarea noțiunii de „neexecutare nejustificată”, în opoziție cu „neexecutarea justificată”, adică licită, v. V. Diaconiță, *Neexecutarea fără justificare și neexecutarea culpabilă. Scurt exercițiu de corelare*, în RRDP nr. 1/2015, p. 86 urm.; V. Terzea, *Cauze justificate de neexecutare a obligațiilor contractuale*, în RRDP nr. 3/2019, p. 520 urm.

⁷⁸ V. A. G. Ilie, op.cit., p. 494 urm.; I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, op.cit., pp. 255 urm.; P. Vasilescu, op.cit., p. 531 (unde se vorbește, pentru ipoteza imposibilității parțiale fortuite, de o desființare „judiciară” a contractului, soluție cu care nu putem fi de acord); C. Zamșa, în F. A. Baias *et alii*, op.cit., p. 1765 (unde se vorbește de „un caz particular de rezoluțiune” pentru imposibilitatea fortuită parțială de executare).

⁷⁹ Sunt de adăugat aici și variantele intermediare: imposibilitate definitivă parțială de executare, imposibilitate temporară totală sau parțială și orice alte versiuni care nu intră în sfera unei imposibilități absolute și totale astfel încât pot justifica menținerea interesului creditorului pentru un „rest contractual” care mai poate fi executat (v. I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, op.cit., p. 257).

sunt compatibile cu lipsa de vinovăție. Așadar, în acest din urmă caz, sunt virtual aplicabile termenul suplimentar de executare, executarea silită în natură pentru ce a rămas posibil de executat după trecerea evenimentului fortuit, excepția de neexecutare, rezoluțiunea/reducerea prestațiilor/rezilierea (în cazul în care partea rămasă executabilă nu mai prezintă interes pentru creditor)⁸⁰. În ce privește daunele-interese, acestea nu vor putea fi solicitate pentru partea prestațiilor contractuale afectate de imposibilitatea fortuită, dar vor putea fi solicitate pentru restul prestațiilor cărora li se va aplica regimul comun al remediilor dacă creditorul înțelege să persiste în executare; identic, executarea în natură nu va putea fi solicitată pentru partea devenită imposibil de executat. *In această situație, avem de a face cu o neexecutare a contractului care nu este și o încălcare a acestuia;*

(iii) neexecutarea este cauzată în tot sau în parte de fapta creditorului - în acest caz, debitorul nu execută, ori pentru că cealaltă parte nu și-a executat ea însăși propria prestație și regula este simultaneitatea executării prestațiilor, ori pentru că cealaltă parte împiedică prin comportamentul său executarea prestațiilor debitorului. În ambele cazuri avem de a face, de cele mai multe ori, cu forme ale *mora creditoris* care transferă povara sau beneficiul remediilor către cealaltă parte. Prin excepție, poate fi vorba doar de o neexecutare cauzată fără vinovăție de creditor. Ambele situații sunt avute în vedere de art. 1.517 C.civ. (valabil pentru toate remediile) și art. 1.534 C.civ. (referitor la daunele-interese imputabile creditorului – în acest caz, este însă vorba doar de „acțiunea sau omisiunea sa

⁸⁰ V. C. von Bar, E. Clive (eds.), op.cit. – *DCFR. Full Edition*, pp. 785 urm. [formularea art. III.-3:104 par. (3) DCFR este extrem de relevantă: (3) *Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.*

culpabilă”), dar și de art. 1.556 C.civ. (privitor la excepția de neexecutare). Astfel, dacă debitorul dintr-un contract sinalagmatic este gata să execute, dar este împiedicat de creditor să o facă, creditorul însuși se pune în ipostaza unui debitor care încalcă contractul (neexecutând o obligație concretă prevăzută contractual sau dacă nu este cazul, cel puțin obligația generală legală de bună-credință contractuală). În acest caz, debitorul inițial va fi cel îndreptățit la invocarea remediilor pentru neexecutare.

b) Vinovăția este prezumată de neexecutare: "Culpa debitorului unei obligații contractuale se prezumă prin simplul fapt al neexecutării" (art. 1.548 C.civ.)⁸¹. Această regulă este aplicabilă oricărei neexecutări, numai că ea prezintă cu adevărat relevanță doar în privința daunelor-interese. Vom oferi câteva exemple. Dacă avem de a face cu invocarea rezoluțiunii pentru neexecutare, creditorul trebuie, în principiu, să probeze doar neexecutarea suficient de importantă. Debitorul se poate apăra probând o serie de justificări ale neexecutării. Dintre acestea, doar unele pot constitui o piedică în calea rezoluțiunii. Astfel, de pildă, dacă debitorul probează culpa creditorului (art. 1.517 și/sau 1.534 C.civ.), creditorul nu este îndreptățit la rezoluțiune pentru că atitudinea debitorului îmbracă, de fapt, forma unei excepții de neexecutare. Dacă însă debitorul probează imposibilitatea fortuită care afectează temporar sau parțial executarea, el nu poate împiedica rezoluțiunea [prin prisma interpretării oferite deja pentru art. 1.557 C.civ. – fiind în această privință nerelevant că regulile rezoluțiunii se aplică „prin analogie” sau în mod direct⁸²]. Un alt exemplu: creditorul

⁸¹ Soluție de tradiție în dreptul românesc (*v.*, de pildă, D. Alexandresco, *op.cit.*, T. V, *Obligațiile*, p. 494 (în special, nota nr. 1).

⁸² Se subliniază uneori că aplicarea regulilor rezoluțiunii ipotezei de imposibilitate fortuită temporară se face prin analogie, dată fiind formularea art. 1.557 alin. (2) C.civ. Chiar dacă admitem această perspectivă, ea nu schimbă cu nimic regula aplicării rezoluțiunii. În ce

solicită daune-interese pentru neexecutarea prestațiilor. El va fi ținut să dovedească doar neexecutarea, nu și condiția vinovăției. Desigur proba va trebui, în opinia noastră să aibă loc diferit după cum avem de a face cu obligații de rezultat (proba neexecutării este proba lipsei rezultatului promis) sau de mijloace (proba neexecutării înseamnă proba nedeplinării diligențelor de către debitor)⁸³. Pentru a obține o exonerare de daune-interese, debitorul trebuie să probeze lipsa vinovăției sale, adică ori imposibilitatea fortuită, ori culpa creditorului, ori existența celorlalte cauze care înlătură vinovăția sa în neexecutarea prestațiilor. Are relevanță în această situație, clasificarea tradițională în obligații de mijloace și obligații de rezultat ?⁸⁴ Această

privește aplicarea celorlalte remedii la imposibilitatea fortuită temporară, aplicarea lor vine în mod natural. De pildă, în ce privește excepția de neexecutare, ea este menționată chiar de text care îl autorizează pe creditor să suspende executarea propriilor obligații. În ce privește executarea în natură, ea este accesibilă pentru partea din contract neafectată de imposibilitatea fortuită dacă creditorul nu înțelege să opteze pentru rezoluțiune. Dimpotrivă, pentru partea devenită imposibil de executat (în realitate, indiferent dacă ea se datorează culpei debitorului sau unui eveniment fortuit), executarea în natură nu este posibilă [art. 1.527 alin. (1) C.civ.].

⁸³ În această privință s-au emis interpretări diferite ale semnificațiilor art. 1.548 C.civ. Distincția, deja tradițională, făcută între obligațiile de mijloace și cele de rezultat nu a fost înlăturată de acest text legal deși el este deopotrivă aplicabil ambelor categorii de obligații (C. Zamșa, în F. A. Baias *et alii*, op.cit. (2012), pp. 1646 urm.). Suntem de acord că regula prezumării culpei vizează ambele categorii de obligații, dar distincția între ele a fost conservată, deoarece proba neexecutării are loc diferit în funcție de fiecare categorie de obligații: pentru obligațiile de rezultat proba neexecutării o constituie dovedirea neproducerii rezultatului promis, în timp ce, pentru obligațiile de mijloace, proba neexecutării o constituie dovedirea nedeplinării diligențelor de către debitor (L. Pop, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, București, 2012, p. 31).

⁸⁴ Ptr. autorat, v. R. Demogue, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, t. II, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, p. 338 urm.; H. Mazeaud, *L'obligation générale de prudence et diligence et les obligations déterminées*, în R.T.D. civ., 1936, p. 1 urm.; J. Frossard, *De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse, Lyon, 1965; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Contrat*, Litec, Paris, 1993, pp. 436 urm., nr. 1042 urm.; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op.cit., p. 7 urm., nr. 6; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, V. 1, *L'acte juridique*, Sirey, Paris, 2012, p. 31 urm., nr. 43 urm.; J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des*

diviziune a fost consacrată expres de art. 1.481 C. civ. Clasificarea respectivă prezintă în continuare relevanță, chiar și în contextul prezumției generale de vinovăție instituite de art. 1.548 C.civ. În cazul obligațiilor de rezultat, simpla neprocurare a rezultatului promis generează prezumția de vinovăție în neexecutare. În cazul obligațiilor de mijloace, simpla neatingere a rezultatului promis (folosim terminologia art. 1.481 C.civ.), nu prezumă neexecutarea obligației, fiind necesar să se probeze că acele acte/fapte care constituie diligențele debitorului în atingerea rezultatului nu au fost îndeplinite. Prin urmare, proba neexecutării obligațiilor de mijloace este proba neexecutării diligențelor („toate mijloacele necesare”), în vederea atingerii rezultatului promis. Odată efectuată această probă (proba neexecutării) devine pe deplin funcțională prezumția de vinovăție instituită de art. 1.548 C.civ. În cadrul acestui exemplu, rămâne de lămurit formularea „consecința directă și necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabile a obligației” prezentă în art. 1.530 C.civ. Sensul acestei formulări se regăsește într-o subclasificare a obligațiilor de rezultat, în obligații de rezultat relative (care încetează în cazul forței majore) și obligații de rezultat absolute (care trebuie executate și în cazul forței majore)⁸⁵. Art. 1.530 C.civ., în formularea sa include toate aceste categorii, oferind posibilitatea acordării daunelor-interese pentru neexecutările culpabile ale obligațiilor de mijloace și de rezultat relative, ca și pentru neexecutarea chiar și neculpabilă a obligațiilor de rezultat absolute (în această categorie de excepție intrând, de fapt, ipotezele tradiționale de

obligations de résultat, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 223 urm., nr. 497 urm.; P. Vasilescu, op.cit., p. 12.

⁸⁵ Reținută și în doctrina din țara noastră după modelul său francez – v. L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, V. I, *Regimul juridic general*, C.H. Beck, București, 2006, pp. 63 urm.

răspundere contractuală fără culpă⁸⁶: obligațiile având ca obiect bunuri de gen și obligațiile de garanție)⁸⁷.

c) Soluția potrivit căreia vinovăția nu este o condiție a remediilor se înscrie într-o schemă de interpretare europeană și internațională în materie de remedii. Această (deja veche) schemă de interpretare se consideră că este datorată cercetării și concluziilor militante oferite în materia remediilor pentru neexecutarea vânzării de profesorul Ernest Rabel⁸⁸. Sistemul remediilor conceput de Rabel a fost adoptat de Convenția de la Haga privind legea uniformă în materie de vânzare de mărfuri (ULIS/LUVI, 1964) și și-a găsit expresia cea mai influentă în Convenția de la Viena privind vânzarea internațională de mărfuri (CISG/CVIM, 1980, art. 45 urm.; art. 61 urm., dar și art. 25, 79 și 80 CVIM)⁸⁹. De aici, teoria remediilor a făcut carieră europeană și internațională fiind preluată de art. 7.1.1 urm. P. UNIDROIT⁹⁰, art. 8:101

⁸⁶ Bazată, în principiu, pe o prezumție absolută de vinovăție.

⁸⁷ Fiind punctul în care, de fapt, se întâlnesc sisteme ale remediilor aparent antagonice (v. pentru chiar această observație, dependentă de aceeași clasificare/subclasificare a obligațiilor, B. Nichols, *art. precit.*, pp. 340, 355).

⁸⁸ Este vorba de E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, V. I (1936) și V. II (1957), republicate, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1964 (în special, V. I, pp. 313 urm.; și întreg conținutul V. II); v. în sensul celor afirmate, J. Kleinschmidt, *Non-Performance and Remedies in General*, în N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, p. 1076, nr. 2; H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, pp. 300 urm.

⁸⁹ Pentru care, v., de pildă, M. Torsello, *Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, în F. Ferrari (ed.), *Quo Vadis CISG*, Bruylant-Sellier, 2005, pp. 43 urm.; P. Huber, *CISG – The Structure of Remedies*, în *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, B. 71/2007, pp. 13 urm.; A. Katz, *Remedies for Breach of Contract under the CISG*, în *International Review of Law and Economics* nr. 25/2006, pp. 378 urm.

⁹⁰ Pentru care, v. în special, H. Schelhaas, în S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd ed., Oxford, 2014, pp. 829 urm., respectiv, P. Pichonnaz, în *ibidem*, pp. 864 urm. (pentru regimul aplicabil imposibilității fortuite de executare).

urm. PDEC, art. III.-3:101 urm. DCFR⁹¹, art. 8:101 urm. PCC⁹², art. 131 urm. CESL. În toate aceste exemple, regulile comune sintetizabile sunt acestea: (i) creditorul are dreptul la remedii pentru orice neexecutare nejustificată; (ii) creditorul are dreptul la remedii și pentru o neexecutare generată de un eveniment fortuit, cu excepția daunelor-interese și executării silite în natură; (iii) justificările neexecutării sunt imposibilitatea fortuită și mora creditoris; (iv) pentru mora creditoris și în măsura acesteia, debitorul nu poate fi ținut la niciun fel de remedii; (v) daunele-interese pot fi acordate numai dacă neexecutarea nu este justificată⁹³. Putem observa că atașamentul față de condiția vinovăției este aproape inexistent. Inexistența acestui atașament este legată de cuplul justificare/nejustificare. Dacă nu există justificare, atunci există vinovăție, dacă dimpotrivă există justificare, atunci nu există vinovăție. Credem că această interpretare este în deplin acord cu reglementarea sistemului remediilor din dreptul românesc.

IX. Căutarea răspunsului practic în jurisprudență?

37. Automatismul vinovăției. Dacă analizăm jurisprudența, observăm că, în materiile spinoase, cum ar fi rezoluțiunea sau executarea în natură, condiția vinovăției este una menționată circumstanțial și că, adesea,

⁹¹ Pentru care, v. C. von Bar, E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, V. I, Sellier, München, pp. 772 urm.

⁹² Este vorba de *Principes Contractuels Communs* elaborate sub egida Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/ Société de Législation Comparée, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, p. 618 urm. (cap. 9 și 10).

⁹³ V. J. Kleinschmidt, în N. Jansen, R. Zimmermann (ed.), op.cit., p. 1090 urm., dar mai ales, C. von Bar, E. Clive (Eds.), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. I, Sellier, München, 2009, p. 772 și p. 915.

pare un automatism. Aceeași jurisprudență relevă un fapt deja cunoscut și anume acela că nu i se impune cu adevărat creditorului să probeze vinovăția în materie contractuală – observația fiind egal valabilă pentru vechea jurisprudență ca și pentru cea nouă⁹⁴. Automatismul menționării vinovăției este însă specific jurisprudenței vechiului Cod civil⁹⁵.

38. Cuplul vinovăție/imposibilitate fortuită de executare.

Observăm, de asemenea, în jurisprudență, cuplul antagonic vinovăție - forță majoră, în numeroase spețe în care este pronunțată rezoluțiunea unui contract și în care este enumerată și culpa ca și condiție a aplicării remediiului.

⁹⁴ Este, de pildă menționată circumstanțial (fiind evident necesară) și acolo unde atât în vechiul cât și în noul drept civil, se admitea că avem de a face cu o obligație cu privire la care nu operează justificarea neexecutării prin intermediul imposibilității fortuite, cum este obligația de plată a unui preț: „În cazul neexecutării obligației de plată a prețului de către cumpărător, vânzătorul poate alege între mai multe posibilități, respectiv, poate cere obligarea cumpărătorului la executarea în natură a obligației, poate invoca excepția de neexecutare sau poate cere rezoluțiunea contractului, sancțiuni care se aplică contractelor sinalagmatice, la cererea unei părți, ca urmare a neexecutării culpabile a prestației asumate de către cealaltă parte.” (ICCJ, dec. nr. 476/07.02.2012, la www.sintact.ro). În același sens, v. ICCJ, dec. nr. 448/02.03.2016, sau s. II. Civ., dec. nr. 58/18.01.2018, ambele la www.sintact.ro). Iată un alt exemplu care pornește în care motivarea pornește cu același automatism al definiției rezoluțiunii și continuă într-o manieră de neînțeles: „Rezoluțiunea contractului reprezintă o sancțiune care constă în desființarea retroactivă a unui contract sinalagmatic, în cazul neexecutării culpabile a obligațiilor de către una dintre părți, or în situația de față stabilirea culpei presupunea identificarea obligațiilor comerciale nerespectate, iar determinarea acestora nu era posibilă în lipsa contractului încheiat *ad probationem*.” (aceasta după ce instanța reținuse că s-a încheiat între părți un contract de antrepriză „în formă simplificată” – v. ICCJ, dec. nr. 527/10.03.2016, la www.sintact.ro).

⁹⁵ De pildă: „Aplicarea mecanismului convențional privind pactul comisoriu de gradul IV a fost determinată de neexecutarea în mod culpabil, de către reclamanta-recurentă a obligațiilor sale (...)” (ICCJ, dec. nr. 3386/01.11.2011, la www.sintact.ro; sau, și mai evocator: „Rezoluțiunea executarea în natură, excepția de neexecutare sunt sancțiuni care se aplică contractelor sinalagmatice, la cererea uneia dintre părți, ca urmare a neexecutării culpabile a prestației asumate de către cealaltă parte.” (ICCJ, dec. nr. 476/07.02.2012, la www.sintact.ro – cu toate acestea, în speță este vorba de neexecutarea obligației de plată a prețului pentru care elementul culpă era și sub V.C.civ. la fel de nerelevant ca și sub noul C.civ.).

Intr-o speță, de pildă, s-a reținut că avem de a face cu o neexecutare culpabilă demnă de rezoluțiune a unui antecontract de vânzare-cumpărare atunci când promitentul-vânzător nu a probat existența unei imposibilități fortuite de executare care să îl determine să nu respecte termenele contractuale de predare și transfer al proprietății considerate esențiale⁹⁶. Speța descrie o situație mai mult decât frecventă în care una din părți invocă rezoluțiunea pentru încălcarea termenelor contractuale. El nu este ținut să probeze vinovăția, iar debitorul nu se poate exonera decât dacă probează imposibilitatea fortuită. Totuși, este de reținut că în ipoteza imposibilității fortuite temporare sunt din nou accesibile remediile curente, cu excepția daunelor-interese.

Cuplul vinovăție/forță majoră este corelat adesea în jurisprudență cu natura obligației. Astfel, într-o decizie⁹⁷, se reține că, în cazul obligației de rezultat (o obligație contractuală de a construi), instanța trebuie să analizeze apărarea debitorului bazată pe forța majoră care l-ar fi împiedicat să construiască, singura împrejurare care i-ar putea oferi o justificare pentru neexecutarea contractuală.

⁹⁶ ICCJ, dec. nr. 1316/09.03.2012, la www.sintact.ro (o speță cu atât mai relevantă cu cât este întemeiată pe dispozițiile V.C.civ. și mai atașat noțiunii de culpă: „Interpretarea coroborată a prevederilor contractuale duce fără echivoc la concluzia la care a ajuns și instanța de apel potrivit căreia, termenele de predare și de încheiere a contractului de vânzare-cumpărare în formă autentică erau termene limită cerute și care nu aveau caracter facultativ. Aceasta rezultă din art. 11 alin. (2) din antecontract, unde sunt limitativ și expres prevăzute excepțiile care pot determina prelungirea termenului de predare și care sunt asimilate forței majore. Cum promitentul vânzător nu s-a aflat în niciunul din cazurile asimilate forței majore, prelungirea termenului de predare nu se putea face decât dacă promitenții - cumpărători în calitate de beneficiari ar fi renunțat la beneficiul termenului (...).”).

⁹⁷ ICCJ, dec. nr. 7015/11.10.2011, la www.sintact.ro (în speță, împrejurările relevant sunt prezente *obiter* în motivație, miza primară fiind revendicarea unui imobil trecut abuziv în proprietatea statului; împrejurările de forță majoră invocate sunt cel de-al doilea război mondial și apoi regimul totalitar comunist).

Intr-o altă speță, deși se pomeniște intens condiția culpei pentru pronunțarea rezoluțiunii, se conchide: „Culpa pârâtei este determinată de sistarea eliberării actelor și sistarea livrării autovehiculelor solicitate”, adică de chiar neexecutarea obligațiilor contractuale⁹⁸.

39. Alte justificări ale neexecutării. Intr-o altă speță, mai aproape de prezentul sistem al remediilor, se reține că rezoluțiunea a fost corect pronunțată în condițiile în care debitorul (din nou un promitent vânzător care nu și-a îndeplinit obligațiile la termen) nu a probat că întârzierea în executarea obligațiilor se datorează unui terț sau promitentului-vânzător (în speță, pârâtul invocase culpa antreprenorului său și fapta promitentului-cumpărător care nu au fost reținute ca și cauze care să justifice neexecutarea⁹⁹). Intr-o altă speță, fapta finanțatorului dintr-un contract de leasing de a nu fi predat facturile la timp utilizatorului pentru plată, nu face ca neexecutarea din partea acestuia să fie considerată nejustificată și nu îl apără de rezilierea leasing-ului cât timp condițiile generale de contractare prevăd expres că neînmânarea facturilor nu duce la amânarea obligației de

⁹⁸ ICCJ, dec. nr. 2411/21.06.2011, la www.sintact.ro.

⁹⁹ ICCJ, dec. nr. 448/02.03.2016, cit. *supra*, nota 58 (deducem din motivare că fapta terțului subordonat contractual nu poate fi considerată justificare a neexecutării și nici fapta creditorului dacă ea nu împiedică executarea: „Astfel, deși recurenta susține că nu a încălcat obligația de predare a imobilului la data convenită aceasta afirmă în același timp faptul că a depășit data predării imobilului însă nu din culpa sa ci a antreprenorului general. Și aceste susțineri sunt nefondate întrucât raportul juridic obligațional dedus judecății nu are în vedere exonerarea de răspundere a debitorului obligației de predare a apartamentului pentru fapta unui terț, respectiv antreprenorul general. (...) Potrivit art. 6.1, data predării apartamentului era prelungită în mod corespunzător în cazul în care promitentă-cumpărătoare ar fi solicitat lucrări suplimentare, termenul până la care se făcea prelungirea urmând a fi stabilit în contractul încheiat cu antreprenorul general însă în cauză, reclamanta nu a solicitat efectuarea de lucrări suplimentare în sensul avut în vedere de părți la încheierea antedictului, prin urmare nu a avut loc o prelungire a datei când urma să fie predat apartamentul.”).

plată¹⁰⁰. Din păcate, toate spețele prezentate, deși de dată recentă, fac aplicarea V. C.civ.

40. Optica instanțelor în materie de justificări ale neexecutării a devenit ceva mai nuanțată și conectată la textele legale aplicabile după intrarea în vigoare a noului cod, dar nu sunt de semnalat schimbări majore de optică. Intr-o decizie, se reține, de pildă că creditorul nu se poate prevala de propria omisiune „de a depune diligențele necesare pentru încheierea procesului verbal de recepție parțială, iar lipsa acestuia nu poate să constituie un impediment pentru plata prețului”¹⁰¹. Intr-o altă hotărâre¹⁰², se reține că neexecutarea debitorului este justificată de fapta culpabilă a creditorului care a fixat unilateral un termen nerezonabil de scurt de livrare și execuție pentru ca ulterior să invoce (abuziv) pactul comisoriu din contract. Pe de altă parte, nu constituie o justificare a neexecutării, predarea unor mărfuri defectuoase cauzată de un terț interpus de debitor în executarea contractului, ci o răspundere contractuală pentru fapta altei persoane (art. 1.519 C.civ.)¹⁰³. In

¹⁰⁰ ICCJ, dec. nr. 827/20.04.2016, la www.sintact.ro. (Cu toate acestea, și în această speță, instanța nu uită să indice în motivare că rezilierea este o sancțiune ce constă în desființarea cu efecte pentru viitor a contractului cauzată de neexecutarea culpabilă, în pofida faptului că era vorba de o obligație pecuniară pentru care nu poate opera nicio exonerare de răspundere).

¹⁰¹ Trib. Argeș, s. civ., dec. nr. 1625/02.04.2019, la www.sintact.ro (ca urmare a invocării propriei culpe, creditorul nu se poate prevala de clauza penală stabilită în contract în favoarea sa). Intr-o altă speță (Jud. Tulcea, Sent. civ. nr. 841/27.03.2019, www.sintact.ro, instanța reține extrem de ingenios, dar profund discutabil, că reclamanta își invocă propria culpă în neexecutarea obligațiilor, culpă care fusese reținută de Curtea de Conturi într-un control anterior prin care se imputase primăriei lipsa de diligență în administrarea propriului patrimoniu.

¹⁰² Trib. București, sec. VI civ., Sent. nr. 803/27.03.2019, la www.sintact.ro.

¹⁰³ Trib. Satu Mare, sec. II civ. și de cont. admin. și fiscal, dec. nr. 107/16.06.2017, la www.sintact.ro (în hotărâre se vorbește și de anumite omisiuni ale creditorului care au fost invocate ca scuză a executării defectuoase de către debitor, dar se reține că acestea nu au fost suficient de serioase pentru a împiedica executarea).

fine, printr-o altă decizie, se reține că reprezintă o justificare a neexecutării fapta uneia din părți de a nu oferi celeilalte posibilitatea de a-și executa obligațiile contractuale¹⁰⁴.

41. Remediile după intrarea în vigoare a Codului civil. Există însă și hotărâri în care chestiunea vinovăției este tratată corect – de pildă, într-o hotărâre se reține că simpla neexecutare este suficientă pentru invocarea unui pact comisoriu (era vorba de acumularea unor restanțe în plata chiriei ajungând la un anumit prag valoric) și *obiter* și că excepția de neexecutare poate fi invocată în fața unei neexecutări, fără ca aceasta să fie culpabilă¹⁰⁵. Intr-o altă speță, se reține că simpla neexecutare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale este un motiv suficient pentru o rezoluțiune parțială a contractului¹⁰⁶.

42. Remarcă pe marginea jurisprudenței remediilor. Impresia pe care ne-o creează investigarea jurisprudenței în materie de remedii este aceea că, atunci când judecătorul este pus în fața neexecutării, el presupune constructiv existența unei culpe. Probabil că această presupunere este specifică și dreptului de după 2011, cât și dreptului anterior. Astăzi, lipsa relevanței vinovăției este legată de prezumția de vinovăție instituită de textele

¹⁰⁴ In speță este vorba de aducerea clădirii unde trebuiau montate instalațiile de aer condiționat la un nivel de finisare suficient pentru montarea acestor instalații (clădirea fiind ridicată doar în faza structurii de rezistență) – C. Ap. Timișoara, sec. II civ., dec. nr. 228/A/31.03.2014, la www.sintact.ro.

¹⁰⁵ ICCJ, dec. nr. 489/08.03.2016, la www.sintact.ro; în același sens, cu menționarea condițiilor formale și substanțiale ale rezoluțiunii și cu omiterea deliberată a vinovăției dintre acestea, v. C. Ap. Cluj, s. II civ., dec. 209/06.04.2017, la www.sintact.ro.

¹⁰⁶ Tribunalul Satu Mare, s. II civ., dec. nr. 107/16.06.2017, la www.sintact.ro („În prezența existenței unei împrejurări de fapt dovedite de neexecutare corespunzătoare a obligațiilor contractuale asumate, instanța de apel constată îndeplinite în cauză condițiile rezoluțiunii parțiale a contractului prevăzute de art. 1549 C.civ. și cele ale răspunderii civile contractuale prevăzute de art. 1530 C.civ.”).

din materia daunelor-interese. Dacă debitorul nu a executat, el este prezumat vinovat. Așadar, când creditorul invocă un remediu, nu trebuie să insiste în vreo probare a vinovăției. În majoritatea spețelor indexate mai sus vinovăția este indicată formal ca și condiție a remediilor și nu se pune proba ei. Poate că ar prezenta interes dezbaterii în cazul unei obligații de mijloace, dar nu am identificat o hotărâre relevantă în această privință. Cu toate acestea, un alt aspect pare să nu fie încă absorbit de jurisprudență și anume acela că marea parte a remediilor sunt disponibile și pentru imposibilitățile fortuite de executare.

X. Concluziile

43. Din prezentarea de mai sus am putea extrage mai multe concluzii. Chiar dacă se poate admite că unele dintre acestea sunt o interpretare voită a textelor legale, cred că niciuna din ele nu "forțază" textele legale. Concluziile ar fi:

44. *Culpa este înrudită istoric cu buna-credință*, în sensul că prima își are originea în dezvoltarea doctrinei cu privire la a doua, adică în procedurile formulare romane care au dat naștere acțiunilor contractuale întemeiate pe buna-credință. Definiția vinovăției oferită de jurisconsultii romani își păstrează și astăzi actualitatea și are o aplicabilitate universală, atât pentru răspunderea contractuală, cât și pentru cea extracontractuală. Înrudirea culpei cu buna-credință este bazată pe o relație complexă care presupune identificarea lipsei vinovăției cu buna-credință, dar nu și a opusurilor acestora, în sensul că vinovăția nu este egalul relei-credințe. În această privință, trebuie să reținem că reaua-credință este egalul vinovăției calificate (care include tradițional intenția și neglijența gravă).

45. În mod tradițional, vinovăția a fost văzută în sistemele de drept continental ca o condiție a activării mijloacelor pe care creditorul le are la îndemână în caz de neexecutare din partea debitorului. Această tendință, manifestă în reglementările marilor codificări europene este în evident declin tehnic. Tendința modernă este aceea de a elimina vinovăția din rândul condițiilor de activare a remediilor.

46. Cu toate acestea, *între vechea și noua optică nu există un clivaj*. Este vorba de o evoluție a tehnicii juridice care simplifică și ajută la sistematizarea remediilor preluând concluziile vechii tendințe: **a)** remediile sunt accesibile pentru orice neexecutare nejustificată; **b)** remediile sunt accesibile și pentru neexecutarea cauzată de imposibilitatea fortuită, cu excepția executării în natură și daunelor-interese; **c)** dacă debitorul nu probează o cauză justificată de neexecutare a obligațiilor, atunci neexecutarea îi este imputabilă (*i.e.* este vinovat de ea); **d)** există câteva cazuri în care neexecutarea chiar dacă nu este imputabilă, este prezumată de legiuitor imputabilă, deci vinovată (*e.g.* cazul obligațiilor de garanție și cel al obligațiilor având ca obiect bunuri de gen).

47. Răspunsul la întrebarea secundară legată de daunele-interese și înțelesul art. 1.530 C.civ. este legat de clasificarea oferită obligațiilor de rezultat în obligații de rezultat relative și absolute. În esență, vinovăția este o condiție pentru acordarea daunelor-interese în cazul tuturor obligațiilor de mijloace și a obligațiilor de rezultat relative (adică a acelor obligații cu privire la care exonerarea de răspundere poate avea loc în ipoteza forței majore). Vinovăția nu este însă o condiție pentru acordarea daunelor-interese în cazul neexecutării obligațiilor de rezultat absolute (pentru care nu operează exonerarea de răspundere contractuală nici măcar în cazul forței majore – *e.g.* obligațiile care au ca obiect plata unei sume de bani sau predarea unor alte

bunuri de gen). In această ultimă situație se poate vorbi de o răspundere contractuală obiectivă.

STUDII

PACTELE SUCCESORIALE DIN PERSPECTIVA DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.26
Data publicării online: 16.03.2021

Dan-Andrei POPESCU*

Rezumat: Acest articol analizează pactele succesoriale din perspectiva dreptului internațional privat. Sunt analizate toate formele de pacte asupra unei succesiuni, inclusiv testamentele conjunctive. Studiul conține, de asemenea, referințe la dreptul comparat relevante în această materie. Sunt tratate și prevederile relevante cuprinse în Regulamentul (EU) No 650/2012 al Parlamentului și al Consiliului, din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor. Regulamentul 650/2012 face diferența dintre pactele unilaterale și cele bilaterale sau multilaterale, precum și între admisibilitatea pactelor și problemele legate de validitatea lor, incluzând forța probantă și dispoziții privind încetarea acestora. Studiul se încheie printr-o analiză funcțională detaliată dedicată adaptării efectelor pactelor succesoriale, valide conform unei legi succesoriale ipotetice, în contextul în care *lex successionis* le este ostilă. Mai exact, analiza problemei protecției intereselor moștenitorilor rezervatari prin referință la legea aplicabilă succesiunii.

Cuvinte cheie: pacte succesoriale, testament conjunctiv, Regulamentul (EU) No 650/2012, drept internațional privat.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, bnpdap@yahoo.com.

AGREEMENTS AS TO SUCCESSION FROM THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW'S PERSPECTIVE

Abstract: This article aims at an analysis of agreements as to succession from the perspective of private international law. All forms of succession agreements are considered, including mutual wills. The study also contains references to comparative law in the field. The relevant provisions of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession – are analyzed. 650/2012, distinguishing between unilateral and bi- or multilateral pacts, as well as between the admissibility of pacts and issues related to their validity, including binding force and provisions on termination. The article concludes with a functional analysis dedicated to adapting the effects of agreements as to succession, which are valid according to the hypothetical succession law, given that the *lex successionis* is hostile to them. More specifically, there is the issue of protecting the interests of forced heirs by reference to the law applicable to the succession.

Keywords: agreements as to succession, mutual wills, Regulation (EU) No 650/2012, international private law.

Cuprins

I.	Dedicație	905
II.	Introducere	909
III.	Conceptul de pact succesoral din perspectiva Regulamentului European al Succesiunilor.	912
IV.	Testamentele comune. Drept comparat.....	913
V.	Forma pactelor succesoriale.....	919
VI.	Legea aplicabilă pactelor succesoriale.....	921
VII.	Adaptarea efectelor specifice pactelor succesoriale ținând seama de principiile și rigorile <i>lex successionis</i>	928

I. Dedicatie

Prin acest articol am răspuns invitației colegului nostru, Domnul Prof. dr. Mircea Dan Bob, de a contribui la volumul omagial dedicat Profesorului dr. doc. Vladimir Hanga, unul din cei mai mari romaniști pe care i-a avut țara noastră. L-am cunoscut pe domnul profesor Hanga încă din perioada studenției, avându-l ca îndrumător și examinator la disciplina „Drept roman” din cadrul programului de pregătire a studiilor doctorale. Un profesor eminent care a predat cu suflet și dăruire poate cea mai importantă disciplină juridică în formarea profilului viitorului jurist. Am învățat de la Domnul Profesor Hanga că dreptul roman nu este numai istorie și cultură, ci, în egală măsură, actualitate și adevăr. Este istorie și prezent în același timp, pentru că toate instituțiile și conceptele dreptului privat de astăzi sunt creația și expresia geniului juriștilor Romei de atunci. Prin ele respiră și astăzi spiritul dreptului roman. Europa de astăzi nu ar fi putut exista fără dreptul roman, fără noțiunile și regulile care au permis organizarea atât de impecabilă a vieții civile (private) din interiorul cetății. Pentru *Savigny*, fondatorul școlii istorice

a dreptului, dreptul roman nu reprezintă istorie, ci prezent. Pentru el, așa cum am mai arătat¹, abordarea istorică a izvoarelor dreptului roman constituie parte intrinsecă a acestora, fiind indispensabilă pentru înțelegerea corectă a *Corpus iuris civilis* drept codificare de drept pozitiv! Cum remarca Prof. Joachim Rückert², Savigny nu a privit *Corpus Iuris* și, mai ales, Pandectele ca parte a unei legi unice, cum procedau cei mai mulți romaniști din timpul lui. El nu voia o legislație *ab origine* independentă, parte a unei colecții, denumită după 1583 *Corpus Iuris Civilis*, edictată printr-o lege de împăratul Iustinian, ci o considera, mai degrabă, parte a unui ansamblu atent alcătuit, menit să prezeve statusul juridic existent („*die wohlbedacht gesammelte Darstellung und Sicherung des vorhandenen Rechtszustandes*”); pentru Savigny, dreptul roman nu este un drept temporal, ci unul atemporal, care continuă „să lucreze” în afara timpului său istoric, principiile, conceptele, logica și regulile de bază având un caracter absolut și neperisabil. Urmând exemplul său, rămâne în sarcina juriștilor fiecărei epoci să-l prezeve, dar și să-l aducă în atenție și actualitate, adaptându-l la specificul prezentului trăit; altfel spus, sarcina fiecărei generații de juriști, în viziunea lui Savigny, este aceea de a-l actualiza în permanență, de a da contemporaneității (fiecărei contemporaneități generaționale) „dreptul roman actual” al timpului prezent! Iar Profesorul Vladimir Hanga așa a predat dreptul roman ca și când ar fi fost un drept actual, pozitiv. Adesea ne spunea că dreptul roman nu a murit și nu

¹ Pentru detalii, v. D. A. Popescu, „*Abstracțiunea reprezentării voluntare și funcția circulatorie a actelor*”, în RRDP nr. 2/2019, p. 232-235.

² J. Rückert, în J. Rückert, R. Seinecke, *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner*, Nomos, 2. Auflage, 2012, p. 42: „*Savigny verstand das Corpus Iuris und zumal die Pandekten nicht als eigentliches Gesetz wie die meisten. Er sah darin nicht originär freischaffende Gesetzgebung, obwohl die Teil des erst (seit 1583 so bezeichneten Corpus Iuris Civilis) als Gesetz des Kaisers Justinian publiziert worden waren, sondern die wohlbedacht gesammelte Darstellung und Sicherung des vorhandenen Rechtszustandes*”.

va muri niciodată, el servind ca stea polară în orientarea legiuitorilor ce i-au urmat.

Am învățat de la Domnul Profesor Hanga că spiritul profund al dreptului este în afara pozitivismului juridic. Pentru că acest spirit se găsește într-un raport de anterioritate cu legea pozitivă, îi este superior și supraordonat. Un bun jurist este acela care este mereu călăuzit și fidel acestui spirit profund, care s-a născut la Roma. El îl percepe imediat și îl ascultă. Nu este un simplu scormonitor al textelor legii seculare, ci un ajustant al acestora. Va corecta subtil litera legii, redându-i menirea și sufletul, făcând din ea, aidoma lui Savigny, „dreptul roman actual”. Așa cum providența divină a jucat un rol în istoria romană, încă de la începuturile ei prin Romulus, tot astfel – ne demonstrează și Profesorul Okko Behrends – istoria romană și-a împlinit sarcina de a oferi omenirii un sistem juridic care să dăinuie în istorie, care parcurge și „străpunge” istoria umanității. Este un sistem sacru! Cum arăta același Okko Behrends, Iustinian a reușit să reconcilieze relația dintre Dumnezeu și lume prin dreptul roman; „a reușit să împace o religie orientată către un sfârșit al timpului («*endzeitlich gestimmte Religion*») cu lumea. Acest lucru este adâncit spiritual nu numai prin faptul că Iustinian a pus la temelia codificării sale și a justificării ei interpretarea augustiniană a trinității, care privește transcendența tripartit, ca trecut divin (Tatăl), prezent (Fiul) și viitor (Sfântul Duh), ci și prin învățătura augustiniană despre *imago trinitatis*, în care imaginea divină a omului, locată iremediabil într-o temporalitate tripartită corespondentă, este legată de Trinitate, plasând individul, fie el legislator sau simplu particular, într-o lume înălțătoare și împlinită spiritual, care să-l legitimeze ca persoană autoresponsabilă”.³

³ O. Behrends, **op. cit.**, p. 32: „*Das römische Recht hat auf diese Weise eine endzeitlich gestimmte Religion mit der Welt zu versöhnen vermocht. Geistig vertieft wurde dies dadurch,*

În pofida căderii ca imperiu, Dreptul roman și Biserica Romei au reușit să supraviețuiască timpului. Primul grație tehnicității, logicii și perfecțiunii sale desăvârșite, iar Biserica prin redescoperirea simbolismului crucii: inițial instrument de tortură, formă a pedepsei degradante, urmând să dvină apoi simbol al credinței și al mântuirii, care generează o altă apartenență (*Angehörigkeit*), apartenența la o lume nouă, cu totul diferită, lumea creștinătății: “(d)ar cetățenia noastră este în ceruri...” – Epistola Sf. Apostol Paul (Pavel) către Filipeni 3:20.

Nu în cele din urmă, am învățat de la Profesorul Vladimir Hanga ce înseamnă să știi să îți descoperi vocația și apoi să o urmezi fără meandre și compromisuri. A fost un model desăvârșit pentru noi toți. Vocația, spunea profesorul Hanga, vine din inimă; trebuie să știi să ți-o ascuți și să ți-o descoperi. Ea nu este rodul unui calcul *a priori*, nici a unui plan managerial prestabilit, privind meschin la avantajele exterioare pe care, în anumite conjuncturi, ți le pot oferi anumite profesii. Vocația este flacăra care pornește din inimă și se întoarce, prin împlinirea ei corectă, în inimă. Sau, cum spunea mult mai recent Papa Benedict al XVI-lea în celebrul discurs din 14 septembrie 2006⁴, vocațiile, prin însăși esența lor, au în ele ceva divin. Nu ne

dass Justinian sich für seine Kodifikation und ihre Rechtfertigung auf die augustinisch interpretierte Trinität berief, die nicht nur als dreigliedrige, göttliche Vergangenheit (Vater), Gegenwart (Sohn) und Zukunft (Heiliger Geist) umfassende Kraft Transzendenz und Geschichtlichkeit beherrscht. Vielmehr stellt die ebenfalls augustinische Lehre von der imago trinitatis, in der die Gottesebenbildlichkeit des unaufhebbar in einer entsprechenden dreigliedrigen Zeitlichkeit lebenden Menschen auf die Dreieinigkeit bezogen wird, auch den einzelnen Menschen, sei er Gesetzgeber oder Privatmann, in eine geistig erfüllte, ihn berechtigende und zur selbstverantwortlichen Person erhebende Welt”.

⁴ Discurs ținut în Catedrala din Freising cu ocazia vizitei apostolice în Bavaria, 14 septembrie 2006: “Wir können Berufungen nicht einfach „machen“, sie müssen von Gott kommen. Wir können nicht, wie vielleicht in anderen Berufen, durch gezieltes Management, entsprechende Strategien sozusagen, einfach Leute rekrutieren. Die Berufung muß immer den Weg vom Herzen Gottes aus zum Herzen des Menschen finden. Und trotzdem: Gerade, damit sie im

putem comanda sau decide pur și simplu vocația. Ea nu poate fi expresia unui plan managerial sau a unei strategii a minții. Dimpotrivă, ea trebuie întotdeauna să parcurgă drumul de la inima lui Dumnezeu la inima omului. Pentru aceasta omul trebuie să-și descopere chemarea, care vine din inima divinității parcurgând calea specifică spre inima omului, care trebuie să o accepte și să o împlinească cu toată dăruirea. Acest îndemn l-am primit de la Profesorul Vladimir Hanga, a cărui operă și dăruire sunt duse astăzi mai departe de Profesorul Mircea Dan Bob, care merită toate felicitările pentru inițiativa acestui volum omagial.

II. Introducere

Dreptul succesoral, mai mult ca orice altă ramură a dreptului privat, este expresia particularităților și a tradițiilor naționale. Cum s-a spus, *„Familien- und Erbrecht sind in besonderem Maße historisch gewachsene, kulturell wie religiös verwurzelte, durch unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Verhältnisse geprägte Rechtsmaterien“*.⁵ De aceea, nu a făcut obiectul “uniformizărilor” specifice procesului unificării europene. Nu putem

Herzen der Menschen ankommen kann, ist auch unser Mittun gefordert. Den Herrn der Ernte darum bitten, das bedeutet gewiß zu allererst, daß wir darum beten, daß wir an seinem Herzen rütteln und sagen: „Tu es doch! Wecke die Menschen auf! Entzünde in ihnen die Begeisterung für das Evangelium und die Freude daran! Laß sie erkennen, daß es der Schatz über allen Schätzen ist und daß, wer es entdeckt hat, es weitergeben muß!“ – disponibil pe site-ul:

http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/de/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060914_clergy-freising.html

, consultat 15 octombrie 2020.

⁵ Nina Dethloff, *Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität: Perspektiven für die Forschung*, ZEuP 15 (2007), p. 994. De asemenea, A. Vaquer, *The Law of Successions*, în: Mauro Bussani, Franz Werro (Hg.), ***European Private Law: A Handbook***, Band I (2009), p. 557: „[s]uccession law is deeply rooted in the fundamental social and cultural values of a society“.

vorbi, deci, despre un *ius successionis europaeum*, ci, mai degrabă, despre un drept european al succesiunilor internaționale, având ca izvor Regulamentul (UE) Nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor.⁶ Totuși, așa cum pertinent s-a arătat, lucrurile nu trebuie absolutizate. Cel puțin în plan european, tradiția dreptului succesoral național se integrează totuși într-un cadru european de evoluție. Adesea legile naționale de reformă s-au influențat reciproc preluând tendințele determinate de evoluția socială și economică a momentului, flexibilizând regulile dreptului succesoral. Din această perspectivă s-ar putea vorbi, cum s-a arătat, despre o indiscutabilă influență europeană, exprimată mai ales în planul dreptului comparat, orientat spre funcționalismul regulilor:

“Diese überkommene Sichtweise ist in jüngerer Zeit jedoch ins Wanken geraten. Auch die Tradition des Erbrechts ist nämlich zu einem guten Teil eine gemeineuropäische, und bestimmte soziale und wirtschaftliche Faktoren haben in den letzten Jahrzehnten grenzübergreifend zu einem Funktionswandel des Erbrechts geführt. Dadurch ist das Erbrecht international in einer Reihe von Punkten in Bewegung gekommen. Zudem sind die Ermittlung des „besseren Rechts“ und Rechtsvereinheitlichung keineswegs die einzigen Ziele rechtsvergleichender Forschung. Vielmehr kann es auch gerade darum gehen, die These von der kulturellen Prägung des Erbrechts zu überprüfen (und, sollte sie sich bestätigen, zu konkretisieren). Vergleichende Forschung sollte dabei stets Hand in Hand gehen mit rechtshistorischer Arbeit, ist es doch in der Regel die historische Perspektive, die die Gemeinsamkeiten und Unterschiede erklärt, mit denen wir heute konfrontiert sind. In diesem Sinne ist vor zwei Jahren eine internationale Forschungsgruppe zur historisch- vergleichenden Erforschung von

⁶ Publ. în Jurnalul Oficial L 201 , 27/07/2012 p. 0107 – 0134.

Grundfragen des Erbrechts gegründet worden. Deren erstes Arbeitsprojekt betraf die Testamentsformen, und der daraus entstandene Band ist soeben erschienen. Auf dieser Grundlage sind zunächst die historischen Linien nachzuzeichnen. Es folgen, daran anknüpfend, eine Reihe allgemeiner Beobachtungen zur (vermeintlichen oder tatsächlichen) kulturellen Prägung des Erbrechts. Diese Beobachtungen führen schließlich zu Savigny, dessen Gedächtnis diese Vorlesung ja gewidmet ist.”⁷

Cum am arătat cu un alt prilej⁸, Regulamentul European⁹ folosește în întregul său cuprins sintagma “moștenitor” în conjuncție cu cea de “legatar”: “(p)entru a simplifica viața moștenitorilor și a legatarilor...” (consid. (32) al regulamentului), fără a le defini, așa cum procedează cu alte noțiuni în cuprinsul art. 3, dedicat definițiilor. Semnificația acestor concepte se determină, în consecință, în concordanță cu dreptul național aplicabil succesiunii în cauză. În unele state membre conceptul de “moștenitor” are un caracter generic, incluzând toate persoanele cu vocație succesorală, indiferent de temeiul chemării la succesiune (legal, testamentar sau, după caz, contractual), în vreme ce în sistemele de influență germană calitatea de legatar (*Vermächtnisnehmer*) nu se identifică cu cea de moștenitor, legatarii nefiind considerați moștenitori, ci creditori ai “bunurilor legate”, beneficiind de o vocație particulară și având la dispoziție un drept propriu la acțiune împotriva moștenitorilor, de natură obligațională (nu reală), acțiune având ca

⁷ R. Zimmermann, *Testamentsformen: “Willkür” oder Ausdruck einer Rechtskultur? / Testamentary Form Requirements: Arbitrary or Expression of a Legal Culture?*, în Max Planck Private Law Research Paper, No. 12/3, p. 6-7.

⁸ D. A. Popescu, *Forma actelor de opțiune succesorală din perspectiva dreptului internațional privat*, în **5 ani de Cod Civil**, Coord. M. D. Bob, Ed. M. Oficial, București, 2016, p. 116 et seq.

⁹ P. Lagarde, “*Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*”, în Rev. crit. DIP, 101 (4), 2012, p. 704-706.

obiect predarea legatelor (*einen obligatorischen Anspruch auf Entrichtung des Vermächtnisses*).

III. Conceptul de pact succesoral din perspectiva Regulamentului European al Succesiunilor.

Cunoaștem că nu toate sistemele naționale de drept sunt favorabile pactelor succesoriale. Sistemele care recunosc și reglementează pactele succesoriale, precum cel german, impun de regulă condiția instituirii de moștenitor (*Erbeinsetzung*) sau cea a numirii de legatari (*Vermächtnisse*) pentru a fi în prezența acestora. Cu alte cuvinte, renunțarea anticipată la o succesiune (nedeschisă) – *Erbverzicht* – nu întrunește, din această perspectivă, condiția pactului (contractului) succesoral (*Erbvertrag*, *lat. pactum successorium*).

Conceptul de “*Erbverzicht*” din dreptul german este o noțiune cadru (*Sammelbegriff*) care poate privi renunțarea anticipată la calitatea de moștenitor legal (*Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht*) – renunțarea în sens restrâns (*Verzicht im engeren Sinne*, § 2346 Abs. 1 BGB) – , renunțarea la rezerva succesorală (*Verzicht auf das Pflichtteilsrecht / Pflichtteilsverzicht*, § 2346 Abs. 2 BGB) sau renunțarea la beneficiul moștenirii testamentare și contractuale (*Verzicht auf testamentarische und erbvertragliche Zuwendungen / Zuwendungsverzicht*, § 2352 BGB).¹⁰

Dimpotrivă, Regulamentul adoptă o accepțiune extensivă a conceptului de pact succesoral, specifică țărilor care sunt ostile recunoașterii

¹⁰ Pentru dezvoltări, v. S. Seeger, *Erbverzichte im neuen europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, 2018, p. 8-9.

pactelor succesoriale, incluzând în această noțiune nu doar pactele institutive (pozitive), ci și cele abdicative (negative), care exprimă intenția anticipată de renunțare la o succesiune, fie că aceasta este cu titlu gratuit, fie cu titlu oneros. Astfel, art. 3, alin. (1) lit. b) al Regulamentului ne spune că *prin pact succesoral* trebuie să înțelegem “un acord, inclusiv un acord rezultat din testamente reciproce, care creează, modifică sau încetează, cu sau fără contraprestație, drepturi asupra patrimoniului sau patrimoniilor viitoare ale uneia sau mai multor persoane care sunt părți la acord”. Prin urmare, Regulamentul adoptă o concepție largă, extensivă, a conceptului de pact succesoral, incluzând în această noțiune nu numai pactele pozitive (*pactes positifs ou d'attribution*), ci și, în egală măsură, cele abdicative (*pactes de renonciation ou abdicatifs*). De asemenea, Regulamentul asimilează pactelor succesoriale testamentele reciproce, adică testamentele caracterizate prin reciprocitatea și interdependența voințelor cotestatorilor (*wechselbezügliche verfügungen*). În dreptul german acestea se disting de pactele succesoriale (*Erbverträge*), deoarece, spre deosebire de acestea din urmă, voințele cotestatorilor își păstrează caracterul unilateral și în principiu revocabil. Totuși, având în vedere “acordul” cotestatorilor și interdependența voințelor de a testa, legiuitorul european le-a asimilat, din punct de vedere al determinării legii aplicabile, pactelor succesoriale.

IV. Testamentele comune. Drept comparat.

Dreptul nostru succesoral prohibește testamentul reciproc (conjunctiv), prevăzând că “*două sau mai multe persoane nu pot dispune, prin același testament, una în favoarea celeilalte sau în favoarea unui terț*”

(art. 1036 NCC), sancțiunea prevăzută fiind cea a nulității absolute a testamentului.¹¹

Prohibiția testamentului conjunctiv¹² a fost explicată prin imperativul menținerii caracterului unilateral al actului testamentar și, de aici, prin menținerea nealterată a dreptului discreționar de revocare, testamentul fiind considerat, prin esența lui, un act revocabil.¹³ De aceea, testatorul nu poate renunța la dreptul său de a-și revoca oricând testamentul sau de a-l modifica ulterior, căci, așa cum s-a arătat, renunțarea la facultatea de revocare a testamentului reprezintă un pact asupra unei succesiuni viitoare, prohibit de lege.¹⁴ “Testamentul trebuie să fie opera unei singure voințe exprimată în așa fel și în așa condițiuni încât să nu i se opună nici o piedică de orice natură care să îngreuneze libera facultate de a o retracta până la sfârșit. Această grijă a legiuitorului de a asigura caracterul de revocabilitate a dispozițiilor testamentare explică prohibițiunea din articolul 857 privitoare la testamentul conjunctiv care era admis în dreptul roman, și care prin caracterul reciproc a dispozițiilor apare ca o piedică la libera facultate de revocare pentru fiecare din testatori. Aceeași prohibițiune întemeiată pe același motiv o găsim în art. 938 cu privire la donațiunile dintre soți, care, prin excepțiune de la principiile în materie de donațiune între vii, sunt prin esența lor revocabile după liberul

¹¹ Aceeași prohibiție era consacrată și de codul civil din 1864, în art. 857.

¹² A se vedea D. A. Popescu, ***Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor***, Ed. Notarom, 2014, p. 89-93.

¹³ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul IV¹ (cartea III, titlul II), p. 20; M. A. Dumitrescu, *Manual de drept civil. Succesiunile și donațiunile* (art. 644-942 C. Civ.), “Viața Românească” S.A., București, 1921, p. 340.

¹⁴ Revocabilitatea ținând de esența testamentului, rezultă că “în timpul vieții testatorului, testamentul nu este decât un proiect, pe care el poate să-l prefacă după bunul său plac. Legatarul nu are deci, până la moartea testatorului, decât o speranță, o expectativă, fiindcă acesta din urmă n-a dispus decât pentru timpul când el nu va mai fi în viață” (D. Alexandresco, *idem*, p. 24).

plac al soțului donator. *E conjunctiv și prin urmare nul numai acel testament (fie olograf, fie mistic, fie autentic) prin care două persoane își contopesc dispozițiunile lor de ultimă voință într-un singur context.* Nimic nu împiedică însă ca două persoane să-și facă reciproc testamentul unul în favoarea altuia sau să cuprindă în testament dispozițiuni care se completează sau se explică una prin alta, destul ca fiecare din ambele testamente, fie făcute în același moment, fie chiar pe aceeași hârtie, să constituie un act juridic distinct de celălalt” (s.n., DAP).¹⁵

Analiza instituției testamentului conjunctiv nu este însă lipsită de interes¹⁶, mai ales în planul dreptului internațional privat. Atitudinea legiuitorilor naționali diferă și în această privință: în vreme ce unele legislații

¹⁵ Matei B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. “Cartea Românească” S.A., București, 1921, p. 348-349.

¹⁶ D. A. Popescu, Ghid... 2014, p. 91.

prohibesc testamentele conjunctive¹⁷, altele le admit expres.¹⁸ De aceea, problema care se ridică este aceea de a ști în ce măsură testamentele

¹⁷ Încheierea de testamente conjunctive este prohibită în Franța (art. 968 C. civ.). De asemenea, art. 589 din Codul civil italian interzice aceste testamente: “*Non si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, nè a vantaggio di un terzo, nè con disposizione reciproca.*” (s.n.); pentru detalii v. R. Triola, **Codice civile annotato con la giurisprudenza**, Terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 385-386. Aceași interdicție o întâlnim și în art. 1717 din Codul civil grec (din 1940), în art. 968 din Codul civil belgian, art. 372, al. 2 din Codul civil albanez, art. 3618 din Codul civil argentinian. Acesta din urmă, dispune: “*Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos ó más personas, sea en favor de un tercero, sea á titulo de disposición reciproca y mutua.*” (s.n.). În același sens, a se vedea și art. 1630 din Codul civil brazilian: “*É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo*”; art. 15 din legea succesorală bulgară (din 18 ianuarie 1949, modif. de mai multe ori); art. 1003, al. 2 din Codul civil al Chile; art. 669 din Codul civil spaniol: “*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*” (s.n.). De asemenea, art. 733 din Codul civil spaniol stabilește că nu sunt considerate valabile testamentele conjunctive încheiate de spanioli în țară străină, chiar dacă sunt recunoscute de legile națiunii unde sunt făcute: “*No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.*” Pentru a fi riguroși trebuie să precizăm că în Spania nu întâlnim o legislație succesorală unitară. Pe teritoriul Spaniei coexistă, pe lângă sistemul succesoral al Codului civil, încă 6 sisteme succesoriale locale (forale), corespunzătoare ținuturilor autonome Catalonia, Galiția, Aragon, Navarra, Țara Bascilor și Insulele Baleare. În Aragon și în Galicia soții pot dispune *mortis causa* prin testament conjunctiv (“*testamento mancomunado*”); de asemenea, testamentul conjunctiv este permis în Navarra (“*testamento de hermandad*”) și în Țara Bascilor – art. 49-52 din Legea nr. 1 din 1 iulie 1992 cu privire la dreptul civil foral al Țării Bascilor admitându-l între soți. Pentru detalii, v. J. D. González Campos în **European Succession Laws (Hayton ed.)**, second edition, Jordans, Bristol, 2002, p.443; Ferid/Firsching, **Internationales Erbrecht**, Band VI, C.H.Beck, 2003, p. 1-434; S. T. Escamez în Lois Garb & Union Internationale du Notariat Latin (eds.), **International Succession**, Kluwer Law International, 2001- (Spain, p. 33); H.-P. Schömmmer, D. Gebel, **Internationales Erbrecht. Spanien**, C.H.Beck, München, 2003. Testamentul conjunctiv este străin și dreptului succesoral tunisian, unde – deși nu este interzis în mod expres (nefiind amintit), totuși concluzia reiese din formularea art. 171 din *Code de Statut Personnel* din 13.08.1956 care definește testamentul ca fiind “*l’acte par lequel une personne transfère à titre gratuit, pour le temps où elle n’existera plus tout ou partie de ses biens, en pleine propriété ou en usufruit.*” (s.n.); de altfel, art. 177 din același Cod statuează revocabilitatea testamentului. La fel, testamentul conjunctiv este prohibit și de § 975 din Codul civil japonez (*Mimpō*) din 21.06.1898, de art. 704, al. 2 al Codului civil Québec, de art. 968 al Codului civil luxemburghez,

conjunctive încheiate pe teritoriul unor țări care le admit pot fi invocate și recunoscute în țări a căror legislații interzic încheierea de astfel de testamente. Așa cum am arătat cu un alt prilej¹⁹, testamentele comune încheiate într-o țară care le admitea au fost recunoscute în România, prohibiția testamentelor conjuncte fiind calificată ca fiind una de formă.

Privind lucrurile din perspectiva Regulamentului, chestiunea admisibilității testamentelor comune va fi supusă legii care cârmuiește condițiile de fond ale dispozițiilor pentru cauză de moarte, în funcție de natura lor – art. 24, respectiv 25 din regulament. Astfel, testamentele comune care

de art. 977 al Codului civil olandez, în Polonia de art. 74 din Decretul privind succesiunile din 08.10.1946, resp. art. 942 din Codul civil polonez – care prevede că un testament poate cuprinde doar dispozițiile unui testator. Testamentul conjunctiv este prohibit și în Portugalia – art. 2179, 1 al Codului civil portughez considerând testamentul un act unilateral și revocabil (cf. FA Ferreira Pinto în *European Succession Laws (Hayton ed.)*, second edition, Jordans, Bristol, 2002, p. 412). V. și art. 2311 C.civ. portughez.

¹⁷ Testamentele comune sunt permise în Germania (§ 2265 din BGB – “*gemeinschaftliches Testament*”); în Austria (§ 1248 ABGB); Malta (testamentul “*unica charta*”), Marea Britanie (“*joint will*” / “*mutual will*”, v. Ferid/Firsching..., Band III, Großbritannien, p.67 și 127); Irlanda (unde este întâlnit atât testamentul comun /“*joint will*”, cât și cel reciproc /“*mutual will*”), Israel (Ferid/Firsching..., Band III, Israel, p. 55); Danemarca (§ 47 și § 48 din Legea succesorală – nr. 215 din 31 mai 1963 – vorbesc despre revocarea testamentelor conjunctive); Norvegia (§ 58 din Legea succesorală – nr. 5 din 3 martie 1972 – care distinge – din punct de vedere al posibilității de revocare de către soțul supraviețuitor a dispozițiilor testamentare privind împărțirea moștenirii după moartea ambilor soți – după cum testamentul conține dispoziții în favoarea moștenitorilor legali ai supraviețuitorului sau în favoarea unor terți); Suedia (§ 7 din Legea succesorală, nr. 637/1958 – care stabilește că revocarea sau modificarea unilaterală a dispozițiilor unui testament mutual conduce la pierderea dreptului de a mai beneficia de acel testament. În dreptul suedez testamentul conjunctiv poate fi încheiat de două sau chiar de mai multe persoane împreună – Ferid/Firsching, *op. cit.*, Band V, (2003), Schweden Grdz. G 39). O poziție aparte o are, în această privință, Codul civil al Costa Rica, care, deși admite testamentele conjunctive, permite fiecărui testator să-și revoce în mod independent dispoziția *mortis causa*. În acest sens, art. 625 al Codului civil al Costa Rica: “*Cuando dos o más personas testan en un mismo acto, cada una puede revocar independientemente sus disposiciones.*”

¹⁹ D. A. Popescu, Ghid..., 2014, pp. 89-93.

conțin instituiți reciproce și interdependente (*gemeinschaftliche Testamente mit wechselbezüglichen Verfügungen*), – art. 3, par. 1, lit. b), vor fi supuse (fiind vorba despre un “acord”²⁰) art. 25 din regulament (aplicabil pactelor succesoriale), în vreme ce în privința celorlalte testamente (“testamentele conjunctive” / „*gemeinschaftliches Testamente*“) se va aplica art. 24.

În cazul testamentelor reciproce (adică cele care conțin *wechselbezüglichen Verfügungen*), fiind, deci, în prezența unui acord între testatori (în sensul art. 3, par. 1, lit. b, din regulament), generând o legătură de interdependență între dispozițiile testamentare, acest lucru se va răsfrânge, în planul efectelor, în limitarea posibilității de revocare a acestora. De aceea, din perspectiva regulamentului, suntem în prezența unei chestiuni de fond, admisibilitatea (*Zulässigkeit*) încheierii unor asemenea testamente (asimilate pactelor succesoriale) fiind supusă legii succesoriale ipotetice (*hypothetisches Erbstatut*), potrivit art. 25, par. 2 și 3. Prin urmare, testamentul mutual (reciproc) este asimiliat, din punct de vedere al legii aplicabile admisibilității și validității sale de fond, pactelor succesoriale. Și aceasta indiferent dacă un asemenea “acord” între testatori rezultă din cuprinsul aceluiași înscris (ipoteza cea mai frecvent întâlnită) sau din înscrisuri testamentare diferite.

În schimb, în cazul testamentelor conjunctive, adică cele întocmite “de două sau mai multe persoane într-un singur act”, caracterizate prin existența

²⁰ Un astfel de acord întâlnim în cazul testamentelor reciproce (“*gegenseitige Testamente*”), reglementate în § 2271, par. 2, BGB, care prevede că revocarea unei dispoziții pentru cauză de moarte aflată într-un raport de interdependență cu cea a celuilalt soț-testator nu se poate face în mod unilateral în timpul vieții acestuia: “(d)er Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem in § 2270 bezeichneten Verhältnis steht, erfolgt bei Lebzeiten der Ehegatten nach der für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 2296. Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben.”

unui element formal – înscrisul testamentar care conține două voințe unilaterale (art. 3, par. 1, lit. c), admisibilitatea lor va fi cârmuită de legea succesorală ipotetică aplicabilă fiecărei persoane care a întocmit dispoziția, lege care se va aplica și în privința validității de fond, potrivit art. 24.²¹

V. Forma pactelor succesoriale

Cum am văzut, în funcție de efectele pe care le produc, pactele succesoriale pot fi împărțite în două mari categorii:

- a) *pacte institutive* sau *atributive*, numite și *pozitive*, adică cele care presupun instituire de moștenitori, de legatari sau impuneri de sarcini. Acestea sunt veritabilele pacte succesoriale, reglementate de țările care le admit, având o natură contractuală ce determină forța obligatorie între părți (*Bindungswirkung*). Totuși, în privința efectelor față de ceilalți moștenitori (care nu au participat la încheierea lor), ele au o natură succesorală, reglementând efecte morții unuia sau mai multor contractanți;
- b) *pacte abdicative* (“*non-inheritance agreements*”), cele care consacră renunțări anticipate, cu sau fără contraprestație, la o succesiune (sau mai multe) nedeschise;
- c) *pacta de hereditate tertii*, prin intermediul cărora succesibiliile împart între ei bunurile succesiunii încă nedeschise, însă fără

²¹ Cf. A. Bonomi, A. Öztürk, în Dutta / Herrler (Ed.), **Die Europäische Erbrechtsverordnung** – sub egida Deutsches Notarinstitut, C. H. Beck, 2014, p. 66; È. Fongaro, “*L’anticipation successorale à l’épreuve du « règlement successional »*”, în *Journal du Droit International (Clunet)*, n° 2/2014, p. 490.

participarea autorului succesiunii. Acestea din urmă nu vor intra sub incidența regulamentului, deoarece nu presupun “drepturi asupra patrimoniului sau patrimoniilor viitoare ale uneia sau mai multor persoane care sunt părți la acord” (art. 3, par. 1, lit. b) al regulamentului). Pe cale de consecință, aceste acorduri succesoriale, numite și “*third party succession agreements*” vor fi calificate ca fiind contracte, urmând a fi guvernate de dispozițiile Regulamentului Roma I.²²

În funcție de numărul participanților la încheierea lor, pactele succesoriale pot fi clasificate în:

- a) *pacte unilaterale*, adică pactele prin care sunt reglementate efectele morții doar unuia dintre contractanți;
- b) *pacte succesoriale bi- sau multilaterale*, prin care sunt reglementate efectele morții ambilor, mai multor sau tuturor semnatarilor implicați²³.

În funcție de natura lor, pactele succesoriale pot fi:

- a) *pacte oneroase*, adică pactele care presupun, în schimbul instituirii de moștenitor sau de legatar (respectiv în schimbul renunțării), o contraprestație oneroasă din partea celui instituit sau, după caz, din partea renunțătorului;
- b) *pacte cu titlu gratuit*, care nu implică contraprestații din partea celeilalte părți.

²² J. Rodríguez Rodrigo, în A.-L. Calvo Caravaca, A. Davi, H.-P. Mansel, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 382.

²³ Pentru detalii, v. A. Bonomi, *Les pactes successoraux en droit international privé – Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse*, în A. Bonomi, M. Steiner (Ed.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Librairie Droz, Genève, 2008, pp.11-28.

VI. Legea aplicabilă pactelor succesoriale

Din perspectiva regulamentului, testamentele sunt calificate ca fiind reciproce (sau mutuale) când presupun un acord între dispunători (testatori); în absența unui asemenea acord, ele vor fi conjunctive (non mutuale). Primele sunt asimilate pactelor succesoriale, fiind supuse în privința admisibilității și validității lor dispozițiilor art. 25, în vreme ce în privința ultimelor se vor aplica dispozițiile cuprinse în art. 24. În cazul celor mutuale (*mutual wills*), existența acordului de voință între cotestatori nu poate fi pusă la îndoială. Cu toate acestea, în pofida prezenței elementului contractual, acestea nu vor fi supuse *lex contractus*, ci *lex successionis*, ținând seama de finalitatea lor succesorală. Așa cum s-a arătat, din punctul de vedere al Regulamentului, “les testaments mutuels sont assimilés aux pactes successoraux (article 3, paragraphe 1er, point b). Contrairement à la solution retenue dans certains ressorts de *common law*, l’existence d’un élément contractuel (l’accord entre les testateurs) ne suffit pas pour les soumettre aux règles de conflit relatives aux contrats. Caractérisés par l’existence d’un accord, ces testaments relèvent de l’article 25 (et non de l’article 24), y compris lorsqu’ils sont établis dans le même acte (cf. article 3, n. 15, et article 24, n. 5). La conséquence principale de cette qualification est que la recevabilité de ces testaments dépend de l’application cumulative des lois applicables aux successions de tous les testateurs concernés (article 25, paragraphe 2). En revanche, à défaut d’accord, les testaments ne sont pas mutuels, même s’ils sont établis dans le même acte (testaments conjonctifs non mutuels); leur recevabilité et validité au fond dépendent de l’article 24 (cf. article 24, n. 5). Cette solution est bien adaptée aux caractéristiques de ces actes: en effet, les testaments mutuels, comme les pactes successoraux plurilatéraux, concernant la succession de

plusieurs personnes et sont liés entre eux; dès lors, il est justifié de les soumettre, à défaut de choix de loi, à l'application cumulative des lois régissant la succession de tous les testateurs. En outre, le lien existant entre les dispositions de ces testaments se traduit souvent par des limites à leur révocabilité: il est donc approprié de soumettre leur effet contraignant à la loi qui régit la validité de ces actes, comme cela est prévu à l'article 25 pour les pactes successoraux.”²⁴

Ceea ce trebuie remarcat este că pactele succesoriale reprezintă instrumente eficiente de organizare a planificării succesoriale. Ele reprezintă acorduri de voință, având, deci, o natură contractuală (*Erbverträge*); dar nu orice acord intră în sfera de aplicare a regulamentului, ci doar acelea prin intermediul cărora se transmit pentru cauză de moarte bunuri. Astfel, conform art. 1, par. 2, lit. g) sunt excluse din domeniul de aplicare al regulamentului “drepturile de proprietate și bunurile constituite sau transferate altfel decât prin succesiune, de exemplu prin liberalități, prin proprietatea comună căreia i se aplică dreptul partenerului supraviețuitor, prin planurile de pensii, prin contractele de asigurare și acordurile similare”. Prin urmare, distingem între convențiile *inter vivos*, care-și produc efectele

²⁴ A. Bonomi, P. Wautelet, ***Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*** (avec la collaboration de Ilaria Pretelli et Azadi Öztürk), 2^{ème} édition 2016, Bruylant, 2016, p. 433. A se mai vedea, K. Lechner, “*Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung*”, în NJW, 2013, p. 27 și urm; U. Bergquist, D. Damascelli, R. Frimston, P. Lagarde, F. Odersky, B. Reinhartz, ***Commentaire du règlement européen sur les successions. Champ d'application, compétence, loi applicable, reconnaissance, acte authentique, certificat successoral européen***, Dalloz, 2015, p. 188 *et seq.* – sau versiunea în limba engleză a acestei lucrări: Bergquist / Damascelli / Frimston, / Lagarde / Odersky / Reinhartz, ***EU Regulation on Succession and Wills. Commentary***, Otto Schmidt Verlag, 2015, p. 148 *et seq.*

între persoane în viață, și cele care-și produc efectele după moarte, doar acestea din urmă intrând în sfera de preocupare a regulamentului.²⁵

Articolul 25 al Regulamentului, reglementând legea aplicabilă pactelor succesoriale, are următorul cuprins:

„(1) Un pact asupra unei succesiuni viitoare referitor la succesiunea unei persoane este reglementat, în privința admisibilității sale, a condițiilor de fond ale acestuia, a caracterului obligatoriu între părți și a condițiilor pentru desfacerea sa, de legea care, în temeiul prezentului regulament, ar fi fost aplicabilă succesiunii persoanei respective, în cazul în care aceasta ar fi decedat în ziua încheierii pactului.

(2) Un pact asupra unei succesiuni viitoare referitor la succesiunea mai multor persoane este admisibil numai dacă este admisibil în conformitate cu toate legile care, în temeiul prezentului regulament, ar fi fost aplicabile succesiunii tuturor persoanelor implicate, în cazul în care acestea ar fi decedat în ziua încheierii pactului.

Un pact asupra unei succesiuni viitoare care este admisibil în temeiul primului paragraf este reglementat, în ceea ce privește condițiile de fond, caracterul obligatoriu între părți și condițiile pentru desfacerea sa, de legea cu care are cea mai strânsă legătură dintre cele enumerate la primul paragraf.

(3) Fără a aduce atingere alineatelor (1) și (2), părțile pot alege ca lege care să reglementeze pactul asupra unei succesiuni viitoare, în ceea ce privește admisibilitatea, condițiile de fond, caracterul obligatoriu între părți și condițiile pentru desfacerea sa, legea pe care persoana sau una dintre persoanele al căror patrimoniu este vizat ar fi

²⁵ J. Rodríguez Rodrigo, în A.-L. Calvo Caravaca, A. Davi, H.-P. Mansel, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 381-382.

putut să o aleagă în conformitate cu articolul 22, în condițiile stabilite de respectivul articol.”

Așadar, trebuie să distingem între admisibilitatea pactului succesoral și condițiile de validitate ale acestuia (inclusiv forța obligatorie *între părți* și cauzele de încetare), pe de o parte, și efectele pactului *față de terți*, pe de altă parte. În vreme ce primele vor fi guvernate, din considerente de predictibilitate, în cazul pactelor unilaterale, de legea succesorală ipotetică, adică de legea care, potrivit regulamentului, “ar fi fost aplicabilă succesiunii persoanei respective, în cazul în care aceasta ar fi decedat în ziua încheierii pactului” (art. 25, par. 1), efectele față de terți, adică față de cei neimplicați în încheierea pactului și care justifică interese proprii (cum sunt rezervarii), vor fi supuse legii succesiunii, adică legii care va governa “în final” moștenirea: legea ultimei reședințe obișnuite a autorului moștenirii, respectiv legea aleasă de acesta în temeiul art. 22.

În cazul pactelor bilaterale sau a celor multilaterale, ținând seama de faptul că acestea reglementează efectele a două sau mai multor morți, ele vor trebui să fie permise de toate legile succesoriale ipotetice aparținând tuturor persoanelor a căror moarte este reglementată prin intermediul pactului succesoral respectiv, adică de toate legile care “ar fi fost aplicabile succesiunii tuturor persoanelor implicate” (art. 25, par. 2). În plus, în cazul acestor categorii de pacte, validitatea, forța obligatorie între semnatori și condițiile de încetare vor fi cărmuite de o lege unică – legea care, potrivit circumstanțelor, prezintă cele mai strânse legături cu pactul, dintre legile succesoriale ipotetice aparținând fiecărei părți implicate în încheierea pactului. Revine, cu alte cuvinte, instanței sau celui investit cu soluționarea conflictului de legi sarcina de a determina această lege. Demn de remarcat este faptul că legiuitorul nu stabilește reguli sau criterii în funcție de care să se poată stabili proximitatea

de legătură a unei legi succesoriale cu un pact bi- sau, mai ales, multilateral. S-ar putea ține seama e.g. de împrejurări precum: apartenența națională a semnatarilor pactului sau a mai multor semnatori, reședința obișnuită a tuturor sau a mai multor părți, locul situării majorității bunurilor etc. Adesea, aprecierea legăturilor celor mai strânse este o operațiune relativă și subiectivă, depinzând, în mare măsură, de instanța sesizată în acest scop.

Așadar, în cazul pactelor care implică „averea” mai multor persoane, admisibilitatea acestora este tratată de legiuitorul european mult mai sever, impunându-se condiția ca „toate legile implicate” să admită încheierea pactului. Spre exemplu, dacă un soț de cetățenie germană cu reședința obișnuită în Germania încheie un astfel de pact succesoral cu soția sa de cetățenie română, având reședința obișnuită în România, un asemenea pact va fi considerat nul, nefiind permis de legea succesorală română. În schimb, în cazul unui pact succesoral încheiat între doi soți de cetățenie română cu reședința obișnuită comună în Germania la data încheierii pactului, acesta va fi considerat admisibil și valid deoarece legea succesorală ipotetică a ambilor (legea germană) recunoaște și consideră valid pactul. Aceasta, desigur, în măsura în care soții nu au ales, în temeiul art. 22, legea română.²⁶

²⁶ De remarcat că datorită forței obligatorii a pactelor succesoriale, efect care se produce încă de la data încheierii lor, trebuie cunoscută încă din acest moment legea care le guvernează. Din acest motiv, în acest caz, autorului succesiunii nu îi este permis să aleagă, ca aplicabilă pactului, legea viitoarei sale cetățenii din momentul morții, această lege nefiind cunoscută în momentul perfectării pactului. Dealtfel, această concluzie se poate desprinde și din formularea considerentului (51) al regulamentului: “Acolo unde, în prezentul regulament, se face trimitere la legea care s-ar fi aplicat succesiunii persoanei care a întocmit o dispoziție pentru cauză de moarte dacă aceasta ar fi decedat în ziua întocmirii, modificării sau, respectiv, a revocării dispoziției, o astfel de trimitere ar trebui înțeleasă ca trimitere fie la legea statului în care își avea reședința obișnuită persoana respectivă în ziua respectivă, fie la legea statului a cărui cetățenie o deținea în ziua respectivă, dacă a făcut o alegere a legii în temeiul prezentului regulament” (s.n., DAP).

Să luăm un alt exemplu²⁷: doi soți cetățeni ai Regatului Unit, având ambii reședința obișnuită în Liban și domiciliul, potrivit legii engleze, în Anglia (*domicile of origin*), încheie un testament reciproc (*mutual will*) având ca obiect două imobile situate în Exeter și un cont bancar deschis la o bancă londoneză, în fața unui *notary public* englez. Ulterior, ei se stabilesc în România, schimbându-și reședința obișnuită la Brașov. În urma decesului unuia dintre ei se ridică în fața instanțelor române (competente în baza art. 4 al regulamentului) problema validității acestui testament reciproc, considerat valid potrivit legii engleze. *Quid iuris?* Poate fi luat în considerare acest testament de instanța română investită cu dezbateră succesiunii? Instanța română va trebui mai întâi să califice natura testamentului, având ca reper art. 3 al regulamentului. Potrivit art. 3, par. 1, lit. b), testamentele reciproce sunt asimilate, din punct de vedere al naturii lor juridice, pactelor succesoriale. Potrivit acestui articol, „*pact asupra unei succesiuni viitoare*” înseamnă un acord, inclusiv un acord rezultat din testamente reciproc, care creează, modifică sau încetează, cu sau fără contraprestație, drepturi asupra patrimoniului sau patrimoniilor viitoare ale uneia sau mai multor persoane care sunt părți la acord”. Așa fiind, instanța va porni în cercetarea validității testamentului reciproc de la dispoziția art. 25, par. 2, potrivit căreia “(u)n pact asupra unei succesiuni viitoare referitor la succesiunea mai multor persoane este admisibil numai dacă este admisibil în conformitate cu toate legile care, în temeiul prezentului regulament, ar fi fost aplicabile succesiunii tuturor persoanelor implicate, în cazul în care acestea ar fi decedat în ziua încheierii pactului.” Prin urmare, admisibilitatea testamentului reciproc, asimilat de legiuitorul european pactelor asupra succesiunilor viitoare, este cârmuită de

²⁷ Asupra acestei spețe v. D. A. Popescu, Ghid..., 2014, p. 88.

legea succesorală ipotetică (*Errichtungsstatut* sau *hypothetisches Erbstatut*) aplicabilă succesiunii ambilor soți dacă aceștia ar fi decedat în ziua încheierii acestuia, adică, în cazul de față, nefiind în prezența unei alegeri a legii aplicabile, legea reședinței obișnuite a soților din momentul încheierii actului – legea libaneză (care consideră nule testamentele comune și pactele succesoriale, în egală măsură²⁸). Însă norma de conflict libaneză supune succesiunea legii naționale a autorului succesiunii, retrimițând la legea engleză (retrimiteri de gradul doi – *Weiterverweisung*), retrimiteri acceptată²⁹, care va conduce la aplicarea, în privința admisibilității testamentului reciproc, a legii engleze, care îl consideră admisibil și valid. În consecință, instanța română sesizată va considera admisibil testamentul din speță, ținând seama de efectele acestuia în dezbateră succesiunii.

În fine, paragraful 3 al art. 25 conține o clauză de validare, oferind șansa alegerii legii aplicabile pactului, în temeiul art. 22. Astfel, părțile vor putea alege, dacă le este mai favorabilă, legea statului lor de cetățenie sau chiar legea cetățeniei unuia dintre partenerii contractuali, lege care recunoaște pactul, considerându-l admisibil și valid. În felul acesta părțile semnate au posibilitatea fie de a valida un pact succesoral care nu este admis de toate legile implicate, fie de a elimina incertitudinea determinată de aplicarea legii celor mai strânse legături, conform par. 2.

Este adevărat, într-o asemenea situație este posibil ca anumite chestiuni succesoriale reglementate prin pact, legate de devoluțiunea și transmisiunea succesorală a celeilalte părți (a cărei lege nu a fost aleasă), să nu prezinte legături relevante cu succesiunea.

²⁸ v. Ch. Hertel în Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Ed.), *Würzburger Notarhandbuch*, 3 Auflage, C. Heymanns Verlag, 2012, p. 2689.

²⁹ *Ibidem*, p. 2656.

În exemplul nostru anterior, cazul soțului de cetățenie germană cu reședința obișnuită în Germania care încheie un pact succesoral cu soția sa de cetățenie română, având reședința obișnuită în România, dacă ei vor alege, în temeiul paragrafului 3, ca aplicabilă pactului lor legea germană (legea soțului), acest pact va fi salvat, nemaifiind astfel incidentă condiția cumulului legilor succesoriale ipotetice în ce privește admisibilitatea.³⁰

VII. Adaptarea efectelor specifice pactelor succesoriale ținând seama de principiile și rigorile *lex successionis*

Nu toate sistemele de drept sunt, cum am văzut, favorabile pactelor succesoriale. În aceste condiții, delimitarea de competențe între *lex succesoria ipotetica* și *lex successionis*, adică între legea care, la momentul perfectării pactului, guvernează admisibilitatea și condițiile de validitate ale acestuia, pe de o parte, și cea care va governa în final succesiunea, în principiu în ansamblul ei, pe de altă parte, este inevitabilă. Fără îndoială, efectele pactelor față de terți, incluzând aici, înainte de toate, rezervarii este inevitabilă.³¹

Art. 25 din Regulamentul (UE) nr. 650/2012 (Regulamentul european al succesiunilor, RES), supune, din considerente de predictibilitate, admisibilitatea, condițiile de validitate de fond și forța obligatorie între părți a pactelor succesoriale, inclusiv condițiile pentru desfacerea lor – indiferent

³⁰ Remarcăm cu acest prilej traducerea incorectă a versiunii în limba română a par. 3 al art. 25, care folosește formularea: “Fără a aduce atingere alineatelor (1) și (2)” în loc de formularea corectă “Fără a ține seama de alineatele (1) și (2)” – “*Notwithstanding paragraphs 1 and 2*” în versiunea engleză, respectiv “*Ungeachtet der Absätze 1 und 2*” în versiunea germană a regulamentului.

³¹ A se vedea, D. A. Popescu, “*Abstracțiunea reprezentării voluntare și funcția circulatorie a actelor*”, în RRDP nr. 2/2019, p. 274, nota nr. 119.

de natura (gratuită sau oneroasă) și forma acestora (unilaterală sau bilaterală) – , legii succesoriale ipotetice (*hypothetisches erbstatut*), adică legii care s-ar fi aplicat succesiunii dacă aceasta s-ar fi deschis în ziua încheierii pactului (*Errichtungsstatut*, art. 25). Să presupunem un pact succesoral oneros încheiat în Germania între doi cetățeni români cu reședința obișnuită în această țară. După un timp, părțile se stabilesc în România, unul dintre contractanți decedând. Ultima reședință obișnuită a autorului succesiunii fiind în România, succesiunea va fi guvernată de legea succesorală română (art. 21 RES), lege care va stabili, între altele, întinderea cotității disponibile și a rezervei succesoriale [art. 23 alin. (2) lit. h) RES]. Astfel, instanțele române, aplicând legea succesorală română, vor fi nevoite, pe de o parte, să recunoască admisibilitatea și validitatea pactului succesoral oneros încheiat în Germania, iar, pe de altă parte, în privința efectelor pactului față de terți (rezervatari), vor trebui să dea satisfacție legii române. În măsura în care pactul aduce atingere rezervei succesoriale, întrebarea care se ridică este cea legată de modul în care va proceda judecătorul, ținând seama de faptul că legea succesorală română, ostilă pactelor asupra succesiunilor viitoare, nu prevede nimic în această privință, ea reglementând exclusiv reducțiunea *liberalităților excesive* (nu a actelor oneroase încheiate de defunct). Judecătorul va trebui, în acest caz, să se descurce singur, integrând efectele pactului succesoral oneros încheiat în Germania în sistemul de gândire al legii române. După părerea noastră, judecătorul, cântărind interesele rezervatarilor cu cele ale moștenitorului instituit prin pact (*Erbeinsetzung*), va trebui să dea satisfacție primelor, limitând emolumentul pactului până la limita rezervei succesoriale. Altfel spus, în opinia noastră, va interpreta sintagma (conceptul) „reducțiunea liberalităților” într-un sens mai larg, incluzând aici și actele încheiate *mortis causa*, indiferent de natura lor, care

vor fi asimilate, din punctul de vedere al reducăunii, cu liberalitățile. Este vorba despre o asimilare conceptuală, cu efect integrator, iar nu despre un regim juridic identic. Mai precis, în ceea ce privește ordinea de reducăune, pactele oneroase vor fi reduse după liberalitățile făcute prin testamente și donații. Cel ce dobândește bunuri prin acte *mortis causa* trebuie să-și asume acest „risc” (*alea*), cunoscând că efectele acestora sunt rânduite nu exclusiv de voința contractanților, ci ținând seama, în egală măsură, de dispozițiile legii succesoriale competente. Moștenitorul instituit prin pact succesoral, chiar oneros, trebuie să se supună acelu „alea”, inerent transmisiunilor pentru cauză de moarte.

Faptul că legea succesorală română nu conține dispoziții cu privire la contractele (pactele) succesoriale (*Erbverträge*) nu înseamnă că judecătorul nu este obligat, în acest caz, să țină seama de scopul urmărit de legiuitor prin impunerea reducăunii liberalităților excesive. Prin urmare, distingem între efectele între părți ale pactului succesoral și efectele față de moștenitorii rezervatari (terți). Admisibilitatea, forța obligatorie și efectele între părți vor fi guvernate de legea pactului (*lex pacta*), adică de legea succesorală ipotetică, în vreme ce impactul efectelor pactului asupra rezervei succesoriale va fi guvernat de legea succesiunii (*lex successionis*). Cum s-a arătat în literatura spaniolă recentă, „(l)a sucesión pactada es un modo de sucesión más, junto con la sucesión testada o abintestado. La admisión, y en palabras de algún autor la revitalización de la sucesión pactada en los ordenamientos de un nutrido grupo de los países de la Unión Europea ha llevado a incorporar su regulación en el ámbito del R. 650/2012 en particular en su artículo 25. Este precepto determina la ley aplicable a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes, incluidas las condiciones para su resolución. *Ahora bien,*

*dicha ley no podrá menoscabar el derecho a las legítimas que quedarán establecidas por la ley que rige la sucesión*³²

Vorbim aici despre transpunerea unei instituții necunoscute de legea română (*lex fori*) – sau, mai precis, căreia aceasta îi este chiar ostilă. Această tehnică juridică a transunerii, în sistemul juridic aparținând forului, a efectelor unei instituții sau situații juridice guvernate de o lege aparținând altui sistem de drept este cunoscută sub denumirea de „*Anpassung*”, adică *adaptarea* sub forma transunerii („transpozițiunii”). Ea constă în corectarea rezultatelor generate de coliziunea sistemelor juridice, recunoscând validitatea unor acte guvernate de legi străine, dar ajustând efectele acestora, punându-le în acord cu dispozițiile unei alte legi (de regulă, a forului), care cârmuiește ansamblul situației avute în vedere: „*Anpassung bedeutet die Korrektur von widersprüchlichen Ergebnissen, die durch das Aufeinandertreffen von Rechtsordnungen hervorgerufen werden, die nicht aufeinander abgestimmt sind*”.³³ Așa cum s-a arătat, coexistența mai multor ordini juridice conduce adesea la supunerea unei chestiuni juridice uniforme sau, după caz, a două chestiuni juridice distincte, dar strâns legate între ele, unor norme de conflict diferite sau, în orice caz, la atribuirea lor, de către diferitele norme de conflict, în competența unor sisteme juridice diferite.³⁴ Un

³² A.P. Abarca Junco, M. Gómez Jene, M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros, P.P. Miralles Sangro, E. Pérez Vera, M.V. Gómez-Urrutia, ***Derecho Internacional Privado***, Liberta UNED, Madrid, 2016, pp. 603-604; s.n., D.A.P.).

³³ Th. Rauscher, ***Internationales Privatrecht. Mit Internationalem und Europäischem Verfahrensrecht***, 3. Auflage, 2009, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, p. 125, nr. 550.

³⁴ J. Kropholler, ***Internationales Privatrecht***, 5. Auflage, Mohr Siebeck, 2004, p. 233: „Ein Nebeneinander mehrerer Rechtsordnungen kann dadurch auftreten, daß eine *einheitliche* Rechtsfrage oder zwei *äußerlich getrennte*, aber im Grunde zusammenhängende Rechtsfragen von verschiedenen Kollisionsnormen erfaßt werden (...) oder jedenfalls vom Kollisionsrecht verschiedenen Rechtsordnungen zugewiesen werden”.

exemplu în acest sens ar fi protecția soțului supraviețuitor prin intermediul regulilor de lichidare a regimului matrimonial, dar incidența, în egală măsură, a legii succesiunii, adesea diferită de cea care cârmuiește regimul matrimonial.³⁵

³⁵ Un caz celebru este cel al § 1371 BGB privind egalizarea achizițiilor (*Ausgleich des Zugewinns*), care conferă supraviețuitorului creșterea cotei sale succesoriale legale cu o pătrime – calificată de *Bundesgerichtshof* (BGH), *Beschluss des IV. Zivilsenats von 13.5.2015*, IV ZB 30/14, ca ținând de legea aplicabilă regimului matrimonial, dar, ulterior, calificată (în mod greșit, după părerea noastră) de CJUE, în cauza C-558/16, Hotărârea din 1 martie 2018, ca ținând de *lex successionis*. Curtea de la Luxemburg s-a lăsat orbită de efectele acestei dispoziții – care se produc, într-adevăr, în plan succesoral –, omițând cauza și motivația ei. În felul acesta, pe viitor, protecția suplimentară acordată de legiuitorul german supraviețuitorului, prin intermediul regulii amintite, de lichidare a regimului de participare la achiziții (*Zugewinnsgemeinschaft*), va depinde exclusiv de legea succesiunii, adesea aleasă de testator, iar nu de legea asumată de ambii soți să reglementeze regimul lor matrimonial, mai precis, regimul de participare la achiziții (regim legal în Germania). Conceptul de „adaptare” exprimă aplicarea modificată a unui sistem juridic într-un „*die modifizierte Anwendung einer Rechtsordnung in einem internationalrechtlichen Fall*” (*ibidem*, p. 232). De reținut că „adaptarea” nu conduce la „ajustarea” („*angeglichen*”) unei ordini de drept sau a unei norme juridice aparținând acesteia, ele rămânând intacte, ci afectează doar aplicarea normei în cazul concret, atribuindu-i o altă formă (figură/„*eine andere Gestalt*” – *ibidem*). Pentru o privire comparativă între *Anpassung* (*Angleichung*/adaptare) și *Durchsetzung* (transpunere/implementare), a se vedea S. Robak, **Kulturelle Formationen des Lernens**, Waxmann Verlag, 2012, pp. 341-342. A se mai vedea D. Bureau, H.M. Watt, **Droit international privé**, t. I, Partie générale, 4^e éd., PUF, 2017, p. 564: „La différenciation entre substitution et transposition permet cependant d’attirer l’attention sur deux aspects distincts de la coordination opérée. Dans le cas de la substitution, cette coordination passe par une interprétation du concept préjudiciel visé par la loi applicable à l’effet recherché, qui est destinée à déterminer le seuil des concessions qu’elle est prête à admettre pour que cet effet s’attache à une situation constituée dans des conditions autres que celles résultant de son droit interne. En revanche, la transposition suppose de faire vivre concrètement une situation, constituée sous l’empire d’une loi autre que la loi nouvelle appelée par la suite à en régir les effets. L’ajustement exigé de celle-ci n’est plus alors d’ordre conceptuel mais de nature matérielle ou technique”. Pentru un studiu recent și deosebit, dedicat în întregime tehnicii adaptării în dreptul internațional privat, metodei, naturii, formelor și efectelor acesteia, a se vedea S.L. Gössl, *Anpassung und EU-Kollisionsrecht*, în *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ), vol. 82 (2018), Heft 3, pp. 619-652. Împărtășim întru totul afirmația autoarei, de la p. 634: „*Die Anpassung zielt also darauf ab, die verlorene Kohärenz des EU-IPR durch die ausnahmsweise Abänderung des Kollisions- oder Sachrechts*

wiederherzustellen. Auf welche Weise dies zu erreichen ist, ergibt sich wiederum aus einer Abwägung zwischen den verschiedenen unionsrechtlichen und nationalen Interessen. Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten spricht für eine kollisionsrechtliche Anpassung: Die sachrechtliche Anpassung schafft (auch durch Veränderung einer bestehenden Norm) eine neue Sachnorm auf unionsrechtlicher Grundlage. Dies sollte vermieden werden: Eine Harmonisierung des Sachrechts durch die EU wird durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip begrenzt und gerade das EU-IPR dient der Wahrung der Diversität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen” [„Scopul adaptării (ajustării) este, prin urmare, restabilirea coerenței pierdute a dreptului internațional privat european, prin modificarea excepțională a normei de conflict sau a celei materiale. Modul în care acest lucru poate fi atins rezultă din echilibrul între diferitele interese ale UE și cele naționale. Partajarea competențelor între UE și statele membre presupune o ajustare (adaptare) de natură conflictuală (*kollisionsrechtliche Anpassung*). Adaptarea materială (*sachrechtliche Anpassung*), inclusiv prin modificarea unei dispoziții legale existente în dreptul intern, dă naștere unei noi norme materiale (*Sachnorm*), ca efect al reglementărilor europene. Însă acest lucru ar trebui evitat: armonizarea drepturilor reale la nivel european trebuie limitată în temeiul principiului delegării competențelor, dar și de principiul subsidiarității; de altfel, însuși dreptul internațional privat european contribuie la menținerea diversității sistemelor juridice ale statelor membre” – trad. și adapt. ns., D.A.P.]

STUDII

« QU'EST-CE QUE LA VÉRITÉ ? » RÉPONSES
ROMAINES AU PROBLÈME DES « FAUSSES
NOUVELLES »

DOI: 10.24193/SUBBiur.65(2020).4.27
Data publicării online: 16.03.2021

Jakob Fortunat STAGL*

Le moindre obstrué trou du cul, se voit Jupiter dans la glace. Voilà le grand miracle moderne... Ils [les Soviets] essayent de farcir l'étron, de le faire passer au caramel. C'est ça l'infection du système.

L.-F. Céline, *Mea Culpa*, Paris 1936.

Résumé : Citant des exemples de l'Antiquité comme le procès contre Jésus-Christ et la politique de Caligula, l'article analyse les dangers d'une législation contre les « fake news ». Étant une limitation à la liberté d'expression et en tant que tel un premier pas vers un système politique totalitaire, l'auteur est contre ce type d'activisme législatif.

Mots-clés : liberté d'expression, régimes totalitaires, légiférer.

* Professeur, Faculté de Droit de l'Université du Chili, jakob.stagl@yahoo.de.

“WHAT IS TRUTH?” ROMAN ANSWERS TO THE QUESTION OF “FAKE NEWS”

Abstract: Citing examples from Antiquity like the trial against Jesus Christ and the politics of Caligula, the article analyses the dangers of legislation against “fake news”. Being a limitation to free speech and the first step to a totalitarian political system, the author is against such kind of legislative activism.

Keywords: freedom of expression, authoritarian politics, legislation.

Table des matières

I.	L'autorité neutre.....	935
II.	L'autorité voyoute.....	939
III.	L'autorité engagée.....	945
IV.	IV L'autorité nihiliste.....	946
V.	V. La fausseté de la vérité juridique	948
VI.	La vérité de la vérité sociologique	953

I. L'autorité neutre

Une loi contre les « fake news » comme la loi « contre la manipulation de l'information » du 22 décembre 2018 présuppose un organisme public qui ait connaissance de l'information non manipulée, autrement dit de la vérité¹. Seul un tel organisme peut distinguer entre le vrai et le faux avec une autorité suffisamment légitime pour punir ceux qui rendent publiques des *fakes news* ou supprimer leur diffusion. Mais connaître la vérité n'est pas si simple pour

¹ En l'occurrence, l'organisme auquel est supposée cette connaissance est le Conseil supérieur de l'audiovisuel, suivant les termes de la loi adoptée : [legifrance.gouv.fr].

l'État. Un des plus fameux exemples historiques à cet égard est l'épisode qui fait intervenir Ponce Pilate, gouverneur de la province romaine de Judée aux temps de l'empereur Tibère². Comme le rapporte l'évangéliste Jean, la veille de la Pâque de l'an 33, les juifs de Jérusalem, qui ne disposaient pas du *ius gladii*, conduisirent Jésus au prétoire pour le faire tuer par l'autorité romaine. Les autorités juives accusèrent Jésus d'être un malfaiteur ; après avoir hésité, Pilate commença l'interrogation de l'accusé³. Jésus prétendit être le roi d'un royaume qui n'est pas de ce monde : « Tu le dis, je suis roi. Je suis né et je suis venu dans le monde pour rendre témoignage à la vérité : quiconque est de la vérité écoute ma voix ». Jésus prétendait ainsi représenter la vérité, être lui-même la vérité. Avant son procès il avait expliqué à ses disciples : « Je suis le chemin, la vérité et la vie ; nul ne vient au Père que par moi »⁴. Pilate se trouvait ainsi face à face avec quelqu'un qui échappait complètement aux catégories ordinaires de la justice, et qui, pour lui répondre, posa alors la célèbre question à Jésus : « Qu'est-ce que la vérité ? ».

² Sur le procès de Jésus voir L. Garofalo, *Gesù. La crocifissione di un giusto*, Milano 2019 ; D. Liebs, *Vor den Richtern Roms*, Munich, 2007, p. 89 s. ; A. Schiavone, *Ponzio Pilato : Un enigma tra storia e memoria*, Milano, 2016 (trad. française : *Ponce Pilate*, Paris, 2016) ; P. Święcicka, *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawno-historyczne*, Varsovie, 2012.

³ Jn. 18, 33 ss. : « *Introivit ergo iterum in praetorium Pilatus : et vocavit Jesum, et dixit ei : Tu es rex Judaeorum ? Respondit Jesus : A temetipso hoc dicis, an alii dixerunt tibi de me ? Respondit Pilatus : Numquid ego Judaeus sum ? gens tua et pontifices tradiderunt te mihi : quid fecisti ?* »

⁴ Jn. 14, 6 : « *Dicit ei Jesus : Ego sum via, et veritas, et vita. Nemo venit ad Patrem, nisi per me* ».

Pilate lui dit : Tu es donc roi ? Jésus répondit : Tu le dis, je suis roi. Je suis né et je suis venu dans le monde pour rendre témoignage à la vérité : quiconque est de la vérité écoute ma voix. Pilate lui dit : Qu'est-ce que la vérité ? Ayant dit cela, il sortit de nouveau pour aller vers les Juifs, et il leur dit : Pour moi, je ne trouve aucun crime en lui. Mais c'est la coutume qu'à la fête de Pâques je vous délivre quelqu'un. Voulez-vous que je vous délivre le roi des Juifs ? Alors tous crièrent de nouveau : Non, pas lui, mais Barabbas. Or, Barabbas était un brigand⁵.

Lorsque l'on examine ce dialogue, on est frappé par le fait que Ponce Pilate affirme ne pas savoir ce qu'est la vérité, alors que Jésus proclame être lui-même la vérité⁶. Est-ce une formule qui cache la conversion de Ponce Pilate ? Est-ce une riposte ? Ponce Pilate est-il un nihiliste décadent qui n'a plus la force de croire en l'idée impériale qu'il représente et qui, par conséquent, est destiné à une chute imminente ? Ou bien serait-il, comme l'affirme Nietzsche, le seul personnage appréciable du Nouveau Testament, qui oppose la figure d'un scepticisme philosophique dans la tradition des Anciens à la nouvelle barbarie de la foi venue du Proche-Orient⁷ ?

⁵ Jn. 18, 37-40 : *Dixit itaque ei Pilatus : Ergo rex es tu ? Respondit Iesus : Tu dicis quia rex sum. Ego in hoc natus sum et ad hoc veni in mundum, ut testimonium perhibeam veritati ; omnis, qui est ex veritate, audit meam vocem. Dicit ei Pilatus : Quid est veritas ? Et cum hoc dixisset, iterum exivit ad Iudaeos et dicit eis : Ego nullam invenio in eo causam. Est autem consuetudo vobis ut unum dimittam vobis in Pascha : vultis ergo dimittam vobis regem Judæorum ? Clamaverunt ergo rursum omnes, dicentes : Non hunc, sed Barabbam. Erat autem Barabbas latro.*

⁶ C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Köln, 1982, p. 67.

⁷ F. Nietzsche, *Der Antichrist*, 1895 : « Habe ich noch zu sagen, dass im ganzen neuen Testament bloss eine einzige Figur vorkommt, die man ehren muss ? Pilatus, der römische Statthalter. [...] Der vornehme Hohn eines Römers, vor dem ein unverschämter Missbrauch mit dem Wort "Wahrheit" getrieben wird, hat das neue Testament mit dem einzigen Wort bereichert, das Werth hat, – das seine Kritik, seine Vernichtung selbst ist : "was ist Wahrheit" ! ».

Quelle que soit la motivation intrinsèque de Pilate, il doute du point de savoir si Jésus est un malfaiteur ; il se demande peut-être même si Jésus ne serait pas vraiment une espèce de roi. Il se refuse donc à le condamner et le livre seulement à la foule pour satisfaire sa soif de sang. Cette suspension du jugement a une longue tradition dans la philosophie stoïcienne où on l'appelle « époque » (ἐποχή)⁸. Il faut lire dans l'Évangile de Mathieu le dernier acte de ce drame pour comprendre la portée de la décision et de la posture de Pilate :

Après avoir constaté l'innocence de Jésus, Pilate leur dit : Que ferai-je donc de Jésus dit Christ ? Tous dirent : Qu'il soit crucifié ! Il dit : Qu'a-t-il donc fait de mal ? Et ils crièrent encore plus fort : Qu'il soit crucifié ! Pilate, voyant qu'il ne gagnait rien, mais que le tumulte allait croissant, prit de l'eau et se lava les mains devant la foule, en disant : Je suis innocent du sang de ce juste ; à vous de voir ! Et tout le peuple répondit : Que son sang soit sur nous et sur nos enfants !⁹

Celui qui reste passif ne peut pas éviter la culpabilité en se lavant les mains. Au regard de la vérité il n'y a pas de neutralité possible : « celui qui n'est pas avec moi est contre moi », dit Jésus dans l'Évangile selon Matthieu¹⁰. Voici la grande leçon que l'on peut, que l'on devrait tirer du comportement de Ponce Pilate ; Sartre, au moins, la tira :

⁸ K. Vogt, « Ancient Skepticism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, dir. Edward N. Zalta, 2018.

⁹ Mt. 27, 22-25 : *Dicit illis Pilatus : Quid igitur faciam de Jesu, qui dicitur Christus ? Dicunt omnes : Crucifigatur. Ait illis praeses : Quid enim mali fecit ? At illi magis clamabant dicentes : Crucifigatur. Videns autem Pilatus quia nihil proficeret, sed magis tumultus fieret : accepta aqua, lavit manus coram populo, dicens : Innocens ego sum a sanguine justis hujus : vos videritis. Et respondens universus populus, dixit : Sanguis ejus super nos, et super filios nostros.*

¹⁰ Mt. 12, 30.

« [C]haque phrase contient le langage tout entier et renvoie à tout l'univers : le silence même se définit par rapport aux mots, comme la pause en musique, reçoit son sens des groupes de notes qui l'entourent. Ce silence est un moment du langage ; se taire, ce n'est pas être muet, c'est refuser de parler, donc parler encore (...) »¹¹.

Envisagé ainsi, suivant cette perspective, il est compréhensible que le gouvernement français veuille lutter contre le mensonge dans les médias et sur les réseaux sociaux. Il y a là une prise de position active au regard de la vérité, qui s'inscrit déjà dans une tradition noble en France, s'inspirant par exemple de la loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915. Non, les français ne s'accommodent pas en se lavant les mains devant la foule, en proclamant leur innocence. Le « Que sais-je ? » de Montaigne est une maxime de philosophes dans leurs châteaux mais pas de gouvernements qui doivent agir dans le monde.

II. L'autorité voyoute

La neutralité de Ponce Pilate n'est pas seulement un choix personnel, c'est aussi une disposition caractéristique de la République romaine, qui a conditionné son éducation. À titre général, mis à part certains épisodes tels que le scandale des *bacchanalia*¹², par exemple, la République se voulait un régime assez libéral. C'était un régime parfaitement légitime, c'est-à-dire universellement accepté, et pour cela peu dépendant de la propagande¹³. Cette

¹¹ J.-P. Sartre, *Situations II*, Paris, 1948, p. 74 s.

¹² J.-M. Pailler, *Bacchanalia. La répression de 186 av. J.-C. à Rome et en Italie. Vestiges, images, tradition*, Rome, 1988 ; M. Riedl, « The Containment of Dionysos : Religion and Politics in the Bacchanalia Affair of 186 BCE », *International Political Anthropology*, 5/2 (2012), p. 113–133.

¹³ Voir G. Ferrero, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, 2^e éd., Paris, 1988.

modestie et véracité de la République se révèlent quand on compare la sobriété de Jules César dans son *Bellum gallicum* avec le spectacle d'un des Empereurs qui évoque l'auto-perception, comme Jupiter, dont parle Céline. L'exécution d'un innocent comme Jésus incarne le terrible danger auquel peut aboutir une attitude libérale ou indifférente telle que celle de Ponce Pilate. Cependant, l'attitude active, qui prend position sur le terrain de la vérité, peut être tout aussi dangereuse. À cet égard, l'histoire de Jésus est en relation avec une autre histoire qui, si elle est vraie, illustre ce qu'il advient lorsque l'État produit sa propre vérité.

Jésus naquit sous l'empire d'Auguste et mourut sous Tibère. Auguste restera pour toujours le génie politique par excellence qui transforma la République en une monarchie absolue sans rien ouvertement changer dans la constitution de Rome, en évitant non seulement le conflit avec le Sénat – conflit que son prédécesseur, César, avait payé de sa vie –, mais aussi une guerre civile¹⁴. Son génie l'a amené à conserver l'apparence du pouvoir de l'aristocratie sénatoriale tout en substituant à cette classe, incapable de gouverner, son propre pouvoir fondé sur la loyauté de ses troupes et son patrimoine immense. Par cette prudence, il a su créer une organisation politique qui continuera à inspirer dans un certain sens les esprits jusqu'à la Révolution française et qui durera, en tant que telle, jusqu'à la chute ou prise de Constantinople en 1493 par les ottomans (*translatio imperii*)¹⁵. Mais pour établir un tel régime, Auguste a dû payer le prix d'un mensonge : celui du mensonge sur la prétendue continuité du pouvoir sénatorial. Les sénateurs,

¹⁴ K. Christ, *Geschichte der Römischen Kaiserzeit*, 6^e éd., München, 2009.

¹⁵ J. Le Goff, *La Civilisation de l'Occident médiéval*, Paris, 1964, p. 196-197 ; Ch. Bratu, « *Translatio*, autorité et affirmation de soi chez Gaimar, Wace et Benoît de Sainte-Maure », *The Medieval Chronicle*, 8 (2013), p. 135 s.

comme les successeurs d'Auguste, ont toujours été confrontés au péril d'oublier la vraie structure du pouvoir, qui réfute une telle continuité¹⁶. Le mensonge s'étend, plus généralement, à la nature du nouveau régime, qui se présentait non pas comme une monarchie, mais comme la restauration de la République.

Les discours et les mises en scène politiques alimentaient cette illusion. Suétone raconte ainsi qu'à sa mort, Auguste prononçât en grec la formule d'adieu des comédiens : « Si vous avez pris goût à ces délasséments, ne leur refusez pas vos applaudissements »¹⁷. Son successeur, Tibère, était quant à lui un professionnel du rituel politique de la *recusatio imperii*, qui montrait que le Sénat offrait le pouvoir à Tibère, mais que celui-ci hésitait toujours et que s'il l'accepta finalement, c'était contre son gré¹⁸ ; il continua d'ailleurs à exprimer publiquement son désir de se retirer – à Capri bien sûr. Ces hommes étaient des modèles pour leur successeur Caligula¹⁹. Étant le fils de Germanicus, rival extrêmement populaire et malheureux de Tibère, Caligula avait passé sa jeunesse sous la menace permanente d'un assassinat. Il avait vu sa mère périr sur l'ordre de Tibère, qui avait probablement aussi assassiné son père. Si le mouvement « punk » consiste en l'extériorisation symbolique d'un dédain envers l'hypocrisie des structures dominantes²⁰, Caligula, était certainement une espèce de « punk » avant la lettre. Sa colère était surtout dirigée contre le Sénat qui avait permis, par sa lâcheté et sa

¹⁶ Voir G. Ferrero, *Pouvoir* cit.

¹⁷ Traduction de M. Cabaret-Dupaty, Paris, 1893 : « Ἐπεὶ δὲ πάνυ καλῶς πέπαισται, δότε κρότον καὶ πάντες ἡμᾶς μετὰ χαρᾶς προπέμψατε ».

¹⁸ J. Béranger, « Le refus du pouvoir », *Museum Helveticum*, 5 (1948), p. 178–196.

¹⁹ La dernière biographie consacrée à Caligula est : A. Winterling, *Caligula : Eine Biographie*, München, 2012 ; à notre avis, Winterling exploite sans le mentionner suffisamment le brillant essai biographique de R. Auguet, *Caligula ou le pouvoir à vingt ans*, Paris, 1975.

²⁰ C. de Kergariou, *No Future. Histoire du punk*, Paris, 2017.

flatterie à l'égard de Tibère, la mort terrible de sa mère. Le fameux cheval fait sénateur n'était que l'expression suprême de ce mépris. Sachant qu'il avait besoin d'une autre source de pouvoir à substituer au Sénat, Caligula se fit populiste : il dévora en cette qualité le patrimoine des riches sénateurs pour payer le *panis et circenses* offerts au peuple et s'efforça de donner à celui-ci des victoires afin d'accroître son prestige et de préparer son apothéose. En soi, ces agissements ne semblent pas nécessairement inattendus ; la manière de remporter ces victoires, cependant, est plus extraordinaire. Suétone, l'une de nos sources principales, relate ainsi la campagne de Caligula en Germanie :

Ensuite, ne sachant à qui faire la guerre, il fit passer le Rhin à quelques Germains de sa garde, qui devaient se tenir cachés jusqu'au moment où, après son dîner, on viendrait dans le plus grand trouble lui annoncer la présence de l'ennemi. La chose fut faite. Aussitôt il s'élança dans la forêt voisine avec ses amis et une partie des cavaliers prétoriens, coupa des arbres qu'il façonna comme des trophées, et revint, à la lueur des flambeaux, reprochant à ceux qui ne l'avaient pas suivi leur paresse et leur lâcheté (...) ²¹.

Occupé ensuite du soin de son triomphe, il ne se contenta pas d'emmener les prisonniers et les transfuges barbares, il choisit les Gaulois (sic !) de la taille la plus haute, et, comme il le disait, la plus triomphale, quelques-uns même des plus illustres familles, et les réserva pour le cortège. Il les obligea non seulement à se rougir les cheveux, mais encore à apprendre la langue des Germains et à prendre des noms barbares... » ²².

Ce comportement de Caligula, bien que compréhensible, ne paraît pas tout à fait normal. En réalité, l'empereur s'efforce de construire des « fake news » autour de ses victoires et semble dans le même temps se moquer des consommateurs de ces fausses nouvelles – à cet égard il se moque surtout du Sénat, qui lui vota le triomphe dans son habituelle complaisance. On ne peut imaginer un contraste plus fort avec les actions de Jules César, c'est-à-dire avec l'esprit de la République.

²¹ Suet. *Calig.* 45.1-2 (trad. La Harpe et Cabaret-Dupaty) : *Mox deficiente belli materia paucos de custodia Germanos traici oculique trans Rhenum iussit ac sibi post prandium quam tumultuosissime adesse hostem nuntiari. Quo facto proripuit se cum amicis et parte equitum praetorianorum in proximam silvam, truncatisque arboribus et in modum tropaeorum adornatis ad lumina reversus, eorum quidem qui secuti non essent timiditatem et ignaviam corripuit (...).*

²² Suet. *Calig.* 47.1 (trad. La Harpe et Cabaret-Dupaty) : *Conversus hinc ad curam triumphi praeter captivos ac transfugas barbaros Galliarum quoque procerissimum quemque et, ut ipse dicebat, ἀξιοθριάμβευτον, ac nonnullos ex principibus legit ac seposuit ad pompam coegitque non tantum rutilare et summittere comam, sed et sermonem Germanicum addiscere et nomina barbarica ferre.*

Il en résulte un enseignement utile à propos de la loi « contre la manipulation de l'information ». Dans son principe, celle-ci est fondé sur l'idée selon laquelle l'État porte un regard objectif, qu'il défend la vérité comme le faisaient les français lorsqu'ils votaient la loi sur le génocide arménien. Mais qu'en est-il lorsque l'État lui-même devient voyou, lorsqu'il profère des mensonges, tout en disposant en plus d'une loi qui lui permet de lutter contre tout ce qui s'oppose aux vues qu'il exprime ? N'est-ce pas la voie de la servitude la plus immédiate ? Les actes de Caligula sont l'exemple même de ce qui peut se produire lorsque l'État devient voyou. Et il ne s'agit pas d'un accident : dans un certain sens, les mensonges de Caligula sont le produit naturel du mensonge fondamental (πρῶτον ψεῦδος) d'Auguste sur la continuité de la République et du pouvoir sénatorial. Un régime politique fondé sur le mensonge produira toujours plus de mensonge. Le populisme de Caligula est le résultat logique de l'éviction du Sénat, et la propagande, les « fake news », sont le produit logique de ce populisme. Il suffit de s'interroger sur les mensonges inhérents à un régime politique pour savoir pourquoi on produit des fausses nouvelles.

Bien sûr, les agissements de Caligula sont plus complexes que les sources ne les rapportent ; nous ignorons quelle est la vérité à cet égard. Pour être honnêtes, nous sommes tous un peu comme Ponce Pilate et ne savons pas si ces histoires sur Caligula sont vraies ou fausses. Il est très probable que notre source d'information principale, Suétone, soit tout-à-fait tendancieuse, étant donné que, par sa voix, ce n'est pas le vainqueur mais le vaincu, c'est-à-dire l'aristocratie sénatoriale, qui a écrit l'histoire²³. Caligula fit peut-être une *fake news* de ses victoires sur les tribus germaniques, mais il est assez

²³ D. Wardle, *Suetonius' Life of Caligula. A commentary*, Bruxelles, 1994.

vraisemblable aussi que ce récit même soit une *fake news* forgée par ses adversaires politiques. Dans un cas, les fausses nouvelles seraient le produit de la propagande officielle, dans l'autre, celui de la haine politique.

III. L'autorité engagée

Avec les *fake news* forgées contre Caligula par ses adversaires, on touche le fond de la chose. Peut-être y avait-il, comme toujours il y en a, des rumeurs sur l'empereur ; mais la question décisive est : pourquoi l'aristocratie sénatoriale, la classe dont dépend l'historiographie sur Caligula, a-t-elle cru à ces rumeurs ? Les sénateurs et leur historien Suétone auraient pu refuser de croire à de telles bêtises, mais par l'effet de la haine sans doute, c'est le contraire qui se passa. La question de la vérité s'estompe devant celle de la disposition à croire, sans laquelle les faits, vrais ou faux, perdent leur importance. De là le sens du fameux proverbe italien *se non è vero, è ben trovato*.

L'affaire peut être rapprochée à cet égard d'un scandale très récent : le fameux scandale du « Pizzagate »²⁴. Il s'agit d'une théorie conspirationniste prétendant qu'il aurait existé un réseau pédophile autour de John Podesta, l'ancien directeur de campagne d'Hillary Clinton lors des élections présidentielles de 2016. Cette théorie repose sur diverses interprétations et constructions en rapport notamment avec une pizzeria, et sur le contenu de courriels privés divulgués par *WikiLeaks*. Elle a émergé sur internet, particulièrement sur les sites *4chan* et *Reddit*, en novembre 2016. Une personne normale, dotée d'une dose saine de scepticisme, ne croirait jamais

²⁴ Voir l'article consacré à cette théorie conspirationniste dans [en.wikipedia.org].

une rumeur aussi absurde. En soi, ce postulat n'est vrai qu'à la condition que cette personne soit bien intentionnée. Cependant, même un individu malintentionné trouve normalement dans sa raison propre une limite à ses croyances et à leur expression. Le véritable rempart, dans cette perspective, tient à l'éducation des citoyens. Il tient plus précisément à la place faite aux *Geisteswissenschaften* (sciences humaines) dans l'éducation : le seul antidote, aussi faible soit-il, contre les mésusages de la rhétorique – et les *fake news* sont une forme de rhétorique –, consiste précisément en une bonne formation à la rhétorique. Au fond, la lutte contre les fausses nouvelles repose en dernier lieu sur un combat contre la stupidité et l'inculture, et surtout contre la haine politique. Une réglementation contre les *fakes news* semble tout-à-fait futile à cet égard. La haine politique n'a été abolie normativement que dans les paradis terrestres de Staline ou Pol Pot. La faiblesse d'une telle réglementation est qu'elle court le risque de produire exactement ce qu'elle prétend éviter : un totalitarisme fondé sur la suppression de la liberté d'opinion, régime qui conduit toujours, on le sait, au gouvernement des *fake news* dans son expression la plus dure. Si la mort de Jésus s'explique par la faute d'une autorité neutre, celle du gouverneur romain, elle s'explique aussi par la faute d'une autorité engagée qui ne permettait pas à une autre opinion ou croyance de s'exprimer – en l'occurrence, l'autorité juive de Jérusalem.

IV. IV L'autorité nihiliste

Nietzsche, admirateur de Ponce Pilate, méprisait le concept traditionnel de vérité : « Celui qui ne peut pas mentir ne sait pas ce qu'est la

vérité », écrivait-il²⁵. Il est le parrain de l'école postmoderne²⁶, la « french theory » comme disent les américains, qui en guise de lutte pour les opprimés déclare tout un texte, tout intention et intérêt. Il n'y a pas de vérité pour cette école, il n'y a que des intérêts.

C'est quand même drôle, pour des décennies on a, surtout en France, refusé la vérité comme une forme de déception, de naïveté qu'il faut détruire au nom de l'émancipation de l'homme. Et maintenant, une fois que les gens se sont rendu compte de ce que cela veut dire d'abolir le concept de la vérité, au sens d'Aristote²⁷ ou de Tarski (« L'énoncé 'La neige est blanche' est vrai, exactement sous la condition que la neige est blanche »²⁸), ils veulent l'introduire mais non pas en faisant d'avance un examen de conscience et un travail sur leurs propres bases philosophiques mais tout simplement en suscitant la censure²⁹ – qui aboutit normalement, dans une forme ou l'autre, à déclarer l'étron farci au caramel. Non, celui qui ne sait pas ce qu'est la vérité n'a pas le droit de l'imposer !

²⁵ F. Nietzsche, *Also Sprach Zarathustra*, Leipzig, 1892 : « Wer nicht lügen kann, weiß nicht, was Wahrheit ist ».

²⁶ M. Ferraris, *Postvérité et autres énigmes*, Paris, 2018.

²⁷ Ar. *Méthaph.* 6.159 (1051b) : « D'abord c'est vrai : quelqu'un n'est pas blanc (pâle) en vérité pour la raison que nous avons l'opinion qu'il soit blanc, mais à l'envers : parce qu'il est blanc, l'énoncé est vrai, si nous énonçons ça sur lui ».

²⁸ A. Tarski, « Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik », *Wahrheitstheorien. Eine Auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert*. Suhrkamp, dir. G. Skirbekk, 1977, p. 140–188, ici p. 143.

²⁹ Devenue, il paraît, un phénomène global : dernièrement A. Julius, *Shameless Authors*, Oxford, 2020, à paraître.

V. V. La fausseté de la vérité juridique

Bien sûr que la tentation existe : bien sûr que l'Homme se croit, malgré tout, habilité à imposer sa « vérité », quelle que soit sa justification. Face à cette insouciance nous devons nous demander s'il est méthodologiquement possible de faire de cette volonté politique une loi. Si une loi décrète la vérité, elle doit elle-même être vraie – comment pourrait-elle garantir la vérité si cette qualité lui manque ? –, et seule cette qualité permet à une telle loi de justifier des restrictions à la liberté d'expression. Cette exigence de vérité est une condition nécessaire pour admettre une règle contre les « fake news ». Il reste à déterminer pour cela si le droit est une *épistémè*, une science : si, en d'autres termes, une norme peut être vraie.

Pour les Romains, paraît-il, le droit avait cette qualité à un certain moment de son histoire, et les juristes qui l'étudiaient avaient celle de « philosophes ». En composant le *Digeste*, Tribonien choisit dans cette perspective, parmi les citations des juristes classiques un texte des *Institutes* d'Ulpien comme préface à sa monumentale codification.

Ulp. 1 Inst. D.1.1.1 pr.-1³⁰ : *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

Les étudiants en droit ont besoin de savoir d'abord d'où vient le mot « droit » (*jus*). Le droit tire son nom de la *justice*. Car, comme l'a défini élégamment Celse, le droit est l'art du bon et du juste. Pour cette raison on nous appelle avec raison des prêtres : car nous cultivons la *justice* et nous enseignons le savoir du bon et du juste, séparant la justice de l'injustice, discernant le licite de l'illicite ; cherchant à former des gens honorables non seulement par la crainte des peines mais aussi par l'attrait des récompenses, aspirant à une vraie philosophie et non à une philosophie fausse ou simulée.

Comme le souligne Giaro dans son étude sur les « vérités » du droit, les anciens ne doutaient pas que le droit soit une *épistémè*³¹, ce qui est prouvé non seulement par ce texte qui parle des juristes comme de ceux qui aspirent à une vraie philosophie, mais aussi par d'innombrables autres qui parlent de la vérité d'énoncés normatifs. Cette particularité n'étonne pas si l'on perçoit que les Romains étaient jusnaturalistes, c'est-à-dire qu'ils croyaient en un droit « naturel » préexistant, physique pourrait-on dire³². Il reste à

³⁰ Sur ce texte M. J. Schermaier, « Ulpian als wahrer Philosoph, en *Ars boni et aequi* », *Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, dir. M. J. Schermaier et Z. Végh, Stuttgart, 1993, p. 303 s. et T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten*, Francfort, 2007, p. 237, 239, 241, 550 s.

³¹ T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten* cit. p. 1 s.

³² W. Waldstein, « Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen », *ANRW* II.15, New York, 1976, p. 3-100 ; D. Mantovani et A. Schiavone, *Testi e Problemi del Giusnaturalismo*, Pavia, 2007.

déterminer si nous, les Modernes, pouvons adhérer à une telle position méthodologique. C'est seulement à la condition que le droit soit une science qu'il serait possible d'affirmer qu'il puisse être vrai ou faux, dès lors que la science réside dans « ce que l'on sait pour l'avoir appris, ce que l'on tient pour vrai au sens large, l'ensemble de connaissances, d'études d'une valeur universelle, caractérisées par un objet (domaine) et une méthode déterminée, et fondés sur des relations objectives vérifiables [sens restreint] »³³.

Les théoriciens contemporains des sciences ont proposé des critères pour déterminer si un savoir constitue ou non une science³⁴, et plusieurs de leurs réflexions peuvent être rappelées à cet égard. Issu du « cercle viennois », Popper postulait quant à lui la « falsification » comme critère de démarcation entre science et métaphysique ; cependant il paraît impossible de l'appliquer à un énoncé normatif³⁵. Dans cette perspective, Kuhn, fortement influencé par Popper, critiquait cette théorie qu'il jugeait applicable seulement à de grandes « révolutions scientifiques » : dans la vie quotidienne, la vérité d'un énoncé scientifique s'apprécie plutôt au regard de son adaptation au système d'énoncés préexistant, analyse que Kuhn appelle non sans ironie « puzzle-solving »³⁶. Or en matière juridique, comme le savent bien les comparatistes, si les arguments systématiques peuvent être puissants devant une juridiction donnée, en dehors de celle-ci ils perdent néanmoins toute leur force. Le

³³ *Le petit Robert*, Paris, 2018, iv. sub 2.

³⁴ S. O. Hansson, « Science and Pseudo-Science », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* dir. E. N. Zalta, Summer 2017 Edition.

³⁵ K Popper, *Conjectures and refutations. The growth of scientific knowledge*, New York, 1963, p. 39; Id., « Falsifizierbarkeit, zwei Bedeutungen von », *Handlexikon zur Wissenschaftstheorie*, dir. H. Seiffert et G. Radnitzky, 2^e éd., München 1994, p. 82–86.

³⁶ Th. Kuhn, « Logic of Discovery or Psychology of Research ? », *The Philosophy of Karl Popper*, dir. P. A. Schilpp, La Salle, 1977, p. 798–819, spéc. p. 801 s.

phénomène des « mixed legal systems »³⁷ en offre des expressions significatives.

Imre Lakatos jugeait les idées de Popper « plutôt étonnantes » et disait : « A theory may be scientific even if there is not a shred of evidence in its favour, and it may be pseudoscientific even if all the available evidence is in its favour. That is, the scientific or non-scientific character of a theory can be determined independently of the facts »³⁸. À ses yeux, une théorie était scientifique si elle partait d'une approche qu'implique le progrès. Lakatos, il faut le dire, a parfaitement raison : sans ce point de vue le progrès serait impossible. Inversement, une loi, quelle que soit son contenu, mais tout particulièrement si elle lutte contre les « fakes news », est sûrement très conservatrice et empêche probablement le progrès. De ce point de vue une telle loi, par conséquence, n'est scientifique.

Selon le sociologue Robert K. Merton la science devait plutôt être caractérisée par son universalisme, par le fait d'être le fruit de l'effort d'une communauté scientifique ; aussi devait-elle être désintéressée et ouverte à la critique³⁹. L'exemple de la loi française relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 pourrait être envisagée à nouveau suivant cette perspective : en énonçant que « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 », elle contredit radicalement ces critères de

³⁷ *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa*, dir. R. Zimmermann, K. Reid, D. Visser, Oxford, 2005.

³⁸ I. Lakatos, « Science and pseudoscience », *Conceptions of Inquiry : A Reader*, dir. S. Brown *et al.*, London, 1981, p. 114–121, 117.

³⁹ R. K. Merton, *The Sociology of Science. Theoretical and Empirical Investigations*, Chicago, 1973, p. 267–278.

scientificité, comme le démontre la réaction de la République de Turquie suscitée par cette loi⁴⁰.

Plus récemment encore, un catalogue de caractères distinctifs a été conçu pour distinguer les pratiques qui sont contraires à la démarche scientifique : foi dans l'autorité, expérimentations triées ou insusceptibles de reproduction, défiance à l'égard des vérifications, négligence à l'égard d'informations contradictoires, subterfuge intégré rendant nécessaire la confirmation d'une théorie, défauts d'explications⁴¹. Dans le cas d'une loi, le subterfuge intégré (« built-in subterfuge ») s'appelle aujourd'hui « État de droit » en Occident, dès lors qu'aucun motif ne permet de déroger à ce principe dans le processus normatif occidental ; on comprend facilement dans ces conditions, au vu de ces critères, que le droit soit exclu du domaine de la science.

Cette situation qui a pu réduire le droit à une forme de métaphysique a, on le sait, suscité des réactions méthodologiques. C'est pour en sortir que Kelsen, lié lui aussi au « cercle viennois », réclamait le positivisme le plus rigide⁴². Le prix à payer pour suivre cette méthode était la neutralité la plus absolue à l'égard des contenus juridiques : pour que le droit fasse exclusivement l'objet d'une analyse scientifique, la production de la norme devait seulement dépendre de sa validité ou de son invalidité. Le positivisme juridique traitait les normes comme des êtres susceptibles ou non d'exister, mais qui ne pouvaient jamais acquérir le prédicat de « vrai ou faux ». Dans ce cadre propre au positivisme kelsenien, il est possible que le droit ait acquis la

⁴⁰ Sur la négation du génocide arménien, voir par exemple l'article consacré à cette question sur wikipedia : [fr.wikipedia.org].

⁴¹ S. O. Hansson, « Science... » cit., *sub* puce 4.6.

⁴² H. Kelsen, « Was ist juristischer Positivismus ? », *JZ*, 15/16 (1965), p. 465-469.

qualité de science ; mais l'approche excluait alors catégoriquement sa scientificité dans un autre domaine que celui de la validité ; il pouvait en aucun, notamment, déterminer scientifiquement la vérité. Il en résulte que le droit ne devrait pas se mêler de questions à caractère épistémologique. La « vera philosophia » de Tribonien et de ses collaborateurs est aujourd'hui méthodologiquement inadmissible.

VI. La vérité de la vérité sociologique

Dans un petit essai satirique, Jonathan Swift analysait l'efficacité du mensonge politique, des « fake news ». À la fin de ses réflexions il se demandait si cette tactique n'était pas vouée à perdre rapidement son efficacité : « Mensonge, ton nez s'allonge ». Contestant cette idée, il observait :

« Peu de mensonges portent la marque de leur inventeur, et l'ennemi le plus prostitué de la vérité peut en répandre mille sans être connu comme son auteur. À part cela, comme le plus vil des auteurs tient ses lecteurs, le plus grand des menteurs tient ses fidèles, et il suffit souvent qu'un mensonge ait été cru pendant une heure pour avoir eu son effet et il perd son intérêt après. La tricherie vole, la vérité claudique auprès d'elle, de la forme qu'elle vienne trop tard quand on a finalement détrompé les gens ; la rigolade est finie, et l'histoire a eu son effet... [la vérité] c'est comme une médecine qui a trouvé un médicament infaillible – après la mort du patient »⁴³.

⁴³ J. Swift, « From The Examiner » in *English Prose*, éd. H. Craik, London, vol. III. Seventeenth Century, 1916, n°15 : « *Few lies carry the inventor's mark, and the most prostitute enemy to truth may spread a thousand, without being known for the author : besides, as the vilest writer hath his readers, so the greatest liar hath his believers : and it often happens, that if a lie be believed only for an hour, it hath done its work, and there is no further occasion*

L'usage de « farcir l'étron, de le faire passer au caramel » est ancien et il y a peu de remèdes contre lui : tel est l'enseignement de Swift. Il y a là une vérité sociologique peu contestable. Étant donné cette loi du retard de la vérité, il devient nécessaire d'empêcher que le « moindre obstrué trou du cul » se voie « Jupiter dans la glace ». Céline tenait ces propos au sujet de la jeune Union Soviétique, un État qui pouvait se vanter d'avoir inventé les « mesures actives »⁴⁴, c'est-à-dire la forme la plus sophistiquée d'usage stratégique de « fakes news », qui a pu conduire, par exemple, à affirmer que le Sida aurait été inventé par le gouvernement des États-Unis pour décimer sa population noire⁴⁵. L'Union Soviétique était alors l'État qui, par excellence, étouffait la liberté d'expression⁴⁶. On le perçoit bien alors : suivre cet exemple, adopter ce genre de mesures, reviendrait à chasser les démons avec Belzébul : soit une telle entreprise est vouée à l'échec, soit elle aura pour effet d'installer un de ces Jupiters que vilipendait Céline.

for it. Falsehood flies, and truth comes limping after it, so that when men come to be undeceived, it is too late ; the jest is over, and the tale hath had its effect : (...) the company parted ; or like a physician, who hath found out an infallible medicine, after the patient is dead ».

⁴⁴ Voir l'article consacré à ces *Active Measures* sur [en.wikipedia.org].

⁴⁵ A. B. Ellick, A. Westbrook et J. M. Kessel, « Meet the KGB Spies Who Invented Fake News », *New York Times*, 12. 11. 2018, [nytimes.com].

⁴⁶ N. Werth, *Histoire de l'Union soviétique*, 5^e éd., Paris, 2001.

STUDII

GARANȚIILE NEGATIVE

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.28
Data publicării online: 16.03.2021

Adrian TAMBA*

Rezumat: Prezenta cercetare, intitulată „*Garanțiile negative*”, țintește niște ființe juridice extrem de interesante. În principal, ele sunt utilizate de bănci. Cu toate acestea, garanțiile negative pot fi plasate în mâinile unor entități non-bancare; o indică, *e.g.*, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*.

Garanțiile negative sunt întâlnite atât în tradiția de Civil Law, cât și în cea de Common Law. Desigur, după creierul meu, Codul civil român îmbrățișează așa-zisele garanții negative, deși nu se servește de o asemenea expresie.

În încheiere, este evidențiat abandonul ortodoxiei: concluziile explicite sunt inobservabile.

Cuvinte cheie: garanții negative, aspecte contractuale, promisiune, act juridic unilateral, Vladimir Hanga.

* Asist. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, amba_adrian@yahoo.com.

NEGATIVE PLEDGES

Abstract: My work, called „*Negative Pledges*”, aims at some interesting legal beings. Mainly, they are used by banks. Yet, negative pledges may very well be placed in the hands of entities that are not banks; this is pointed out by, *e.g.*, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*.

Negative pledges are encountered both in the Civil Law and the Common Law traditions. Of course, it is my view that the Romanian Civil Code embraces the so-called negative pledges, though it does not use such an expression.

At the end of this paper, the abandonment of orthodoxy is highlighted: no explicit conclusions can be noticed.

Key words: negative pledges, contractual aspects, covenant, unilateral juridical act, Vladimir Hanga.

De la bun început, ne exprimăm nădejdea că umila și succinta noastră contribuție este demnă de volumul „*Despre (r)evoluție în drept*”, închinat minții gigantice ce a fost prof. dr. doc. Vladimir Hanga. Încă ceva: studiul de față nu are, poate, darul să se ridice la rangul de „ființă revoluționară”, dar tragem speranța că este măcar o „entitate” acceptabilă și nicidecum o „creatură” involuată.

1. Expresia „garanții negative” este una pe care doctrina o utilizează pentru a îmbrățișa diverse formule contractuale ce restrâng libertatea de acțiune a debitorului sau îl constrâng pe datornic să-l informeze pe creditor astfel încât să crească șansele plății¹. Într-adevăr, debitorul se angajează adesea față de creditor să nu facă ceva sau, mai rar, să facă ceva²; garanțiile negative sunt entitățile care se ivesc și pe care nu le putem ocoli.

¹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e édition, LexisNexis, Paris, 2010, p. 477, nr. 643.

² L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, 11^e édition, LGDJ, Paris, 2017, p. 190, nr. 320.

Un doctrinar de mare însemnătate ne instruește că garanțiile negative sunt clauze contractuale prin care un debitor își asumă față de creditor angajamente de a nu face, așa încât să nu fie compromisă valoarea gajului general³ sau comun⁴. Același autor adaugă că unui creditor îi poate fi conferit un drept de „vedere” asupra patrimoniului debitorului său⁵. Chiar dacă, într-o fază, Dominique Legeais conectează garanțiile negative de angajamente de a nu face⁶, în secunda în care pomeneste dreptul de „vedere” asupra patrimoniului debitorului, el acceptă, cu o mai mare sau mai mică claritate, că garanțiile negative pot fi legate de obligații de a face. O varietate de garanții negative este înlănțuită de un drept de „vedere” sau de „privire” al creditorului asupra situației patrimoniale a debitorului, fiind în prezența unei obligații de informare pusă în cărca datornicului⁷; îndatorirea de informare a debitorului este una pozitivă (*i.e.*, de a face sau *facere*⁸), iar creditorul are la îndemână o garanție negativă ce îi permite să „vadă” ce se întâmplă în patrimoniului

³ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^e édition, LGDJ, Paris, 2019, p. 33, nr. 23.

⁴ În „*Vocabulaire juridique*” citim că bunurile debitorului (*i.e.*, ansamblul bunurilor sale prezente și viitoare) sunt „gajul comun” al creditorilor lui, cei din urmă bucurându-se de un „drept de gaj general”. A se vedea, G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e édition „Quadrige”, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, p. 482.3.

⁵ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, p. 33, nr. 23.

⁶ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, p. 33, nr. 23 („*[L]es sûretés négatives sont des clauses contractuelles par lesquelles un débiteur prend des engagements de ne pas faire à l'égard de son créancier ...*”; subl. ns., A.T.).

⁷ A se vedea, Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 24, nr. 33.

⁸ Specialiștii în materie de drept al obligațiilor susțin că obligația de a face este cea prin care debitorul se angajează să îndeplinească un fapt pozitiv, să execute o prestație oarecare. A se vedea, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e édition, LexisNexis, Paris, 2010, p. 8, nr. 16.

debitorului său sau să fie informat cu privire la starea patrimonială a celui ce-i este îndatorat.

Probabil că, frecvent, garanțiile negative sunt aspecte contractuale sau convenționale; garanțiile negative sunt încătușate de sintagme precum „formule contractuale”⁹, „debitorul se angajează față de creditor”¹⁰ (sugerându-se ființarea unui acord de voințe) sau „clauze”¹¹ contractuale”¹². Totuși, un anumit tip de garanție negativă poate fi înfășurat în haina unui act juridic unilateral. În ipoteza cesiunii de creanță¹³ (art. 1566-1592 C. civ.), debitorul cedat îi poate opune creditorului cesionar toate excepțiile sau mijloacele de apărare pe care le putea invoca împotriva cedentului¹⁴ (*e.g.*, condiții și termeni de plată, nulitatea, compensația, rezoluțiunea, excepția de neexecutare)¹⁵ [art. 1582 alin. (1) C. civ.]. Desigur, practica afacerilor tinde să

⁹ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 477, nr. 643.

¹⁰ A se vedea, L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, p. 190, nr. 320.

¹¹ În viziunea lui Jean Carbonnier, clauza este o porțiune a contractului referitoare la un punct particular; clauza este pentru contract ceea ce articolul este pentru lege. A se vedea, J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations*, 1^{re} édition „Quadrige”, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 1942, nr. 930.

¹² A se vedea, D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, p. 33, nr. 23.

¹³ Muriel Fabre-Magnan crede că cesiunea de creanță este o operațiune în trei: cedentul îi cedează cesionarului creanța „deținută” împotriva debitorului cedat. A se vedea, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 521, nr. 206. Poate că cesiunea de creanță este o operațiune în trei; ea este, totodată, un contract în doi (*i.e.*, între cedent și cesionar) [art. 1566 alin. (1) C. civ.].

¹⁴ A se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 1278, nr. 1291.

¹⁵ A se vedea, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 2^e édition, Defrénois, Paris, 2005, p. 757, nr. 1318. Acești autori fac vorbire despre excepții ce își au originea în contractul care a generat creanța și ne oferă câteva exemple: nulitatea creanței cedate, excepția de neexecutare.

obțină de la debitorul cedat o renunțare la excepțiile ce îi aparțin acestuia¹⁶; într-adevăr, în domeniul afacerilor, se așteaptă ca debitorul cedat să renunțe la excepțiile sale. Această renunțare are ca scop garantarea securității operațiunii¹⁷; deci, îi beneficiază, în primul rând, cesionarului¹⁸. Prin aceea că avem de-a face cu o limitare¹⁹ a drepturilor debitorului pentru a fi garantate cele ale cesionarului, renunțarea la excepții sau la mijloace de apărare poate fi privită ca o garanție negativă²⁰. Sigur că renunțarea poate apuca calea unui act juridic unilateral²¹. La urmă, garanția negativă ce ia forma renunțării debitorului cedat la excepțiile sau mijloacele lui de apărare ar putea fi un act unilateral²².

¹⁶ A se vedea, Fr.-X. Licari, *Une sûreté négative: la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions*, Revue Lamy Droit civil, 2004, p. 1.

¹⁷ A se vedea, Fr.-X. Licari, *Une sûreté négative: la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions*, p. 1.

¹⁸ A se vedea, Fr.-X. Licari, *Une sûreté négative: la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions*, p. 1.

¹⁹ Renunțarea la excepții, probabil, ar trebui privită ca o limitare a drepturilor debitorului, dacă ne dorim să insistăm asupra perspectivei datornicului. Drepturile sale nu pot fi eliminate în totalitate, căci nu poate renunța la anumite aspecte. *E.g.*, debitorul nu poate renunța la posibilitatea de a invoca caracterul ilicit sau imoral al obiectului sau cauzei contractului generator de creanță. A se vedea, Fr.-X. Licari, *Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions*, p. 11.

²⁰ A se vedea, Fr.-X. Licari, *Une sûreté négative: la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions*, p. 1.

²¹ A se vedea, Fr.-X. Licari, *Une sûreté négative: la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions*, p. 8.

²² François Terré ne comunică că un act juridic este unilateral dacă efectul juridic înspre care tinde rezultă din manifestarea de voință a unei singure persoane. A se vedea, Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 180, nr. 220. Astfel, ar fi acte unilaterale recunoașterea unui copil, testamentul sau diverse acte abdicative precum renunțările la o succesiune, la un uzufruct ori la o servitute. A se vedea, Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, p. 180, nr. 220.

2. O concepție foarte restrânsă ar reduce garanțiile negative la angajamente ale debitorilor de a nu consimți alte garanții²³ (e.g., ipotecii) asupra unui bun sau asupra ansamblului bunurilor lor²⁴. Într-o orientare extensivă, garanțiile negative ar îngloba toate clauzele care tind să sporească siguranța²⁵ creditorului²⁶; aceasta este concepția care pare să prevaleze în doctrină²⁷. Desigur, în măsura în care ținem seama de epitetul „negative”, ar trebui să reținem doar formulele care îi impun debitorului o abstențiune^{28, 29}. Totuși, garanțiile negative, mai rar, pot fi înlănțuite de îndatoriri de a face³⁰ (*supra.*, nr. 1).

3. Garanțiile negative sunt utilizate mai ales de stabilimente de credit³¹. Într-adevăr, creditorii ocrotiți de aceste garanții negative sunt, în

²³ Într-o lucrare din Québec, lecturăm că garanția negativă constă într-o convenție prin care debitorul se angajează să nu consimtă nicio garanție în favoarea altor creditori și să radieze eventualele garanții legale. A se vedea, É. Lambert, *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Les sûretés*, volume 1, *Gage commun des créanciers, priorités et hypothèques (dispositions générales)* (art. 2644 à 2680 C.c.Q.), Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2009, p. 34 (Édith Lambert îl citează pe Payette; a se vedea, nota de subsol nr. 65 de la p. 34).

²⁴ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

²⁵ Autorul Louis Payette menționează că garanția negativă este un mijloc ce îi permite unui creditor ordinar sau obișnuit să obțină un tratament preferențial. A se vedea, É. Lambert, *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Les sûretés*, volume 1, *Gage commun des créanciers, priorités et hypothèques (dispositions générales)* (art. 2644 à 2680 C.c.Q.), Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2009, p. 34.

²⁶ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

²⁷ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

²⁸ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

²⁹ Rose-Noëlle Schütz este de părere că garanțiile negative restrâng dreptul debitorului de a dispune liber de patrimoniul său sau de un anumit bun. A se vedea, R.-N. Schütz, *Inaliénabilité*, Répertoire de droit civil, 2014, nr. 87. Sintagma „restrâng dreptul debitorului” ne-ar duce cu gândul la prohibiții sau abstențiuni.

³⁰ A se vedea, L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, p. 190, nr. 320.

³¹ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

principal, entitățile bancare³². Garanțiile negative se bucură de o oarecare utilitate. Ele prezintă avantajul de a nu costa nimic³³. Egalmente, îi pun creditorului la îndemână un „drept de veto” sau un „drept de vedere ori de privire” (*i.e.*, „*droit de regard*”)³⁴; cele două drepturi pot fi prețioase³⁵.

Dreptul de veto intră în scenă atunci când, prin garanția negativă, debitorul se angajează să nu facă ceva fără acordul creditorului (*e.g.*, să nu constituie o garanție în favoarea altor creditori³⁶; să nu închirieze imobilele sale³⁷; să nu contracteze noi împrumuturi³⁸). Fiind necesar acordul creditorului, rezultă că acesta se poate opune diverselor operațiuni în care debitorul ar fi tentat să se implice și le poate bloca; astfel, creditorul se bucură de un drept de veto.

Dreptul de „vedere” sau de „privire” își face apariția în momentul în care garanția negativă este încătușată de o obligație de informare. Presupunând că debitorul se îndatorează să-i furnizeze creditorului său informații referitoare la modificările pe care le operează asupra patrimoniului, cel din urmă³⁹ este înarmat cu o panoramă sau privescete ce vizează universalitatea juridică a debitorului.

³² A se vedea, R.-N. Schütz, *Inaliénabilité*, Répertoire de droit civil, 2014, nr. 87.

³³ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

³⁴ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

³⁵ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 643.

³⁶ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644. De asemenea, a se vedea, D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, p. 33, nr. 23 („*ne pas constituer de sûreté sur un bien donné*”).

³⁷ A se vedea, L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, p. 190, nr. 320.

³⁸ A se vedea, R.-N. Schütz, *Inaliénabilité*, Répertoire de droit civil, 2014, nr. 87 („*ne pas contracter de nouveaux emprunts*”).

³⁹ Dominique Legeais ne înștiințează că o garanție negativă poate să prevadă un drept de „vedere” sau de „privire” al creditorului asupra afacerilor debitorului său. A se vedea, D. Legeais, *Sûretés*, Répertoire de droit civil, 2016, nr. 23.

Câteodată, garanțiile negative pot fi problematice. Ele facilitează ingerința bancherului în afacerile clientului său și traduc juridic omnipotența economică a distribuitorului de credit, ceea ce, în anumite cazuri, le-ar putea face abuzive⁴⁰.

4. Stipulațiile pe care le putem califica drept garanții negative au o interesantă trăsătură: diversitatea⁴¹. Bineînțeles, ele pot fi grupate în funcție de aspectul pe care îl vizează: aceste garanții negative pot afecta un bun determinat⁴² sau ansamblul patrimoniului⁴³.

În prezența unei garanții negative ce afectează un bun determinat ne vom afla în clipa în care debitorul se angajează să nu facă, fără acordul creditorului, anumite operațiuni privitoare la un bun specific, cel mai des fiind vorba despre lucrul a cărui dobândire a finanțat-o creditorul⁴⁴. Operațiunile interzise sunt, fie cumulativ, fie selectiv, următoarele: înstrăinarea, constituirea de garanții etc⁴⁵.

Într-adevăr, debitorul se poate îndatora față de creditor să nu vândă, să nu închirieze sau să nu ipotecheze fără acordul creditorului anumite imobile cât timp cel dintâi are calitatea de datornic⁴⁶.

⁴⁰ A se vedea, L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, p. 191, nr. 320.

⁴¹ A se vedea, Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 24, nr. 33.

⁴² A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644.

⁴³ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 480, nr. 645.

⁴⁴ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644.

⁴⁵ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644.

⁴⁶ A se vedea, L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, p. 190-191, nr. 320.

Garanția negativă se poate manifesta ca o clauză *pari passu*: debitorul se angajează să nu-i acorde altui creditor o garanție (e.g., o ipotecă) fără să-i propună același avantaj creditorului-beneficiar al garanției negative⁴⁷.

Pe tărâmul unei garanții negative care afectează ansamblul patrimoniului ne vom situa în ipoteze precum acestea: debitorul se angajează să nu modifice activul patrimoniului său⁴⁸ sau să nu mărească pasivul patrimonial prin contractarea unui împrumut⁴⁹.

Tot o garanție negativă ce afectează întregul patrimoniu este cea asociată dreptului de „vedere” sau de „privire” asupra universalității juridice a debitorului, în spina datornicului fiind pusă o obligație de informare referitoare la starea patrimoniului său. Cu adevărat, debitorul se poate obliga să-l informeze pe creditor în privința modificărilor pe care își propune să le efectueze asupra patrimoniului său⁵⁰.

În sfârșit, debitorului îi este posibil să se îndatoreze față de creditorul lui să nu constituie garanții personale⁵¹ (e.g., o fideiusiune⁵²). Iată întrebarea: o astfel de garanție negativă afectează un anumit bun ori ansamblul

⁴⁷ A se vedea, D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, p. 33, nr. 23; L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, p. 191, nr. 320.

⁴⁸ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 480, nr. 645.

⁴⁹ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 480, nr. 645.

⁵⁰ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 480, nr. 645.

⁵¹ A se vedea, Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 24, nr. 33 („*de ne pas constituer d'autres sûretés ... personnelles*”).

⁵² Fideiusiunea nu este decât o garanție personală ce nu-i conferă creditorului nici drept de urmărire, nici drept de preferință asupra bunurilor fideiusorului. A se vedea, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome III, premier volume, *Sûretés. Publicité foncière*, 7^e édition (par Y. Picod), Montchrestien, Paris, 1999, p. 9, nr. 4. Sigur, contractul de fideiusiune propriu-zis este cel prin care fideiusorul se obligă față de creditor să plătească datoria debitorului. A se vedea, Ph. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e édition, LexisNexis, Paris, 2015, p. 21, nr. 16.

patrimoniului? Mecanismul garanției personale îi conferă creditorului un drept de acțiune contra unuia sau mai multor debitori suplimentari⁵³; creditorul dispune de o acțiune împotriva altui patrimoniu⁵⁴ ori în contra altor patrimonii. Astfel, mai multe patrimonii „răspund” de aceeași datorie⁵⁵: patrimoniul debitorului și patrimoniul ori patrimoniile garantului personal sau garanților personali (*i.e.*, debitorului suplimentar sau debitorilor suplimentari). În funcție de natura garanției, după cum afectează ansamblul patrimoniului global al unei persoane sau un bun în particular, vom distinge între garanțiile personale și cele reale⁵⁶. Finalmente, garanțiile personale⁵⁷ aduc cu ele alte patrimonii, nu un bun specific sau determinat. Atunci când

⁵³ A se vedea, A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Traité de droit civil* (sous la direction de J. Ghestin), *Les sûretés personnelles*, LGDJ, Paris, 2010, p. 2, nr. 2.

⁵⁴ A se vedea, A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Traité de droit civil* (sous la direction de J. Ghestin), *Les sûretés personnelles*, p. 2, nr. 2.

⁵⁵ A se vedea, G. Piette, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles. Sûretés réelles*, 11^e édition, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2017, p. 23.

⁵⁶ A se vedea, J. Deslauriers, A. Benadiba, *Les sûretés au Québec*, 2^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2018, p. 16, nr. 59.

⁵⁷ În zilele de azi, alături de fideiusiunea, Codul civil francez consacră alte două garanții personale: garanția autonomă (art. 2321 C. civ. fr.) și scrisoarea de intenție (art. 2322 C. civ. fr.). A se vedea, Ph. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, p. 9, nr. 8 („*deux autres sûretés personnelles aujourd’hui consacrées par le Code civil: garantie autonome et lettre d’intention*”). De altfel, art. 2287-1 C. civ. fr. este clar: garanțiile personale vizate sunt fideiusiunea, garanția autonomă și scrisoarea de intenție.

În România, art. 2279 C. civ. scoate în evidență că garanțiile personale sunt fideiusiunea, garanțiile autonome și alte feluri de garanții stabilite de lege. Garanțiile autonome „avute în minte” de Codul civil sunt două: scrisoarea de garanție (art. 2321 C. civ.) și scrisoarea de confort (art. 2322 C. civ.).

Bineînțeles, denumirea „*scrisoare de intenție*” desemnează, de asemenea, anumite documente ale negociatorilor, ce se manifestă în cursul perioadei precontractuale. A se vedea, H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations. Contrats spéciaux. Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 605. Astfel, pentru evitarea neclarităților sau confuziilor, expresia „*scrisoare de confort*” ar putea fi superioară celei de „*scrisoare de intenție*”, atunci când facem vorbire despre o anumită garanție personală.

garanția negativă constă în aceea că debitorul se îndatorează față creditor să nu constituie garanții personale, respectivul debitor se obligă să nu-și pună la bătaie patrimoniul în favoarea altei persoane; așadar, o asemenea garanție negativă afectează ansamblul patrimoniului.

5. Clauza sau, adăugăm noi, garanția negativă referitoare la alienarea⁵⁸ sau înstrăinarea unui bun poate fi interpretată, în funcție de redactarea ei, ca o clauză de inalienabilitate sau ca un simplu angajament de a nu face⁵⁹. Într-adevăr, poftim o interogație: garanția negativă ce se referă la alienare este o veritabilă inalienabilitate sau o simplă obligație *non facere*⁶⁰?

În măsura în care garanția negativă privitoare la înstrăinare este privită ca o inalienabilitate⁶¹, va trebui supusă dreptului comun al clauzelor de inalienabilitate și va fi considerată eficace dacă este limitată în timp și justificată de un interes serios și legitim⁶² [art. 627 alin. (1) C. civ.]. Violarea unei garanții negative-clauză de inalienabilitate ar provoca, ca regulă generală, nulitatea relativă⁶³ a contractului de înstrăinare (e.g., o vânzare).

⁵⁸ Rose-Noëlle Schütz folosește expresiile „*sûreté négative de ne pas aliéner*” și „*sûreté négative d’aliéner*”. A se vedea, R.-N. Schütz, *Inaliénabilité*, Répertoire de droit civil, 2014, nr. 94. Cele două sintagme promovează una și aceeași idee: nu este permisă transmiterea bunului.

⁵⁹ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644.

⁶⁰ A se vedea, R.-N. Schütz, *Inaliénabilité*, Répertoire de droit civil, 2014, nr. 94.

⁶¹ Claude Ferry scrie că inalienabilitatea unui bun poate fi stipulată astfel încât să se prezinte ca o garanție negativă. Astfel, ea își propune să-i garanteze unui creditor că un bun al debitorului nu va putea fi înstrăinat fără acordul respectivului creditor cât timp n-are loc plata completă a creanței. Sigur, este de la sine înțeles că creditorul nu vrea ca inalienabilitatea să-l privească. De altfel, dacă acest tip de inalienabilitate ar atrage insesizabilitatea, cea din urmă nu l-ar afecta pe creditor. Nimeni n-ar putea urmări bunul, în afară de acel creditor. Așadar, bunul ar fi afectat creanței sale, ceea ce ar presupune instituirea unei garanții fără text de lege. A se vedea, Cl. Ferry, *L’insaisissabilité du bien stipulé inaliénable dans un acte à titre onéreux*, RTD Civ. 2019.751, nr. 3.

⁶² A se vedea, Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 24, nr. 33.

⁶³ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644.

După cum bine se știe, nesocotirea unei stipulații de inalienabilitate poate atrage o nulitate relativă⁶⁴ a contractului „nedelicat” și nepăsător față de stipulația cu pricina. În România, niște texte situate în Codul civil [*i.e.*, art. 2376, 2384 și 2396 C. civ.] nu pot fi ignorate. Asupra lor și a unor comentarii doctrinare⁶⁵ care le privesc ne vom concentra mai jos (*infra.*, nr. 6).

Presupunând că garanția negativă ce vizează alienarea nu este decât un angajament de a nu face sau este interpretată într-o asemenea manieră, validitatea sa a părut incontestabilă preț de multă vreme⁶⁶. La un moment dat, Casația franceză⁶⁷ s-a confruntat cu această situație factuală⁶⁸: *la Caisse des Dépôts et Consignations* (*i.e.*, CDC) le-a consimțit domnului și doamnei X două împrumuturi imobiliare, în termenii cărora împrumutatul se angaja „să locuiască personal și în mod continuu imobilul vizat de împrumut și să nu-l vândă, nici să-l închirieze fără acordul împrumutătorului”⁶⁹. Termenii celor două împrumuturi stipulau că „în cazul în care imobilul va fi închiriat sau vândut în tot sau în parte, fără acordul împrumutătorului”, toate sumele

⁶⁴ A se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 138, nr. 136; *Commentaires du Ministre de la Justice*, in J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté*, tome 1, 15^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, p. 1484 („[l]a nullité dont il est question est une nullité relative”). Totodată, a se vedea, C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ediția a 3-a, revizuită și actualizată, Hamangiu, București, 2017, p. 95, nr. 102.

⁶⁵ A se vedea, S. I. Vidu, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. Pop, I.-Fl. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, București, 2015, p. 619, nr. 581. De asemenea, a se vedea, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, ediția a 2-a revizuită, Hamangiu, București, 2017, p. 179 [*inter alia*, profesorul Vasilescu pomeneste clauze de inalienabilitate privitoare la bunul ipotecat și face trimitere la art. 2384 alin. (1) C. civ.].

⁶⁶ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 479, nr. 644.

⁶⁷ A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

⁶⁸ Pentru expresia „*factual situation*”, a se vedea, U. A. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases – Text – Materials*, seventh edition, Foundation Press, New York, 2009, p. 99.

⁶⁹ A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

datorate de împrumutat vor deveni exigibile de plin drept⁷⁰. Împrumutații au închiriat bunul fără să-l avertizeze pe împrumutător⁷¹. CDC a solicitat aplicarea clauzei de exigibilitate a sumelor datorate⁷². Soții X au contestat validitatea clauzelor litigioase⁷³.

Prevederea contractuală în temeiul căreia erau prohibite vânzarea și închirierea, în absența acordului împrumutătorului, era o garanție negativă; ea interzicea, cumulativ, două operațiuni (*i.e.*, înstrăinarea și locațiunea). Clauza ce făcea vorbire despre exigibilitatea de plin drept a sumelor datorate era una care stabilea remediul pentru încălcarea garanției negative: decăderea din termen⁷⁴.

Instanța supremă din Franța⁷⁵ a decis că clauzele contractului de împrumut relative la interdicția de locațiune, sub amenințarea exigibilității anticipate a împrumutului, sunt interzise de art. 6 și vechiul art. 1172 C. civ. fr.⁷⁶, deoarece reprezintă o atingere adusă principiului recunoscut constituțional și enunțat de art. 544 C. civ. fr.: posibilitatea unei persoane să dispună de bunul său în mod absolut⁷⁷. Observăm că judecătorii francezi au

⁷⁰ A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

⁷¹ A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

⁷² A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

⁷³ A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

⁷⁴ Doi comentatori ai deciziei din 13 decembrie 2005 a Casației franceze menționează decăderea din termen (*i.e.*, *déchéance du terme*). A se vedea, J. Mestre, B. Fages, *Des clauses originales mais illicites au regard des droits fondamentaux*, RTD Civ. 2006.557.

⁷⁵ Curtea de Casație este cea mai înaltă jurisdicție a ordinului judiciar; plasată în vârful ierarhiei, ea este denumită „Curtea supremă”. A se vedea, R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 12^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, p. 176, nr. 216.

⁷⁶ Din câte se pare, în 2016, vechiul art. 1172 C. civ. fr. s-a metamorfozat în art. 1304-1 C. civ. fr. A se vedea, G. Wiederkehr, X. Henry, A. Tisserand-Martin, G. Venandet, P. Ancel, P. Guiomard, *Code civil Annoté*, 118^e édition, Dalloz, Paris, 2018, p. 1716.

⁷⁷ A se vedea, Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

insistat asupra unei porțiuni a garanției negative: cea referitoare la interdicția de locațiune. Ei au procedat astfel, întrucât partea respectivă a fost nesocotită, așa cum indică faptele. Nu vedem, însă, niciun motiv pentru care afirmația Casației să nu fie aplicabilă porțiunii, din garanția negativă, privitoare la alienare (*i.e.*, la vânzare).

Unii autori⁷⁸ își canalizează atenția asupra deciziei Casației din 13 decembrie 2005⁷⁹ și proclamă că această hotărâre nu condamnă, la nivel de principiu, clauza prin care este asumat angajamentul de a nu închiria, ci îl invită pe judecător să aprecieze în ce măsură atingerea adusă dreptului de proprietate este legitimă și proporțională față de obiectivul urmărit⁸⁰. Cel mai probabil, la fel stau lucrurile în privința porțiunii din garanția negativă ce viza vânzarea: ea nu este combătută în principiu, ci judecătorul se va lansa într-o analiză de legitimitate și proporționalitate.

Admițând că o garanție negativă de alienare este validă și că este un angajament de a nu face ori obligație *non facere*, remediile aflate la dispoziția creditorului, în situația încălcării acestei garanții negative, ar fi următoarele: daunele-interese la care poate fi ținut debitorul⁸¹; dacă garanția negativă de înstrăinare este inserată într-un împrumut, eventual ar putea interveni rezoluțiunea contractului, ceea ce echivalează cu decăderea din termen⁸² (*i.e.*, cu o exigibilitate anticipată); creditorul ar mai avea deschisă calea daunelor-interese, posibil de obținut de la cocontractantul debitorului, dacă acest

⁷⁸ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 479, nr. 644.

⁷⁹ Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005.

⁸⁰ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 479, nr. 644.

⁸¹ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 479, nr. 644.

⁸² A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 479, nr. 644.

partener contractual a cooperat în cunoștință de cauză la nesocotirea garanției negative de înstrăinare văzută ca obligație de a nu face⁸³.

La urma-urmei, în ipoteza garanției negative de alienare, nu poate fi lepădată remarca autoarei Rose-Noëlle Schütz: prudența ne îndeamnă să reținem natura de obligație de a nu face⁸⁴.

6. Art. 2376 C. civ., inclus în rândul dispozițiilor generale dedicate ipotecii, dictează că actele de dispoziție asupra bunului ipotecat sunt valabile chiar dacă dobânditorul lucrului cunoaște stipulația din contractul de ipotecă ce interzice transferul. „*Clauza de inalienabilitate*” este denumirea marginală a textului de lege. Art. 2384 alin. (1) C. civ.⁸⁵, înglobat într-o secțiune intitulată „*Ipoteca imobiliară*”, admite, la fel ca art. 2376 C. civ., validitatea actelor de dispoziție asupra bunului, în ciuda unei stipulații din convenția de ipotecă imobiliară ce nu îngăduie transmiterea și chiar dacă dobânditorul lucrului ipotecat cunoștea stipulația prohibitivă. Alin. (2) al art. 2384 C. civ. consideră nescrise clauzele ce impun debitorului plata anticipată a obligației garantate sau executarea unei alte obligații prin faptul constituirii unei alte garanții asupra bunului deja ipotecat. „*Clauzele de inalienabilitate*” este sintagma aflată în marginea art. 2384 C. civ. Art. 2396 C. civ. este întâlnit într-o secțiune închinată ipotecii mobiliare, iar al său alin. (3) este identic cu alin. (2) al art. 2384 C. civ.

Un autor, făcând referire la art. 2376 și 2384 C. civ., este de părere că clauza ce interzice transferul bunului grevat ar fi una de inalienabilitate

⁸³ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 479, nr. 644.

⁸⁴ A se vedea, R.-N. Schütz, *Inaliénabilité*, Répertoire de droit civil, 2014, nr. 94.

⁸⁵ Poate că art. 2384 alin. (1) C. civ., prin cuvântul „*acte*” cuprins în expresia „*stipulația din contractul de ipotecă ce interzice asemenea acte*”, se referă la acte de dispoziție de înstrăinare ori de transfer. Bineînțeles, „*actele de dispoziție*”, menționate la începutul art. 2384 alin. (1), ar fi, probabil, acte de dispoziție de transmitere sau transfer.

valabilă între părți, dar inopozabilă dobânditorului⁸⁶. Sigur, scriitorul acesta ne lasă să știm că am fi în prezența unei inalienabilități care deviază de la art. 629 C. civ.⁸⁷ (*i.e.*, nulitatea actului juridic ce încalcă o clauză de inalienabilitate). Un alt doctrinar, ținând art. 2384 alin. (1) C. civ., aduce în discuție clauzele de inalienabilitate⁸⁸.

După mintea noastră, în ciuda denumirilor marginale ale art. 2376 și 2384 C. civ., cele două texte n-au nimic de-a face cu clauzele de inalienabilitate. Într-adevăr, ne este cu neputință să „digerăm” o clauză de inalienabilitate care, deși ar fi cunoscută de dobânditorul bunului grevat astfel cum acceptă art. 2376 și 2384 alin. (1), i-ar fi, totuși, inopozabilă acestuia. Apoi, ne vine dificil să ne închipuim o clauză de inalienabilitate care derogă de la art. 629 C. civ., adică, o inalienabilitate ce este într-atât de vlăguită și lipsită de potență încât călcarea sa în picioare să nu atragă nulitatea relativă a actului de înstrăinare.

În ceea ce ne privește, art. 2376 și 2384 alin. (1) C. civ. consacră garanții negative de alienare ca obligații *non facere*. Așa fiind, va fi exclusă nulitatea relativă a actului juridic de înstrăinare ce încalcă o asemenea garanție negativă; altfel spus, actele de dispoziție vor fi valabile [art. 2376 și 2384 alin. (1) C. civ.]. Totuși, încălcarea garanției negative-angajament de a nu face printr-un act de înstrăinare l-ar îndreptăți pe creditor la alte remedii: *e.g.*, daune-înterese împotriva debitorului-constituitor al ipotecii; daune-înterese împotriva cocontractantului debitorului (*i.e.*, dobânditorului bunului

⁸⁶ A se vedea, S. I. Vidu, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. Pop, I.-Fl. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, p. 619, nr. 581, nota de subsol nr. 2.

⁸⁷ A se vedea, S. I. Vidu, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. Pop, I.-Fl. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, p. 619, nr. 581, nota de subsol nr. 3.

⁸⁸ A se vedea, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, p. 179.

grevat), atunci când acesta cooperează în cunoștință de cauză la nesocotirea garanției negative.

Așa cum am văzut mai sus (*supra.*, nr. 4), garanția negativă poate interzice constituirea de garanții⁸⁹: debitorul își poate lua angajamentul de a nu constitui o garanție asupra unui anumit bun⁹⁰. Acest tip de garanție negativă îi pare inacceptabil legiuitorului român, deoarece clauzele care stabilesc remedii⁹¹, în cazul nerespectării sale, sunt repute nescrise [art. 2384 alin. (2) și 2396 alin. (3) C. civ.]. *E.g.*, într-un contract de ipotecă imobiliară sau mobiliară, este inserată o garanție negativă, potrivit căreia debitorul-constituitor se obligă să nu constituie o altă garanție, în favoarea altui creditor, asupra bunului deja ipotecat. Totodată, în convenție, este plasată o clauză ce arată că, în situația violării garanției negative prin constituirea unei alte garanții, creditorul are la îndemână remediu plății anticipate sau exigibilității anticipate (*i.e.*, decăderii din termen). Clauza care stabilește un astfel de remediu este considerată nescrisă [art. 2384 alin. (2) și 2396 alin. (3) C. civ.], așa că garanția negativă nu servește la nimic; creditorul nu are posibilitatea să obțină remediu stabilit în caz de batjocorire a garanției negative.

7. Garanția negativă nu-i este străină tradiției de *Common Law*. În engleză, ea este botezată astfel: *negative pledge*. În mod obișnuit, o garanție

⁸⁹ A se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 478, nr. 644.

⁹⁰ A se vedea, D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, p. 33, nr. 23.

⁹¹ Avem în gând remedii precum plata sau exigibilitatea anticipată (*i.e.*, decăderea din termen) ori „plata vreunei alte obligații” [*e.g.*, daune-interese].

negativă ar putea suna așa: „împrumutatul nu va crea, nici nu va permite să subziste vreo garanție asupra vreunui bun de-al său”⁹².

În *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Kelly*, putea fi notată o garanție negativă de a nu constitui alte garanții⁹³ (i.e., *mortgage* sau *pledge*). În *Kelly*, o pretenție privitoare la un *equitable lien*⁹⁴, precum și una referitoare la „ceva în natura unei *equitable servitude*⁹⁵”, au fost sprijinite pe clauza de garanție negativă⁹⁶. Curtea a subliniat că niciun *equitable lien* nu poate răsări din garanția negativă⁹⁷. Mai mult, în *Kelly* (i.e., un litigiu din 1935), instanța evidențiază că n-a fost citat și nici descoperit vreun caz în care să se decidă că

⁹² A se vedea, R. Hardwick, *The negative pledge and disposal restrictions: carve-outs and remedies for breach*, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, september 2017, p. 510.

⁹³ A se vedea, *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Kelly*, 11 F. Supp. 497 (1935), nota de subsol nr. [2] („[t]he negative pledge clause reads: [t]he Company hereby covenants and agrees with the holder hereof that so long as this debenture shall be outstanding and provision for the payment thereof shall not have been made it will not mortgage or pledge any of its property unless the instrument creating such mortgage or pledge shall provide that this debenture shall be secured thereby equally and ratably with all other obligations issued or to be issued thereunder, except that the company without so securing this debenture (a) may at any time mortgage or pledge any of its property for the purpose of securing loans to the Company contracted in the usual course of business for periods not exceeding one year, and (b) may, in order to secure the purchase price or part thereof of any property which it may hereafter acquire, mortgage or pledge any or all of such acquired property”).

⁹⁴ *Black's Law Dictionary* pune în lumină că un *equitable lien* este un drept, ce poate fi valorificat numai în Equity, de a vedea o pretenție satisfăcută cu ajutorul unui fond particular sau al unui bun specific, fără ca cel interesat să aibă posesia fondului sau bunului. A se vedea, B. A. Garner (editor in chief), *Black's Law Dictionary*, ninth edition, West, 2009, p. 1007.

⁹⁵ Potrivit *Black's Law Dictionary*, o *equitable servitude* (de asemenea denumită *restrictive covenant*) este un acord privat ce restrânge utilizarea sau ocuparea bunurilor imobile (i.e., *real property*). A se vedea, B. A. Garner (editor in chief), *Black's Law Dictionary*, p. 421.

⁹⁶ A se vedea, *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Kelly*, 11 F. Supp. 497 (1935) („[t]his claim (i.e., the claim of an equitable lien on assets; nota ns., A.T.), as well as that of „something in the nature of an equitable servitude” is rested on the negative pledge clause ...”).

⁹⁷ A se vedea, *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Kelly*, 11 F. Supp. 497 (1935).

o promisiune negativă (*i.e., negative covenant*) ar fi capabilă să genereze un *equitable lien*⁹⁸. Totodată, în *Kelly*, s-a hotărât că punctul de vedere, conform căruia promisiunile ar fi creat „ceva în natura unei *equitable servitude*”, este, de asemenea, nefondat, chiar dacă ar fi aplicat promisiunii de garanție negativă (*i.e., the negative pledge covenant*)⁹⁹¹⁰⁰.

În *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, familia Mudge (*i.e., the Mudges*) a încheiat un acord prin care îi vindea lui Redding afacerea corporativă de familie¹⁰¹. Acordul scris a inclus transferul părților, deținute de familia Mudge, în compania M & M Welding, Inc., împreună cu alte valori ale companiei (*i.e., inventory, equipment, the business site real property*)¹⁰². În plus, acordul cuprindea ceea ce curtea numește *a nonencumbrance covenant clause*¹⁰³, adică, zicem noi, o garanție negativă de a nu constitui alte garanții (*i.e., mortgage*) asupra bunurilor companiei M & M Welding, Inc. sau asupra celor ale unei eventuale corporații succesoare. Sigur, cumpărătorul mai avea de plătit o parte din preț. Acesta (*i.e., cumpărătorul Redding*) a preluat M & M Welding¹⁰⁴. Aproape imediat, Redding i-a solicitat apelantului (*i.e., First*

⁹⁸ A se vedea, *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Kelly*, 11 F. Supp. 497 (1935).

⁹⁹ O *covenant* este un acord formal sau promisiune de a face sau a nu face ceva. A se vedea, B. A. Garner (editor in chief), *Black's Law Dictionary*, p. 419 („[a] formal agreement or promise, usu. in a contract or deed, to do or not to do a particular act”).

¹⁰⁰ A se vedea, *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Kelly*, 11 F. Supp. 497 (1935).

¹⁰¹ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988).

¹⁰² A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988).

¹⁰³ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988) („the document contained a nonencumbrance covenant clause ... which provided: [i]t is agreed that the assets of M & M Welding, Inc. ... or its successor corporation shall not be mortgaged for more than the presently existing indebtedness without Sellers' consent until the total purchase price herein agreed to be paid shall have been paid in full [;] [s]uch consent shall not be unreasonably withheld”).

¹⁰⁴ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988) („the buyer took over the operation of M & M Welding”).

Wyoming Bank, Casper) un împrumut în cuantum de \$100.000¹⁰⁵. Ofițerilor băncii, responsabili cu împrumuturile (*i.e., the Bank's lending officers*), le-a fost înmănată o copie nesemnată a acordului de cumpărare dintre familia Mudge și Redding, care conținea garanția negativă¹⁰⁶. Banca a obținut o garanție ce viza valori ale M & M Welding (*i.e., a security interest in the inventory and equipment*)¹⁰⁷. Curtea a decis că au existat suficiente dovezi care să permită concluzia că banca avea cunoștință de termenii acordului de cumpărare¹⁰⁸ dintre familia Mudge și Redding; într-adevăr, banca știa de garanția negativă de a nu constitui alte garanții, conținută de acordul de cumpărare. Finalmente, băncii (*i.e., entitate străină față de acordul dintre familia Mudge și Redding*) i-a fost pus în spinare un *tort: intentional interference with a contract*¹⁰⁹.

În *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.* (*i.e., un caz australian*), reclamantii și pârâtul au încheiat un document numit *deed of charge*¹¹⁰. Documentul sau, spunem noi, *charge*¹¹¹ pretindea să fie o garanție cu privire la bani datorăți reclamantilor de către pârât¹¹²; banii erau garantați de *charge*. Secțiunea

¹⁰⁵ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988).

¹⁰⁶ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988).

¹⁰⁷ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988).

¹⁰⁸ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988).

¹⁰⁹ A se vedea, *First Wyoming Bank, Casper v. Mudge*, 748 P.2d 713 (1988) („[t]his case, in classical terms, fits the historical perspective of this tort (*i.e., intentional interference with a contract; nota ns., A.T.) theory*”).

¹¹⁰ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990.

¹¹¹ *Charge* este o garanție, ce poate avea ca obiect mobile sau imobile. A se vedea, V. Sagaert, *Security Interests*, in S. van Erp, B. Akkermans (editors), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Hart Publishing, 2012, p. 449.

¹¹² A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990.

205A din *Companies Code 1981* a făcut așa încât *charge* să fie lipsită de efecte (*i.e., void*)¹¹³. Totuși, secțiunea cu pricina nu a afectat obligațiile personale ale părâtului, asumate prin *deed of charge*¹¹⁴. Clauza 6.1 din *charge* vorbea, *inter alia*, despre o garanție negativă de a nu constitui alte garanții (*i.e., mortgage* sau *charge*), de a nu vinde, de a nu dispune sau de a nu realiza alte operațiuni privitoare la unele bunuri¹¹⁵. În *Pullen*, ni se spune că aproape toate deciziile referitoare la garanții negative din Statele Unite și *dicta*¹¹⁶ cuprinse în decizii din alte părți arată că o clauză de garanție negativă constituie o promisiune personală (*i.e., a personal covenant*)¹¹⁷. Fiind o promisiune personală, garanția negativă nu putea fi eliminată de secțiunea 205(A) din *Companies Code 1981*. Din câte se pare, în *Pullen, charge*¹¹⁸ a fost lipsită de efecte, dar

¹¹³ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990.

¹¹⁴ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990.

¹¹⁵ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990 („[c]lause 6.1 of the charge provided that the charge thereby given was a fixed charge on certain assets and a floating charge on others, then continued with these words: ... the Company **shall not be at liberty to create any mortgage or charge** thereon, whether fixed or floating, ranking in priority to or *pari passu* with this charge, **or to sell, dispose of or otherwise deal with the property and assets subject to a floating charge**, except in the ordinary course of its business...”; subl. ns., A.T.).

¹¹⁶ *Obiter dicta* este forma la plural a sintagmei *obiter dictum*. *Obiter dictum* semnifică „ceva zis în treacăt”. A se vedea, B. A. Garner (editor in chief), *Black’s Law Dictionary*, p. 1177.

¹¹⁷ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990.

¹¹⁸ *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue* a fost un caz în care Privy Council a formulat această problemă: *charge* este, *in casu*, o *fixed charge* sau o *floating charge*? A se vedea, *Agnew and Another v. Commissioner of Inland Revenue*, Privy Council (New Zealand), [2001] 3 WLR 454, in S. van Erp, B. Akkermans (editors), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, p. 462, nota de subsol nr. 55. În ochii lui Vincent Sagaert, Privy Council a decis că totul se rezumă la controlul asupra bunurilor vizate de *charge* (*i.e., the charged assets*); dacă *chargee* (*i.e., cel cărui îi aparține charge*) se bucură de control, vom avea de-a face cu o *fixed charge*; în măsura în care *chargor* (*i.e.,*

garanția negativă din documentul de *charge* a fost menținută. Curtea crede că ar trebuie să presupună, în contextul procesului derulat înaintea sa, că garanția negativă poate exista independent de *charge*¹¹⁹. O interesantă problemă, ivită în *Pullen*, a fost posibilitatea oferirii unei *injunction*¹²⁰ pentru a preveni nesocotirea garanției negative¹²¹. Instanța a fost de părere că ar trebui să facă uz de *injunction*¹²².

8. Ortodoxia va fi abandonată: în lucrarea noastră, concluziile explicite sunt inobservabile. O astfel de manieră de a proceda este tolerabilă, credem: „*l'écrivain est maître de ce qu'il écrit*”¹²³, iar ceea ce noi am scris (i.e., studiul de față) va fi fără concluzii.

constituitorul *charge*) este în control, ne vom lovi de o *floating charge*. A se vedea, V. Sagaert, *Security Interests*, in S. van Erp, B. Akkermans (editors), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, p. 464.

¹¹⁹ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990 („... *I should merely assume for the purpose of these proceedings that the negative pledge can exist independently of the charge*”).

¹²⁰ *Injunction* este un *equitable remedy* croit de *Chancery*, ce îi interzicea pârâtului să se angajeze într-o activitate viitoare și rea (i.e., *future tortious misconduct*) care amenința să-l păgubească pe reclamant. A se vedea, E. Bodenheimer, J. B. Oakley, J. C. Love, *An Introduction to the Anglo-American Legal System. Readings and Cases*, fourth edition, West, 2004, p. 50. Desigur, mai rar, *injunction* poate fi întâlnită în materie contractuală. A se vedea, G. P. Fletcher, S. Sheppard, *American Law in a Global Context. The Basics*, Oxford University Press, 2005, p. 426 („[o]nly if the performance has a unique object ... can one think about injunction in equity to compel the performance”).

¹²¹ A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990.

¹²² A se vedea, *Pullen v. Abalcheck Pty. Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 20 September 1990 („*I think I should grant an injunction in the instant case*”).

¹²³ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette et Cie, Paris, 1880, p. 262.

STUDII

LATE REPUBLICAN (R)EVOLUTIONS IN
ROMAN LAW

DOI: 10.24193/SUBBjur.65(2020).4.29
Data publicării online: 16.03.2021

Philip THOMAS*

Abstract: In this article it is argued that the re-organisation of the Roman military by Marius prepared the way for the following civil wars and dictatorships rather than the inherent failures of the republican constitution. This paper sketches the socio-political context of Cicero's life and holds that this last republican left an important theoretical body of legal work besides his court work. Cicero's moral philosophy is reflected in his belief in natural law and his staunch partisanship for the power of good faith in Roman law.

Keywords: Roman law, Roman republic, *negotia bonæ fidei*, Cicero, natural law.

* Professor *emeritus* of Roman law, University of Pretoria, philip.thomas231@gmail.com.

Table of Contents

I.	Introduction	978
II.	Barzun's theory of aspect	980
III.	Marius	981
IV.	Roman republic	982
V.	Cicero.....	984
VI.	(R)evolutions within Roman law.	990
VII.	Origin of <i>negotia bonae fidei</i> and the timeline of their enforceability	993
VIII.	Digesta.....	995
IX.	Conclusion	1000
X.	Bibliography	1001

I. Introduction

The last century of the Roman republic may well be described as a permanent revolution. The Social war, various civil wars, the slave rebellion and the dictatorships and triumvirates brought the republican constitution stuttering to its demise.¹ The insightful interpretation of *habent sua fata libelli* by Prof Hanga who wrote in 1979 “The aphorism *habent sua fata libelli*

¹ 91–88 BC: Social war between Rome and many of its Italian allies; 88–87 BC: Sulla's first civil war (88–87 BC), between Lucius Cornelius Sulla and Gaius Marius; 82–81 BC: second civil war between Sulla and Marius; 82–72 BC: Sertorian war between Rome and the Provinces of Hispania under the leadership of Quintus Sertorius, a supporter of Gaius Marius; 77 BC: Lepidus' rebellion against the Sullan regime; 73–71 BC: Third Servile war in Italy; Spartacus revolt suppressed; 49–45 BC: Caesar's civil war between Julius Caesar and the optimates initially led by Pompey the Great (Gnaeus Pompeius Magnus); 44–43 BC: Post-Caesarian civil war between the senate's army (led first by Cicero and then by Octavian) and the army of Antony, Lepidus, and their colleagues; 44–42 BC: Liberators' civil war between the second Triumvirate and the liberators (Brutus and Cassius, Caesar's assassins); 44–36 BC: Sicilian revolt between the second Triumvirate (particularly Octavian and Agrippa) and Sextus Pompey, the son of Pompey; 32–30 BC: Final war of the Roman republic between Octavian and his friend and general Agrippa against Antony and Cleopatra.

of the Latin teacher Terentianus Maurus, contains an idea which is also easily applicable to legislation, because in fact, each legislation is linked to the society from which it originates and on which it depends. If social changes require new regulations, the old laws are replaced by new ones. In other words "habent sua fata leges."² This idea may without doubt be extended from legislation to law. Today it is increasingly realised that the late republican era made an undervalued contribution to the development of Roman law. Obvious explanations for this oversight are the dearth of sources from this period in the Digest as well as the tenacity of the Mommsenian³ myth that the most important representative of the Republican elite was Julius Caesar rather than Marcus Tullius Cicero. Moreover, Mommsen's animosity⁴ drove him as far as calling Cicero "an unworthy vessel" as well as denigrating his legal knowledge and skills. Especially the categorical statement that Cicero had never been a "jurist" has proven hard to eradicate.⁵ This last prejudice is to be deplored since it has led to neglect of the most prolific source on late republican law by subsequent guilds of romanists and legal historians and to widespread ignorance of his contribution to the development of Roman law.

This paper intends to sketch the socio-political context in which Cicero lived and worked and propose a hypothesis relative to the characteristic of his legal authorship. In order to do so, three different major transformations

² V. Hanga, "Römisches Recht und aktuelles Recht," *KLIO*, 1979 (61, 1-2), 131-143.

³ For Theodor Mommsen *cf.* <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/1902/mommsen/biographical/>; <https://www.britannica.com/biography/Theodor-Mommsen>; <https://www.livius.org/articles/person/mommsen/>

⁴ M.S. Slaughter, "Cicero and his Critics", *The Classical Journal*, 1921 (17, 3), 210-131. For M. S. Slaughter *cf.* <https://www.wisconsinhistory.org/Records/Article/CS13052>.

⁵ F. Wieacker, *Cicero als Advokat*: Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 29. April 1964, Berlin 1965; see also J. Powell and J. Paterson, *Cicero The Advocate*, Oxford 2003; J. Harries, *Cicero and the Jurists From citizen's law to the lawful state*, London 2006.

during the late Roman republic will be viewed from the perspective of the theory of aspect of Barzun. This allows for alternative interpretations concerning first the demise of the Roman republic, secondly the legal expertise of Cicero and thirdly, the development of good faith in the Roman law of contracts.

II. Barzun's theory of aspect

The Franco-American historian Jacques Barzun founded his magisterial work *From Dawn to Decadence*⁶ on his theory of aspect. Although not stated explicitly his work clearly negates holism⁷ as it is based on the proposition that no event, object or person can ever be viewed in her totality. He uses the metaphor of a mountain which presents multifarious aspects and is impossible for the observer to view in its totality. Instead one or a few aspects are absorbed and considered to be the totality or the essence.⁸ Barzun held that this assumption explains the amazing diversity in interpretation by historians vis-à-vis historical persons and events and results in the depiction of different pasts.⁹ He acknowledges partiality as an unalterable fact of life,

⁶ Jacques Barzun, (1907 - 2012), *From Dawn to Decadence 500 Years of Western Cultural Life 1500 to the Present*, New York City 2000.

⁷ Jan Smuts, *Holism and evolution*, London 1926; J. C. Poynton, "Smuts holism and evolution sixty years on," *Transactions of the Royal Society of South Africa*, 1987 (46 3), 181-189.

⁸ At 46-47, 174, 246-7, 250, 253, 430-1, 435-437, 568-574, 652-656, 759-763, 768-9.

⁹ Philip Thomas, "The standpoint determines the view: Jacques Barzun's theory of aspect", in Paul J. du Plessis, *New Frontiers Law and society in the Roman world*, Edinburgh 2013, 227-244.

which must be accepted, thus jettisoning the so-called scientific objectivity¹⁰ of positivism.¹¹

In a Festschrift dedicated to professor Hanga, Marcus Tullius Cicero and the late Roman republic are obvious candidates for application of the theory of aspect. This should include a dusting off of some half-forgotten role players during this period and have another take on Cicero's contribution to Roman law. It is proposed that the catalyst of the demise of the Roman republic was Gaius Marius, who was an antipode to Cicero, who spent his lifetime defending the republic and gave his life to this end.

III. Marius

The role of this un-educated son of a middle class, newly Roman, provincial family in the de-construction of the Roman republic has been underplayed. A common man with more brawn than brain, who was driven by ambition and showing a natural talent for matters military, Marius¹² made a spectacular career in the Roman army.

¹⁰ H.R. Hoetink, "Het waarde-oordeel in de sociale wetenschappen," in *Rechtsgeleerder opstellen*, Alphen aan den Rijn 1982, 274-296; Jan Romein, "Zekerheid en onzekerheid in de geschiedwetenschap Het probleem der historische objectiviteit," in *Historische lijnen en patronen*, Amsterdam 1976, 90-118; John Burrow, *A history of histories*, London 2009; Reiss, Julian and Jan Sprenger, "Scientific Objectivity", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), at <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/scientific-obectivity>.

¹¹ Masahito Hirai, "Objectivity in the Beginnings of the Positivism: Dispute between Auguste Comte and Émile Littré," *Archive for Philosophy and the History of Science* 2026 (18), 25-39.

¹² This is not an in-depth purely historical study and relies on general encyclopedic knowledge and Plutarchus' lives as primary source. Cf. Plutarch's Lives. *Dryden edition revised & with an introduction* by Arthur Hugh Clough in vol. 2, London 1932, 75-115; <https://www.britannica.com/biography/Gaius-Marius>.

Through important protectors and playing the populist card Marius became the *homo novus* of Roman politics, but showed no respect for the Roman constitution and the rule of law.

However, he introduced important innovations in the Roman military, the main being the reduction of the property requirement, thus opening the future of the professional military. The war against the Cimbri, Teutones and Ambrones led to his serial consulships and ultimate victory. Marius was popular with his soldiers in spite of being hard on them, because he shared their life. He relied on the loyalty of his troops to achieve political power, and thus set the matrix for the downfall of the Roman republic. Sulla, Pompeius, the *triumviri*, Caesar, Marcus Antonius and Octavianus are metaphorically speaking his illegitimate offspring as they consciously cultivated their troops in order to rely on them in the advancement of their political careers.

A short remark regarding the republic, which is generally considered as undemocratic, outdated and unsuited to rule an empire, but considered worthwhile dying for by Cicero, may be appropriate.

IV. Roman republic

The Roman republic¹³ was not founded on a written constitution. Instead old traditions going back to the times of Romulus and Numa, or dating from the period following the overthrow of the monarchy as well as the *leges Liciniae Sextiae*¹⁴ were supplemented and adapted by occasional legislation. The eternal, simmering conflict between rich and poor in Rome

¹³ 510-27 B.C. H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the study of Roman law*, Cambridge 1952, 1-6. 7-55.

¹⁴ Jolowicz, 13-16; Burrows, Part II Rome, 67- 175.

was reflected in the “balanced” variety of legislative bodies¹⁵ and magisterial offices,¹⁶ which succeeded to an extent to maintain social harmony. The demand for equal rights by the other inhabitants of Italy resulted in the gradual granting of Roman citizenship.¹⁷ Moreover, the Roman republic succeeded in establishing an empire around the Mediterranean basin by conquest and more to the point, successfully maintaining and administering the same. The parallel development of Roman private law was made possible by the introduction of the praetor *peregrinus*¹⁸ and the procedure *per formulam*.¹⁹

The late republic was a crucial period in development of the Roman imperium. Border wars with Jugurtha and Mithridates alternated with the direct threat to Rome by Cimbri, Teutones and Ambrones. Simmering tensions within Italy erupted in the Social War and the Spartacus revolt. Within Rome herself the eternal gap between rich and poor reached a dangerous stalemate with “panem et circenses.”²⁰

However, the republican “system” adapted successfully to the new imperial role and Roman magistrates established *pax romana* and rule of law around the Mediterranean from Sicily, Spain, Greece into the Middle East and Northern Africa. The military successes and economic expansion brought

¹⁵ *Id.* 16-43.

¹⁶ *Id.* 43-55.

¹⁷ *Id.* 56-66.

¹⁸ *Id.* 47, 99; Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Part II Commentary, Oxford 1953, 17, 147, 253f.

¹⁹ De Zulueta, 251ff.

²⁰ Juvenal, *Satura* X; http://www.ancient-literature.com/rome_juvenal_satire_x.html. Juvenal ridicules how the Roman citizens had exchanged freedom and political influence for the dole and free entertainment by gladiatorial games in the circus. Cf. <https://fee.org/articles/poor-relief-in-ancient-rome/>.

hitherto unknown wealth into Italy, with the result that Roman law transformed and the fight for power and wealth intensified.

V. Cicero

The role model Marius stands in sharp contrasts to another provincial from the same region, namely Cicero.²¹ The latter's classical education and humanity led him on a political career aimed at avoiding civil war and bloodshed. Fighting his lifelong battle for the preservation of the republican constitution and the rule of law Cicero's life ended with his murder, in another contrast to the murderous Marius who died from old age and natural causes.

The ups and downs of Cicero's *curriculum vitae* are common knowledge. His many talents and wide range of interests make it impossible to pigeonhole him with the result that his mastery of the Latin language, his successes in the courts and several of his surviving publications caused him to be categorised as an orator.

In consequence, Mommsen's animosity towards Cicero combined with the 19th century domination of German "Rechtswissenschaft" in the discipline of Roman law, cast a shadow over the 20th century study of Roman law with the result that Cicero's work was considered a non-legal source.

If it is possible to state that in the present day a *communis opinio* can be found among romanists, the opinion of Schulz depicted in the *History of*

²¹ Plutarch's Lives, "The life of Cicero" at <http://classics.mit.edu/Plutarch/cicero.html>; A. Trollope, The life of Cicero at <https://www.gutenberg.org/files/28676/28676-h/28676-h.htm>; Marcus Tullius Cicero at <https://www.britannica.com/biography/Cicero>.

*Roman legal science*²² still holds sway.²³ Schulz believed that during the late republic the leading jurists still belonged to the upperclass,²⁴ albeit that some *homines novi* succeed in law and politics,²⁵ and even began to charge for their services.²⁶ Advocates are a group apart and some have a little legal knowledge.²⁷ Schulz mentions Cicero by name and states categorically his belief that the latter had acquired some elementary legal knowledge,²⁸ but no understanding of legal science.²⁹ These Roman jurists were opposed to Greek pedagogics,³⁰ did not teach, did not appear in court, were not interested in natural law, legal history, methodology, comparative law, philosophical speculations about justice nor a sociological approach.³¹ Nevertheless, their

²² F. Schulz, *History of Roman legal science*, Oxford 1946; *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961.

²³ At 97, 98, 111-113. For a deconstruction of this myth see K. Tuori, *Ancient Roman lawyers and modern legal ideals Studies on the impacts of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt am Main 2007, ch. 2 The birth of legal science 21-69.

²⁴ At 70f. Honoratioren-Jurisprudenz. Cf. also 47ff.

²⁵ At 48f.

²⁶ At 50. At 58 he mentions that this group gave routine *responsa*, while the great jurists only advised their friends, important people or in difficult cases.

²⁷ At 50ff.

²⁸ Cicero studied law under Quintus Mucius Scaevola Augur.

²⁹ At 52: *eine völlige Fremdheit und Verständnislosigkeit gegenüber der höheren Rechtswissenschaft*. This distinction is crucial for Schulz's argument in terms of which the leading jurists applied the dialectic method to the law and thus built a legal science based on system; These jurists remained impartial and were only interested in the truth, while the advocates used all means to win their case. Schulz praises the Roman jurists for banning the weed of rhetoric from their ranks, echoing the *Senatus Consultum* from 161 B C expelling Greek rhetors and philosophers from Rome, 65ff, 82ff, 100ff.

³⁰ At 68.

³¹ At 69, 84ff.

responsa were authoritarian and authoritative.³² Rhetoric and *topoi* were used in court, but had nothing to do with Roman law or legal science.³³

This is not the place to enter into a discussion on the history of 20th century Roman law, but it suffices to state that if Cicero had been considered a Roman jurist the work of Stroux,³⁴ Kuhn³⁵ and Viehweg³⁶ would have been appreciated differently by romanists, which might have changed the fate of Roman law. It is ironic that in the USA, a country within the common law jurisdictions, the aspect of Cicero as a jurist, has been recognised and

³²At 72f.

³³ At 86: *Mit der griechischen Rhetorik aber haben sie (die Gerichtsredner) auch gewisse τόποι der Griechischen Rechtsphilosophie übernommen: ius naturae und ius civile, ius gentium und ius civile, ius scriptum und ius non scriptum, lex und mos als species des ius, ius und aequitas. Das alles ist griechischer Import, von dem die römischen Gerichtsredner zwar praktischen Gebrauch machen, der aber mit römischem Recht und römischer Rechtswissenschaft nichts zu tun hat. At 93: Aus alledem ergibt sich: Die römischen iurisconsulti konnten hier von der Rhetorik schlechthin gar nichts lernen.*

³⁴ J. Stroux. "Summum Ius Summa Iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris" in *Festschrift Paul Speiser-Sarasin* (1926); reprint in J. Stroux, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949, 9-66.

In 1926 Johannes Stroux, professor of classical philology at the University of Munich proposed his theory that rhetoric became the methodology of Roman law. Rhetoric replaced the old formalistic Roman law and provided the theory of interpretation of statutes with viewpoints and arguments, *topoi* or *topica*, and a dialectic process of argument and counterargument. P.J.Thomas, "Ars aequi et boni, legal argumentation and the correct legal solution", *ZSS RA* 2014 (131), 43f.; A. Triggiano, "«Conlega et familiaris meus»: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo", *Index*, 2010 (18), 394ff n. 109.

³⁵ Thomas S. Kuhn, (1922-1996), American historian and philosopher of science. *The Structure of Scientific Revolutions*, London 1962, popularised the concept 'paradigm' and the idea that different paradigms competed for hegemony.

³⁶ Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München 1953, provided new impetus to the *topoi* theory. Viehweg distinguished between topical, problem-orientated argumentation as opposed to axiomatic, systematic-deductive legal reasoning. Legal historians considered Viehweg's work legal theory.

championed.³⁷ Thus, Martha Nussbaum³⁸ considers *De Officiis* “perhaps the most influential book in the Western tradition of political philosophy” as Cicero elaborates his theory of justice from which thinkers like Aquinas, Suarez, Gentili, Grotius, Wolff, Pufendorf, Kant and Adam Smith derived their theories of international law and justice.³⁹

Nussbaum is not alone in her re-evaluation of Cicero.⁴⁰ Tobias Reinhardt⁴¹ states “Cicero applied for the first-time theoretical reflection on causation to legal problems. By adopting the Stoic distinction between sufficient and necessary causes, by naming negligence and action with intent as causally relevant categories which cut across the previous distinction, and

³⁷ For example M.L. Colish, *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages*, Leiden 1985, 65-152.

³⁸ <https://www.law.uchicago.edu/faculty/nussbaum>.

³⁹ M.C. Nussbaum, “Duties of Justice, Duties of Material Aid: Cicero’s Problematic Legacy”, *The Journal of Political Philosophy*, 2000 (8, 2), 176-206.

⁴⁰ See also E. W. Clayton (Professor in the Department of Political Science and Public Administration of Central Michigan University) in his essay Cicero (106-43 BC): “While Cicero is currently not considered an exceptional thinker, largely on the (incorrect) grounds that his philosophy is derivative and unoriginal, in previous centuries he was considered one of the great philosophers of the ancient era, and he was widely read well into the 19th century. Probably the most notable example of his influence is St. Augustine’s claim that it was Cicero’s *Hortensius* (an exhortation to philosophy, the text of which is unfortunately lost) that turned him away from his sinful life and towards philosophy and ultimately to God. Augustine later adopted Cicero’s definition of a commonwealth and used it in his argument that Christianity was not responsible for the destruction of Rome by the barbarians.” IEP (Internet Encyclopedia of Philosophy) <http://www.iep.utm.edu/cicero/> (consulted on 28/6/2020); Also W. Nicgorski’s work (www.pls.nd.edu/faculty-and-staff/walter-nicgorski) as well as D.H. van Zyl, *Justice and Equity in Cicero, a critical evaluation in contextual perspective*, Pretoria, 1991. It is impossible to mention and fruitless to summarise the secondary literature on Cicero’s theory of justice and reference to the website *Natural Law, Natural Rights and the American Constitution* (<http://www.nlnrac.org>) and *the Internet Encyclopedia of Philosophy* must suffice.

⁴¹ T. Reinhardt, *Marcus Tullius Cicero Topica*, Oxford, 2003. For Reinhardt’s admirable work cf. Philip Thomas, “A Barzunesque view of Cicero: from giant to dwarf and back” in Paul J. du Plessis (ed.), *Cicero’s Law. Rethinking Roman Law of the late Republic*, Edinburgh 2016, 18ff.

by many other points of detail he has created the terms in which discussion about causality in the law is conducted until the present day” ... and “(t)here was no such thing as theoretical reflection on causation among Roman jurists until Labeo.”⁴²

Finally, the thoughtful introduction to *Cicero’s Law. Rethinking Roman Law in the Late Republic*⁴³ by Paul du Plessis reflects the current position vis-à-vis Cicero within romanist studies.

Another dimension of Cicero’s many aspects is his belief in natural law. Without entering the debate on this absorbing topic, but by providing a simplified summary of Cicero’s main thoughts on nature, reason, conscience and natural law his work as jurist may be placed in perspective.

It is trite that Cicero was not an empty vessel translating Greek philosophy, but an original thinker who synthesised Greek philosophy and Roman pragmatism and tradition.⁴⁴ This led to his beliefs on nature and natural law. The essence of his beliefs is that nature endowed man with reason, but also a conscience.⁴⁵ This combination made it possible to discover the principles and rules of a universal and eternal system, namely natural law,⁴⁶ which is equivalent to moral law and sets a higher standard than the

⁴² Reinhardt, 322f.

⁴³ *Supra* n. 41.

⁴⁴ R. Fiori, “The *vir bonus* in Cicero’s *de officiis*: Greek philosophy and Roman legal science.” *Aequum ius*, 2014, 187-202 at 197ff.

⁴⁵ D.H. van Zyl, *Justice and equity in Cicero*, 49f where he cites R.G. Tanner, “Cicero on Conscience and Morality,” in J. Martyn (ed) *Cicero and Virgil: Studies in honour of Harold Hunt*, Amsterdam, 1972, 87-112; Also Van Zyl, 97; In the first book of *de Officiis* Cicero sets out the various duties and gives his son guidelines how to choose between conflicting duties. The subtext is that reason, imparted by nature, gave humankind a sense of right and wrong. Reason helps us to formulate the law of nature. This law is standard against which one can judge the correctness of positive law and one’s own behaviour. Harries, 52-58.

⁴⁶ *De Leg.* 1,18 and 19; 1, 42; 2, 8; 2, 11 and 2, 14; *De Rep* 3, 33.

civil law.⁴⁷ His conscience makes man measure his own behaviour against this law, which is not man-made, but decreed by nature and according to which he may not be judged, but will judge himself. Thus reason and conscience reveal the natural law, which joins men together and imposes morality on them.

If it is accepted that Cicero was not an empty vessel, but made original contributions in many disciplines amongst which Roman law, the question arises which paradigm he represented.

It is generally held that the Roman jurists were practice-orientated.⁴⁸ It is apposite at this point to apply Kuhn's ideas that a paradigm does not only relate to theory, methods, techniques and methodology, but also to assumptions, hypotheses, and values. Kuhn also held that choice of paradigm is to be compared to a choice of religion, while it should also be kept in mind that jurists as a rule are reticent about or even unaware of their philosophical frame of reference on account of their so-called scientific objectivity.

The hypothesis is submitted that Cicero was doubtless a jurist, but that his theoretical and philosophical works on law did not belong to the paradigm

⁴⁷ *De Rep.* 3, 33: *Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpret eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator, cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac, naturam hominis aspernatus, hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit.*

⁴⁸ P. Stein, "Interpretation and legal reasoning in Roman law," *Chicago-Kent Law Review*, 1994/5 (70), 1539-1556 at 1539; Thomas Finkenauer, "Iustitia und Iustus bei den römischen Juristen," in Rena van den Bergh et. al. (eds.) *Meditationes de iure et historia Essays in honour of Laurens Winkel, Fundamina* (ed. Specialis) 2014 (20, 1), 288.

of the traditional Roman jurist. In order to ascertain Cicero's beliefs his discussion of *bona fides* and the *exceptio doli* will be analysed and compared to the references thereto in the *Corpus Iuris Civilis*.

VI. (R)evolutions within Roman law.

One of the momentous developments within Roman law was the introduction of the *bonae fidei* contracts, followed by the concomitant *exceptio doli* during the late republican period.

As starting point the *communis opinio* on this topic as represented by Kaser has to be briefly covered.

In *Das römische Privatrecht*⁴⁹ Kaser names the transformation of the formal, limited, strict law of contract into a system adapted to a developed international economy by way of the power of *fides* the most formidable achievement of the Roman jurists. He is also of the opinion that *fides* was not restricted to the enforceability of certain agreements, but also determined their content.⁵⁰ Whether *fides* obligations developed as a result of commercial transactions with *peregrini* or within Roman society is not clear, but that the first recognition of enforceability came from the *praetor* is stated unequivocally, as well as, that in early classical law *oportere ex fide bona* had become an obligation of the *ius civile*.⁵¹

⁴⁹ M. Kaser, *Das römische Privatrecht, I Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971.

⁵⁰ At 475, 485ff, 509f.

⁵¹ *Ibid.* Of course, this depends on the definition of *ius civile*. It should be kept in mind that the definition of *ius gentium* –often mentioned in this context- is also variable.

It should come as no surprise that the first mention of *bona fides* is found in an “extra-legal” source, namely by Cicero.⁵²

In *Digesta* 1.1.10.1 Ulpianus describes the precepts of law as “to live honestly, not to harm another and to give to everyone his/her due.”⁵³

Tony Honoré⁵⁴ was of the opinion that Ulpianus spent the years between 213 and 218 making a compilation of Roman law for the new citizens of the empire, in other words all inhabitants who had received Roman citizenship in 212 AD and lived, in theory, under Roman law.⁵⁵ In consequence a systematic exposé was required with an introduction explaining to these new citizens that Roman law was not limited to Romans, but was a jurisdiction which was reasonable, useful, full of wisdom as well as being practical and well-suited for general application. This was the reason for Ulpianus to look for a concise explanation of the underlying values of Roman law, reflecting the moral philosophy of jurists as well as the Roman people. He found these values in the obvious work of Cicero, namely his *De Officiis*.⁵⁶

In this work Cicero mentions various mechanisms by which Roman law endeavours to achieve these lofty objectives, of which the most important was *bona fides*. This was integrated in the *formula* of the most important legal

⁵² *De Officiis*, III.61,65,67,70.

⁵³ D. 1.1.10.1 (Ulpianus libro primo regularum) *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Also D. 1.1.10 pr. *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*. Finkenauer, 288f.; Philip J. Thomas, “The eternal values of Roman law”, in J.Sondel, J Reszczyński, P.Ściślicki (eds.) *Roman law as Formative of Modern Legal Systems Studies in honour of Wiesław Litewski*, II, Kraków 2003, 174ff.

⁵⁴ T. Honoré, *Ulpian*, Oxford 1982.

⁵⁵ Honoré, 26-33.

⁵⁶ This treatise was an important work setting out Roman philosophy. Cicero achieved a synthesis of Stoicism, which forms the basis, with Roman traditions and his own political philosophy. In Chapter 3 Cicero discusses the relationship between law and morality and cites the words found in D.1.1.10. Thus, it is quite probable that Ulpianus found his source there.

relationships such as guardianship, *fiducia* and the commercial contracts of sale, lease, labour, work, mandate and partnership.⁵⁷

He illustrates his discussion on the position of Roman law between moral rectitude and self-interest with the following examples.⁵⁸

The merchant who is the first to arrive with a ship full of grain during a famine; the house with snakes under the floorboards or constructed with defective building materials. He relates the case of Tiberius Claudius Centumalus, who was instructed by the augurs to demolish parts of a building he owned because it obstructed the flights of birds. Instead he sold the building. When the buyer had to pull down those parts he discovered that this was the reason Claudius had sold and instituted an action on the basis of *ex fide bona*. Marcus Cato⁵⁹ was the judge and ruled that Claudius had to pay damages, thus laying down the rule that freedom of contract may be restricted by justice which is served by good faith to achieve her goals. Cicero pronounced that *bona fides* has such force that dishonesty could be banned from Roman law.⁶⁰ To make this point Cicero tells the misfortune of Caius Canius, a Roman who went on holiday in Syracuse and wished to buy gardens.

⁵⁷ *De Officiis*, III,70: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.* <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/off3.shtml#79>.

⁵⁸ *De Officiis*, III, 50-70. Philip J. Thomas, "The Roman law tradition," in Petr Bělovský, Michal Skřejpek (eds.), *The Roman law tradition in societies in transition*, Praha 2003, 89-91.

⁵⁹ The father of Cato minor.

⁶⁰ *De Officiis*, III. 61. *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est.*

The local banker Pythius fraudulently misled him into buying his gardens.⁶¹ When Canius discovered the truth from a neighbour, he had no remedy because the fraud took place before Gaius Aquilius⁶² had introduced the *exceptio doli* in his praetorian edict.

VII. Origin of *negotia bonae fidei* and the timeline of their enforceability

Michel Humbert opened Pandora's box with his seminal work on the Twelve Tables.⁶³ His original interpretation of fifth century B. C. Roman society and the (r)evolution caused by this statute are validated by reinterpretation of various texts. The publication of the proceedings of the Collegio di diritto romano, organizzato dal Centro di studi e ricerche sui Diritti Antichi (CEDANT) in 2005 combined the latest research on this period in *Le Dodici Tavole*.⁶⁴ It replaced the traditional myth that Rome during this time still consisted of a small group of primitive subsistence farmers and their class struggle.⁶⁵ The contributions of Dieter Nörr⁶⁶ and David Kremer⁶⁷ who

⁶¹ He invited Canius to supper and organised the local fishermen to come and fish in front of the gardens and bring fish to him. He pretends that all fish in Syracuse is in front of his gardens and that the fresh water originates in his gardens.

⁶² Triggiano, *Index*, 2010 (18), 373-400.

⁶³<https://www.idref.fr/026928337>.

⁶⁴M. Humbert (a cura di), *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005.

⁶⁵ Theodor Mommsen, *Römische Geschichte*, vol. II, Berlin, 1917, at Gutenberg.org/files/3061/3061-0.txt; F. Schulz, *History of Roman legal science*, Oxford, 1946; *idem*, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961; Jolowicz, 72-82.

⁶⁶ D. Nörr, "Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di ius mercatorium mediterraneo: il primo trattato cartaginese-romano," in Humbert M., *Le Dodici Tavole*, 147-189.

⁶⁷ D. Kremer, "Trattato internazionali e legge delle Dodici," in Humbert M., *Le Dodici Tavole*, 191-207.

argue that Rome was already an important maritime trading nation, support this paradigm change.

It should be kept in mind that the office of *praetor* was instituted in 367 BC and the division of *praetor urbanus* and *peregrinus* is held to date from 242 BC; the *formula* procedure dates from before the *Lex Aebutia* (2nd century BC).⁶⁸ Thus, irrespective of whether the re-interpretation of Roman society and her commercial position in the Mediterranean basin as depicted in *Lo Dodici Tavoli* is accepted, even in the traditional narrative of small struggling farmers, it is not difficult to envisage that even in the pre-*praetorian* society everyday small transactions would take place outside the limited number of strictly formal juridical acts. In other words, the law of the Twelve Tables would by necessity be supplemented by a parallel commercial system of customs ruling barter, small short term credit, informal pooling of resources, lending and borrowing, asking favours based on neighbourly and family solidarity, in short the prototypes of the *negotia bonae fidei*. This would place the origin of these juristic acts in the *ius civile* as opposed to the theory that they derive from the *ius gentium* and were taken over and introduced in Roman law via the edict of the *praetor peregrinus*.⁶⁹

However, in both narratives the enforceability by the state is introduced centuries after the appearance of the informal consensual practices. Therefore the question arises how international trade and everyday life enforced such agreements prior to recognition thereof in the *praetorian* edict. A modern answer would refer to the relational contract theory of

⁶⁸ M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 107-115.

⁶⁹ Much depends on the definitions of *ius civile* and *ius gentium*. However, both theories have supporters and a definite answer is unlikely,

MacNeil and Macaulay.⁷⁰ These authors find mutual trust and solidarity to be the basis of contractual relationships⁷¹ in small closed groups and enforceability by the threat of exclusion.⁷² To project this theory in Roman society before the conquest of Italy and the Mediterranean world as well as in a closed group of merchants round the Mediterranean basin is not a novel hypothesis.⁷³ Introduction of these transactions in the edict of the *praetor* was the inevitable result of the increase in numbers of Romans and commercial contacts and the resulting anonymity.

VIII. *Digesta*

A study of the *Digesta* titles dealing with contracts based on good faith disappoints in view of the high hopes held by Cicero and the optimistic conclusion of Kaser that good faith also ruled the content of these contracts.

⁷⁰ L. Hawthorne, “Relational Contract Theory: Is the antagonism directed at discrete exchanges and presentation justified?,” in G. Glover (ed.), *Essays in honour of A.J. Kerr*, Durban 2006, 137-157.

⁷¹ *Id.*, 153.

⁷² Hawthorne, 143: Macneil has developed the following rules: ... ; and finally, the sanction for bad behaviour is obviously refusal to contract in the future; Also at 45: Beale has stated that: [F]ormal use of contract remedies to settle disputes was unusual; Also n.52 Macaulay ...: Disputes are frequently settled without reference to the contract or to potential or actual legal sanctions.

⁷³ Cf. Tiziana Chiusi, “Grave est fidem fallere”: Vertrauensschutz im römischen Recht”, in Rena van den Bergh et. al. (eds.) *Meditationes de iure et historia Essays in honour of Laurens Winkel, Fundamina* (ed. Specialis) 2014 (20, 1), 150-162.

Földi⁷⁴ acknowledges that the Roman jurists developed *bona fides*, but continues that they did not explore its content in detail, and followed a spontaneous (“naïve”) and monist interpretation.⁷⁵

As mentioned above the Roman jurists were practice orientated.⁷⁶ Analysis of the references to *bona fides* in the *Digesta* shows that the texts can be differentiated into two categories, which are direct consequences of trust.

The first deals with persons who were both under and acted on a false belief, in other words the result of misplaced trust. This includes the person who in good faith served as a slave, persons having or acquiring or transferring possession in good faith, and contracting parties acting in good faith.

Secondly, there are texts which mention that the action from the contract was *ex fide bona*. This was meant to indicate that the enforceability derived from good faith, or trust. As set out *supra* these transactions were practised for centuries before inclusion in the praetorian edict(s) and formed part of customary *ius civile* and/or *ius gentium*. It is submitted that these obligations were originally enforced extrajudicially by peer pressure and social exclusion and/or arbitration by old wise men/merchants.

It can, however, be questioned whether the *bona fides* extended to more than the enforceability on the basis of trust and the discretion granted to the judge in determination of the sentence. The latter consists of a choice

⁷⁴ András Földi, “Traces of the dualist interpretation of good faith in the *ius commune* until the end of the sixteenth century”, in Rena van den Bergh et. al. (eds.) *Meditationes de iure et historia Essays in honour of Laurens Winkel, Fundamina* (ed. Specialis) 2014 (20, 1), 312-321.

⁷⁵ At 313.

⁷⁶ It should be remarked that the traditional vision of the Roman jurists is rather idealised, *cf.* Thomas, ZSS RA 2014 (131), 45f, 55f.

between enforcement or non-enforcement as well as the determination of the amount of the sentence in the first instance.

From Cicero's examples one possible interpretation may be the deduction that before the introduction of the *exceptio doli*⁷⁷ pre-contractual fraud was not taken into consideration in important cases of sale,⁷⁸ which may be assumed to have taken place by way of *stipulatio(nes)*.

It is, however, generally held that the *exceptio doli* was a belated introduction to bring the *negotia stricti iuris* into line with the *negotia bonae fidei*. In consequence, it stands to reason that the content of the *bona fides* would be equivalent to that of *dolus*.

Triggiano ⁷⁹has discussed Cicero's interpretation of *dolus* as defined by Aquilius Gallus. She also gives a succinct overview of the different definitions found in the *Digesta* as well as the variety of opinions on this topic among the maestros of Roman law during the last fifty years.⁸⁰

It appears reasonable to conclude that in respect of pre-contractual negotiations *dolus* forbade and *bona fides* required refraining from fraudulent misrepresentation. This is validated by prominent classical jurists

⁷⁷ For divergent opinions about the date and relation to the *actio doli* cf. Triggiano, *Index*, 2010 (18), 373-400.

⁷⁸ Such as the sale of immovable property albeit in Sicily.

⁷⁹ *Supra* n. 33.

⁸⁰ 382-391 nn. 61- 104. Cf. also James C. Abbott Jr., *Roman deceit. Dolus in Latin literature and Roman society*, Atlanta 1997 at academia.edu/8183700/ROMAN_DECEIT_DOLUS_IN_LATIN_LITERATURE_AND-ROMAN_SOCIETY.

such as Ulpianus,⁸¹ Paulus,⁸² Pomponius⁸³ and Hermogenianus,⁸⁴ who all state that *invicem se circumscribere* is allowed in sale and lease, which is euphemistically translated as “to overreach each other or the reciprocal taking of advantage.”⁸⁵ This makes the duty to inform the co-contractant during pre-contractual negotiations championed by Cicero questionable. This conclusion is supported by the fact that Kaser admits that liability for latent defects relied on the introduction of the *actio quanti minoris* and the *actio redhibitoria* by the *aediles* rather than on good faith.⁸⁶ Furthermore, the continued reliance on *stipulationes* to make provision for possible eviction and other eventualities⁸⁷ as supplement to the consensual sale also throws doubt on the real force of good faith in litigation.

⁸¹ D. 4.4.16.4 (Ulpianus libro undecimo ad edictum). *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

⁸² D.19.2.22.3 (Paulus libro trigesimo quarto ad edictum). *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ia in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

⁸³ *Supra* n. 81.

⁸⁴ D. 19.2.23 (Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum). *Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.*

⁸⁵ Watson translation of above texts. R. Zimmermann, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990, 256ff; in the latter’s footnotes the authoritative literature can be found.

⁸⁶ Kaser, 476.

⁸⁷ *Ibid.*

Finally, the advocated use of the *exceptio doli* in a procedure issuing from a consensual sale⁸⁸ as well as lease⁸⁹ is another paradox in this context. It can be argued that these texts were the precursor of the *exceptio non adimpletu contractus*, which was developed during the second life of Roman law. However, the development and endurance of this remedy has been hard to explain in view of the widely stated belief that all contracts became based on good faith during the reception of Roman law.

These contradictions show the hard reality of legal practice, where the *stipulatio* remained the most common contract, in spite of or just because of the black letter law character of this contract. Cicero's words have found realisation in the BGB⁹⁰ and other continental codes,⁹¹ but have remained

⁸⁸ D. 19.1.5.1 (Idem (=Paulus libro tertio ad Sabinum). *Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoverti potest, ...* ; D. 19.1.13.9 (Ulpianus libro trigesimo ad edictum). *Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? Et puto magis quod numeravit propter doli exceptionem*; D. 19.1.42 (Paulus libro secundo questionum). *Sed an exception doli mali venditori profutura sit, potest dubitari, ...*

⁸⁹ D. 19.2.61 pr. (Scaevola libro septimo digestorum). *Colonus cum lege locationis non esset comprehensus, ut vineas poneret, nihilo minus in fundo vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus istum colinum eiectionem pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit doli mali exceptione. Respondit vel expensas consecuturum vel nihil amplius praestaturum.*

⁹⁰ Section 242 of the German Civil Code provides that the debtor is bound to perform according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration. Section 157 provides that contracts shall be interpreted according to the requirements of good faith. It is accepted that sec 242 supplements the law and determines contractual relationships.

⁹¹ See art 1104 and 1112 of the French Civil Code; art 242 of the German Civil Code; art 2 of the Swiss Civil Code; arts 1175 and 1375 of the Italian Civil Code; art 288 of the Greek Civil Code; art 762-2 of the Portuguese Civil Code; and arts 6:2 and 6:248 of the Dutch Civil Code. Good faith is also recognised in a European context in art 1.7 of the Unidroit Principles and art 1.201 of the Principles of European Contract Law.

echo's in the corridors of academia in the common law jurisdictions and a hollow phrase in everyday legal practices.

IX. Conclusion

It is difficult to challenge that Cicero was a jurist and wrote the only known theoretical and philosophical works on Roman law during the republic.

Cicero published his theory of justice at the end of his life, which coincided with the demise of the republic. It is submitted that his forensic practice and his political career had given him clear insight into the manipulations of the law culminating in the hollowing out of the republican institutions. The realisation that the rule of law implies more than adherence to the letter of positive law strengthened Cicero's philosophical beliefs in natural law and his insistence on the necessity of prevalence of what is morally right over expediency. This belief was succinctly expressed by the aphorism used in *De Officiis*, namely "*summum ius, summa iniuria*,"⁹² which Longchamp de Bérrier explains as "This saying amounted to a severe criticism of distortions in interpretation, and the soundness of the criticism demonstrated an exceptional knowledge of legal mechanisms. ... It expresses an objection to the juggling of rules to circumvent the law, to abusing, binding or instrumentalising the law, .. ." This message explains the spell Cicero held for centuries over Western thinkers.

⁹² *De Officiis* 1 33: *Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud "summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium*; F. Longchamps de Bérrier, "The status of a bearer of rights within the European legal tradition: the tradition of Rome and Jerusalem – a case study," *Fundamina A Journal of Legal History*, 2013 (19, 2), 360; Also Stroux, 13ff.

However, his beliefs in the victory of morality represented *ius constituendum* rather than the positive law, as the power he attributed to good faith found limited application in classical Roman law.

X. Bibliography

Abbott Jr., James C., *Roman deceit. Dolus in Latin literature and Roman society*, Atlanta 1997 at [academia.edu/8183700/ROMAN DECEIT DOLUS IN LATIN LITERATURE AND-ROMAN SOCIETY](http://academia.edu/8183700/ROMAN_DECEIT_DOLUS_IN_LATIN_LITERATURE_AND-ROMAN_SOCIETY).

Barzun, Jacques, *From Dawn to Decadence 500 Years of Western Cultural Life 1500 to the Present*, New York City 2000.

Burrow, John, *A history of histories*, London 2009.

Chiusi, Tiziana, “Grave est fidem fallere”: Vertrauensschutz im römischen Recht”, in Rena van den Bergh et. al. (eds.) *Meditationes de iure et historia Essays in honour of Laurens Winkel, Fundamina* (ed. Specialis) 2014 (20, 1), 150-162.

Clayton, E. W., “Cicero (106-43 BC),” IEP (Internet Encyclopedia of Philosophy) <http://www.iep.utm.edu/cicero/> (consulted on 28/6/2020).

Colish, M.L., *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages*, Leiden 1985, 65-152.

de Zulueta, Francis, *The Institutes of Gaius*, Part II Commentary, Oxford 1953.

Finkenauer, Thomas, “Iustitia und Iustus bei den römischen Juristen,” in Rena van den Bergh et. al. (eds.) *Meditationes de iure et historia Essays in honour of Laurens Winkel, Fundamina* (ed. Specialis) 2014 (20, 1), 288.

- Fiori, R., "The *vir bonus* in Cicero's *de officiis*: Greek philosophy and Roman legal science." In *Aequum ius*, 2014, 187-202.
- Földi, András, "Traces of the dualist interpretation of good faith in the *ius commune* until the end of the sixteenth century", in Rena van den Bergh et. al. (eds.) *Meditationes de iure et historia Essays in honour of Laurens Winkel, Fundamina* (ed. Specialis) 2014 (20, 1), 312-321.
- Hanga, V., "Römisches Recht und aktuelles Recht," *KLIO*, 1979 (61, 1-2), 131-143.
- Harries, J., *Cicero and the Jurists From citizen's law to the lawful state*, London 2006.
- Hawthorne, L., "Relational Contract Theory: Is the antagonism directed at discrete exchanges and presentiation justified?," in G.Glover (ed.). *Essays in honour of AJ Kerr*, Durban 2006, 137-157.
- Hirai, Masahito, "Objectivity in the Beginnings of the Positivism: Dispute between Auguste Comte and Émile Littré," *Archive for Philosophy and the History of Science* 2026 (18), 25- 39.
- Hoetink, H.R., *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen a/d Rijn 1982.
- Honoré, T., *Ulpian*, Oxford 1982.
- Humbert, M., *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005.
- Jolowicz, H.F., *Historical Introduction to the study of Roman law*, Cambridge 1952.
- Juvenal, *Satura* X, at http://www.ancient-literature.com/rome_juvenal_satire_x.html.
- Kaser, M., *Das römische Privatrecht, I Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971;
- Kaser, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966.
- Kremer, D., "Trattato internazionali e legge delle Dodici," in Humbert M., *Le Dodici Tavole*, 191-207.

Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, London 1962.

Longchamps de Bérier, F., "The status of a bearer of rights within the European legal tradition: the tradition of Rome and Jerusalem – a case study," *Fundamina A Journal of Legal History*, 2013 (19, 2), 352-366.

Mommsen, Theodor, *Römische Geschichte*, vol. II, Berlin, 1917, at Gutenberg.org/files/3061/3061-0.txt.

Mommsen, Theodor,
<https://www.nobelprize.org/prizes/literature/1902/mommsen/biographical/>;
<https://www.britannica.com/biography/Theodor-Mommsen>; <https://www.livius.org/articles/person/mommsen/>.

Nörr, D., "Osservazioni in tema di teminologia giuridica predecemvirale e di ius mercatorium mediterraneo: il primo trattato cartaginese-romano," in Humbert M., *Le Dodici Tavole*, 147-189.

Powell, J. and Paterson, J., *Cicero The Advocate*, Oxford 2003.

Nussbaum, M.C., "Duties of Justice, Duties of Material Aid: Cicero's Problematic Legacy", *The Journal of Political Philosophy*, 2000 (8, 2), 176-206.

Plutarch's Lives. Dryden edition revised & with an introduction by Arthur Hugh Clough in vol. 2, London 1932, 75-115;
<https://www.britannica.com/biography/Gaius-Marius>.

Plutarchus, "The life of Cicero," *Lives*, at <http://classics.mit.edu/Plutarch/cicero.html>.

Poynton, J. C., "Smuts holism and evolution sixty years on," *Transactions of the Royal Society of South Africa*, 1987 (46 3), 181-189.

Reinhardt, T., *Marcus Tullius Cicero Topica*, Oxford, 2003.

Reiss, Julian and Jan Sprenger, "Scientific Objectivity", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N.

Zalta (ed.),

at

<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/scientific-objectivity>.

Romein, Jan, *Historische lijnen en patronen*, Amsterdam 1976.

Schulz, F., *History of Roman legal science*, Oxford, 1946.

Schulz, F., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961.

Slaughter, M.S., “Cicero and his Critics”, *The Classical Journal*, 1921 (17, 3), 210-131.

Smuts, Jan, *Holism and evolution*, London 1926.

Stein, P., “Interpretation and legal reasoning in Roman law,” *Chicago-Kent Law Review*, 1994/5 (70), 1539-1556.

Stroux. J., “Summum Ius Summa Iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris” in *Festschrift Paul Speiser-Sarasin* (1926); reprint in J. Stroux, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949, 9-66.

Thomas, Philip J., “The Roman law tradition,” in Petr Bělovský, Michal Skřejpek (eds.), *The Roman law tradition in societies in transition*, Praha 2003, 84-96.

Thomas, Philip J., “The eternal values of Roman law”, in J.Sondel, J Reszczyński. P.Ściślicki (eds.) *Roman law as Formative of Modern Legal Systems Studies in honour of Wieslaw Litewski*, II, Kraków 2003, 174ff.

Thomas, Philip, “The standpoint determines the view: Jacques Barzun’s theory of asp, in Paul J. du Plessis, *New Frontiers Law and society in the Roman world*, Edinburgh 2013.

Thomas, Philip, “Ars aequi et boni, legal argumentation and the correct legal solution”, *ZSS RA* 2014 (131), 41- 59.

- Thomas, Philip, “A Barzunesque view of Cicero: from giant to dwarf and back” in Paul J. du Plessis (ed.), *Cicero’s Law. Rethinking Roman Law of the late Republic*, Edinburgh 2016, 11-25.
- Triggiano, Annalisa, “«Conlega et familiaris meus»: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo”, *Index*, 2010 (18), 373-400.
- Trollope, A., *The life of Cicero*, at <https://www.gutenberg.org/files/28676/28676-h/28676-h.htm>.
- Tuori, K., *Ancient Roman lawyers and modern legal ideals Studies on the impacts of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt am Main 2007.
- van Zyl, D.H., *Justice and Equity in Cicero, a critical evaluation in contextual perspective*, Pretoria, 1991.
- Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München 1953.
- Wieacker, F., *Cicero als Advokat: Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 29. April 1964*, Berlin 1965.
- Zimmermann, R., *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990.
- Natural Law, Natural Rights and the American Constitution* at <http://www.nlnrac.org>.

STUDII

ASUPRA EXISTENȚEI ȘI UTILITĂȚII
DREPTULUI NATURAL: EVOLUȚIA UNUI
CONCEPT

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.30
Data publicării online: 16.03.2021

Cristina TOMULEȚ*

Rezumat: În această lucrare, am abordat conceptul de drept natural, pornind de la analiza unora dintre primele definiții ale sale elaborate de Cicero. Avansând spre istoria recentă, am demonstrat utilitatea acestui concept în contextul confruntării cu sisteme juridice specifice regimurilor dictatoriale. În continuare, am prezentat argumente care demonstrează existența dreptului natural și i-am precizat conținutul, făcând referire la principiile generale care îl compun și care fundamentează dreptul pozitiv, și la importanța sa în ce privește respectarea drepturilor fundamentale. În ultima parte a acestei lucrări, am analizat confruntarea dintre curentul iusnaturalist și pozitivismul juridic în scopul de a sublinia și mai clar trăsăturile dreptului natural. Nu în ultimul rând, am subliniat importanța de a opta la nivel de mentalitate juridică pentru curentul iusnaturalist în vederea prevenirii sau eradicării unor sisteme juridice vădit contrare dreptului natural.

Cuvinte-cheie: drept natural; dreptate; drept pozitiv; stat de drept; revoluție; totalitarism; iusnaturalism; pozitivism juridic.

* Asist. univ., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, cristina.tomulet@law.ubbcluj.ro.

ON THE EVOLUTION OF NATURAL LAW

Abstract: In this article, I approached the concept of natural law, starting with the analysis of some of its first definitions developed by Cicero. Moving toward recent history, I demonstrated the usefulness of this concept in the context of dealing with legal systems specific to dictatorial regimes. Next, I presented arguments proving the existence of natural law and I determined its content, referring to the general principles included in it, which underpin positive law, and to its importance in terms of ensuring respect for fundamental rights. In the final part of this article, I analyzed the confrontation between jusnaturalism and legal positivism in order to highlight even more clearly the features of natural law. Last but not least, I stressed the importance of choosing a jusnaturalistic legal mindset in order to prevent and fight against legal systems that are manifestly contrary to natural law.

Keywords: natural law; justice; positive law; rule of law; revolution; totalitarianism; jusnaturalism; legal positivism.

Cuprins

I.	Introducere. Dificultatea definirii dreptului natural.....	1009
II.	Dreptul natural. Origine și definiții.....	1010
III.	Argumente care demonstrează existența dreptului natural	1018
IV.	Conținutul dreptului natural	1024
A.	Legătura dintre dreptul natural și drepturile fundamentale ale omului 1024	
B.	Protecția drepturilor individuale – principiu fundamental de drept natural 1026	
C.	Particularizarea treptată a principiului protecției drepturilor individuale 1028	
D.	Alte principii de drept natural.....	1030
V.	Legătura dintre dreptul natural și dreptul penal	1036
VI.	Drept natural vs. drept pozitiv	1042
A.	Trăsăturile dreptului natural în lumina conflictului cu dreptul pozitiv 1043	
B.	Pozitivism juridic vs. iusnaturalism	1048
VII.	Concluzii	1058

I. Introducere. Dificultatea definirii dreptului natural

Deși atât de important pentru definirea dreptului, dreptul natural este aproape imposibil de definit¹. Aceasta este principala acuzație adusă dreptului natural de către pozitiviști. Dificultatea definirii sale se datorează faptului că dreptul natural nu este un concept pur intelectual, ci face parte din categoria intuițiilor primare și a valorilor. Dreptul natural este greu de pus în cuvinte și totuși este vizibil peste tot. În acest sens, s-a afirmat că noțiunile generale și abstracte, valorile spiritului, dreptatea nu pot fi limitate prin definiții deoarece o definiție le-ar trunchia sensul².

Aceasta nu înseamnă că în cuprinsul acestei lucrări nu vom încerca clarificarea cât mai detaliată a conținutului dreptului natural, prezentând atât definiții formulate de alții, cât și definiții proprii. Cu toate acestea, dreptul natural poate fi sesizat mult mai ușor atunci când este violat de dreptul pozitiv. De aceea, definirea sa implicită, prin raportare la conflictul dintre dreptul pozitiv și dreptul natural, este mult mai adecvată decât definirea sa explicită. În acest sens, o secțiune ulterioară va fi dedicată trăsăturilor dreptului natural reliefate în urma conflictului dintre acesta și dreptul pozitiv.

¹ Prevenim în acest sens cititorul că deși vom prezenta mai multe definiții ale dreptului natural în cuprinsul acestei secțiuni, o definire exhaustivă a acestuia este imposibilă. A încerca să definești dreptul natural seamănă cu a încerca să definești dreptatea. Or, dreptatea nu se poate defini; ea este percepută de om cu un instrument mult mai profund decât gândirea, care nu funcționează în planul definițiilor.

² I. N. Lungulescu, *Drept și dreptate*, Fundația pentru Literatură și Artă «Regele Carol II», București, 1938, p. 15-16. Același autor sesizează că imposibilitatea de a defini dreptatea creează tendința de a exprima mai ușor dreptul sub formă negativă decât pozitivă. În acest sens, este interesant de observat că regulile de drept, în specificitatea lor, sunt interdicții. Este mai ușor să se determine ce nu este drept decât ceea ce este drept.

II. Dreptul natural. Origine și definiții

Dreptul natural este forma cea mai abstractă a dreptului și stă la originea dreptului pozitiv manifestat prin izvoare.

Originea sa a fost atribuită divinității, care a întipărit preceptele de drept natural în conștiința și natura omenească³. În acest sens, s-a susținut că dreptul natural nu este fapta omului, iar acesta nu poate fi schimbat⁴ decât odată cu natura omenească⁵.

Fără a trece în revistă toate formele în care a fost conceput dreptul natural de-a lungul istoriei⁶, ne vom concentra doar asupra a două definiții ale acestuia: una aparținând Antichității și una de dată mai recentă, apărută în perioada de după cel de-Al Doilea Război Mondial.

Cicero este considerat ca fiind unul dintre primii filosofi care a expus o teorie a dreptului natural⁷. În lucrarea sa „Despre legi”⁸, el își propune să stabilească principiile legii universale și eterne, a cărei origine precede cursul nemărginit al veacurilor și care există dinainte de apariția legiferărilor pozitive și a constituirii guvernelor politice⁹. Filosoful derivă principiile

³ A.P. D'Entrèves, *Natural Law – An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson University Library, London, 1951, p. 52, I. N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 88, p. 108, p. 121.

⁴ Prin absurd.

⁵ Tr. Pop, *Curs de criminologie*, Institutul de Arte Grafice „Ardealul”, Cluj, 1928, p. 52.

⁶ În acest sens, a se vedea A.P. D'Entrèves, *Natural Law – An Introduction to Legal Philosophy (precit.)*, p. 20-34.

⁷ R. L. Hunt, *Natural Law v. Positive Law: Interpreting Morality*, *New England Law Review*, Vol. 28, 1993, p. 248.

⁸ M. T. Cicero, *Treatise on the Laws* [51 BC], (<https://oll.libertyfund.org/titles/cicero-treatise-on-the-laws> - site accesat în data de 20.04.2020).

⁹ *Idem*, p. 24.

justiției din principiile naturii, considerând că natura este temelia justiției¹⁰. Totodată, el afirmă că este o extravagantă absurdă ideea potrivit căreia toate cele stabilite prin intermediul legilor civile și a instituțiilor omenești sunt în mod necesar juste. Sunt legile tiranilor juste doar pentru că sunt legi?¹¹ Dacă ar fi așa, totul s-ar rezuma la obținerea voturilor și a puterii pentru a legaliza corupția și jaful¹².

În același timp, Cicero evidențiază legătura dintre preceptele dreptului natural și instrumentele interioare apte să le sesizeze: „(...) nu avem nicio altă regulă aptă să distingă între o lege bună și una rea, în afară de *conștiința și rațiunea noastră naturală*”¹³. Totuși, acestea ne permit să separăm justiția de injustiție și să facem diferența între cei onești și cei mincinoși. Căci *bunul simț*¹⁴ a imprimat în mințile noastre principiile primordiale ale lucrurilor și ne-a dat o cunoștință generală a lor, prin care asociem Virtutea cu orice calitate onorabilă și excelentă și Viciul cu tot ce este detestabil și condamnabil”¹⁵. Se poate observa că Cicero evită pentru moment să definească expres dreptul natural, dar îi dezvăluie implicit natura prin faptul că invocă instrumentele apte să îl perceapă, comune fiecărei ființe umane. Orice om se poate raporta la ideea de rațiune, conștiință și bun simț. Prin prisma experiențelor personale în care le-a utilizat ca instrumente de cunoaștere, omul poate ajunge să înțeleagă conținutul dreptului natural. Prin urmare, *dreptul natural este mai mult decât o sumă de reguli obiective; el*

¹⁰ *Idem*, p. 25, p. 30.

¹¹ *Idem*, p. 32.

¹² *Idem*, p. 33.

¹³ Sublinierea ne aparține.

¹⁴ Sublinierea ne aparține.

¹⁵ *Ibidem*.

este un mod de a percepe lucrurile și începe cu facultatea rațională și intuitivă de a discerne între bine și rău. În acest sens, s-a afirmat că „dreptul natural poate fi elaborat prin intermediul rațiunii naturale, în urma contemplării condiției umane. Rațiunea (...) nu este dreptul natural în sine, ci mijlocul prin care se descoperă justa aplicare a acestuia¹⁶”.

În continuare, Cicero definește dreptul natural astfel: „(...) binele nu depinde de opinii: el este ceea ce este, prin chiar forța esenței sale. Dacă nu ar fi așa, opiniile în sine ar da naștere binelui și fericirii, supoziție dintre cele mai absurde (...)”¹⁷. Astfel, simplul fapt că un criminal în serie ar considera că omorul este un lucru bun nu va schimba valoarea obiectivă a regulii de drept natural; opinia sa nu va transforma consecințele negative ale omorului în consecințe pozitive¹⁸. Cicero continuă afirmând că „(...) dreptul nu a fost inventat de geniul oamenilor și nu este nici un lucru descoperit în procesul de evoluție al societății; el este un principiu etern, care guvernează întreg universul, poruncind cu înțelepciune ceea ce este drept și interzicând ceea ce este greșit¹⁹”. În același sens, filosoful susține că: „adevărata lege este dreapta rațiune în acord cu Natura; este de aplicabilitate universală, neschimbătoare și veșnică; ne cheamă la îndatoriri prin preceptele sale și ne îndepărtează de fapte rele prin interdicțiile sale. Ea nu își așează preceptele și interdicțiile

¹⁶ În același sens, A. Văllimărescu, *Teoria dreptului natural în lumina istoriei și a doctrinelor filosofice*, Ed. Al. T. Doicescu, București, 1930, p. 66. Autorul analizează teoria dreptului natural elaborată de Hugo Grotius potrivit căreia dreptul natural este o totalitate de principii universale și neschimbătoare care decurg din natura lucrurilor și din natura omenească, arătând că dreptul natural este degajat din natură de rațiunea omenească.

¹⁷ M. T. Cicero, *Treatise on the Laws [51 BC] (precit.)*, p. 34.

¹⁸ Considerăm importantă evidențierea *obiectivității* dreptului natural, mai ales în epoca marcată de relativism (juridic și filosofic) în care trăim.

¹⁹ M. T. Cicero, *Treatise on the Laws [51 BC] (precit.)*, p. 45.

asupra oamenilor buni în van, după cum niciunele nu au vreun efect asupra celor răi. Este un păcat a încerca să modifice această lege, nici nu este permis a încerca să abrogî vreo parte a ei și este imposibil să o distrugi în întregime. Nu putem fi eliberați de obligațiile ei de către Senat sau de către Oameni, și nu trebuie să căutăm în afara noastră lămurirea sau interpretarea ei”²⁰.

Câtă valoare dobândesc afirmațiile lui Cicero despre dreptul natural în lumina evenimentelor din cel de-Al Doilea Război Mondial²¹ în cadrul cărora „dreptul degenerat”²² a produs consecințe dezastruoase asupra umanității. Doar acest conflict între cele două tipuri de drept și consecințele sale au putut demonstra cu adevărat justetea dreptului natural și necesitatea reîntoarcerii spre acesta. S-a observat astfel că teoriile ale dreptului natural au renăscut cu precădere în Republica Federală Germania după cel de-Al Doilea Război Mondial²³ și că antitotalitarismul a contribuit la atenuarea pozitivismului juridic²⁴ și la nașterea doctrinei universalității drepturilor omului²⁵. O teorie

²⁰ Cicero, *De Republica*, III, xxii, 33 apud A.P. D'Entrèves, *Natural Law – An Introduction to Legal Philosophy (precit.)*, p. 20-21.

²¹ Și în lumina evenimentelor care au urmat în statele comuniste.

²² Expresie preluată din B. Rüthers, *Dreptul degenerat. Teorii ale dreptului și juriști proeminenți în cel de-al Treilea Reich (tradusă de M. Balan)*, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2005.

²³ A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Ed. Turun Yliopisto, Turku, 1977, p. 28.

²⁴ În acest sens, în contextul unei discuții cu privire la pozitivismul juridic radical care caracterizează regimurile totalitare, s-a afirmat că persoanele care se află la putere nu acordă atenție dreptului natural pentru că acesta este de regulă invocat în defavoarea lor. Astfel, în timpul perioadei naziste, discuțiile legate de dreptul natural au fost suprimate. Această concepție – că nu există sursă a dreptului în afara voinței Führer-ului – este specifică formelor despotice de guvernământ. A se vedea J. Leclercq, *Suggestions for Clarifying Natural Law*, *Natural Law Forum*, Vol. 2, 1957, p. 66.

²⁵ R. Primus, *A Brooding Omnipresence: Totalitarianism in Postwar Constitutional Thought*, *The Yale Law Journal*, 1996, p. 427.

a unor drepturi fundamentale universale și obiective a creat cadrul pentru condamnarea acțiunilor unui stat, indiferent de conținutul dreptului său pozitiv²⁶. S-a ajuns astfel, după îndelungate convulsii istorice, înapoi la principiul elementar postulat de Cicero potrivit căruia unele acțiuni sunt pur și simplu greșite, indiferent că sunt sau nu autorizate de dreptul pozitiv²⁷.

Reconfirmarea valorii dreptului natural în urma experimentării consecințelor negative ale unui drept pozitiv nedrept²⁸ a produs mai multe transformări pozitive în plan juridic după cel de-al doilea război mondial și după căderea regimurilor comuniste. Astfel, în primul rând, existența unui conflict între dreptul natural și dreptul pozitiv a repus în discuție *problema legitimității revoluției*²⁹ în sistemele democratice. Complexitatea acestei probleme a fost sesizată încă din perioada interbelică. În acest sens, Mircea Djuvara afirma următoarele: „Legea așadar, trebuie să fie dreaptă. Pentru că trebuie să fie dreaptă, ea trebuie ascultată. Nu ne putem ușor face judecătorii ei, cât timp ea dăinuiește, căci am face o nedreptate și mai mare. Nu ar mai fi într-adevăr nici o măsură, căci fiecare ar ajunge să-și facă singur dreptate. Dar, sunt și legi rele. Sunt unele chiar criminale, cum dovedește istoria și cum e ușor de văzut. În acest caz, oamenii cu simțul dreptății trebuie să lupte pentru schimbarea lor. Această luptă este o datorie sfântă, ca orice luptă pentru dreptate. Chiar dacă o lege rea nu ne atinge numai decît, ci face rău numai

²⁶ *Idem*, p. 430.

²⁷ *Idem*, p. 431.

²⁸ Ne referim la dreptul nazist și la dreptul specific sistemelor comuniste. Expresia îi aparține filosofului Mircea Djuvara. În acest sens, a se vedea M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, Ed. Trei, București, 1997, p. 181.

²⁹ Această problemă poate fi rezumată astfel: în ce măsură este legitimă nesupunerea față de norme de drept pozitiv vădit contrare dreptului natural?

altora, totuși ea se va răsfrânge și asupra noastră”³⁰. Fără a intra în detalii cu privire la această problematică atât de complexă, subliniem totuși că *dreptul natural constituie argumentul cel mai important pentru justificarea dreptului la revoluție*³¹. Conflictul dintre dreptul natural și dreptul pozitiv scade gradul respectării voluntare a normelor juridice datorită faptului că acestea din urmă obligă persoanele să acționeze împotriva propriei conștiințe³², situație care conduce la creșterea importanței constrângerii statale³³ pentru asigurarea respectării normelor. Constrângerea statală, la rândul său, amplifică tensiunea acumulată între persoane și stat, conducând, în cele din urmă, la autodistrugerea sistemului de drept pozitiv prin revoluție, având în vedere că statul nu va avea la nesfârșit resurse suficiente pentru a reduce la tăcere persoanele prin forța sa coercitivă³⁴.

A doua consecință importantă a conflictului dintre dreptul natural și dreptul pozitiv specific evenimentelor din timpul și de după cel de-Al Doilea Război Mondial constă în *renașterea doctrinei drepturilor fundamentale ale omului*. Atacul sistematic la adresa acestora săvârșit de regimurile totalitare,

³⁰ M. Djuvara, *Filosofia contemporană și dreptul*, Ed. Grinta, Cluj-Napoca, 2005, p. 289.

³¹ În acest sens, a se vedea T. Ginsburg, D. Lansberg-Rodriguez, M. Versteeg, *When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions*, UCLA Law Review, No. 60, 2013, p. 1221. În același sens, H.W.J. Palmer, *A Definition of Law*, American Bar Association Journal, 1936, p. 70.

³² I. N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 119. În același sens, a se vedea, E. Carbonara, F. Parisi, G. von Wangenheim, *Unjust Laws and Illegal Norms*, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series No. 08-03, p. 6, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088742 – site accesat în data de 20.04.2020).

³³ R.M. Goruneanu, *Ideea de drept și procesul ei de formațiune*, Tipografia Copuzeanu, București, 1931, p. 97-99.

³⁴ Revoluțiile împotriva regimurilor comuniste din statele est-europene constituie un exemplu în acest sens.

sub egida sistemelor lor juridice, a dat naștere unei reacții pe măsură – dezvoltarea unei noi ramuri de drept internațional având ca scop protecția drepturilor omului. Până la atrocitățile comise de sistemele totalitare ale secolului trecut, respectarea drepturilor omului depindea exclusiv de consacrarea lor în sistemele de drept intern. Conflictul dintre dreptul natural și dreptul pozitiv a evidențiat necesitatea garantării lor la nivel internațional. Această protecție internațională a drepturilor omului a fost ulterior receptată și implementată la nivel național, mecanismele de drept constituțional jucând un rol esențial în acest sens. Astfel, este binecunoscută, spre exemplu, implementarea jurisprudențială de către instanțele constituționale europene a conceptelor și standardelor create de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în domeniul protecției drepturilor fundamentale³⁵. Integrearea garanțiilor create la nivel internațional în sistemele de drept intern a condus totodată la juridicizarea drepturilor fundamentale, depășindu-se „faza politică” a renașterii lor, specifică dreptului internațional.

Nu în ultimul rând, conflictul dintre dreptul natural și dreptul pozitiv a conferit noi valențe *principiului statului de drept*³⁶, acesta devenind esențial pentru reformarea fostelor state totalitare³⁷. Principiul în discuție semnifică faptul că *și statul*, prin agenții săi, trebuie să se supună *dreptului*, chiar dacă poziția sa de superioritate față de particulari l-ar tenta să nu respecte această

³⁵ În acest sens, a se vedea B. M. Zupančič, *Constitutional Law and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Attempt at a Synthesis*, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, Vol. 1, 2003.

³⁶ Cu privire la legătura dintre dreptul natural și statul de drept în context post-totalitar, a se vedea R.P. George, *Reason, Freedom and the Rule of Law: Their Significance in the Natural Law Tradition*, American Journal of Jurisprudence, Vol. 46, 2001.

³⁷ În acest sens, a se vedea F. Emmert, *Administrative and Court Reform in Central and Eastern Europe*, European Law Journal, Vol. 9, No. 3, 2003.

obligatie. Scopul principiului statului de drept este de a preveni arbitrariul statal. Cu toate acestea, efectivitatea principiului depinde în practică de semnificația acordată *dreptului* în acest context. Astfel, considerăm că *dreptul trebuie să aibă un anumit conținut calitativ în sensul conformității sale cu dreptul natural* pentru ca principiul statului de drept să își atingă scopul. Ce valoare ar mai avea acest principiu dacă s-ar admite că dreptul pozitiv poate conține norme vădit contrare dreptului natural? Respectarea de către stat a unui drept pozitiv nedrept nu ar putea contribui la prevenirea arbitrariului, ci dimpotrivă, l-ar prolifera³⁸. Mai mult decât atât, chiar dacă dreptul pozitiv este conform dreptului natural, *exigențele statului de drept impun ca normele juridice să fie respectate de stat atât în litera, cât și în spiritul lor*. Abuzurile statelor se manifestă cel mai adesea prin încălcarea spiritului (scopului) normelor, cu respectarea literei lor. Statele recurg la astfel de abuzuri deoarece acestea sunt aproape imposibil de probat³⁹, prezentând o aparență de legalitate. Spre exemplu, este binecunoscut faptul

³⁸ În acest sens, a se vedea hotărârea *Streletz, Kessler și Krenz c. Germania* pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în data de 22 martie 2001 (<https://hudoc.echr.coe.int> – site accesat în data de 28.10.2020). În contextul condamnării penale a trei foști funcționari de stat ai Republicii Democrate Germane pentru instigare la omor în cazul persoanelor care doreau să treacă dincolo de zidul Berlinului, instanța constituțională germană a afirmat că cerințele unei justiții obiective împiedică un stat de drept să accepte cauze justificative derivând din legi sau practici contrare respectării drepturilor omului. Există prevederi legale care își pierd statutul de lege pentru că sunt în opoziție față de principii legale care sunt aplicabile indiferent că sunt sau nu recunoscute de Stat (§ 65). Curtea Europeană a preluat concluziile instanței constituționale germane, adăugând că instanțele unui stat de drept, care au luat locul celor din regimul trecut, nu pot fi criticate pentru aplicarea și interpretarea unor legi existente la momentul comiterii infracțiunii în lumina principiilor unui stat de drept (§ 81).

³⁹ Intențiile egoiste care motivează adoptarea unor norme juridice sunt adesea foarte dificil de probat prin elemente obiective.

că în România⁴⁰ practica modificării legilor electorale înainte de alegeri (și nu numai), vizează de regulă menținerea puterii de către cei aleși, și nu îmbunătățirea sistemului electoral. Această practică constituie un astfel de abuz de drept, având în vedere că litera legii este respectată (Constituția permite modificarea legilor electorale), dar scopul acesteia (îmbunătățirea sistemului electoral) este încălcat prin înlocuirea sa cu un scop egoist (menținerea puterii pentru obținerea de beneficii personale)⁴¹. Rolul primordial al principiului statului de drept este de a preveni tocmai abuzurile de acest tip, care au de-a face cu distorsionarea scopului ideal al legii, și nu cu nerespectarea legii în sens formal.

În concluzie, *definiția contemporană a dreptului natural nu poate fi separată de protecția drepturilor fundamentale în fața arbitrarului statal*. Această protecție poate fi asigurată doar în cadrul unui stat de drept. În măsura în care statul alunecă înspre totalitarism, dreptul la revoluție derivând din dreptul natural rămâne singura alternativă legitimă pentru garantarea protecției drepturilor fundamentale și restabilirea unui stat de drept.

III. Argumente care demonstrează existența dreptului natural

Argumentul suprem în favoarea recunoașterii existenței dreptului natural este existența ființei umane în sine. Aceasta prezintă anumite

⁴⁰ Cu privire la respectarea principiului statului de drept în România, a se vedea P. Blokker, *Romanian Constitutionalism: Form Without Content?*, 2012, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2146568 – site accesat în data de 20.04.2020).

⁴¹ Pentru o discuție cu privire la respectarea principiului statului de drept în contextul modificării legilor electorale, a se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 471 din 14 noiembrie 2013 (publicată în M. Of. nr. 754 din 4 decembrie 2013).

caracteristici naturale (care îi conferă anumite drepturi înnăscute și inalienabile) și funcționează după anumite principii⁴². Dreptul natural decurge din ființa umană, iar o negare a dreptului natural ar fi echivalentă cu o negare a naturii umane. Astfel, existența dreptului natural (ca origine a dreptului pozitiv) este demonstrată de marele număr de asemănări și analogii ce se întâlnesc în sistemele juridice ale tuturor popoarelor, care confirmă identitatea fundamentală a naturii umane, în care dreptul își are rădăcinile sale⁴³. În același sens, s-a afirmat că există dovezi implicite ale dreptului natural în toate acele norme juridice care reflectă atât de spontan preceptele conștiinței umane⁴⁴ încât sunt caracteristice tuturor sistemelor juridice ale statelor civilizate⁴⁵.

Consecința crucială a faptului că dreptul natural decurge din ființa umană și constituie standardul prin prisma căruia se măsoară dreptul pozitiv⁴⁶ este că *persoana umană reprezintă reperul în raport de care trebuie analizată legitimitatea dreptului existent*. Dreptul există pentru persoane și nu vice versa. De aceea, orice analiză a legitimității dreptului care face

⁴² Detalii cu privire la conținutul acestor principii vom oferi în secțiunea următoare dedicată conținutului dreptului natural. Pentru a oferi totuși un exemplu, este binecunoscut faptul că raporturile juridice civile sunt ghidate de *principiul bunei-credințe prezumate*. În același sens, în activitatea de legiferare, legiuitorul nu pleacă de la prezumția că nimeni nu va respecta legea, ci consideră că majoritatea destinatarilor normelor juridice le vor respecta de bunăvoie. De aceea, există numeroase norme juridice fără sancțiune. Principiul bunei-credințe prezumate își are originea în principiul natural al încrederii care guvernează relațiile dintre oameni.

⁴³ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, București, 1999, p. 29, p. 181.

⁴⁴ Cum ar fi interdicția omorului, violului, furtului etc.

⁴⁵ H. R. McKinnon, *Natural Law and Positive Law*, Notre Dame Lawyer, No. 2, Vol. XXIII, 1948, p. 127-128.

⁴⁶ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 181, p. 347.

abstracție de binele omului este absurdă⁴⁷. În acest sens, s-a susținut că „persoana umană este legitimul legitimant în raport cu care etica și dreptul sunt legitimul legitimat. Odată cu persoana, regresia infinită a legitimării este blocată, deoarece cea care chestionează, suspectează orice legitimitate este tocmai o persoană. (...) Ca atare, dacă tocmai persoana (și nimic altceva) este singura abilitată să interogheze radical legitimitatea oricărei structuri, persoana este deja legitimul (...). Pentru că este singura care poate destitui o legitimitate, este singura care poate acorda legitimitate. Și asta doar pentru că ea este deja legitimă (...). Numai ea este de așa natură încât nu putem să o considerăm obiect, deoarece este subiect (...)”⁴⁸.

Pentru evaluarea legitimității dreptului pozitiv, ființa umană recurge la facultatea sa internă de a distinge între justiție și injustiție⁴⁹. Această capacitate specifică ființei umane a fost sesizată și de filosoful Mircea Djuvara⁵⁰. Astfel, acesta observa următoarele: „pot exista date juridice și fără

⁴⁷ Aceste afirmații nu trebuie înțelese ca făcând apologia nerespectării dreptului pozitiv, în orice condiții, în măsura în care acesta contravine dreptului natural, ci ca încurajând critica dreptului pozitiv din acest punct de vedere. În acest sens, s-a afirmat că „a face în studiul dreptului pozitiv completă abstracțiune de această gândire independentă, care determină ceea ce e drept și nedrept, ar fi o gravă eroare pentru știința juridică”. A se vedea M. Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. Librăriei Socec & Co. S.A., București, 1934, p. 8.

⁴⁸ V. Mureșan, *Relativismul juridic*, teză, Cluj-Napoca, 2008, p. 106.

⁴⁹ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 319. Potrivit autorului citat, „(...) avem o facultate originară, ce nu poate fi dedusă din experiență, de a deosebi justiția de injustiție. Chiar Aristotel scotea în relief această facultate sau sentiment al justului și injustului, considerându-l ca pe un caracter fundamental și specific al omului față de celelalte specii animale”.

⁵⁰ Precizăm cu această ocazie că Mircea Djuvara credea în existența unui drept care depășește cadrul dreptului pozitiv, pe care îl numea drept rațional. A se vedea M. Djuvara, *Drept și drept pozitiv*, Extras din revista „Analele Facultății de Drept”, București, 1940, p. 6 - „Cred a putea afirma că există drept și în afară de dreptul pozitiv și că întreg dreptul nu se reduce numai la normele puse în mod expres de dreptul pozitiv”. Autorul a ales denumirea de drept rațional

nici o referire la vreo normă de drept pozitiv, pentru că putem emite judecăți de drept chiar făcând cu desăvârșire abstracție de dispozițiile pozitive; putem anume judeca faptele sociale numai prin rațiune, din punct de vedere al justiției pure. *Așa judecăm de obicei faptele oamenilor și abia în urmă căutăm a vedea dacă ele sunt în acord și cu regulile dreptului pozitiv*⁵¹. De câte ori, de exemplu, se întâmplă să constatăm o faptă reprobabilă, noi simțim mai întâi in justiția ei, condamnând-o cu judecata noastră, și numai după aceea cercetăm dacă și cum e prevăzută în texte, în codul penal, în codul civil sau în vreo altă lege. Putem judeca prin aprecieri libere de justiție chiar și regulile dreptului pozitiv; putem constata un drept pozitiv nedrept. Chiar și înăuntrul cadrelor dreptului pozitiv, juristul emite de multe ori asemenea aprecieri de justiție; părțile, apărătorii și avocații le invocă fără încetare; judecătorii încep și ei prin a constata dacă reclamațiile justițiabililor sunt drepte sau nedrepte și nu cercetează decât în urmă modul cum trebuie să li se aplice dispozițiile legale. În orice caz, teoreticienii dreptului sunt obligați adeseori să procedeze în acest fel”⁵².

Considerăm, în același sens, că *această evaluare a dreptului pozitiv, realizată fără încetare de toți actorii lumii juridice, este o realitate de necontestat și demonstrează preexistența unui reper utilizat în acest proces – dreptul natural*. Cu toate acestea, judecata dreptului pozitiv în lumina dreptului natural este atât de firească încât trece adesea neobservată, fiind tot atât de des negată de cei care o practică. Într-o epocă marcată de pozitivism

pentru „a învedera astfel că nu suntem în fața unor simple aserțiuni sentimentale sau a unor pure impulsuri oarbe, care nu ar avea nimic de a face cu rațiunea și logica”. A se vedea M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului (precit.)*, p. 182.

⁵¹ Sublinierea ne aparține.

⁵² M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului (precit.)*, p. 181.

juridic, actorii lumii juridice au ajuns să nu mai fie conștienți că se raportează fără încetare la preceptele dreptului natural.

Aceeași idee este ilustrată de Mircea Djuvara prin raportare la activitatea de interpretare judiciară: „Pe de altă parte, nu am nevoie, cred, să vă spun aci, că, dacă uneori judecătorii aplică strict legea, în alte cazuri ei îi dau o interpretare extensivă și chiar câteodată o depășesc până a ajunge în contradicere cu formulele ei. În toate aceste cazuri, cu voie sau fără voie, *judecătorii judecă legea însăși*; dacă o aplică întocmai ei apreciază implicit în mod logic că, în cazul judecat, legea trebuie respectată așa cum e; dacă o extind sau dau chiar o soluție contrarie ei, acest fapt implică neapărat judecata logică că dispoziția respectivă a legii nu trebuie aplicată întocmai. Această operațiune rațională de apreciere a legii de la caz la caz se face, în mod evident, și într-o ipoteză și în alta, pe baza unor principii superioare legii însăși, principii care sunt juridice și care sunt liber gândite, deși actul logic pe care îl implică nu e decât rar explicat: ea este la fundamentul întregului drept pozitiv. Se observă astfel cum, din acest punct de vedere, dreptul pozitiv, în întregimea lui, e dominat de un alt drept care-i este superior și care nu e altceva decât un drept liber gândit, adică un drept rațional”⁵³. Prin cele expuse anterior, autorul arată astfel că supraexistența dreptului natural este demonstrată de faptul că judecătorul judecă legea în mod instinctiv, în cadrul operațiunii de interpretare judiciară⁵⁴.

În același timp, existența dreptului natural poate fi dovedită pe baza raționamentului *per a contrario*. Din acest punct de vedere, Mircea Djuvara

⁵³ M. Djuvara, *Drept și drept pozitiv (precit.)*, p. 10-11.

⁵⁴ Reiterăm că scopul acestei secțiuni este de a demonstra existența dreptului natural, și nu de a determina limitele constituționale în care judecătorul poate adapta în mod legitim dispozițiile dreptului pozitiv în funcție de preceptele dreptului natural.

a ajuns la concluzii similare cu cele susținute de Cicero: „a confunda dreptul cu dreptul pozitiv și a nu recunoaște nimic juridic în afară de acesta din urmă este deci pur și simplu a reduce dreptul la forță. (...) Nicio problemă juridică nu s-ar mai putea deci pune în realitate; nu ar exista decât probleme practice de oportunitate individuală, pentru a ști cum are fiecare interes a se conforma sau nu și prin ce mijloace s-ar putea supune sau sustrage ordinului dat de o persoană, care dispune de cea mai mare putere materială într-o organizație socială dată. Simțul comun, de care trebuie să ținem ori cum seamă, s-ar revolta de asemenea, căci avem conștiința limpede, că dreptul nu este forță, că dreptul trebuie respectat pentru sine, că forța trebuie să se pună în serviciul său și că reprezintă el însuși o forță, poate cea mai mare (...)”⁵⁵. Autorul încheie prin a afirma că „între normele stabilite prin gândirea noastră independentă asupra justiției acțiunilor omenești și normele dreptului pozitiv există așa dar, cu siguranță, o relațiune, chiar dacă nu există identitate. Această relațiune trebuie descoperită și analizată”⁵⁶.

Totodată, faptul că dreptul pozitiv arată într-un anumit fel, și nu în altul, demonstrează că acesta oglindește un drept superior⁵⁷. Dacă nu ar exista un drept natural decurgând din natura umană, dreptul pozitiv ar fi o pură

⁵⁵ M. Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv (precit.)*, p. 9. În același sens, A. Vălimărescu, *Teoria dreptului natural în lumina istoriei și a doctrinelor filosofice (precit.)*, p. 14 - „sau există o regulă din afară care se impune și legiuitorului; sau dreptul este lăsat prada evenimentelor și a circumstanțelor, citiți a forței guvernanților”.

⁵⁶ M. Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv (precit.)*, p. 9.

⁵⁷ A se vedea V. Mureșan, *Relativismul juridic (precit.)*, p. 15. „Faptul că dreptul arată astfel (și este greu de conceput un drept în care persoana, demnitatea, libertatea sau proprietatea să fie interzise!) este pentru noi un argument că, deși el a arătat altfel și *poate* să devină altfel (la nivel pozitiv), el *nu are voie* să își schimbe aceste valori. Chiar și dreptul pozitiv al statelor totalitare păstra măcar retorica acestor valori, chiar dacă în practică sau prin interdicții camuflate, el era, dacă se poate spune așa, un *drept nedrept...*”

întâmplare, fiind dictat de voința unor legiuitori ale căror reglementări nu ar putea fi anticipate pe baza vreunui principiu. Cu toate acestea, în majoritatea sistemelor juridice, dreptul pozitiv are o arhitectură de bază similară, compusă din principii fundamentale de drept⁵⁸, fiind, de regulă, conform cu dreptul natural⁵⁹, chiar dacă cele două sfere nu se suprapun în totalitate.

IV. Conținutul dreptului natural

A. Legătura dintre dreptul natural și drepturile fundamentale ale omului

În prezența secțiune, vom clarifica conținutul dreptului natural, nu însă înainte de a evidenția obiectul acestuia.

Funcția principală a dreptului natural este de a proteja anumite *valori* intrinseci ființei umane, traduse prin noțiunea de drepturi fundamentale ale omului. Din natura umană (și nu din dreptul pozitiv) decurg atât drepturile fundamentale, cât și principiul elementar de drept natural care impune necesitatea protecției acestora. Orice tentativă de determinare a conținutului concret al dreptului natural trebuie să pornească de la următoarea premisă fundamentală: *omul este înzestrat din naștere cu o sumă de drepturi*

⁵⁸ În sistemele juridice laice, care sunt majoritare la nivel global, se regăsesc în mare parte aceleași principii fundamentale de drept, chiar dacă poartă uneori denumiri diferite, acestea fiind reglementate de regulă la nivel constituțional.

⁵⁹ Sunt excepționale sistemele juridice în care dreptul pozitiv contravine în mare parte dreptului natural, cum ar fi cele specifice regimurilor politice dictatoriale. Chiar și în acele cazuri, contradicția dintre cele două tipuri de drept se întâlnește cu precădere la nivelul practicilor, și nu la nivel legislativ, având în vedere că regimurile dictatoriale păstrează în aparență un drept pozitiv conform dreptului natural.

*naturale, care trebuie protejate prin intermediul dreptului. Această protecție nu trebuie justificată în niciun fel; ea se impune automat pentru că drepturile în discuție au valoare prin însuși faptul că sunt derivate din caracteristici naturale ale omului*⁶⁰.

Existența drepturilor fundamentale nu depinde de recunoașterea acestora de către stat prin intermediul dreptului pozitiv. Ele există indiferent că sunt sau nu consacrate ori protejate din punct de vedere juridic⁶¹. Această trăsătură a drepturilor fundamentale consolidează strânsa legătură dintre acestea și dreptul natural⁶². Conexiunea în discuție a fost amplu analizată în doctrină⁶³, accentuându-se importanța recunoașterii independenței drepturilor fundamentale față de sistemele de drept pozitiv. În acest sens, s-a afirmat că „remarcabila permanență a dreptului natural demonstrează vitalitatea teoriilor care încearcă să lege drepturile omului de principii

⁶⁰ De exemplu, omul este o ființă liberă (funcționează în condiții optime dacă este liber), caracteristică din care decurge dreptul său la libertate (fizică, de gândire etc.).

⁶¹ În acest sens, s-a afirmat că „viața, libertatea și proprietatea nu există pentru că omul a creat legi. Dimpotrivă, faptul că viața, libertatea și proprietatea au preexistat l-a determinat pe om să creeze legi (...)”. A se vedea F. Bastiat, *The Law*, The Foundation for Economic Education Publishing House, Irvington-on-Hudson, New York, 1990, p. 6.

⁶² Potrivit școlii dreptului natural, dezvoltată de Grotius și discipolii acestuia, dreptul natural își are baza în drepturile imprescriptibile ale omului. Dreptul natural presupune existența unor drepturi, care aparțin în mod original și esențial omului, care sunt inerente naturii sale și de care acesta se bucură tocmai pentru că este om, independent de vreun act anume din partea sa”. În acest sens, a se vedea A. Văllimărescu, *Teoria dreptului natural în lumina istoriei și a doctrinelor filosofice (precit.)*, p. 66 și J.J. Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, 1747, capitolul VII, § 8 *apud* Fr. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, 2006, București, p. 45. De asemenea, cu privire la legătura dintre școala dreptului natural și adoptarea în cursul Revoluției Franceze a Declarației drepturilor omului și ale cetățeanului, a se vedea M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, Vol. I, Ed. Librăriei Socec & Co., București, 1930, p. 140.

⁶³ A se vedea, spre exemplu, I. M. Zlătescu, *Drepturile omului – un sistem în evoluție*, Ed. Institutul Român pentru drepturile omului, București, 2008, p. 27.

superioare. (...) ar fi periculos ca drepturile omului să se întemeieze doar pe autoritatea statală, deoarece aceasta ar putea fi o poartă deschisă arbitrarului și totalitarismului. Drepturile omului relevă concepția dreptului natural după care omul, pentru că este om, posedă un ansamblu de drepturi inerente naturii sale”⁶⁴. În același sens, legătura dintre dreptul natural și drepturile omului este demonstrată de anterioritatea acestora din urmă față de normele juridice care le consacră. Astfel, atât textele juridice naționale, cât și cele internaționale apar ca „recunoașteri” sau „declarații” de drepturi. Recunoașterea „dreptului de a fi om” este o valoare anterioară oricărui act politic, textele internaționale (sau naționale) doar transformând drepturile omului în categorii juridice prin garantarea unui regim de protecție al acestora⁶⁵.

B. Protecția drepturilor individuale – principiu fundamental de drept natural

După cum vom detalia în secțiunile următoare, *dreptul natural este în principal compus dintr-o sumă de principii cu un grad foarte ridicat de generalitate*. Datorită faptului că sunt atât de generale, unele dintre principiile în discuție nu sunt consacrate expres prin norme juridice; totuși, ele impregnează întreaga textură a dreptului pozitiv.

În această secțiune, vom sublinia importanța *principiului ultim al dreptului natural: principiul protecției drepturilor individuale*. Acest

⁶⁴ J. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 2-3.

⁶⁵ Fr. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, 2006, București, p. 46.

principiu inspiră activitatea de legiferare și ghidează interpretarea normelor juridice. Din el se nasc norme de drept pozitiv, care au scopul de a contribui, direct sau indirect, la materializarea sa. În acest sens, Ayn Rand afirma următoarele: „indiferent dacă se consideră că omul este un produs al unui Creator sau al naturii, problema originii omului nu schimbă faptul că *el este o entitate de un fel deosebit*, și anume o ființă rațională, că nu poate funcționa sub constrângere și că *drepturile constituie condiția necesară pentru succesul modului său specific de supraviețuire*.⁶⁶” Potrivit aceleiași autoare, „dacă e ca oamenii să conviețuiască într-o societate pașnică, productivă, rațională, și să aibă de-a face unii cu alții întru avantajul lor reciproc, ei trebuie să accepte principiul social fundamental fără de care nu este posibilă nicio societate morală sau civilizată, și anume *principiul drepturilor individuale*⁶⁷. A recunoaște drepturile individuale înseamnă a recunoaște și accepta condițiile necesare naturii umane pentru propria-i supraviețuire”⁶⁸.

Subliniem, în același sens, că legitimitatea oricărui sistem de drept pozitiv depinde de recunoașterea și respectarea acestui principiu. Deturnarea dreptului pozitiv înspre urmărirea altor scopuri, în afara protecției drepturilor individuale, a sfârșit în istorie prin a avea consecințe tragice. Recunoașterea preeminenței acestui principiu nu înseamnă negarea caracterului social al dreptului și a limitelor inerente exercitării drepturilor individuale în societate. Totuși, înainte de societate, a existat ființa umană, în individualitatea sa. *Ea*

⁶⁶ Medalion Ayn Rand, A. Leibovici (traducere), Krisis nr. 3/1996, p. 21. Sublinierile ne aparțin.

⁶⁷ Sublinierea ne aparține.

⁶⁸ Medalion Ayn Rand (*precit.*), p. 25.

are consistență, spre deosebire de stat sau societate, care rămân adesea concepte abstracte în spatele cărora se ascund interese ilegite⁶⁹.

C. Particularizarea treptată a principiului protecției drepturilor individuale

În această secțiune, vom prezenta modalitatea în care este particularizat principiul ultim al protecției drepturilor individuale, recurgând la un exemplu preluat din doctrina americană⁷⁰.

Harold R. McKinnon arăta că există trei nivele ale dreptului. Pentru a le diferenția, acesta a utilizat termenii de: *principii*, *precepte* și *reguli*⁷¹. Potrivit autorului, unul din principiile esențiale din care decurg celelalte forme de drept este *alegerea binelui și evitarea răului*⁷². Având în vedere cele prezentate în secțiunea anterioară, vom considera că principiul protecției drepturilor individuale este echivalent, la nivel conceptual, cu principiul

⁶⁹ Una dintre practicile specifice regimurile totalitare este tocmai manipularea conceptului de stat, ca entitate abstractă, în scopul promovării unor interese ilegite de grup. Despre supradimensionarea statului în dauna drepturilor individuale în regimurile comuniste, a se vedea K. W. Colegrove, H. Bartlett, E. M. Hunt, *Democracy versus Communism*, D. Van Nostrand Company, Princeton, New Jersey, 1957, p. 42-43.

⁷⁰ H.R. McKinnon, *Natural Law and Positive Law (precit.)*, p. 133-134. Menționăm că același proces al particularizării este aplicabil și în cazul principiilor de drept natural pe care le vom prezenta în următoarea secțiune.

⁷¹ M. J. Adler, *A Question About Law în Essays in Thomism*, Sheed & Ward, New York, 1942, p. 207, 212 *apud* H. R. McKinnon, *Natural Law and Positive Law (precit.)*, p. 133-134. Sublinierile îi aparțin autorului.

⁷² În același sens, R.L. Hunt, *Natural Law v. Positive Law: Interpreting Morality (precit.)*, p. 251-252. Deși suntem de acord că acest principiu de drept natural este unul fundamental, considerăm că fiind principii preeminente acestuia *ideea de persoană*, respectiv *principiul voinței libere*. În acest sens, a se vedea secțiunea V.4.4.

alegerii binelui și evitării răului⁷³. În continuare, autorul evidențiază că acest principiu nu are valoarea unei concluzii deduse din premise, ci este o judecată intuitivă, apriorică sau primordială. De aceea, ea nu poate și nu trebuie să fie demonstrată.

Următorul nivel al dreptului, reprezentat de precepte, este compus din concluzii deduse în mod imediat și necesar din principii, acestea constituind mijloacele pentru atingerea binelui social exprimat prin intermediul principiilor⁷⁴. Preceptele sunt uneori denumite principii secundare ale dreptului natural⁷⁵. Atât principiile, cât și preceptele sunt inapte, prin ele însele, să reglementeze fapte, dar din motive diferite: principiile specifică doar scopul urmărit, iar reglementările necesită specificarea mijloacelor; preceptele specifică mijloacele, dar numai la modul general și fără a face referire la circumstanțe specifice, care sunt întotdeauna implicate în domeniul faptelor⁷⁶. Pentru a ilustra această idee, autorul a utilizat exemplul preceptului care interzice uciderea. Bineînțeles că preceptul se referă la uciderea ilicită, dar acesta nu reușește să definească circumstanțele care fac ca uciderea să fie ilicită, spre deosebire de circumstanțele care ar putea să o justifice, omițând totodată să determine pedeapsa pentru această faptă. Preceptul necesită particularizarea sa într-un șablon mai specific pentru a fi apt să reglementeze fapte concrete. Acest proces seamănă cu procesul prin care un meșter, pornind de la schema generală a unei case, ajunge să-i confere o formă specifică. Ambele etape sunt la fel de necesare pentru finalizarea

⁷³ Protecția drepturilor individuale are semnificația binelui, iar distrugerea acestora are semnificația răului.

⁷⁴ H. R. McKinnon, *Natural Law and Positive Law (precit.)*, p. 134-135.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

casei. Tot așa, din procesul particularizării preceptelor iau naștere *regulile* pozitive – al treilea nivel al dreptului – doar acestea având aptitudinea de a reglementa stări de fapt specifice⁷⁷. Se poate astfel observa că în acest caz, principiul protecției drepturilor individuale este particularizat până se ajunge la crearea unei norme penale complete care incriminează omorul, având ca scop protecția dreptului la viață.

Având în vedere cele expuse mai sus, concluzionăm această secțiune prin a afirma că dreptul pozitiv nu poate fi separat de dreptul natural. Primul derivă din al doilea în urma unui proces de particularizare.

D. Alte principii de drept natural

Pe lângă principiul protecției drepturilor individuale, care se concretizează în norme specifice de drept pozitiv, mai există și *alte principii de drept natural*, care decurg din modul firesc în care funcționează ființele umane, atât în individualitatea lor, cât și în raporturile cu ceilalți.

Aceste principii sunt, de regulă, mai generale decât principiile fundamentale de drept. La fel cum tulpinile unei plante se trag din rădăcini, principiile fundamentale de drept sunt concretizări sau prelungiri ale principiilor de drept natural, care se află la originea acestora. De aceea, o delimitare netă între cele două categorii de principii în raport de conținutul acestora este dificil de realizat; principiile fundamentale de drept sunt adesea doar particularizări sau nuanțări ale principiilor de drept natural.

Înainte de a le prezenta succint, reiterăm că aceste principii „nu sunt rezultatul unei loterii istorice, ci rezultatul unei reflexii aprofundate asupra

⁷⁷ *Ibidem.*

naturii umane”⁷⁸; ele derivă din modul în care natura umană funcționează în condiții optime. În acest sens, s-a afirmat că „filosofia dreptului sau dreptul natural este știința care expune primele principii ale dreptului, concepute de rațiune și întemeiate pe natura omului, considerată în ea însăși și în raporturile sale cu ordinea universală a lucrurilor. (...) Filosofia dreptului învață și pregătește recunoașterea pozitivă a idealului juridic (...)”⁷⁹.

În același sens, considerăm că întoarcerea înspre originile dreptului pentru a identifica cele mai generale postulate ale sale este esențială, având în vedere că acestea reprezintă principala sursă de inspirație și fundamentul legitim al dreptului pozitiv. Ele determină punctul de pornire în opera de legiferare, trasând totodată granițele legitimității acesteia. Tot ele constituie repere în opera de interpretare în cadrul căreia se parcurge drumul invers⁸⁰: de la norma concretă de drept pozitiv la principiile generale de drept natural care i-au dat naștere.

Astfel, subliniem că *primul principiu de drept natural*, care stă la baza eșafodajului dreptului pozitiv, este *ideea de persoană*⁸¹. Această idee fundamentează noțiunea de *subiect de drept*, operantă în toate ramurile dreptului. Valoarea persoanei, în calitatea sa de subiect de drept, nu poate fi pusă sub semnul întrebării. Această idee constituie un principiu ultim și nedemonstrabil, care deși prea general pentru a fi recunoscut ca atare prin intermediul normelor de drept pozitiv, se deduce implicit din numeroase

⁷⁸ V. Mureșan, *Relativismul juridic (precit.)*, p. 312.

⁷⁹ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 30.

⁸⁰ Tr. Pop, *Drept procesual penal. Partea introductivă*, Vol. I, Ed. Universul Juridic, p. 160. „Legiuitorul și interpretul parcurg același drum: numai cât îl parcurg în sens invers.”

⁸¹ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 348-349.

prevederi legale⁸². În același timp, normele juridice se adresează exclusiv persoanelor, în individualitatea lor⁸³, și nu altor categorii de ființe sau obiecte.

Al doilea principiu de drept natural este principiul libertății de voință, care pleacă de la premisa că persoana beneficiază de o libertate înăscută de a decide. Acest principiu are, de asemenea, un caracter ultim și nedemonstrabil (valoarea libertății nu poate fi argumentată) și este prea general pentru a fi consacrat expres prin norme de drept pozitiv. Din acest principiu se nasc *principii-consecință*, acestea având valoarea unor principii fundamentale de drept. Astfel, ca *principii-consecință generale*, reținem următoarele: a) dreptul fundamental la libertate este inalienabil⁸⁴; b) libertatea fiecăruia este limitată de libertatea altuia⁸⁵; c) tot ce nu este interzis este permis, iar limitarea libertăților se interpretează restrictiv; d) principiul responsabilității⁸⁶. Ca *principii-consecință de ramură*, reprezentând concretizări ale principiului libertății de voință, reținem, cu titlu de exemplu, principiul libertății contractuale⁸⁷ și al consensualismului⁸⁸, care consacră eficiența juridică a unirii voințelor libere.

⁸² A se vedea, spre exemplu, art. 28 din Codul civil, care reglementează capacitatea civilă, recunoscută tuturor persoanelor. De asemenea, Codul penal operează cu noțiunea de persoană, ca subiect al răspunderii penale. A se vedea, în acest sens art. 1 alin. (2) din Codul penal: „nicio persoană nu poate fi sancționată penal (...)”. Sublinierea ne aparține.

⁸³ Bineînțeles că în această categorie intră și persoanele juridice. Totuși, subliniem că la baza noțiunii de subiect de drept stă persoana naturală; persoana juridică este doar o construcție legală fictivă care o imită.

⁸⁴ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 348-349.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Nu pretindem că această enumerare are caracter exhaustiv.

⁸⁷ Pentru detalii, a se vedea I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. a 2-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 418.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 481.

Al treilea principiu elementar de drept natural, care urmează logic principiul libertății de voință, este principiul alegerii binelui și evitării răului. Fără a dezvolta această problematică atât de complexă, întrucât depășește tematica prezentei lucrări, menționăm că trasarea unei distincții între bine și rău fundamentează întreaga paradigmă juridică, care se bazează pe distincția permis/interzis, respectiv legal/ilegal. Acest principiu îl antrenează pe următorul: alegerea răului atrage *sanctiunea* ca reacție a dreptului față de faptele prejudiciabile. În condițiile în care fiecare persoană este responsabilă de propriile fapte - responsabilitate care decurge din libertatea sa de a alege între bine și rău - este natural ca alegerea binelui să atragă consecințe pozitive (evitarea sancțiunii), iar alegerea răului să atragă consecințe negative (aplicarea sancțiunii).

Analizând conținutul dreptului pozitiv, se poate observa că principiul responsabilității pentru propriile fapte care antrenează *sanctiunea* este un principiu general aplicabil în orice ramură de drept cu circumstanțierile de rigoare. În dreptul civil, principiul în discuție se manifestă prin principiile răspunderii civile delictuale și contractuale. Angajarea răspunderii civile atrage obligația de a repara prejudiciile produse altora, obligația în discuție constituind o formă de sancțiune⁸⁹. Pe de altă parte, în dreptul penal, angajarea responsabilității atrage incidența sancțiunii penale⁹⁰.

⁸⁹ Potrivit teoriei lui Hugo Grotius, repararea pagubelor pricinuite altuia (*damni culpa reparatio*) constituie un principiu de drept natural. A se vedea E. Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, Tipografia „Cartea Românească”, Cluj, 1946, p. 97.

⁹⁰ *Ibidem*. În acest sens, Hugo Grotius consideră că meritarea pedepsei echitabile a celor care încalcă dreptul (*poena inter homines meritum*) constituie un principiu de drept natural.

Un alt principiu de drept natural care reprezintă o condiție *sine qua non* pentru dezvoltarea relațiilor interumane este *încrederea*. Aceasta din urmă exclude presupunerile negative cu privire la intențiile celeilalte persoane. În absența deciziei de a avea încredere (chiar dacă decizia în sine nu garantează că persoana respectivă este demnă de încredere), relațiile sunt sortite eșecului datorită temerii și incertitudinii cauzate de suspiciuni interminabile. Cu toate acestea, principiul încrederii nu are valoarea unui postulat despre onestitatea naturii umane. Principiul încrederii constituie mai degrabă o prezumție relativă care poate fi tradusă astfel: *până la proba contrarie, orice persoană este prezumată ca fiind demnă de încredere*. Acest principiu de drept natural decurge din respectul datorat ființei umane și din necesitatea de a garanta un fundament stabil relațiilor interumane.

Principiul de drept natural analizat se reflectă în dreptul pozitiv prin intermediul unor principii fundamentale de drept. Astfel, în dreptul civil, principiul încrederii se manifestă prin intermediul *principiului neprezumabilității răului*⁹¹. Conform acestui principiu, buna-credință se prezumă până la proba contrară. Dacă prezumția este răsturnată și se dovedește reaua-credință, aceasta din urmă se sancționează. În dreptul penal, principiul încrederii se manifestă prin intermediul *prezumției de nevinovăție* și a principiului *in dubio pro reo*⁹².

Un alt principiu de drept natural, care constituie un fundament pentru opera de legiferare și un reper în activitatea de interpretare judiciară este

⁹¹ E. Speranția, *Introducere în filosofia dreptului (precit.)*, p. 463.

⁹² *Ibidem*.

*principiul echității*⁹³. Având în vedere semnificațiile complexe ale acestui concept și aplicabilitatea sa extinsă în sistemul juridic, ne vom referi în treacăt la un singur aspect al echității ce ține de raporturile dintre stat și particulari, și anume la *egalitatea în fața legii și a autorităților publice*⁹⁴. Astfel, în contextul amintit, considerăm că existența privilegiilor și a discriminărilor⁹⁵ constituie una din ipotezele clasice de violare a echității ca principiu de drept natural. Încă din perioada Antichității⁹⁶, a fost amintită regula potrivit căreia legile nu trebuie adoptate în favoarea unor indivizi determinați⁹⁷. Cu toate acestea, nu trebuie uitat că interdicția privilegiilor și a discriminărilor nu se reduce la ipoteza legiferării, ci este aplicabilă în toate raporturile juridice dintre particulari și autoritățile publice.

În concluzie, menționăm că prezentarea principiilor de drept natural din cuprinsul acestei secțiuni nu are sub nicio formă caracter exhaustiv⁹⁸. Cu

⁹³ Cu privire la legătura dintre echitate și dreptul natural a se vedea R.A. Newman, *Equity in Comparative Law*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, Issue 4, 1968.

⁹⁴ În acest sens, s-a afirmat că principiul egalității decurge din calitatea de subiect de drept a fiecărui om. A se vedea G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 348-349.

⁹⁵ În opinia Curții Constituționale, discriminarea se bazează pe noțiunea de excludere nejustificată de la un drept (Decizia Curții Constituționale nr. 62 din 21 octombrie 1993, publicată în M. Of. nr. 49 din 25 februarie 1994), în timp ce privilegiul se definește ca un avantaj sau favoare nejustificată acordată unei persoane/categorii de persoane (Decizia Curții Constituționale nr. 755 din 16 decembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 101 din 09.02.2015). A se vedea T. Toader, M. Safta, *Constituția României. Decizii CCR, hotărâri CEDO, hotărâri CJUE, legislație conexă*, Ed. Hamangiu, București, 2016.

⁹⁶ A se vedea M.T. Cicero, *Treatise on the Laws [51 BC] (precit.)*, p. 87. Regula în discuție este prevăzută în Legea celor XII Table.

⁹⁷ Această exigență derivă în prezent din principiul statului de drept.

⁹⁸ Spre exemplu, un alt principiu important de drept natural este *principiul proporționalității*. În acest sens, a se vedea E. Engle, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, The Dartmouth Law Journal, Vol. X, 2012.

toate acestea, considerăm că ea este suficientă pentru a sublinia importanța dreptului natural în fundamentarea dreptului pozitiv.

V. Legătura dintre dreptul natural și dreptul penal

Dreptul penal este mai strâns legat de dreptul natural decât alte ramuri de drept. Această legătură se bazează, în primul rând, pe apropierea dreptului penal de morală⁹⁹. În al doilea rând, dreptul penal reprezintă unul dintre principalele mijloace de protecție a drepturilor fundamentale, care constituie o componentă substanțială a dreptului natural.

Cu privire la prima idee enunțată, este necesar să evidențiem pentru început raporturile complexe dintre dreptul natural, morală și dreptul penal, ca ramură de drept pozitiv. Am stabilit anterior în cuprinsul acestei lucrări că dreptul natural cuprinde o sumă de principii fundamentale care decurg din natura umană (cum ar fi libertatea, responsabilitatea, principiul alegerii binelui și evitării răului etc.), precum și reguli vizând protecția drepturilor fundamentale fără de care persoana nu poate funcționa în condiții optime. Reamintim în acest sens că ipoteza clasică de violare a unui drept fundamental presupune încălcarea voinței libere a titularului dreptului în discuție.

⁹⁹ În acest sens, a se vedea I. N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p.117. „Nu mai vorbim de dreptul penal căci el – pentru cine-l citește și pentru cine îl cunoaște, nu este decât o nereușită încercare de a transpune poruncile morale (...) pe portativul multivariat al articolelor de lege”. În același sens, a se vedea J. Moruzi, *Studii de drept și procedură penală*, București, 1935, p. 138-139. „A ni se afirma, că dreptul în general și dreptul penal în special, este considerat ca fiind refractar, domeniului moralei, înseamnă a exprima un neadevăr”; „dacă de la dreptul general, trecem la dreptul penal, constatăm că toată istoria lui, nu este, într-o ultimă analiză, decât o luptă puternică spre a readuce fenomenul penal în domeniul moralității”.

Morala cuprinde un set de reguli care stabilesc granița între bine și rău¹⁰⁰. Dacă avem în vedere această definiție, dreptul natural și morala par să se suprapună în mare parte. Cu toate acestea, în urma clasificării regulilor morale în trei categorii distincte, vom observa că dreptul natural și morala nu se suprapun decât parțial. Astfel, prima categorie de norme morale este compusă din *reguli de conduită individuală*¹⁰¹, a căror încălcare nu prejudiciază alte persoane. Aceste norme vizează forul interior al persoanei, și nu raporturile sale cu ceilalți¹⁰². Regulile morale de acest fel nu sunt, de regulă, incluse în dreptul pozitiv, deși sunt, în principiu, conforme dreptului natural, având în vedere că urmăresc scopuri pozitive ce țin de desăvârșirea persoanei. În acest punct, morala și dreptul natural se întâlnesc în afara dreptului pozitiv.

A doua categorie de norme morale este compusă din *reguli de conduită relațională*¹⁰³, a căror încălcare prejudiciază direct sau indirect¹⁰⁴

¹⁰⁰ A se vedea <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/morality>, (site accesat în data de 21.04.2020).

¹⁰¹ T. Avrigeanu, *Reflecții asupra valorii sociale ca obiect al ocrotirii penale*, R.D.P. nr. 3/1997, p. 74 *apud* F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 33. În contextul raportului dintre dreptul penal și morală, autorul citat distinge între valori morale de conduită individuală ce țin de desăvârșirea spirituală a fiecărui individ în parte (altruismul, virtutea) și valori morale de natură relațională ce interesează în primul rând conviețuirea socială (respectarea drepturilor altor persoane). Autorul consideră că doar valorile din cea de-a doua categorie se pot afla la baza unei incriminări penale.

¹⁰² Ele au ca scop dezvoltarea morală a persoanei și pot include diverse reguli vizând disciplina personală, atitudinea față de viață etc.

¹⁰³ T. Avrigeanu, *Reflecții asupra valorii sociale ca obiect al ocrotirii penale (precit.)*, p. 74 *apud* F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală (precit.)*, p. 33.

¹⁰⁴ Considerăm că în această categorie intră și acele reguli morale, devenite norme penale, care au ca scop principal protecția unor interese publice sau chiar interese ale statului, dar a căror încălcare poate prejudicia în subsidiar și drepturi ale persoanelor. Spre exemplu, infracțiunea

drepturile altor persoane. Violarea acestor reguli presupune adesea¹⁰⁵, mai ales în cazul infracțiunilor care au ca obiect juridic protecția unor drepturi fundamentale, încălcarea voinței libere a victimelor. Pentru ca regulile de acest fel să devină norme de drept pozitiv, este necesar ca prejudiciul real sau potențial adus altor persoane să prezinte o anumită gravitate. Spre exemplu, simpla minciună, deși influențează negativ relațiile dintre persoane, nu este interzisă de dreptul pozitiv. Pragul de gravitate al prejudiciului este mai ridicat în cazul dreptului penal datorită caracterului său selectiv, dar el există și în cazul altor ramuri de drept. Astfel, interdicția minciunii nu face obiectul dreptului civil decât în anumite contexte prevăzute de lege¹⁰⁶. Cu atât mai mult, în cazul dreptului penal, minciuna trebuie să atragă consecințe grave pentru a fi transformată în element constitutiv al unei infracțiuni¹⁰⁷. Se poate astfel observa că *regulile de conduită relațională care întrunesc condiția gravității prejudiciului aparțin, în același timp, moralei, dreptului natural*

de nedenumțare (art. 266 din Codul penal) vizează în mod direct protejarea interesului public al înfăptuirii justiției. În același timp, comiterea acestei fapte penale poate aduce atingere în mod indirect și dreptului la viață al altor persoane ucise ulterior ca urmare a nedenumțării. În aceeași măsură, și încălcarea unor norme penale care impun o obligație de loialitate față de stat, poate avea în mod indirect consecințe negative asupra drepturilor persoanelor. A se vedea spre exemplu, comiterea infracțiunii de trădare prin ajutarea inamicului – (art. 396 din Codul penal). Acțiunile care intră sub incidența acestei norme pot facilita victoria inamicului, care la rândul său poate recurge la violări sistematice ale drepturilor fundamentale aparținând persoanelor din teritoriul ocupat, existând multe exemple de acest fel în istoria războaielor.

¹⁰⁵ Există și situații în care încălcarea unor astfel de reguli nu presupune violarea voinței libere a victimelor. A se vedea, spre exemplu, infracțiunea de ucidere la cererea victimei sau infracțiunea de act sexual cu un minor. Cu toate acestea, în primul caz, este vorba despre un drept fundamental important la care titularul său nu poate în principiu renunța, iar în al doilea caz este vorba despre protecția unor persoane vulnerabile, al căror discernământ nu este pe deplin dezvoltat, aspect care influențează într-o anumită măsură și posibilitatea acestora de a-și exercita liber voința în domeniul vieții sexuale.

¹⁰⁶ A se vedea, de exemplu, art. 1214 din Codul civil, care reglementează dolul.

¹⁰⁷ A se vedea art. 244 (înșelăciunea) sau art. 273 (mărturia mincinoasă) din Codul penal.

și dreptului pozitiv, în măsura în care acesta le consacără. Cu privire la dreptul penal, se poate observa că cele mai importante infracțiuni pot fi incluse în această categorie de reguli morale, a căror încălcare presupune atât încălcarea voinței libere a victimelor, cât și întrunirea condiției gravității prejudiciului¹⁰⁸. În același timp, subliniem că normele de drept pozitiv care au ca substrat astfel de reguli morale se bucură de un grad ridicat de stabilitate. Ele sunt constante ale dreptului pozitiv și se regăsesc în majoritatea sistemelor juridice, fiind mai puțin influențate de cultură, chiar dacă îmbracă forme variate în funcție de caracteristicile societăților în care se regăsesc.

A treia categorie de norme morale este compusă din *reguli de conduită relațională a căror încălcare nu presupune violarea voinței libere a persoanelor implicate în comportamentul interzis*. Din acest motiv, se poate constata că nici condiția gravității prejudiciului produs prin comiterea faptei, în calitate de criteriu care să impună reglementarea sa în dreptul pozitiv, nu este întrunită. Consecințele încălcării unor astfel de reguli constau eventual în autodistrugerea morală reciprocă (dar consimțită) a persoanelor în discuție. Regulile de acest tip au un caracter fluctuant¹⁰⁹, fiind influențate de evoluția (sau involuția) în timp a moralei societății. În realitate, ele nu au ca scop principal protecția persoanei (aceasta e eventual protejată doar în subsidiar și împotriva voinței sale¹¹⁰), ci protecția simțului moral variabil al societății. De aceea, normele morale din această categorie intră și ies din sfera

¹⁰⁸ Exemple în acest sens ar fi omorul, infracțiunile de violență, furtul, distrugerea, violul etc. Acestea sunt infracțiuni care prejudiciază drepturile fundamentale ale victimei (dreptul la viață, dreptul la integritate fizică, dreptul de proprietate, libertatea sexuală etc.) împotriva voinței sale.

¹⁰⁹ Inclusiv datorită influențelor culturale.

¹¹⁰ Un exemplu în acest sens ar fi incriminarea prostituției.

dreptului pozitiv în funcție de fluctuațiile moralei societății¹¹¹. Deși unele dintre regulile în discuție aparțin zonei de interferență dintre dreptul natural și morală, ele nu fac parte din nucleul dur al dreptului natural deoarece nu protejează exercitarea voinței libere în domeniul drepturilor fundamentale sau anumite drepturi foarte importante ce trebuie ocrotite chiar împotriva voinței titularului lor. Astfel, prin sintagma nucleul dur al dreptului natural ne referim la acea parte a dreptului natural care trebuie să facă parte din dreptul pozitiv pentru ca acesta din urmă să nu-și piardă legitimitatea. Nu toate regulile specifice zonei de interferență dintre dreptul natural și morală trebuie să fie transpuse în dreptul pozitiv. Libertatea individuală devine preeminentă față de moralitate în contextul elaborării acestuia. În măsura în care actele imorale ale individului nu încalcă libertatea altor persoane sau interese sociale bine precizate, educarea morală forțată a acestuia prin intermediul dreptului pozitiv contravine principiului libertății. Cu rezervele anterior menționate, binele moral nu poate fi ales decât de bunăvoie, iar dreptul pozitiv nu trebuie să aibă rolul de a constrânge individul în acest sens¹¹².

¹¹¹ A se vedea, spre exemplu, tendința de dezincriminare a raporturilor sexuale homosexuale comise în privat în statele vestice.

¹¹² Tentativele de această natură trebuie să rămână în sarcina religiei sau a eticii. Un stat care recurge la norme de drept pozitiv pentru a impune persoanelor un cod moral personal nu poate fi decât dictatorial. În acest sens, sunt relevante cuvintele scriitorului C.S. Lewis: „Dintre toate tipurile de tiranii, o tiranie exercitată în mod sincer spre binele victimelor sale poate fi una dintre cele mai opresive. Poate că e mai bine să trăiești sub dominația unor tâlhari feudali decât sub dominația unor intruși omnipotenți și morali. Cruzimea tâlharului ar putea să se liniștească uneori, lăcomia acestuia ar putea fi săturată la un moment dat; dar cei care ne torturează spre binele nostru, ne vor tortura la infinit, pentru că o fac având aprobarea propriei lor conștiințe”. A se vedea C.S. Lewis, *God in the Dock: Essays on Theology and Ethics*, WM. B. Eerdmans Publishing Co., Michigan, 1970, p. 287-301.

Regulile morale din categoria analizată au pătruns, de-a lungul timpului, și în dreptul penal, deși în prezent ele nu ocupă o poziție importantă din punct de vedere cantitativ în structura acestuia¹¹³. Exemple în acest sens ar fi infracțiunile de bigamie¹¹⁴, incest, prostituție, proxenetism¹¹⁵, precum și incriminarea actelor sexuale consensuale între persoane de același sex comise în privat¹¹⁶. Unele dintre infracțiunile enumerate au fost dezincriminate, datorită faptului că ne aflăm într-o epocă a flexibilizării simțului moral al societății și a promovării drepturilor individuale. Deși unele dintre infracțiunile din această categorie fac parte din dreptul pozitiv, ele nu își au originea în nucleul dur al dreptului natural, care vizează protecția exercitării libere a drepturilor individuale sau protecția anumitor drepturi foarte importante chiar împotriva voinței titularului lor. În acest punct, există o suprapunere între morală și dreptul pozitiv, care depășește nucleul dur al dreptului natural.

Uneori, „morală” societății poate fi chiar contrară dreptului natural. Astfel, au existat situații în care anumite infracțiuni, deși își aveau originea în dreptul natural, nu au fost transpuse în dreptul pozitiv, în virtutea unei „morale” sociale imorale, compusă, de fapt, din prejudecăți colective discriminatorii. Spre exemplu, în perioada interbelică, violul comis de soț asupra soției nu constituia infracțiune, datorită concepției specifice acelei

¹¹³ Afirmația este valabilă în contextul sistemelor juridice laice.

¹¹⁴ În varianta în care persoana care încheie o nouă căsătorie are acordul persoanei cu care era căsătorită inițial.

¹¹⁵ Ne referim la situația în care determinarea la începerea sau continuarea prostituției nu s-a realizat prin constrângere.

¹¹⁶ A se vedea art. 200 din Codul penal din 1968.

perioade asupra statutului femeii¹¹⁷. Totodată, în virtutea aceluiași prejudiciu discriminatoriu, de-a lungul istoriei a fost posibil ca anumite fapte să fie incriminate, deși o astfel de opțiune legislativă era vădit contrară dreptului natural. Spre exemplu, în Statele Unite ale Americii, căsătoria între persoane de rase diferite a fost sancționată penal o lungă perioadă de timp¹¹⁸, iar dezincriminarea acestei fapte a avut loc doar în perioada 1948-1967.

Legătura dintre dreptul natural și dreptul penal are totodată la bază faptul că acesta din urmă constituie un mijloc esențial de protecție a drepturilor fundamentale. Astfel, obiectul juridic al unui număr important de infracțiuni este alcătuit din astfel de drepturi, iar cel mai adesea, normele de drept penal în discuție sancționează atingerile aduse acestora împotriva voinței libere a victimelor.

VI. Drept natural vs. drept pozitiv

În ultima parte a acestei lucrări, urmează să punem în discuție două curente juridico-filosofice contradictorii: *iusnaturalismul* și *pozitivismul juridic*.

Înainte de analiza propriu-zisă a celor două curente, vom examina problema eventualelor conflicte dintre dreptul natural și dreptul pozitiv deoarece acest context este cel mai propice pentru a reliefa atât caracteristicile

¹¹⁷ A se vedea C.G. Rătescu, H. Aznavorian, I. Ionescu-Dolj, Tr. Pop, I.G. Periețeanu, V. Dongoroz, M.I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea*, Vol. II, Ed. Librăriei Soccec & Co, București, 1937, p. 632, p. 641. Aceeași concepție este pusă în discuție în hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului *C.R. c. Marea Britanie* (pronunțată în 22 noiembrie 1995, <https://hudoc.echr.coe.int>, site accesat în data de 22.04.2020).

¹¹⁸ În acest sens, a se vedea I.G. Tragen, *Statutory Prohibitions against Interracial Marriage*, *California Law Review*, Vol. 32, 1944, p. 271, p. 280.

dreptului natural, cât și importanța optării la nivel de mentalitate pentru iusnaturalism.

A. Trăsăturile dreptului natural în lumina conflictului cu dreptul pozitiv

Cele mai evidente conflicte între dreptul natural și dreptul pozitiv pot fi identificate, de-a lungul istoriei, în regimurile politice dictatoriale. În sistemele naziste¹¹⁹ și comuniste, dreptul pozitiv¹²⁰ a contravenit flagrant celor mai elementare principii de drept și drepturilor fundamentale ale omului, ridicându-se astfel problema soluționării conflictului dintre dreptul natural și dreptul pozitiv¹²¹.

În acest context, *prima trăsătură a dreptului natural* identificabilă în urma conflictului menționat este tocmai că *acesta își dezvăluie natura mai ales atunci când este violat de normele dreptului pozitiv*. În măsura în care cele două tipuri de drept sunt concordante, dreptul natural se reflectă în dreptul pozitiv, constituind o temelie invizibilă a acestuia din urmă. S-a susținut astfel că „sunt foarte puține legi care să reproducă o regulă de drept natural, căci scopul legilor nu este de a expune formule abstracte, ci din contră, de a arăta în mod precis și imperativ cum înțelege să rânduiască anumite probleme. Măsurile conținute de legi pot fi în acord cu principiile dreptului natural, fără chiar să le pomenească. Legile cu caracter

¹¹⁹ A se vedea L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, 1958, p. 648.

¹²⁰ Ne referim atât la anumite legi specifice acestor regimuri, cât și la practici contrare respectării drepturilor omului.

¹²¹ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, Vol. II, (precit.), p. 398.

administrativ sau legile privind drepturile private nu reproduc preceptele dreptului natural. Ele sunt însă indirect inspirate din el, fiind conforme, în fond (...), cu directivele sale”¹²². Pe de altă parte, atunci când există o contradicție vădită între cele două tipuri de drept, „dreptul natural (...) strălucește cu o măreție neobișnuită (...)”¹²³. De aceea, conflictul dintre dreptul pozitiv și dreptul natural este cel mai important punct de pornire în definirea acestuia din urmă. Doar imperfecțiunile dreptului pozitiv ne fac să aspirăm către dreptul natural sau spre cum ar trebui să fie dreptul. Așadar, pentru a defini dreptul natural, trebuie să pornim de la ceea ce nu îl caracterizează: abuzul, inechitatea, inegalitatea, limitarea disproporționată a drepturilor fundamentale etc. Toate acestea sunt consecințe ale deficiențelor dreptului pozitiv, care, resimțite de destinatarii normelor de drept pozitiv, produc în conștiința acestora o reacție adversă. Această reacție facilitează recunoașterea dreptului natural prin contrastul dintre acesta și injustețea dreptului pozitiv¹²⁴. În acest sens, am precizat anterior că dezacordul dintre dreptul natural și dreptul pozitiv scade gradul respectării voluntare a normelor juridice, situație care conduce la creșterea importanței constrângerii statale pentru asigurarea respectării acestora. La rândul său, constrângerea statală amplifică tensiunea dintre persoane și stat, ajungându-

¹²² I. Rosetti Bălănescu, *Dreptul în general și noțiunile sale fundamentale. Expunere introductivă la studiul dreptului*, Ed. Ziarului „Universul”, București, 1937, p. 19-20.

¹²³ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 344.

¹²⁴ I. N. Lungulescu, *Drept și dreptate (precit.)*, p. 8. În același sens, s-a afirmat că „violarea unei legi juridice îi dă acesteia un relief mai puternic și face ca adevărul ei să fie și mai profund simțit în sensul său pur ideal. Lezarea dreptului ne dă senzația precisă a naturii sale proprii, deoarece în acest caz se opune dreptului – fără a reuși să-l distrugă sau să-l micșoreze”. A se vedea G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 194. Sublinierea îi aparține autorului.

se, în cele din urmă, la autodistrugerea sistemului de drept pozitiv prin revoluție. Astfel, chiar dacă dreptul natural pare să își ducă existența în mod timid în umbra dreptului pozitiv, se dovedește că aspirațiile către dreptul ideal au aptitudinea de a deveni realitate și de a transforma radical dreptul pozitiv. În cele din urmă, dictaturile odioase sunt succedate de sisteme bazate măcar în parte pe principii de drept natural.

Concluzia anterioară conduce la *următoarea trăsătură a dreptului natural*, și anume că *acesta este imposibil de distrus* prin intermediul dreptului pozitiv¹²⁵. Chiar dacă dreptul natural este redus la tăcere pentru un timp, de un drept pozitiv nedrept, în cele din urmă, primul revine în forță deoarece consacrarea sa juridică este indispensabilă pentru evitarea autodistrugerii societății¹²⁶.

Conflictul anterior expus și rezultatul acestuia demonstrează *obiectivitatea* dreptului natural, din care decurge *superioritatea* acestuia față de dreptul pozitiv. Obiectivitatea dreptului natural se traduce în caracterul *absolut* al acestuia. Ne referim astfel la faptul că nimeni nu poate anula justetea sa prin faptul că o neagă deoarece aceasta se impune de la sine. Spre exemplu, faptul că o persoană ar afirma că atrocitățile din timpul Holocaustului au fost justificate nu poate anula caracterul anormal al celor întâmplate în acea perioadă. Normele dreptului natural nu pot fi știrbite de relativismul concepțiilor. În acest sens, în contextul regimurilor totalitare, un autor sublinia consecințele negative ale relativismului și necesitatea unor adevăruri obiective și universale. În opinia sa, dacă nu se recunoaște

¹²⁵ A.P. D'Entrèves, *Natural Law – An Introduction to Legal Philosophy (precit.)*, p. 22.

¹²⁶ *Medalion Ayn Rand (precit.)*, p. 33-34.

caracterul absolut al niciunui adevăr, lipsește fundamentul solid pe baza căruia să poată fi condamnate politicile statelor totalitare¹²⁷.

O altă latură a obiectivității dreptului natural constă în faptul că *acesta nu are nevoie de confirmări exterioare, de ordin uman*, pentru a exista și pentru a-și îndeplini rolul de fundament al dreptului pozitiv. Dreptul natural este transpus instinctiv în dreptul pozitiv, prin legiferare sau interpretare, inclusiv de către persoanele care nu recunosc existența sa în mod conștient. Această transpunere automată este posibilă datorită faptului că dreptul natural derivă din natura umană.

Superioritatea dreptului natural față de dreptul pozitiv este cea mai importantă caracteristică a acestuia. În absența unui standard care să permită judecarea dreptului pozitiv¹²⁸, orice conținut al acestuia ar putea fi considerat legitim, pe considerente exclusiv formale, indiferent de consecințele negative pe care le-ar produce asupra destinatarilor săi. Superioritatea dreptului natural față de dreptul pozitiv a fost subliniată de numeroși gânditori de-a lungul istoriei. Grațian susținea că dreptul natural are preponderență absolută prin prestigiu asupra cutumei sau legii. Orice normă care a fost recunoscută prin intermediul cutumei sau în scris, trebuie considerată nulă și lipsită de valoare, dacă este în contradicție față de dreptul natural¹²⁹. Sf. Augustin afirma că o lege nedreaptă nu este lege¹³⁰, iar în concepția lui Toma

¹²⁷ R. Primus, *A Brooding Omnipresence: Totalitarianism in Postwar Constitutional Thought* (precit.), p. 427.

¹²⁸ În acest sens, a se vedea G. del Vecchio, *Leții de filosofie juridică* (precit.), p. 347. Autorul afirmă că dreptul natural e criteriul care permite a judeca dreptul pozitiv și a-i măsura justiția lăuntrică.

¹²⁹ A.P. D'Entrèves, *Natural Law – An Introduction to Legal Philosophy* (precit.), p. 34.

¹³⁰ *Idem*, p. 42-43.

d'Aquino, dacă o lege omenească nu concordă în vreo măsură cu dreptul natural, ea nu mai este lege, ci mai degrabă o denaturare a legii¹³¹.

Prin opiniile invocate nu dorim să promovăm ideea potrivit căreia orice persoană are dreptul de a refuza să se supună legii, în orice condiții, pe motiv că aceasta este contrară dreptului natural. În acest sens, *superioritatea dreptului natural trebuie recunoscută, în primul rând, la nivel principial*, chiar dacă efectele practice ale acesteia sunt limitate în sistemele de drept pozitiv din considerente ce țin de securitatea juridică. Prin urmare, cea mai importantă consecință a recunoașterii superiorității dreptului natural față de dreptul pozitiv nu are de-a face cu validarea posibilității de a încălca dreptul pozitiv pe motiv că e contrar dreptului natural, ci *constă în schimbarea mentalității persoanelor care operează în sistemul juridic*. Astfel, o recunoaștere conștientă a superiorității principiale a dreptului natural conferă o *legitimitate aparte* criticii dreptului pozitiv deoarece persoana care critică realizează că ea însăși este superioară dreptului pozitiv, din moment ce dreptul natural derivă din natura sa. În consecință, persoana nu există pentru a se supune orbește dreptului pozitiv, ci dreptul pozitiv există pentru a-i garanta drepturile fundamentale derivate din propria sa natură. În măsura în care dreptul pozitiv eșuează în a atinge acest scop, este just să fie criticat prin prisma dreptului natural¹³².

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Acest tip de critică este mult mai frecvent utilizat de către persoanele care nu au studii juridice. „Laicii” în domeniul dreptului percep mult mai ușor injustețea dreptului pozitiv prin facultatea înăscută de a deosebi dreptatea de nedreptate. În cazul juriștilor, această facultate este atrofiată de percepția exclusiv intelectuală asupra dreptului, precum și de resemnarea produsă de conștientizarea faptului că dreptul pozitiv are caracter obligatoriu, indiferent de conținutul său.

Totodată, o raportare conștientă la preceptele unui drept natural superior în cadrul criticii aduse dreptului pozitiv are aptitudinea de a deschide noi perspective acestuia din urmă. Dreptul natural este inepuizabil datorită faptului că este compus din valori care pot fi concretizate în practică în modalități infinite. El poate constitui o sursă de inspirație continuă atât pentru crearea unor noi norme de drept pozitiv, cât și pentru îmbunătățirea celor existente. Aspirația către dreptul natural va stimula astfel progresul dreptului pozitiv¹³³.

B. Pozitivism juridic vs. iusnaturalism

Vom începe această secțiune prin a prezenta câteva caracteristici ale pozitivismului juridic. Potrivit curentului în discuție, trăsătura definitorie a legii constă în adoptarea sa în conformitate cu o procedură validă, conținutul acesteia fiind irelevant din perspectiva validității sale¹³⁴. Prin această ruptură dintre formă și conținut, pozitivismul juridic separă dreptul de valorile care i-au dat naștere, plecând de la premisa că valorile respective sunt imposibil de

¹³³ În acest sens, a se vedea A. Buciuman, *Juridicitatea obligației naturale*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai - Iurisprudentia, Nr. 3/2015, p. 69. „Necesitatea legitimității dreptului pozitiv exprimă o limită a sferei de autonomie a acestuia, dar și ideea justiției ca finalitate, ca scop ideal spre care trebuie să tindă. În acest ultim sens, nu este suficient ca dreptul pozitiv să nu fie injust, ci, mai mult, el trebuie să reflecte căutarea, mereu deschisă, spre soluția cea mai justă, pentru că «în interiorul unui sistem de drept pozitiv care nu conține injustiție, există totodată loc pentru o evoluție a dreptului spre reguli și mai juste» (A. Sériaux, *Le droit naturel*, P.U.F., 2^e 6d., Paris, 1999, p. 64)».

¹³⁴ S.H. Bitensky, *The Role of International Human Rights Law and Comprehensive Historical Methodology in Resolving the Conflict between Positive Law and Natural Law Theories*, The Journal Jurisprudence, 2013, p. 219. A se vedea și R.L. Hunt, *Natural Law v. Positive Law: Interpreting Morality (precit.)*, p. 239.

cunoscut¹³⁵. Această poziție a condus de-a lungul timpului la o tehnicizare a dreptului, renunțându-se la căutarea a ceea ce este just prin intermediul său¹³⁶. Pozitivismul nu recunoaște decât ceea ce poate fi perceput în mod direct prin intermediul simțurilor. El promovează în numele realității un tip de pragmatism juridic, care ascunde adeseori un veritabil cinism cu privire la eventualul conținut al legii. În acest sens, Marx susținea următoarele: „ar fi prin urmare o aberație și un nonsens să se creadă că există o normă ideală de drept, un drept natural, o idee de justiție absolută, sau legi nescrise care ar fi superioare dreptului pozitiv. *Importantă este doar realitatea*¹³⁷ (...)”¹³⁸.

Accentul asupra laturii tehnice a dreptului a transformat pozitivismul în curentul juridic predominant la nivelul mentalității practicienilor. În acest sens, s-a afirmat că dreptul fiind mai mult pe mâna profesioniștilor, un spirit pozitivist l-a menținut mereu în regiunea fenomenelor¹³⁹. Această abordare a dreptului începe la nivelul educației juridice. Cu privire la acest aspect, Mircea Djuvara observa că „Facultatea de Drept din București este după model francez napoleonian - școală profesională practică, neavând scopul de a împărtăși știință juridică, ci de a preda arta de a da soluții litigiilor ivite în fața

¹³⁵ A. Buciuman, *Juridicitatea obligației naturale (precit.)*, p. 68. Cu privire la ultima idee enunțată, am arătat deja în cuprinsul acestei lucrări că principiile dreptului natural și drepturile fundamentale (ca parte a dreptului natural) pot fi cunoscute de ființa umană din moment ce ele derivă direct din natura sa. Faptul că dreptul natural are caracter general și trebuie supus unui proces de particularizare pentru a deveni drept pozitiv nu înseamnă că acesta nu poate fi cunoscut în forma sa generală.

¹³⁶ *Idem*, p. 69.

¹³⁷ Sublinierea ne aparține.

¹³⁸ P. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 268.

¹³⁹ V.V. Georgescu, *Obiect și metodă în interpretarea dreptului – Studiu de metafizică și de logică a juridicității (precit.)*, Pandectele Române, 1939, p. 41.

instanțelor judecătorești¹⁴⁰. Adevărul acestei afirmații este cu atât mai mult valabil în prezent, la nivelul întregii țări, după 50 de ani de comunism, perioadă în care a dominat un tip de pozitivism juridic radical, specific regimurilor totalitare¹⁴¹.

Cu privire la fundamentul pozitivismului juridic, trebuie menționat că acesta este motivat de teamă. Iusnaturalismul fără limite are aptitudinea de a amenința *status quo*-ul dreptului pozitiv și securitatea juridică prin promovarea nesupunerii față de lege. Din același motiv, în domeniul interpretării juridice, pozitivismul urmărește să împiedice interpretările teleologice abuzive prin promovarea interpretărilor literale stricte¹⁴².

În contrast față de pozitivismul juridic, iusnaturalismul este în primul rând o căutare a esenței dreptului, dincolo de formele sale pozitive. Acest curent corespunde necesității ființei umane „de a cerceta dacă formele existente sunt și juste, dacă autoritatea care comandă, comandă pe drept”¹⁴³. În concepția iusnaturalistă, legitimitatea dreptului pozitiv depinde de conformitatea sa cu dreptul natural. Prin urmare, conținutul dreptului pozitiv prezintă mai mare relevanță pentru recunoașterea legitimității sale decât adoptarea sa în conformitate cu o procedură validă. Totodată, iusnaturalismul pleacă de la premisa că normele de drept natural pot fi cunoscute prin intermediul conștiinței și rațiunii umane. În loc să promoveze o abordare

¹⁴⁰ M. Djuvara, *Filosofia dreptului și învățământul nostru juridic*, Pandectele Române, 1942, p. 34-36.

¹⁴¹ În acest sens, a se vedea R. Mańko, *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome*, *Pólemos - Journal of Law, Literature and Culture*, Vol. 7, Issue 2, 2013, (<http://ssrn.com/abstract=2277857> – site accesat în data de 28.10.2020), p. 218.

¹⁴² L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (precit.)*, p. 669.

¹⁴³ G. del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică (precit.)*, p. 31.

superficială a dreptului, iusnaturalismul pune în discuție fundamentele normelor juridice, încurajând interpretările ghidate de acestea. Iusnaturalismul nu se resemnează în fața realității concrete; el are ca reper constant starea ideală a dreptului.

Cu toate acestea, problema principală a iusnaturalismului constă în dificultatea aplicării sale în practică. Din acest punct de vedere, pozitivismul este preferabil, fiind mai ușor de implementat. În acest sens, consecințele juridice practice ale adoptării concepției iusnaturaliste au fost prea puțin discutate în doctrină, motiv pentru care, în cele ce urmează, vom expune succint o variantă de aplicare a iusnaturalismului în două tipuri de sisteme juridice: sisteme în care se respectă principiul statului de drept, respectiv sisteme care aparțin statelor totalitare.

Vom începe cu a doua categorie de sisteme juridice, având în vedere că dezacordul vădit dintre dreptul natural și dreptul pozitiv specific acestor sisteme oferă contextul cel mai adecvat pentru căutarea unui răspuns la următoarea întrebare: *este legal¹⁴⁴ refuzul de a respecta o normă de drept pozitiv vădit contrară dreptului natural?* Cu alte cuvinte, atrage conținutul unei astfel de norme nulitatea sa? Înainte de a încerca să oferim un răspuns la această întrebare, vom da câteva exemple de astfel de norme. Așadar, în doctrină s-a afirmat că legislația prin care s-a ratificat retroactiv uciderea a 70 de naziști de către Hitler este vădit contrară dreptului natural¹⁴⁵. De asemenea, normele penale cu caracter politic care au fundamentat hotărâri

¹⁴⁴ În mod evident, nu din perspectiva sistemului juridic contrar dreptului natural.

¹⁴⁵ L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (precit.)*, p. 650.

judecătorești de condamnare în perioada comunistă¹⁴⁶, decretele de naționalizare¹⁴⁷ și legislația care permitea supravegherea sistematică a cetățenilor din aceeași perioadă¹⁴⁸ constituie tot atâtea exemple de violări flagrante ale dreptului natural.

A accepta că normele anterior enumerate sunt valide din punct de vedere juridic ofensează, în primul rând, bunul simț al oricărei persoane rezonabile. În acest sens, ca argumente în favoarea ideii că validitatea unei norme juridice nu poate fi separată de conținutul său, s-au ridicat următoarele întrebări: „Dacă simțim că legea în sine este cel mai sigur refugiu al nostru, oare nu este așa pentru că inclusiv în cele mai pervertite regimuri, există o anumită ezitare în a transpune cruzimea, intoleranța și lipsa de umanitate în legi? Și nu este clar că însăși această ezitare derivă, nu dintr-o separare a dreptului de morală, ci chiar dintr-o identificare a dreptului cu cerințele morale cele mai imperioase și în mod evident justificate, pe care orice om le poate afirma fără nicio rușine?”¹⁴⁹

În al doilea rând, acceptarea juridicității unor astfel de norme implică automat acceptarea caracterului lor efectiv și obligatoriu¹⁵⁰. Această idee

¹⁴⁶ A se vedea M. Lupu, C. Nicoară, Gh. Onișoru, *Cu unanimitate de voturi: sentințe politice*, Ed. Fundația Academia Civică, București, 1997.

¹⁴⁷ A se vedea Comisia Prezidențială pentru Analiza Dictaturii Comuniste din România, *Raport Final*, București, 2006, p. 424.

¹⁴⁸ C. Anisescu, S. B. Moldovan, M. Matiu, *“Partiturile” Securității: directive, ordine, instrucțiuni (1947-1987)*, Ed. Nemira, București, 2007.

¹⁴⁹ L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (precit.)*, p. 637.

¹⁵⁰ Trebuie trasată o diferență între obligativitatea de fapt, care decurge din impunerea unei forțe ilegite, și obligativitatea juridică. Normele vădit contrare dreptului natural pot fi impuse prin forță, dar ele nu pot fi considerate obligatorii din punct de vedere juridic. Obligativitatea juridică a unei norme nu poate decurge decât din conformitatea sa cu dreptul

conduce la concluzia că societatea este obligată să se supună unor norme care au ca efect distrugerea persoanelor care o compun, doar pentru că normele în discuție au fost adoptate în conformitate cu o procedură validă. O astfel de poziție este în mod evident absurdă, contravenind instinctului de autoconservare al ființei umane. Totodată, dintr-o perspectivă teleologică asupra dreptului, este inacceptabilă admiterea ideii că acesta poate fi utilizat ca instrument de distrugere al societății.

În al treilea rând, pozitivismul juridic creează un pericol grav. Astfel, concentrarea exclusivă asupra dreptului pozitiv, fără analiza sa critică din perspectiva dreptului natural, deschide cale liberă acelor care doresc să deturneze dreptul de la scopurile sale legitime, datorită docilității celor care sunt orbiți de dreptul pozitiv și consideră că trebuie să i se supună în orice condiții. În acest sens, în doctrină s-a arătat că pozitivismul juridic a reprezentat un factor determinant pentru instaurarea nazismului în Germania. Astfel, în cei 75 de ani anteriori regimului nazist, filosofia pozitivistă a dobândit în Germania un statut pe care nu l-a dobândit în nicio altă țară¹⁵¹. Pozitivismul era singura teorie care se putea pretinde a fi „științifică” într-o eră a științei¹⁵². Acest curent a exclus din știința juridică germană orice interes față de scopurile morale ale legii și față de moralitatea internă a acesteia. De aceea, juristul german era pregătit să accepte ca „lege” orice purta acest nume¹⁵³. Prin urmare, nu este nerezonabil să se afirme că acest curent a contribuit la instaurarea nazismului, având în vedere că Hitler

natural. Nuanțări cu privire la situațiile în care este legitimă nerespectarea dreptului pozitiv contrar dreptului natural vom oferi în cele ce urmează în prezenta secțiune.

¹⁵¹ L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (precit.)*, p. 658-659.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

nu a dobândit puterea în urma vreunei revoluții violente¹⁵⁴. Exploatarea formelor legale a început cu prudență, devenind tot mai virulentă pe măsură ce puterea a fost consolidată. Primele atacuri asupra ordinii existente au vizat bastioane ocupate de avocați și judecători. Aceste bastioane au căzut aproape fără nicio luptă¹⁵⁵.

Prin urmare, nu numai că pozitivismul juridic este inutil în a oferi soluții pentru conflictele vădite dintre dreptul natural și dreptul pozitiv, dar acesta chiar contribuie la consolidarea unui drept pozitiv nedrept. În acest sens, s-au afirmat următoarele: „dacă tot ceea ce poate oferi școala pozitivistă în vremuri de restriște este observația potrivit căreia oricum ai defini dreptul, acesta este întotdeauna ceva diferit față de morală, învățăturile sale nu ne sunt de mare folos”¹⁵⁶.

S-ar putea susține că nici iusnaturalismul nu este mai util în astfel de situații, având în vedere că într-un sistem juridic aparținând unui stat dictatorial, concluzia că o normă de drept pozitiv contrară dreptului natural este nulă nu va atrage ineficacitatea normei în discuție. Totodată, refuzul de a respecta o astfel de normă, indiferent că e legal sau nu, poate atrage sancțiuni penale și de altă natură sau chiar moartea. De asemenea, constatarea nulității normei de drept pozitiv contrare dreptului natural poate fi considerată inutilă și prin prisma faptului că în viitorul sistem juridic conform dreptului natural, vechiul drept nu va mai produce efecte, iar cei care l-au încălcat nu vor fi sancționați, ci dimpotrivă, vor deveni eroi ai noului regim.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 634.

Cu toate acestea, spre deosebire de pozitivism, care încurajează supunerea oarbă față de un drept pozitiv nedrept, iusnaturalismul are capacitatea de a inspira și de a motiva rezistența față de un astfel de drept. Prin urmare, conștientizarea faptului că dreptul pozitiv în discuție are caracter ilegitim nu va permite persoanelor, și mai ales juriștilor, să se resemneze și să accepte instaurarea unui regim contrar dreptului natural. În concluzie, considerăm că în sisteme juridice care aparțin unor state totalitare este mai mult decât legitimă nesupunerea față de un drept pozitiv contrar dreptului natural¹⁵⁷. Iusnaturalismul rămâne, practic, singura șansă de a împiedica instaurarea unui regim totalitar sau de a-l eradica, dacă a fost instaurat deja.

Situația este cu totul diferită în cazul sistemelor juridice în care se respectă principiul statului de drept. În cadrul acestor sisteme, există o conformitate relativă¹⁵⁸ între dreptul natural și dreptul pozitiv, care le conferă legitimitate. Caracterul legitim al sistemelor în discuție creează o obligație generală de a respecta dreptul pozitiv, așa cum este el, fără a invoca imperfecțiunile sale drept scuză pentru a-l nesocoti. În acest sens, considerăm că *obligația generală a supunerii față de lege* are la bază un principiu fundamental de drept natural, care decurge din natura umană. Principiul supunerii funcționează în diferite tipuri de relații interumane: între părinți și copii, între angajați și angajatori etc. În aceeași măsură, el funcționează în raporturile juridice dintre persoane și stat. Cu toate acestea, principiul este condiționat de caracterul legitim al autorității care reclamă supunere.

¹⁵⁷ Pentru cei care au curajul să o practice

¹⁵⁸ Conformitatea nu poate fi decât relativă deoarece niciun sistem de drept pozitiv nu este perfect, ci doar perfectibil, din perspectiva dreptului natural.

De aceea, considerăm că în sistemele juridice care respectă principiul statului de drept, nu este permisă nesupunerea față de dreptul pozitiv pe motiv că este contrar dreptului natural. O astfel de nesupunere în numele dreptului natural nu ar putea constitui decât o scuză pentru a nu respecta dreptul pozitiv, având în vedere că într-un sistem juridic aparținând unui stat de drept, există *remedii*¹⁵⁹ pentru a elimina din sistem normele de drept pozitiv contrare dreptului natural. Invocarea dreptului natural în acest context nu ar putea provoca decât haos și insecuritate. Or, într-un sistem juridic legitim, dreptatea, în sens material, trebuie să cedeze, în anumite situații, în fața ordinii și securității juridice. În acest sens, s-a afirmat pe bună dreptate că „o lege, care există în realitate, este lege, chiar dacă nu ne place conținutul său”¹⁶⁰. De asemenea, s-a arătat că „legea unui stat (...) nu este un ideal, ci ceva care există în realitate; nu este ceea ce ar trebui să fie, ci ceea ce este”¹⁶¹.

Cu toate acestea, în pofida necesității menținerii unei distincții nete între dreptul pozitiv și dreptul natural în scopul protecției securității juridice, iusnaturalismul nu își pierde utilitatea nici în sistemele care respectă principiul statului de drept. În primul rând, el își păstrează rolul de a motiva, în limitele legii, lupta împotriva normelor contrare dreptului natural. În al

¹⁵⁹ Spre exemplu, normele în discuție pot fi eliminate din dreptul pozitiv prin mecanisme apte să conducă la constatarea neconstituționalității lor. În acest sens, considerăm că dreptul natural poate fi invocat prin intermediul principiilor prevăzute în textele constituționale, având în vedere caracterul lor general. Chiar și în situațiile în care remediile de ordin juridic lipsesc, libertatea de a manifesta, precum și exercitarea dreptului de vot, garantate într-un stat democratic, oferă persoanelor posibilitatea de a lupta, cel puțin indirect, împotriva normelor juridice contrare dreptului natural.

¹⁶⁰ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, 1958, p. 596-597.

¹⁶¹ *Idem*, p. 600.

doilea rând, raportarea la dreptul natural poate inspira activitatea de legiferare în scopul îmbunătățirii dreptului pozitiv.

Nu în ultimul rând, iusnaturalismul are aptitudinea de a influența perspectiva asupra interpretării judiciare și modalitatea sa de realizare. Astfel, pozitivismul juridic, prin accentuarea importanței dreptului pozitiv ca drept scris, oferă preeminență metodei literale de interpretare¹⁶². Din acest punct de vedere, este un fapt general acceptat în doctrină că interpretarea unei norme trebuie să înceapă întotdeauna de la analiza formulării sale lingvistice, acordându-se prioritate sensului literal, dacă norma este clară. O astfel de abordare contribuie la garantarea ordinii și a securității juridice, valori ce sunt fundamentale într-un stat de drept. Pe de altă parte, o exagerare a abordării pozitivistice în acest domeniu, manifestată printr-un literalism excesiv, poate conduce la formalism în interpretare. Acesta intervine atunci când metoda literală devine din metoda prioritară singura metodă valabilă de interpretare, făcându-se abstracție de rațiunea normelor juridice.

Pe de altă parte, iusnaturalismul accentuează importanța valorilor protejate prin intermediul dreptului pozitiv, oferind o poziție semnificativă metodei teleologice de interpretare¹⁶³, fără ca aceasta să însemne ignorarea literei legii. Raportarea la rațiunea normelor juridice, concomitent cu aplicarea metodei literale, poate conduce la interpretări echilibrate, care nu fac exces nici de literă, nici de spirit. Totodată, astfel de interpretări contribuie

¹⁶² Cu privire la influența pozitivismului juridic asupra interpretării a se vedea R. Mańko, *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome (precit.)*, p. 218-219.

¹⁶³ Totodată, iusnaturalismul poate influența rezultatele interpretării atunci când dreptul pozitiv recunoaște competențe discreționare interpretului. Un exemplu în acest sens ar fi individualizarea judiciară a pedepsei, care oferă interpretului posibilitatea aplicării principiilor echității în limitele stabilite de dreptul pozitiv.

la efectivitatea normelor juridice. Cu toate acestea, iusnaturalismul în exces poate da naștere arbitrariului în materia interpretării judiciare¹⁶⁴. În acest sens, s-a observat că teama pozitivismului de interpretări teleologice abuzive nu este lipsită de fundament, considerându-se că fidelitatea față de lege devine imposibilă, dacă nu se acceptă responsabilitățile extinse pe care le implică metoda teleologică de interpretare¹⁶⁵. Astfel, dreptul natural nu poate fi implementat prin intermediul interpretării decât cu respectarea limitelor impuse de o interpretare literală și sistematică adecvată¹⁶⁶. Depășirea acestor limite ar antrena, totodată, încălcarea principiului separației puterilor în stat prin transformarea interpretului în legiuitor.

În concluzie, în domeniul interpretării judiciare, pozitivismul și iusnaturalismul trebuie îmbinate pentru a se ajunge la rezultate echilibrate: interpretări fidele literei legii, dar totodată efective, care în același timp să nu pună în pericol previzibilitatea legii și securitatea juridică.

VII. Concluzii

La finalul acestei lucrări, considerăm că am reușit să demonstrăm importanța de a opta la nivel de mentalitate juridică pentru curentul iusnaturalist. Chiar dacă unele dificultăți întâmpinate în sistemele juridice pot fi soluționate prin abordări pozitivistice, care se rezumă la modificări legislative superficiale, apreciem că doar o mentalitate nouă, care acordă

¹⁶⁴ În aceeași măsură, și pozitivismul juridic poate da naștere abuzurilor prin intermediul interpretărilor formaliste.

¹⁶⁵ L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (precit.)*, p. 670.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

importanța meritată dreptului natural, poate schimba istoria dreptului, motivând actorii lumii juridice să își privească propriul sistem dintr-o altă perspectivă și să lupte pentru schimbarea sa radicală atunci când dreptul pozitiv nedrept ajunge să ocupe un loc ilegal.