



**UNIVERSITATEA ECOLOGICĂ DIN
BUCUREȘTI**

FACULTATEA DE DREPT

Program de studii universitare de master

Drept internațional și dreptul Uniunii Europene

Forma de învățământ: cu frecvență

Suport de curs pentru disciplina:

Drept internațional privat aprofundat I

Titular de disciplină:

Conf. univ. dr. Aurelian Gherghe

**București
2019-2020**

CAPITOLUL I

CARACTERISTICILE RAPORTULUI JURIDIC DE DREPT INTERNAȚIONAL PRIVAT

1. Raportul juridic cu element de extraneitate

Raportul juridic de drept internațional privat se deosebește de raportul juridic din dreptul intern prin existența unuia sau a mai multor elemente de extraneitate¹.

Existența elementului de extraneitate într-un raport juridic face ca, în legătură cu acel raport juridic, să se nască un conflict de legi, în sensul că acest raport este „*susceptibil*” de a i se aplica două sau mai multe sisteme de drept diferite, și anume cel român și oricare dintre cele la care elementele de extraneitate trimit.

Elementul de extraneitate (numit și elementul străin sau internațional) constituie partea raportului juridic care se află în străinătate sau sub incidența unei legi străine, iar datorită acestui fapt acest raport juridic are legătură cu mai multe sisteme de drept.

Prezența elementului de extraneitate obligă instanța să rezolve două probleme majore de drept internațional privat: mai întâi, problema *conflictului de legi*, prin a identifica și cunoaște care dintre cele două sisteme de drept (român sau străin), guvernează raportul juridic dedus judecării; apoi, problema de ordin procesual a *conflictului de jurisdicții*, prin a determina instanța competentă să soluționeze litigiul și, după caz, procedura aplicabilă.

2. Caracterele juridice ale raportului de drept internațional privat

Raportul de drept internațional privat se deosebește de raportul de drept public prin următoarele *caractere juridice*:

2.1. *Raportul juridic cu element străin se stabilește între persoane fizice și/sau persoane juridice, aflate pe poziție de egalitate juridică.*

Raporturile juridice de drept public nu pot da naștere la conflicte de legi, în sensul că, între aceste raporturi nu există, în principiu, posibilitatea aplicării de către judecătorul român a unei legi străine².

2.2. *Raportul juridic pe care-l avem în vedere conține un element de extraneitate, datorită căruia el are legătură cu mai multe sisteme de drept.*

Numai existența într-un raport juridic a unui element de extraneitate face ca, în legătură cu acel raport să se nască un conflict de legi, iar el devine un raport de drept internațional privat.

2.3. *Raportul juridic cu element de extraneitate, care formează obiectul dreptului internațional privat, este un raport de drept privat.*

Noul Cod civil prevede în art. 2557 alin.(2) că „*în înțelesul prezentei cărți, raporturile de drept internațional privat sunt raporturile civile, comerciale, precum și alte raporturi de drept privat cu element de extraneitate*”³

Enumerarea legii are caracter exemplificativ, deoarece putem avea și alte raporturi juridice de drept privat (cele de familie, cele din transporturile internaționale sau cele de proprietate intelectuală).

¹ A se vedea: I.P. Filipescu *Drept internațional privat*, vol. I, Editura Actami, 1995; T.R. Popescu *Drept internațional privat*, Editura Romfel, 1994; D.A. Sitaru *Drept internațional privat. Tratat*, Editura Lumina Lex, 2001; O. Ungureanu, C. Jugastru *Manual de drept internațional privat român*, Ed. All, 1999.

² D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 20.

³ Noul Cod civil al României a fost adoptat prin Legea nr. 287/2009 (M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009) la data de 25 iunie 2009 și a intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011 (a se vedea și Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil publicată în M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011).

Noul Cod civil cuprinde 7 cărți, fiecare dintre acestea fiind divizată în titluri și capitole, numărul de articole fiind de 2664. Dispozițiile de drept internațional privat cuprinse în Cartea a VII-a reprezintă, așa cum menționează legiuitorul în *Expunerea de motive*, o integrare a Legii nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat (publicată în M. Of. nr. 245 din 01.10.1992) în corpul noului Cod civil.

Aparțin dreptului internațional privat și raporturile din dreptul muncii (sunt de drept privat raporturile privind contractul de muncă), în măsura în care au un element internațional, în privința raporturilor de muncă cu participarea unui străin pot să apară unele probleme care aparțin domeniului dreptului internațional privat¹.

3. Obiectul dreptului internațional privat

În literatura de specialitate s-a arătat că obiectul de reglementare al dreptului internațional privat, ca normă de drept, îl constituie raporturile juridice de drept privat, cu elemente de extraneitate.

Raporturile juridice de drept privat cu element de extraneitate pot intra în obiectul de reglementare și al altor ramuri de drept, de exemplu raporturile de comerț exterior, care formează obiectul dreptului comerțului internațional.

Considerăm că pentru determinarea legii competente să cărmuiască raporturile de comerț exterior, devenite litigioase, urmează să fie folosite normele de drept internațional privat ale organului de jurisdicție sesizat („*lex fori*”), în speță normele dreptului internațional privat român².

În concluzie, dreptul internațional privat cuprinde totalitatea normelor care soluționează *conflictul de legi* ori *conflictul de jurisdicții*, precum și cele cu privire la *condiția juridică a străinului*³.

Dreptul internațional privat român reprezintă acea ramură a sistemului de drept românesc, formată din ansamblul normelor juridice care reglementează raporturile juridice de drept privat („*lato sensu*”), având un element de extraneitate, încheiate între persoane fizice sau persoane juridice aflate pe poziție de egalitate juridică în fața legii.

¹ A se vedea S. Ghimpu „Cetățenii străini și persoanele juridice străine, subiecte ale raporturilor juridice de muncă în România” în R.R.D. nr. 1/1971, p. 27; S. Ghimpu, Al. Țiclea, *Dreptul muncii*, Editura Șansa S.R.L., București, 1995, p. 7-13.

² A se vedea sentința arbitrală nr. 34 din 29 nov. 1958, sentința arbitrală nr. 102 din 27 martie 1979, sentința arbitrală nr. 158 din 19 iunie 1980, publicate de E. Osipenco, M. Cozmanciuc în *Jurisprudență comercială arbitrală 1953-2000* a Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României – coordonatori V. Babiuc, O. Căpățână, Editura Edimpress Camro S.R.L., București, 2002, p. 142.

³ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 33.

CAPITOLUL II

IZVOARELE DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT

Izvoarele dreptului internațional privat se clasifică în izvoare interne și izvoare internaționale. Acestea conțin norme conflictuale, precum și norme materiale sau substanțiale.

1. Izvoarele interne

1.1. Actele normative

Principalele izvoare interne ale dreptului internațional privat sunt actele normative, care, în funcție de conținutul lor, pot fi clasificate în două categorii, și anume:

- izvoare specifice dreptului internațional privat;
- izvoare nespecifice acestuia.

A. Izvoarele specifice ale dreptului internațional privat, conțin în principal norme conflictuale, dar și norme materiale (sau substanțiale) destinate reglementării raporturilor juridice de drept internațional privat.

Noul Cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009, constituie în România *dreptul comun* al reglementării de drept internațional privat iar dispozițiile de drept internațional privat cuprinse în Cartea a VII-a reprezintă o integrare a Legii nr. 105/1992 în corpul noului Cod civil. Acest lucru este confirmat și de structura Cărții a VII-a, care o preia în linii mari pe cea a Legii nr. 105/1992, noutățile fiind reprezentate de:

- împărțirea generală în două titluri: Titlul I „Dispoziții generale” (art. 2557-2571 N.C.C.) și Titlul II „Conflicte de legi” (art. 2572-2663 N.C.C.);
- inserarea în cadrul Titlului II „Conflicte de legi” a capitolului privind fiducia (cap. VIII), între cele privind cambia, biletul la ordin și ceul (cap. VII) și prescripția extinctivă (cap. IX).

Legea nr. 105/1992 a realizat, pentru prima dată în legislația noastră, o reglementare de ansamblu referitoare la dreptul internațional privat¹.

Această lege a constituit un adevărat cod al dreptului internațional privat² ce cuprindea trei părți.

În prima parte (art. 1-10) erau enunțate o serie de dispoziții generale, după care, în partea a doua (art. 11-147), erau prevăzute principalele norme conflictuale, adică acele dispoziții care indică instanțelor judecătorești sau altor autorități competente din România ce lege trebuie să se aplice unui raport juridic cu element de extraneitate, susceptibil deci de a fi reglementat fie de legea română, fie de legea unui stat străin.

În ultima parte (art. 148-181) s-au înscris norme de procedură în materie de drept internațional privat, în principal norme pentru determinarea jurisdicției competente să soluționeze un litigiu dintre un român și un străin sau dintre străini, precum și condițiile de recunoaștere și executare în România a hotărârilor judecătorești străine și a altor acte ce le sunt asimilate³.

La data intrării în vigoare a noului Cod civil (1 octombrie 2011) au fost abrogate art. 1-33 și art. 36-147 din legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, publicată în M.Of. al României nr. 245 din 1 octombrie 1992, cu completările ulterioare⁴.

Procesul civil internațional este reglementat în noul Cod de procedură civilă în Cartea a VII –a, care a intrat în vigoare la data de 15.02.2013⁵. Potrivit art. 1064 NCPC dispozițiile Cărții a VII –a se aplică procesul

¹ A se vedea cea dintâi prezentare sintetică a acestui act normativ în *I. Băcanu, O. Căpățână, S. Zilberstein, Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat* în revista „Dreptul” nr. 12/1992, p. 31-36. Pentru prezentarea caracteristicilor generale ale noii reglementări, a se vedea: prof. univ. dr. Octavian Căpățână „Noul drept internațional privat român” în *Revista de drept comercial* nr. 5/1993, p. 5-18.

² În continuare legea va fi desemnată prin sigla L.D.I.P.

³ A se vedea prof. dr. S. Zilberstein *Procesul civil internațional. Normele de procedură din Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat*, Editura Lumina Lex, București, 1994, p. 6.

⁴ În acest sens, a se vedea art. 230 lit. q) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

⁵ Noul Cod de procedură civilă a fost adoptat prin Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (M.OF. nr. 485/15.07.2010) și ulterior a fost modificat prin Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (M.OF. nr. 365/30.05.2012). Noul Cod de procedură civilă a fost republicat, în temeiul art. 80 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, în M.OF. nr. 545/03.08.2012

de drept privat cu elemente de extraneitate în măsura în care prin tratatele internaționale la care România este parte, prin dreptul Uniunii Europene sau prin legi speciale nu se prevede altfel.

Cartea a VII – a din noul Cod de procedură civilă cuprinde:

- Titlul I Competența internațională a instanțelor române (art. 1065 – 1081 NCPC)
- Titlul II Legea aplicabilă în procesul civil internațional (art. 1082 – 1092 NCPC)
- Titlul III Eficacitatea hotărârilor străine (art. 1093 – 1109 NCPC)
- Titlul IV Arbitrajul internațional și efectele hotărârilor arbitrale străine (art. 1110 – 1132 NCPC)

Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, dispune în art. 83 litera e) că la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă (respectiv 15.02.2013) se abrogă Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 245 din 01.10.1992, cu modificările și completările ulterioare.

O serie de alte acte normative, ce conțin norme conflictuale sau norme materiale, constituie izvoare de drept internațional privat, cum ar fi:

- O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România;¹
- O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană;²
- Legea nr. 189/2003 privind asistența judiciară în materie civilă și comercială;³

B. Izvoarele nespecifice dreptului internațional privat sunt acele acte normative care interesează, în primul rând, alte ramuri de drept, dar care conțin și norme (*conflictuale sau materiale*) de drept internațional privat român.

Sunt izvoare nespecifice dreptului internațional privat român:

- Constituția României, care reglementează principiile fundamentale ale politicii internaționale a statului român, conține și norme care interesează dreptul internațional privat de exemplu: art. 5 (*cetățenia*); art. 7 (*românii din străinătate*); art. 17 (*cetățenii români în străinătate*); art. 18 (*cetățenii străini și apatrizii*); art. 25 (*libera circulație*); art. 44 (*dreptul de proprietate privată*); art. 57 (*exercitarea drepturilor și libertăților*); art. 135 (*economia*); art. 136 (*proprietatea*);
- Legea nr. 122/2006 privind azilul în România⁴;
- Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă;
- Legea nr. 21/1991 privind cetățenia română;
- Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale;
- Legea nr. 18/1991 cu privire la fondul funciar;
- Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului;
- Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției.

1.2. Uzanțele internaționale și practica judiciară și arbitrală de drept internațional privat

Uzanțele internaționale prezintă importanță pentru dreptul internațional privat numai în măsura în care completează și interpretează normele juridice de drept internațional privat.

Practica judiciară și arbitrală, fără a constitui un izvor la dreptul internațional privat român, interesează această ramură de drept, rolul său fiind acela de a interpreta și adopta normele juridice în funcție de particularitățile raporturilor juridice cu element străin.⁵

¹ Republicată în temeiul art. 7 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 55/2007 privind înființarea Oficiului Român pentru Imigrări prin reorganizarea Autorității pentru străini și a Oficiului pentru Refugiați, precum și modificarea și completarea unor acte normative, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 424 din 26 iunie 2007, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 347/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 851 din 12 decembrie 2007, dându-se textelor o nouă numerotare.

² Art. I al O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană (M. Of. nr. 1036 din 28 decembrie 2003) a abrogat în mod expres prevederile Legii nr. 187/2003 privind competența de jurisdicție, recunoașterea și executarea în România a hotărârilor în materie civilă și comercială pronunțate în statele membre ale Uniunii Europene.

³ Republicată în temeiul art. 11 din Legea nr. 44/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 189/2003 privind asistența judiciară internațională în materie civilă și comercială, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 174 din 13 martie 2007, dându-se textelor o nouă numerotare.

⁴ Publicată în M. Of. Partea I, nr. 428 din 18 mai 2006, modificată și completată.

⁵ A se vedea D.A. Sitaru, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Editura Actami, 1995, p. 118.

2. Izvoarele internaționale

Izvoarele internaționale ale dreptului internațional privat sunt: tratatul, cutuma internațională și uzanțele comerciale, cu unele particularități.

Pentru România este izvor de drept internațional privat acea convenție, acel tratat ori acord la care aceasta este parte.

În acele cazuri în care unele probleme conflictuale nu sunt reglementate de un izvor internațional, ele trebuie soluționate conform normelor conflictuale interne al instanței sesizate, dacă nu rezultă altfel din izvorul respectiv.

Din categoria convențiilor internaționale, amintim următoarele acorduri la care statul român este parte:

- Convenția privind procedura civilă, încheiată la Haga, la 1 martie 1954, ratificată de România prin Decretul nr. 81/1971;

- Convenția asupra cetățeniei femeii căsătorite, New York, 1957, la care România a aderat prin Decretul nr. 339/1960;

- Convenția privind drepturile copilului, ratificată de România prin Legea nr. 18/1990;

- Convenția privind statutul refugiaților, la care România a aderat prin Legea nr. 46/1991;

- Convenția europeană privind statutul juridic al copiilor născuți în afara căsătoriei, încheiată la Strasbourg, în anul 1957, la care România a aderat în anul 1992 prin Legea nr. 101;

- Convenția de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii (Legea nr. 100/1992 pentru aderarea României, M. Of. nr. 243/1992);

- Convenția privind răspunderea civilă pentru daune nucleare și Protocolul comun referitor la aplicarea Convenției de la Viena și a Convenției de la Paris, la care România a aderat prin Legea nr. 106/1992 publicată în M. Of. nr. 258/1992 ș.a.

Cutuma (sau obiceiul), ca izvor de drept, este o regulă de conduită stabilită în practica vieții sociale și respectată un timp îndelungat în virtutea deprinderii, ca o normă socotită obligatorie.

Cutuma presupune deci îndeplinirea a două elemente: *obiectiv* și *subiectiv* sau *psihologic*.

Elementul obiectiv, faptic, material, constă tocmai în conduita respectivă, continuă și stabilă, în timp ce elementul subiectiv se regăsește în convingerea că o anumită conduită este obligatorie, că are valoare juridică.

Uzanțele comerciale sunt practici sau reguli care sunt observate de parteneri în raporturile lor comerciale.

Acestea implică ideea de continuitate, constanță, uniformitate a unei conduite ori reguli, deci aplicarea repetată, ceea ce presupune o perioadă anumită de timp.

În relațiile economice internaționale părțile acceptă aplicarea uzanțelor comerciale având convingerea că nu este vorba de o normă juridică, ci despre o anumită practică, ea corespunzând domeniului în cauză, astfel că uzanțele se aplică în calitate de clauze convenționale exprese sau tacite.

3. Raportul dintre izvoarele interne și cele internaționale ale dreptului internațional privat

În caz de concurs în aplicare între izvoarele interne și cele internaționale ale dreptului internațional privat, prevalează izvoarele internaționale¹.

Potrivit art. 2557 alin. (3) din N.C.C. „Dispozițiile prezentei cărți sunt aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare”.

¹ D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 67.

CAPITOLUL III

DOMENIUL DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT

1. Considerații introductive

Raportul juridic cu element de extraneitate pune în discuție următoarele probleme:

- determinarea instanței competente a soluționa litigiul (*competența jurisdicțională în dreptul internațional privat*);

- determinarea legii procedurale aplicabile (*procesul de drept internațional privat*);

- determinarea legii aplicabile raportului juridic respectiv (*conflictul de legi*);

- determinarea *efectelor hotărârilor judecătorești străine ori a sentințelor arbitrale străine*.

Soluționarea oricăreia dintre aceste probleme este strâns legată de *condiția juridică a străinului*.

În concluzie, principalele materii de studiu ale științei dreptului internațional privat sunt: *conflictul de legi; conflictul de jurisdicții (competența jurisdicțională, procedura propriu-zisă și efectele hotărârilor judecătorești și arbitrale străine în România); condiția juridică a străinului în România; regimul persoanelor fizice sau persoanelor juridice române în raporturile de drept internațional privat*.

În domeniul dreptului internațional privat intră grupele de norme juridice care soluționează conflictul de legi ori conflictul de jurisdicții, precum și cele privind condiția juridică a străinului și regimul persoanelor fizice sau juridice române în raporturile juridice cu element de extraneitate.

2. Conflictul de legi

Prin *conflict de legi* se înțelege situația în care unui raport cu element de extraneitate îi sunt susceptibile de a i se aplica două sau mai multe legi aparținând unor sisteme de drept diferite, sisteme cu care raportul prezintă legătură prin elementul străin¹.

De regulă, conflictul apare între legea țării căreia îi aparține instanța sesizată cu soluționarea litigiului („*lex fori*”) și legea străină în care raportul are legătură prin elementul său internațional.

Când aceste legi se găsesc în conflict, instanța sesizată trebuie să aleagă care dintre legi urmează să fie aplicată.

Cauza apariției conflictului de legi rezidă în faptul că reglementările din sistemele de drept ale statelor sunt deosebite unele de altele, cu privire la aceeași problemă de drept².

Conflictul de legi este o noțiune specifică dreptului internațional privat, deoarece poate apărea numai în raporturile juridice reglementate de această ramură de drept.

În ceea ce privește obiectul reglementării, art. 2557 alin. (1) din N.C.C. dispune: „*Prezenta carte cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat*”.

3. Conflictul de jurisdicții³

Pentru soluționarea unui *conflict de jurisdicții* este necesară determinarea țării ale cărei instanțe sunt competente să soluționeze litigiul privind un raport juridic cu element de extraneitate.

¹ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 32.

² D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 18.

³ Conflictul de jurisdicții reprezintă situația în care trebuie să se stabilească instanța competentă să judece un litigiu cu element de extraneitate. Termenul acoperă ansamblul regulilor de drept judiciar aplicabil unui litigiu care are elemente internaționale. În realitate, nu există conflictul de jurisdicții (sau conflicte de competență judecătorească), pentru că judecătorul se supune legilor țării sale, chiar și atunci când hotărăște că este competentă o instanță străină. Problemele pe care le pune conflictul de jurisdicții privesc atât sfera creării drepturilor, cât și pe cea a recunoașterii eficacității lor internaționale. Astfel, instanța sesizată trebuie să stabilească dacă este competentă să judece sau dacă hotărârea pronunțată în străinătate îndeplinește condițiile pentru a produce efecte în statul său. Contrar denumirii lor regulile conflictul de jurisdicții nu sunt reguli de conflict, ci reguli de drept material, în sensul că nu se limitează la desemnarea legii care determină competența jurisdicțională, ci o determină ele însele. În cursul unui litigiu, soluționarea conflictul de jurisdicții este totdeauna prealabilă soluționării conflictului de legi. Judecătorul sesizat verifică mai întâi propria sa competență și numai dacă constată că este competent, deci ulterior, se pune problema determinării legii aplicabile fondului litigiului. Ca și în situația conflictului de legi, și în cazul conflictul de jurisdicții se poate vorbi despre o proiecție a dreptului intern pe plan internațional, în sensul că regula de competență din dreptul intern (*actor sequitur forum rei*) a fost transpusă pe plan internațional.

Raportul juridic cu element străin dă naștere la următoarele probleme de natură procesuală:

- competența jurisdicțională în dreptul internațional privat;
- procedura aplicabilă în litigiul privind un raport juridic cu element de extraneitate;
- efectele hotărârilor judecătorești date de instanțele judecătorești străine, respectiv sentințelor arbitrale străine.

Normele care soluționează conflictele de jurisdicții sunt de drept material, substanțial, deoarece ele se aplică direct, nemijlocit raportului juridic și aparțin instanței sesizate¹. În consecință, instanța judecătorească își determină competența de a soluționa un litigiu de drept internațional privat după propria normă juridică, procedura fiind supusă legii forului („*lex fori*”), iar efectele hotărârilor judecătorești străine se determină tot după norma juridică proprie.

4. Condiția juridică a străinului²

Dreptul internațional privat cuprinde și o instituție juridică importantă, și anume, *condiția juridică a străinului*, persoană fizică sau persoana juridică, în România.

Condiția juridică a străinului desemnează totalitatea normelor juridice prin care se determină drepturile și obligațiile pe care le poate avea un străin, persoană fizică sau persoana juridică.

Condiția juridică a străinului este determinată de legea statului în care acesta se găsește sau cu jurisdicția căruia are legătură, deci această instituție este supusă întotdeauna legii materiale române, ca lege a forului („*lex fori*”), adică legea locului unde străinul se găsește.

Condiția juridică a străinului este o instituție care aparține dreptului internațional privat deoarece aceasta are legătură cu conflictul de legi (există conflict de legi numai în măsura în care se recunosc străinilor drepturi în România) și are legătură și cu procedura de drept internațional privat³.

Normele privind regimul juridic al cetățeniei române (dobândirea, pierderea, retragerea cetățeniei române etc.) interesează dreptul internațional privat român numai în măsura în care sunt avute în vedere drepturile și obligațiile străinilor, în materia condiției juridice a străinului.

5. Normele juridice privind regimul persoanelor fizice sau persoanelor juridice române în raporturile de drept internațional privat

Deși aceste norme aparțin, prin conținutul lor, altor ramuri de drept, considerăm că acestea prezintă o importanță deosebită pentru știința dreptului internațional privat și se impune studiarea lor în cadrul acestei discipline.

¹ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 34.

² Instituție juridică care include ansamblul normelor juridice prin care se determină totalitatea drepturilor și obligațiilor pe care le poate avea străinul, persoană fizică sau persoană juridică, într-un anumit stat. Normele care reglementează această instituție juridică sunt *norme materiale*. *Condiția juridică a străinului* este întotdeauna supusă legii materiale a statului pe teritoriul căruia se găsește străinul și nu trebuie confundată cu capacitatea juridică a străinului. Între *condiția juridică a străinului* și conflictele de legi există o delimitare, în domeniul stării și capacității persoanei, care presupune două probleme: a) normele care soluționează conflictele de legi sunt norme conflictuale, în timp ce normele referitoare la condiția juridică a

³ Pentru aceste *argumente* a se vedea D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 46-47.

CAPITOLUL IV

CONȚINUTUL DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT

1. Noțiune și clasificare

Conținutul dreptului internațional privat îl constituie normele juridice care formează această ramură de drept.

Principala clasificare a normelor dreptului internațional privat este în *norme conflictuale și norme materiale (substanțiale)*.

2. Definiția normei conflictuale

Normele conflictuale sunt acele norme juridice, specifice dreptului internațional privat, care *au o structură proprie și soluționează conflictele de legi*.

Norma conflictuală soluționează conflictele de legi în sensul că *stabilește care dintre sistemele de drept în prezență trebuie să se aplice cu privire la raportul juridic respectiv*.

3. Comparație între normele conflictuale și normele materiale

Normele conflictuale se deosebesc de cele materiale (substanțiale, directe), cel puțin sub următoarele aspecte:

a) *norma conflictuală nu cârmuiește raportul juridic pe fondul său*, ci numai arată sistemul de drept aplicabil. Așadar, spre deosebire de cea materială, norma conflictuală este o normă de trimitere, de fixare.

b) *norma conflictuală are o aplicare prealabilă față de norma materială și influențează norma materială aplicabilă*.

Aplicarea prealabilă a normei conflictuale se explică prin succesiunea logică a etapelor de realizare a dreptului, și anume mai întâi trebuie determinat, pe baza normei conflictuale, sistemul de drept aplicabil în speță, de către instanța declarată competentă, iar abia apoi această instanță trebuie să determine, din sistemul de drept aplicabil, care este norma materială pentru soluționarea litigiului.

De asemenea, *norma conflictuală influențează norma materială aplicabilă* deoarece trimiterea de către norma conflictuală la un anumit sistem de drept duce, pe fond, la aplicarea normelor materiale ale acelui sistem de drept. De exemplu, dacă litigiul privind starea civilă și capacitatea unei persoane fizice, cetățean român cu domiciliul în Franța, este judecat în România, se aplică norma conflictuală care are ca punct de legătură cetățenia („*lex patriae*”) și care trimite deci la legea materială română; dacă același litigiu se judecă însă în Anglia, unde norma conflictuală în această materie are ca punct de legătură domiciliul persoanei („*lex domicilii*”), se va aplica dreptul francez. Este evident că soluțiile pe fond pot fi diferite în funcție de norma materială aplicabilă în cauză¹.

4. Izvoarele normei conflictuale

Normele conflictuale pot fi cuprinse:

a) în dreptul intern român. Principala sursă internă de norme conflictuale o constituie Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, Cartea a VII-a „*Dispoziții de drept internațional privat*” (art. 2557-2663).

b) în convențiile internaționale la care România este parte. Acestea se numesc norme conflictuale unificate.

Aplicarea acestei din urmă categorii de norme conflictuale prezintă avantaje față de situația aplicării celor din dreptul intern deoarece înlătură posibilitatea conflictului de norme conflictuale între sistemele de drept în prezență.

5. Structura normei conflictuale

5.1. Elementele normei conflictuale

Structura normei conflictuale este, în esență, aceeași ca a oricărei norme juridice civile, și anume conține ipoteza și dispoziția normei, dar elementele ei poartă denumiri și au un conținut specific.

Elementele normei conflictuale sunt următoarele:

• *conținutul normei.* Conținutul este ipoteza normei conflictuale, adică acea categorie de raporturi juridice (sau, altfel spus, materia) la care respectiva normă se referă.

• *legătura normei.* Legătura este dispoziția normei conflictuale, adică acea parte a normei care indică sistemul de drept aplicabil pentru conținutul normei. Așadar, legătura trimite la sistemul de drept care va reglementa raportul juridic care formează conținutul normei conflictuale.

Legătura normei conflictuale se materializează prin *punctul (elementul) de legătură*, care constituie criteriul concret prin care se stabilește legătura dintre raportul juridic (conținutul normei conflictuale) și un anumit sistem de drept (care constituie legea aplicabilă – „*lex causae*” – în speță). Altfel spus, punctul de legătură este „*conținutul*” legăturii.

5.2. Principalele puncte de legătură admise de legea română²

Cele mai importante puncte de legătură admise de legea română sunt:

a) Cetățenia

Cetățenia este punctul de legătură pentru următoarele categorii de raporturi juridice (care formează conținutul normei conflictuale respective):

• starea civilă, capacitatea și relațiile de familie ale persoanei fizice, adică pentru „*statutul persoanei fizice*”;

• jurisdicția competentă, în unele cazuri.

Sistemul de drept la care acest punct de legătură trimite se numește „*lex patriae*”.

b) Reședința obișnuită constituie punct de legătură pentru următoarele categorii de raporturi juridice: qmoștenirea;

¹ A se vedea, D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 26.

² În acest sens, a se vedea D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 27.

• starea civilă, capacitatea și relațiile de familie ale persoanei fizice (statutul persoanei fizice), în subsidiar față de cetățenie;

• condițiile de fond ale actelor juridice, în general, în cazul localizării obiective, atunci când debitorul prestației caracteristice este o persoană fizică;

Sistemul de drept la care trimite acest punct de legătură, se numește „*lex domicilii*”.

c) Sediul social

Sediul social este punct de legătură pentru:

• statutul organic al persoanei juridice;

• condițiile de fond ale actului juridic, în general, în cazul localizării obiective, atunci când debitorul prestației caracteristice este o persoană juridică;

• contractul de intermediere, de muncă, precum și alte contracte speciale;

• jurisdicția competentă în unele cazuri.

Sistemul de drept aplicabil ca urmare a trimiterii făcute de acest punct de legătură se numește „*lex societatis*”.

d) Fondul de comerț

Acesta constituie punct de legătură pentru:

• condițiile de fond ale actului juridic, în general, în cazul localizării obiective.

• jurisdicția competentă în anumite cazuri.

e) Locul situării bunului

Locul situării bunului reprezintă punctul de legătură pentru:

• regimul juridic al bunurilor imobile și mobile primate „*ut singuli*”;

• jurisdicție în anumite cazuri.

Sistemul de drept aplicabil ca urmare a trimiterii făcute de acest punct de legătură se numește „*lex rei sitae*” (*res, rei*, în limba latină, înseamnă lucru) sau „*lex situs*”.

f) Pavilionul navei (aeronavei) constituie punct de legătură pentru mijloacele de transport respective, în anumite cazuri.

g) Voința părților este punct de legătură pentru condițiile de fond ale actelor juridice în general.

Sistemul de drept aplicabil prin efectul acestui punct de legătură se numește „*lex voluntatis*”.

h) Locul încheierii contractului constituie punct de legătură pentru:

• Condițiile de fond ale contractului când părțile nu au determinat legea aplicabilă iar legea statutului cu care actul juridic bilateral prezintă legăturile cele mai strânse nu poate fi identificată;

• jurisdicție, în anumite cazuri.

Sistemul de drept la care acest punct de legătură trimite se numește „*lex loci contractus*”.

i) Locul executării contractului constituie punct de legătură pentru modul de executare a contractului.

Sistemul de drept aplicabil ca urmare a acțiunii acestui punct de legătură se numește „*lex loci executionis*” sau „*lex loci solutionis*”, dacă se face o plată.

j) Locul întocmirii actului constituie punct de legătură pentru condițiile de formă ale actului juridic (în subsidiar, față de punctul de legătură aplicabil fondului actului).

Regula privind aplicarea acestui punct de legătură pentru forma actului juridic este redată prin adagiul „*locus regit actum*”.

k) Autoritatea care examinează validitatea actului juridic este punct de legătură pentru condițiile de formă ale actului juridic, în anumite cazuri.

Regula prin care este exprimată această legătură este redată prin adagiul „*auctor regit actum*” (în limba latină, verbul „*augeo-augere-auxi-actum*” înseamnă a întocmi, a face un lucru).

l) Locul unde are loc faptul juridic (ilicit) constituie punct de legătură pentru regimul juridic al delictului, în generală.

Sistemul de drept aplicabil ca urmare a aplicării acestui punct de legătură se numește „*lex loci delicti commissi*”.

m) Locul producerii prejudiciului este punct de legătură în cazul în care prejudiciul se produce în alt stat decât cel al săvârșirii delictului.

Sistemul de drept aplicabil prin incidenta acestui punct de legătură se numește „*lex loci laesionis*”.

n) Instanța sesizată este punct de legătură pentru aspectele de procedură propriu-zise.

Sistemul de drept aplicabil ca urmare a aplicării acestui punct de legătură se numește „*lex fori*”, adică legea forului (sistemul de drept al instanței sesizate).

5.3. Clasificarea punctelor de legătură

În funcție de natura lor, punctele de legătură se clasifică în două categorii:

a) puncte de legătură *fixe*, care nu pot fi deplasate de sub incidența unui sistem de drept sub incidența altui sistem de drept. Intră în această categorie, de exemplu, locul situării bunului imobil, locul săvârșirii delictului și al producerii prejudiciului.

b) puncte de legătură *mobile*, în această categorie intrând toate celelalte puncte de legătură, care se pot deplasa dintr-un sistem de drept în altul.

Importanța acestei clasificări constă în consecințele juridice diferite pe care le produc fiecare dintre cele două categorii de puncte de legătură, în cadrul unor instituții de drept internațional privat, precum fraudă la lege, conflictul mobil de legi etc.

6. Clasificarea normelor conflictuale

Normele conflictuale se clasifică în funcție de mai multe criterii:

- În funcție de *conținutul* lor, adică de primul element de structură al normei, acestea se clasifică în norme conflictuale cu privire la persoane (fizice și juridice), bunuri, moștenire (succesiune), actul juridic, obligații etc. Acesta este criteriul după care este structurată, în general, Cartea a VII-a „*Dispoziții de drept internațional privat*” (art. 2557-art. 2663 N.C.C).

- Normele conflictuale se clasifică și după *ramurile de drept* cărora le aparțin raporturile juridice care intră în conținutul lor. Aceasta este, în fond, tot o clasificare în funcție de conținutul normei.

Prin raportare la acest criteriu, există norme conflictuale în domeniul dreptului civil, familiei, comercial, muncii, transporturilor, proprietății intelectuale, procesual civil etc.

- După felul *legăturii* (cel de-al doilea element al normei), acestea se clasifică în:

A. Normele conflictuale unilaterale sau cu legătură directă.

Acestea indică, în mod direct, că, într-un raport juridic cu element de extraneitate, se aplică sistemul de drept al unui anumit stat, care este întotdeauna statul instanței sesizate (al forului).

Așadar, aceste norme conflictuale, aparținând sistemului de drept român, circumstanțiază sfera de aplicare a dreptului român.

B. Norme conflictuale bilaterale (cu indicare generală; cu acțiune dublă).

În cazul acestor norme, legătura este formulată în mod abstract (punctul de legătură este general), astfel încât norma conflictuală circumstanțiază sfera de aplicare atât a dreptului forului, cât și a dreptului străin.

În acest caz, legătura normei conflictuale este numită uneori, în literatura de specialitate, „*formulă de fixare*”.

Normele conflictuale bilaterale formează majoritatea normelor conflictuale.

7. Normele materiale (substanțiale)¹

Normele materiale (substanțiale, directe) sunt izvor al dreptului internațional privat atunci când reglementează raporturi juridice cu element de extraneitate.

Spre deosebire de normele conflictuale, cele materiale cârmuiesc în mod direct aceste raporturi juridice.

Normele materiale se subclasifică, la rândul lor, în norme de drept material sau substanțial (civil, familiei, comercial etc.) și norme de drept procesual.

Această subclasificare a normelor materiale nu trebuie confundată cu clasificarea principală a normelor dreptului internațional privat în norme conflictuale și norme materiale.

Cele mai importante norme materiale aparținând dreptului internațional privat sunt cele care reglementează două instituții principale ale acestei ramuri de drept, și anume:

- condiția juridică a străinului, persoană fizică sau persoană juridică în România;
- efectele hotărârilor judecătorești și arbitrale străine în România.

8. Normele de aplicație imediată (necesară)

În cadrul normelor materiale care interesează dreptul internațional privat, o poziție specială o ocupă normele de aplicație imediată (necesară).

¹ A se vedea D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 37.

Normele de aplicație imediată (*necesară*) sunt acele norme materiale, aparținând sistemului de drept intern al statului forului care se aplică cu prioritate (*imediat*), unui raport juridic internațional (*cu element de extraneitate*), atunci când acel raport juridic are un anumit punct de legătură concret cu țara forului, excluzând în acest fel conflictul de legi și aplicarea în cauză a vreunei norme conflictuale.

Potrivit art. 2566 din N.C.C. : „(1) *Dispozițiile imperative prevăzute de legea română pentru reglementarea unui raport juridic cu element de extraneitate se aplică în mod prioritar. În acest caz, nu sunt incidente prevederile prezentei cărți privind determinarea legii aplicabile.*

(2) *Pot fi aplicate direct și dispozițiile imperative prevăzute de legea altui stat pentru reglementarea unui raport juridic cu element de extraneitate, dacă raportul juridic prezintă strânse legături cu legea acelui stat, iar interesele legitime ale părților o impun. În acest caz, vor fi avute în vedere obiectul și scopul acestor dispoziții, precum și consecințele care decurg din aplicarea sau neaplicarea lor”*

CAPITOLUL V

APLICAREA ȘI LUAREA ÎN CONSIDERARE A LEGII STRĂINE

1. Considerații introductive privind aplicarea legii străine

În dreptul intern, raporturile juridice sunt reglementate de dreptul român, iar problema care se pune este aceea a justei aplicări a acestui drept.

Raportul juridic cu element străin ridică problema aplicării legii străine¹. *O lege străină nu se va aplica niciodată în România prin propria ei forță, ci numai pentru că o normă juridică română trimite la ea. Astfel, legea străină se aplică în limitele și condițiile impuse de legea forului (de legea română, în speță).*

A aplica o lege străină înseamnă a determina efecte juridice în conformitate cu această lege pentru cauza avută în vedere. De exemplu, în măsura în care se admite aplicarea legii străine, trebuie determinate care sunt drepturile și obligațiile părților contractante sau care sunt condițiile de fond și cele de formă care duc la încheierea căsătoriei.

Aplicarea legii străine corespunde noțiunii de aplicare a legii interne pentru situația în care nu există niciun element de extraneitate.

Aplicarea legii străine presupune un act al unui organ competent prin care se realizează prevederile acestei legi, în sensul că se naște, se modifică, sau se stinge un raport juridic, iar aceasta se face în conformitate cu dispozițiile legii străine aplicate, în temeiul normelor conflictuale proprii.

Aplicarea legii străine înseamnă deci că prin actul organului competent se aduc la îndeplinire prevederile acestei legi, deducându-se efectele juridice pentru cauza respectivă².

2. Necesitatea aplicării legii străine

Fiecare stat aplică într-o anumită măsură legea străină. Există însă deosebiri de la un sistem de drept la altul în ceea ce privește măsura aplicării acesteia, unele aplicând legea străină într-o măsură mai mare, iar altele într-o măsură mai mică. Însă fiecare sistem de drept admite aplicarea legii străine ca o necesitate³.

¹ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 45.

² *Ibidem*, p. 46.

³ Pentru detalii a se vedea I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 46-47.

Această necesitate decurge, pe de o parte, din existența relațiilor economice între diferite state și, pe de altă parte, din interesul reciprocității pe care fiecare stat îl are de a i se aplica propriile legi de către alte sisteme de drept.

Fiecare stat se găsește în situația de a nu aplica, în raporturile cu element de extraneitate, numai propria lege, el trebuind să recurgă și la aplicarea legii străine.

În ceea ce privește interesul reciprocității, trebuie avut în vedere faptul că dacă un stat nu ar aplica pe teritoriul său legi străine, atunci nici el nu ar putea pretinde altor state să îi aplice propria lege. Însă, reciprocitatea nu este o condiție a aplicării legii străine, ci este vorba numai de interesul reciprocității în aplicarea propriei legi, interes pe care îl are fiecare stat.

3. Cazurile și limitele în care se aplică legea străină

Normele dreptului internațional privat determină *cazurile și limitele* în care se aplică legea străină.

Legea străină nu se aplică în temeiul autorității ei, ci se aplică deoarece așa prevăd normele conflictuale ale țării forului, în care se găsește instanța de judecată. Astfel, un stat nu poate să impună aplicarea propriilor legi pe teritoriul altui stat, dar fiecare stat poate să admită aplicarea legii străine pe teritoriul său.

Această aplicare a legii străine se face potrivit normelor de drept internațional privat. De exemplu, o lege spaniolă se aplică pe teritoriul României nu pentru că așa prevede legea spaniolă, ci pentru că norma conflictuală română prevede aplicarea ei.

Condiția reciprocității în aplicarea legii străine depinde de cum este înțeleasă noțiunea de reciprocitate și, în raport de înțelesul conferit, se poate spune că această condiție a reciprocității este sau nu o condiție a aplicării legii străine.

Astfel, dacă într-un caz concret în care normele de drept internațional privat român prevăd aplicarea legii străine, s-ar pretinde ca și norma de drept internațional privat străin să prevadă aplicarea legii române, ar însemna că normele de drept internațional privat ale celor două state au o reglementare identică; dacă s-ar extinde această soluție și la celelalte sisteme de drept, ar însemna să se ajungă la un drept internațional uniform și identic pentru statele respective.

În practică însă cazurile în care legea admite aplicarea legii străine pe teritoriul țării noastre nu coincid cu cazurile în care norma conflictuală străină admite aplicarea legii române în statul respectiv¹.

Potrivit art. 2561 N.C.C. - „(1) *Aplicarea legii străine este independentă de condiția reciprocității.*

(2) *Dispozițiile speciale prin care se cere condiția reciprocității în anumite materii rămân aplicabile. Îndeplinirea condiției reciprocității de fapt este prezumată până la dovada contrară care se stabilește de Ministerul Justiției prin consultare cu Ministerul Afacerilor Externe*”.

În general, principiul reciprocității în dreptul internațional privat român se aplică pentru determinarea condiției juridice a străinului prin acordarea reciprocă a regimului național sau a regimului clauzei națiunii celei mai favorizate.

De asemenea, reciprocitatea poate fi invocată în cadrul procesului civil internațional. Noul Cod civil prevede în mod expres *condiția reciprocității* în art. 2582 alin. (2) în cazul *recunoașterii persoanelor juridice străine*: „*Persoanele juridice străine fără scop lucrativ pot fi recunoscute în România, pe baza aprobării prealabile a Guvernului, prin hotărâre judecătorească, sub condiția reciprocității, dacă sunt valabil constituite în statul a cărui naționalitate o au, iar scopurile statutare pe care le urmăresc nu contravin ordinii sociale și economice din România*”.

4. Mijloacele de probă ale legii străine

În dreptul român își găsește aplicarea principiul libertății instanței de judecată și a părților în alegerea mijloacelor de probă a legii străine, la care norma conflictuală trimite. Acest principiu este consacrat de noul Cod civil în art. 2562 alin. (1), conform căruia: „*Conținutul legii străine se stabilește de instanța judecătorească prin atestări obținute de la organele statului care au edictat-o, prin avizul unui expert sau printr-un alt mod adecvat*”.

În ceea ce privește sarcina probei legii străine, precizăm că în dreptul român acesta se împarte între judecător și părți. Instanța de judecată, având în vedere caracterul obligatoriu al aplicării dreptului străin (în cazul în care norma conflictuală română prevede astfel) va trebui să depună toate diligențele pentru aflarea conținutului și înțelesului legii străine, în ipoteza în care norma conflictuală română trimite la ea. În temeiul

¹ A. Pricopi, A. Fuerea, *op. cit.*, p. 27.

principiului rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului, instanța de judecată poate dispune, chiar și din oficiu, administrarea probelor pe care le consideră necesare, precum și alte măsuri prevăzute de lege, chiar dacă părțile se împotrivesc. În privința dreptului străin (spre deosebire de dreptul român) nu se aplică prezumția că „judecătorul cunoaște legea” (*jura novit curia*), astfel, sarcina probei legii străine nu incumbă exclusiv judecătorului, ci această sarcină este împărțită între acesta și părți. În acest sens noul Cod civil prevede în art. 2562 alin. (2) că: „Partea care invocă o lege străină poate fi obligată să facă dovada conținutului ei”. Din acest text rezultă că judecătorul nu are îndatorirea legală de a obliga partea care invocă o lege străină să facă dovada conținutului ei ci are doar *posibilitatea (facultatea)* de a se folosi de acest lucru în ipoteza în care dreptul străin este mai greu de probat.

În cazul imposibilității de a stabili, într-un termen rezonabil, conținutul legii străine, se aplică legea română [art. 2562 alin. (3) din N.C.C.]. Pentru a aplica dreptul român, ca *lex fori*, trebuie să existe în mod real imposibilitatea de a stabili, într-un termen rezonabil, conținutul legii străine, în ciuda diligențelor făcute de instanța de judecată, cu sprijinul părților, în acest sens. *Principiul aplicării legii forului*, în acest caz, apare ca un *subsidiar*, fiind justificat de o situație de imposibilitate evidentă de dovadă a conținutului legii străine, într-un termen rezonabil.

5. Interpretarea și aplicarea legii străine

Interpretarea dreptului străin, la care norma conflictuală română a trimis, se face, în principiu, după regulile de interpretare existente în respectivul sistem de drept. Conform art. 2563 din noul Cod civil „*Legea străină se interpretează și se aplică potrivit regulilor de interpretare și aplicare existente în sistemul de drept căruia îi aparține*”. Astfel, regulile de interpretare și aplicare vor fi cărmuite exclusiv de legea străină la care norma conflictuală română a trimis.

6. Luarea în considerare a legii străine

Există situații în care legea străină este numai luată în considerare, adică nu se stabilesc efectele juridice privind cauza analizată potrivit prevederilor acesteia. În acest caz, legea străină constituie numai o condiție pentru aplicarea legii proprii sau se ține seama de ea pentru a defini un raport juridic. Luarea în considerare a legii străine presupune că se ține seama de aceasta, dar numai pentru a se aplica legea proprie („*lex fori*”).

De exemplu, în dreptul internațional privat român, legea străină este luată în considerare pentru aplicarea legii proprii privind încuviințarea exequaturului.

În materia invocării drepturilor dobândite în străinătate în virtutea aplicării legii străine, ori de câte ori se recunoaște un astfel de drept în țara forului, acest fapt implică și o luare în considerare a legii străine care a stat la baza nașterii dreptului invocat.

7. Înlăturarea aplicării legii străine

Legea străină se înlătură de la aplicare, conform prevederilor art. 2564 alin. (1) N.C.C., în două cazuri:

- dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român;
- dacă legea străină respectivă a devenit competentă prin fraudarea legii române.

În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română.

Potrivit art. 2564 alin. (2) din N.C.C. „*Aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului*”.

În mod excepțional, aplicarea legii determinate potrivit Cărții a VII-a din noul Cod civil poate fi înlăturată dacă, datorită circumstanțelor cauzei, raportul juridic are o legătură foarte îndepărtată cu această lege. În acest caz, se aplică legea cu care raportul juridic prezintă cele ai strânse legături [art. 2565 alin.(1) N.C.C.].

Dispozițiile prevăzute în art. 2565 alin. (1) din N.C.C. nu sunt aplicabile în cazul legilor privind starea civilă sau capacitatea persoanei, precum și atunci când părțile au ales legea aplicabilă [art. 2565 alin. (2) N.C.C.].

Capitolul VI

RETRIMITEREA

1. Considerații introductive

1.1. Noțiunea de retrimiteri

Retrimiteri este o instituție juridică a dreptului internațional privat, care intervine în cazul existenței unui conflict negativ între normele conflictuale aflate în prezență (respectiv între norma conflictuală a forului și norma conflictuală străină cu care are legătură raportul juridic avut în vedere) și constă în faptul că fiecare dintre normele conflictuale aflate în conflict conferă celeilalte competența de a cârmui raportul juridic respectiv¹.

Conflictul de legi este posibil nu numai între legile materiale (de drept civil, dreptul familiei etc.) al diferitelor țări, ci și între sistemele de drept conflictuale.

Conflictul între normele conflictuale se poate prezenta sub formă pozitivă sau formă negativă.

Problema retrimiterii nu se pune când suntem în prezența unui conflict pozitiv de legi, care de regulă se soluționează prin aplicarea normei conflictuale a forului, de către instanța în fața căreia a ajuns litigiul.

În cel de-al doilea caz, adică conflictul negativ, niciuna dintre normele conflictuale în prezent nu pretinde reglementarea raportului juridic respectiv pentru sistemul de drept căruia îi aparține.

Ambele sisteme de drept, prin normele conflictuale respective, se declară necompetente a cârmui raportul juridic. Ar fi astfel exemplul unui cetățean englez, care are domiciliul în Franța, într-o problemă referitoare la starea și capacitatea lui sau al unui francez care ar lăsa o succesiune imobiliară în Italia.

În această situație, când legea forului se declară necompetentă a cârmui raportul juridic și atribuie competența unei alte legi, „*se zice*” că ea trimite la acea lege.

Când această din urmă lege nu acceptă competența care i se oferă și declară, privitor la acel raport juridic, competență o altă lege, de exemplu cea a forului sau a unui stat terț, atunci se spune că ea retrimite la acea lege. Așadar, retrimiteri înseamnă procedeul juridic prin care legea străină desemnată ca aplicabilă potrivit normei conflictuale a forului refuză competența ce i se oferă de a se aplica și atribuie, la rândul ei, prin normele conflictuale proprii, această competență legii unui alt stat.

În cazul trimiterii la legea străină se ridică problema de a ști cum trebuie înțeleasă trimiterea sau, în alte cuvinte, *ce înțelegem prin legea străină?*

Răspunsul la întrebare ar putea fi după cum urmează:

a) să se considere că trimiterea este făcută de legea materială a țării respective, fără a se ține seama de normele sale conflictuale, care eventual ar putea dispune retrimiteri.

¹ T.R. Popescu, *Drept internațional privat*, Editura Romfel, București, 1994, p. 71.

Astfel, de exemplu, în privința capacității părților unui act juridic, dacă norma conflictuală a forului trimite la legea națională a acestora, se va lua în considerare capacitatea în lumina respectivei legi, fără a se ține seama de prevederile normei conflictuale a țării căreia aparțin părțile și care eventual ar supune capacitatea părților unei alte legi decât cea națională. Alegerea acestei soluții face imposibilă retrimiteria, adică nu se mai pune problema ei;

b) să se considere că trimiterea este făcută la întreg sistemul de drept străin, adică inclusiv la normele sale conflictuale. În concepția noului Cod civil, legea străină cuprinde dispozițiile de drept material, inclusiv normele sale conflictuale, cu excepția unor dispoziții contrare [art. 2559 alin. (1) N.C.C.]. Prin *excepție* de la prevederile art. 2559 alin. (1) N.C.C., legea străină nu cuprinde și normele ei conflictuale în cazul în care părțile au ales legea străină aplicabilă, în cazul legii străine aplicabile formei actelor juridice și obligațiilor extracontractuale, precum și în alte cazuri speciale prevăzute de convențiile internaționale la care România este parte, de dreptul Uniunii Europene sau de lege [art. 2559 alin. (3) N.C.C.].

Aceste norme conflictuale pot accepta trimiterea făcută și deci nu se mai pune problema retrimiterii; dar este posibil ca ele să nu accepte trimiterea făcută, să se declare necompetente, dispunând o nouă trimitere, adică dispunând retrimiteria.

În acest ultim caz deci se pune *problema retrimiterii*.

Discutarea retrimiterii din punct de vedere teoretic a fost determinată de *speța „Forgo”* care a constatat în următoarele: un copil bavarez, din afara căsătoriei, cu numele de Forgo, este adus în Franța de la vârsta de 5 ani. El trăiește aici tot restul vieții și moare la vârsta de 68 de ani, lăsând o succesiune mobilă importantă. Deși locuise tot timpul în Franța, el nu dobândise ceea ce numea legea franceză de atunci „*domiciliul legal*” în Franța, deoarece nu îndeplinise formalitățile prevăzute pentru aceasta de legea franceză. El avea numai „*domiciliul de fapt*” în Franța, iar „*domiciliul legal*” îl avea în Bavaria. Forgo nu a lăsat testament. La moartea lui Forgo, rudele sale colaterale după mamă au introdus în fața instanței franceze o petiție de ereditate.

Potrivit legii franceze, succesiunea mobilă era cărmuită de legea națională a defunctului, adică cea bavareză, care prevedea un drept de succesiune în favoarea colateralilor după mamă, din afara căsătoriei.

Dacă s-ar fi aplicat această lege succesorală, succesiunea ar fi trebuit să se deschidă în favoarea moștenitorilor menționați. Dar normele conflictuale bavareze supuneau succesiunea mobilă legii domiciliului de fapt al defunctului, adică legii franceze succesoriale. Instanța franceză a acceptat retrimiteria dispusă de norma conflictuală bavareză, prin hotărârea sa din anul 1878, și a aplicat legea franceză potrivit căreia rudele din afara căsătoriei nu aveau niciun drept la moștenire. În acest fel, succesiunea a revenit statului francez, ca succesiune vacantă.

1.2. Formele retrimiterii

Există două forme de retrimiterie:

a) retrimiteria de gradul I sau simplă este aceea făcută de legea străină la legea forului; dacă retrimiteria este acceptată, instanța sesizată aplică, în ultimă analiză, propria sa lege materială. Un exemplu de astfel de retrimiterie este acela din cazul *speței „Forgo”*;

b) retrimiteria de gradul II sau complexă este aceea făcută de legea străină la legea unei a treia țări, iar nu la legea forului. Astfel, de exemplu, dacă un cetățean danez (a cărui lege personală este legea domiciliului) ar avea domiciliul în Anglia, unde ar deceda și s-ar ridica în fața instanțelor din Germania un litigiu în privința succesiunii, legea acestei din urmă țări trimite la legea națională a defunctului (legea daneză), iar această din urmă lege retrimite la legea domiciliului (legea engleză), retrimiterie care este acceptată. În ultimă instanță deci, succesiunea va fi cărmuită de dreptul succesoral englez, ca lege a domiciliului defunctului.

În fața instanței franceze s-a ridicat problema retrimiterii de gradul II în materia societăților comerciale. Astfel, în *speță*, societatea avea sediul social real în Anglia, iar sediul statuar era în Turcia.

Pentru determinarea legii naționale a societății comerciale, legea franceză, ca lege a forului, a trimis la legea engleză, iar aceasta a retrimis la legea turcă, ceea ce instanța a admis.

2. Argumentele invocate împotriva aditerii retrimiterii

2.1. Norma conflictuală aplicabilă este a forului

Principiul în dreptul internațional privat este că se aplică norma conflictuală a forului, și nu aceea care aparține sistemului de drept străin.

Admiterea retrimiterii nesocotește acest principiu, deoarece instanța se conduce după norma conflictuală străină pentru a determina legea materială aplicabilă.

2.2. Retrimiteria duce la un șir neîntrerupt de noi retrimiteri (cercul vicios)

Dacă retrimiterea dispusă de norma conflictuală a forului se consideră făcută la întregul sistem de drept străin, atunci și retrimiterea trebuie, de asemenea, considerată la întregul sistem de drept al forului, adică inclusiv la normele sale conflictuale.

În această situație, aceste norme conflictuale dispun o nouă retrimitere la legea străină, căci legea forului este declarată necompetentă, iar legea străină la legea forului și așa mai departe, aflându-ne într-un permanent „*du-te-vino*”, din care nu se poate ieși.

Dacă se primește retrimiterea înseamnă că s-a ieșit arbitrar din acest „*du-te-vino*”. Situația este aceeași când retrimiterea este de gradul II și se aplică o lege a unui stat terț.

2.3. Admiterea retrimiterii introduce nesiguranța în privința soluției juridice

Retrimiteria nu poate fi admisă, deoarece sporește incertitudinea în dreptul internațional privat și constituie o excepție de la cazurile certe și normele de aplicare a dreptului străin. Pentru aceste motive, unele tratate și convenții internaționale nu mai admit retrimiterea.

Pe altă parte, se arată că retrimiterea este departe de a oferi acea simplitate pe care o implică relațiile economice internaționale. Dimpotrivă, retrimiterea constituie o sumă de complicații mai ales când este vorba de cea de gradul II.

3. Argumente invocate pentru admiterea retrimiterii

În favoarea retrimiterii se invocă mai multe argumente.

3.1. Legea străină trebuie înțeleasă în sens larg cuprinzând și normele conflictuale

Trimiterea făcută de legea forului la legea străină trebuie considerată ca fiind o trimitere la întregul sistem de drept străin, adică inclusiv la normele sale conflictuale. Aceasta se justifică prin motive de ordin practic și de ordin teoretic. Motivele de ordin practic constau în aceea că retrimiterea funcționează mai întotdeauna în favoarea legii forului, astfel că țara instanței sesizate nu are decât de câștigat.

3.2. Legea străină trebuie aplicată când ea se declară competentă

Retrimiteria trebuie admisă, căci altfel ar însemna că se admite aplicarea legii străine într-o materie în care ea însăși se declară necompetentă. Nu trebuie să fim mai exigenți decât este legea străină însăși.

3.3. Retrimiteria asigură executarea hotărârii judecătorești

Retrimiteria trebuie admisă, deoarece numai astfel hotărârea judecătorească va avea eficiență, căci dintre toate țările în care este probabil că se vor invoca efectele acesteia, cea mai probabilă este țara cu a cărei lege raportul juridic are legătură prin elementul său străin. Dacă s-ar aplica legea materială a acestei din urmă țări într-o materie în care ea este declarată necompetentă, hotărârea nu va avea eficiență în această țară.

3.4. Retrimiteria este un mijloc de coordonare a sistemelor de drept în prezentă, dacă unul dintre acestea nu acceptă retrimiterea

În unele cazuri, retrimiterea nu poate armoniza sistemele de drept în prezentă, ducând la schimbarea reciprocă (inversarea) a soluțiilor față de situația în care nu s-ar admite retrimiterea.

Totuși, există situații în care această coordonare este posibilă. Astfel, în cazul decesului unui cetățean francez domiciliat în Italia, pentru succesiunea mobilă lăsată de defunct, rezultatul se prezintă în felul următor: judecătorul italian aplică legea națională a defunctului, adică cea franceză, căci dreptul italian nu admite retrimiterea; judecătorul francez ar urma să aplice legea domiciliului defunctului, adică cea italiană, dacă nu ar admite retrimiterea de gradul I; dimpotrivă, dacă se acceptă retrimiterea, judecătorul francez aplică legea materială franceză, adică armonizarea soluțiilor ce s-ar da de cele două instanțe.

3.5. Retrimiteria de gradul II poate fi un mijloc de coordonare a sistemelor de drept în prezentă

Obiecția împotriva retrimiterii privind posibilitatea înconjurului lumii fără a determina legea aplicabilă este numai teoretică, dar nu și practică, datorită numărului limitat de puncte de legătură într-o anumită situație avută în vedere.

De asemenea, impasul de a putea determina legea competentă (când legea statului terț retrimite la legea statului la care a trimis inițial norma conflictuală a forului) poate fi evitat prin aplicarea legii materiale indicată de norma conflictuală a forului ori de legea materială a forului.

Trebuie avut însă în vedere că retrimiteră de gradul II poate realiza armonizarea soluțiilor date de legile în prezență.

Astfel, într-o problemă de statut personal privind pe un cetățean englez domiciliat în Danemarca și care urmează să fie soluționată de o instanță franceză, rezultatul se prezintă în felul următor: norma conflictuală franceză trimite la legea națională, adică cea engleză; aceasta din urmă retrimite la legea daneză, care se conduce după principiile „*lex domicilii*”. Deci, instanța franceză va aplica legea materială daneză care ar fi fost aplicată și de instanța engleză ori de cea daneză dacă ar fi fost sesizate cu soluționarea aceleiași probleme – *rezultă armonizarea soluțiilor*.

4. Cazurile în care nu se aplică retrimiteră

4.1. Părțile au ales legea aplicabilă contractului lor (autonomia de voință)

În lipsa unei manifestări de voință a părților în sens contrar, este de presupus că părțile, în cazul autonomiei de voință, au înțeles să aleagă reglementarea existentă pentru acel contract în sistemul de drept respectiv, cu excluderea normelor sale conflictuale.

4.2. Când se aplică regula „*locus regit actum*”

În această situație se admite că trimiterea pe care o face norma conflictuală este la dispozițiile legii locului încheierii actului privind forma exterioară a acestuia, neluându-se în considerație normele conflictuale ale sistemului de drept respectiv. Astfel, în dreptul englez forma actului privind imobilele este supusă legii locului situării acestora („*lex rei sitae*”).

Dacă un asemenea act ar fi încheiat într-o țară care consideră că forma exterioară a actului este supusă regulii „*locus regit actum*”, imobilul fiind în Anglia, se admite că nu se aplică retrimiteră, deoarece scopul regulii amintite nu ar mai putea fi obținut

4.3. Când retrimiteră de gradul II nu permite determinarea legii aplicabile

4.4. Sistemele de drept care nu admit retrimiteră

În această situație, desigur că retrimiteră nu-și găsește aplicare. Este vorba de legislații, în general, recente.

5. Retrimiteră în dreptul român

5.1. Admiterea retrimiterii de gradul I

A. Regula admiterii retrimiterii de gradul I în noul Cod civil

Noul Cod civil admite retrimiteră de gradul I, afară dacă se prevede expres altfel.

Normele noastre conflictuale, în scopul întreținerii și dezvoltării relațiilor economice internaționale, culturale și altele permit în anumite cazuri și limite aplicarea legii străine.

Dacă această lege retrimite la legea noastră și dacă admitem retrimiteră, înseamnă că scopul urmărit de dreptul nostru internațional privat se poate realiza, căci însuși legea străină respectivă se declară incompetentă.

B. Sediul materiei.

Articolul 2559 alin. (2) din noul Cod civil prevede că dacă legea străină retrimite la dreptul român, se aplică legea română, afară de cazul în care se prevede în mod expres altfel.

C. Excepțiile de la regula aplicării retrimiterii de gradul I.

Noul Cod civil reglementează în art. 2559 alin. (3) cazurile în care, prin excepție, nu este admisă retrimiteră în ipoteza în care legea străină nu cuprinde și normele ei conflictuale:

- în cazul în care părțile au ales legea străină aplicabilă;
- în cazul legii străine aplicabile formei actelor juridice și obligațiilor extracontractuale;
- în alte cazuri speciale prevăzute de convențiile internaționale la care România este parte, de dreptul Uniunii Europene sau de lege.

5.2. Retrimiteră de gradul II

Dreptul român nu admite retrimiteră de gradul II.

Conform art. 2559 alin. (2) din noul Cod civil, dacă legea străină retrimite la dreptul altui stat, se aplică legea română, dacă nu se prevede în mod expres altfel.

În cazul în care norma conflictuală a forului (română) trimite la un sistem de drept străin, care prin propriile sale norme conflictuale retrimite la sistemul de drept al unui stat terț, se va aplica legea materială a statului la care a făcut trimitere norma conflictuală a forului (română).

Neadmiterea retrimiterii de gradul II este justificată de nesiguranța juridică pe care această instituție o poate genera.

Admiterea retrimiterii de gradul II ar putea duce la un șir neîntrerupt de noi retrimiteri (cercul vicios).

5.3. Retrimiteria nu există în cazul tratatelor bilaterale de asistență juridică încheiate de România

Aceste tratate cuprind *norme conflictuale uniforme*. Iar retrimiteria este posibilă numai în cazul în care normele conflictuale ale diferitelor țări sunt diferite.

Dacă, în anumite materii, *normele conflictuale sunt uniforme*, nu este posibilă retrimiteria, după cum aceasta nu este posibilă nici în cazul în care normele conflictuale interne (cele neadoptate prin convenții internaționale, ci prin legea internă) conțin aceeași reglementare. De aceea, în materiile reglementate prin tratatele bilaterale de asistență juridică ori în măsura în care există norme conflictuale uniforme nu este posibilă retrimiteria (exceptând măsura în care se completează cu reglementarea internă care poate fi diferită)¹.

5.4. Trimiterea la legea unui stat în care coexistă mai multe sisteme legislative (sisteme plurilegislative)

În practică putem întâlni situația în care norma conflictuală română trimite la o lege străină aparținând unui stat în care coexistă mai multe sisteme legislative (*sisteme plurilegislative*). În această ipoteză noul Cod civil dispune în art. 2560 că dacă legea străină aparține unui stat în care coexistă mai multe sisteme legislative, dreptul celui stat determină dispozițiile legale aplicabile, iar în lipsă, se aplică sistemul legislativ din cadrul celui stat care prezintă cele mai strânse legături cu raportul juridic.

¹ A se vedea, în acest sens I.P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op.cit.*, p. 112

CAPITOLUL VII

ORDINEA PUBLICĂ ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT

1. Noțiunea de ordine publică în dreptul internațional privat

Aplicarea unei legi străine, competentă potrivit normelor conflictuale, poate fi refuzată de instanța de judecată dacă legea străină contravine principiilor fundamentale ale ordinii publice („*lex fori*”) de drept internațional privat român.

Determinarea de către norma conflictuală română a legii străine aplicabile raportului juridic de drept internațional privat nu constituie și obligativitatea unei astfel de aplicări.

Legiuitorul român a acceptat posibilitatea aplicării legii străine unui raport juridic cu element de extraneitate, nu și de formarea concepțiilor de drept intern ce s-ar putea produce printr-o astfel de aplicare.

Ordinea publică de drept internațional privat român este formată din ansamblul principiilor fundamentale de drept ale statului român, aplicabile în raporturile juridice cu elemente de extraneitate¹.

Sub aspect procedural, ordinea publică de drept internațional privat se materializează prin *excepția de ordine publică de drept internațional privat*².

Această excepție³ este mijlocul de procedură aplicabil de către instanța forului, pentru a înlătura efectele legii străine normal competente să se aplice raportului de drept internațional privat, dacă acestea contravin legislației forului și principiilor fundamentale pe care aceasta se bazează.

Ordinea publică nu se invocă împotriva legii străine competente, ci împotriva aplicării ei în cauza concretă, adică a rezultatului la care s-ar ajunge prin aplicarea acestei legi, care ar contraveni ordinii publice naționale.

Conținutul noțiunii de ordine publică de drept internațional privat îl constituie principiile fundamentale de drept ale statului forului, aplicabile în raporturile juridice de drept internațional privat.

Acest conținut se determină de către instanța de judecată.

De aceea, noțiunea de ordine publică de drept internațional privat, în principiu, a fost conturată de practica judiciară în materie⁴.

De regulă, actele normative interne nu stabilesc conținutul ordinii publice, ci numai prevăd, *în abstract*, posibilitatea aplicării acesteia în domeniile pe care le reglementează (spre exemplu, art. 2567 din noul Cod civil prevede că: „*Drepturile câștigate în țară străină sunt respectate în România, cu excepția cazului în care sunt contrare ordinii publice în dreptul internațional privat român*”).

În unele cazuri însă, legea stabilește *conținutul concret* al ordinii publice, în domeniul respectiv de reglementare, în sensul că indică normele juridice a căror încălcare justifică aplicarea excepției de ordine publică de drept internațional privat.

În convențiile internaționale ce constituie izvoare ale dreptului internațional privat român, ordinea publică este prevăzută, de regulă, în mod abstract. De exemplu, Convenția de New York pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, din 1958 (la care România a aderat prin Decretul nr. 186/1961), în art. V alin. 2 lit. b), prevede că recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale străine poate fi refuzată printre altele, dacă este contrară ordinii publice a statului solicitat.

2. Comparație între ordinea publică de drept internațional privat și alte instituții juridice

2.1. Ordinea publică în dreptul internațional privat nu se confundă cu ordinea publică din dreptul intern

¹ D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 108; D.A. Popescu „Itinerarii și evoluții în dreptul internațional privat. Spre un drept internațional privat european”, în R.R.D.P. nr. 1/2007, p. 239-243.

² A se vedea O. Căpățână, *Efectele hotărârilor judecătorești străine în România*, Editura Academiei, 1971, p. 125-134; T.R. Popescu *Drept internațional privat*, Editura Romfel, București, 1994, p. 95-103.

³ Excepția de ordine publică este o excepție de fond, care poate fi invocată în principiu *in limine litis*, de orice parte interesată sau de instanță din oficiu. *Efectul principal* al admiterii excepției de ordine publică este înlăturarea aplicării legii străine în respectivul proces internațional; legea străină, ca atare, nu poate fi afectată de această excepție. *Efectul secundar* al admiterii excepției de ordine publică constă în aplicarea legii române (*lex fori*).

⁴ De exemplu, jurisprudența a statuat că aplicarea legii străine care validează testamentul conjunctiv nu contravine ordinii publice de drept internațional privat român, întrucât dispozițiile din dreptul român care interzic un asemenea testament nu exprimă principii fundamentale de drept, ci ocrotesc un interes privat, și anume voința testatorului și caracterul unilateral al voinței exprimate (în acest sens, a se vedea C.A. Timișoara, Secția civilă, decizia nr. 2160 din 4 septembrie 2001, Lege 4)

Cele două instituții juridice se aseamănă prin faptul că amândouă înlătură de la aplicare o lege.

Ordinea publică de drept internațional privat împiedică producerea efectelor legii străine, iar ordinea publică de drept intern cenzurează actele juridice legal încheiate care au putere de lege pentru părți. De asemenea, ambele instituții își au izvorul în dreptul intern al statului.

Între cele două feluri de ordine publică există însă deosebiri importante, și anume:

- *funcțiile celor două instituții diferă substanțial*: în timp ce ordinea publică de drept intern stabilește limitele principiului libertății încheierii actelor juridice de către părți, ordinea publică de drept internațional privat indică limitele aplicării legii străine în statul forului;

- *sferele celor două noțiuni sunt deosebite*, în sensul că ordinea publică de drept intern este mai largă decât cea de drept internațional privat.

Nu toate normele de ordine publică în dreptul intern sunt de ordine publică în dreptul internațional privat. În schimb, normele cu caracter de ordine publică în dreptul internațional privat păstrează același caracter și în dreptul intern.

2.2. Ordinea publică în dreptul internațional privat nu se confundă cu normele teritoriale

Norma teritorială limitează aplicarea legii străine, exprimând ideea că judecătorul aplică propria lege unui raport juridic litigios.

Chiar dacă și ordinea publică este privită ca un mijloc de limitare în aplicarea legii străine, ea intervine după ce s-a stabilit competența de aplicare a acestei legi în virtutea dispozițiilor normei conflictuale a forului.

Cele două instituții juridice au o sferă diferită de aplicabilitate; în timp ce, normele teritoriale se raportează numai la aplicabilitatea în spațiu (având în vedere numai conflictul de legi în spațiu), ordinea publică poate interveni atât în cazul conflictului de legi în spațiu, cât și în cazul conflictului de legi în timp și spațiu.

2.3. Ordinea publică în dreptul internațional privat nu se confundă cu normele de aplicație imediată

Între cele două instituții juridice există asemănări, constând în aceea că au rolul de a apăra principiile fundamentale ale legii forului și, totodată, au aceeași finalitate, și anume neaplicarea legii străine și aplicarea legii forului.

Deosebirea dintre ele rezultă din mecanismul logic al aplicării, și anume:

- *norma de aplicație imediată* înlătură de la început norma conflictuală competentă, și deci în cazul ei nu se pune problema aplicării unei legi străine, norma de aplicație imediată conținând soluția juridică în chiar cuprinsul ei;

Conform art. 2566 din noul Cod civil – (1) „*Dispozițiile imperative prevăzute de legea română pentru reglementarea unui raport juridic cu element de extraneitate se aplică în mod prioritar. În acest caz, nu sunt incidente prevederile prezentei cărți privind determinarea legii aplicabile.*

(2) *Pot fi aplicate direct și dispozițiile imperative prevăzute de legea altui stat pentru reglementarea unui raport juridic cu element de extraneitate, dacă raportul juridic prezintă strânse legături cu legea aceluia stat, iar interesele legitime ale părților o impun. În acest caz, vor fi avute în vedere obiectul și scopul acestor dispoziții, precum și consecințele care decurg din aplicarea sau neaplicarea lor*”.

- *ordinea publică de drept internațional privat* se ridică numai după ce norma conflictuală română a fost aplicată, pentru a înlătura efectele legii străine normal competente care contravin principiilor fundamentale ale dreptului forului.

2.4. Ordinea publică și retrimiteră

Ordinea publică de drept internațional privat și retrimiteră, se aseamănă prin faptul că ambele presupun o neconcordanță între sistemul juridic al statului forului și sistemul juridic străin.

Deosebirea este că retrimiteră presupune o neconcordanță între norma conflictuală a forului și norma conflictuală străină, care determină conflictul negativ de legi, pe când ordinea publică presupune nu numai o neconcordanță, dar deosebiri esențiale, de principiu, între legea materială a forului și legea străină. Așadar, deosebirea se referă în primul rând, la felul normelor între care nu există concordanță și, în al doilea rând, la măsura sau intensitatea neconcordanței în cele două situații.

Determinarea cazurilor concrete când intervine ordinea publică rămâne la aprecierea instanțelor. Dacă este cazul, ordinea publică în dreptul internațional privat se va invoca nu împotriva legii străine, ci împotriva aplicării legii străine.

3. Caracterele juridice ale ordinii publice în dreptul internațional privat

Ordinea publică de drept internațional privat prezintă următoarele caractere juridice¹:

3.1. Ordinea publică apare ca un *correctiv* în aplicarea legii străine, în sensul că se lasă judecătorului posibilitatea de apreciere dacă o lege străină contravine intereselor statului căruia el îi aparține.

Ordinea publică are un conținut nedeterminat. Pentru fiecare caz în parte, instanța va stabili dacă legea contravine ordinii publice, al cărui conținut se determină astfel pentru fiecare cauză venită spre soluționare. Așadar, ordinea publică este un mijloc de limitare sau determinare a măsurii în care se aplică legea străină;

3.2. Ordinea publică este diferită în ceea ce privește conținutul său de la o țară la alta. Astfel, în unele țări este permisă, în anumite condiții, stabilirea paternității din afara căsătoriei, pe când în altele, aceasta nu este permisă ori este permisă numai restrictiv unde o asemenea acțiune ar fi respinsă ca fiind contrară ordinii publice locale. Tot astfel, în unele țări nu se admite divorțul sau se admite în condiții restrictive unde o acțiune de divorț a unor străini ar fi respinsă ca fiind contrară ordinii publice a forului.

3.3. Ordinea publică este diferită în ceea ce privește conținutul său, în cadrul aceleiași țări, în timp. Astfel, dacă se schimbă concepția reglementării raporturilor dintre părinți și copii, ori privind divorțul, ori raporturile patrimoniale dintre soți, se schimbă, corespunzător, și conținutul ordinii publice. Această schimbare poate privi reglementarea din țara forului sau din țara a cărei lege (străină raportată la cea a forului) ar urma să se aplice.

Conținutul ordinii se poate schimba dacă se modifică oricare din legile în prezentă, modificare de un anumit nivel calitativ, și se ajunge la situația inversă aceleia care există, adică legea străină, deși nu contravenea până atunci ordinii publice a forului, după modificare se consideră că este contrară acestei ordini publice sau invers, când legea străină nu mai este considerată contrară ordinii publice a forului, așa cum era considerată înainte de modificarea intervenită. Ordinea publică prezintă deci un *caracter de mobilitate*, nu numai de la țară la țară, dar chiar în timp, în cazul aceleiași țări;

3.4. Ordinea publică este actuală, în sensul că dacă din momentul nașterii raportului juridic și până în momentul litigiului în legătură cu acest raport juridic s-a schimbat conținutul ordinii publice, nu se ia în considerare conținutul acesteia din momentul nașterii raportului juridic, ci cel din momentul litigiului.

Astfel, actul încheiat în străinătate nu mai poate fi socotit contrar ordinii publice dacă între timp s-a schimbat legea forului, devenind asemănătoare aceleia străine, de exemplu în ceea ce privește condițiile lui de existență ori numai unele dintre acestea. Dimpotrivă, dacă între timp s-a modificat norma conflictuală, în lipsă de dispoziții legale contrare, se ia în considerare norma conflictuală în vigoare la data încheierii actului juridic despre care este vorba.

Desigur, neputându-se admite existența normelor conflictuale cu *caracter național*, nu se poate primi nici ideea unei ordini publice proprii, deoarece, prin definiție, ordinea publică este mijlocul pe care-l are la îndemână instanța pentru a înlătura aplicarea unei legi străine normal competente, care contravine unui principiu fundamental al sistemului de drept al forului (deci al unui stat). Ordinea publică are așadar, un *caracter național*.

În cazul conflictelor de legi interprovinciale, având în vedere că elementul de extraneitate este numai aparent, nu se poate invoca ordinea publică pentru a se înlătura, într-o provincie sau regiune, legile altei provincii sau regiuni.

În cazul conflictelor între legile statelor federale, este posibilă invocarea ordinii publice, dar în fapt aceasta se face mult mai puțin decât este vorba de conflictele de legi propriu-zise, deoarece legile statelor federale au la bază aceeași concepție ori politică legislativă.

4. Domeniul invocării ordinii publice

Ca mijloc pentru înlăturarea aplicării legii străine într-un anumit caz, ordinea publică poate fi folosită în toate materiile dreptului internațional privat, ceea ce arată că nu se poate vorbi categoric de legi care sunt de ordine publică, spre deosebire de legile care nu au acest caracter. De asemenea, ordinea publică în dreptul internațional privat nu se poate determina numai pe baza distincției normelor juridice în imperative sau

¹ A se vedea I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 117-118; D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 116-117.

prohibite, supletive ori permissive. Practica judiciară internațională arată că ordinea publică s-a folosit mai mult în materia statutului personal și a relațiilor de familie.

5. Ordinea publică în dreptul internațional privat român

Aplicarea legii străine se înlătură, conform prevederilor art. 2564 alin. (1) teza I din noul Cod civil, dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român. În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română [art. 2564 alin. (1) teza a II-a N.C.C.].

Ordinea publică se invocă împotriva aplicării legii străine (nu împotriva legii străine), determinarea cazurilor concrete în care poate interveni fiind lăsată la aprecierea instanțelor judecătorești.

Noul Cod civil stabilește conținutul abstract al noțiunii de ordine publică de drept internațional privat român în art. 2564 alin. (2): „*Aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului*”.

Ordinea publică de drept internațional privat român este conturată de practica judiciară în materie fiind formată din principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și din ansamblul drepturilor fundamentale ale omului, aplicabile în raporturile juridice cu element de extraneitate.

Conținutul concret al noțiunii de ordine publică de drept internațional privat român, de regulă, este determinat de către instanța de judecată care va stabili, în fiecare caz în parte, dacă legea străină normal competentă ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului. După cum am evidențiat, în anumite cazuri, legiuitorul român însuși stabilește explicit normele juridice a căror încălcare constituie un temei de invocare a ordinii publice de drept internațional privat român și, deci, de înlăturare de la aplicare a legii străine contrare.

6. Efectele aplicării ordinii publice de drept internațional privat

În dreptul internațional privat român ordinea publică are două efecte:

- un *efect negativ*, și anume înlăturarea de la aplicare a legii străine.

Acest efect rezultă din prevederile art. 2564 alin. (1) teza I N.C.C., conform căroră „*Aplicarea legii străine se înlătură dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român sau dacă legea străină respectivă a devenit competentă prin fraudarea legii române*”.

Un exemplu de *efect negativ* este instituit de art. 2586 alin. (2) din noul Cod civil, conform căruia dacă una din legile străine aplicabile condițiilor de fond ale căsătoriei „*prevede un impediment la căsătorie care, potrivit dreptului român, este incompatibil cu libertatea de a încheia o căsătorie, acel impediment va fi înlăturat ca inaplicabil în cazul în care unul dintre viitorii soți este cetățean român și căsătoria se încheie pe teritoriul României*”.

- un *efect pozitiv*, în locul legii străine se aplică legea română.

Soluția aplicării legii forului în locul celei străine a fost consacrată și de noul Cod civil în art. 2564 alin. (1) teza a II-a care dispune: „*În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română*”.

Din analiza dispozițiilor cuprinse în noul Cod civil rezultă că efectul negativ este însoțit întotdeauna de efectul pozitiv. Astfel, în concepția legiuitorului român, aplicarea legii forului este preferabilă din punct de vedere practic, deoarece este legea cea mai apropiată de situația juridică din statul forului.

7. Invocarea ordinii publice în materia drepturilor câștigate (dobândite)

În cazul în care se invocă în materia drepturilor dobândite, excepția de ordine publică are un rol mai atenuat, în sensul că unele raporturi juridice nu ar fi putut lua naștere prin aplicarea legii străine deoarece s-ar fi opus ordinea publică locală, însă odată născute în țară străină, prin aplicarea acelei legi, vor fi recunoscute și pe teritoriul țării forului.

Efectul atenuant al invocării ordinii publice în materia drepturilor dobândite nu se produce în mod automat, instanței judecătorești revenindu-i sarcina să *decidă pentru fiecare caz* în parte în ce măsură un drept dobândit în străinătate poate produce efecte în țara forului.

Conform art. 2567 din noul Cod civil „*Drepturile câștigate în țară străină sunt respectate în România, cu excepția cazului în care sunt contrare ordinii publice în dreptul internațional privat român*”.

CAPITOLUL VIII

FRAUDAREA LEGII ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT

1. Noțiune

Fraudarea legii în dreptul internațional privat constă în operația prin care părțile unui raport juridic, folosind în scop fraudulos (ilicit) un mijloc de drept internațional privat, au făcut aplicabil acelui raport juridic un alt sistem de drept decât cel normal competent să se aplice¹. Astfel, părțile își pot modela în mod voit conduita pentru ca legea normal aplicabilă raportului juridic pe care îl încheie să nu fie legea competentă, ci legea favorabilă lor.

În cazul fraudării legii în dreptul internațional privat nu este vorba de o încălcare directă a legii, ci de o încălcare indirectă, aparent legală.

Ca exemplu, pentru fraudarea legii în dreptul internațional privat prezentăm „*speța lider în materie, și anume speța Beaufremont*”, soluționată de instanțele franceze la 18 martie 1878.

Prințesa Beaufremont, de cetățenie franceză, domiciliată în Franța, dorea să divorțeze de soțul său, prințul Beaufremont, dar, cum la acea vreme, legea franceză nu permitea divorțul, nu a putut să obțină decât o separare de corp.

Pentru a obține totuși divorțul, prințesa și-a stabilit domiciliul în ducatul german Saxa-Altenbourg, unde a dobândit și cetățenia germană. Tot aici a divorțat de prințul Beaufremont și s-a recăsătorit, la Berlin, cu prințul Bibescu, cetățean român.

Evident, schimbarea cetățeniei s-a făcut cu scopul de a scăpa de o prohibiție a legii personale. Prințul Beaufremont și-a dat soția în judecată, în Franța, iar instanța a hotărât că cetățenia germană dobândită de prințesă, divorțul care a urmat și noua sa căsătorie nu sunt opozabile prințului francez, deoarece soția sa a uzat de dreptul internațional privat „*cu singurul scop de a ocoli prohibițiile referitoare la divorț din legea franceză*” normal competentă.

Curtea de Apel și Curtea de Casație, care s-au pronunțat, de asemenea, în această speță, au fost mai prudente decât judecătorii primei instanțe și nu au intrat în detaliile privind regularitatea sau iregularitatea dobândirii cetățeniei germane, hotărând că aceasta este fără efect în Franța, ca și divorțul și noua căsătorie care i-au urmat. Totuși, pentru a elimina orice dubiu, Curtea de Casație a spus expres că prințesa a rămas cetățean francez.

Fraudarea legii în dreptul internațional privat se poate face, de regulă, în două modalități:

- Într-un raport juridic de drept intern se introduce în mod fraudulos un element de extraneitate, care declanșează artificial un conflict de legi iar, prin aplicarea normei conflictuale normal competente pentru ipoteza arătată, se trimite la un alt sistem de drept decât dreptul intern².

- Într-un raport juridic care are deja un element de extraneitate, părțile schimbă în mod fraudulos punctul de legătură făcând aplicabil acelui raport juridic, un alt sistem de drept decât cel normal competent³.

2. Condițiile fraudării legii în dreptul internațional privat

Pentru a exista fraudă la lege în dreptul internațional privat trebuie întrunite cumulativ următoarele condiții:

- *Să existe un acord de voință al părților* (în cazul actelor juridice bilaterale) sau *un act de voință al părții* (în cazul actelor juridice unilaterale) în sensul deplasării punctului de legătură privitor la un raport juridic; schimbarea punctului de legătură trebuie să fie efectivă, altfel suntem în prezența simulației;

¹ A se vedea T.R. Popescu, *op. cit.*, p. 104-108; I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 124; O. Ungureanu, C. Jugastru, A. Circa, *op. cit.*, p. 109.

² De exemplu, la o societate comercială legată, în mod normal, prin elementele ei definitorii (naționalitatea sau sediul asociaților) de dreptul român, părțile stabilesc sediul în străinătate, în scopul de a eluda legile fiscale românești. În acest mod se creează artificial un *conflict de legi* (elementul de extraneitate fiind sediul social în străinătate) și astfel se face aplicabil acelei societăți dreptul străin, în locul celui român (de regulă sediul societății este stabilit într-un *paradis fiscal* unde nu se plătesc taxe și impozite).

³ Schimbarea voluntară și frauduloasă a punctului de legătură este posibilă doar în cazul normelor conflictuale cu *legături variabile* (mobile) ca, de exemplu, schimbarea cetățeniei sau domiciliului persoanei fizice, schimbarea locului bunului mobil. Fraudarea legii nu este posibilă în cazul punctelor de *legătură fixe*, cum sunt locul producerii delictului sau locul producerii prejudiciului ca urmare a săvârșirii faptei ilicite.

• *Părțile să utilizeze un mijloc de drept internațional privat care, prin el însuși, este licit, dar prin care se ajunge la ocolirea legii normal competente; de aceea, sancționarea fraudei la lege are caracter subsidiar și intervine numai atunci când nu există un alt mod de a sancționa un act făcut în disprețul legii;*

• *Să existe intenția frauduloasă (sau intenția de a eluda legea) a părților care să fi creat în mod voit condiții de fraudare a legii competente; astfel, scopul urmărit de părți este înlăturarea sistemului de drept normal competent să se aplice raportului juridic și atragerea ca aplicabil a unui alt sistem de drept;*

• *Rezultatul obținut prin intervenția părților să fie ilicit, în sensul că acesta contravine legii competente aplicabile.*

3. Domeniile în care poate interveni fraudă la lege în dreptul internațional privat

Fraudarea legii poate interveni în domeniile în care părțile au posibilitatea recunoscută de lege de a schimba punctul de legătură a normei conflictuale, și anume:

a) În materia statutului persoanei fizice (starea civilă, capacitatea și relațiile de familie ale persoanei fizice).

Frauda în această materie constă, de regulă, în faptul că persoana fizică își schimbă în mod fraudulos cetățenia, domiciliul sau reședința.

În acest domeniu, din jurisprudența dinaintea de cel de-al Doilea Război Mondial prezentăm două exemple citate de doctrină pentru a evidenția modul cum se poate face fraudarea legii:

• *Speța Bertola*

Soții Bertola, cetățeni italieni, domiciliați în București, au introdus acțiune de divorț în România. Acțiunea a fost respinsă pe considerentul că legea italiană, care reglementa statutul lor personal, nu permitea divorțul. În această situație, soții au făcut demersurile necesare pentru renunțarea la cetățenia italiană. După ce au devenit apatrizi, au introdus o nouă acțiune de divorț, tot în România, motivată diferit. Acțiunea a fost admisă și s-a pronunțat divorțul, aplicându-se legea română, competentă și în cazul apatrizilor domiciliați în România. În felul acesta a fost fraudată legea italiană;

• *Speța Mihăescu*

O femeie pe nume Mihăescu, cetățean român, a avut în Franța un copil din afara căsătoriei, cu un francez. Ea introduce acțiunea în fața instanțelor franceze, pentru stabilirea paternității din afara căsătoriei. Acțiunea este posibilă după legea franceză, dar era interzisă de legea română din acel moment. Instanța a făcut aplicarea legii personale a copilului care figura în proces ca cetățean român și a respins acțiunea. Înainte ca procesul să ajungă în fața instanțelor superioare franceze, mama copilului reușește să obțină, potrivit dispozițiilor legii franceze, cetățenia franceză pentru copil. În acest fel, instanța superioară a aplicat legea franceză și a admis acțiunea, deoarece și pretinsul tată și copilul aveau aceeași cetățenie (franceză). Astfel, s-a fraudat legea română care interzicea stabilirea paternității din afara căsătoriei.¹

b) În domeniul statutului real mobilier.

În această materie fraudă constă în schimbarea locului de așezare a bunului mobil dintr-un stat în altul, în scop de a intra sub incidența altei legi. În acest mod sunt evitate anumite dispoziții legale nefavorabile privind înstrăinarea bunului mobil, dobândirea unor drepturi etc.

c) În domeniul formei exterioare a actelor juridice.

Frauda la lege constă, de regulă, în schimbarea locului de încheiere a actului pe teritoriul altui stat a cărui legislație este mai favorabilă. De exemplu, se încheie un act juridic într-o țară unde actul se poate face sub semnătură privată, față de țara unde era necesară forma autentică.

d) În domeniul contractual, prin folosirea autonomiei de voință² sau prin schimbarea locului de încheiere sau de executare a contractului.

e) În domeniul succesiunii, prin schimbarea cetățeniei de către persoana fizică în scopul de a dispune de o cotitate disponibilă mai mare decât îi permite legea sa personală.

¹ În prezent, o asemenea fraudă nu ar fi posibilă în fața instanțelor române deoarece, conform prevederilor art. 2605 alin. (1) teza I N.C.C., filiația copilului din afara căsătoriei se stabilește potrivit legii naționale a acestuia de la data nașterii (În acest sens, a se vedea D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 133).

² Jurisprudența română a statuat că dacă părțile aleg o lege aplicabilă contractului care nu are nicio legătură obiectivă cu acesta nu trebuie considerată „*de plano*” ca fiind o fraudă la lege, atâta timp cât părțile nu au avut în vedere anumite avantaje licite pe care legea aleasă le prezintă pentru ele (a se vedea, Hot. C.A.B. nr. 266/16 decembrie 1980, în Rep. C.A.B. 1982, p. 171, citată de D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 136).

f) În domeniul statutului organic al persoanei juridice.

În acest caz, fraudă la lege constă în mutarea sediului social de pe teritoriul statului forului pe cel al unui stat ce are o legislație favorabilă (de regulă în domeniul fiscal) în vederea realizării unor scopuri ilicite.

4. Compararea fraudei la lege cu alte instituții juridice

4.1. Fraudarea legii și încălcarea directă a legii

Fraudarea legii în dreptul internațional privat reprezintă o încălcare indirectă a legii competente, datorită faptului că părțile unui raport juridic de drept privat folosesc mijloace licite în scopul obținerii unui rezultat ilicit.

Încălcarea directă a legii exclude aparența de legalitate, mijloacele de realizare fiind și ele ilicite, nu numai rezultatul obținut.

4.2. Fraudarea legii și ordinea publică

Între cele două instituții juridice există deosebiri fundamentale chiar dacă aparent, prin ambele se tinde la înlăturarea legii competente.

Ordinea publică intervine după ce legea străină a fost desemnată competentă, ea fiind înlăturată de la aplicare datorită unui fapt obiectiv al neconcordanței dintre legea străină și legea locală.

În cazul fraudării legii se ia în considerare activitatea frauduloasă a părților, care prin actul lor de voință și prin mijloace artificiale fac aplicabilă altă lege în detrimentul legii competente.

În momentul producerii fraudării nu se cunoaște încă legea competentă, activitatea părților desfășurându-se în vederea determinării competenței unei legi.

4.3. Fraudarea legii și simulația

Comparația dintre cele două instituții poate fi pusă în evidență prin analizarea lor în contextul activității persoanelor juridice.

Problema se ridică mai ales când organele de conducere ale persoanei juridice se găsesc în țări diferite.

În literatura juridică se arată¹ că sediul social al persoanei juridice trebuie să fie real, efectiv, adică acolo unde se găsește principala așezare, centrul de conducere al acesteia, unde se concentrează activitatea sa juridică și funcțională în fapt, serviciile de decizie ale persoanei juridice; sediul social care nu este real, înseamnă că este fictiv, fără să corespundă realității.

În această situație, legea sediului social considerat fictiv nu se va aplica, ținându-se seama de legea sediului social real, efectiv. Sancțiunea sediului statutar fictiv reprezintă inopozabilitatea actului aparent, ca și în cazul simulației.

În cazul fraudării legii, sediul social este stabilit în mod real într-o țară, dar care nu prezintă o legătură rezonabilă cu persoana juridică. Sediul social s-a stabilit în acest fel numai pentru a beneficia de dispozițiile favorabile ale legilor acelei țări, eludând astfel legea normal competentă. Dacă sediul social al unei persoane juridice este real, dar nu este serios (neavând legătură cu societatea), înseamnă că s-a urmărit fraudarea legii.

4.4. Fraudarea legii și abuzul de drept

Abuzul de drept presupune folosirea unui drept subiectiv recunoscut unei persoane fizice sau juridice în alt scop decât cel pentru care legea îl recunoaște, și anume, pentru satisfacerea unor interese legitime ale titularului său².

Abuzul de drept presupune: existența dreptului subiectiv, fapta abuzivă cu sau fără intenție, un prejudiciu cauzat. Modul de sancționare a abuzului de drept constă în refuzul acordării forței de constrângere a statului deci în concret, respingerea acțiunii privind ocrotirea dreptului subiectiv³.

Scopul urmărit în cazul fraudării legii este de a nu se aplica legea unei anumite țări, pe când în cazul abuzului de drept scopul urmărit este altul decât cel recunoscut titularului dreptului.

În ambele situații se constată un scop ilicit al operației juridice, însă în fiecare dintre ele caracterul ilicit al scopului urmărit constă în altceva.

¹ I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 153.

² D. Gherasim, „Teoria abuzului de drept în dreptul civil”, R.R.D. nr. 5/1989, p. 69-79.

³ Gh. Beleiu, *op. cit.*, p. 106.

5. Sancțiunea fraudării legii în dreptul internațional privat

5.1. În legătură cu sancționarea fraudării legii, în literatura de specialitate au fost exprimate mai multe păreri:

- Unii autori se pronunță pentru nesancționarea fraudării legii, invocând ca argument faptul că părțile au uzat de un drept al lor, acordat de legislația în vigoare.

Argumentul prezentat pierde din vedere faptul că sancțiunea intervine pentru rezultatul ilicit obținut, ci nu pentru modul de folosire a mijloacelor licite de către părți.

- Alți autori¹ admit sancționarea fraudării legii numai în materia formei actelor și contractelor, nefiind admisă în materia schimbării cetățeniei persoanei fizice sau sediului social al persoanei juridice pentru a beneficia de prevederile altei legi.

- Majoritatea autorilor care admit necesitatea sancționării fraudării legii, apreciază că această sancțiune constă în *inopozabilitatea actului* în țara a cărei lege a fost înlăturată.

Deci, din punctul de vedere al statului a cărui lege sancționează fraudarea legii, actul respectiv nu produce efecte juridice.

Autorii care admit *inopozabilitatea actului* ca sancțiune a fraudării legii nu au însă o părere unitară cu privire la întinderea acestei inopozabilități, unii apreciind că sancțiunea vizează actul în întregul lui, alții considerând că vizează numai consecințele urmărite prin încheierea actului respectiv.

5.2. Fraudarea legii în dreptul internațional privat român

În dreptul nostru, fraudarea legii este reglementată prin dispozițiile art. 2564 alin. (1) N.C.C.

Potrivit art. 2564 alin. (1) N.C.C. aplicarea legii străine se înlătură dacă legea străină respectivă a devenit competentă prin fraudarea legii române. În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română.

Sancțiunea fraudării dreptului român în favoarea unei legi străine implică două *efecte*:

- unul *negativ*, și anume înlăturarea de la aplicare a legii străine;
- unul *pozitiv*, și anume aplicarea legii române în situația înlăturării legii străine.

Fraudarea dreptului străin, normal competent să se aplice conform normei conflictuale române, constituie, de fapt, o încălcare a normei conflictuale române care, în principiu, are caracter imperativ. De asemenea, în acest caz ceea ce se sancționează este intenția frauduloasă a părților (*fraus omnia corrumpit*).

Pentru dovedirea fraudării legii se poate folosi orice mijloc de probă, fiind o situație de fapt.

În practică se constată dificultăți în dovedirea fraudării legii în dreptul internațional privat, deoarece trebuie dovedită intenția frauduloasă a părților (un element subiectiv mai greu de dovedit)².

Sancționarea fraudării legii intervine foarte rar în dreptul nostru și constă fie în *nulitatea actului juridic* încheiat în fraudarea legii române, fie în *inopozabilitatea actului* în fața autorităților române

¹ I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 157.

² În practica judiciară s-a arătat că partea care invocă nerespectarea legii străine aplicabile la momentul nașterii raportului juridic (încheierea căsătoriei) are obligația să facă dovada conținutului acestei legi. Obligația procesuală de a dovedi că legea străină a fost respectată nu poate reveni părții care se prevalează de un act de stare civilă, opozabil „erga omnes” și care se bucură de prezumția legală de valabilitate. Potrivit dreptului român, aplicarea legii străine se înlătură dacă a devenit competentă prin fraudă. Pentru a interveni inaplicabilitatea legii străine, trebuie dovedită fraudă în urma căreia aceasta a devenit competentă (în acest sens, a se vedea, T.B., Secția a III-a civilă, decizia nr. 1064/R din 22 iunie 2007, publicată de Ș.A. Stănescu în *Drept internațional privat. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, 2008, p. 6-10).

BIBLIOGRAFIE

- Albu, I., *Drept civil. Introducere în studiul obligațiilor*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1984.
- Antonescu, M.V., *Regimul juridic al străinilor în România. Străinul – persoană fizică*, Editura All Beck, București, 2001;
- Aurescu, B., *Sistemul jurisdicțiilor internaționale*, Editura All Beck, București, 2005.
- Babiuc, V., *Riscurile contractuale în vânzarea comercială internațională*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1982.
- Bacaci, Al., *Excepțiile de procedură în procesul civil*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1983.
- Bacaci, Al.; Dumitrache, V.; Hageanu, C., *Dreptul familiei*, ed. a V-a, Editura C.H. Beck, București, 2006.
- Bacaci, Al.; Comăniță, Gh., *Drept civil. Succesiunile*, ed. a II-a. Editura C.H. Beck, București, 2006.
- Batiffol, H., Legarde, P., *Droit international privé*, ed. 8, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.
- Beleiu, Gh., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Editura Șansa S.R.L., București, 1995.
- Beleiu, Gh., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VII-a, revăzută și adăugită de Nicolae, M; Trușcă, P., Editura Universul Juridic, București, 2001.
- Beleiu, Gh., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a X-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae, P. Trușcă, Editura Universul Juridic, București, 2005.
- Beșteliu-Miga, R., *Drept internațional public. Introducere în dreptul internațional public*, Editura All, București, 1998.
- Bîrsan, C.; Eftimie, M., *Convenția europeană a drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2006.
- Bîrsan, C., *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2007.
- Bîrsan, C.; Sitaru, D.A., *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Universitatea din București, 1988.
- Bobei, R.B., *Calificarea și conflictul de calificări*, Editura All Beck, București, 2005.
- Bobei, R.B., *Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat*, Editura Rosetti, București, 2005.
- Boroi, A., *Drept penal, partea generală*, ed. a II-a, Editura All Beck, București, 2000.
- Boroi, G., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura All Beck, București, 2002.
- Căpățână, O., *Efectele hotărârilor judecătorești străine în România*, Editura Academiei, București, 1971.
- Căpățână, O.; Ștefănescu, B., *Tratat de drept al comerțului internațional*, Editura Academiei, București, 1985.
- Căpățână, O., *Dreptul concurenței comerciale – concurența onestă*, Editura Lumina Lex, București, 1994.
- Căpățână, O., *Dreptul concurenței comerciale. Concurența neloială pe piața internă și internațională*, Editura Lumina Lex, București, 1994.
- Cărpenaru, St.; Nemeș, V.; Hotca, M.A., *Noua lege a insolvenței, Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2006.
- Chelaru, E., *Drept civil. Partea generală*, Editura All Beck, București, 2003.
- Chelaru, I.; Gheorghiu, Gh., *Drept internațional privat*, Editura C.H. Beck, București, 2007.
- Cheshire, G.C., *Private international Law*, London, 1965;
- Chirică, D., *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Editura Rosetti, București, 2003.
- Chirică, D., *Contractele speciale civile și comerciale*, vol. I, Editura Rosetti, București, 2005.
- Ciobanu, V.M., *Drept procesual civil. Executarea silită*, vol. I, Editura Lumina Lex, București, 1996.
- Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Editura Național, București, 1997.

- Costin, M.N., *Dicționar de drept internațional al afacerilor*, Editura Lumina Lex, București, 1996.
- Costin, M.N.; Deleanu, S., *Dreptul comerțului internațional, vol. I, Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 1997;
- Crăciunescu, D.M., *Regimuri matrimoniale*, Editura All Beck, București, 2000.
- Deleanu, I., *Cetățenia română*, Editura Dacia, Cluj-Napoca.
- Deleanu, I., *Drept constituțional și instituții politice. Tratat*, vol. II, Editura Europa Nova, București, 1996.
- Deleanu, S., *Drept internațional privat*, vol. I, Editura Dacia Europa Nova, Lugoj, 2000.
- Derruppe, J., *Droit international privé*, ed. 11, Dalloz, 1995.
- Diaconu, I., *Curs de drept internațional public*, Casa de Editură și Presă Șansa” S.R.L., București, 1993.
- Diaconu, N., *Legea aplicabilă căsătoriei și divorțului cu element străin*, Editura Lumina Lex, București, 2006.
- Diaconu, N., *Drept internațional privat. Curs universitar*, ed. a III-a, editura Lumina Lex, București, 2007.
- Dogaru, I.; Cercel, S., *Drept civil. Partea generală*, Editura C.H. Beck, București, 2007.
- Drăganu, T., *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, vol. I, Editura Lumina Lex, București, 1998.
- Dumitrache, S., *Persoana juridică în dreptul internațional privat*, Editura Lumina Lex, București.
- Filipescu, I.P., *Drept internațional privat*, Editura Proarcadia, 1993.
- Filipescu, I.P., *Tratat de dreptul familiei*, Editura All, București, 1993.
- Filipescu, I.P.; Filipescu, A.I., *Tratat de drept internațional privat*, ediție revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2005.
- Filipescu, I.P.; Filipescu, A.I., *Adopția. Protecția și promovarea drepturilor copilului*, Editura Universul Juridic, București, 2005.
- Filipescu, I.P.; Jakotă, M., *Drept internațional privat*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1968.
- Filipescu, I.P.; Filipescu, A.I., *Drept internațional privat*, Editura Actami, București, 2002.
- Fuerea, A., *Drept comunitar al afacerilor*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Fuerea, A., *Drept internațional privat*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, 2005.
- Geamănu, G., *Drept internațional contemporan*, ed. a II-a, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1975.
- Geamănu, G., *Drept internațional public*, vol. I, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1987.
- Geamănu, R.Gh., *Transferul de tehnologie prin contractul de engineering*, Editura Lumina Lex, București, 2001.
- Geamănu, R.Gh., *Dreptul comerțului internațional, Partea I, Partea generală*, Editura Alma Mater, Sibiu, 2002.
- Ghimpu, S.; Țiclea, Al., *Dreptul muncii*, Editura Șansa S.R.L., București, 1995.
- Graveson, R.H., *Conflict of laws. Private International Law*, London, 1974.
- Hanga, Vl., *Drept privat roman*, Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 1996.
- Hanga, Vl.; Bocșan, M.-D., *Curs de drept privat roman*, Editura Rosetti, București, 2005.
- Iorgovan, A.; Constantinescu, M.; Muraru I.; Tănăsescu E.S., *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Editura All Beck, București, 2004.
- Jugastru, C., *Drept civil. Obligațiile*, Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 2007.
- Jakotă, M., *Curs de drept internațional privat*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1961.
- Jakotă, M., *Drept internațional privat*, Editura Didactică și pedagogică, București, 1976.
- Leș, I., *Organizarea sistemului judiciar al avocaturii și a activității notariale*, Editura Lumina Lex, București, 1997.
- Leș, I., *Participarea părților în procesul civil*, Cluj-Napoca, Editura Dacia, 1982.
- Leș, I., *Sanctiunile procedurale în materie civilă*, Editura Lumina Lex, București, 1997.

- Leș, I. *Tratat de drept procesual civil*, ed. a III-a, Editura All Beck, București, 2005.
- Leș, I., *Codul de procedură civilă. Comentariu pe articole*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2007.
- Loussouarn, Y; Bourel, P., *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1993.
- Lupașcu, D.; Gyöngy, G.M., *Regimul juridic al străinilor în România*, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Macovei, I., *Drept internațional privat*, Editura Ars Longa, Iași, 2001.
- Manolache, O., *Drept comunitar*, ed. a III-a, Editura All Beck, București, 2001.
- Mazilu, D., *Dreptul comerțului internațional*, Partea generală, Editura Lumina Lex, București, 2001.
- Mayer, P.; Heuze, V., *Droit interantional privé*, ed. 7, Montchrestien, Paris, 2001.
- Munteanu, R., *Drept european, evoluția, instituții, ordine juridică*, Editura Oscar Print, București, 1996.
- Muraru, I.; Tănăsescu E.S., *Drept constituțional și instituții politice*, Editura Lumina Lex, București, 2002.
- Mureșan, M., *Drept civil. Partea generală*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1996.
- Mureșan, M.; Ciacli, P., *Drept civil. Partea generală*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2000.
- Niboyet, I.P., *Manuel de droit international privé*, Paris, Sire, 1928.
- Nicolae, M., *Prescripția extinctivă*, Editura Rosetti, București, 2004.
- Nicolae, M., *Tratat de publicitate imobiliară, vol. I, Introducere în publicitatea imobiliară*, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Osipenco, E.; Cozmanciuc, M., *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, editată de C.C.I.R.B., București, 2002.
- Plastara G., *Manual de drept internațional public, cuprinzând și o expunere a conflictelor de legi (Drept internațional privat)*, Editura All Beck, București, 2004.
- Pop, L.; Harosa, L.-M., *Drept civil. Drepturile reale principale*, Editura Universul Juridic, București, 2006.
- Pop, L., *Teoria generală a obligațiilor*, Editura Lumina Lex, București, 1998.
- Pop, L., *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. I, Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile*, Editura C.H. Beck, București, 2006.
- Popa, N., *Teoria generală a dreptului*, Editura Actami, București, 1999.
- Popescu, D.A.; Harosa, M., *Drept internațional privat. Tratat elementar*, vol. I, Editura Lumina Lex, București, 1999.
- Popescu, T.R., *Dreptul comerțului internațional. Tratat*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1976.
- Popescu, T.R.; Bîrsan, C., *Dreptul comerțului internațional*, vol. IV, Universitatea din București, București, 1983.
- Popescu, T.R., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983.
- Popescu, T.R., *Drept internațional privat*, Editura Romfel, București, 1994.
- Popescu, D.; Năstase A., *Drept internațional public*, Editura Șansa, 1997.
- Porumb, Gr., *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. I, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1960.
- Predescu, B.M.C., *Fundamentele normelor conflictuale*, București, 2001.
- Predescu, B.M.C., *Drept internațional privat*, Editura Universitaria Craiova, 2002.
- Prescure, T.; Savu, C.N., *Drept internațional privat*, Editura Lumina Lex, București, 2005.
- Prescure, T.; Crișan, R., *Curs de arbitraj comercial*, Editura Rosetti, București, 2005.
- Pricopi, A.; Toma, D.; Fuerea, A., *Drept internațional privat. Note de curs*, Editura Paco, București.
- Pricopi, A.; Fuerea A., *Drept internațional privat*, Editura Actami, București, 1999.
- Răuschi, Șt.; Popa, Gh.; Răuschi, Șt., *Drept civil. Teoria generală. Persoana fizică. Persona juridică*, Editura Junimea, Iași, 2000.
- Roș, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O., *Dreptul de autor și drepturile conexe*, Editura All Beck, București, 2005.
- Roș, V., *Arbitrajul comercial internațional*, Ed. R.A. Monitorul Oficial, București, 2000.

- Rucăreanu, I., *Fundamentarea teoretică a dreptului comerțului internațional*, Editura Academiei, București, 1973.
- Sitaru, D.A., *Drept internațional privat*, Editura Actami, București, 1997.
- Sitaru, D.A., *Drept internațional privat. Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2000.
- Sitaru, D.A., *Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 2004.
- Stătescu, C.; Bîrsan, C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All, București, 1998.
- Stoenescu, I.; Zilberstein S., *Drept procesual civil. Teoria generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983.
- Ștefănescu, B.; Rucăreanu, I., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983.
- Stoica, V., *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Editura Humanitas, București, 2004.
- Tăbărcă, M., *Codul de procedură civilă, Comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, Editura Rosetti, București, 2003.
- Theodoru, G., *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007.
- Turcu, I.; Pop, L., *Contractele comerciale, vol. II, Executarea contractelor*, Editura Lumina Lex, București, 1997;
- Ungureanu, E., *Recunoașterea hotărârilor străine în România*, Editura Nöel, Iași, 1995.
- Ungureanu, O., *Nulitățile procedurale civile*, Editura All Beck, București, 1998.
- Ungureanu, O., *Drept civil. Introducere*, ed. a V-a, Editura All Beck, București, 2000.
- Ungureanu, O.; Munteanu, C., *Drept civil. Drepturile reale*, ed. a III-a revizuită și adăugită, Editura Rosetti, București, 2005.
- Ungureanu, O., *Drept civil. Introducere*, ed. a VIII-a, Editura C.H. Beck, București, 2007.
- Ungureanu, O., *Actele de procedură în procesul civil (la instanța de fond)*, ed. a III-a, Editura Lumina Lex, București, 2000.
- Ungureanu, O.; Jugastru, C., *Manual de drept internațional privat*, Editura All Beck, București, 1999.
- Vasilescu, P., *Regimuri matrimoniale. Partea generală*, Editura Rosetti, București, 2003.
- Zilberstein, S., *Procesul civil internațional. Normele de procedură din Legea nr. 105/1992*, Editura Lumina Lex, București, 1994.