

GEORGE-ALEXANDRU ILIE

**RISCURILE ÎN CONTRACTE
DE LA VECHIUL LA NOUL COD CIVIL**

**Universul Juridic
București
-2012-**

Editat de S.C. Universul Juridic S.R.L.

Copyright © 2012, S.C. Universul Juridic S.R.L.

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
S.C. Universul Juridic S.R.L.

**NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI
COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOȚIT DE SEMNĂTURA ȘI
ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE INTERIORUL
ULTIMEI COPERTE.**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

ILIE, GEORGE-ALEXANDRU

**Riscurile în contracte : de la vechiul la noul Cod civil / George-Alexandru
Ilie. - București : Universul Juridic, 2012**

Bibliogr.

ISBN 978-973-127-889-6

347(498)

REDACȚIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0732.320.666**
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL telefon: **021.314.93.15; 0726.990.184**
DISTRIBUȚIE: tel./fax: **021.314.93.16**
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

**COMENZI ON-LINE,
CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%**

Lista principalelor abrevieri

B.J. - C.D.	- Buletinul Jurisprudenței – Culegere de decizii
C. civ.	- Codul Civil
C. com.	- Codul Comercial
C. proc. civ.	- Codul de Procedură Civilă
C.A.	- Curtea de Apel
C.D	- Culegere de decizii
C.J.	- revista „Curierul judiciar”
C.S.J.	- Curtea Supremă de Justiție
Cass.	- Curtea de Casație franceză
ed.	- ediția
Ed.	- Editura
dec.	- decizia
Dec. C.S.J. (C.A.)	- deciziile C.S.J. (Curții de Apel)
H.G.	- Hotărârea Guvernului
I.C.C.J.	- Înalta Curte de Casație și Justiție
J.N.	- revista „Justiția Nouă”
J.P.C.	- Juris -Classeur périodique
L.G.D.J.	- Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
L.P.	- revista „Legalitatea Populară”
O.G.	- Ordonanța Guvernului
O.U.G.	- Ordonanța de urgență a Guvernului
P.R.	- revista „Pandectele Române”
R.D.C.	- „Revista de Drept Comercial”
R.R.D.	- „Revista Română de Drept”
R.R.D.A.	- „Revista Română de Drept al Afacerilor”
R.T.D. civ.	- „Revue trimestrielle de droit civil”
s.	- secția
S.C.J.	- revista „Studii și Cercetări Juridice”
Trib.	- Tribunalul
T.B.	- Tribunalul București
Trib. Suprem	- Tribunalul Suprem

Prefață

Pare puțin verosimil, dar până în prezent, literatura juridică română de specialitate nu a dispus de o cercetare monografică sistematică în materia riscurilor în contracte, materie care face obiectul cercetării d-lui George-Alexandru ILIE. Teoria riscurilor în contracte, controversată și obscură la origini, beneficiind de soluții diverse în dreptul comparat, marcată de o certă evoluție în codurile civile moderne și de o primenire a soluțiilor în reglementările internaționale uniforme, a fost o „instituție” neglijată de cercetătorii noștri. De altfel, nici literatura juridică franceză nu a beneficiat, la cunoștința noastră, încă, de o cercetare sistematică a acestei teme. În acest context, ținem să subliniem din capul locului meritul incontestabil al autorului de a aborda cu pricepere și pasiune această prea puțin investigată a dreptului civil, cu atât mai mult cu cât el a avut în vedere nu numai reglementările Codului civil de la 1864, ci și pe cele cuprinse în noul Cod civil român (2009), intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

Pe acest teren puțin explorat autorul își permite, fără a face rabat de la rigoarea științifică, marje de manevră largi, surprinzând plăcut prin curajul de a se lansa în afirmarea unor idei noi, originale, care schimbă perspective pe care le credeam imutabile, adaugă nuanțe sau redescoperă abordări ale Codului civil 1864 pe nedrept uitate sau abandonate, poate, de către doctrinari și practicieni.

Autorul stabilește premisele teoriei riscurilor depășind cadrul clasic al riscurilor în contractele sinalagmatice, prin abordarea „unui context mai larg”, al tuturor categoriilor de contracte, în prezența catalizatoare uneia și aceleiași premise: imposibilitatea fortuită de executare a contractului. Această premisă unitară invită la analiza consecințelor sale asupra obligației imposibil de executat, asupra celorlalte obligații contractuale posibil de executat și, în final, asupra contractului însuși. Premisa imposibilității fortuite de executare este integrată unui concept mai larg al „*perturbărilor survenite în viața contractului*” perturbări ce includ, pe lângă riscuri, teoria impreviziunii și dispariția „utilității” contractului pentru una dintre părțile sale, toate aceste probleme fiind neglijate de reglementarea Codului civil 1864, dar puse, în parte, în discuție de noul Cod civil.

Meritorie pentru autor este și realizarea unei „reconstrucții” a terminologiei și a problemicii în materie. Se propune distincția între trei probleme: riscul lucrului, riscul obligației și riscul obligației corelative. Riscul lucrului trebuie cantonat în materia drepturilor reale, el rezolvând problema riscurilor pierii bunului în absența oricărui raport obligațional. Riscul obligației este un concept care are rolul de a stabili regimul juridic al obligației imposibil (în tot sau în parte) de executat. Riscul obligației corelative preia funcția de a tranșa soarta prestației sau avantajului corelativ obligației devenită imposibil de îndeplinit din cauze fortuite. Ultimele două probleme, fiind specifice raportului obligațional, trebuie rezolvate pe axa creditor-debitor, cu excluderea regulii *res perit domino*, care este relevantă numai în materia raportului juridic real, înlăturându-se astfel o confuzie care a marcat reglementarea riscurilor în vechiul Cod civil.

Pornind de la regula aplicabilă în materie (*res perit debitori*), incontestabilă ca existență, dar fundamentată de autor pe dispozițiile art. 1020 Cod civil 1864, printr-o redescoperire a interpretărilor originare ale textului, autorul ajunge la concluzia că în practică dificilă este, de fapt, definirea corectă a termenilor așa numitei de către el „ecuații a sinalagmatismului”. Conceptul își propune să dea măsura echilibrului între avantajele interdependente pe care contractele cu titlu oneros le proiectează și constituie un instrument tehnic de rezolvare problema sorții obligațiilor contractuale în condițiile imposibilității fortuite de executare de

natură survenită. Dacă legea prevede care este efectul neexecutării fortuite a unei obligații – stingerea obligației corelative, în cazul drepturilor absolute născute direct în temeiul acordului de voință autorul afirmă concluzia originală potrivit cu care simpla naștere a acestor drepturi în patrimoniul contractantului „*consolidează pretenția sa la contraprestație*” din acest punct de vedere „*fiind indiferentă dispariția sau inutilitatea ulterioară a dreptului, din cauze fortuite*”.

La fel de fructuoasă este și perspectiva practică, de avocat, a d-lui ILIE, care evidențiază fațete imperceptibile, la prima vedere, a riscurilor în contracte. Adevărata și provocatoarea dificultate a aplicării teoriei riscurilor se vedește atunci când contractul a primit un început de executare, caz în care soarta prestațiilor deja efectuate, sau posibil de executat, va depinde de natura obligațiilor (de diligență sau de rezultat), cât și de mecanismul legal de gestionare a obligațiilor de restituire, puțin studiat în doctrina noastră, dar care beneficiază de o reglementare complexă odată cu intrare în vigoare a noului Cod civil.

Poate cea mai interesantă contribuție a autorului este repunerea în discuție a regulii *res perit domino* ca regulă generală a riscurilor în contractele translativ de proprietate, atât din perspectiva dreptului civil român cât și din aceea a evoluțiilor dreptului comparat. El consideră că această regulă a fost „*nefundamentată legal*” și „*inadecvată*” (ea privind în realitate, doar riscul lucrului) ca instrument de natură să explice concret cine trebuie să suporte riscurile în cazul contractelor translativ de proprietate sau de drepturi reale. În concepția sa, „*cheia problemei*” în cadrul contractelor translativ de proprietate nu-și găsește explicația în „*caracterul specific al poziției de proprietar*”, ci în „*epuizarea raportului juridic în elementele sale fundamentale prin executare*”. În absența unei reguli speciale, în ipoteza amânării transferului dreptului de proprietate urmează a-și găsi aplicație regula generală *res perit debitori* cu observarea irelevanței predării în ecuația sinalagmatismului. Transferul riscurilor va opera chiar în absența transferului efectiv al dreptului de proprietate pur și simplu, atunci când acesta nu mai depinde vreo prestație viitoare a debitorului; în cazul transferului proprietății afectat de modalitățile termen ori condiție rezolutorie precum și în cazul vânzării, cu rezerva dreptului de proprietate, cumpărătorul va suporta riscul lucrului în calitate de proprietar și riscul prețului prin raportare la stadiul executării obligației de transferare a proprietății, sub modalitățile convenite.

De o analiză competentă, aprofundată și nouă în literatura noastră beneficiază și efectele teoriei riscurilor precum și mecanismul de operare a acesteia. Autorul construiește, atât în lumina reglementărilor și principiilor vechii reglementări, cât și din perspectiva reglementărilor cuprinse în noul Cod civil, trei categorii de efecte ale imposibilității fortuite de executare asupra contractului: *efectele extinctive*, *efectele modificatoare* și *efectele dilatorii*.

În ansamblul ei, lucrarea reprezintă o remarcabilă cercetare monografică a riscurilor în contracte, cercetare realizată pe baza unei ample documentări și însușirii temeinice a literaturii de specialitate și a practicii judiciare atât române cât și străine. Asistăm la o reconectare a dreptului nostru la principalele curente de gândire actuale, afirmate în planul dreptului comparat, printr-un aport substanțial de informație și bibliografie pe care lucrarea îl realizează. Această contribuție este de natură a ușura mult munca practicienilor și a deschide drumuri noi pentru cercetătorii dreptului, pentru că autorul apreciază cu modestie că, „în ciuda aparentei simplități”, teoria riscurilor în contracte este și rămâne deschisă discuțiilor.

Îndrăzneță și incitantă, în contextul unor importante reforme aduse de către noul Cod civil, lucrarea d-lui George-Alexandru ILIE merită toată atenția, nu numai din partea cercetătorilor dreptului și a studenților ci și a practicienilor. Înțelegerea corectă a fenomenului imposibilității fortuite de executare a contractului presupune înțelegerea fundamentelor și problemelor practice „clasice”, dezlegate și analizate în profunzime și din perspectiva noii reglementări aplicabile după 1 octombrie 2009, autorul urmărind modificările ulterioare

relevante ale materiei realizate prin normele care au organizat punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (Legea nr. 71/2011, Legea nr. 60/2012 etc.).

Lucrarea reprezintă efortul de cercetare al autorului finalizat cu titlul de doctor în drept al Facultății de Drept a Universității din București, teza primind cea mai înaltă distincție – *summa cum laude*. Monografia reprezintă teza menționată revizuită și adăugită în raport de modificările legislative recente impuse de modificările aduse Legii nr. 287/2009 privind Codul civil. Prin bogăția ideatică, simțul nuanțelor, rigoare, maturitate în analiză și mai ales prin pasiunea pentru tema aleasă, lucrarea d-lui asist. univ. dr. George–Alexandru Ilie nu umple doar un gol resimțit în literatura noastră juridică, ci îl și situează pe acesta în rândul unei noi și promițătoare generații de juriști care ne îndreptățesc să privim cu speranță la viitorul cercetării juridice a dreptului civil în România.

Prof. univ. dr. Corneliu Bîrsan

Strasbourg, Franța

TITLUL I

Premisele teoriei riscurilor

Secțiune introductivă *Stadiul cunoașterii. Metodele cercetării*

Motto: „De va da cineva spre pază aproapelui său asin sau bou, sau oaie, sau alt dobitoc și va muri, sau va fi vătămat, sau luat fără să știe cineva, să facă amândoi jurământ înaintea Domnului, că cel ce a luat pe seama sa nu și-a întins mâna asupra lucrului aproapelui său, și așa stăpânul trebuie să primească jurământul, iar celălalt nu va avea să-l despăgubească;” (Vechiul Testament, Moise, Ieșirea 22.10,11)

1. Din vechime omul s-a preocupat să rezolve problema riscurilor contractului așa cum stă mărturie Vechiul Testament. După mai bine de 2000 de ani constatăm cu surprindere că, cel puțin în chestiunea riscului lucrului (dar și al obligației), nimic nu s-a schimbat fundamental.

Dreptul contractelor își propune să ordoneze relațiile construite de indivizi în jurul unor proiecte menite să le conducă la satisfacerea nevoilor lor materiale și spirituale, proiecte pentru realizarea cărora legea oferă instrumentul tehnic al convenției. În prefigurarea viitorului ne putem aștepta și păzi împotriva propriilor slăbiciuni sau neputințe, ne putem lua măsuri de protecție împotriva a ceea ce ar putea face, ori nu ar putea face partenerul nostru, dar ne vedem adesea neputincioși împotriva surveniențelor exterioare nefaste. Uraganele, inundațiile, cutremurele, infraționalitatea, ca să dăm numai câteva exemple, pot zădărnici planurile părților. Ce se va întâmpla în aceste cazuri? Fațetele riscurilor în contracte sunt mult mai complexe decât ipoteza *motto*-ului nostru, lucru dovedit de istoria dreptului. Teoria riscurilor are renumele unei chestiuni obscure și încălcite în Codul nostru civil.

Într-adevăr, este în rolul ingrat al dreptului să tranșeze soarta proiectului contractual, deci paguba cauzată părților, în fața unor evenimente perturbatoare insurmontabile pentru a căror apariție niciunul dintre actorii contractului nu este responsabil. Neexecutarea vinovată a obligației asumate nu constituie o provocare spectaculoasă în a decide cine va suporta paguba ce-i este consecutivă. Echitatea și bunul simț ne îndreaptă fără greș spre cel vinovat. Dimpotrivă, gestionarea pierderilor rezultate dintr-o împrejurare fortuită întinde la maximum resorturile principiilor ce guvernează contractele, pune în dificultate criteriul echității însuși (câtă vreme niciuneia dintre părți nu i se poate reproșa nimic) și face din ce în ce mai actuale discuțiile privind necesitatea sau utilitatea sistemelor de asigurări.

Iată de ce cercetarea în general a teoriei riscurilor în contracte, chemată să rezolve aceste probleme, este o întreprindere pe cât de provocatoare pe atât de... riscantă. Acestei dificultăți structurale contextul legislativ îi adaugă și altele.

Mai întâi, legiuitorul român de la 1865 a fost și criptic și zgârcit în legătură cu soluțiile date riscurilor în contracte, cu regimul juridic al acestei instituții și mai ales cu efectele sale. Teoria riscurilor nu s-a bucurat de o reglementare sistematică pe niciunul dintre aceste aspecte. Soluțiile ei la nivel general nu au fost exprimate cu claritate (iar după unii nu au fost exprimate deloc!), ceea ce a justificat efortul doctrinar de a reconstrui voința legiuitorului fie pe premisele oferite de reglementarea rezoluțiunii, fie pornind de la unele reglementări dispartate ale Codului civil (1864).

Apoi, aceste defecte s-au manifestat pe fondul unei lipse de inspirație în alegerea formulilor de exprimare a efectelor imposibilității fortuite de executare asupra contractului. De pildă, legiuitorul nostru a vorbit de riscul lucrului în materie obligațională unde ceea ce interesează este calitatea de creditor sau debitor, nu cea de proprietar.

Mai mult, nici reglementările recente nu par să conștientizeze în mod corect problematica teoriei riscurilor. Este suficient să exemplificăm reglementarea actuală a leasingului și controversele născute în doctrină în legătură cu relațiile dintre părți în cazul pierii fortuite a lucrului ce face obiectul *leasingului*¹.

În fine, față de stadiul actual al cunoașterii, la cunoștința noastră, teoria riscurilor nu a făcut niciodată obiect de cercetare sistematică în dreptul nostru. O contribuție excelentă la cercetarea teoriei riscurilor în contracte a fost adusă în anul 1980 de prof. Victor Babiuc² dar tema acestei lucrări, materia vânzării internaționale de mărfuri, a fost restrânsă. Nici doctrina franceză, evident mai evoluată, nu a fost mai generoasă, în condițiile în care nu inventariază nici ea o lucrare dedicată teoriei riscurilor în contracte (derivate din imposibilitatea fortuită de executare) în ultimul secol.

Acestea sunt condițiile în care prezenta lucrare își propune să analizeze premisele teoriei riscurilor, să identifice regulile care o guvernează și efectele pe care imposibilitatea fortuită de executare le produce asupra fenomenului contractual.

Prezenta cercetare *pornește de la un stadiu al cunoașterii* în care poziția unanimă a doctrinei române actuale definește teoria riscurilor printr-un set de trei reguli menite să rezolve imposibilitatea fortuită de executare a unui contract: *res perit creditori*, în contractele unilaterale, *res perit debitori* în contractele sinalagmatice și *res perit domino* în contractele translativ de proprietate (în reglementarea C. civ. 1864). Vom proceda la reevaluarea tuturor acestor reguli, atât din perspectiva domeniului lor de aplicare cât și din perspectiva justeții alegerii lor, *cu pretenția de a repune în discuție chestiuni care par a fi tranșate categoric*. Intrarea în vigoare a noului Cod civil al României ne dă prilejul de a evalua modul în care teoria riscurilor, o creație doctrinară de sistematizare a unor reguli, a evoluat în două secole de la adoptarea Codului civil francez.

Doctrina actuală atribuie rezolvarea problemelor ridicate de imposibilitatea fortuită de executare teoriei clasice franceze, construită de Planiol și Capitant, care au evins din domeniul de aplicare al art. 1138 C. civ. fr. (1020 C. civ. român) teoria riscurilor, reconstituind-o din dispoziții disparate ale codului (locațiune, antrepriză etc.). Vom repune în discuție această teorie clasică propunând o reîntoarcere, nuanțată însă, la fundamentul oferit de rezoluțiune.

În materia riscurilor vânzării doctrina actuală extrage din dispozițiile art. 971 C. civ. regula transferului riscurilor odată cu proprietatea³. În ce ne privește, așa cum vom vedea, considerăm că formula *res perit domino* este *valabilă numai în parte, rigidă, în altele cu consecințe inechitabile și, mai ales, nejustificată* de texte.

Regula *res perit domino*, la care s-a oprit unanim doctrina noastră, este pusă la îndoială de dispozițiile clare ale art. 1074 alin. (2) Cod civil, potrivit căruia: „*Lucrul este în rizico-pericolul creditorului, afară numai când debitorul este în întârziere; în acest caz rizico-pericolul este al debitorului.*”

¹ *Infra* nr. 216 și urm.

² V. Babiuc, *Riscurile contractuale în vânzarea cumpărarea internațională*, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1980.

³ Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 92; L. Pop, *op. cit.*, p. 768; V. Babiuc, *op. cit.*, p. 38; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Volumul 1. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 394-395; F. Deak, *Tratat de drept civil, Contracte speciale, Vol. 1, Vânzarea-cumpărarea. Schimbul*, Ed. a IV a, actualizată de L. Mihai și R. Popescu, p. 27, C. Toader, *Drept civil. Contracte speciale*, ed. a 2 a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 16, A. Gherghe, *Efectele neexecutării contractelor sinalagmatice*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 170.

Acest text se găsește amplasat în Capitolul VII al Titlului nr. din Codul civil „*Despre efectele obligațiilor*” consacrat obligațiilor în general, fără distincție după natura sau izvorul lor. Art. 1074 alin. (1)¹ Cod Civil privește obligațiile de a da, ceea ce pare să atribuie aliniatului al doilea un domeniu de aplicare larg care ar include (cel puțin după definițiile date de către doctrina contemporană obligației de a da) și contractele constitutive sau translative de drepturi reale. Acest text ne îndeamnă la aplicarea unei alte reguli în privința riscurilor: *res perit creditori*. Dacă bunul este în riscul creditorului obligației de a da - care cuprinde atât obligația de predare cât și pe aceea de conservare - atunci înseamnă că acest creditor va suporta și riscul contractului (riscul obligației corelative).

Deși, în regulă generală, proprietatea se transmite automat la momentul realizării acor-dului de voință, ceea ce ar face să se *suprapună* soluțiile celor două adagii (*res perit creditori* și *res perit domino*), pot fi concepute situații notabile în care proprietatea se va transmite la un alt moment. *Pentru aceste cazuri opțiunea legiuitorului pentru res perit creditori sau res perit domino trebuie identificată și justificată*, ea constituind miza izolării corecte a unei reguli generale în această materie, sau, în cazul în care o astfel de regulă nu a fost dorită, funda-mentarea unor reguli particulare pentru fiecare ipoteză în parte care să justifice soluția.

Pe de altă parte, cel puțin în aparență, soluția la care se ajunge în aplicarea regulii *res perit domino* sau a regulii *res perit creditori* **derogă de la principiul convenit mai sus ca fiind specific contractelor sinalagmatiche: *res perit debitori***. Astfel, într-un contract de vânzare-cumpărare, dacă bunul vândut pierde fortuit înainte de predare și admitem că transferul dreptului de proprietate nu fusese amânat, riscurile trebuie suportate de către cumpărător în calitate de proprietar (*res perit domino*). Soluția este aceeași și dacă am aplica *res perit creditori*. Contractul de vânzare-cumpărare naște însă în sarcina vânzătorului obligația de predare a bunului vândut, obligație pe care acesta nu o mai poate executa urmare a unui eveniment fortuit care a avut drept consecință distrugerea lucrului. Vânzătorul este în acest context debitorul obligației imposibil de executat, iar cumpărătorul creditorul acestei obligații. Va mai putea fi ținut cumpărătorul de plata prețului? Răspunsul trebuie să fie unul afirmativ câtă vreme am convenit ca pierderea bunului trebuie localizată la el (bunul rămâne în *rizico-pericolul* dobânditorului - art. 971 Cod civil). De aici concluzia că, fiind ținut să plătească prețul unui bun a cărui posesie nu o va mai primi niciodată de la debitorul sau, în condițiile în care obligația acestuia de plată s-a stins, fiind imposibil de executat (1082-1083, 1156 Cod civil), cumpărătorul suporta riscul contractului în calitate de creditor al obligației imposibil de executat - *res perit creditori*.

Asupra acestor două probleme urmează să ne axăm în cele ce urmează în demersul nostru de a identifica regula aplicabilă riscurilor în materia contractelor translative de proprietate. *Res perit creditori res perit domino* sau *res perit debitori*?

2. Metoda cercetării. În cercetarea pe care ne-o propunem intenționăm să **acordăm o atenție specială fundamentării** soluțiilor teoriei riscurilor. Titlurile nr. 2 și nr.3, consacrate regulilor aplicabile riscurilor în contracte se vor sprijini pe identificarea soluțiilor legale. Orice demers teoretic de abordare a unei instituții fundamentale a dreptului presupune cu necesitate stabilirea fundamentului său valabil *de lege lata* și, de ce nu, în contextul unei cercetări fundamentale, în măsura în care este nevoie, și *de lege ferenda*. Stabilirea rațiunii legii este esențială în sistemul nostru de drept bazat pe o reglementare sintetică și nu cazuistică. În încercarea de a nu scăpa din vedere toate ipotezele practice posibile, formulările sintetice pot păcătui prin aceea că amorsează regula de interpretare „*unde legea nu distinge nici interpretul nu trebuie să distingă*”, în toate cazurile care sunt sugerate de interpretarea literală a textelor. Fundamentarea unei teorii, cum este și teoria riscurilor în contracte, în contextul legislativ actual, al absenței unei reglementări unitare și explicite, nu face excepție.

¹ Art. 1074 Cod civil: „*Obligația de a da cuprinde pe aceea de a preda lucrul și de a-l conserva până la predare.*”

Dacă în cazul unei reglementări clare problema fundamentării se situează, de regulă, într-un plan secund în cercetarea noastră reconstituirea rațiunilor legiuitorului are un scop mai larg: *reconstruirea inductivă a normei generale însăși*. Întrebarea la care răspunde demersul de fundamentare este bivalentă: care sunt rațiunile care au impus o soluție legislativă sau alta și care sunt acele soluții?

Din perspectiva scopului acestui demers, fundamentarea legală a unei teorii are menirea de a-i conferi *credibilitatea și autoritatea* necesare aplicării sale în practică, atunci când, în procesul aplicării legii, verificarea soluției se face și prin confruntarea ei cu fundamentarea convenită. Aceasta pentru că, odată convenită o anumită fundamentare, soluția obținută se va constitui într-un instrument nu doar util ci *necesar și obligatoriu de interpretare*, de răspuns, în fața aspectelor neprevăzute de lege, sau obscur reglementate, pe care problema ce se ținde rezolvată le ridică în teorie și în practică.

Sigur că demersul de stabilire a fundamentării legale a unei instituții *trebuie să pornească întotdeauna de la reglementarea acesteia*. În mod inevitabil, sistemul noțiunilor, conceptelor și principiilor științei (dreptului) este conceput din punct de vedere logic astfel încât putem identifica, după gradul de reductibilitate, mulțimi, genuri, specii etc., ce au menirea de a asigura stabilirea corelației dintre elementele componente, și prin aceasta cât mai buna explicare a realității, obiectelor, fenomenelor etc. specifice fiecărui domeniu de cercetare. Vom utiliza metodele de interpretare clasice: logică, gramaticală, a analogiei și mai ales interpretarea sistematică, absolut necesară unei reglementări nesistematizate.

Uneori stabilirea doar a reglementării justificative, adesea ireductibile, este suficientă. Alteori, în absența unei reglementări directe și explicite, fundamentarea presupune un demers mai dificil, și adeseori riscant, de stabilire a izvorului legal, a apartenenței regulilor ce urmează să îi dea consistență la un gen proxim mai generos dar suficient de credibil și pertinent, sau pur și simplu identificarea rațiunii din spatele voinței zgârcit exprimate a legiuitorului. Este și cazul teoriei riscurilor, obscură și controversată. O teorie care, cum vom vedea, își justifică cu deplin temei numele...

Codul civil român de la 1864, ca și muza sa Codul Napoleon, nu a conținut o reglementare *generală, sistematică și completă* care să descrie efectele situației în care, în procesul executării unui contract, una dintre obligații nu mai poate fi executată, din motive fortuite, adică fără ca vreuna dintre părți să fie vinovată de surveniența acestei împrejurări. Teoria riscurilor pune problema localizării unei pagube între creditor și debitor, în condițiile în care niciunul dintre aceștia nu este vinovat de imposibilitatea debitorului de a executa angajamentul său. Este o provocare care fascinează întrucât, spre deosebire de rezoluțiune, răspunsurile nu se pot rezema pe ideea de vinovăție, instrument cu fundament moral adânc, apt să justifice mulțumitor soluțiile alese. Aceasta este și una dintre motivațiile alegerii acestei teme, surprinderea unei ordini în condițiile hazardului...

Apoi, consecutiv punerii problemei, față de configurația ipotezelor convenite, se impun identificate dispozițiile Codului civil de la 1864 *susceptibile* a se aplica teoriei riscurilor. Care ar fi soluțiile acestor dispoziții asupra problemei de a ști, *cu titlu de generalitate*¹ (*dacă acest lucru este posibil*), unde trebuie localizată paguba între creditor și debitor în condițiile în care niciunul dintre aceștia nu s-a abătut de la un comportament licit în executarea obligațiilor sale. Explicarea soluțiilor legislative nu se va putea face însă decât printr-o incursiune în istoria problemei, de la rădăcinile sale situate în dreptul roman și până la redactarea Codului Napoleon și la contextul istoric în care a fost edictată. Vom proceda mai întâi la analiza contextului istoric în care textele codului nostru civil și ale sursei sale de inspirație – C. civ. fr. - au fost adoptate: izvoarele și tradiția anterioare, criticile acestora, lucrările preparatorii ale C. civ. fr., contribuția *jus-naturaliștilor* etc. Toate subsumate *metodei istorico-teleologice*.

¹ Ca tehnică de reglementare, legiuitorul poate opta între un *sistem abstract* care consacră o regulă generală (principiu), un *sistem pragmatic* în care este reglementată fiecare situație importantă, sau un *sistem mixt* în care pornindu-se de la o regulă generală, legiuitorul consacră numeroase reguli particulare.