

Dan Andrei Popescu

Flexibilitate și formalism
în dreptul internațional privat

Editura
Hamangiu
2023

Capitolul II. Reprezentarea voluntară în dreptul internațional privat

§1. Introducere

Reprezentarea voluntară (*gewillkürte Vertretung/voluntary representation*) reprezintă un concept de mare însemnătate practică, cu atât mai mult astăzi, în lumea modernității globaliste, în care adesea locul încheierii actelor nu coincide în mod necesar cu cel al producerii efectelor vizate de părți; pe de altă parte, viteza de reacție pe care o impune lumea prezentului nu permite prezența fizică în toate țările în care avem interese, timpul devenind cea mai însemnată resursă a omului. Nu în ultimul rând, trebuie avut în vedere și faptul că gândirea juridică a celui ce vrea să construiască efecte juridice prin intermediul relației de mandat nu totdeauna se suprapune cu cea a sistemului de drept care va governa contractul plănuț. Pe de altă parte, protecția celui care, cu bună-credință, s-a încrezut în aparența puterilor mandatarului, contractând, ținând de opozabilitatea efectelor mandatului, nu poate fi desprinsă, în principiu, de reperele sistemului de drept al locului producerii efectelor (*Wirkungsort*)^[1].

Libera circulație a persoanelor constituie astăzi un principiu fundamental, alături de dreptul de liberă stabilire pe teritoriul oricărui stat membru, în aceleași condiții ca propriii cetățeni. Dislocarea succesivă a persoanelor prin mutarea centrului lor de interes nu înseamnă abandonarea intereselor legate de statul fostei reședințe obișnuite sau chiar față de alte state pe teritoriul cărora au dobândit bunuri sau au interese. Persoanele stabilite în străinătate continuă să își exercite drepturile asupra bunurilor dobândite în țară, încheind acte de conservare, de administrare sau de dispoziție asupra acestora, precum și o serie de declarații și acte de natură fiscală aferente. Multe dintre aceste acte se încheie prin intermediul unor mandatar. La fel, administrarea eficientă a unor afaceri implică adesea desem-

[1] Prezentul capitol reprezintă o formă actualizată și extinsă a studiului nostru, D.A. POPESCU, *Abstracțiunea reprezentării voluntare și funcția circulatorie a actelor*, în R.R.D.P. nr. 2/2019.

narea unor mandatar, cu puteri mai mult sau mai puțin depline, care să încheie operațiuni juridice dintre cele mai diverse în numele titularului drepturilor. Însuși felul de a fi al lumii de azi presupune utilizarea tehnicii mandatului ca substitut al prezenței fizice a persoanei. A fi prezent în lumea mileniului III înseamnă tot mai des a fi prezent prin mandatar.

Mandatul devine astfel un element indispensabil al încheierii de acte juridice, un mod de a fi prezent în absență, un mod de a fi prezent, în același timp, în mai multe locuri din țări diferite. Dar acest lucru implică o reevaluare a modului „tradițional” de a gândi juridic mandatul și efectele sale, în funcție de locul unde acestea din urmă se produc. Înseamnă, cu alte cuvinte, atenuarea posibilității celui reprezentat de a invoca față de terțul contractant viciile și limitele mandatului, în măsura în care acesta din urmă nu le-a cunoscut, fiindu-i imposibil să le cunoască potrivit reperelor sistemului de drept aparținând locului producerii efectelor (*Wirkungsort*).

Din perspectiva dreptului internațional privat, reprezentarea convențională (*gewillkürte Vertretung*) cunoaște dificultăți aparte, determinate, pe de o parte, de natura actului său generator și de efectele acestuia între părți, dar și de aspectele legate de opozabilitatea mandatului față de terți, pe de altă parte. Așa cum vom vedea, puterile conferite mandatarului, deși izvorăsc din „raportul de bază” (*Hauptgeschäft*), intern (*Innenverhältnis*), adică din cel care privește relația dintre cel ce conferă puterea de reprezentare (mandant) și cel ce o exercită nemijlocit (mandatar), nu vor fi guvernate de legea aplicabilă acestuia, ci de o altă lege, în scopul asigurării predictibilității terților contractanți. Opozabilitatea puterii de reprezentare nu poate fi gândită, în principiu, în afara raporturilor externe (*Aussenverhältnisse*) care privesc relația dintre cel ce a conferit puterea de reprezentare (mandant) și terțul contractant.

§2. Terminologie

Versiunea în limba engleză a Regulamentului Roma I folosește cuvântul „*agent*” pentru a-l desemna pe mandatar, astfel cum acesta este încetățenit în limbajul juridic anglo-saxon: „*whether an agent is*

able to bind a principal (...) in relation to a third party" [art. 1 alin. (2), lit. (g)], ferindu-se în același timp de cuvântul „*representation*”, folosit mai ales în engleza continentală. De altfel, în numeroase ocazii, Profesorul *Christian von Bar* spunea, pe drept cuvânt, că există două limbi engleze vorbite de juriști în Europa: engleza britanică, folosind în mod adecvat conceptele juridice aparținând dintotdeauna acestei limbi, și engleza continentală, bazată pe transpunerea limbii engleze pe portativul conceptual al gândirii juridice aparținând țărilor care se integrează în marea familie romano-germanică. Aceasta din urmă s-a extins foarte mult, s-a oficializat, devenind engleza tot mai des întâlnită atât în cărțile și studiile dedicate diferitelor teme de drept, cât și în planul conferințelor și seminarelor internaționale. Cele două „versiuni” circulă nestânjenit în paralel, fără a se deranja reciproc. Engleza juriștilor care nu se regăsesc în clasificările lui Gaius pare a nu opune rezistență, ignorând-o pe cea „expansionistă”, „fabricată” de ceilalți, dornici să își extindă comunicarea și să transporte limbajul juridic dincolo de teritoriul tradițional, rezervat țării căreia îi aparține. Engleza (juridică) insulară se mărginește să își servească teritoriul, nedorindu-se stâlcită de gândirea juridică a restului continentului, în vreme ce aceasta din urmă a inventat propria sa engleză, bazată pe adecvări conceptuale, fiind menită să propulseze dorințele „expansioniste” ale comunicatorilor. Prima are de partea ei tradiția îndelungată și farmecul propriu, aparte, care a amprentat-o definitiv și care se luptă, prin intermediul limbajului juridic, să supraviețuiască; cea din urmă este engleza mai puțin complicată, aparținând celor care au nevoie de instrumentul limbii pentru a transcende granițele naționalului juridic.

A existat dintotdeauna o diferență remarcabilă, atât la nivel conceptual, cât și în ceea ce privește forma exprimărilor și a limbajului juridic, referindu-ne la Europa, între engleza britanică și cea folosită „de ceilalți”. Unificarea și armonizarea europeană a dreptului au condus, în ceea ce privește Regatul Unit, la coexistența a două moduri de a gândi juridic, suprapuse, domeniul de aplicare al *common law* restrângându-se progresiv. Așa cum remarca reputatul Profesor *Adrian Briggs* de la University of Oxford în prefața cursului său de drept internațional privat, această disciplină a încetat să mai reprezinte „*a common law discipline coming to terms with its new Euro-*

pean components”, transformându-se, dintr-o dată, într-o „European legal structure of private international law, if one with a residuum of common law content”^[1]. Și probabil, aprecia autorul, ediția următoare a cărții (a patra) va demonstra că „the only certainty is that this residuum will have shrivelled as the project to produce a common European code of private international law moves further in the direction it has set for itself”^[2]. Însă, între timp, a apărut Brexit, în urma referendumului din 23 iunie 2016, înainte de noua ediție a cursului, care a rămas în așteptare (*stand-by*), opțiune care, pe lângă complicațiile inerente, va conduce, probabil, la o revenire a modului tradițional (*common law*) de a gândi juridic cu o minimă coexistență a dreptului european^[3]. Probabil că, în planul dreptului internațional privat, normele europene vor continua să exercite încă o influență în Regatul Unit, necesară pentru asigurarea convergenței și a predictibilității în privința legii aplicabile în cazul raporturilor dintre cetățeni aparținând diferitelor state membre și cei din Regatul Unit sau cu reședința obișnuită acolo. Metoda, din perspectiva Regatului Unit, va fi cea a încorporării în legislația internă a normelor de conflict existente deja în plan european, mai ales în domeniile în care nu există tradiție și specificitate diferită, precum cel al contractelor. Însă diferențe vor exista, mai ales în ceea ce privește gândirea opozabilității situațiilor juridice, dar și în planul competenței internaționale, al

[1] A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., Oxford, 2013, *Preface*, p. V.

[2] *Ibidem*; A. BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, Oxford, 2014, *Preface*: „we have had a wholly new version of our subject laid down and still being laid out... It is no longer English law. Its civil and commercial core, in particular, has been taken over and is now found in European laws written in a mixture of black letters and invisible ink. Though the common law still controls some important parts of the subject, this territory is gradually being lost, and the common law rules of private international law are losing the universality which gave them their coherence. All this means that it no longer makes sense to think of our private international law as English. Its waters flow in two separate streams, but while one is in spate, the other is looking rather parched”.

[3] Pentru un amplu comentariu dedicat implicațiilor Brexit în planul dreptului internațional privat, a se vedea Dicey, *Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., 5th Cumulative Supplement, Sweet & Maxwell, Londra, 2018; de asemenea, A. DICKINSON, *Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws*, în *Journal of Private International Law*, vol. 12, nr. 2/2016.

recunoașterii și executării hotărârilor. În plus, după expirarea perioadei de tranziție (31 decembrie 2020), hotărârile Curții de la Luxembourg, date în interpretarea conceptelor și noțiunilor folosite în diferite regulamente, nu vor mai produce efecte în Regatul Unit, fiind deci previzibilă apariția unor conflicte de calificări. Viitorul rămâne, așadar, unul destul de incert.

Autorii *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* folosesc însă un alt limbaj, preferând termenul „representative” în loc de „agent” – 6:102:

„(1) A „representative” is a person who has authority to affect directly the legal position of another person, the principal, in relation to a third party by acting on behalf of the principal.

(2) The «authority» of a representative is the power to affect the principal’s legal position.

(3) The «authorisation» of the representative is the granting or maintaining of the authority.

(4) «Acting without authority» includes acting beyond the scope of the authority granted.

(5) A «third party», in this Chapter, includes the representative who, when acting for the principal, also acts in a personal capacity as the other party to the transaction”^[1].

§3. Abstracțiunea reprezentării. Considerații introductive

Abstracțiunea puterii de reprezentare este expresia gândirii juridice aparținând celei de a doua jumătăți a secolului al XIX-lea, ea fiind pentru prima dată enunțată de *Paul Laband* în anul 1866^[2]. El a admis

^[1] Pentru comentariu, a se vedea CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments*, Sellier, 2009, p. 414-450.

^[2] P. LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, în *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Band 10, 1866, p. 183-241. De asemenea, D. DIEMERT, *Paul Laband und die Abstraktheit der Vollmacht vom Kausalverhältnis oder „Der Meister des Staatsrechts auf Abwegen”*, în T. HOEREN (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker*, C.H. Beck, München, 2001, p. 151-187; H.P. WESTERMANN, *Drittinteressen und öffentliches*

autonomia juridică a puterii de reprezentare, distingând-o de raportul juridic din care izvorăște („*rechtlicher Unabhängigkeit der Vollmacht vom Grundgeschäft*”). Până la el nu s-a acordat atenție acestei detașări, conceptele de mandat și reprezentare fiind privite ca fiind sinonime. Gândirea juridică din acea vreme era încă ancorată în spiritul dreptului roman și în cel canonic al timpului, în general ostile, cu rare excepții, reprezentării^[1].

Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, în *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 208, 2008, p. 141-181.

[1] W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert*, în H. COING, W. WILHELM (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. II. Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977, p. 144-164. Dreptul roman era dominat de principiul „*alteri stipulari nemo potest*”, nefiind îngăduit nimănui să facă promisiuni sau să își asume angajamente în numele altei persoane (ULPIAN, *Digeste*, 45, 1, 38, 17: „*Alteri stipulari nemo potest, preterquam si servus domino, filius patri stipuletur*”), acest lucru fiind de la sine înțeles, bine cunoscut – „*quod vulgo dicitur*” (GAIUS, *Instituțiunile*, II, 9, 5). Pentru comentariu, a se vedea R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 34-40. A se vedea și I.C. CĂTUNEANU, *Curs elementar de drept roman*, ed. a 3-a, Ed. Cartea Românească, București, 1927, p. 367, unde precizează: „În tranzacțiile mandatarului cu terții nu apare însă nicidcum persoana mandantului. Mandantul nici nu dobândește acțiunile, rezultate din executarea mandatului, în contra terților cu care mandatarul a contractat; nici nu devine debitorul terților față de care mandatarul s-a obligat. Și creanțe și obligațiuni, deși născute în interesul mandantului, rămân juridicește fixate în persoana aceluia care a figurat la încheierea lor, adică în persoana mandatarului. Aceste norme sunt consecința logică a principiului admis la Romani, că efectele unui contract nu se pot răsfrânge asupra altor persoane decât asupra aceluia care au participat la încheierea lui. Prin urmare, subiectul îndatoririi sau a îndrituirii rezultată din executarea mandatului, este și rămâne mandatarului”. De asemenea, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, 1911, p. 582: „Le mandat n’existait naturellement pas plus que les autres contrats de bonne foi, au temps des Actions de la loi, et des vestiges de son inexistence à l’époque ancienne nous sont même fournis par la confection à cette époque de lois positives établissant des actions spéciales pour remplir des fonctions plus tard remplies par les actions *mandati directa* et *contraria*. En revanche, c’est le premier contrat de bonne foi dont l’existence soit attestée sous la procédure formulaire: non seulement les actions de mandat figurent dans l’énumération des actions de bonne foi de Q. Mucius Scaevola. (...) Nous croyons même très

Separația între mandat și reprezentare a condus la recunoașterea, în secolul al XIX-lea, a reprezentării directe (*direkte Stellvertretung*)^[1].

vraisemblable que, comme la plupart des autres rapports juridiques sanctionnés par des actions directes et contraires, le mandat, avant d'être sanctionné par une action de bonne foi *in jus*, l'a été par une action prétorienne *in factum*: les doutes sur la transmission contre les héritiers s'expliquent par exemple particulièrement bien pour l'action *in factum*".

[1] Teoria reprezentării directe (*Repräsentationstheorie*), în temeiul căreia reprezentantul acționează singur și direct, urmând ca efectele juridice să se răsfrângă nemijlocit („în temeiul unei ficțiuni”) asupra persoanei reprezentatului, a avut mulți adepți: Buchka, Brinz, Windscheid, Unger, Jhering, Laband etc. Teoria reprezentării directe se distingea astfel de teoria cesiunii (*Zessions-theorie*), prin care exclusiv reprezentantul devenea parte a contractului încheiat cu terțul, „reprezentatul” dobândind această calitate abia ulterior, în temeiul cesiunii: „*durch eine Zession, zu der jener (der Vertreter) verpflichtet ist und die sofort als geschehen angenommen werden kann*” (F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Band II, Berlin, 1853, § 57, p. 59). O altă teorie, cunoscută sub denumirea „*Geschäftsherrentheorie*” (teoria celui ce conferă puterea de reprezentare sau teoria potrivit căreia mandantul acționează/„încheie”), avându-l ca adept, printre alții, pe Savigny, consta, în esență, în faptul că reprezentantul nu era privit decât ca o prelungire „a mâinilor” reprezentatului, acesta din urmă fiind cel care, prin încheierea actului, devenea parte a contractului încheiat cu terțul, fără să mai prezinte importanță juridică raportul „de bază”, cel causal. Acesta din urmă „se dizolva” practic, neputându-se invoca, în principiu, eventualele vicii care să conducă la desființarea raportului încheiat în temeiul reprezentării. Altfel spus, folosind cuvintele lui Savigny, „(d)eciziile pe care le ia mandatarul meu între variatele posibilități pe care le am sunt totuși propriile mele decizii, mandatarul apărând în raport cu terțul ca un simplu mesager al voinței mele” (F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht...*, p. 59, trad.n., DAP). Dacă în cazul reprezentării directe actorul principal este reprezentantul (mandatarul), voința (decizia) sa fiind cea pusă în evidență, doar prin excepție cea a reprezentatului, lucrurile stau tocmai invers în cazul *Geschäftsherrentheorie*, aici voința celui reprezentat fiind cea care conține juridic, doar prin excepție voința reprezentantului: „*Legt man die Systematik von § 166 I und § 166 II BGB zugrunde, soll es regelmäßig auf den Vertreterwillen und lediglich ausnahmsweise auf denjenigen des Vertretenen ankommen. Diese Regel-Ausnahme-Verhältnis verträgt sich mit der Repräsentationstheorie, der zufolge sich aus der Urheberschaft des Vertreters für seine eigene Willenserklärung ohne Weiteres ergibt, dass die Erklärung nach seinen Willensinhalten beurteilt werden muss und nicht nach denjenigen des Vertretenen. Die Geschäftsherrentheorie muss das Verhältnis hingegen umkehren: Im*

Era vorba, de fapt, despre recunoașterea, în planul științei dreptului, a unor efecte care, în circuitul comercial, deveniseră deja realități încă din secolul al XVII-lea^[1]. Abia în secolul al XVIII-lea și începutul secolului al XIX-lea reprezentarea directă și-a găsit reglementarea explicită în codificările ce au fost adoptate. Reprezentarea directă se distingea fundamental de teoriile anterioare, în special de *Geschäftsherrentheorie*, prin aceea că reprezentantul nu mai este privit ca un simplu mesager (curier) al voinței celui ce l-a împuternicit.

§4. Savigny

Ca susținător al *Geschäftsherrentheorie*, Savigny a încercat să împace avantajul indiscutabil al admiterii reprezentării directe cu spiritul dreptului roman, de care se simțea puternic legat și pe care nu îl putea abandona. Pentru Savigny, dreptul roman nu era istorie, ci prezent. Susținând că istoria este o nouă idee a științei^[2], el s-a opus tendinței timpului de a privi și interpreta izvoarele dreptului roman într-o manieră non-istorică. Pentru el abordarea istorică a izvoarelor dreptului roman constituie parte intrinsecă a acestora, fiind indispensabilă pentru înțelegerea corectă a *Corpus Iuris Civilis* ca o codificare de drept pozitiv! Cum remarca Profesorul Joachim Rückert^[3], Savigny

Regelfall müsste es auf den eigenen Willen des vertretenen ankommen und ausnahmsweise auf den des Vertreters. Daher scheint § 166 BGB die Repräsentationstheorie zu stützen" (C. THOMALE, *Leistung als Freiheit: Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 74).

Pe de altă parte, prin disjungerea între cauză (rațiune) și efecte, între cel ce perfectează și cel ce se consideră obligat juridic prin contract, adepții teoriei reprezentării directe au pus piatra de temelie pentru recunoașterea distinctibilității reprezentării de mandat.

^[1] R. DOERNER, *Die Abstraktheit der Vollmacht. Zur mangelnden Begründbarkeit eines bürgerlichrechtlichen Lehrsatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, p. 31.

^[2] F.C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über Juristische Methodologie*, 1802/1803, 4r, p. 93.

^[3] J. RÜCKERT, în J. RÜCKERT, R. SEINECKE, *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 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

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 prezerve 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 îl prezerve, dar și să îl 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!

Savigny a fost un puternic opozant al unificării legislației și elaborării unui cod civil. Pentru el dreptul nu putea fi identificat cu normele legislației pozitive, acestea din urmă neputând afecta integritatea instituțiilor și principiilor sacre ale dreptului roman, care transcend istoria umanității^[1]. Cum remarca un alt mare romanist, Okko

worden waren, sondern die wohlbedacht gesammelte Darstellung und Sicherung des vorhandenen Rechtszustandes”.

^[1] Pentru Savigny pozitivismul dreptului roman nu se reducea la *Corpus Iuris Civilis*, această compilație trebuind citită în lumina abordării istorice, incluzând toate izvoarele care i-au precedat, inclusiv dezbaterile jurisconsultilor. Metodologia lui juridică presupunea, ca element cardinal, inventarierea sistematică a tuturor izvoarelor dreptului roman, preluarea și adaptarea lor de către doctrina actuală, astfel încât să ajungem la ceea ce el numea „dreptul roman actual” („*heutigen Römischen Recht*”). De altfel, așa se și numește lucrarea sa de căpătâi: *System des heutigen römischen Rechts*, publicată în 9 volume (8 volume plus registru) între 1840 și 1849. Traducerea franceză, realizată de CH. GUÉNOUX, o intitulază eronat „*Traité de droit romain*”; în realitate, prin această lucrare monumentală, Savigny nu s-a redus la analiza sistematică și amănunțită a instituțiilor dreptului roman, ci a mers mult mai departe, aducându-l la zi prin actualizare și adaptare în spiritul timpului, dar fără a afecta esența instituțiilor romane, pe care le-a considerat sacre. A se vedea, legat de acest aspect, observația per-

ținută a Profesorului *Filippo Ranieri*: „basta confruntare il titolo originale dell'opera di Savigny *System des heutigen Römischen Recht* colla traduzione in francese del Guénoux, *Traité de droit romain*, per rendersi conto dell'importanza di una analisi siffatta; «*traité*» non è «*System*», e «*droit romain*» non è certo «*das heutige römische Recht*» nel senso savigniano del termine. Già ciò basterebbe forse a far sorgere il sospetto di una incosciente trasformazione dell'opera di Savigny da un lavoro di teoria generale del diritto civile in una semplice opera storica sul diritto romano” (F. RANIERI, *Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel secolo XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, în *Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 61 – întregul volum aparține lui Ranieri, cuprinzând studii în limbile germană și italiană). Savigny a publicat renumitul tratat privind posesia (*Das Recht des Besitzes*), două volume dedicate obligațiilor (*Das Obligationenrecht*, care era forma actualizată a părții dedicate obligațiilor din *System...*), *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (Istoria dreptului roman în evul mediu) în 6 volume, *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. A fost cofondator, împreună cu K.F. Eichorn și J.F.L. Göschen, al *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815). A fost un spirit critic și metodic, fiind contemporan cu Jhering. Cei doi și-au urmărit reciproc cariera, stilurile lor fiind însă diferite. La auzul veștii privind moartea lui Savigny, Jhering, cu o anume doză de malițiozitate, a exclamat: „s-a prăbușit un copac greu care nu mai producea de mult timp fructe” (a se vedea J. BENEDICT, *Savigny ist tot! Zum 150. Todestag von Friedrich Carl von Savigny und seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft*, în *JuristenZeitung* nr. 22/2011, p. 1073 et seq.). Spiritul antipozitivist al lui Savigny și-a pus amprenta asupra metodologiei juridice din Germania de astăzi. Dovada o constituie existența clauzelor generale (*Generalklauseln*) – e.g., *Treu und Glauben* (principiul încrederii și al bunei-credințe, § 242 BGB) –, care au făcut obiectul a numeroase articole și studii, acțiunea lor fiind deseori reflectată în deciziile instanțelor germane. Ele permit judecătorului să nu țină seama de o anume dispoziție normativă, să o „corecteze pentru speță” sau să o adapteze ori de câte ori aplicarea normei vizate produce inechitate în cazul concret. Pentru un studiu de referință dedicat clauzei generale, a se vedea F. BYDLINSKI, *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln* (Posibilități și limite ale determinării clauzelor generale actuale), studiu fundamental, în O. BEHREND, M. DIEBELHORST, R. DREIER (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker* (Dogmatica dreptului și rațiunea practică. Simpozion dedicat lui Franz Wieacker cu ocazia împlinirii vârstei de 80 de ani), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1990, p. 201 et seq. Potrivit Profesorului *Franz Bydlinski*, „(c)lauzele generale trebuie înțelese, în primul rând, ca norme de trimitere (*Verweisungsnormen*) sau (și) ca norme de autorizare (împuternicire) a judecătorului (*Ermächtigungsnormen an den*

Behrends, considerat, alături de *Franz Wieacker*, unul dintre cei mai mari romaniști ai contemporaneității, convingerea lui Savigny era aceea că izvoarele prezervate ale juriștilor romani trebuie citite „într-un sens literar” („*mit literarischen Sinn*”), deoarece el cunoștea că atât „substanța științei lor” („*der Stoff ihrer Wissenschaft*”), cât și „însăși admirabila lor metodă” („*ihre bewunderungswürdige Methode selbst*”) aparțin, cu predilecție, juriștilor (*Digestejuristen*) perioadei târzii a Principatului, trăgându-și originile din „perioada libertății”. Această asumare a fost esențială pentru el, deoarece doar în condiții de libertate, în sfera politică și privată, dreptul se poate construi pe sine în acord cu cerințele metodei romane, privind raporturile juridice ale fiecăruia în strânsă legătură cu individualitatea persoanelor între care acestea se leagă. Totuși, ne spune *Okko Behrends*, această accepțiune literară, prin care Savigny privește la perioada Republicii, nu trebuie absolutizată; mai precis, ea este limitată de puternica sa convingere că adevăratul drept se revelează omului prin experiența istorică^[1]. Convingerea profundă a lui Savigny a fost aceea că romanii

Richter)” (*ibidem*, p. 199, trad.n., DAP). De aceea, versiunea modificată (ajustată) a normei ca efect al intervenției clauzei generale („*Ermächtigungsversion*”) poate fi considerată, de fapt, o subcategorie a normei, ce ia ființă ca efect al trimiterii (*Verweisung*) acesteia la discreția judecătorului competent; de asemenea, în limba română, D.A. POPESCU, *Despre impactul puțin probabilului sau cum se poate dezvolta o etică a cazului – clauzele generale și clauzele de excepție*, în M. NICOLAE, R. RIZOIU (eds.), *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 197 et seq. Cu alte cuvinte, dreptul nu se reduce la „legislația pozitivă” a momentului, care este seculară sau subseculară; aceasta din urmă nu poate terfeli principiile sacre al dreptului privat, care vin de la romani și care sunt imanente gândirii juridice, de acum și dintotdeauna.

[1] O. BEHREND, *Savignys Geistigkeit und der Geist der justinianischen Kodifikation. Fortdauernde Wirkung trotz gravierender neuzeitlicher, nationalistischer und idealistischer Missdeutungen*, în St. MEDER, C.E. MECKE, *Savigny Global 1814-2014. Von Beruf unserer Zeit zum Transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2016, p. 36-37: „*Der «literarische Sinn», mit dem Savigny auf die Republik blickt, ist durch seine Grundannahme, dass das wahre Recht sich den Menschen in der geschichtlichen Erfahrung offenbart, allerdings auf eigentümliche und bezeichnende Weise eingeschränkt. Er vermag kraft dieses Vorverständnisses zwar von den Juristen dieser Epoche zu konstatieren, dass (Beruf S. 31) «ihre Kunst zugleich zu wissenschaftlicher Erkenntnis und Mitteilung*

au cunoscut adevărul superior, universal valabil, anume că dreptul nu poate fi niciodată separat de conținutul său ordonator (orânduitor), el înfățișându-se astfel ca o putere normativă și spirituală vie („*eine lebendige geistige Ordnungsmacht*”) care se manifestă în realitatea socială și de care nu poate fi detașată, indiferent dacă se referă la un raport juridic concret sau la întreaga știință a dreptului pozitiv respectiv^[1].

ausgebildet ist», muß dann jedoch paradoxerweise, indes für seinen Rechts-glauben grundlegend, behaupten, dass dies nicht vermöge Reflexion, sondern durch ein «mehr unwillkürliches Mittel» geschehen sei, nämlich «eine treffliche Kunstsprache, die mit der Wissenschaft so zusammenfällt, dass beide ein unauf-lösliches Ganze zu bilden scheinen». Das begriffliche Wissen, das in dieser «Kunst-sprache» gefasst ist, entstammt folgerichtig nicht menschlichem Nachdenken und Prägungen, sondern der Erfahrung mit geistigen Gegenständen, die in den Augen der römischen Juristen einen eigenen Ursprung haben. «Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkür hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang vertraut geworden ist». Daher verbinde die römischen Juristen eine so «tief (...) gegründet(e)» «Gemeinschaft des wissenschaftlichen Besitzes», dass sie auf «die äußeren Mittel dieser Gemeinschaft geringen Werth legen». So seien «ihre Definitionen größtentheils sehr unvollkommen», aber «ohne daß die Schärfe und Sicherheit der Begriffe im Geringsten darunter leide[t]». Das ist alles innerlich höchst folgerichtig, der Klarheit der Begriffe höherer Herkunft können die von Menschen verschuldeten Mängel ihrer definitorischen Bemühungen nichts anhaben. Entscheidend ist, dass die Juristen jene Begriffe im Entscheidungs-handeln richtig erfassen und anwenden; wie ihre dem abstrahierenden Denken zugehörenden, wissenschaftlichen Definitionsbemühungen ausfallen, ist daneben gleichgültig. Die wahren Begriffe dagegen vermögen nach Savigny sogar eine «Kunst(!)sprache» zu prägen, die jeder Sprache reflektierter Wissenschaft überlegen ist”.

^[1] O. BEHREND, *Savignys Geistigkeit...*, p. 30: „Die begeisterte Zeilen, die Savigny der Beschreibung der von ihm bewunderten Methode widmet, bekunden allesamt das Gegenteil, nämlich Savignys tiefe Überzeugung, dass die Römer gerade darin, eine allgemeingültige höhere Wahrheit erkannt haben, dass sie das Recht niemals von seinem ordnenden Inhalt getrennt haben: *Das Recht erscheint danach als eine lebendige geistige Ordnungsmacht, die sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit manifestiert und von ihr nicht abgelöst gedacht werden darf, gleich ob es um eine konkretes Rechtsverhältnis oder die gesamte Wissenschaft des jeweiligen positiven Rechts handelt. Nie hätten daher die Römer die Wissenschaft des Rechts von dem lebendigen Gegenstand, den es organisiert, getrennt gedacht.* Dem Fehler, dass Recht anschauungslos und damit realitätslos zu

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 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 astfel 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 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 îl legitimeze ca persoană autoresponsabilă” (trad.n., DAP):

„Das römische Recht hat auf diese Weise eine endzeitlich gestimmte Religion mit der Welt zu versöhnen vermocht. Geistig vertieft wurde dies dadurch, dass Justinian sich für seine Kodifikation und ihre Rechtfertigung auf die augustinish interpretierte Trinität berief, die nicht nur als dreigliedrige, göttliche Vergangenheit (Vater), Gegenwart (Sohn) und Zukunft (Heiliger Geist) umfassende Kraft Transzendenz und Geschichtlichkeit beherrscht.

entwickeln, seien sie nie verfallen. Theorie und Praxis fielen ihnen notwendig zusammen. Dass diese Anschauung die richtige ist, entspricht, wie Savigny im Rückblick sagt, einem Urteil, das er sich nicht durch theoretische Reflexion, sondern durch Erfahrung gebildet habe, zunächst durch das Studium der römischen Juristen und dann bestätigt durch eigene praktische Tätigkeit” (s.n., DAP).

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^[1].

Iustinian reînnoiește astfel misiunea divină, încredințând lumii o colecție de norme, un codex „venit ca un dar ceresc” (*Guillaume Budé*), care, redând conceptele, gândirea și spiritul dreptului roman, este destinat întregii lumi. Dreptul roman a fost hărăzit pentru a încorpora întreaga știință a dreptului destinată umanității. Atât timp cât va fi studiat și aplicat, nu va veni sfârșitul lumii^[2]! De altfel, în *Constitutio Tanta de confirmatione Digestorum* din decembrie 16 AD 533 (versiunea Mommsen)^[3], Iustinian își pune destinul codificării sub amprenta divină, prefigurând ceea ce istoria a confirmat ulterior: dreptul roman, ca spirit (*Geist*) și conceptualitate juridică (*Rechtsbegriffe* sau *Begrifflichkeit*), nu va cunoaște sfârșit; va fi mereu actual și pozitiv:

„Tanta circa nos divinae humanitatis est providentia, ut semper aeternis liberalitatibus nos sustentare dignetur^[4]. Post bella enim parthica aeterna pace sopita postque Vandalicam gentem ereptam et Carthaginem, immo magis omnem Libyam Romano imperio iterum sociatam et leges antiquas iam senio praegravatas per nostram vigilantiam praebuit in novam pulchritudinem et moderatum pervenire compendium: quod nemo ante nostrum imperium umquam speravit neque humano ingenio possibile esse penitus existimavit. Erat enim mirabile Romanam sanctionem ab urbe condita usque ad nostri imperii tempora, quae paene in mille et quadringentos annos concurrunt, intestinis proeliis vacillantem hocque et in imperiales constitutiones extendentem in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque

[1] O. BEHREND, *Savignys Geistigkeit...*, p. 32.

[2] *Ibidem*, p. 33, inclusiv nota nr. 18.

[3] Disponibilă la adresa https://www.researchgate.net/publication/258203934_Constitutio_Tanta_Mommsen.

[4] „Astfel, atât de mare este umanitatea providenței divine, care cu generozitatea sa eternă ne susține” (trad.n., DAP).

idem neque simile in ea inveniatur et ne geminae leges pro rebus singulis positae usquam appareant. Namque hoc caelestis quidem providentiae peculiare fuit, humanae vero imbecillitati nullo modo possibile. Nos itaque more solito ad immortalitatis respeximus praesidium et summo numine invocato deum auctorem et totius operis praesulem fieri optavimus et omne studium Triboniano viro excelso magistro officiorum et ex quaestore sacri nostri palatii et ex consule credidimus eique omne ministerium huiusmodi ordinationis imposuimus, ut ipse una cum aliis illustribus et prudentissimis viris nostrum desiderium adimpleret. Nostra quoque maiestas semper investigando et perscrutando ea quae ab his componebantur, quidquid dubium et incertum inveniebatur, hoc numine caelesti erecta emendabat et in competentem formam redigebat. Omnia igitur confecta sunt domino et deo nostro i Hesu Christo possibilitatem tam nobis quam nostris in hoc satellitibus praestante” (s.n., DAP)^[1].

^[1] Aceeași idee o întâlnim și la H.J. BERMAN, *Law and Logos*, în *DePaul Law Review*, vol. 44, nr. 1/1994, p. 164-165: „in the historical context of an emerging and still most fragile global order, a transnational, cross-cultural, inter-religious commitment to the search of a higher spiritual truth is needed if the ethnic and territorial and cultural (including religious) forces of disintegration are not to frustrate the formation of a world society and, eventually, a world community. I have called the new age into which mankind is entering the age of the holy spirit; this is an ecumenical image, which not only corresponds to Christian tradition but is only congenial to adherents of other religions as well as to those humanists who disclaim religious affiliation but nevertheless hold some values to be sacred. I believe that only a shared in the common destiny of mankind gradually to form a world community will provide the vision and the emotional support necessary to be continued creation of a world order governed by law.

There is an intimate connection between the creation of such world order and an integrative jurisprudence. In the new age which mankind is entering the legal processes that necessary to sustain a world society are being established partly by legislation, reflecting the policies of official bodies, and partly by judicial and quasi-judicial action, reflecting official principles of justice in the application of laws but chiefly by unofficial processes of negotiation and agreement among those who participate in the establishment of various types of transnational relations. It is primarily through the language of contractual negotiation and agreement that transnational customary has developed in the past and will continue to develop in the next generations. A higher spiritual power is already at work here in making it possible for persons of different cultures and different

§5. Jhering

Un pas înainte pe calea separației dintre reprezentare (*Vollmacht*), privită ca putere (*Macht*), care se manifestă în exterior (*Außenverhältnis*), și mandat (*Auftrag*), ale cărui efecte privesc relația internă dintre împuternicit și cel ce împuternicește (*Innenverhältnis*), a fost făcut de *Rudolf von Jhering*. El deosebește între reprezentarea directă, nemijlocită (*unmittelbaren Stellvertretung*) și cea indirectă (*mittelbare Stellvertretung*, „*Ersatzmann*”), în temeiul primeia actul fiind încheiat în numele celui reprezentat, născându-se astfel un raport extern („*ein äußerer Tatbestand geschaffen wird*”), în vreme ce, în cazul celei din urmă, relația dintre cel ce reprezintă (*Ersatzmann*) și cel reprezentat (*Geschäftsherrn*) este una ocultă, care nu trebuie dezvăluită („*nicht offen legen muss*”^[1]).

Jhering nu merge însă până la abstracțiunea puterii de reprezentare, limitându-se la distingerea între cele două „aspecte” (intern și extern) ale unuia și aceluiași raport juridic: „În cazul reprezentării voluntare – spune el – mandatarul și mandantul desemnează raportul relativ dintre cele două persoane, partea internă a raportului; dimpotrivă, numim reprezentant și principal calitatea lor față de terțele persoane, caracterul absolut, partea externă a relației”^[2]. Însă, deși diferențiază între cele două aspecte ale relației reprezentării, recunoscând caracter relativ raportului intern și absolut celui extern, Jhering nu merge totuși mai departe în a recunoaște independența (*Selbstständigkeit*) celui din urmă față de primul. Admite însă posibili-

religious beliefs to understand each other and to create a common legal language”. Acest studiu este disponibil și la adresa <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1819&context=law-review>, consultată la 7 ianuarie 2018.

^[1] R. DOERNER, *op. cit.*, p. 42.

^[2] *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen rechts*, I, Jena, 1857, p. 273, *apud* R. DOERNER, *op. cit.*, p. 42: „Bei der mandierten Stellvertretung nämlich bezeichnet Mandatar und Mandat das relative Verhältnis zwischen diesen beiden Personen, die innere Seite des Verhältnisses, Stellvertreter und Prinzipal hingegen ihre Qualität dritten Personen gegenüber, ihren absoluten Charakter, die äussere Seite des Verhältnisses”.

tatea existenței mandatarului fără împuternicire, cât și a reprezentantului fără mandat.

Demn de remarcat este și eseul său intitulat „În paradisul concepțelor juridice” („*Im juristischen Begriffshimmel*”), în care, nemulțumit de modul în care evolua lumea pandectismului din timpul său, își imaginează propria moarte și dialogul spiritului său decorporalizat cu îndrumătorul spiritual care îl întâmpină explicându-i că „adevărata existență este de natură imaterială, întreaga lume este spirit, iar tu însuși ești o parte a ei. Ceea ce gândești există – gândirea și ființa fiind una” („*Das wahre Sein ist immaterieller Art, die ganze Welt ist Geist, und Du selber bist ein Stück davon. Was du denkst, das ist – Denken und Sein sind Eins*”). Își imaginează toată splendoarea concepțelor juridice așezate într-o lume perfectă, pregătită să îl întâmpine ca pe un mare romanist. Există un pasaj în acest superb eseu în care Jhering, ajuns în această lume idilică, își întrebă îndrumătorul spiritual (*den Seelenführer*), pe nume *Psychophoros*, despre cum a evoluat construcția sa asupra reprezentării directe. Și iată răspunsul pe care îl primește:

„Este pur și simplu imposibil. Nu ne putem imagina ca acțiunea lui A să fie considerată ca fiind a lui B, ceea ce ar fi fost necesar pentru ca efectele în privința celui din urmă să se producă. Așa cum o persoană nu poate lua un medicament în numele altuia, tot astfel nu poate acționa în numele altuia, prima fiind o imposibilitate biologică, cea din urmă una logică – efectul putându-se produce numai în privința persoanei care încheie, căreia cauza (actul) îi precedă. Când dreptul pozitiv stabilește că, în cazul unui contract încheiat pe seama și în numele altuia, doar mandantul, nu mandatarul, devine titularul drepturilor și al obligațiilor, acest lucru trebuie considerat pur arbitrar, o atingere adusă tuturor legilor gândirii juridice, romanii găsind răspunsul corect, în sensul că efectele contractului vor trece mai întâi asupra persoanei reprezentantului și abia apoi de la acesta la cel reprezentat”^[1].

[1] Am citat după lucrarea originală: R. VON JHERING, *Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild*, în *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Linde Verlag, Viena, reeditare iulie 2009, p. 261-262: „*Sie ist einfach unmöglich. Man kann sich nicht denken, daß die Handlung des A die des B sei, was doch nöthig sein würde, damit die Wirkungen derselben Lezterem zu Gute kämen. So wenig der eine für*