

## **Retractul litigios – nevirtuoasa preempțiune a debitorului?**

Prin lucrarea de față ne-am propus să realizăm o scurtă incursiune prin instituția retractului litigios, astfel cum acesta era reglementată în vechiul Cod civil, prin raportare la soluția alesă în Codul civil 2009 de a elimina cesiunea de drepturi litigioase și retractul litigios dintre varietățile de vânzare, năzuind a reuși să acoperim toate aspectele pozitive și negative ale acestei instituții care a cunoscut aplicabilitate vreme de 145 de ani.

Întrucât oportunitatea oricărui concept și instituție juridică nu poate fi stabilită în mod corect decât prin analiza practicii create, vom încerca să prezentăm și o cazuistică relevantă.

Deoarece instituția nu se mai regăsește în noul Codul civil nu vom studia în detaliu fiecare problematică și discuție ridicată de textul de lege, pe de altă parte în acord cu împăratul Iustinian care considera comentarea legilor aducând, de multe ori, mai mult confuzie în legi. Vom încerca să surprindem pe scurt câteva dintre aspectele instituției, axând studiul nostru în prima parte asupra evoluției instituției retractului, de la origini și până în prezent, realizând și o trecere comparativă prin legislația altor state, pentru ca în cea de-a doua parte a lucrării să prezentăm argumentele pentru și împotriva reglementării retractului litigios.

### **I. PRIMUM DIVIDAM**

*Lectura:* În această primă etapă ne propunem să facem lectura textului juridic așa cum se regăsea în art. 1402-1404 vechiul Cod civil.

Art. 1402 „Cel în contra căruia există un drept litigios vândut, se va putea libera de cesionar numărându-i prețul real al cesiunii, spezele contractului și dobânda din ziua când cesionarul a plătit prețul cesiunii.”

Art. 1403 „Lucrul se socotește litigios când există proces sau contestație asupra fondului dreptului.”

Art. 1404. Dispozițiile art. 1402 încetează:

1. când cesiunea s-a făcut la un comostenitor sau coproprietar al dreptului cedat.
2. când s-a făcut la un creditor, spre plata creanței sale.
3. când s-a făcut către posesorul fondului asupra căruia există dreptul litigios.

Art. 45 Codul comercial „, Retractable litigios prevăzut de art. 1402, 1403 și 1404 din Codul civil nu poate avea loc în caz de cesiune a unui drept derivând dintr-un fapt comercial.”

*Summa:* Textul citat reglementează retractul litigios, ce constituie o manifestare unilaterală de voință, în temeiul căreia debitorul unui drept litigios, care a fost transmis de către creditor unei alte persoane, printr-o cesiune de creanță cu titlu oneros, poate să stingă litigiul și totodată obligația sa, oferind cesionarului suma cu care el a plătit efectiv cedentului creanța respectivă, împreună cu cheltuielile cumpărării și cu dobânzile aferente, de la data plății cesiunii.

## II. SECUNDUM PONAM CASUM

*În această etapă vom începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, identificând legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică; vom realiza astfel o diagnoză juridică.*

1. Astfel, să presupunem că A îl acționează în judecată pe B, solicitând instanței să constate existența dreptului său de proprietate împotriva pârâtului, posesor al imobilului revendicat. A vinde dreptul său litigios de proprietate lui C, iar B, în vederea terminării mai rapide a litigiului și asigurării dreptului său, exercită retractul litigios împotriva lui C.

2. A cheama în judecată pe B solicitând obligarea la plata sumei de 100 milioane lei.

La primul termen de judecată A depune un contract încheiat cu C prin care probează că a vândut creanța sa lui C pentru suma de 100 milioane lei și cere introducerea acestuia în proces (în locul lui). Instanța încuviințează cererea și îl citează pe C în calitate de reclamant.

B, prezent în instanță, declară că execută dreptul de retract litigios și la următorul termen depune dovada ca a consemnat suma de 100 milioane.

3. A introduce o acțiune în daune contra lui B, solicitând repararea prejudiciului de 100000 de lei, produs printr-o faptă ilicită, iar înainte de pronunțarea soluției, cesionează lui C creanța litigioasă contra sumei de 50000 de RON, situație în care B poate solicita retractul litigios, substituindu-se prin aceasta în drepturile lui C contra plății sumei de 50000 lei și a dobânzii legale la această sumă.

### III. TERTIUM, HISTORIA REGULAE EXPLORABO

*În această a treia etapă voi cerceta evoluția istorică a regulei de drept, urmând axa verticală a analizei comparativiste.*

Instituția retractului își are originea în dreptul roman. În Roma antică, în epoca republicană s-a adoptat Lex Licinia care interzicea cu totul cesionarea acțiunilor divizorii, *ad potentiolem*, făcută unui cumpărător mai puternic. Mai târziu, prin edictul pretorian *De Alienatione iudicii mutandi causa* s-au prevăzut unele dispoziții tinzând a apăra pe debitori, pentru ca apoi, prin edictul lui Augustus, se reglementează cesiunea de drepturi litigioase la persoanele care cunoșteau că dreptul este litigios. Cu timpul, dispozițiile care interziceau cesionarea drepturilor litigioase au fost generalizate prin constituțiile lui Dioclețian și Maximilian (*Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus proestare, vel actiones in se transferre*). Împăratul Anastasio a fost acela care, determinat de protestele constante contra abuzurilor speculanților, a adoptat o constituție denumită *Per diversas*, cunoscută și sub numele de *Lex Anastasio* și care permitea retractul litigios. După această lege, cumpărătorii de procese erau considerați *speculatori: emtores litium fortunis alienis inhiantes*.

Rățiunea acestei legi era de a împiedica cupiditatea cumpărătorilor de procese care speculau în detrimentul debitorilor acționați, îngreunându-le poziția prin substituirea unui nou creditor, dispus a înmulți rigorile de procedură și astfel a face și procesele interminabile: că principiul acestei legi, de la legea Ab Anastasio și până astăzi are aceeași rațiune ca una ce distruge speculațiile periculoase și cupide, ceea ce este mai moral și mai util societății decât o pretinsă atingere adusă dreptului de proprietate.

Din punct de vedere al istoriei apariției acestei instituții în dreptul nostru, se consideră că dreptul ce aveau la noi, în societatea aristocratică de altă dată, rudele și chiar vecinii vânzătorului unui imobil de a revendica imobilul vândut, sub condiția de a plăti prețul cumpărătorului (*dreptul de protimisis*), era deci un retract în toată puterea cuvântului. Vechea legiuire franceză îl numea chiar astfel (*retrait litignager*). Acest retract, pe care Montesquieu l-a numit taina jurisprudenței franceze a fost desființat împreună cu alte drepturi feudale, prin legea din 19 iulie 1790.

În dreptul modern, atât cesiunea drepturilor litigioase, cât și retractul litigios a fost reglementat în Codul civil francez, din care aveau să se inspire, până la copiere codurile altor

țări. Influența franceză, dar și belgiană ori italiană s-au simțit puternic și în dreptul nostru, chiar înainte de adoptarea Codului civil.

Această influență, criticată la timpul respectiv cu motivarea că prin adoptarea normelor franceze nu se mai ținea seamă de vechiul drept românesc, iar mai târziu, în timpul comunismului, cu motivarea că ar fi fost generată din tendințe cosmopolite față de occident, se dovedește astăzi benefică pentru dreptul nostru care trebuie nu numai să fie asemănător dreptului existent în celelalte state europene, în caz contrariu părțile nemulțumite putându-se adresa la CEDO, dar și în conformitate cu legislația europeană.

Insituția reglementată în art. 1402 vechiul Cod civil se considera a-și avea originile în Codul civil francez, declanșând numeroase controverse în doctrina românească încă de la începuturile sale, lumea juridică împărțindu-se între susținătorii retractului și oponenții acestei instituții, cea mai mare parte a doctinarilor fiind însă împotriva reglementării retractului pentru motive pe care le vom analiza într-o altă parte a lucrării noastre.

Prin noul Cod civil legiuitorul român a realizat o modernizare și o extindere a reglementărilor contractului de vânzare-cumpărare, cel mai important și extins contract din cod, fiind preluate multe dintre soluțiile doctrinare și jurisprudențiale formate anterior intrării în vigoare a noului Cod. De asemenea, noul Cod civil a fost inspirat din legislațiile altor state și din proiectele de coduri europene ale contractelor. O importanță majoră în modificările produse prin noua reglementare sunt justificate prin sistemul unitar adoptat, noile norme urmând a se aplica atât raporturilor dintre particulari, cât și raporturilor dintre profesioniști, acestea au fost gândite într-un mod care să corespundă ambelor, fiind astfel preluate soluții conținute de legislația comercială, chestiune care poate justifica eliminarea din noul Cod civil a vânzării de drepturi litigioase și a retractului litigios.

Cu toate acestea, există însă autori care tratează vânzarea de drepturi litigioase ca o varietate de vânzare, având un profil juridic aparte. Argumentul pe care îl invocă acești autori îl reprezintă art. 1653 noul Cod civil ar reglementa indirect vânzarea de drepturi litigioase. O astfel de argumentare nu poate fi permisă întrucât acest articol nu face decât să reglementeze o incapacitate specială de a cumpăra, iar nu o varietate de vânzare, cu un regim propriu, astfel cum vânzarea de drepturi litigioase și retractul erau reglementate în vechiul Cod, care a consacrat acestor insituții trei articole (1402, 1403, 1404). Așadar, în lumina acestor fapte, considerăm altături de alți autori că vânzarea având ca obiect drepturi litigioase nu este altceva decât o

vânzare de drept comun având ca obiect un drept litigios, astfel cum este definit prin art. 1653 alin. (3).

Alți autori<sup>1</sup> consideră că ideea de retract litigios este cuprinsă implicit de art. 1704 care sub titlul de „Înlăturarea evicțiunii de către cumpărător” prevede că „ Atunci când cumpărătorul a păstrat bunul cumpărat plătind terțului evingător o sumă de bani sau dându-i un alt bun, vânzătorul este liberat de urmările garanției, în primul caz prin rambursarea către cumpărător a sumei plătite cu dobânda legală calculată de la data plății, iar în al doilea caz prin plata valorii bunului dat, precum și, în ambele cazuri, a tuturor cheltuielilor aferente.”

Nici în acest caz nu putem fi de acord cu această interpretare total lipsită de fundament a unui articol care nu face altceva decât să reglementeze o situația specială care îi permite cumpărătorului să își conserve dreptul său, iar vânzătorului să se libereze de urmările garanției restituind suma plătită de cumpărător sau valoarea bunului dat de acesta. Situația nu este deloc similară celei reglementate de art. 1402 vechiul Cod civil, nefiind vorba despre două vânzări, dobânditorul bunului pe cale de a fi evins necumpărând un drept litigios de la terțul evingător, așadar nu are calitatea de cesionar, fiind mai curând vorba despre o tranzacție. Neexistând o primă vânzare de drepturi litigioase nu poate fi vorba despre exercitarea unui retract de către vânzător, el doar restituind cumpărătorului ceea ce acesta a cheltuit în vederea conservării dreptului său aflat pe cale de a se pierde din culpa vânzătorului, în vederea eliberării de obligația sa de garanție.

Același autor consideră că efectele retractului pot fi obținute și prin renunțarea cesionarului la dreptul pretins, act de dispoziție procesuală care poate interveni în urma negocierilor dintre cesionar și pârât. În acest caz nu numai că nu putem vorbi despre obținerea unor efecte similare retractului, dar nici nu sunt îndeplinite condițiile retractului. Neexistând bazele retractului, cea de-a doua vânzare de drepturi, pârâtul nerestituind nimic cesionarului nici nu putem vorbi despre desființarea unei vânzări de drepturi litigioase, iar procesul nu se stinge ca urmare a dobândirii de către o parte a ambelor calități de pârât și reclamant.

---

<sup>1</sup> D.C. Florescu, *Contracte civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 86.

#### IV. QUARTUM COMPARABO

*În acest stadiu al cercetării, metodologia școlii dreptului organic impune, pe axa orizontală a operei de comparare, să cuprindem în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial și la texte similare sau cu obiect asemănător din cadrul altor familii sau sisteme de drept.*

În secolul al XIX-lea retractul litigios a fost reglementat în Codul civil francez (art. 1543, 1544), Codul civil spaniol (art. 1521-1525), Codul civil al cantonului elvețian din Vaud (art. 1199-1200), Codul civil sard (art. 1705-1706), Codul civil italian de la 1865 (art. 1546-1548), Codul civil portughez de la 1867 (art. 786-787), Codul civil cilian (art. 1911-1914), Codul civil argentinian (art. 1446, 1454-1455), Codul civil uruguaian (art. 1725-1726). Numai Codul civil german a refuzat să reglementeze retractul litigios.

În schimb, în secolul XX, retractul litigios a dispărut în mod practic din codurile civile, din cauza durelor critici ale doctrinei franceze, în frunte cu Lorent.

Nu îl mai găsim în Codul italian din 1942 și nici în Codul portughez de la 1966. Excepție face Codul civil filipinez din 1949 (art. 1634-1635 care practic sunt o traducere a art. 1535 și 1536 din Codul civil spaniol, fără alte modificări decât aceea că retractul litigios se va putea exercita în termen de 30 de zile în timpul ce art. 1535 alin. 3 din Codul spaniol prevede că retractul se poate exercita în termen de 9 zile, socotite de la data la care cesionarul i-a cerut plata) și cel egiptean de la 1948. În schimb, art. 579 din Codul civil portughez menține prohibiția de cedare a creditului litigios *ad potentiolem*, reproducând dispozițiile din vechiul Cod care interzicea cumpărarea de bunuri ori drepturi litigioase anumitor persoane determinate, fie direct, fie prin persoane interpuse.

Unele sisteme de drept cunosc și retractul litigios în materie succesorală. Astfel, potrivit art. 1067 Codul civil spaniol, dacă unul dintre erezi vinde la un străin dreptul său moștenit, înainte de partaj, toți erezii sau oricare dintre ei vor putea să se subroge în locul cumpărătorului, reîntorcându-i acestuia prețul de cumpărare, în termen de o lună de la data la care a luat cunoștință.

Codul civil italian, în art. 732 Codul civil reglementează „dreptul de preempțiune”, precizând că, dacă un coerede vrea să vândă partea sa, trebuie să notifice celorlalți această dorință și prețul.

În lipsa notificării, coerezii au dreptul să răscumpere cota de la cumpărător sau de la oricare succesori sau având cauză. Potrivit art. 1502 Cod civil, vânzătorul care exercită dreptul de răscumpărare trebuie să plătească cumpărătorului prețul, cheltuielile și să plătească orice altă cheltuială legitimă făcută pentru vânzare.

În același sens sunt și dispozițiile art. 841 Cod civil belgian care prevăd că orice persoană, chiar rudă cu defunctul, dar care nu este moștenitorul acestuia, și căreia un erede i-a cedat dreptul să la succesiune, poate fi înlăturată de la partaj, fie de către toți coerezii, fie de către unul singur, restituind-i prețul cesiunii. Mecanismul este comparabil cu retractul litigios prevăzut de art. 1699 și 1700 C. civ belgian și francez.

Imitând pe legiuitorul italian și pe cel neerlandez de la acea vreme, legiuitorul român a eliminat retractul succesoral prevăzut de art. 841 Codul civil francez. În doctrina franceză veche s-a apreciat că retractul succesoral este violarea cea mai brutală a dreptului de proprietate și a libertății convențiilor; el este un drept arbitrar, întemeiat pe motive false. Dimitrie Alecsandrescu apreciază ca inspirată inițiativa legiuitorului român de la 1865 de a nu reglementa această instituție considerată exotică și de alte timpuri, care se justifica în timpurile vechi prin ideea de coproprietate familială și de conservare a bunurilor în aceleași mâini, astăzi nemaifiind potrivită cu cerințele economice ale timpurilor moderne.

Cu toate acestea jurisprudența a admis și în dreptul nostru posibilitatea exercitării retractului litigios în materie succesorală.

## V. QUINTUM COLLIGAM

În această etapă ne vom axa analiza noastră pe acele cuvinte sau expresii din textul art. 1402-1404 vechiul Cod civil, care au pus probleme de interpretare.

O primă condiție pentru exercitarea retractului litigios era aceea de a exista o vindere a unui drept litigios. Potrivit art. 1403 „, Lucrul se socotește litigios atunci când există proces sau contestație asupra fondului dreptului.”

La romani, un drept era litigios în urma litiscontestației. Spre a preîntâmpina dificultățile din vechiul drept francez, legiuitorul român a stabilit în Codul de la 1864 că dreptul este litigios atunci când există proces sau contestație asupra fondului dreptului.

Astfel, se cereau a fi îndeplinite următoarele condiții:

1. Să existe un proces înaintea oricărei instanțe judecătorești: civile, comerciale, etc. în momentul cesiunii. Dacă procesul ar fi luat sfârșit printr-o hotărâre definitivă, dreptul nu ar mai fi litigios.

2. Procesul să fie relativ la însuși fondului dreptului. Deci, trebuie să fie contestat însuși fondul dreptului. Dacă dreptul ar fi recunoscut de către pârât el nu ar mai fi litigios chiar dacă există proces cu privire la el pentru că nu ar fi contestat.

S-a pus astfel problema dacă utilizarea cuvântului *sau* iar nu *și* ca în textul francez este doar o greșeală de traducere a legiuitorului român sau a fost intenționată.

Unii autori consideră că disjunctivul *sau* nu este tocmai exact și ar trebui astfel să se preia exprimarea din textul francez „proces și contestație”<sup>2</sup>.

Printr-o decizie din 1885 publicată în Revista Dreptul nr. 56, Curtea din Focșani apreciază că legiuitorul în mod intenționat a schimbat textul francez, considerând că este mai rațional a fi făcută o astfel de schimbare de text, din practica de până la acea dată rezultând a fi mai potrivit a se reveni la vechiul drept roman. Prin urmare ar fi suficientă o simplă contestație.

Doctrina majoritară a apreciată însă a fi esențial să existe un litigiu, în orice stare, în primă instanță, în apel, recurs, chiar în caz de rejudecare cu trimitere.

Așadar, nu era suficient să existe doar o posibilă contestație, un proces iminent, ci trebuia să existe un proces început și neterminat, atât în momentul cesiunii, cât și în momentul exercitării retractului.

O altă problemă discutată în literatura de specialitate o reprezenta posibilitatea exercitării retractului nu numai atunci când a avut loc o vânzare, dar și în alte ipoteze.

Se considera că, întrucât textul de lege vorbește despre un drept *vândut și prețul cesiunii*, este necesar să existe o vindere, nu numai voluntară, dar și silită. Dacă dreptul nu a fost vândut, ci a fost dăruit, retractul nu mai poate fi exercitat pentru că nu există o speculație din partea donatarului și pentru că nu există preț. Aceasta este soluția și în situația în care donația este cu sarcini, afară de cazul în care sarcina depășește emolumentul donației, caz în care contractul va fi unul cu titlu oneros, iar exercitarea retractului se poate face în limita valorii sarcinii.

În literatura juridică franceză s-a apreciat că retractul poate fi exercitat și în caz de schimb, nu numai de vindere, adică atunci când proprietarul actual al dreptului, în loc de a da o sumă de bani

---

<sup>2</sup> D. Alecsandresco, *Dreptul civil român*, vol. VIII, editura Tipografia Națională, București, 1904.



a dat un imobil sau bun mobil. Această soluție nu poate fi admisă întrucât, deși regulile de la vânzare sunt aplicabile și la schimb, proprietarul dreptului nu poate fi pus în situația de mai înainte, restituindu-i-se imobilul sau mobilul ce a dat în schimbul dreptului.

O altă problemă este ridicată de 1402 care vorbește de *drepturi litigioase*, însă art. 1403 vorbește de *lucru litigios*, iar 1404 de *posesorul fondului*. Prin urmare, retractul poate să aibă loc în cesiunile de drepturi reale litigioase, personale sau reale, mobiliare sau imobiliare, și chiar a unui imobil a cărui proprietate este litigioasă.

Și expresia „cel contra căruia există un drept litigios” a comportat discuții în sensul că au existat controverse cu privire la stabilirea părții procesuale care are dreptul a exercita retractul.

În doctrina interbelică s-a susținut că retractul nu poate fi exercitat decât de cel contra căruia s-a formulat pretenția, pârât, iar nu de cel care contestă existența unui drept (M.B. Cantacuzino, C. Hamangiu, I. Rosetii-Bălănescu, Al. Băicoianu). În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară. S-a motivat că retractul este un mijloc la îndemâna titularului dreptului amenințat, de a se elibera fără judecată de amenințarea care rezultă din pretenția formulată împotriva sa.

A fost exprimată însă și opinia contrară, considerând că legea nu face nicio distincție, altfel ar însemna să se adauge la lege, astfel încât trebuie permis și reclamantului să exercite retractul<sup>3</sup>.

Așadar, retractul este un drept personal al pârâtului, și spre exemplu, dacă într-un proces de revendicare, pârâtul vinde imobilul și îl predă unui terț, revendicatorul nu poate exercita retractul deoarece nu poate fi vorba despre liberarea vreunei pretențiuni ce ar exista contra sa.

Art. 45 Codul comercial care interzicea exercitarea retractului litigios atunci când cesiunea dreptului litigios derivă dintr-un fapt de comerț a fost și el contestat. S-a considerat că acest text consacră o anomalie deoarece ar urma ca cesiunea unui drept care ar deriva dintr-un fapt civil să fie cârmuită de regulile dreptului civil, iar nu de cele ale art. 45, chiar dacă cesiunea ar constitui prin ea însuși un fapt de comerț, și dacă ar avea loc între comercianți.

---

<sup>3</sup> Tribunalul Gorj, 5 decembrie 1909, Dreptul nr. 4/1910.

## VI. SEXTUM OPPONAM ET QUESTIO

În această parte a lucrării noastre vom face o incursiune prin cele două teze *pro auctoritas* și *contra auctoritas*, încercând să realizăm o intercalare a acestor două astfel cum oricărui argument pro îl corespunde o teză contrară, încheind periplul nostru printr-o sinteză, *dicta*.

- În doctrina spaniolă retractul litigios este considerat instituția care moderează spiritul capitalismului neoliberal al societății noastre occidentale.

După legea Ab Anastasio, cumpărătorii de procese erau considerați ca niște adevărați *spoliatori: emptores litium fortunis alienis inhiantes*; iar Pothier le aruncă calificativul de odioși.

Cuvântul odios se consideră a fi exagerat, căci după cum spune Laurent, a specula la noroc sau a face un contract aleator nu are în sine nimic odios. Numai o prejudecată, spune Colmet de Santerre, poate să justifice calificarea disprețuitoare aruncată unui cumpărător de procese, care nu este decât un speculator, un om care joacă la noroc.

- Art. 1402 își orginea în Legea Ab Anastasio pentru rațiunea de a împiedica cupiditatea cumpărătorilor de procese care speculează în detrimentul debitorilor acționați, îngreunându-le poziția prin substituirea unui nou creditor, dispus a înmulți rigorile de procedură și astfel a face procesele interminabile, principiul acestei legi de la legea Ab Anastasio și până astăzi este una de a distruge speculațiile periculoase și cupide, ceea ce este mai moral și mai util societății decât o pretinsă atingere adusă dreptului de proprietate.

Retractul, spune autorul fracez Bugnet, trebuie să fie cu totul excepțional într-o legislație care conferă o oarecare însemnătate stabilității convențiilor și care, dorind libera circulație a bunurilor, se ocupă puțin de originea lor.

În legătură cu art. 1402 s-a ridicat o excepție de neconstituționalitate susținându-se următoarele:

1. Prevederile art. 1402 din Codul civil reprezintă o "expropriere în interes privat sau echivalentul acesteia", ceea ce încalcă dispozițiile art. 41 alin. (3) din Constituție, care prevede că "nimeni nu poate fi expropriat decât pentru o cauza de utilitate publică".

Curtea Constituțională, prin Decizia 6/2001 a motivat că dispozițiile privind exproprierea nu sunt incidente în cauză (raporturi stabilite între persoane private), ci sunt aplicabile numai în raporturile dintre stat și unitățile administrativ-teritoriale și persoane particulare.

În doctrină<sup>4</sup> se critică o astfel de argumentare a Curții pe motiv că, depozedarea de bunul cesionat de către cedent, chiar dacă nu poate fi calificată ca expropriere, ea reprezintă totuși o pierdere a dreptului de proprietate, fără consimțământul proprietarului, fiind lipsit de relevanță dacă interesul acestei pierderi a dreptului este unul public sau privat, efectul fiind același – pierderea bunului.

2. Se mai susține că textele criticate încalcă și prevederile art. 134 din Constituție, "în care se statuează că economia României este o economie de piață și deci nu poate fi împiedicată în nici un mod libera circulație a bunurilor".

Curtea a combătut acest motiv prin faptul că retractul litigios urmărește evitarea speculei drepturilor litigioase. Dispozițiile art. 1402 nu sunt contrare cerințelor economiei de piață, dat fiind că, potrivit art. 45 Cod comercial dispozițiile art. 1402 nu sunt aplicabile în caz de cesiune a unui drept derivând dintr-un fapt comercial.

Și această motivare este respinsă pe motiv că, deși retractul nu se aplică în materie de cesiuni care derivă dintr-un fapt comercial, dispozițiile art. 1402 contravin Constituției, pentru că neconstituționalitatea unei legi este examinată în raport cu dispozițiile de ordin constituțional, nu în raport de dispozițiile altei legi.

3. Un alt motiv invocat este art. 135 alin. (1) și (6) din Constituție, care asigură ocrotirea proprietății și garantează inviolabilitatea proprietății private.

Curtea combate acest motiv prin faptul că dreptul de proprietate al cesionarului este respectat dat fiind că retractantul trebuie să îi plătească prețul cesiunii, cheltuielile și dobânzile.

Faptul că cesionarului i se plătește prețul cesiunii, cheltuielile și dobânzile, nu înseamnă că dreptul de proprietate al acestuia este apărat, pentru că cesionarul putea fi mai câștigat dacă nu era depozedat de bun.

Retractul reprezintă în fapt o uzurpare a principiului forței obligatorii a contractelor.

Dacă retractul litigios este un drept real, toate drepturile reale constituite de cesionar dispar în baza rezoluțiunii contractului, cesionarul fiind eliminat ca și cum n-ar fi existat niciodată, fapt care este inechitabil și crează situații complicate în cazul în care cesionarul a constituit garanții reale asupra bunului sau poate chiar a cesionat la rândul său dreptul.

---

<sup>4</sup> O. Rădulescu, A. Lazăr, O. Rădulescu, *Despre cesiunea de drepturi litigioase și retractul litigios. Aspecte controversate. Drept comparat*. Revista de Drept comercial, nr. 7-8/2009, p. 35.

În contra acestui argument și în susținerea retractului putem argumenta cu faptul că acela care, spre a se îmbogăți își face adesea un titlu cu scandalul ce are să provoace, nu se poate plânde de lipsa beneficiilor pe care i le ridică retractul litigios (Bedarride, Du dol et de la fraude, IV, 1781.)

- Nu de puține ori, sub apanajul acestei instituții s-au creat unele fraude ale dreptului de proprietate.

Încă dinaintea intrării în vigoare a noul Cod civil, în doctrină se sublinia importanța aplicării în spiritul cel mai restrictiv a instituției retractului litigios, în contextul actual al percepției moderne asupra conceptului de proprietate și libertatea comerțului, adică numai în acord cu noile tendințe, dar chiar cu spiritul tradițional imprimat de cel două vechi instituții romane din Codex, în care această instituție își are originea.

Retractul litigios dă naștere unor procedee frauduloase și oculte la care poate recurge cesionarul, uzând de dispozițiile art. 1404 vechiul Cod civil, spre exemplu prin interpunere de persoane. Astfel, ne imaginăm următoarea situație: A și B se află într-un proces de revendicare a unui imobil. A, folosindu-se de interpunerea de persoane, îi cesionează lui C, vărul tatălui său, dreptul său litigios, aceasta fiindu-i creditor, însă urmărește în fapt cesionarea către fiul acestuia, vărul său, dar pentru că împotriva acestuia s-ar putea execita retractul interpune pe creditorul C.

O altă situație ar fi când între cedent și cesionar există o înțelegere frauduloasă, constând în faptul că aceștia se înțeleg în fapt pe un preț, spre exemplu de 5000 de euro, dar în actul de vânzare a dreptului litigios trec un preț de 10000 euro, cunoscând faptul că pârâțul are un interes major de a termina mai repede procesul, dorind astfel să exercite retractul.

- Cesionarii de drepturi din Franța, pentru a rezista retractului litigios au găsit o soluție: cumpărarea de creanțe litigioase în bloc, astfel că era imposibil de a se cunoaște prețul cesiunii pe care retractantul trebuie să îl plătească cedentului, iar instanțele belgiene au căutat soluții pentru a limita abuzul în materia retractului succesoral, considerând că exercitarea retractului nu poate fi lăsată la discreția retractantului, ci instanța trebuie să exercite un control asupra scopului urmărit.

- O altă controversă din doctrină o constituie cea legată de admisibilitatea intentării acțiunii oblice, precum și celei directe de către cedent. În privința acțiunii oblice, unii autori au afirmat că aceasta este admisibilă din partea cedentului față de debitorul cedat, contrar opiniei altor autori

din doctrină. În ceea ce privește acțiunea directă, doctrina franceză recunoaște posibilitatea intentării acesteia împotriva debitorului cedat.

*Dicta.*

Alături de alți autori<sup>5</sup> considerăm că retractul litigios și-a pierdut semnificația, viața modernă ridicând noi probleme, mai complexe și mai variate decât acelea ale societății vechi, retractul apare astăzi ca o măsură de protecție excesivă. Dimitrie Alecsandresco în proiectul său de revizuire l-a suprimat, a fost eliminat de asemenea din codul civil austriac, olandez și german.

De multe ori s-a pus întrebarea în jurisprudență dacă mai este sau nu necesară instituția retractului litigios. S-a considerat că răspunsul poate fi dat în funcție de numărul de cazuri în materie, frecvența acestora și interesul pe care îl prezintă pentru justițiabili. S-a justificat menținerea lui prin contextul social-politic de tranziție, caracterizat prin instabilitatea regimului proprietății, marcat de legile privind reconstituirea dreptului de proprietate ce au dat naștere unui număr imens de procese și cesiuni de drepturi litigioase.

Din punct de vedere dialectic, de vreme ce în dreptul modern retractul litigios nu mai este prevăzut, legislațiile care îl mențin, sunt, sub acest aspect, conservatoare, trebuind a prevala noul.

## **VII. SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA**

*În sfârșit, urmează cercetarea justificărilor dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv exceptio exceptionis causa, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere de lege ferenda, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală).*

Așa cum precizăm încă dintru început, retractul litigios a fost conceput ca o instituție prin care s-a încercat combaterea operațiunilor speculative, dar și ca o modalitate de evitare a unor procese lungi și costisitoare. În practică, instituția a cunoscut aplicabilitate cu precădere la începutul secolului XX; în mod corespunzător a format și subiectul multiplelor controverse din doctrină, dar treptat și-a pierdut din semnificație, determinând astfel alegerea legiuitorului de a nu-l mai reglementa în noul Cod civil.

---

<sup>5</sup> E. Herovanu, Arhiva Pandectelor, Pandectele române 2/2008.

Ca excepții de la instituția retractului litigios art. 1404 prevedea „Dispozițiile art. 1402 incetează:

- 1.când cesiunea s-a făcut la un comoștenitor sau coproprietar al dreptului cedat;
- 2.cînd s-a făcut la un creditor, spre plata creanței sale;
- 3.când s-a făcut către posesorul fondului asupra căruia există dreptul litigios.

În primul caz cesiunea s-a făcut cu scopul de a pune capăt indiviziunii – adică a proprietății comune – lipsind fundamentul care permite exercitarea retractului – speculația.

În al doilea caz lipsește ce-a de-a doua condiție a retractului, prețul.

În alin. 3 legea se referă la ipoteza în care dreptul de creanță litigios este garantat cu o ipotecă – privilegiu – care grevează imobilul unui terț așa cum este cazul dobânditorului unui imobil ipotecat. Proprietarul imobilului grevat cumpără creanța ipotecară de la creditorul reclamant chiar pe un preț mai mic - nu în scopuri speculative, ci pentru a pune imobilul la adăpost de eventuala urmărire din partea creditorului reclamant – în ipoteza câștigării procesului. S-a constatat că această dispoziție se aplică foarte rar. Rațiunea pentru care a fost exclusă de la retract este ocrotirea cumpărătorilor de imobile ipotecate.

Pe lângă aceste situații mai existau și altele prevăzute de alte reglementări, precum legea 18/1991 și legea 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor care interzice înstrăinarea imobilelor cu privire la titlul cărora există litigii pe rolul instanțelor judecătorești, pe timpul soluționării acestora.

Și cu privire la această chestiune, în doctrină au existat controverse în legătură cu ipoteza înstrăinării unui teren agricol, unui proprietar vecin, care deține terenul învecinat localizat în extravilan, act juridic reglementat în acest caz de legea 54/1998. Astfel în doctrină s-a pus problema dacă retractul litigios poate sau nu, să fie exercitat. Într-o opinie s-a dat prioritate dreptului de preempțiune și nu retractului, nepermițând uzurparea convenției de către retract, și nici a dreptului de preempțiune al proprietarului fondului învecinat. Într-o altă opinie s-a admis posibilitatea efectuării retractului. Desigur că și această ipoteză a fost combătută de alte opinii care au afirmat că înstrăinările sub orice formă care privesc terenuri asupra cărora există drepturi litigioase, nu se pot efectua.

Din păcate, legea 10/2001 nu prevede o astfel de interdicție, în practică întâlnindu-se cazuri în care moștenitorii persoanelor îndreptățite a cere restituirea imobilelor preluate abuziv de către stat au cesionat drepturile lor unor terțe persoane. Instanțele au respins cererea unor astfel de

persoane cu motivarea că, deși acestea devin succesori cu titlu particular, nu pot solicita restituirea întrucât legea prevede acest drept numai pentru persoanele îndreptățite, proprietari la data preluării imobilelor de către stat în mod abuziv și în mod excepțional, moștenitorii acestora, legali sau testamentari, iar Instanța Supremă consideră că succesorul cu titlu particular nu intră în această categorie, deși problema este discutabilă.

De *legea ferenda*, considerăm că legiuitorul, chiar dacă nu a mai prevăzut vânzarea de drepturi litigioase ca varietate specială a vânzării, totuși aceasta este posibilă, doar că se vor aplica regulile de drept comun. Prevăzând interdicții la cumpărarea de drepturi litigioase, ar fi trebuit în mod corespunzător să prevadă și retractul chiar dacă cu un regim foarte strict sau aplicabilitate restrânsă.

## **BIBLIOGRAFIE**

1. Alecsandresco, Dimitrie, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. VIII, editura Tipografia Națională, București, 1904.
2. Florescu, Dumitru C., *Contracte civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.
3. Herovanu, Eugenia, *Arhiva Pandectelor* 2/2008.
4. Mazeaud, Henry, Leon, Mazeaud, Jean, *Lecon de droit civil*, Tome Treizieme Edition, Deuxieme Volume, Princepaux Contracts.
5. Moțiu, Florin, *Contracte speciale*, ediția a III-a, revizuită și adăugită, Universul Juridic, 2012.
6. Prescure, Titus, *Curs de contracte civile*, Ed. Hamanagiu, București, 2012.
7. Rădulescu, Octavia, Lazăr, Alex, Rădulescu, Octavian, *Despre cesiunea de drepturi litigioase și retractul litigious. Aspecte controversate. Drept comparat*, Revista de Drept comercial, nr. 7-8/2009.
8. Șandru, Daniel, Mihail, Mihai, Dorel, Vlad, *Retractul litigious în dreptul civil și în dreptul comercial. Condițiile neaplicării în dreptul comercial*, Dreptul privat al afacerilor, nr. 3/2003.