

Revista de Științe Juridice

Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale

2/2010

ISSN: 1454-3699

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

Copyright © **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

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

REDACȚIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0732.320.665**
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTU tel.: **021.314.93.15; 0733.673.555**
L

DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

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

Cuprins

Evoluții legislative și jurisprudențiale române în materia Legii nr. 144/2007 privind Agenția Națională de Integritate <i>Romanian legislative and jurisprudential developments in the field of Law no. 144/2007 on National Integrity Agency</i> <i>Lect. univ. dr. George GÎRLEȘTEANU</i>	5
Considerații privind dreptul pieței energiilor regenerabile în Uniunea Europeană <i>Considerations on the law of renewable energy market in European Union</i> <i>Lect. univ. dr. Adrian-Barbu ILIE</i>	15
Le projet européen: un Code civil a portée européenne? <i>Asist. univ. drd. Mădălin-Savu TICU</i>	33
Considerații privind obligația de vigilență și obligația de publicitate existente în sarcina instituțiilor de credit <i>Considerations regarding the obligation of vigilance and the obligation of publicity existing in charge of the credit institutions</i> <i>Asist. univ. dr. Lavinia Elena SMARANDACHE</i>	47
Libertatea subiectului de drept în concepția lui Hegel <i>Freedom of legal subject in Hegel`s theory</i> <i>Doctorand Oana Maria BĂLAN,</i> <i>Doctorand Anca Costina GHERGHE</i>	55
Revocarea judecătorească a legatului în reglementarea actualului și viitorului Cod Civil <i>The judicial revocation of the legacy in the actual and future Civil Code regulation</i> <i>Asist. univ. dr. Adela Elena PĂTRAȘCU</i>	62
Regulamentul 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială – parte a dreptului internațional privat comunitar <i>Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – a component of community international private law</i> <i>Conf. univ. dr. Anca Ileana DUȘCĂ</i> <i>Conf. univ. dr. Daniel GHÎȚĂ</i>	69

Conceptul de „mamă surogat” între dreptul de a dispune de propriul corp și interesul superior al copilului <i>Concept of „surrogate mother” between the right to dispose of their bodies and interests of the child</i> <i>Doctorand Roxana Gabriela ALBĂSTROIU</i>	75
Considerații istorice și etico-morale asupra relației om-natură <i>Historical and ethical considerations upon the relationship human-nature</i> <i>Doctorand Ana-Maria MORARU</i>	83
Evoluția izvoarelor formale în dreptul românesc - cutuma și legea <i>The evolution of formal sources in romanian law - customary law and law</i> <i>Doctorand Bogdan ANDREI</i> <i>Doctorand Andreea DRAGOMIR</i>	89
Dreptul la protecția datelor cu caracter personal <i>The Right to the Protection of Personal Data</i> <i>Doctorand Gabriela ZANFIR</i>	102
Considerații privind procedura hotărârii pilot în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului <i>Considerations on pilot judgment procedure in the European Court of Human Rights case law</i> <i>Lect. univ. drd. Oana SURDESCU</i>	111
Propunere de lege ferenda pentru înlăturarea unei inadvertențe între dispozițiile Codului penal și dispozițiile Codului de procedură penală privind condițiile cerute experților în procesul penal <i>Proposal de Lege Ferenda for the Removal of a Discrepancy Between the Stipulations of the Penal Code and the ones of the Penal Procedure Code in what Concerns the Requirements for the Validation of Experts in the Penal Trial</i> <i>Prof. univ. dr. Adi OROVEANU HANȚIU</i>	122
Procedura privind evaluarea și acceptarea angajamentelor de către Consiliul Concurenței în cazul practicilor anticoncurențiale. Studiu de caz <i>The legal procedure regarding the evaluation and acceptance of commitments by the Council of Competition in the case of anticompetitive practices. Practic case study</i> <i>Răzvan SCAFEȘ</i>	125

Evoluții legislative și jurisprudențiale române în materia Legii nr. 144/2007 privind Agenția Națională de Integritate¹

Romanian legislative and jurisprudential developments in the field of Law no. 144/2007 on National Integrity Agency²

*Lect. univ. dr. George GÎRLEȘTEANU**

Rezumat

Agenția Națională de Integritate apare la nivelul sistemului român de drept ca o instituție juridică a statului cu caracter autonom ce își desfășoară activitatea într-un domeniu sensibil: combaterea corupției instituționalizate prin asigurarea exercitării funcțiilor și demnităților publice în condiții de imparțialitate, integritate, transparență. Existența Agenției, de la momentul creării acesteia prin Legea nr. 144/2007 și până în prezent, se dovedește una tumultoasă, regimul juridic său juridic suferind numeroase modificări și intervenții ale instanței constituționale române, mai ales în ceea ce privește limitele de acțiune ale acesteia și conformitatea acestor competențe legale cu drepturile și libertățile fundamentale.

Abstract

The National Integrity Agency is, in the Romanian law system, a legal autonomous state institution which operates in a sensitive area: combating institutional corruption by ensuring the performance of public functions and dignities in terms of impartiality, integrity and transparency. The existence of the Agency from the time of its establishment by Law no. 144/2007 and so far, appears to be a turbulent one, its legal status going through many changes and interventions due to the Romanian Constitutional Court, especially with regard to the limits of action and the conformance of these legal abilities with the fundamental rights and freedoms.

Cuvinte-cheie: *Agenția Națională de Integritate; controlul averilor; conflicte de interese; incompatibilități*

Keywords: *National Integrity Agency; property control; conflict of interest; incompatibilities*

¹ Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

² Lucrarea de față a fost prezentată în cadrul lucrărilor conferinței „Fourth Public Romanian-German Colloquium on European Law – The Influence of European Law upon National Law – Experiences and Future Perspectives of Romania and Germany”, desfășurată în perioada 24-27 octombrie 2010, în cadrul University of Saarland, Institute of European Law, Saarbrücken, Germania.

* Autorul este cadru didactic al Facultății de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova, și membru fondator al Centrului de Cercetări Juridice Fundamentale, Craiova.

1. Apariția Agenției Naționale de Integritate (Agenția): contextul european și intern

a. Contextul european. Decizia Comisiei Europene nr. 2006/928/CE de stabilire a unui mecanism de cooperare și verificare a progresului realizat de România în vederea atingerii anumitor obiective de referință specifice în domeniul reformei sistemului judiciar și a luptei împotriva corupției – Condiționarea nr. 2 pentru România

Apariția la nivelul sistemului de drept român a unei instituții juridice precum Agenția Națională de Integritate (Agenția) a fost determinată de procesul complex de aderare al statului român la Uniunea Europeană.

În acest context, punctul inițial în apariția Agenției este constituit de Decizia Comisiei Europene nr. 2006/928/CE de stabilire a unui mecanism de cooperare și de verificare a progresului realizat de România în vederea atingerii anumitor obiective de referință specifice în domeniul reformei sistemului judiciar și a luptei împotriva corupției (publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 354 din 14 decembrie 2006).

Decizia Comisiei Europene identifică patru condiționalități pentru România, dintre acestea condiționalitatea nr. 2, făcând referire la „Înființarea, potrivit angajamentelor, a Agenției de Integritate, cu atribuții în verificarea averilor, incompatibilităților și a potențialelor conflicte de interese, precum și cu competența de a adopta decizii cu caracter obligatoriu pe baza cărora să poată fi aplicate sancțiuni descurajatoare”.

În acest mod, se crea o obligație pentru statul român ce implica adoptarea cadrului juridic necesar pentru crearea Agenției Naționale de Integritate (Agenția).

b. Contextul intern

b.1. Crearea Agenției: Legea nr. 144 din 21 mai 2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate³.

În scurt timp de la adoptarea deciziei CE, Parlamentul României a adoptat în data de 21 mai 2007 Legea nr. 144, act normativ prin care se creează Agenția și prin care sunt trasate coordonatele generale de organizare și funcționare ale instituției.

Prin această lege, potrivit angajamentelor asumate anterior, Agenția este cantonată într-un domeniu specific de acțiune, și anume: asigurarea exercitării funcțiilor și demnităților publice în condiții de imparțialitate, integritate și transparență. Sfera de acțiune a Agenției este reprezentată de organizarea în mod unitar și instituționalizat a activității de control al averii dobândite în perioada exercitării mandatelor sau a îndeplinirii funcțiilor ori demnităților publice și a activității de verificare a situațiilor în care apar conflicte de interese și a incompatibilităților. Din punct de vedere structural, Agenția este condusă de către un președinte, ajutat în activitatea desfășurată de un vicepreședinte. În concret, controlul averilor și verificarea conflictelor de interese și a incompatibilităților, se realizează de către Agenție prin intermediul inspectorilor de integritate.

b.2. Necesitatea Agenției în contextul unor reglementări paralele ale domeniului său specific de acțiune – Legea nr. 144/2007 nu reușește concentrarea materiei într-o reglementare unică.

Crearea Agenției a reprezentat pentru România un pas important în îndeplinirea obligațiilor asumate anterior față de CE, însă modalitatea concretă de reglementare a domeniului de acțiune al acesteia nu a avut drept efect decât o multiplicare în sistemul de

³ Republicată în M. Of. nr. 535 din 3 august 2009.

drept român a unor norme juridice cu obiect comun: controlul averii și verificarea conflictelor de interese și a incompatibilităților. Astfel, Legea nr. 144 se suprapune peste reglementări anterioare din același domeniu, și anume: Legea nr. 115/1996 pentru declararea și controlul averii demnitarilor, magistraților, a unor persoane cu funcții de conducere și de control și a funcționarilor publici, și Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției. Noua reglementare abrogă sau modifică anumite dispoziții ale legilor anterioare și asigură cadrul juridic de desfășurare a activității specifice a Agenției, dar potrivit art. 2, „se completează cu dispozițiile actelor normative în vigoare”.

Principiul constituțional al statului de drept („*Rechtsstaat*”), normat în Constituția României (adoptată în anul 1991 și revizuită în anul 2003) la nivelul art. 1 alin. (3), impune ca Dreptul să încadreze și să limiteze acțiunea statului în sensul asigurării securității juridice a persoanelor. Astfel, dreptul statului de drept trebuie în mod obligatoriu să aibă o anumită consistență normativă din punct de vedere formal, adică să fie public, să fie clar edictat și fără lacune, să nu retroactiveze, într-un cuvânt să fie cert⁴. Aceste consecințe normative ale principiului constituțional al statului de drept se impun în primul rând legiuitorului, care va trebui astfel să evite reglementările paralele și să caute o unificare a reglementărilor în materie.

Fără îndoială, necesitatea înființării Agenției se impunea, însă scopul noii legi ar fi trebuit să fie unul dublu: pe de o parte, crearea unei instituții specializate a cărei activitate să vizeze direct domeniul specific enunțat, iar, pe de altă parte, unificarea reglementărilor anterioare la nivelul unui singur act normativ.

2. Agenția – autoritate administrativă autonomă

a. Specificul Agenției ca autoritate administrativă autonomă (independentă): independența față de guvernământ

Având în vedere domeniul specific de desfășurare a activității Agenției, această instituție a fost creată sub forma unei autorități administrative autonome.

Autoritățile administrative autonome formează astăzi un ansamblu de structuri originale în cadrul autorităților statului⁵. Imaginea generală a acestor instituții juridice este aceea a unor organisme a căror creare are drept scop exercitarea de acțiuni sustrate influențelor politice și presiunilor diferitelor interese economice sau profesionale, în anumite domenii de activitate considerate „sensibile” și care necesită o protecție imparțială.

⁴ Pentru mai multe detalii cu privire la principiul statului de drept, a se vedea Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice. vol. I. Teoria generală*, Ed. C. H. Beck, București, 2007, pp. 150-164; Dan Claudiu Dănișor, *Constituția României comentată. Titlul I. Principii generale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 38-42.

⁵ Pentru mai multe detalii cu privire la instituția autorităților administrative autonome a se vedea Marie-José Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, Ed. L.G.D.J., Paris, 1991; George Dupuis, *Les autorités administratives indépendantes*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1988; George Gîrleșteanu, *Autorități administrative autonome*, Ed. Sitech, Craiova, 2009; Michel Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, 2^e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1994; Verginia Vedinaș, *Drept administrativ*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2007, pp. 345-348.

În sistemul român de drept, instituția autorităților administrative autonome este consacrată la nivel constituțional, în cadrul art. 116 și 117, actul fundamental stabilind competența de creare a acestor autorități și nivelul normei necesare în acest sens. Astfel, o autoritate administrativă autonomă poate fi creată doar de către Parlament, prin lege organică. Acest aspect este foarte important deoarece impune o consecință normativă majoră: nesubordonarea acestor autorități față de Guvern. În același timp, trebuie precizat că în sistemul român de drept, Guvernul, în anumite situații, poate exercita funcția legislativă prin intermediul adoptării unei ordonanțe de urgență potrivit art. 115 din Constituție. Cu alte cuvinte, Guvernul poate „legifera” în locul Parlamentului prin ordonanțe de urgență, inclusiv în materii de domeniul legilor organice, Constituția neinstituind o astfel de interdicție expresă.

Apar astfel mai multe probleme de interpretare juridică: poate Guvernul să creeze o autoritate administrativă autonomă printr-o ordonanță de urgență? Sintagma utilizată de către constituentul român de „lege organică” vizează sensul strict al termenului de lege (act edictat de către Parlament) sau sensul larg al termenului de lege (orice act normativ prin care se exercită funcția legislativă)? Credem că interpretarea care se impune, având în vedere caracterul fundamental al acestor autorități, de autonomie sau independență în primul rând față de guvernământ, este aceea că singurul competent să le creeze este Parlamentul, Guvernul neputând să procedeze în acest sens și nici să modifice regimul juridic al acestor autorități deoarece, în această situație, s-ar putea produce o subordonare. Cu toate acestea, realitatea juridică română dovedește contrariul.

Astfel, regimul juridic al Agenției, în calitatea sa de autoritate administrativă autonomă, ar trebui să fie sustras acțiunii Guvernului în scopul asigurării independenței și imparțialității necesare unei asemenea instituții ce activează în domeniul combaterii fenomenului de corupție.

b. Limitele de acțiune ale Agenției: puterile specifice ca autoritate administrativă autonomă

În activitatea desfășurată de către Agenție în domeniul controlului averii și verificării conflictelor de interese și a incompatibilităților, Legea nr. 144 prevedea că această instituție beneficiază de anumite puteri (competențe) specifice.

Aceste puteri, în același timp și limite de acțiune ale Agenției, ar fi trebuit în mod obligatoriu să fie competențe specifice instituției autorităților administrative autonome, adică doar de o anumită natură: administrativă. Acest aspect trebuie subliniat, deoarece, ulterior, Curtea Constituțională Română a declarat neconstituționale anumite dispoziții din lege prin intermediul cărora Agenția era, în realitate, abilitată să exercite competențe de natură jurisdicțională.

Puterile de care dispunea inițial Agenția prin intermediul Legii nr. 144 constau în puteri de investigare și verificare a averii și a eventualelor conflicte de interese sau incompatibilități, puteri de recomandare și emitere de puncte de vedere cu privire la declarațiile depuse de persoanele vizate de lege, puteri de sesizare a instanței de judecată, organelor fiscale sau organelor de urmărire penală în cazurile de nerespectare a legii, sau puteri de sancționare prin aplicarea unor amenzi contravenționale.

3. Evoluția legislației românești și problemele de constituționalitate din domeniul de acțiune al Agenției

a. O primă inflexiune legislativă – Ordonanța de urgență nr. 49 din 30 mai 2007⁶ pentru modificarea și completarea Legii nr. 144/2007 privind Agenția

După numai o săptămână de la crearea Agenției, apare o primă inflexiune în ceea ce privește regimul juridic al acestei instituții prin modificarea și completarea Legii nr. 144 de către Guvern prin Ordonanța de urgență nr. 49 din 30 mai 2007. Această primă inflexiune legislativă era determinată de neprevăderea la nivelul Legii nr. 144 a unor termene pentru îndeplinirea unora dintre etapele necesare operaționalizării Agenției, precum și faptul că demararea activității acesteia trebuia realizată într-un termen scurt.

De asemenea, o modificare importantă privește activitatea desfășurată de către inspectorii de integritate în domeniul verificării dacă există o diferență vădită între averea dobândită pe parcursul exercitării funcției și veniturile realizate în aceeași perioadă de către o persoană. Astfel, în textul inițial al Legii nr. 144, legiuitorul institua posibilitatea pentru inspectorii ca, în cazul în care constatau că „diferența nu este justificabilă”, să sesizeze instanța de judecată pentru stabilirea părții de avere dobândită sau a bunului determinat dobândit cu caracter „ilegal”, a cărui confiscare o solicită. O astfel de exprimare a legiuitorului român avea drept efect răsturnarea prezumției constituționale instituite prin art. 44 în materia dreptului de proprietate, potrivit căruia „Averea dobândită licit nu poate fi confiscată. Caracterul licit al dobândirii proprietății se prezumă”, transformând dispoziția legală într-una cu caracter neconstituțional. În acest sens, textul de lege respectiv a fost modificat în sensul înlocuirii sintagmei „ilegal” cu sintagma „nejustificat”. Noua reglementare oferă o definiție legală noțiunii de „diferență vădită”, prin care se înțelege o diferență între averea dobândită și veniturile realizate de cel puțin 10.000 de euro.

Trebuie subliniat faptul că, deși modificările și completările operate de către Guvern se impuneau, acest lucru ar fi trebuit să fie realizat numai de către Parlament, prin lege, în considerarea caracterului Agenției de autoritate administrativă autonomă.

b. O nouă modificare – Ordonanța de urgență nr. 138 din 6 decembrie 2007⁷ pentru modificarea Legii nr. 144/2007 privind Agenția

O a doua inflexiune legislativă a regimului juridic al Agenției se produce prin intermediul Ordonanței de urgență nr. 138 din 6 decembrie 2007 pentru modificarea Legii nr. 144/2007 privind Agenția. În fapt, la 6 luni de la crearea Agenției, această instituție se găsea în imposibilitatea de a funcționa datorită faptului că până în acel moment, nu se finalizase procedura de numire a președintelui Agenției. Două concursuri organizate potrivit legii de către Consiliul Național de Integritate (Consiliul), organism format politic, pentru ocuparea acestei funcții nu reușiseră să conducă la desemnarea unui președinte al Agenției.

În același timp, România trebuia să implementeze de urgență recomandările Raportului Comisiei Europene către Parlamentul European și Consiliu privind evoluția măsurilor de acompaniere după aderare din 27 iunie 2007 [COM (2007) 378 final], implementare ce era condiționată de operaționalizarea completă a Agenției. În acest context, noua modificare instituie posibilitatea exercitării de către vicepreședintele

⁶ Publicată în M. Of. nr. 375 din 1 iulie 2007.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 843 din 8 decembrie 2007.

Agenciei a competențelor legale ale președintelui în situația imposibilității acestuia de a le exercita sau a vacantării funcției.

c. Aprobarea de către Parlament a primei modificări: noi modificări și completări – Legea nr. 94 din 14 aprilie 2008⁸ privind aprobarea cu modificări a Ordonanței de urgență nr. 49 din 30 mai 2007

Potrivit Constituției României, exercitarea funcției legislative de către Guvern, organ al puterii executive, în situații de urgență, prin intermediul ordonanțelor de urgență, este supusă în mod obligatoriu aprobării Parlamentului. Astfel, la aproape un an de la prima modificare a Legii nr. 144 operată prin Ordonanța de urgență nr. 49, Parlamentul României a aprobat prin Legea nr. 94 din 14 aprilie 2008 actul normativ modificator. Pe lângă aprobarea modificărilor Legii Agenciei, prin Legea nr. 94 sunt operate noi modificări ale regimului juridic al acestei instituții în sensul diminuării caracterului de autonomie al Agenciei și al întăririi controlului exercitat de către un organ politic, Consiliul.

În acest sens, dacă reglementarea inițială prevedea competența exclusivă a președintelui Agenciei în ceea ce privește întocmirea și aprobarea strategiei instituției privind activitatea de control al averilor și de verificare a conflictelor de interese, noua modificare conservă doar dreptul de întocmire a strategiei, dreptul de aprobare fiind conferit Consiliului, fapt ce validează o potențială influență a Agenciei din partea sferei politice.

d. Curtea Constituțională și prezumția dobândirii licite a averii – Decizia nr. 453 din 16 aprilie 2008⁹

După cum evidențiasem anterior, Legea nr. 144 nu reușește o unificare a domeniului specific de reglementare, combaterea fenomenului de corupție, suprapunându-se reglementărilor anterioare.

Încă de la început, Legea nr. 144 preia din sintagmele utilizate anterior la nivelul Legii nr. 115/1996 în ceea ce privește controlul averilor. Astfel, sintagma de „diferențe nejustificate”, ce privește averea dobândită pe parcursul exercitării funcției și veniturile realizate în aceeași perioadă, apare la nivelul legii Agenciei sub următoarea formă: „dacă inspectorul de integritate constată că există o diferență vădită (...) verifică dacă diferența vădită este justificată”. Practic, chiar dacă prin noua reglementare se încearcă distanțare față de cea anterioară, prin utilizarea în principal a sintagmei, de data aceasta, de „diferență vădită”, în realitate dispune în mod paralel același lucru deoarece, în subsidiar, stipulează că diferența vădită trebuie să fie justificabilă.

În acest context, trebuie subliniată poziția Curții Constituționale în ceea ce privește această sintagmă fluidă din punct de vedere juridic, de „diferență nejustificată”, chiar dacă nu direct cu privire la dispozițiile din Legea Agenciei, ci cu privire la cele din Legea nr. 115/1996.

Sesizată cu neconstituționalitatea anumitor prevederi dintr-un proiect de lege de modificare a Legii 115/1996, prevederi ce conțineau și referirea la „diferențe nejustificabile” în materia averilor, în raport cu dispozițiile constituționale române ce normau prezumția dobândirii licite a averii, Curtea Constituțională română a reținut faptul

⁸ Publicată în M. Of. nr. 305 din 18 aprilie 2008.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 374 din 16 mai 2008.

că „modificările propuse sunt imprecise și inadecvate, întrucât este utilizată expresia „diferențe nejustificabile” a cărei sferă de cuprindere nu poate fi determinată”.

În legătură cu motivul de neconstituționalitate invocat, referitor la încălcarea art. 44 alin. (8) din Constituție (dreptul de proprietate), Curtea reținea că prezumția dobândirii licite a averii constituie una dintre garanțiile constituționale ale dreptului de proprietate. Această prezumție se întemeiază și pe principiul general potrivit căruia orice act sau fapt juridic este licit până la dovada contrarie, impunând, în ceea ce privește averea unei persoane, ca dobândirea ilicită a acesteia să fie dovedită. Astfel, prezumția instituită nu împiedică cercetarea caracterului ilicit al dobândirii averii.

Prin dispozițiile de lege criticate se urmărea însă, în opinia Curții, răsturnarea sarcinii probei privind caracterul licit al averii, prevăzându-se că averea a cărei dobândire nu poate fi justificată se confiscă. Pe cale de consecință, rezultă că averea unei persoane este prezumată ca fiind dobândită ilicit până la dovada contrarie făcută chiar de titularul ei.

Curtea își consolidează poziția exprimată astfel și prin invocarea jurisprudenței sale anterioare în domeniul protecției dreptului fundamental la proprietate, statuând că „Securitatea juridică a dreptului de proprietate asupra bunurilor ce alcătuiesc averea unei persoane este indisolubil legată de prezumția dobândirii licite a averii. De aceea înlăturarea acestei prezumții are semnificația suprimării unei garanții constituționale a dreptului de proprietate”.

e. „Desființarea” Legii Agenției de către Curtea Constituțională – Decizia nr. 415 din 14 aprilie 2010¹⁰

Devenită relativ operațională și desfășurând activitățile specifice în scopul căruia fusese creată, în aprilie 2010, cadrul juridic de organizare și funcționare al Agenției a fost pur și simplu „desființat” prin Decizia nr. 415 din 14 aprilie 2010 a Curții Constituționale. În contextul menținerii la nivelul Legii nr. 144 a anumitor dispoziții paralele cu cele din Legea nr. 115 și necorelarea acesteia cu jurisprudența Curții (dispoziții care anterior fuseseră declarate ca neconstituționale de către Curte, precum cele care utilizau expresia de „diferențe nejustificate” în materia dobândirii averii, erau menținute), declararea neconstituționalității legii Agenției nu mai constituia decât o chestiune de timp.

Decizia nr. 415 a Curții aduce în prim plan toate punctele slabe ale unei legi create în grabă, care nu reușise să unifice reglementările din domeniu și care nu fusese adaptată legislativ deciziilor obligatorii ale instanței constituționale, și evidențiază încălcări majore ale actului fundamental român.

În primul rând, Curtea constata că anumite activități desfășurate de inspectorii de integritate aveau caracter jurisdicțional. Astfel, în temeiul art. 46 din Legea nr. 144 și urmare a activităților de cercetare și verificare, creându-se o confuzie între funcția de anchetă și cea de judecată, inspectorul de integritate – pe baza liberei sale aprecieri în administrarea probelor, printr-o procedură care nu respecta contradictorialitatea – decidea că o parte din avere este nejustificată și prin urmare, dădea un verdict, adică „spunea dreptul” (*iuris dictio*), activitate permisă numai instanțelor de judecată, potrivit Constituției României („*Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege*”).

În al doilea rând, în caracterizarea atribuțiilor jurisdicționale ale Agenției, Curtea constata că acele activități de cercetare și de constatare, în temeiul cărora era sesizată

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 294 din 5 mai 2010.

instanța de judecată de către inspectori, solicitându-se confiscarea averii, sau organele de urmărire penală, nu se puteau încadra nici în modalitățile de exercitare a jurisdicțiilor speciale administrative, deoarece nu erau facultative, așa cum prevede art. 21 alin. 4 din Constituție, ci obligatorii.

În al treilea rând, Curtea constata că atribuția inspectorului de integritate de a solicita confiscarea averii încalcă și prevederile art. 44 alin. 8 și 9 din Constituție, potrivit cărora „*averea dobândită licit nu poate fi confiscată. Caracterul licit al dobândirii se prezumă*”, iar „*bunurile destinate, folosite sau rezultate din infracțiuni ori contravenții pot fi confiscate numai în condițiile legii*”. Astfel, recunoscând posibilitatea inspectorului de integritate de a solicita instanței de judecată competente – în ipoteza nejustificării dobândirii unei cote-părți din avere sau a unor bunuri determinate – confiscarea acestei părți sau a bunului determinat, prevederile legale extindeau măsura confiscării de la bunurile dobândite ilicit și cu privire la bunurile nejustificate. În acest sens, Curtea amintește decizia sa anterioară cu privire la Legea 115 din anul 2008 prin care decisese că „măsura confiscării unor bunuri constituie o excepție de la principiul constituțional potrivit căruia caracterul licit al dobândirii bunurilor se prezumă. Astfel, confiscarea nu face decât să aducă atingere prezumției de dobândire licită a unor bunuri, ceea ce nu poate conduce decât la concluzia neconstituționalității acestor dispoziții de lege care îngăduie o astfel de atingere adusă averii unei persoane. De aceea, o asemenea măsură este reglementată constituțional doar în cazul săvârșirii unor infracțiuni sau contravenții, adică în situații constatate, în condițiile legii, ca reprezentând fapte cu un anumit grad de pericol social”.

În al patrulea rând, Curtea subliniază că principiul constituțional al prezumției dobândirii licite a averii trebuie să se aplice și în cazul persoanelor cercetate potrivit Legii nr. 144, iar cei ce pretind că averea unei persoane a fost dobândită ilicit trebuie să dovedească acest lucru. Din dispozițiile Legii nr. 144 reieșea însă că persoana cercetată este ținută să dovedească proveniența licită a tuturor bunurilor dobândite în perioada supusă controlului, având loc, așadar, o răsturnare a sarcinii probei, ceea ce contravenea prezumției constituționale instituite.

În al cincilea rând, Curtea reținea că dispozițiile legale criticate, prin posibilitatea inspectorilor de integritate de a solicita instanței de judecată competente confiscarea unei părți a averii sau a unui bun determinat, pronunțându-se asupra vinovăției unei persoane, încălcau și prevederile art. 23 alin. 11 din Constituție referitoare la prezumția de nevinovăție, deoarece confiscarea averii se solicita în absența unei hotărâri judecătorești definitive, prin care să se stabilească vinovăția, penală ori contravențională. În același sens, potrivit principiilor de drept procesual penal, nimeni nu este obligat să-și dovedească nevinovăția, sarcina probațiunii revenind acuzării, iar situația de dubiu îi profită celui acuzat (*in dubio pro reo*), pe când, în cazul constatărilor făcute de către inspectorii de integritate, în baza cărora se cerea confiscarea averii, persoana cercetată trebuia să-și dovedească nevinovăția.

În al șaselea rând, Curtea constata că obligația legală de a se publica declarațiile de avere și de interese pe paginile de internet ale entităților unde persoanele care, în conformitate cu prevederile legale, au obligația de a le depune, precum și transmiterea acestora către Agenție în vederea publicării pe pagina de internet a acesteia, aduce atingere dreptului la respectul și ocrotirea vieții intime, familiale și private, consacrat prin art. 26 din Legea fundamentală, prin expunerea nejustificată în mod obiectiv și rațional,

pe pagina de internet, a datelor referitoare la averea și interesele acestor persoane. Dreptul la respectul și ocrotirea vieții intime, familiale și private face parte din categoria drepturilor și libertăților fundamentale, fiind expres prevăzut și în art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, prevedere ce impune, în principal, obligația negativă din partea autorităților statului de a nu face nimic de natură a stânjeni exercițiul dreptului la viața privată.

f. O nouă încercare de menținere a Agenției în viață: graba și deficiențele legiferării determină Curtea Constituțională să declare neconstituționalitatea proiectului de lege – Decizia nr. 1018 din 19 iulie 2010¹¹

Decizia nr. 415 a Curții nu a surprins pe nimeni având în vedere viciile majore de neconstituționalitate constatate, în baza cărora de altfel, activitatea Agenției fiind contestată constant încă de la crearea acesteia.

În contextul unui vid de reglementare și practic al imobilizării juridice a Agenției, Guvernul și-a exercitat rapid, în numai 2 săptămâni de la pronunțarea deciziei, dreptul la inițiativă legislativă, propunând Parlamentului un proiect de lege organică privind consolidarea integrității în exercitarea funcțiilor și demnităților publice, în încercarea de a pune de acord prevederile neconstituționale din Legea nr. 144 cu dispozițiile Constituției.

Proiectul de lege inițiat a fost dezbătut și adoptat pe rând de cele două camere ale Parlamentului, mai întâi de către Camera Deputaților, ca primă cameră sesizată, și mai apoi de către Senat, ca și cameră decizională care a aprobat varianta finală a legii. Trimisă spre promulgare Președintelui României, acesta și-a exercitat dreptul constituțional de a cere Parlamentului o singură dată reexaminarea legii motivând existența unui conflict de competențe decizionale între cele două camere, soluțiile legislative adoptate fiind radical diferite. Reexaminând legea, cele 2 camere ale Parlamentului și-au menținut soluțiile adoptate anterior astfel încât Președintele a solicitat arbitrajul Curții Constituționale.

Prin decizia nr. 1018 din 19 iulie 2010, Curtea Constituțională a constatat neconstituționalitatea extrinsecă a proiectului de lege, acesta fiind adoptat cu nesocotirea procedurii legislative stabilite în Constituție. În fapt, deși în această situație Senatul era cameră decizională, potrivit dispozițiilor constituționale, în cazul în care prima Cameră sesizată adoptă o prevedere care intră în competența sa decizională, prevederea este definitiv adoptată dacă și cea de-a doua Cameră este de acord. În caz contrar, numai pentru prevederea respectivă, legea se întoarce la prima Cameră sesizată, care va decide definitiv în procedură de urgență. Din nou, graba reglementării cadrului juridic al Agenției, a condus astfel la menținerea blocajului creat.

g. Reducerea Legii nr. 144 la un simplu act legislativ de organizare și funcționare a instituției – Legea nr. 176 din 1 septembrie 2010¹² privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice, pentru modificarea și completarea Legii nr. 144/2007, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative

Intrarea în vigoare a Legii nr. 176 din 1 septembrie 2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice are drept efect deblocarea situației create anterior și continuarea activității Agenției. Noua lege preia și reglementează în conținutul său obiectul specific al Agenției și limitele acesteia de acțiune, reducând Legea nr. 144 la un simplu cadru de organizare și funcționare a acestei autorități autonome.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 511 din 22 iulie 2010.

¹² Publicată în M. Of. nr. 621 din 2 septembrie 2010.

Legea nr. 176 stabilește scopul Agenției în asigurarea integrității în exercitarea demnităților și funcțiilor publice și prevenirea corupției instituționale, prin exercitarea de responsabilități în evaluarea declarațiilor de avere, a datelor și informațiilor privind averea, precum și a modificărilor patrimoniale intervenite, a incompatibilităților și a conflictelor de interese potențiale în care se pot afla persoanele pe perioada îndeplinirii funcțiilor și demnităților publice. În vederea realizării acestui scop, inspectorii de integritate, actualmente nu pot desfășura decât o activitate de evaluare cu privire la situația averii existente pe durata exercitării demnităților și funcțiilor publice, a conflictelor de interese și a incompatibilităților persoanelor care fac obiectul legii. Rapoartele de evaluare redactate de către inspectorii sunt transmise ulterior, atât persoanelor a căror situație juridică a fost evaluată, cât și unei comisii de cercetare de la nivelul instanței de judecată, compusă din 2 judecători și un procuror, care va decide în ceea ce privește sesizarea sau nesesizarea organelor jurisdicționale competente să se pronunțe imparțial și definitiv. Se poate observa de asemenea, în materia controlului averilor, înlocuirea vechilor exprimări precum „diferențe vădite” sau „diferențe nejustificabile” cu expresia la fel de fluidă de „diferențe semnificative”, definite de lege ca „diferențele mai mari de 10.000 de euro sau echivalentul în lei al acestei sume între modificările intervenite în avere pe durata exercitării demnităților și funcțiilor publice și veniturile realizate în aceeași perioadă”.

Considerații privind dreptul pieței energiilor regenerabile în Uniunea Europeană

Considerations on the law of renewable energy market in European Union

*Lect. univ. dr. Adrian-Barbu ILIE**

Rezumat

Exploatarea energiei regenerabile a crescut impetuos în ultimele decenii. Beneficiile acesteia sunt enorme, în contextul dezvoltării durabile, cu referire specială la protecția mediului. Cu toate acestea, costurile de funcționare legate de punerea în aplicare a acestor energii sunt încă foarte ridicate și, în termeni economici, rentabilitatea de exploatare a acestor tipuri de energie este mult mai mică în comparație cu cea a energiei fosile convenționale. Legislația europeană trebuie să guverneze într-un mod echitabil cele două sensuri de dezvoltare a comunităților: pe de o parte, reglementările ar trebui să sprijine dezvoltarea exploatării energiei regenerabile, și pe de altă parte, aceste reglementări nu trebuie să contravină legilor pieței libere a energiei.

Abstract

Exploitation of renewable energy has grown in the recent decades impetuous. The benefits of this are enormous, in the context of sustainable development, with special regard to environmental protection. However, operation costs related to the implementation of these energies are still very high and, in economic terms, the profitability of exploiting these types of energy is much lower compared to that of conventional fossil energy. European law must govern in a fair two-way the development of communities: on the one hand, regulations should support the development of renewable energy exploitation, and on the other hand, these regulations must not contravene the laws of free market for energy.

Cuvinte-cheie: *surse de energie regenerabile; piața liberă a energiilor; protecția mediului; dezvoltare durabilă; Tratatul Comunității Europene; Curtea de Justiție a Comunităților Europene*

Keywords: *renewable energy sources; free market of energy; environmental protection; sustainable development; the European Community Treaty; Court of Justice of the European Communities*

1. Noțiuni generale. Noțiunea de energie este fundamental duală: ea acoperă în realitate atât resursa energetică (energie primară), cât și energia obținută (energie secundară). Evoluția care duce de la una la alta este rezultatul unui proces fizic, chimic sau mecanic. Acest proces este determinant din mai multe motive. Mai întâi, pentru că are

* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

drept efect schimbarea naturii fizice a lucrului exploatat: forța vântului devine electricitate, apa uzată devine gaz, lemnul devine căldură, rapița devine carburant. Apoi, pentru că poate avea drept rezultat și modificarea naturii juridice: astfel, în timp ce statutul juridic al SER¹ nu este uniform, evoluând între cel al lucrurilor și cel al bunurilor, energia secundară este mereu, pentru drept, un bun pe care oricine și-l poate însuși pentru a-l folosi la satisfacerea unor nevoi private sau publice. Acest statut juridic de bun este într-adevăr recunoscut tuturor energiilor, inclusiv electricității, al cărei caracter atipic – „o frecvență, o tensiune și o intensitate”² – nu a împiedicat dreptul pozitiv să admită, în ceea ce o privește, calificarea juridică de furt – care presupune însușirea frauduloasă a lucrului³. Ca urmare, energia aparține categoriei juridice a bunurilor, și acest lucru nu prejudiciază natura resursei originale. Se poate chiar spune, prin extensie, că este vorba despre un bun „în comerț”, și asta se bazează pe diferite cauze. Mai întâi, pe planul dreptului intern, Codul Comercial⁴, ca și legile specifice, asimilează vânzarea de energie unui act de comerț. Apoi, în cadrul dreptului internațional public, se reține că normele comerțului internațional referitoare la libera circulație a mărfurilor acordă și ele tuturor produselor energetice, fără nicio deosebire, statutul de bunuri.

Astfel, în primul rând, dreptul vamal internațional, îndeosebi sistemele de desemnare și de codificare a mărfurilor – sistemul armonizat (SH) al Organizației mondiale a vamilor (OMD) și Nomenclatura tarifară a Comunității europene (NC) – sau Tratatul despre Carta Energiei (Lisabona, 1994) integrează, în mod global, toate „materile și produsele energetice” în dispozitivul consacrat mărfurilor supuse comerțului între statele contractante. În al doilea rând, dreptul fiscal european, în special articolul 2.2. al Directivei 77/388 din 17 mai 1977 prevede că „bunurile corporale „supuse TVA-ului acoperă, între altele, „curentul electric, gazul, căldura, răcoarea și lucrurile similare”, furnizarea lor fiind, de altfel, asimilată unei „livrări de bun”. Nu în ultimul rând, nu putem să nu adăugăm aici jurisprudența Curții de justiție a Comunităților europene, cunoscută pentru a fi consacrat ea însăși o definiție deosebit de largă noțiunii de „mărfuri” având în vedere principiul de liberă circulație⁵: așa-zisa noțiune înglobează toate bunurile „evaluabile în bani, susceptibile, ca atare, de a forma obiectul unor tranzacții comerciale”⁶, inclusiv electricitatea⁷.

¹ SER este prescurtarea utilizată pentru expresia Surse de energie regenerabilă.

² P. Sabliere, *Natura juridică a electricității și consecințele care rezultă de aici în ceea ce privește furnizarea acesteia*, LPA 6 iunie 2007, p. 4.

³ P. Sabliere subliniază „ingeniozitatea acestei lucrări: nu energia (energia electrică, dar și energia calorică sau frigorifică) este cea asimilată unui «lucru», ci sustragerea acestei energii este asimilată unui furt fără a fi necesar să ne întrebăm de ce natură e”. A se vedea și hotărârea Curții de Casație din Franța, Secția penală, din 3 august 1912, Buletinul penal nr. 450, S. 1913, I, 337 „[Considerând că] electricitatea este livrată de către cel care o produce abonatului care o primește; că aceasta trece prin intermediul unei transmițeri, care poate fi constatată din punct de vedere material, din posesia celui dintâi în posesia celui de-al doilea; că aceasta trebuie să fie considerată din acel moment ca un lucru, în sensul articolului 379 din Codul Penal Francez, putând face obiectul unei arestări”.

⁴ Art. 3 din Codul Comercial: categoria întreprinderilor de furnitură.

⁵ Tratatul Comunității Europene, art. 28-31.

⁶ Hotărârea CJCE, 7 dec. 1968 Comunitatea c/Italia, 7/68, Rec. CJCE p. 617.

⁷ A se vedea mai ales hotărârea CJCE din 27 aprilie 1997, Almelo, C-393/92, p. I-1477, „Nu este contestat, în dreptul comunitar, de altfel nici în drepturile naționale, faptul că electricitatea constituie o marfă (...). Astfel electricitatea este considerată ca o marfă în cadrul nomenclurii tarifare a Comunității”- hotărârea CJCE 2 aprilie 1998, Outokumpu Oy, C-213/96, Rec. CJCE p. I-1777, taxa finlandeză pe

Nu este o surpriză că economia de piață pune stăpânire pe lucrurile cărora dreptul le acordă statutul de bunuri, ca atare pot fi însușite și comercializabile, pentru a face din ele bunuri de consum. Totuși, iruperea economiei de piață și a legilor sale nu se poate face fără consecințe asupra energiei, îndeosebi pentru că acest lucru implică supunerea față de o dialectică a ofertei și a cererii în vederea stabilirii prețului. Cu toate acestea, trebuie admis că, în speță, această normă suferă numeroase modificări. În primul rând, deoarece produsele cu valoare energetică sunt bunuri esențiale, indispensabile majorității activităților umane. În al doilea rând, pentru că, atunci când energia este fondată pe o SER, ea prezintă atracții ambientale, sociale și economice suplimentare. Ori, aceste caracteristici fac din energie, și în special din cea cu origine regenerabilă, un produs ale cărui producere și comercializare provin din preocupări care au de-a face cu interesul general, pentru care forțele pieței nu se mobilizează întotdeauna în mod spontan. Nu se poate ignora nici că sectorul energiei se caracterizează prin timpi de răspuns – de exemplu de recuperare a investițiilor, – foarte mari⁸, care nu-i prea îmbie pe actorii privați să intervină. Astfel, în centrul pieței energiei, eventuala întârziere relativă a acestora din urmă este de natură să legitimeze acțiunea de corecție, dacă nu supletivă, a puterilor publice.

Mai mult decât legitimă, acțiunea publică pentru dezvoltarea energiilor – SER este considerată cel mai adesea necesară. Comisia europeană, poate fi, suspectată, totuși, de un pic de dirijism, când explică în Cartea sa Verde din 20 noiembrie 1996 asupra energiilor SER că „afară doar de cazul în care nu există motivările specifice, nu este realist să ne așteptăm ca potențialul important al energiilor regenerabile să fie exploatat și ca aceste surse să aducă o contribuție semnificativă la bilanțul energetic european”. Directiva electricitate – SER 2001/77 din 27 septembrie 2001 este ea însăși construită în jurul acestei dorințe de a completa, dacă nu de a se substitui, actorilor privați: textul apare de altfel în mod limpede ca un text de promovare a sistemelor naționale de susținere a electricității provenite din sursă regenerabilă „fără de care promovarea și difuzarea energiilor regenerabile ar fi imposibile”. Argumentele care se aduc cel mai des pentru întemeierea măsurilor publice de susținere amintesc, în fond, avantajele pe care le au aceste energii. Conform Uniunii europene, energia – SER trebuie încurajată pentru „realizarea obiectivelor generale ale politicii energetice „și pentru” ameliorarea și [...] întărirea protejării mediului și pentru dezvoltarea durabilă”⁹. În aceeași ordine de idei, Directiva electricitate – SER sus menționată prezintă exploatarea surselor de electricitate regenerabile ca o contribuție decisivă „la protejarea mediului și a dezvoltării durabile. În plus, acest lucru poate, de asemenea, genera noi locuri de muncă, poate avea o consecință pozitivă asupra coeziunii sociale, poate contribui la protecția materiilor prime și accelera realizarea obiectivelor de la Kyoto”. Având în vedere acestea, trebuie admis că obiectivele economice și sociale sau cele de securitate energetică constituie fundamentele cel mai adesea complementare, dacă nu secundare, în raport cu obiectivul de protejare a mediului, al cărui caracter preponderent trebuie să-l recunoaștem aici: astfel, grija pentru securitatea energetică constituie rar, ea singură, o condiție suficientă pentru a pune bazele

electricitate este o taxă care privește un „produs” și care poate fi confruntată cu art. 90 din tratatul referitor la interzicerea impozitărilor interne discriminatorii cu privire la produsele importate.

⁸ Raportul Consiliului Europei, *Bazele unei strategii energetice pentru Europa*, 21 feb. 2000.

⁹ Comunicarea Comisiei, *Punerea în aplicare a strategiei și a planului de acțiuni comunitare în materie de surse de energie regenerabile (1998-2000)*, COM (2001) 69 final.

susținerii publice cu toate că, în orice ipoteză, obiectivul în materie de mediu apare ca fiind condiția și justificarea necesare oricărei acțiuni publice în acest domeniu.

Imperativul în materie de mediu este îndeosebi cheia de boltă a acțiunii Uniunii Europene în favoarea energiei regenerabile. Pentru Consiliu, dezvoltarea acesteia din urmă este prezentată ca o „prioritate comunitară în favoarea mediului înconjurător”¹⁰. În același mod, Comisia europeană a estimat că măsurile de susținere a energiei SER intră „în categoria acțiunilor în favoarea protejării mediului”¹¹. Tot astfel, de exemplu „pentru rațiuni de protecție a mediului”, directiva 96/92 din 19 decembrie 1996 privind normele comune pentru piața internă a electricității autorizează statele membre să dea prioritate de acces rețelelor publice la producerea de electricitate plecând de la resurse regenerabile.

Un alt exemplu este dat de expunerea motivelor directivei SER care arată că în primul rând contribuția energiei regenerabile „la protejarea mediului și la dezvoltarea durabilă „este cea care justifică adoptarea unui asemenea text (vezi, de asemenea, art. 1 al Directivei pentru biocarburanți: trebuie „să contribuim la realizarea unor obiective constând, în special, în respectarea angajamentelor în materie de schimbare climatică, la asigurarea unei securități a materiilor prime care să respecte mediul”). Încadrarea europeană a ajutoarelor de stat pentru protecția mediului în perioada 2008-2014 definește protecția mediului ca fiind „orice acțiune care are drept scop repararea sau prevenirea unei atingeri aduse mediului fizic sau resurselor naturale prin propriile activități ale beneficiarului, reducerea riscului unor asemenea atingeri sau antrenarea unei utilizări mai raționale a resurselor naturale, îndeosebi prin acțiuni în favoarea economisirilor de energie și recurgerea la surse de energie regenerabile” (Punctul 70). Dacă, într-un plan pur factual, această prioritate a obiectivului de mediu exprimă cu siguranță îngrijorările puterilor publice cu privire la schimbarea climei pe plan mondial, obiectivul arată, de asemenea, dintr-un punct de vedere strict juridic, prezența tot mai mare a dimensiunii importanței mediului în toate formele actuale ale acțiunii publice. Se știe mai ales că, la nivel comunitar, acest lucru se traduce printr-o obligație de integrare a exigențelor de protejare a mediului în toate politicile, inclusiv cele legate într-un mod sau altul de alegerile energetice: „Exigențele în materie de protecție a mediului trebuie să fie integrate în definirea și punerea în practică a celorlalte politici și acțiuni ale Comunității [...] în special în scopul de a promova dezvoltarea durabilă”¹². La fel stau lucrurile pe viitor la nivelul național francez, mai ales de la adoptarea în 2005 a unei Cărți constituționale a mediului care afirmă că „trebuie să se urmărească apărarea mediului întocmai ca și celelalte interese fundamentale ale Națiunii”, și că „politicile publice trebuie să promoveze o dezvoltare durabilă”. Astfel, putem gândi că susținerea publică a energiilor SER este o manifestare printre altele a acestei integrări din ce în ce mai mari a protecției mediului în opțiunile de putere publică.

Ceea ce este esențial, e faptul că intervenția publică în favoarea energiei SER este deci destinată orientării alegerilor diferiților actori ai pieței în favoarea soluțiilor care respectă cel mai mult mediul înconjurător. Acest demers își însușește teoria economică numită „a externalităților” care se preocupă de adevărul prețurilor și care pleacă de la

¹⁰ Rezoluția din 8 iunie 1998 despre sursele de energie regenerabile.

¹¹ *Încadrarea comunitară a ajutoarelor de stat pentru protecția mediului*, Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, 3 feb.2001, nr. C 37, punctul 5.

¹² TCE, art. 6. Despre această noțiune de integrare, a se vedea S. Caudal-Sizaret, *Protecția integrată a mediului în dreptul public francez*, teză de drept, Lyon 3, 1993

constatarea că energiile tradiționale au un cost ecologic ce nu este suficient integrat în prețul lor, în timp ce, simetric, externalitățile pozitive ale energiei SER nu sunt valorificate proporțional cu contribuția la protecția mediului.

În plus, este cunoscut faptul că energia SER întâmpină adesea dificultăți specifice în a concura în mod eficient energiile convenționale: pe de o parte, procedeele tehnice disponibile permit rareori ca ea să fie produsă la costuri unitare comparabile, pe de altă parte, politicile publice în materie de energie privilegiază adesea alte obiective de interes general decât cel al protecției mediului.

Se poate ghici totuși că, în contextul pieței europene concurențiale, atunci când există susținere publică pentru energiile SER, aceasta se sprijină atât cât se poate pe instrumente de piață. Într-adevăr, conform Comisiei Europene, instrumentele de piață, „contrar încercărilor regulamentare și administrative”, „au avantajul de a utiliza semnalele pieței pentru a disimula deficiențele pieței”¹³. În mod special utilizarea fiscalității în serviciul obiectivelor de mediu este plebiscitată, pentru că, în practică, fiscalitatea poate servi dezvoltarea energiilor SER în două moduri: fie reevaluând taxarea energiilor fosile în lumina în special a emisiilor acestora de gaz cu efect de seră (sistem de taxă „carbon”), fie scăzând taxarea produselor energetice rezultate din SER – cele două propuneri neexcluzându-se reciproc. În analiza care va urma nu vom expune totuși decât cea de-a doua categorie de măsuri, singurele care vizează energiile SER.

Fie ele legitime, dacă nu indispensabile, măsurile de intervenție publice în profitul energiilor SER nu sunt, departe de asta, numai măsuri fiscale. De fapt, într-o perspectivă largă și globală, dispozitivele în cauză pot fi clasate în două categorii. Prima regroupează pe acelea care au ca obiect sau ca efect organizarea pieței, având în vedere că acestea pot fi și ele subdivizate: o primă familie formează cadrul normativ general pentru susținerea publică a energiilor SER, alta organizează o planificare în timp și spațiu a producției și a consumului acestor energii. Cea de-a doua categorie de măsuri le reunește pe cele care au vocația de a acționa direct în piață: acestea se prezintă ca măsuri de susținere fie a ofertei, fie a cererii de energie SER.

2. Cadrul general al susținerii publice pentru energiile regenerabile. Pusă în mișcare de considerații de interes general, susținerea pentru energiile SER este, în esență, o susținere publică. Totuși, în contextul mondial favorabil în mod global liberalismului economic, este important să se înțeleagă în ce măsură dispozitivul juridic aplicabil, în special internațional și european (GATT/OMC, tratate CE/EEE), poate permite și chiar favoriza o astfel de intervenție publică care corespunde intereselor legitime ale Statelor, dacă nu al societății internaționale în ansamblu. D. Maillard explică faptul că „liberalizarea sectorului [energiei], mișcare mondială înlocuită de Comisia Europeană, implică mai puțin diminuarea perimetrului de intervenție a statului cât necesitatea adaptării sale la noile funcții”¹⁴. Orice ar fi, trebuie neapărat să căutăm identificarea scenariilor în care susținerea publică poate să se concilieze cu piața liberă și cu liberul schimb. Or, asupra acestui punct, se poate constata că susținerea publică pentru energiile

¹³ Carte verde despre instrumentele fondate pe piață utilizate în scopuri de politică de mediu și de energie, COM (2007), 140 final.

¹⁴ D. Maillard, *Pentru Franța: evoluția rolului statului în defînirea și punerea în aplicare a unei politici a energiei*, seminarul „Energie și societate”, ENA; 2001.

SER reușește nu numai să se înscrie în politicile liberale sau de piață care vizează să elimine obstacolele frontaliere și care erodează intervenționismul public, dar se integrează la fel de bine, și în mod paralel, în cadrul politicilor publice deschise intervenționismului public. În alți termeni, susținerea publică pentru energiile SER pe de o parte își găsește din plin locul în contextul pieței libere, pe de altă parte se formează în politicile publice de incitare.

3. Susținerea publică pentru energiile regenerabile într-un context de piață liberă. Literalmente, susținerea publică pentru energiile SER are loc „în cadrul pieței”. Este totuși legitim să se pună întrebări asupra condițiilor acestei coabitări, în special pentru că regulile pieței sunt *a priori* opuse oricărei intervenții publice în economie. În această privință, trebuie arătat că susținerea publică pentru aceste energii se efectuează, mai întâi, cu respectarea principiului unei piețe deschise unde domnește libera concurență, apoi, și în mod specific, în contextul unei piețe a energiei liberalizată parțial la nivel european.

Contrar aparențelor, politica de piață liberă și susținerea pentru energiile SER nu sunt antagonice, pe motiv că cerințele de protecție a mediului în special au fost integrate în dispozitivul juridic al pieței libere. Pentru țările membre ale Uniunii europene, această piață liberă este calificată cel mai adesea drept „piață comună” sau „piață internă”¹⁵.

Este vorba deci despre un spațiu comun Statelor membre unde sunt aplicate regulile economiei de piață, sau despre un spațiu „caracterizat de abolirea, între Statele membre, a obstacolelor pentru libera circulație a mărfurilor, persoanelor, serviciilor și capitalurilor”¹⁶, și în care „concurența nu este deformată”¹⁷. Pornind de aici, se ghicește că, atât cât se înscrie „în cadrul unei piețe libere”, susținerea publică pentru energiile SER se confruntă inevitabil cu un dublu imperativ: mai întâi de liber schimb, apoi de liberă concurență.

4. Susținerea pentru energiile regenerabile în fața imperativului de liber schimb. Trebuie amintit aici că noțiunea de produse din dreptul comerțului internațional antrenează aplicabilitatea de plin drept pentru toate formele de energie secundară (gaz, electricitate, căldură, frig, carburant) din regulile asupra liberei circulații a mărfurilor, astfel încât țările semnatare ale tratatelor internaționale referitoare la acest lucru sunt constrânse din această cauză să aplice aceste reguli la comerțul cu energii, deci mai ales la acela cu energii SER.

Obiectul tratatelor internaționale este însăși limitarea și chiar suprimarea obstacolelor către libera circulație a mărfurilor. Există o întrebare, totuși, dacă susținerea publică pentru una dintre energiile din sursă regenerabilă nu este susceptibilă să constituie un anume obstacol. În orice caz, se pare că așa se întâmplă dacă măsura susținerii este la originea discriminărilor cu privire la energiile importate sau, mai larg, dacă aceasta contrazice fără justificare liberul schimb al produselor energetice. Trebuie să se

¹⁵ Noțiunea de piață internă a apărut în 1986, odată cu Actul unic european și aceasta pare, astăzi, să aibă preferință în dreptului Uniunii Europene, după cum o arată articolul 2.3 asupra funcționării Uniunii – sau Tratatul de la Lisabona – din 13 decembrie 2007, care pare să o substituie definitiv aceleia clasice de piață comună.

¹⁶ TCE, art. 3.c.

¹⁷ TCE, art. 3.g.

sublinieze, totuși, că aplicarea acestui raționament la domeniul în discuție este afectată de faptul că dispozitivele internaționale în cauză integrează un anumit număr de preocupări de interes general, mai ales exigențele de mediu și, pe aceste baze, par în măsură să accepte acte de putere publice care vizează susținerea energiei SER. Acest fenomen este perceptibil la nivelul Organizației mondiale a comerțului (OMC), și, mai mult, în interiorul pieței interne europene.

5.a. Compatibilitatea unei susțineri publice pentru energiile regenerabile cu regulile mondiale asupra liberului schimb. Toți semnatarii GATT/OMC (1947-1994) au acceptat libera circulație a mărfurilor între teritoriile lor vamale. În același mod, țările care au încheiat tratatul asupra Cartei europene a energiei¹⁸ au dorit supunerea tuturor materiilor și produselor energetice regulilor mondiale asupra liberului schimb. Fiind vorba în special despre acest tratat, angajamentul părților contractante trebuie mai ales să constate în „promovarea accesului la piețele internaționale al materiilor și produselor energetice în condiții comerciale, dezvoltarea unei piețe deschise și concurențiale a energiei”¹⁹; de aceea acest ultim tratat este calificat uneori drept GATT „sectorial” – pentru că acoperă numai produsele energetice – și „geografic” pentru că se referă la un număr limitat de țări (acelea ale Europei occidentale și orientale, Federația Rusă și unele țări din Asia centrală).

Interzicerea restricțiilor cantitative în comerț este una din clauzele fundamentale ale GATT/OMC. În principiu, ea se aplică la fel în cazul exporturilor și importurilor, dar logica unei restricții în comerțul internațional cu energie – SER pare mai degrabă să trebuie să fie rezervată înaintea măsurilor care se împotrivesc importurilor. În acest sens mai ales se poate face apel la textul din GATT, care interzice aplicarea la produsele importate a unui tratament mai puțin favorabil decât tratarea produselor similare de origine națională „în ceea ce privește toate legile, toate regulamentele sau toate prescripțiile care afectează vânzarea, punerea în vânzare, cumpărarea, transportul, distribuția și utilizarea acestor produse” pe piața uneia din părțile contractante²⁰. Totuși, acest principiu este obiectul mai multor excepții. Cele mai importante din punct de vedere al comerțului cu energii regenerabile par să se găsească în articolul XX (excepții generale), al cărui punct b stipulează că o parte este îndreptățită să ia măsurile „necesare pentru protecția sănătății și a vieții persoanelor și a animalelor sau pentru prezervarea vegetalelor”, cu condiția totuși ca aceste măsuri să nu fie aplicate în așa fel încât să constituie „fie un mijloc de discriminare arbitrară sau nejustificabil între țările unde există aceleași măsuri, fie o restricție deghizată în comerțul internațional”. Chiar dacă protecția mediului înconjurător nu este menționată în mod explicit în acest articol, doctrina și practica OMC în ceea ce privește regulamentul litigiilor indică faptul că măsurile luate în acest scop pot fi justificate în virtutea acestei dispoziții²¹. Pe de altă parte, pare mai dificil să aplicăm aici excepția prevăzută în articolul XX-g, numai dacă nu pretindem că o măsură de susținere a energiilor SER este asimilabilă aceluia care „se raportează la conservarea resurselor naturale epuizabile, dacă măsuri ca acestea sunt aplicate alături de

¹⁸ Lisabona, 1994.

¹⁹ Art. 3.

²⁰ GATT 1947, art. III.4.

²¹ M.-P. Lanfranchi, *L'OMC et la protection de l'environnement*, în *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, dir. S. Maljean-Dubois, *La Documentation Française*, 2002.

restricții asupra producției sau asupra consumului național”. În sfârșit, trebuie să notăm aici că fizionomia generală a regulilor internaționale în materie de liber schimb a evoluat, mai ales după semnarea în 1994 a acordului de la Marrakech care instituia OMC-ul, ale cărui statuti indică în mod expres că comerțul internațional trebuie să se realizeze „permițând utilizarea resurselor mondiale conform cu obiectivul de dezvoltare durabilă, pentru a proteja și prezerva mediul înconjurător”. Astfel dispozitivul GATT/OMC pare să lase o anumită libertate de acțiune țărilor sau organizațiilor nerăbdătoare să promoveze dezvoltarea energiilor-SER.

Legitim în sine, obiectivul de protecție a mediului înconjurător pare deci în stare să facă legal un regim juridic de susținere a energiilor-SER, totuși cu condiția să poată să demonstreze că măsurile au acest scop, și aceasta cu condiția să se respecte principiile fundamentale menționate mai sus ale comerțului internațional. Totuși, nu trebuie subestimat faptul că riscurile de confruntare ale unui astfel de dispozitiv cu dreptul GATT-ului sunt, în stadiul actual al lucrurilor, puțin probabile. Motivul este simplu: schimburile de produse de energie-SER rămân încă modeste la nivel internațional, chiar din cauza faptului că majoritatea dintre ele sunt mai mult destinate uzului local decât uzului în rețele. Totuși, interconexiunea în creștere a rețelelor energetice la nivel european dacă nu mondial ca și evoluția cotei de piață a anumitor energii-SER (în special agrocărburați) fac în fiecare zi mai puțin ipotetice eventualele conflicte între o politică de susținere pentru astfel de energii și regulile GATT-ului. Trebuie constatat în această privință că anumite materii prime care sunt la originea energiei-SER sunt afectate de procesul de liberalizare a piețelor (producții agricole și silvicole), astfel încât nu este de exclus faptul că măsurile publice care vizează în mod prioritar producția acestor resurse locale pot să cadă sub incidența regulilor internaționale ale liberului schimb.

Oricare ar fi situația, este dificil de spus astăzi în ce măsură o susținere publică pentru energiile-SER poate sau nu să se sustragă disciplinelor GATT-ului/OMC-ului, în principal pentru că nu există nici o jurisprudență în ceea ce privește această chestiune, dar și pentru că problematica „energiei regenerabile” este departe de a fi integrat cu adevărat tratatele relative liberului schimb la nivel mondial. În principal, absența unei definiții internaționale a energiei-SER face reglementarea internațională să fie fără îndoială mai dificilă de pus la punct decât în alte domenii, statele (sau organizațiile internaționale) fiind libere să stabilească ceea ce înțeleg ele prin acești termeni. Dimpotrivă, existența la nivelul Uniunii Europene a unei definiții a energiilor-SER prin dreptul pozitiv comun consolidează în mod evident guvernarea susceptibilă de a se exercita asupra acestor chestiuni.

5.b. Compatibilitatea regimurilor naționale de susținere cu regulile Uniunii Europene asupra liberului schimb. În timp ce se desfășoară la nivelul Uniunii Europene, confruntarea principiului de liber schimb cu regulile naționale care vizează susținerea dezvoltării energiilor-SER ridică *a priori* întrebări mai complexe. De fapt, liberul schimb atinge aici un grad de sofisticare mult superior celui obținut la nivel internațional, fapt ce tinde să extindă dimensiunile-oriizonturile problematicii aplicării la acest domeniu al regulilor de liberă circulație.

Statutul energiei în acordul privind Spațiul economic european (SEE, Porto, 1992) se caracterizează printr-un compromis între asimilare și adaptare. Adaptare, pentru că acest acord transpune între raporturile dintre părțile contractante (Asociația europeană de liber

schimb (AELE) cu excepția Elveției și a Uniunii Europene) cele patru libertăți pe care se bazează piața unică comunitară, în afară de energia aplicării regulilor de drept comun (art. 24). Asimilare, pentru că Comitetul mixt al Spațiului Economic poate să decidă să integreze acordului o anumită regulă comunitară relativă energiei (vezi decizia nr. 102/2005 a Comitetului care modifică anexa a IV-a a acordului și integrează directiva electricitate-SER din 2001 în cadrul SEE cu excepția Liechtenstein).

Dreptul european de liberă circulație nu este destinat numai schimbului de mărfuri: este vorba de dreptul de liberă circulație extins la toți factorii de producție, persoane, servicii și capitaluri. Or, dacă energiile-SER sunt, ca mărfuri, direct afectate de dreptul comunitar al liberei circulații, trebuie să admitem că ele pot forma de asemenea, pe de-o parte, un cadru pentru exercitarea unor activități profesionale (producere, exploatare, comercializare, vânzare, sau chiar cercetare, studiu, etc.), pe de altă parte, un teren pentru posibilele tranzacții transfrontaliere financiare sau funciare. Or acolo sunt niște tematici înțelese prin celelalte libertăți economice de circulație: libera exercitare²² a activităților profesionale (instituție liberă, libera prestație de servicii) și libera circulație a capitalurilor și a plăților²³. În această perspectivă, ne putem imagina că o legislație de stat care rezervă numai celor naționali exercitarea unei activități legate de exploatarea SER-urilor riscă probabil cenzura în privința dreptului Tratatului.

Dar, în afara unui asemenea scenariu, este probabil să apară mai des problema conformității unei măsuri de stat de susținere a una sau mai multe energii-SER, cu principiul comunitar de liberă circulație a mărfurilor. Din acest punct de vedere este de asemenea clar că regăsim aici aceeași problemă de fond ca aceea pe care am regăsit-o și în cadrul GATT-ului/OMC-ului: aceea a unui eventual echilibru între, pe de-o parte, liberul schimb al mărfurilor proclamat de o regulă juridică supranațională și, pe de altă parte, interesul legitim care ar putea să fondeze măsura de susținere a unei anumite energii-SER. În această problemă, se pare că sistemul juridic al Comunității europene este relativ echilibrat fiindcă, fără a cere în prealabil supremația uneia sau alteia dintre aceste două preocupări, permite cu toate acestea să se facă o excepție în privința principiului de interdicere a „restricțiilor cantitative și a măsurilor cu efect echivalent”²⁴, în numele scopurilor urmărite de măsurile în cauză. Astfel, chiar dacă obstacolele în calea comerțului sunt în principiu interzise, va fi posibil, cel puțin în mod prompt, să le justificăm, cu condiția să putem invoca un motiv puternic de interes general. În ceea ce privește problema dacă și cum susținerea energiilor-SER poate să integreze un asemenea raționament, totul depinde, se pare, de caracterul discriminatoriu sau nu al măsurii în cauză.

6. Compatibilitatea susținerilor nediscriminatorii. Curtea de justiție a Comunităților Europene admite anumite obstacole în calea liberei circulații a mărfurilor în măsura în care sunt necesare pentru a satisface „cerințele imperative recunoscute de lege”. Or această judecată a stabilit printre astfel de cerințe imperative protecția mediului înconjurător²⁵. Totuși, compatibilitatea cu tratatul de instituire a Comunității europene cu

²² TCE, de la art. 43 la art. 55.

²³ TCE, de la art. 56 la art. 60.

²⁴ TCE, art. 28.

²⁵ CJCE 20 sept. 1988, Comisia c/Danemarca, 302/86, Rec. CJCE p. 4607-CJCE 9 iul. 1992, Comisia c/Belgia, C-2/90, Rec. CJCE p. I-4431.

aceste măsuri naționale nu este niciodată garantată numai de faptul că ele ar urmări în mod necesar și proporționat un astfel de obiectiv, fiindcă Curtea acordă beneficiul acestui raționament numai măsurilor aplicate fără discriminare sau nediscriminatorii în drept²⁶.

Dacă transpunem această abordare la scenariul unei legislații naționale de susținere pentru energia-SER putem estima că, compatibilitatea acesteia cu tratatul de instituire a Comunității europene, fie ea justificată prin imperativul de protecție a mediului, este în orice caz legată de absența caracterului discriminatoriu în drept. Respectul principiului de nediscriminare este în rest necesar pentru majoritatea regulilor comunitare de drept derivat care au validat, prin anticipare, anumite reglementări de stat de susținere a energiilor-SER. Este de exemplu formulat în directiva electricitate-SER, care declară că acceptă regimurile naționale de susținere a electricității dintr-o sursă regenerabilă care se bazează pe obiectivul de protecție a mediului, dar cere statelor membre să aibă grijă ca regulile să fie „obiective, transparente și nediscriminatorii”²⁷. Fără a fi rezervată măsurilor care vizează dezvoltarea electricității-SER, cerința de nediscriminare este încă exprimată în Directiva 96/92 din 19 decembrie 1996 privind regulile comune pentru piața internă a electricității²⁸, care permite statelor membre să impună întreprinderilor din sectorul electricității obligații de serviciu public care pot, între altele, să aibă ca obiect protecția mediului, dar precizează ea însăși că aceste obligații trebuie să fie „nediscriminatorii”²⁹.

7. Problema compatibilității susținerilor cu caracter discriminatoriu. Tratatul de instituire a Comunității europene tolerează, cu anumite condiții, obstacolele în calea schimburilor cu caracter discriminatoriu. Dar, atunci, trebuie să putem să ne punem sub influența articolului 30 al acestui tratat, singura dispoziție a tratatului fiind admiterea măsurilor de stat restrictive pentru comerțul intracomunitar și discriminatorii, cu o dubla condiție: pe de-o parte, ca acestea să poată pretinde a proveni dintr-un motiv sau altul de interes general pe care acest text îl conține (este vorba de „motivele moralității publice, de ordin public sau de securitate publică, de protecția sănătății sau a vieții persoanelor sau a animalelor sau de prezervarea vegetalelor, de protejarea comorilor naționale cu valoare artistică, istorică sau arheologică, în cele din urmă de protejarea proprietății industriale și comerciale”), pe de altă parte, dacă există discriminare, aceasta să fie obiectiv justificată (articolul 30 refuză de fapt ca măsura să poată constitui „un mijloc de discriminare arbitrară” în comerțul intracomunitar). Cât despre faptul de a ști dacă putem aplica acest raționament unor sisteme naționale de susținere a energiei-SER, putem să ne referim la jurisprudența „Preussen Elektra”³⁰ a Curții de justiție a Comunităților europene, care aduce ca răspuns totuși elemente destul de superficiale.

²⁶ CJCE 20 feb. 1979, Rewe-zentral („Cassis de Dijon”), prec.

²⁷ Art. 6.

²⁸ Directiva abrogată și modificată prin directiva 2003/54, 26 iunie 2003.

²⁹ Art. 3.2.

³⁰ CJCE 13 martie 2001, Preussen Elektra AG c/Schleswig AG, C-379/98, Rec. CJCE p. I-2099; CJEG feb. 2002, p. 109. Vezi și J.-M. Belorgey, S. Gervasoni și C. Lambert, „Actualitatea dreptului comunitar”, AJDA 2001, p. 941; E. Durand, G. Block, D. Harvebecke, „Decizia „Preussen Elektra” a Curții de justiție din 13 martie 2001: o etapă decisivă în promovarea electricității produse pornind de la sursele de energie regenerabile”, CJEG feb. 2002, p. 109.

Întreprinderea Preussen Elektra este un furnizor de electricitate care exploatează peste 25 de centrale electrice convenționale sau nucleare din Germania și de asemenea o rețea de distribuție electrică. O lege germană care datează din 1990 obligă acest tip de întreprinderi (care se încadrează atât în sectorul public cât și în sectorul privat) să cumpere un procent de electricitate produsă în zona lor de aprovizionare începând cu energiile hidroelectrică, eoliană, solară, a gazului provenit din descărcările și din instalațiile de epurare sau de la produsele sau de la reziduurile și deșeurile biologice din agricultură și din silvicultură, la tarife minime care sunt superioare valorii economice reale ale acestei electricități. Dispozitivul introduce deci o „obligație de cumpărare” care duce la un suprapreț financiar care se adaugă întreprinderilor cu datorii. Preussen Elektra, care face parte din această categorie, estimează că această lege nu este în conformitate cu dreptul comunitar, în măsura în care ea corespunde cu aplicarea unui regim de ajutoare de stat. Jurisdicția germană sesizată în principal interoghează Curtea de Justiție a Comunităților europene asupra acestui subiect³¹, dar și pentru a ști dacă regula nu este contrară interdicției restricțiilor cantitative asupra schimburilor și a măsurilor cu efect echivalent³².

În speță, trebuie în primul rând să se determine natura juridică a măsurii sub aspectul relației sale cu articolul 28 al tratatului de instituire a Comunității europene.

Posibilitatea ca acesta să constituie o „restricție cantitativă” a schimburilor poate fi respinsă cu ușurință pe motiv că legea germană nu interzice nici total, nici parțial importul de electricitate provenind din alte state membre. Să fie atunci vorba de un obstacol al cărui efect să fie „echivalent” cu cel al restricțiilor cantitative, în sensul articolului 28 din tratat³³? Faptul că dispozitivul limitează obligația de cumpărare la zona de aprovizionare a întreprinderilor datornice este în această privință un aspect deosebit de problematic, în măsura în care acesta pare să impună întreprinderilor în cauză să cumpere cu prioritate, dacă nu exclusiv electricitate produsă la nivel național. Astfel, sub acest aspect, obligația de cumpărare pare a fi de natură să diminueze importul de electricitate produsă prevenind din alte state membre, știind că în jurisprudență, în mod constant, o măsură care limitează posibilitățile de import intră în principiu în categoria „măsurilor cu efect echivalent unei restricții cantitative”, interzise prin tratat³⁴.

La urma urmelor, societatea Preussen Elektra scoate în evidență faptul că i s-a oferit posibilitatea de a cumpăra electricitate-SER en Suedia la preț mai scăzut, și că nu a putut accepta această ofertă din cauza obligației de cumpărare. Astfel, măsura pare să facă din producătorii germani de electricitate-SER primii beneficiari ai acesteia, și pare în acest sens discriminatorie în drept, ceea ce nu interzice totuși o verificare în sensul compatibilității cu tratatul.

³¹ Vezi *infra* nr. 595 și s.

³² TCE, art. 28.

³³ Vezi hotărârea de principiu CJCE 11 iul.1974, Dassonville, 8/74, Cul. CJCE p.837, interzicerea măsurilor cu efect echivalent restricțiilor cantitative vizează «orice reglementare comercială a statelor membre susceptibile de a împiedica în mod direct sau indirect, actual sau potențial comerțul intracomunitar».

³⁴ O obligație de a se aproviziona cu un anumit produs, combinată cu un anumit procentaj din partea unui furnizor național, limitează într-adevăr posibilitățile de import al aceluiași produs (CJCE 10 iul. 1984, Campus Oil, 72/83, Cul. CJCE p. 2723 – CJCE 20 martie 1990, Dupont de Nemours Italiana, C-21/88, Cul. CJCE p. I_1899). Același lucru este valabil pentru o simplă încurajare a legislatorului național spre cumpărarea de produse naționale (CJCE 24 nov. 1982, Comisia c/ Irlanda, 249/81, Cul. CJCE p. 4005 – CJCE 23 oct. 1997, Comisiac/ Italia, C-158/94, Cul. CJCE p. I-5789).

Operațiunea de „răscumpărare” a unei astfel de măsuri, al cărei caracter clar discriminatoriu pare deci evident, atrage în continuare un raționament care se bazează pe singurele excepții de la principiul de libertate a schimburilor enumerate în articolul 30 din tratat. În speță, se poate mai întâi verifica dacă măsura nu poate fi justificată de „motive de securitate publică”, considerând că această noțiune poate acoperi exigența de securitate a aprovizionării cu energie. Este adevărat că un astfel de raționament ar fi putut fi autorizat de jurisprudența anterioară, la termenul căreia Curtea hotărâse că scopul asigurării în orice moment a unei aprovizionări minimale cu produse petroliere poate constitui un obiectiv vizat de noțiunea de „securitate publică”³⁵. În cauza „Preussen Elektra”, această concepție trecuse de altfel prin mintea avocatului general Jacobs, dar a fost respinsă din cauza rolului încă prea marginal al electricității-SER în garantarea securității energetice a unei țări. Cu toate acestea, Curtea va remarca faptul că reglementarea în cauză vizează o altă cauză de interes general care figurează în articolul 30 din tratat: protecția sănătății și vieții persoanelor și a animalelor precum și ocrotirea vegetației.

Curtea ar fi putut să se oprească la această constatare și să încerce să valideze pe aceste temeiuri măsura litigioasă, recurgând *in fine* la testul obișnuit de necesitate și de proporționalitate. Dar aceasta își va lua libertăți față de raționamentele sale obișnuite. Astfel, ea declară că, în ceea ce privește obligația de cumpărare de electricitate-SER, legislația germană urmează o „cerință imperativă” a dreptului comunitar, aceea de protejare a mediului, făcând în special trimitere la faptul că „utilizarea surselor de energie regenerabilă pentru producerea de electricitate [...] este utilă protecției mediului în măsura în care contribuie la reducerea emisiilor de gaze cu efect de seră”. Această frază este cu siguranță surprinzătoare în măsura în care dezvăluie utilizarea de către judecător a teoriei cerințelor imperative în prezența unei legislații naționale cu caracter discriminatoriu.

Recurgerea la motivul protecției mediului în contextul acestei cauze este lipsit de semne de întrebare. Soluția pare atât de inovatoare încât ar putea însemna că această hotărâre a estompat granița tradițională între justificările provenind din cerințele imperative și cele provenind din tratat³⁶. Mai mult, această soluție inedită ar putea fi considerată ca punere în aplicare în contencios a unei noi abordări care să răspundă strict la preconizarea articolului 6 din tratat în redactarea sa extrasă din tratatul de la Amsterdam: a se aplica imperativul referitor la mediul înconjurător în toate stadiile tratatului, inclusiv în sânul politicilor referitoare la stabilirea pieței interne. Astfel, acest demers ar trebui înțeles ca revenind să adauge obiectivul orizontal al protecției mediului la lista motivelor de interes general din articolul 30, ceea ce ar permite aplicarea acestuia de aici înainte pentru a releva toate piedicile în calea schimburilor, inclusiv cele al căror caracter clar discriminatoriu este atestat.

O altă interpretare a hotărârii „Preussen Elektra” este totuși posibilă, din moment ce în speță, pe lângă faptul că a semnalat importanța rolului energiilor-SER în lupta împotriva poluării atmosferei, Curtea de justiție a Comunității europene a pus accentul pe natura specială a electricității, care este de așa natură încât „o dată admisă în rețeaua de transport sau de distribuție, este dificil să i se determine originea și, în special, sursa de

³⁵ CJCE 10 iul. 1984, *Campus Oil*, 72/83, prec.

³⁶ O. Segnana, *Mediul și piața internă a electricității, hotărârea „Preussen Elektra”*, în *Caiete de drept European*, 2002, p. 131.

energie din care a fost produsă”³⁷. Pentru că această mențiune figurează în concluzia hotărârii, chiar înainte ca obligativitatea cumpărării de electricitate-SER să fie declarată de Curte ca nefiind contrară articolului 28 din tratat, este permis să considerăm că acesta a jucat aici un rol major. Într-adevăr, prin această frază, Curtea pare să vrea să sublinieze că electricitatea nu este o marfă ca celelalte: ea se supune în general unor legi fizice particulare, dar, în context european, ea circulă în cadrul unei piețe ale cărei rețele sunt integrate. Astfel, Curtea pare a vrea să spună că, într-o astfel de situație, este practic imposibil să se încerce „urmărirea” acestui produs cu scopul de a-i determina originea geografică (ce stat membru?) și fizică (regenerabilă sau nu), altfel spus, este inutil să se încerce caracterizarea în acest domeniu a unor practici naționale discriminatorii³⁸.

În ciuda ambiguităților sale, hotărârea „Preussen Elektra” este remarcabilă. Mai întâi, ea confirmă că în orice stare de fapt, justificarea măsurilor statului de susținere a energiilor-SER trebuie încercată pornind de la argumente legate de protecția sănătății în general și de protecția mediului în special. Apoi, semnalând faptul că în practică este foarte dificil, dacă nu imposibil de urmărit deplasarea electronilor în cadrul pieței unice europene, hotărârea arată că determinarea originii acestui produs fluid care este electricitatea și detectarea corelativă a discriminărilor formale în cadrul legislațiilor naționale care reglementează comerțul sunt activități care au devenit foarte aproximative, dacă nu sortite eșecului.

8. Susținerea energiilor regenerabile în fața imperativului de liberă concurență.

Pe lângă libera circulație, libera concurență este un alt principiu fundamental de structurare a pieței comune europene. În acest temei articolul 87 din Tratatul de constituire a Comunității europene interzice „ajutoarele acordate de către state sau prin intermediul resurselor statului, sub orice formă, care denaturează sau amenință să denatureze concurența favorizând anumite întreprinderi sau anumite producții”. Acest articol nu exclude în schimb ajutoarele provenind de la Uniunea Europeană prin intermediul diverselor sale politici.

Reguli comparabile sunt aplicate în cadrul Asociației europene de liber schimb (AELS) și al Spațiului Economic European (SEE) (art. 62): a se vedea de exemplu invitațiile autorității de supraveghere a AELS la prezentarea unor observații pe tema unui proiect de subvenție atribuită de Norvegia unor situri de incinerarea a deșeurilor în scopul creșterii producției de energie provenind din deșeuri (JOCE 1 apr. 2004, C 82); a se vedea de asemenea decizia autorității aplicabilă la măsurile luate de Norvegia cu privire la Fondul norvegian pentru energie (JOCE 11 aug. 2005, C 196).

Susținerea acordată energiilor-SER operată asupra fondurilor publice de stat este a priori antinomică față de libera concurență. Directiva electricitate-SER indică de altfel că dispozițiile tratatului și în special articolele 87 și 88, se aplică de drept ajutoarelor publice virate întreprinderilor care intervin în domeniul energiilor-SER. Trebuie totuși să constatăm că, în punerea sa în practică, tratatul este mult mai puțin ostil unor astfel de măsuri decât pare. Astfel, trebuie relevată o abordare mai degrabă înțelegătoare din partea

³⁷ În același sens, CJCE 2 apr.1998, Outokumpu Oz, C-213/96 – CJCE 4 dec.2003, EVN AG Wienstrom Gmbh c/ Republik Osterreich, C-448/01, Cul. CJCE p. I-14527.

³⁸ În aceeași hotărâre, Curtea Europeană de Justiție declară că numai un sistem de garantare a originii electricității-SER ar putea face schimburile mai „transparente”, sistem care a fost impus prin directiva electricitate-SER.

autorităților comunitare cu privire la un număr considerabil de regimuri de susținere care, când nu sunt calificate drept ajutor de stat, când sunt declarate compatibile cu tratatul.

9. Calitatea de ajutor de stat refuzată unor anumite regimuri naționale de susținere a energiilor regenerabile. A ști în ce măsură un sistem de stat de susținere a energiilor-SER constituie un ajutor de stat în sensul articolului 87.1 din tratatul de constituire a Comunității europene este, din punct de vedere logic, o chestiune preliminară. În mod general, interpretarea jurisprudențială a noțiunii de ajutor de stat este mai degrabă extensivă. În special, această noțiune este mai vastă decât cea de subvenție: ea corespunde oricărui avantaj consimțit de către autoritățile publice ale unui stat membru în favoarea unei întreprinderi, indiferent că este vorba de „prestări pozitive cum ar fi subvențiile însele, sau [de] intervenții care, sub diverse forme, ușurează sarcinile care grevează în mod normal bugetul unei întreprinderi și care, în acest fel, fără a fi subvenții în sensul strict al cuvântului, au aceeași natură și efecte identice”³⁹. Aceste formule acoperă o mare varietate de dispozitive de susținere a energiilor-SER. Dar jurisprudența apreciază de asemenea că nu toate avantajele aprobate de stat constituie ajutoare, ci numai dacă acestea îndeplinesc concomitent patru criterii.

9.a Criteriul 1: Ajutorul trebuie să-i ofere beneficiarului un avantaj care să ușureze sarcinile care în mod normal i-ar greva bugetul. Pentru a defini ajutorul de stat în caz de prestații pozitive, este necesar să „se stabilească dacă întreprinderea beneficiară primește un avantaj economic pe care nu l-ar fi obținut în condiții normale de piață”⁴⁰. Astfel este cazul, de exemplu, al unei subvenții publice virate unei societăți care a dezvoltat un proiect de valorificare energetică a pulberilor de origine animală, pentru că aceasta ușurează respectiva întreprindere de sarcinile pe care concurenții săi trebuie să le suporte și îi furnizează astfel un avantaj concurențial⁴¹. Menționăm că, în dreptul comunitar, noțiunea de întreprindere are un sens larg: ea cuprinde orice entitate care exercită o activitate economică, independent de statutul său juridic sau de modul său de finanțare⁴².

9.b. Criteriul 2: Ajutorul trebuie să provină din surse de stat. Această condiție este, în mod tradițional, interpretată cu larghețe: ea acoperă în special ajutoarele virate de către colectivitățile infrastatale – cum ar fi subvenționarea de către regiunea italiană Toscana a instalațiilor care utilizează energii-SER. Dar Curtea de Justiție a Comunității Europene a interpretat uneori această condiție și în mod mai restrictiv, după cum stă mărturie hotărârea „Preussen-Elektra”. Trebuie să reamintim pe scurt contextul în fapt și în drept al acestei cauze. Curtea de Justiție a Comunității Europene a fost solicitată să decidă asupra conformității cu dreptul comunitar a sistemului german de susținere a electricității pe bază de SER, care constă în acordarea unei garanții de cumpărare a unei părți din producția proprie producătorilor de electricitate-SER. Sistemul este criticat de mai multe întreprinderi care văd în aceasta, în afara unui efect negativ asupra principiului de liberă circulație a energiei, și un ajutor pentru funcționare în favoarea producătorilor

³⁹ CJCE 23 feb.1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorite, 30/59, Cul. CJCE p. 3 – CJCE 27 mar.1980, Denkvit italiana, 61/79, Cul. CJCE p. 1205.

⁴⁰ CJCE 11 iul.1996, SFEI et a., C-39/94, Cul CJCE p. I-3547.

⁴¹ Un astfel de exemplu se regăsește în situația: Ajutoare de stat-Franța N 49/2003, N 52/2003, N 57/2003 și N 63/2003.

⁴² CJCE 23 apr. 1991, Höffner et Elner c/ Macrotron, C-41/90, Cul. CJCE, p. I-1979.

de electricitate regenerabilă și se plâng că ele trebuie să asigure și sarcinile financiare ale acestora. Această ultimă caracteristică reprezintă punctul central al cauzei, întrucât ridică problema cunoașterii dacă un ajutor hotărât de stat, dar finanțat în principal, ca în speță, din fonduri private este un ajutor de stat. Aceasta impune deci precizarea semnificației formulei din tratatul Comunității europene conform căreia numai „ajutoarele acordate de stat sau din resurse ale statului” intră în vederile sale, precum și a faptului dacă noțiunea de ajutor de stat are unul (caz în care formula „ajutoarele acordate de stat” și ajutoare „acordate din resurse ale statului” sunt sinonime) sau două elemente componente (caz în care formula „ajutoarele acordate de stat” și ajutoare „acordate din resurse ale statului” desemnează două situații distincte).

Este adevărat că, conjuncția „sau” pare să însemne că un ajutor de stat este la fel de încorporat în prezența avantajelor financiare acordate companiilor pe baza unei intervenții etatice a statului (ajutor acordat de stat) în prezența avantajelor finanțate de stat (ajutor acordat prin intermediul resurselor de stat). Astfel era, în esență, punctul de vedere al guvernului german și al Comisiei: astfel primii au notificat dispozitivul de obligație de cumpărare a celei de-a doua pe care declarând-o conformă cu tratatul a fost neapărat identificată cu ajutorul de stat. Dar nu este abordarea pe care Curtea a ales s-o aprobe considerând din partea sa că legea privind ajutoarele de stat nu este material aplicabilă atunci când obligația de cumpărare impusă de dreptul german nu antrenează nici un transfer direct sau indirect de resurse de stat pentru întreprinderile producătoare de energie electrică.

Această poziție nu a convins întotdeauna⁴³. S-a spus că dintr-un astfel de punct de vedere macroeconomic nu este nicio diferență între un ajutor finanțat de către întreprinderi private care trece apoi la consumatori și un altul provenind din cifrele de stat. Totuși se părea că validând legea germană – adică eliberând-o de orice considerații de compatibilitate pe fond – Curtea părea să dea în prealabil, un cec în alb pentru toate dispozitivele de sprijin asupra energiilor SER bazate pe obligațiile de cumpărare. Astfel a interpretat Consiliul statului francez oprirea Preussen Elektra care estimează că mecanismul francez de obligații de cumpărare, așa cum arată art. 10 din legea nr. 2000-108 din 10 februarie 2000, nu constituie un ajutor de stat în sensul art. 87.1 din tratat⁴⁴.

Însă, se pare că voința Curții de Justiție a comunităților europene nu a fost deloc așa⁴⁵ și în acest sens o trecere de la oprire nu a fost luată suficient în considerare: aceea în termenii căruia Curtea reiterează că distincția stabilită în art. 87.1 din tratat între ajutoarele acordate de state și ajutoarele acordate prin intermediul resurselor de stat nu înseamnă că toate avantajele consimțite de către un stat constituie ajutoare fie că sunt sau nu finanțate de resurse etatice dar vizează numai să includă în această noțiune avantajele care sunt acordate direct de către stat și cei care sunt prin intermediul unui organism public sau privat, desemnați sau stabiliți de acest stat, inclusiv și, de exemplu, cele care ar fi finanțate de întreprinderile publice. Acest element este esențial pentru a înțelege raționamentul judecătorului care în acest caz nu face altceva decât să aplice în manieră

⁴³ Vezi și critiquele lui M. Karpennschif, *Noțiunea de ajutor de stat, aplicare în sectorul energiei*, CJEG febr. 2003, p. 51.

⁴⁴ CE 21 mai 2003, Uniden.

⁴⁵ Conform expresiei lui J.-M. Belorgey, S. Gervasoni și C. Lambert, *Actualitatea dreptului comunitar*.

clasică⁴⁶ art. 87.1. Într-adevăr alegerea Curții de justiție a comunităților europene de a plasa mecanismul german de sprijin al producătorului de energie regenerabilă în afara domeniului de aplicare al art. 87 se bazează numai pe faptul că, în acest caz, ajutorul este finanțat majoritar numai de către companiile private și nu din fonduri publice. Această interpretare a hotărârii este prin prelungirea celei pe care Comisia o apără continuu. Astfel, când ea decide în iulie 2001⁴⁷ să nu ridice obiecții cu privire la regimul flamand de ajutor al producerii de electricitate SER fundamentată pe vânzarea certificatelor verzi, este și din motivul că acest mecanism este finanțat de distribuitori privați de electricitate care cumpără electricitate SER întreprinderilor de producție. În același spirit, dar contrar, este și din motivul „că ele sunt finanțate din prelevări obligatorii” pe care Comisia le-a declarat în octombrie 2002 prin care obligațiile de cumpărare a energiei regenerabile prevăzute de către dreptul din Luxemburg cădeau din partea lor sub autoritatea art. 87.1 din tratat.

9.c. Criteriul 3: Ajutorul trebuia să fie selectiv sau specific. Pentru ceea ce înseamnă ajutor al statului în sensul art. 87.1 din Tratatul care instituie Comunitatea, trebuia ca în al treilea rând ajutorul să fie acordat pe o bază discreționară pentru unele companii sau unele producții. La asemenea măsuri se referă de exemplu „subvențiile alocate unei companii individuale” (adică o întreprindere care produce energie eoliană), sau unui sector care produce economic particular (adică sectorul transformării lemnului) sau întreprinderilor situate pe o parte sau alta a teritoriului național⁴⁸. Așa este cazul unei exonerări fiscale cu profit de biocombustibili care exclude anumite produse de bază din beneficiul exonerării⁴⁹. Este vorba de subvențiile publice ale întreprinderilor care intervin în domeniul energiei regenerabile atunci când ele ameliorează situația singurelor întreprinderi beneficiare (de exemplu subvențiile nerambursabile acordate de regiunea italiană din Toscana anumitor instalații care utilizează energii regenerabile⁵⁰). Acest caracter foarte selectiv se referă în principal la măsurile de reducere fiscală, fiind o excepție a dispozițiilor naționale, de natură legislativă, reglementară sau administrativă sau încă legată de o practică discreționară a administrației fiscale. În schimb, noțiunea de ajutor nu se aplică dacă măsurile sunt deschise tuturor operatorilor economici din teritoriul unui stat membru, pentru că ele constituie în principiu măsuri generale. În același fel, dacă incitanții fiscali în favoarea investitorilor în ceea ce privește mediul înconjurător (în căutare-dezvoltare, în formare ...) favorizează toate întreprinderile care fac astfel de investiții, nu constituie, în principiu, ajutor de stat. În schimb, o măsură caracterizată prin specificitate sectorială (o măsură fiscală al cărei efect esențial este de a favoriza unul sau mai multe sectoare de activitate) poate fi un ajutor.

⁴⁶ Vezi și G. Bouquet, *Mecanismele de susținere ale producerii de electricitate plecând de la sursele de energie regenerabile prin aplicarea articolelor 87 și 88 ale tratatului relaționat la ajutorul de stat*, AJDA 2006, p. 697.

⁴⁷ Decizii ale Comisiei nr. 550/00.

⁴⁸ M. Wemaire, D. Grimeaud, *Promovarea energiilor regenerabile în preajma dreptului comunitar al ajutorului de stat*, 18-19 ian. 2006, p. 23.

⁴⁹ A se vedea și legea finanțelor franceze din 1992, care rezervă o exonerare a taxei interne asupra consumului numai de biocombustibili produși plecând de la rapiță și turnesol, cereale, anghinare, cartofi sau sfeclă și de la pământ înghețat.

⁵⁰ A se vedea și decizia Comisiei din 30 ian. 2003.

Concret, va trebui să se arate că măsura de stat instaurează, în favoarea anumitor întreprinderi ale statului membru, o excepție de aplicare, de exemplu, a legii fiscale naționale. Totuși, caracterul selectiv al unei măsuri poate fi de asemenea justificat „prin natura sau economia sistemului”⁵¹. Mai precis, conform Comisiei⁵², „se propune să se determine regimul comun aplicabil”. Este apoi necesar să se examineze dacă excepția și diferențierile sunt justificate prin economia sau natura sistemului de sarcină în cauză⁵³. De exemplu, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a trebuit să se pronunțe asupra naturii unei măsuri prin care un stat membru nu se impune decât în fața anumitor utilizatori ai rețelei naționale de transport de electricitate, apariția producătorilor-distribuitori de hidroelectricitate și de electricitate de origine geotermică, o majorare a redevenței datorate accesului la această rețea⁵⁴.

Curtea a reamintit că noțiunea de ajutor nu se referă la măsuri care să introducă o diferențiere între întreprinderi în materie de taxe chiar dacă această diferențiere rezultă din natura și din economia sistemului de sarcini în cauză, fiind cazul în speță atunci când majorarea redevenței avea ca scop compensarea avantajului generat, pentru aceste întreprinderi, prin liberalizarea pieței de electricitate ca urmare a transpoziției directivei 96/92 din 19 dec. 1996 care cuprinde regulile comune pentru piața interioară de electricitate. Trebuia să se admită că o reglementare națională care susține producerea de energie regenerabilă poate scăpa art. 87.1 din tratat, dacă ea prezintă bine caracterul unei măsuri de politică economică generală neavând ca finalitate anumite întreprinderi determinate sau anumite producții dar urmând un interes cu caracter general⁵⁵.

9.d.Criteriul 4: Ajutorul trebuia să afecteze concurența și/sau schimburile comerciale între statele membre. Această a patra condiție amintește de un examen concret cu privire la indicii care stabilesc situația economică mult mai avantajoasă a întreprinderii în raport cu concurența. Presupune și faptul că sectoarelor cărora li se oferă ajutorul să fie deschise concurenței la nivel comunitar, astfel încât să fie foarte atenți la o măsură care avantajează producția națională. Este de exemplu legitim să se pună problema de a ști dacă o reducere fiscală de care beneficiază producători de resurse agricole poate constitui un ajutor de stat chiar dacă producțiile în cauză se sustrag regulilor pieței comune în temeiul anexei II a tratatului care instituie Comunitatea europeană. Dar, într-un asemenea caz, Comisia a indicat că piața asupra căreia ajutorul produce efecte este aceea asupra căreia produsele aduse sunt în sfârșit destinate. De altfel, anumite produse agricole destinate nu vor fi supuse regulilor pieței comune, regimul fiscal național poate fi examinat în cadru regulilor în domeniul ajutorului de stat dacă are o incidență asupra pieței produselor finite, în materie de carburanți, din partea lor supuși regulilor de concurență ale tratatului. În această măsură este posibil să se concluzioneze

⁵¹ CJCE 2 iulie 1974, Italia/Comisia, 173/73, p. 709.

⁵² Comunicarea asupra aplicării regulilor cu privire la ajutorul de stat cu măsuri ce țin de fiscalitatea directă a întreprinderilor, JOCE 10dec. 1998, C 384.

⁵³ Vezi și CJCE 26 sept. 2002, Spania/Comisia, C-351/98, CJCE, p. I-8031.

⁵⁴ CJCE 14 apr. 2002, Torino/Comisia, C-128/03, și C-129/03 CJCE, p. I-2861.

⁵⁵ A se vedea, de exemplu, decizia Comisiei, 28 martie 2008, cu privire la exonerarea fiscală în favoarea instalațiilor de producere combinată cu căldură și electricitate introduse în Regatul Unit.

că impozitarea statală este de natură să afecteze condițiile de concurență în cadrul pieței comune⁵⁶.

Condiția afectării schimburilor implică și faptul ca beneficiarul măsurii să desfășoare o activitate economică. Conform unei jurisprudențe constante, această condiție este îndeplinită încă de când întreprinderea desfășoară o activitate care face obiectul schimburilor comerciale între statele membre: astfel ar fi cazul de exemplu atunci când beneficiarii unei impozitări parțiale asupra consumului anumitor biocombustibili sunt singurele unități de producție națională în care poziția este întărită în raport cu aceea a întreprinderilor concurente ale altor state membre: este de exemplu considerat ca penalizat unul dintre principalii producători de etanol sintetic, produs concurent al bioetanolului ale căror întreprinderi producătoare sunt singurele beneficiare ale regimului de ajutor.

Această condiție presupune printre altele că singurele avantaje financiare acordate întreprinderilor care provin din sectoarele de mărfuri ale economiei sunt relevante și că în schimb, dacă beneficiarii ajutorului sunt exclusiv persoane fizice, organizații cu scop non lucrativ sau autorități publice care nu conduc o activitate economică, măsura nu constituie un ajutor în sensul art. 87.1 din tratat. Un program de susținere a energiilor SER dedicate colectivităților locale și autorităților publice însărcinate să administreze transporturile nu este un ajutor de stat.

În sfârșit, condiția afectării schimburilor și/sau de înlăturare a concurenței nu este îndeplinită decât dacă măsura de ajutor dedicată energiilor regenerabile nu constituie un ajutor numit „minim”. Trebuie să se știe că Comisia neglijează exercitarea acestor ajutoare – acestea sunt concret scutite de obligația de notificare prealabilă⁵⁷ – care nu ajunge la anumite praguri – ele nu trebuie să depășească 200.000 EUR cumulați pentru o întreprindere pentru o perioadă de trei ani – și ale cărei finalități sunt variabile: în favoarea IMM-urilor, căutării și dezvoltării, protecției mediului înconjurător, a ocupării forței de muncă și a formării. Ar trebui remarcat că, în general, nivelul ajutorului de stat este definit în intensitate în raport cu costurile de bază: toate intensitățile ajutorului nu mai sunt calculate în echivalent-subvenție-net, ci în echivalent-subvenție-brut pentru a se conforma jurisprudenței comunitare – (Comisia a abandonat vechiul sistem de conversie după 15 iunie 2002⁵⁸).

Acknowledgment: „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.” „This work was supported by the strategic grant POSDRU/89/1.5/S/61968, Project ID61968 (2009), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013”.

⁵⁶ Decizia Comisiei nr. 97/542, 18 dec. 1996, cu privire la exonerările fiscale pentru biocombustibili în Franța, punctul III.

⁵⁷ Reglementarea nr. 69/2001, 12 ian. 2001, cu privire la aplicarea TCE, art. 87 și 88 a ajutoarelor; regulament modificat nr. 1998/2006, 15 dec. 2006.

⁵⁸ TPICE 15 iunie 2002, Alzetta/Comisia, T-298/97, p. II-2319.

Le projet européen: un Code civil a portée européenne?

Asist. univ. drd. Mădălin-Savu TICU

Résumé

Cet article¹ représente une analyse des tendances d'unification du droit privé communautaire et des tentatives de réalisation d'un Code européen des contrats et même d'un Code civil européen. Ce grand débat qui date du début du siècle oppose les partisans de l'euro-codification et les défenseurs des législations civiles nationales. On peut bien se demander: un tel Code est-il nécessaire à l'Union Européenne ou pour l'instant cette idée reste seulement une utopie? Quelquefois les choses opportunes peuvent paraître utopiques au début ... On se pose aussi la question de la compétence de l'Union dans l'édition de cet instrument juridique. La tentation d'unifier la législation civile n'est-elle pas peut être un pas vers la fédéralisation? Voilà les questions auxquelles nous essayerons de répondre dans les pages suivantes.

1. Essais d'unification du droit civil européen.

a. La naissance de l'idée d'un Code civil européen. L'idée d'un Code civil européen est une idée ancienne, peut-être plus ancienne que la volonté (surtout politique et militaire) du Napoléon, illustrée par ses mots: „J'ai semé la liberté à pleines mains partout où j'ai implanté mon Code civil... Pourquoi mon Code Napoléon n'eût-il pas servi de base à un Code européen ?”². Même si la conquête militaire a failli d'être totale, les mots de Napoléon prouvent son espérance de prolonger ses victoires dans le domaine de la loi, domaine encore plus durable que celui militaire: „Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil”³.

C'est très intéressante en même temps sa vision qui lie étroitement l'implantation de la loi au développement de la liberté: il n'y a pas de liberté là où il n'y a pas de loi. Il nous semble que Napoléon a compris d'une manière assez désespérée et profonde que le seul moyen pour promouvoir la liberté c'est pas la force de la main militaire, mais la force de l'esprit qui pénètre mieux par l'épanouissement de la loi: „À la suite de ses premières victoires militaires, Napoléon était encore plus convaincu de la nécessité d'une codification, promulguée au plus vite; les populations nouvellement soumises à sa

¹ Grande partie des idées traitées dans cet article, des formules utilisées et des paragraphes ont déjà été publiés, d'une manière plus restreinte et plus schématique, et elles représentent la contribution propre de l'auteur à la communication soutenue avec Bucureanu Anamaria à l'occasion de la conférence internationale – „L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE” – BESOIN POUR L'INTÉGRATION EUROPÉENNE, PITEȘTI, ROMÂNIA, 7-8 Avril 2006. Voir les actes de la conférence (Pitești, Ed. Universității din Pitești, 2006, p. 484, ISBN (10) 973-690-538-1; ISBN (13) 978-973-690-538-4) aussi que la parution dans la revue *Free Law Journal*, volume 2, number 1, avril, 2006, p. 139-162 de la même communication – „Le Code civil européen: entre opportunité et utopie” – auteurs: Bucureanu Anamaria, Ticu Mădălin-Savu.

² Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 198.

³ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 60; Vladimir Hanga, *Mari legiuitori ai lumii*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 193.

puissance politique devaient être régies par un même système juridique⁴. L'idée de la codification avait „aussi l'avantage inestimable d'ajouter à la gloire de son promoteur, en prolongeant, par le titre de Législateur, l'éclat de ses victoires militaires”⁵.

La question sur la possibilité d'avoir un Code civil européen, tant désiré par l'Empereur, nous conduit à une question subséquente: quelles sont les chances de réussite d'une telle démarche? Est qu'un Code civil européen à nos jours nous conduira vers „une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe”⁶? Ou le Code engendrerait un véritable „tremblement” juridique pour la construction communautaire? Voilà seulement quelques questions essentielles pour notre sujet.

À l'origine de l'idée de codification du droit civil au niveau européen, „se trouve le souhait d'adopter une réglementation complète, totale, peut-être même définitive de la matière suivant un plan exhaustif. Ainsi, le Code forme un cadre qui n'admet un développement ultérieur et des renouvellements qu'à partir de ses règles, principes et valeurs”⁷. Le problème est de savoir en quelle mesure une tentative d'une telle ampleur et hardiesse réussira. Et, notamment, quelle sera sa finalité? La tentative d'une réglementation „complète, totale, peut-être même définitive” en matière de droit civil, n'est-elle pas une utopie? Le Code civil européen ne représente-il un rêve trop courageux, qui peut facilement devenir un cauchemar?! Si on essaie d'uniformiser les systèmes juridiques nationaux des pays membres de l'Union Européenne, au nom de l'unification du droit civil et du *multilatéralisme*⁸ (cette idéologie dévorante de la réalité européenne actuelle), tout en les séparant de leurs traditions juridiques, de leurs origines et racines historiques, les conséquences restent assez dangereuses.

Le projet, il est vrai, facilitera le développement du Marché Commun. Pourtant, cette tentative d'unification-uniformisation ne heurte pas subversivement „dans le cœur du droit de toutes ces nations (les états membres de l'Union – n.n.), leur droit civil”⁹? Et ça pour faire disparaître les frontières culturelles et juridiques, quoique la célèbre devise européenne c'est ... „*unité en diversité*”.

L'idée d'un Code civil européen a pour point de départ le besoin d'implémenter des principes et des règles contractuelles fermes, afin d'assurer une bonne gestion du Marché Unique. Du moment où l'Union possède une monnaie unique et un marché unique, l'unification du droit civil ne devient pas une nécessité?¹⁰ Une réponse négative en est offerte par le système américain, système où, en dépit du marché et de la monnaie unique, un droit civil uniforme n'existe pas. La Cour Suprême des Etats Unis s'oppose même à

⁴ Brigitte Basdevant-Gaudemet, Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit XIIIe-XXe siècles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 2000, Paris, p. 378.

⁵ Jean-François Brégi, *Introduction historique au droit*, Ellipses, Paris, 2009, p. 348.

⁶ Préambules du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne.

⁷ Hans Jürgen Sonnenberger, *Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch: Leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne*, p. 1013, dans l'œuvre collective „1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir”, 2004, Dalloz.

⁸ Philippe Malaurie, *L'utopie et le bicentenaire du Code civil*, p. 1, dans l'œuvre collective „1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir”, 2004, Dalloz.

⁹ *Ibidem*, p. 1.

¹⁰ Denis Tallon, *L'avenir du Code civil en présence des projets d'unification européenne du droit civil*, pag. 1007 et Laurent Leveneur, *Le Code civil et le droit communautaire*, p. 945, dans l'œuvre collective „1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir”, 2004, Dalloz.

l'idée d'un droit commun des états fédéraux¹¹. D'autre côté, on peut faire appel au modèle allemand, dont la monnaie, le marché et le droit restent uniques¹².

On considère que la méthode comparative et un jugement approfondi et équilibré sur les avantages et les désavantages d'un tel projet, représentent la meilleure solution. Il faut également qu'on dépasse la vision totalitaire nationale, en faveur d'une vision européenne. Il reste difficile d'équilibrer la balance (les balances!) entre les sentiments nationaux (qui disent que la norme de mon état est supérieure à toute autre norme) et les sentiments européens. La voie est celle du compromis, les solutions extrêmes étant contre productives ainsi pour le droit civil, que pour la construction communautaire. Un rôle magistral revient ici au droit civil comparé. Cette branche du droit peut nous aider à faire un choix entre l'adoption et le rejet d'un futur Code civil européen.

b. Un code européen commun de droit privé – quel avenir ? Le problème de codifier le droit de l'Union Européenne c'est pas nouvelle; comme nous le dit Sylvaine Peruzzetto, „Les principes de l'Union ont très vite conduit à faire de la codification une priorité, voire un principe en tant que tel. Depuis plus de vingt ans¹³, la Commission a en effet ressenti la nécessité d'un travail de codification du fait de la perpétuelle évolution des textes¹⁴. La nécessité d'avoir une législation européenne plus ordonnée, plus simple¹⁵ et accessible pour tous les citoyens a renvoyé à l'idée de codifier le droit communautaire non pour faire disparaître les ordres juridiques nationales (question quand même impossible à réaliser parce que l'Union est formée finalement par les États et sont eux qui donnent la légitimité à l'Union) mais pour parler „une langue commune” aussi dans le domaine du droit. Mais au-delà du souci d'avoir une législation européenne plus simple, plus claire et donc plus connue et respectée, est-ce qu'on peut distinguer aussi un autre motif pour cette tentative assez pressée qui soutien l'idée qu'on a besoin de codifier le droit communautaire a tout prix?

Le Parlement européen s'est plusieurs fois manifesté la volonté sur l'harmonisation et l'unification des vastes parties du droit privé, par la formation d'un „Code européen commun de droit privé”¹⁶. Les résolutions¹⁷ par lesquelles le Parlement européen exigeait aux organes communautaires de démarrer les travaux préparatoires pour ce Code, ont mis en mouvement le mécanisme de la codification européenne du droit privé. La nécessité d'une harmonisation plus poussée, qui réglerait mieux le marché commun, a déterminé le Parlement européen de solliciter à la Commission, en 2000, l'élaboration d'une étude „en

¹¹ Pour plus de détails voir E. Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, dans Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2002, t.294, p. 130.

¹² Denis Tallon, *art. cit.*, p. 1007.

¹³ En effet il s'agit de plus de 30 ans, parce que la communication de Sylvaine Peruzzetto est parue en 1996.

¹⁴ Sylvaine Peruzzetto, *La codification du droit communautaire*, p. 149, dans l'oeuvre collective sous la direction de Bernard Beignier, *La Codification*, Dalloz, Paris, 1996.

¹⁵ La déclaration du Conseil européen de Birmingham du 16 octobre 1992: „Nous souhaitons que la législation communautaire devienne plus simple et plus claire”.

¹⁶ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 945.

¹⁷ La résolution de 26.05.1989, JOCE no. C 158/28.06.1989, p. 400 et la résolution de 6.05.1994, JOCE no.205/25.07.1994, p. 518.

*matière du droit civil*¹⁸. Le problème d'unification du droit civil a été aussi soulevé par le Conseil Européen à Tampere (15-16 octobre 1999) et Laeken (14-15 décembre 2001). Le but visait le rapprochement des législations des états membres en matière civile, afin d'éliminer les obstacles devant le bon fonctionnement des procédures civiles¹⁹.

Le Conseil a en effet la possibilité – tenant de ses attributions – d'établir les orientations politiques générales nécessaires au développement de l'Union Européenne. La Commission suit fréquemment les orientations politiques imposées par le Conseil Européen et elle doit présenter des initiatives législatives quand le Conseil lui demande²⁰.

Suite à ces demandes, la Commission a présenté en 2001 une communication destinée au Conseil et au Parlement européen, sur le droit des contrats²¹. Ce projet n'a pas envisagé l'ensemble de la matière civile, car la Commission était consciente sur les limites de ses attributions, mais si l'objet d'un code européen commun de droit prive envisageait seulement le domaine des contrats, la justification de l'Union et la légitimité d'une telle démarche se fondaient sur la nécessité assez claire et transparente de mieux régler le marché commun.

La communication avait pour but d'obtenir des informations sur la nécessité d'une action communautaire plus étendue en domaine des droit des contrats²². Plus clairement, la Commission demandait l'avis sur les futures initiatives communautaires en droit des contrats. Les quatre options qui existaient à ce temps étaient:

- a) aucune action de l'Union Européenne en ce domaine;
- b) l'établissement des principes communs en droit des contrats pour consolider la convergence des droits nationaux;
- c) l'amélioration de la qualité de la législation en vigueur;
- d) l'adoption d'une nouvelle législation communautaire complète en matière des contrats.

Etant donné que la majorité des opinions s'est montrée contraire à une nouvelle législation en matière des contrats, la Commission a présenté en 2003 un plan d'action qui avait pour objectif l'accomplissement d'un „*droit européen des contrats plus cohérent*”²³.

Parmi les mesures proposées par la Commission, on rappelle:

- 1) l'amélioration de l'acquis communautaire en ce domaine, par l'élaboration des principes et d'une terminologie commune;
- 2) l'analyse de la législation communautaire dans les domaines ou elle a été déjà harmonisée, en vue d'améliorer la qualité rédactionnelle et de corriger les erreurs et les inadvertances.

Une autre série de mesures proposées par la Commission a visé l'élaboration des clauses contractuelles typiques, applicables partout dans les Etats de l'Union. Celles-ci faciliteraient la conclusion des contrats, les citoyens ayant la pleine liberté contractuelle en les choisir ou pas.

¹⁸ La résolution de 16.03.2000, JOCE no. C 377/29.12.2000, p. 326.

¹⁹ JOCE no. C 255/13.09.2001, p.1, Conclusions citées par la Commission dans sa communication de 13.09.2001.

²⁰ Codrin Macovei, *Quo vadis dreptul european al contractelor ?*, source internet.

²¹ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 946.

²² JOCE, no. C 255/13.09.2001, p. 1.

²³ JOCE, no. C 63/15.03.2003, p. 1.

Voilà donc quelle différence entre un véritable Code civil européen pronostiqué il y a quelques années et les plans d'action pour le futur, présentés par la Commission²⁴.

c. Tentatives d'euro-codification. La communication de la Commission de 2001, adressée au Conseil et au Parlement européen, représentait en réalité une invitation pour les spécialistes de rechercher „*l'hypothèse d'un code européen des contrats dont l'ambition affichée, au-delà d'une simple harmonisation des droits nationaux en la matière, était de parvenir à une véritable uniformisation du droit des contrats à l'échelle de la Communauté européenne (n.n.)*”²⁵.

La réaction de la majorité, au mois pour la doctrine française, a été contraire aux travaux démarrés par un groupe de spécialistes. C'est édifiant en ce sens de voir la réaction de l'Académie des Sciences morales et politiques qui a adopté à l'unanimité à Paris, le 1^{er} juillet 2002 la suivante Motion:

„L'Académie:

– a eu connaissance de ce projet de code civil européen, rédigé dans une certaine confidentialité et en langue anglaise;

– s'étonne que le Parlement européen ait été à l'origine de cette initiative, qui aurait l'appui de la Commission, alors qu'elle n'entre pas dans la compétence de l'Union européenne selon les traités;

– signale qu'un marché concurrentiel performant n'implique pas l'unification des législations et des jurisprudences civiles, comme le démontre l'expérience nord-américaine;

– estime que la modification du droit des contrats mettrait en question, par pans successifs, beaucoup d'éléments du droit civil, et particulièrement du droit de la famille et des biens;

– fait observer que les liens entre le droit civil et les cultures fondamentales des pays européens ont été sous-estimés par les auteurs du projet en question”²⁶.

C'était une réaction assez justifiée, très bien argumentée par les principales critiques que l'Académie a apportée au projet de code civil européen: la confidentialité; la rédaction en langue anglaise alors que le système de Common Law n'a rien à faire et ne connaît pas la notion de code ou de codification; le problème d'absence de compétence pour l'Union d'initier un tel projet; la référence au système nord-américain où fonctionne très bien le marché commun sans avoir une uniformisation de la loi civile; les implications qu'un projet de code européen des contrats aurait sur tout le reste de la législation civile; la profonde liaison entre le droit civil et les éléments fondamentaux de culture nationale des pays européens.

Les partisans d'une telle initiative se sont montrés plutôt modérés, plaidant pour „*une simple harmonisation des législations nationales plutôt que pour une véritable unification, jugée très prématurée*”²⁷.

²⁴ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 947.

²⁵ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 201.

²⁶ *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Textes rassemblés par Bénédicte Fauvarque-Cosson et Denis Mazeaud, Société de législation comparée, Paris, 2003, pp. 55-56.

²⁷ *Ibidem*, p. 201.

Nous devons ajouter que l'idée d'un droit européen des contrats, vu comme „une première étape vers un Code civil européen”²⁸ est plus ancienne²⁹ et appartenait aux groupes de travail constituées des spécialistes, étant une initiative privée (donc sans un support de l'UE). Toutefois, le domaine du contrat est bien représenté à cette heure de point de vue doctrinale en ce qui concerne les principes, les règles, les enjeux et les projets qui existent: „Ainsi, au titre des codifications doctrinales, trouve-t-on aujourd'hui les principes du droit européen du contrat, les principes d'Unidroit pour les contrats commerciaux internationaux, l'avant-projet de Code européen des contrats élaboré par l'Académie de Pavie, dit encore «projet Gandolfi» du nom de son inspirateur. À quoi il faudrait encore ajouter la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, dans la mesure où le droit uniforme de la vente n'est pas sans influence sur le droit commun du contrat traditionnellement conçu à partir du modèle du contrat échange”³⁰. On est arrivé même à parler d'un véritable acquis communautaire en droit du contrat, „expression figée, consacrée, quelle que soit la langue utilisée, et devenue aujourd'hui incontournable pour qui s'intéresse au droit du contrat en Europe”³¹.

L'histoire et la finalité des tentatives d'unification. En 1974, le professeur Ole Lando de l'Université de Copenhaga, a lancé l'idée d'établir des „principes” de droit européen des contrats, applicables en vertu du libre choix des parties, mais „auxquels le juge peut avoir recours quand le contrat doit être régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou encore lorsque les parties n'ont pas choisi de règles de droit applicable”³².

Donc, on se trouve devant *des principes* en matière contractuelle (et non pas devant un Code, qui supposerait un grand volume de travail et de nombreux problèmes), des règles objectives, dépourvues de force juridique. Les travaux se sont déroulés entre 1980/1981-2002. Ceux-ci n'ont pas suscité un intérêt particulier, mais ils ont bénéficié d'„un soutien financier limité de la part des diverses autorités communautaires”³³. Les travaux de la Commission Lando ont eu pour résultat l'apparition des *Principes du droit européen des contrats*, les premières deux parties étant publiées en 2000, et la troisième en 2003³⁴.

²⁸ Ole Lando, *Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen*, RD aff. int., 1997, p. 189.

²⁹ Les travaux de la „commission Lando” ont débuté dès 1980, comme l'affirme Denis Tallon dans l'article «Vers un droit européen des contrats?», dans *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 485.

³⁰ Guillaume Wicker, *Propos introductifs*, pag. 4 dans les Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, oeuvre collective sous la direction de Guillaume Wicker, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe*, Litec, Paris, 2008.

³¹ Carole Aubert De Vincelles, *La recherche d'une cohérence en droit européen: de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats*, pag. 8 dans les Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, oeuvre collective sous la direction de Guillaume Wicker, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe*, Litec, Paris, 2008.

³² D. Tallon, *art. cit.*, p. 1005.

³³ *Ibidem*, p. 1005.

³⁴ O. Lando & H. Beale, ed., *Principles of European Contract Law*, Part I & II, Kluwer, La Haye, 2000; O. Lando, E. Clive, A. Prüm & R. Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer, La Haye, 2003.

Si les travaux du groupe conduit par le professeur Lando n'ont pas présenté un intérêt particulier pour les autorités communautaires, la situation a changé pendant les dernières années. Les autorités mènent une „activité frénétique”³⁵ au domaine des tentatives de codification européenne. Nous rappelons l'activisme du Parlement et ses résolutions parfois fantaisistes: résolution A2.15781, JOCE 158/26 juin 1989, résolution A3.03294 de 1994, etc. La Commission a aussi mené une activité intense; on se souvient de la communication de 12 février 2003, devant le Conseil et le Parlement, qui stipulait la nécessité d'un droit européen des contrats plus cohérent. Cette période représente une transition des principes de la Commission Lando vers un Code civil européen des contrats et même vers un véritable Code civil européen³⁶, grâce aux travaux du groupe dirigé par le professeur Christian von Bar, ancien membre du groupe Lando.

La problématique d'un Code civil européen reste néanmoins assez délicate. Premièrement, il faut que son domaine soit délimitée et la manière de réglementation bien établie. En dépit d'une réelle nécessité d'un droit privé uniforme, nous opinons que l'établissement des principes, même d'un Code européen des contrats, en suffit. Pour le moment, on ne peut pas aller plus loin, puisqu'on risque de transformer tout en utopie.

Il faut qu'on clarifie les dimensions de la codification, pour que les efforts soient efficaces. Pour l'instant, la discussion reste ambiguë: on parle d'un droit du contrat, d'un droit des contrats, des éléments du droit civil ou même du droit civil entier³⁷.

A côté des deux groupes de travail ci dessus présentés, on souvient:

a) le groupe de travail formé par le professeur Gandolfi, ultérieurement devenu l'„Académie des privatistes européens” de Pavie, groupe qui travaille à un projet du Code européen des contrats³⁸ et qui „s'est également proposée de rédiger des règles qui soient acceptables dans tous les Etats de l'Union européenne”³⁹;

b) „le groupe des trente”, dont les recherches visent un *jus commune*, un fond commun du droit privé européen⁴⁰.

Ces projets de recherches ont déjà produit des résultats positifs à l'échelle européenne, engendrant une véritable émulation, un développement et une reconsidération de ce que le droit privé signifie dans les pays membres de l'UE. Les principes européens en matière du droit des contrats, établis par le groupe Lando, ont représenté un pas important pour l'étude du droit comparé, offrant une note comparative, sous chaque article, sur les solutions nationales, „une vraie mine pour les spécialistes”⁴¹. D'autre part, ces principes ont servi comme point de repère pour les reformes législatives nationales. On rappelle en ce sens:

a) le cas de l'Allemagne, où la nouvelle réglementation de la prescription est inspirée directement des travaux de la commission Lando⁴²;

³⁵ D. Tallon, *art. cit.*, p. 1005.

³⁶ C. von Bar, *Le group d'étude sur un Code civil européen*, RIDC 2001, p. 127.

³⁷ D. Tallon, *art. cit.*, p. 1005.

³⁸ M.-L. Ruffini-Gandolfi, *Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats*, RIDC, 2002, 1075.

³⁹ Giuseppe Gandolfi, *Le code européen des contrats*, pag. 280 dans l'œuvre collective *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005 à l'occasion des Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004.

⁴⁰ M. Bussani et U. Mattei, *Le fonds commun du droit privé européen*, RIDC, 2000, 29.

⁴¹ D. Tallon, *art. cit.*, p. 1007.

⁴² C. Witz, *La nouvelle jeunesse insufflée par la réforme du droit des obligations*, D. 2002, chron. 3156

b) le cas de la Grande Bretagne où une des sources d'inspiration concernant les droits des tiers (Contracts Act) de 1999 a été représenté par les mêmes principes.

En même temps, l'idée d'unification civil européenne a remis en discussion la compatibilité des systèmes de *civil law* et de *commune law*, même l'idée d'un système mixte⁴³. Si tel est le cas, dans la matière contractuelle „Il s'agit alors de concilier la technique romano-germanique et celle de *Common Law*, comme de trouver un point d'équilibre entre casuistique et énoncé abstrait”⁴⁴.

Des débats, des colloques, des articles, des traités, des recueils, tout comme résultat des efforts et du travail de ces groupes, qui ont fait aller plus loin le développement de la construction communautaire vers l'unification législative. Un jour, l'unification de la législation deviendra, peut-être, naturelle. Jusqu'à ce jour, le droit européen des contrats se construit au fur et à mesure de l'évolution de l'Union Européenne; cette construction „renferme une incertitude et deux certitudes. L'incertitude porte sur l'avènement d'un droit européen des contrats. Plusieurs questions sont sans réponse. Un, savoir si un instrument européen d'unification est souhaitable. Deux, s'il existera un jour. Trois, sous quelle forme: soit optionnel et additionnel, soit contraignant et remplaçant les droits nationaux. Une certitude toutefois. Dans la «longue marche» vers un droit commun contractuel, la compétition sera rude entre acquis communautaire, législations nationales et instruments internationaux d'unification”⁴⁵.

d. La nécessité d'un droit uniforme; arguments et contrearguments. Un Code civil européen signifierait imposer un droit uniforme. Est-ce que l'Union a besoin, à ce moment, d'une uniformisation du droit ? Voilà une question assez délicate.

A vrai dire, on a besoin d'établir des standards, surtout en matière contractuelle, pour faciliter le flux du marché unique, mais on a vu que même un Code européen limité aux obligations et aux contrats souleve des problèmes exceptionnels. Plus difficile encore sera l'adoption d'un code civil européen qui envisagerait „*tous les aspects de la matière, en particulier le droit des personnes!*”⁴⁶.

Un contreargument à la promotion de l'idée d'un Code civil européen, c'est le manque de compétence pour l'Union, surtout pour réglementer les rapports qui tiennent au droit de la famille. Le Conseil ne pourra pas se prévaloir de la clause d'adaptation prévue par l'article 308 du traité qui institue la Communauté européenne. Conformément à cette clause, le Conseil peut prendre toutes les mesures nécessaires pour réaliser un objectif de la Communauté „*dans le cas où le traité n'a pas prévu les pouvoirs d'action*

⁴³ H. McQueen, *Un code civil européen sera nécessairement un droit „mixte”*, Scots Law and the Road to the New Jus Commune. Jus Commune Lectures on European Private Law.1, University of Maastricht, 2000.

⁴⁴ Guillaume Wicker, *Propos introductifs*, pag. 3 dans les Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, oeuvre collective sous la direction de Guillaume Wicker, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe*, Litec, Paris, 2008.

⁴⁵ Hélène Boucard, *Les instruments internationaux d'unification: concurrence ou modèle pour les droits nationaux?*, p. 27 dans les Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, oeuvre collective sous la direction de Guillaume Wicker, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe*, Litec, Paris, 2008.

⁴⁶ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 202.

*requis à cet effet*⁴⁷. Quoique le problème du droit civil ne peut pas faire l'objet de l'article 308, ça n'a pas du tout empêché le Parlement d'adopter plusieurs résolutions en vue de la création d'un Code civil européen.

En même temps, en ce qui concerne la nécessité d'uniformiser le droit des contrats, on a l'exemple américain du plus grand et dynamique marché interne, sans qu'on ait besoin d'une uniformisation juridique. On peut donc affirmer, avec Laurent Leveneur, que „*l'absence de base juridique rejoint ici l'absence de nécessité économique*”⁴⁸. Et donc, que reste de cette nécessité d'un Code civil européen ? Quel est le but de cette activité frénétique portée par les autorités communautaires pour mener à bien un tel projet ?

De l'autre côté, on doit envisager aussi l'aspect culturel du problème. Un Code civil national est une pièce centrale pour la culture juridique de l'état en question; il est un aspect qui tient à l'identité d'une nation, une question de personnalité et d'originalité. Si on emporte à une nation la possibilité d'avoir un Code civil propre, ça ne signifie pas annuler, dans une certaine mesure, „*l'identité nationale*”⁴⁹, au moins de la perspective du droit à une identité juridique? Peut-on encore parler, le cas échéant, du respect de l'histoire, de la culture et des traditions des états membres, comme il est prévu dans le préambule du traité sur l'U.E. de 1992?

Le projet de la Constitution européenne présente, dans son préambule, la devise de l'Union: *Unie dans sa diversité*, formule assez succincte que adéquate à exprimer l'idée que l'unité n'est pas identique à l'uniformité et que, par contre, les „*Etats peuvent être unis en gardant des différences*”⁵⁰.

Voilà donc quelques critiques qu'on peut apporter à la tentation d'uniformisation qui a contaminé aujourd'hui les autorités communautaires.

Si on accepte l'idée d'une harmonisation du droit civil à grande échelle, la seule solution admissible nous paraît celle avancée par V.W. van Gerven: un traité (et non pas un Code !) entre les états de l'Union qui accepteraient une telle initiative d'unification.

e. Problèmes de compétence; les limites de l'U.E. en matière de codification.

Même si on renonce à l'idée d'un Code civil européen visant l'ensemble des institutions de droit civil, le projet d'un code des obligations ou le projet d'un code en matière des contrats souleve toujours des objections considérables.

La première grande question qui nous s'impose c'est que la base juridique manque, c'est-à-dire la légitimité du projet de Code civil européen manque. Les traités qui ont fondé la construction communautaire n'habilite pas les institutions européennes „*à intervenir en matière civile, si ce n'est pour adopter des mesures de coopération judiciaire transfrontalière* [article 65 du traité instituant la Communauté européenne]”⁵¹. Ou bien, entre le texte de l'article 65 et un Code européen des contrats ou un Code des obligations, le chemin est long. Les compétences de l'U.E. sont des compétences d'attribution en vertu desquelles „*L'Union agit dans les limites des compétences qui lui*

⁴⁷ *Ibidem*, p. 202.

⁴⁸ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 949.

⁴⁹ L'article 6 du Traité de Maastricht.

⁵⁰ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 949.

⁵¹ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 201.

sont conférées par les états membres”⁵². On a donc à faire avec un réel principe – le principe d’attribution – complété par le principe de la spécialisation prévu par l’article 5 du traité sur la C.E. selon lequel „*La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés*”. Pour être valide, toute intervention communautaire doit s’appuyer sur une base légale, c’est-à-dire être légitime⁵³. Toutefois, même si l’intervention communautaire repose sur le texte d’un traité qui lui donne une compétence dans un certain domaine, l’action de la Communauté ne peut pas dépasser „*ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité*”⁵⁴. C’est le principe de la proportionnalité qui, avec les deux principes antérieurs, veille à ce que l’action des institutions communautaires ne se substitue pas à la volonté des états membres, en devenant une supra-volonté sans aucun fondement juridique.

Certains auteurs⁵⁵ ont suggéré que l’initiative de codification européenne peut être justifiée en droit en appelant au texte de l’article 95 (l’ancien 100 A) „*qui permet au Conseil, en codécision avec le Parlement européen, d’arrêter les mesures relatives au rapprochement des législations nationales pour favoriser «l’établissement et le fonctionnement du marché intérieur»*”. Mais, attention, ce texte vise seulement l’élimination des obstacles qui concernent la libre circulation (des marchandises, des personnes, des capitaux et des services) entre les états de l’Union, et ne vise point une réglementation complète du marché⁵⁶. Interprétant l’article 95, la Cour de justice a souligné très bien cette chose: „*(comprendre l’article 95) en ce sens qu’il donnerait au législateur une compétence générale pour réglementer le marché intérieur serait incompatible avec le principe consacré (à l’article 5) selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d’attribution*”⁵⁷. Suite à cette vision correctement présentée par la Cour, celle-ci a annulé une directive du Parlement européen et du Conseil⁵⁸, parce qu’il n’y avait pas une base légale. Voilà donc un exemple qui est destiné à pondérer „*les velléités des institutions communautaires d’intervenir en dehors des limites précises de leurs compétences*”⁵⁹.

On peut invoquer, tout au plus, l’article 95 dans la réalisation des règles communes minimales en matière de protection des consommateurs, même peut être un Code du consommateur (le texte de l’article 95 prévoit expressément la protection du consommateur). Mais en aucun cas on ne peut pas dire que la réalisation ou le bon fonctionnement du marché interne tient à des relations de famille ou à des droits des personnes. Autrement dit, les raisons qui tiennent du développement du marché interne ne peuvent pas être une justification pour l’élaboration d’un entier Code civil européen. On peut parler, tout au plus, de certaines règles, principes ou institutions d’un tel Code.

Voilà donc que, de point de vue juridique, la compétence communautaire pour l’élaboration d’un Code européen manque, situation dans laquelle „*seul un accord*

⁵² Le projet de Constitution européenne, art. 9, p. 2.

⁵³ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 947.

⁵⁴ Art. 5 al. 3, le traité sur la C.E.

⁵⁵ C. Witz, *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, D. 2000, chron.p.83; J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, RIDC, 1998, p. 7.

⁵⁶ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 948.

⁵⁷ CJCE, 5 oct. 2000, RFA c./Parlement européen et Conseil, aff. C-376/98, Europe 2000, no. 372.

⁵⁸ La directive du 6 juillet 1998 sur la publicité en faveur du tabac.

⁵⁹ Laurent Leveneur, *art. cit.*, p. 948.

*international conclu entre les Etats membres pourrait donc éventuellement conduire à l'adoption d'un code européen*⁶⁰.

Mais formulons aussi le problème sous un autre aspect: supposant qu'il y a légitimité juridique pour un tel projet, est-il opportun un droit uniforme (des obligations, des contrats ou même un droit civil général) au niveau de l'Union? Finalement, l'uniformisation signifie opter pour certaines solutions juridiques, pas obligatoirement meilleures que les solutions nationales! Opter pour certaines règles nationales signifie un manque de cohérence et de clarté, sans rien dire de la cohésion des règles au niveau d'un tel code. On aura, peut être, un Code civil européen, mais celui-ci sera trop „bigarré” et sans unité pour qu'il puisse être l'expression de toutes les cultures juridiques européennes. Maintenir la diversité des droits nationaux, leur cohabitation, c'est permettre aux parties d'un contrat de choisir librement une législation ou l'autre. Ça sera donc un mécanisme concurrentiel au niveau des systèmes juridiques nationaux. On est dominé à cette heure par la „chimère” de l'unification; la solution pour l' Union sera de recourir au modèle des célèbres *Restatements* américains, en offrant à ceux intéressés „*un instrument sans valeur normative rassemblant les divers droits nationaux afin d'en faciliter la comparaison et d'en faire plus aisément apparaître les convergences et les divergences*”⁶¹.

Mais en réalité il semble qu'on a à faire, de moins pour le groupe de travail de Ch. von Bar sur le code civil européen, avec la „politique du fait accompli”⁶², politique assez dangereuse et „dont l'épilogue est prévisible. Ayant le mérite d'exister, le code civil européen de M. von Bar sera, sans doute, adopté au détour d'un quelconque sommet en manque de projets”⁶³.

f. Les périls de l'unification juridique – un pas vers la fédéralisation? L'idée d'adopter un Code civil européen est une idée en même temps intéressante (soulignant la nécessité de l'unification civile) aussi que exposée au risque, au moins sur deux aspects. Le premier aspect consiste dans l'obligation du choix, au sens que, instituant un tel Code, on doit opter pour la systématisation sacrifiant la casuistique. Il y a ici un renoncement à la tradition anglo-saxonne au bénéfice de celle romaino-germanique. On ne discute point la primauté d'un de ces systèmes sur l'autre; ça serait une tentative sinon naïve, au moins échouée. Nous voulons seulement souligner le fait qu'on ne peut pas renoncer brusquement et irrémédiablement à tout ce que a apporté de bénéfique le système anglo-saxon dans l'évolution du droit.

Le deuxième aspect, infiniment plus exposé aux risques que le premier, nous pose devant un danger imminent: l'uniformisation des droits civils nationaux et, au fur et à mesure, leur disparition font d'un possible Code civil européen l'instrument avec lequel on met fin à „l'identité nationale des états membres” de l'Union⁶⁴. Si vous voulez, on a à

⁶⁰ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 201.

⁶¹ Ibidem, p. 202.

⁶² Yves Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar*, p. 89, dans l'oeuvre collective *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Textes rassemblés par Bénédicte Fauvarque-Cosson et Denis Mazeaud, Société de législation comparée, Paris, 2003.

⁶³ Ibidem, p. 89, note 67.

⁶⁴ Le traité sur l'U.E., article 6, al. 3.

faire à un „nivellement” juridique qui aura comme but un estompement de la spécificité nationale par rapport à celle européenne. Les droits civils nationaux tiennent de l’histoire, de la culture, de la personnalité juridique et sociologique de chaque état. Éléments de spécificité, de diversité culturelle, les droits civils nationaux seraient graduellement anéantis par ce projet de codification qui poursuit „sans le dire, une fin hautement politique: promouvoir, par l’effacement des spécificités propres aux diverses sociétés nationales, l’émergence d’une société européenne, substratum humain d’un futur Etat fédéral européen appelé à prendre le pas sur les Etats-nations”⁶⁵.

On parle d’une „union sans cesse plus étroite entre les peuples de l’Europe”⁶⁶, mais seulement „dans le respect de leur histoire, de leur culture et traditions”. C’est de cette idée que découlent les deux principes capitaux: la subsidiarité et la proportionnalité. L’existence de ces deux principes qui règnent sur les actions de l’Union européenne nous tient à l’abri de la fédéralisation et en même temps, par le fait qu’ils privent l’U.E. de légitimité juridique pour initier un projet de Code civil européen, font disparaître pour l’instant les soucis des adversaires d’un tel code.

Toutefois, le principe de subsidiarité peut être une épée à deux tranchants, ouvrant le chemin pour un développement sans limite du droit communautaire. En ce sens très intéressantes sont les affirmations de l’ancien président de l’Assemblée Nationale française, Monsieur Philippe Seguin, qui affirmait que ce que caractérise le Traité de Maastricht „c’est le fait qu’il est trop peu juridique. J’entends pourquoi il n’a pas ni la cohérence, ni la précision, ni la rigueur des juristes qui font que les règles de droit soient correctement appliquées, conformément à l’intention du législateur. Tout se passe comme ça parce que les négociateurs du Traité ont cultivé l’ambiguïté d’une manière qui permet les interprétations les plus contraires. [...] La subsidiarité peut être n’importe quoi, à moins un principe juridique. Elle est un principe d’efficacité et, pour cette raison, un principe éminemment subjectif”⁶⁷. L’ambiguïté de ce principe signifie, pour quelque uns, que cette notion soit entendue comme une possibilité de limiter les compétences communautaire, et pour les autres, ce principe a le sens de favoriser l’extension des compétences de l’Union⁶⁸.

Ainsi, la tâche d’adopter des lois pour produire le résultat désiré revient aux états membres, créant ainsi les prémisses d’une action efficace et respectant la diversité. Quoique l’unification juridique puisse paraître un premier pas vers la fédéralisation, on doit envisager la réalité mondiale. Le besoin vital de la société européenne contemporaine c’est la nécessité des règles juridiques communes, gage de l’accord pour la famille européenne, qui pourront apporter les éléments d’homogénéité, cohérence et unité si difficile à obtenir au niveau communautaire.

2. Un Code civil européen – quelle utopie! Par ce débat autour de l’idée de codification européenne on assiste à une revigoration, à un renouvellement de la pensée juridique actuelle et à une reconsidération „des notions de base telles que la codification,

⁶⁵ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, p. 203.

⁶⁶ Les préambules des traités sur la Communauté européenne et sur l’Union européenne.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 99-100.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 100.

*les contours du droit civil, le contrat*⁶⁹. Les échos sont, normalement, dans les deux sens: ceux qui soutiennent le projet de codification (en matière contractuelle, en matière des obligations, ou même la codification de l'entier droit civil) et aussi les défenseurs farouches des législations civiles nationales.

Finalement, tout ce frémissement juridique actuel ne peut être que bénéfique aux institutions de droit civil. C'est moins important si nous aurons un Code européen des contrats ou même un Code civil européen. Ce qui est important c'est que le droit civil comparé a été révisé et que le monde du droit privé contemporain s'est réveillé de la léthargie. Quelle sera la finalité? Tracer les lignes générales, de principe, qui puissent donner aux états de l'Union la possibilité de reconsidérer et harmoniser la législation civile nationale. On ne doit pas tout réglementer en détail; ça sera impossible (c'est pour cette raison que la perspective de codification européenne est utopique). La jurisprudence européenne (soulignant le rôle très important que aura la Cour de justice dans un tel projet), la jurisprudence interne, la doctrine, le circuit juridique concret, transposeront en pratique tous les principes et toutes les règles civiles dont la nécessité résulte d'un accord général. Pour cette raison on peut affirmer que „L'avenir paraît donc prometteur. Le droit européen existe, la loi communautaire des contrats s'élabore et un tribunal l'interprète. C'est une réalité politique et juridique. En gagnant en cohérence, le droit européen sera une source supplémentaire de réflexion et d'enrichissement pour les droits nationaux. Ce droit, en constante élaboration et évolution, doit être encadré et corrigé. Reste à trouver désormais la cohérence qui lui manque. C'est l'objet du cadre commun de référence qui s'enrichit peu à peu des principes établis par les différents groupes de recherches, dont fait partie le groupe acquis communautaire”⁷⁰.

De la triade unification-uniformisation-harmonisation, plus importante c'est la dernière notion parce qu'elle suppose un accord, un équilibre avec le droit communautaire (directement) aussi qu'avec le droit des autres états membres (indirectement). En échange, l'unification est problématique parce qu'elle peut créer un amalgame, une somme et jamais un tout bien articulé de normes juridiques. Elle est dangereuse⁷¹ parce qu'elle suppose un étalonnage, un nivellement qui peut signifier pour quelques états un bénéfice (l'uniformisation par adjonction, par perfectionnement), mais aussi une perte, pour d'autres états (l'uniformisation par réduction, par diminution). On naît égaux, mais on ne vit pas également. Ça sera donc incorrectement imposer un standard, un modèle (plus ou moins efficace).

Par ses résolutions, qui appelaient à un Code européen commun de droit civil, le Parlement européen a créé une vraie controverse, tranchée aujourd'hui par un recul de cette institution⁷². Une position semblable a aussi la Commission, par sa dernière

⁶⁹ D. Tallon, *art. cit.*, p. 1008.

⁷⁰ Carole Aubert De Vincelles, *La recherche d'une cohérence en droit européen: de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats*, pag. 19 dans les Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, oeuvre collective sous la direction de Guillaume Wicker, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe*, Litec, Paris, 2008.

⁷¹ „L'uniformité est un genre de perfection qui, selon le mot d'un auteur célèbre, saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits”. Portalis, *Discours préliminaire*.

⁷² La résolution du Parlement européen concernant la délimitation des compétences entre l'U.E. et les états membres, 15.05.2002.

communication⁷³, précisant que l'instrument juridique autour duquel s'est créé tout ce débat, si il sera adopté, il envisagera seulement les transactions transfrontalières (celles conclues entre commerçants ou entre commerçants et consommateurs), l'usage de cet instrument étant optionnel, avec la possibilité de choisir entre cet instrument et les droits existants. En tout cas, comme affirme D. Staudenmayer⁷⁴, il ne s'agit pas d'une initiative qui veut remplacer le Code civil français ou créer un Code civil européen.

A cette heure le projet de codification européenne (partiale ou en ensemble) s'inscrit entre la nécessité d'établir des principes clairs et cohérents, une certaine tendance utopique et les termes d'un réel sacrilège (par „l'attentat” aux législations nationales, par la tentative de „détroner” quelques monuments législatifs comme le Code Napoléon, le BGB allemand etc.). Le principe même d'une codification européenne peut être mis en cause: „La codification du droit conçu par l'Union pose une question préalable sur le principe même d'une codification à l'échelle communautaire. En effet, si l'Union est comme son nom l'indique l'Union des Etats, encore faut-il qu'il y ait convergence sur le principe même d'une codification. Or, si la question de la codification ne heurte guère le juriste français, voir le juriste continental, il n'en est pas de même du juriste anglais qui ne verra pas l'opportunité de la démarche”⁷⁵.

Si on a mentionné la caractéristique utopique d'un tel projet, on doit aussi préciser que „*L'utopie du Code civil européen est toute différente; elle relève d'une aspiration unitaire de l'Europe, de la technique, d'un monde sereinement régulé par le droit et le marché, de la science théorique des professeurs de droit et de la rencontre des divers systèmes juridiques européens. Elle est sans racines historiques ni culturelles, et pour l'instant sans véritable volonté politique. Elle est de nulle part, presque intemporelle, une vraie utopie, le monde de l'irréel, ne vivant que par et pour le droit, sans autre idéologie que celle du marché*”⁷⁶.

Finalement, il est possible que nos paroles ont soulevé d'une manière erronée le problème de la nécessité de codification (européenne) parce qu' „*il n'y a pas de bon code dans aucun pays. La raison en est évidente: les lois ont été faites à mesure, selon les temps, les lieux, les besoins ...*”⁷⁷ et, ajouterons nous, selon les hommes ...

⁷³ La communication du février 2003, § 92.

⁷⁴ D. Staudenmayer, Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats, JCP, 2003, I, 127, no.15.

⁷⁵ Sylvaine Peruzzetto, *La codification du droit communautaire*, pag. 148, dans l'oeuvre collective sous la direction de Bernard Beignier, *La Codification*, Dalloz, Paris, 1996.

⁷⁶ Philippe Malaurie, *L'utopie et le bicentenaire du Code civil*, pag.8, dans l'oeuvre collective „1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir”, 2004, Dalloz.

⁷⁷ Voltaire, *Dictionnaire de Philosophie*, <<Des Lois>>, ed. Flammarion, p. 267.

Considerații privind obligația de vigilență și obligația de publicitate existente în sarcina instituțiilor de credit

Considerations regarding the obligation of vigilance and the obligation of publicity existing in charge of the credit institutions

Asist. univ. dr. *Lavinia Elena SMARANDACHE**

Rezumat

Instituțiile de credit, persoane juridice române, sunt titularele unor obligații profesionale consacrate la nivel legislativ într-o manieră mai mult sau mai puțin explicită. Din această categorie de obligații fac parte obligația de vigilență și obligația de publicitate. Spre deosebire de obligația de vigilență, privitor la care legiuitorul a normat doar intervenții ale instituțiilor de credit în relațiile lor cu clientela proprie, obligația de publicitate beneficiază de reglementări exprese chiar sub această titulatură. În plus, în cazul obligației de publicitate însăși sfera beneficiarilor este mai extinsă decât în cazul obligației de vigilență.

Abstract

The credit institutions, Romanian legal persons, have certain professional obligations established by law in a manner more or less explicit manner. To this category belongs the obligation of vigilance, as well as the obligation of publicity. Unlike the obligation of vigilance, where the legislation regulated only intervention of credit institutions in their relation to their own clientele, the obligation of publicity benefits of express regulations even under this title. In addition, in the case of the obligation of publicity, the sphere of beneficiary is larger than in the case of the obligation of vigilance.

Cuvinte cheie: *sistemul bancar național; instituții de credit; obligația profesională; obligația de vigilență; obligația de publicitate*

Keywords: *the national banking system; credit institutions; professional obligation; obligation of publicity; obligation of vigilance*

1. Aspecte introductive. În etapa contemporană, unul dintre aspectele ce conferă un caracter modern sistemului bancar național este cel al structurării sale pe două nivele, respectiv nivelul mono-instituțional, pe care se situează Banca Națională a României¹, și nivelul pluri-instituțional, reprezentat de categoria instituțiilor de credit, persoane juridice române. Regimul juridic al fiecăreia dintre entitățile juridice menționate este unul bine conturat având în vedere hiper-reglementarea caracteristică dreptului bancar.

* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

¹ Pentru evoluția regimului juridic al băncii centrale de-a lungul timpului, a se vedea Ianfred Silberstein, *Banca Națională a României. De la organ al administrației centrale la instituție publică independentă*, Ed. Hamangiu, București, 2006.

Categoriile de instituții de credit, persoane juridice române, consacrate de lege² sunt: băncile; organizațiile cooperatiste de credit, adică cooperativele de credit și casa centrală a cooperativelor de credit; băncile de economisire și creditare în domeniul locativ; băncile de credit ipotecar; instituțiile emitente de monedă electronică. Începând cu data de 30 aprilie 2011, când intră în vigoare prevederile O.U.G. nr. 26/2010³ ce abrogă prevederile în materia instituțiilor emitente de monedă electronică din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, instituțiile emitente de monedă electronică nu vor mai constitui o categorie a instituțiilor de credit, urmând a li se stabili un regim juridic în conformitate cu dreptul Uniunii Europene în materie (Directiva 2009/110/CE⁴). Pe teritoriul României își pot desfășura activitatea atât instituțiile de credit, persoane juridice române, și unitățile lor cu sau fără personalitate juridică, cât și instituții de credit din alte state membre ale Uniunii Europene, respectiv din state terțe, în formele reglementate în acest sens.

În sarcina instituțiilor de credit, persoane juridice române, legiuitorul a instituit o serie de obligații profesionale⁵, ce poartă amprenta particularităților domeniului în care acestea activează. Reglementate de o manieră explicită sau implicită, categoria obligațiilor menționate cuprinde: obligația de a păstra secretul profesional în domeniul bancar, obligația de informare, obligația de vigilență și obligația de publicitate. Un rol determinant în consacrarea acestor obligații, ce le dublează pe cele contractuale, generate de diversitatea raporturilor juridice stabilite de instituțiile de credit cu clientela⁶, apreciem că l-au avut natura activităților permise instituțiilor de credit, încrederea pe care le-o acordă acestor subiecte de drept clienților și chiar intenția de a proteja anumite interese publice. După caz, respectarea obligațiilor profesionale de către instituțiile de credit profită clienței și, în raport de circumstanțe, chiar terților.

2. Obligația de vigilență. Această obligație profesională ce are ca titulari instituțiile de credit este o creație a jurisprudenței străine. În acest sens, în doctrina de specialitate⁷ a fost identificată în sarcina instituțiilor de credit o obligație de vigilență, în strânsă legătură cu principiul de non-ingerință sau de non-imixtiune în conducerea afacerilor clientului. În ceea ce privește principiul amintit, jurisprudența franceză a apreciat că acesta implică două componente, respectiv: pe de o parte bancherul nu este obligat să intervină pentru a împiedica clientul să îndeplinească un act neregulat, inoportun sau periculos, iar pe de

² Art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicată în M. Of. nr. 1027/27.12.2006, aprobată, modificată și completată prin Legea nr. 227 pentru aprobarea O.U.G. nr. 99/2006, publicată în M. Of. nr. 480/18.07.2007, cu modificările și completările ulterioare.

³ Pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 99/2006, publicată în M. Of. nr. 208/01.04.2010. Avem în vedere art. I pct. 1, pct. 5- pct.6, pct. 38, art. VII lit. b.

⁴ Directiva Parlamentului European și a Consiliului privind accesul la activitatea, desfășurarea și supravegherea prudențială a activității instituțiilor emitente de monedă electronică, de modificare a Directivelor 2005/60/CE și 2006/48/CE și de abrogare a Directivei 2000/46/CE, publicată în Jurnalul Oficial, L 267/ 10.10.2009.

⁵ Pentru abordarea lor detaliată, a se vedea Lucian Săuleanu, Lavinia Smarandache, Alina Dodocioiu, *Drept bancar. Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 136-148.

⁶ În literatura juridică de specialitate, raporturile intervenite între clienți și instituțiile de credit au fost apreciate ca fiind, după caz: comerciale, economice și juridice. A se vedea în acest sens, Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 4^oéd., Ed. Montchrestien, Paris, 2001, pp. 195-196.

⁷ A se vedea pentru detalii Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit Bancaire. Institution-Comptes. Opérations-Services*, 7e édition, Ed. Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 2008, pp. 144-148.

altă parte bancherul nu este în drept să refuze executarea instrucțiunilor clientului pe motiv că nu i se par judicioase. Principiul de non-ingerință poate fi opus în egală măsură bancherilor, la fel ca și terților.

În aceeași opinie doctrinară s-a mai apreciat că, în general, obligația de vigilență se limitează totuși la detectarea anomaliilor și neregularităților manifestate evident în raporturile intervenite între instituțiile de credit și clientela acestora. Aspectul cel mai delicat al obligației profesionale analizate este oportunitatea sa, obligația de vigilență traducându-se practic printr-o obligație de discernământ și de consiliere din partea instituțiilor de credit, în limita competenței lor, în ceea ce privește operațiunile care le sunt solicitate de clienți. Chestiunea se pune în situații foarte variate în care sunt antrenate interesele clientului și ale instituțiilor de credit și, uneori, chiar ale terților.

În sistemul de drept național, absența unei recunoașteri exprese de către legiuitor a obligației de vigilență, sub această titulatură, în sarcina instituțiilor de credit este compensată de consacrarea explicită a unor intervenții impuse acestor entități juridice în relațiile lor cu clientela. Apreciem că acestea constituie forme de manifestare ale obligației profesionale de vigilență, intervenția instituțiilor de credit, prin persoanele abilitate, variind în funcție de circumstanțe.

În acest sens, avem în vedere, cu titlu exemplificativ, anumite forme de materializare a obligației de vigilență:

a) *identificarea clientelei de către instituțiile de credit în contextul luptei împotriva operațiunilor de spălare a banilor și de susținere financiară a terorismului.*

Instituțiile de credit, persoane juridice române⁸, au obligația să asigure identificarea în mod corespunzător a clientelei, în condițiile prevăzute de reglementări specifice. În acest sens reținem pentru început prevederile Legii nr. 656/2002⁹ pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism¹⁰.

Instituțiile de credit sunt obligate ca în desfășurarea activității lor¹¹, în cadrul procesului de adoptare a măsurilor adecvate de prevenire a spălării banilor și a finanțării actelor de terorism, să aplice măsuri-standard, simplificate sau suplimentare de cunoaștere a clientelei, care să le permită identificarea, după caz, și a beneficiarului real.

Măsurile-standard de cunoaștere a clientelei vor fi aplicate în următoarele situații: a) la stabilirea unei relații de afaceri; b) la efectuarea tranzacțiilor ocazionale în valoare de cel puțin 15.000 euro ori echivalent, indiferent dacă tranzacția se realizează printr-o singură operațiune sau mai multe operațiuni ce par a avea o legătură între ele. Când suma nu este cunoscută în momentul acceptării tranzacției, persoana fizică sau juridică obligată să stabilească identitatea clienților va proceda la identificarea de îndată a acestora, atunci când este informată despre valoarea tranzacției și când a stabilit că a fost atinsă limita minimă menționată anterior. c) când există suspiciuni că operațiunea în cauză are drept scop spălarea banilor sau finanțarea actelor de terorism, indiferent de incidența prevederilor derogatorii de la obligația de a aplica măsurile-standard de cunoaștere a

⁸ Beneficiază de același regim și sucursalele din România ale instituțiilor de credit străine.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 904/12.12.2002, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁰ Potrivit dispozițiilor art. 81, art. 9; art. 91, art. 92; art. 10; art. 12, art. 121, art. 13.

¹¹ Dar și în cazul activităților externalizate ori al celor desfășurate prin agenți. De asemenea, instituțiile de credit trebuie să aplice proceduri de cunoaștere a clientelei și de păstrare a evidențelor referitoare la aceasta în toate sucursalele și filialele acestora situate în state terțe.

clientelei stabilite de Legii nr. 656/2002 și de valoarea operațiunii; d) dacă există îndoieli privind veridicitatea sau relevanța informațiilor de identificare deja deținute despre client; e) la cumpărarea sau schimbarea în cazinouri de jetoane a căror valoare minimă reprezintă echivalentul în lei a 2.000 euro.

Măsurile standard de cunoaștere a clientelei vor fi aplicate tuturor clienților noi, precum și, în funcție de risc, în cazul clienților existenți, respectiv tuturor titularilor și beneficiarilor conturilor anonime existente, cât mai curând posibil și oricum înainte ca acestea să fie utilizate în vreun fel.

Instituțiile de credit nu vor deschide și nu vor opera conturi anonime, respectiv conturi pentru care identitatea titularului sau beneficiarului nu este cunoscută și evidențiată în mod corespunzător.

Datele de identificare a clienților vor cuprinde: a) în cazul persoanelor fizice, datele de stare civilă menționate în documentele de identitate prevăzute de lege; b) în cazul persoanelor juridice – datele menționate în documentele de înmatriculare prevăzute de lege, precum și dovada că persoana fizică care conduce tranzacția reprezintă legal persoana juridică. În cazul persoanelor juridice străine, la deschiderea de conturi bancare vor fi solicitate acele documente din care să rezulte identitatea firmei, sediul, tipul de societate, locul înmatriculării, împuternicirea specială a celui care o reprezintă în tranzacție, precum și o traducere în limba română a documentelor autentificate de un birou al notarului public.

Instituțiile de credit pot aplica măsurile simplificate de cunoaștere a clientelei în următoarele situații: a) în cazul polițelor de asigurare de viață, dacă prima de asigurare sau ratele de plată anuale sunt mai mici ori egale cu echivalentul în lei al sumei de 1.000 euro ori prima unică de asigurare plătită este în valoare de până la echivalentul în lei a 2.500 euro. Dacă ratele de primă periodice sau sumele de plată anuale sunt ori urmează să fie mărite în așa fel încât să depășească limita echivalentului în lei a 1.000 euro, respectiv a echivalentului în lei a 2.500 euro, se vor aplica măsurile-standard de cunoaștere a clientelei; b) în cazul actelor de aderare la fondurile de pensii; c) în cazul monedei electronice definite potrivit legii, în situațiile și în condițiile prevăzute normativ în acest sens; d) în cazul în care clientul este o instituție de credit sau financiară, dintr-un stat membru al Uniunii Europene sau al Spațiului Economic European ori, după caz, o instituție de credit ori financiară dintr-un stat terț, care impune cerințe similare cu cele prevăzute de Legea nr. 656/2002 și le supraveghează referitor la aplicarea acestora; e) în alte cazuri și condiții, referitoare la clienți, operațiuni sau produse, care prezintă risc scăzut în privința spălării banilor și a finanțării actelor de terorism, prevăzute de cadrul normativ incident în materie.

Instituțiile de credit aplică, în plus față de măsurile-standard de cunoaștere a clientelei, măsurile suplimentare de cunoaștere a clientelei în următoarele situații care, prin natura lor, pot prezenta un risc sporit de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism: a) în cazul persoanelor care nu sunt prezente fizic la efectuarea operațiunilor; b) în cazul relațiilor de corespondent cu instituții de credit din state care nu sunt membre ale Uniunii Europene sau nu aparțin Spațiului Economic European; c) în cazul tranzacțiilor sau relațiilor de afaceri cu persoanele expuse politic, care sunt rezidente într-un alt stat membru al Uniunii Europene sau al Spațiului Economic European ori într-un stat terț; d) în alte cazuri, decât cele anterioare, care, prin natura lor, prezintă un risc sporit de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism.

În fiecare caz în care identitatea este solicitată în considerarea cadrului normativ asigurat de Legea nr. 656/2002, instituția de credit care are obligația identificării clientului, va păstra o copie de pe document, ca dovadă de identitate, sau referințe de identitate, pentru o perioadă de 5 ani, începând cu data când se încheie relația cu clientul. Instituțiile de credit vor păstra evidențele secundare sau operative și înregistrările tuturor operațiunilor financiare care fac obiectul Legii nr. 656/2002, pentru o perioadă de 5 ani de la efectuarea fiecărei operațiuni, într-o formă corespunzătoare, pentru a putea fi folosite ca mijloace de probă în justiție.

Cadrul normativ în domeniul cunoașterii clienței de către instituțiile de credit este completat de prevederile Regulamentului B.N.R. nr. 9/2008 privind cunoașterea clienței în scopul prevenirii spălării banilor și finanțării terorismului¹². Actul normativ detaliază reglementarea realizată de Legea nr. 656/2002 în materia măsurilor, după caz, standard, suplimentare sau simplificate de cunoaștere a clienței, acordând atenție totodată și aspectelor procedurale¹³ de care sunt ținute instituțiile de credit, precum și măsurilor de supraveghere și sancțiunilor ce pot fi dispuse de Banca Națională a României în materie.

Regulamentul B.N.R. nr. 9/2008 a impus instituțiilor de credit să adopte norme interne de cunoaștere a clienței care să prevină folosirea instituției pentru desfășurarea unor activități ce au ca scop spălarea banilor sau finanțarea actelor de terorism. Normele de cunoaștere a clienței, conținând cel puțin minimul de elemente impuse de legiuitor, trebuie să corespundă naturii, volumului, complexității și întinderii activității instituției de credit care le adoptă și să fie adaptate la gradul de risc asociat categoriilor de clienți pentru care aceasta prestează servicii financiar-bancare și la gradul de risc al produselor/serviciilor oferite. Normele astfel adoptate trebuie să fie cunoscute de întregul personalul cu responsabilități în domeniul cunoașterii clienței.

Din activitatea de identificare a clienței, realizată de instituțiile de credit, decurge posibilitatea acestora de a prelucra date cu caracter personal ale respectivei cliențe. O astfel de activitate trebuie realizată cu respectarea regulilor generale și speciale de prelucrare a datelor cu caracter personal, a drepturilor persoanelor vizate în acest context și a oricăror reglementări în materie.

Sintagma „prelucrarea datelor cu caracter personal” definește¹⁴ orice operațiune sau set de operațiuni care se efectuează asupra datelor cu caracter personal¹⁵, prin mijloace automate sau neautomate, cum ar fi colectarea, înregistrarea, organizarea, stocarea, adaptarea ori modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, dezvăluirea către terți prin

¹² Publicat în M. Of. nr. 527/24.07.2008, cu modificările și completările ulterioare.

¹³ Pentru toate tranzacțiile, indiferent de încadrarea în categoriile de risc, instituțiile trebuie să aibă în funcțiune sisteme de detectare a tranzacțiilor suspecte și a tranzacțiilor neobișnuite din punctul de vedere al complexității sau al încadrării în tiparele uzuale, inclusiv în ceea ce privește volumul ori frecvența acestora (art. 18 alin. 1).

¹⁴ Art. 3 lit. b) din Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în M. Of. nr. 790/12.12.2001, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁵ Conform art. 3 lit. a) din Legea nr. 677/2001, vor fi considerate date cu caracter personal orice informații referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă; o persoană identificabilă este acea persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în mod particular prin referire la un număr de identificare ori la unul sau la mai mulți factori specifici identității sale fizice, fiziologice, psihice, economice, culturale sau sociale.

transmitere, diseminare sau în orice alt mod, alăturarea ori combinarea, blocarea, ștergerea sau distrugerea.

În ceea ce privește instituțiile de credit, acestea pot prelucra date cu caracter personal, spre exemplu, în sisteme de evidență de tipul birourilor de credit. În acest caz, pot constitui obiect al prelucrării numai datele cu caracter personal care sunt relevante și neexcesive, în raport cu scopul evaluării solvabilității, al reducerii riscului la creditare și al determinării gradului de îndatorare a debitorilor persoane fizice, cu respectarea cadrului normativ incident, și numai în legătură cu activitatea de creditare¹⁶.

b) evaluarea bonității consumatorilor de către instituțiile de credit în anumite contracte de credit;

Un astfel de caz apreciem că este cel conturat de prevederile O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori¹⁷, când obligația de vigilență îmbracă forma controlului impus instituțiilor de credit, prin dispozițiile actului normativ menționat¹⁸, înainte și/sau după încheierea anumitor categorii de contracte de credit, și care are ca obiect evaluarea consumatorilor, după caz, potențiali clienți sau deja clienți.

Înainte de încheierea unui contract de credit, instituția de credit ce are calitatea de creditor trebuie să evalueze bonitatea consumatorului pe baza unui volum suficient de informații obținute, inclusiv de la consumator, și pe baza consultării bazei de date relevante. În cazul în care respingerea cererii de creditare se bazează pe consultarea unei baze de date, creditorul are obligația de a informa consumatorul în condițiile stabilite de lege.

După încheierea contractului de credit, dacă părțile convin să modifice valoarea totală a creditului instituția de credit ce are calitatea de creditor actualizează informațiile financiare aflate la dispoziția sa privind consumatorul și evaluează bonitatea acestuia înainte de efectuarea oricărei creșteri semnificative a valorii totale a creditului (adică o creștere de peste 15% din valoarea totală inițială a creditului).

În cazul creditului transfrontalier, în scopul evaluării bonității consumatorilor, sistemele de evidență de tipul birourilor de credit asigură accesul creditorilor din alte state membre la bazele de date gestionate în condiții nediscriminatorii față de creditorii naționali.

c) verificarea existenței unor impedimente de ordin juridic și/sau de ordin material care să împiedice efectuarea unor operațiuni bancare. O astfel de obligație a fost reglementată de legiuitor în sarcina instituțiile de credit și a Băncii Naționale a României în cazul comerțului făcut cu cecuri¹⁹.

d) verificarea corespondenței semnăturii de pe documente cu cea din speciemenle de semnătură, depuse de client la instituția de credit, în prealabil derulării operațiunilor cu aceasta.

¹⁶ Decizia nr. 105/2007 cu privire la prelucrările de date cu caracter personal efectuate în sisteme de evidență de tipul birourilor de credit.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 389/11.06.2010.

¹⁸ Art. 30-32.

¹⁹ În acest sens, a se vedea prevederile Normei B.N.R. nr. 6/2008 pentru modificarea și completarea Normelor-cadru ale Băncii Naționale a României nr. 7/1994 privind comerțul făcut de societățile bancare și celelalte societăți de credit, cu cecuri, pe baza Legii nr. 59/1934 asupra cecului, modificat prin Ordonanța Guvernului nr. 11/1993, aprobată și modificată prin Legea nr. 83/1994.

Spre exemplu²⁰, în cadrul circuitului maximal al instrumentului de plată de debit²¹, una dintre obligațiile instituției de credit a plătitorului în relația cu clienții este aceea de a aplica procedura de autenticitate în scopul verificării semnăturilor celor care se obligă, pentru a stabili identitatea persoanelor care au semnat instrumentul de plată de debit respectiv. Instituția de credit a plătitorului are posibilitatea de a amâna justificat, maximum trei zile bancare, acceptarea la plată sau refuzul instrumentelor de plată de debit în situația în care nu se poate aplica procedura de autenticitate în scopul stabilirii identității persoanelor care au semnat instrumentul de plată de debit respectiv.

Nerespectarea cadrului normativ ce reglementează formele de manifestare a obligației de vigilență existentă în sarcina instituțiilor de credit angajează, în principiu, o răspundere diferită a acestora, în raport de tipul încălcării.

3. Obligația de publicitate. În materia instituțiilor de credit, cerințele de publicitate sunt consacrate în mod expres prin dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului²². În scopul asigurării disciplinei și transparenței pieței, instituțiile de credit trebuie să facă publice date și informații referitoare la activitatea desfășurată, în măsura și condițiile prevăzute normativ în acest sens, cel puțin anual, imediat ce acestea sunt disponibile. Pe baza criteriilor prevăzute în reglementările emise în aplicarea O.U.G. nr. 99/2006 instituțiile de credit trebuie să determine dacă este necesară publicarea cu o frecvență mai mare decât cea prevăzută anterior.

Modalitățile de publicare a datelor și informațiilor necesare, locația unde acestea sunt disponibile și mijloacele de verificare a respectării cerințelor de publicare se stabilesc de către fiecare instituție de credit, în măsura în care este posibil, acestea trebuind să asigure utilizarea aceluiași mijloace sau a aceleiași locații pentru publicarea tuturor datelor și informațiilor. Prezentările echivalente de date și informații realizate de instituția de credit către piață în baza cerințelor privind publicarea situațiilor financiare, listarea la bursă sau alte asemenea cerințe, pot fi considerate ca asigurând respectarea cerințelor de publicare. Dacă datele și informațiile nu sunt incluse în situațiile financiare, instituțiile de credit trebuie să indice unde pot fi găsite.

Instituțiile de credit trebuie să adopte politici formale pentru asigurarea respectării cerințelor de publicare stabilite și pentru evaluarea adecvării datelor și informațiilor publicate.

Pentru asigurarea transparenței și disciplinei de piață, Banca Națională a României poate impune unei instituții de credit măsuri specifice referitoare la:

- a) conținutul datelor și informațiilor pe care trebuie să le publice;
- b) frecvența cu care trebuie să publice unele date și informații și stabilirea termenelor de publicare;
- c) modalitățile și formele de publicare, altele decât situațiile financiare;

²⁰ Art. 6 și art. 7 alin. 2 lit. a) din Regulamentul B.N.R. nr. 11 privind circuitul instrumentelor de plată de debit, publicat în M. Of. nr. 1032/27.12.2006.

²¹ Instrumentul de plată de debit este instrumentul de plată de tipul cecului, cambiei și biletului la ordin, care permite beneficiarului să încaseze suma înscrisă direct de la tras/emitent sau prin inițierea unui transfer de fonduri în contul acestuia prin intermediul unei case de compensare [art. 2 lit. a) din Norma B.N.R. nr. 11/2006].

²² Art. 159-163.

d) utilizarea anumitor mijloace de verificare a datelor și informațiilor publicate care nu intră în sfera auditului financiar.

Întreprinderile mici și mijlocii sau orice alte societăți, solicitante ale unui credit, pot cere instituției de credit să le furnizeze o explicație în scris cu privire la încadrarea lor într-un anumit rating.

În concluzie, existența obligațiilor profesionale analizate este justificată în considerarea specificului categoriei reprezentate de instituțiile de credit persoane juridice române, iar respectarea lor este deopotrivă benefică clienței, terților și funcționării sistemului bancar în ansamblul său.

Libertatea subiectului de drept în concepția lui Hegel

Freedom of legal subject in Hegel's theory

Doctorand *Oana Maria BĂLAN*,
Doctorand *Anca Costina GHERGHE**

Rezumat

Viziunea politică a lui Hegel este relevantă în ceea ce privește înțelegerea relației dintre libertatea individului și stat. În realitate, adevăratul scop al filosofiei sale constă în atingerea libertății absolute a ființei umane. Întrebarea care predomină este dacă este posibilă atingerea libertății în societate, având în vedere faptul că, în acest caz, ființa umană pură nu mai este ființă umană pură, ci devine subiect de drept, adică subiect supus statului. Pentru a răspunde la această întrebare trebuie să începem prin a înțelege sensul pe care îl dă Hegel noțiunii de libertate, adică acela de fenomen absolut, care poate fi conceput numai la nivelul gândirii pure. Apoi, trebuie să înțelegem sensul a trei concepte extrem de importante, în jurul cărora se conturează relația dintre stat și individ, respectiv cel de voință, cel de drept ca a doua natură a omului și cel de libertate. Filosoful are un mod particular de a gândi necesitatea statului pentru individ, ca singură modalitate pentru acesta de a deveni liber. Această concepție este cea care a determinat două posibile interpretări diferite ale filosofiei sale: una care concepe tipul de stat gândit de Hegel ca unul totalitar, care îl supune pe individ sub toate aspectele și alta, mai puțin împărtășită, potrivit căreia statul este doar o etapă a procesului dialectic în drumul său spre libertate.

Abstract

Hegel's political vision is relevant to the understanding of the relation between the individual's freedom and the state. As a matter of fact, the real purpose of his philosophy consists in the achievement of absolute freedom of pure human being. The question is whether there is any chance for freedom to be achieved in society, considering that in this case the pure being is no longer pure being, but it becomes a subject to the state. In order to answer this question, we have to start by understanding the meaning of human being freedom such as Hegel defines it, as an absolute concept, something to be conceived only in the pure thinking world. Then we have to understand the significance of three extremely important concepts, which determine the type of relation between the state and the individual: that of will, that of right as second nature of the human being and that of freedom. The philosopher has a particular way of thinking the need of the state for the individual as the only way of becoming a free human being. This conception has determined two different possible interpretations of his philosophy: one that conceives Hegel's type of state as a totalitarian structure that defeats in all ways the human being

* Autoarele sunt doctorande buget ale Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/6/1.5/S/14 „Creșterea atractivității, calității și eficienței studiilor universitare de doctorat prin acordarea de burse doctorale”.

and another one less consented, that considers the state only as a step of the dialectical process on its way to freedom.

Cuvinte cheie: *stat; subiect de drept; subiect teoretic; Hegel; libertate*

Keywords: *state; legal subject; theoretical subject; Hegel; freedom*

Întreaga filosofie despre libertate a lui Hegel are un singur scop și anume atingerea adevărului absolut prin descoperirea divinului din ființa umană și identificarea cu acesta. Dar libertatea către care tinde Hegel nu este una ce ține de lumea sensibilă, adică de lumea materiei, ci de aceea a inteligibilității. De ce? Pentru că nu poate exista libertate într-o lume a determinărilor și a finitudinii, de vreme ce libertatea este infinită, este infinitul însuși. Nu ar fi posibilă atingerea certitudinii absolute într-o lume a incertitudinilor, determinate de condiționările cunoașterii exterioare. Este vorba de o altfel de cunoaștere aici, de o cunoaștere ca gândire a ființei în sine atât de îndepărtată de aparențele cunoașterii, încât gândirea devine tot una cu obiectul gândirii, iar subiectul se identifică cu obiectul¹. Rezultatul este unul singur, libertatea absolută. Însă această libertate aparține ființei umane în sensul de subiect teoretic, adică subiect care are ca activitate fundamentală contemplația, subiectul care este orientat în totalitate înspre sine însuși. Despre acesta vorbește Hegel atunci când își expune concepția cu privire la libertatea absolută. Acest subiect teoretic este într-o permanentă căutare de sine, deoarece pentru individul privit astfel tot ce contează este desăvârșirea propriei ființe. El nu are nici o legătură cu lumea obiectivă, nu face parte din dimensiunea temporală a subiectului de drept. Prin urmare subiectul teoretic este acela care nu are în sine nici o urmă de sociabilitate².

Subiectul de drept este, însă, caracterizat prin sociabilitate, este, deci, un subiect social, care nu poate exista decât în cadrul statului. De ce? Pentru că el nu se poate afirma în mod singular, ci numai prin intermediul relației cu ceilalți. Însă odată cu aceasta, identitatea subiectului cu obiectul, pe care întemeia Hegel la un moment dat libertatea ființei este compromisă. Omul se îndepărtează de sine, de lumea Ideii, pentru a se proiecta într-o lume a înstrăinărilor, o lume care lui însuși îi este mai străină decât orice altceva. Înstrăinarea aceasta vine, însă, chiar din interiorul său, pentru că el nu se mai raportează la sine, ci la lucruri, la obiecte exterioare esenței sale. Mai rău este însă ca va ajunge să le perceapă pe acestea ca fiindu-i caracteristice. Primul semn al transformării efective a subiectului teoretic în subiect de drept apare odată cu cea de-a doua etapă a dialecticității Eiticului, societatea civilă³.

¹ Gheorghe Dănișor, Nicolae, Popa, Ion Dogaru, Dan Claudiu Dănișor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 280.

² *Idem.* p. 95.

³ În concepția lui Hegel se poate justifica apariția statului prin intermediul procesului dialectic, proces care cuprinde trei etape: teza, care corespunde Dreptului abstract (etapa în care omul se găsește singur, raportat numai la sine însuși), antiteza, care corespunde Moralei (omul se află tot în ipostaza raportării la sine însuși, în sensul că nu apare încă în prim plan grupul) și sinteza, care corespunde Eiticului (sinteza dintre Drept abstract și Morală, care marchează trecerea de la ființa singură la grup). La rândul său, Eiticul presupune un al doilea proces dialectic, cu cele trei etape: familia (teza), societatea civilă (antiteza) și statul (sinteza).

Este vorba aici de o încercare a individului de a se regăsi pe sine prin intermediul unor determinații relative, așa cum este tot ceea ce individul percepe în mod intermediat și nu în mod direct. Acest lucru duce la nașterea relațiilor, care vor deveni scopul dreptului. Se poate observa că nu mai este, deja, nici o urmă de subiect teoretic. El a devenit pentru totdeauna subiect de drept. Ceea ce este curios este dacă acest subiect este sau poate fi într-o oarecare măsură liber. Dincolo de toate acestea un lucru cert, însă: el nu are o existență reală în afara dreptului și a statului.

În „Principiile filosofiei dreptului” Hegel afirmă un lucru care este deosebit de important pentru înțelegerea filosofiei sale, respectiv că „Terenul dreptului este mai ales spiritualul și locul său mai apropiat și punctul de plecare este voința, care este liberă, așa încât libertatea constituie substanța și determinarea sa și sistemul juridic este domeniul libertății realizate, lumea spiritului ia naștere din el ca o a doua natură”⁴.

Aceste rânduri scrise de Hegel în „Principiile filosofiei dreptului” au fost interpretate în mod diferit de către cei care au scris despre concepția hegeliană a statului și a dreptului, ceea ce a dus la împărțirea lor în două categorii. O primă categorie este formată din cei care susțin că scopul statului în filosofia lui Hegel este individul și libertatea sa. Cealaltă categorie este formată din cei care consideră că scopul statului, așa cum a fost el gândit de Hegel, nu este individul uman, ci statul este scop în sine.

În susținerea opiniei potrivit căreia scopul statului este individul, realizarea și fericirea sa, Bernard Bourgeois afirmă că teoria hegeliană a dreptului este o teorie umanistă potrivit căreia statul are un scop foarte bine definit, care nu poate fi altul decât asigurarea drepturilor subiective ale indivizilor, a libertății acestora⁵.

Un alt susținător al filosofiei hegeliene ca filosofie ce concepe individul ca scop al statului este Joseph Juszezak, potrivit căruia „Filosofia hegeliană este o filosofie a totalității, dar nu un totalitarism rigid, care să facă din individ o simplă abstracțiune a unui sistem monstruos, altfel spus, individul rămâne scopul esențial al statului hegelian”⁶.

Juszezak vede în spiritul obiectiv, cum este denumit statul de către Hegel, însăși desfășurarea și realizarea istorică a spiritului, dar în nici un caz statul nu este o structură care înglobează totul și supune totul.

Chiar în încheierea lucrării sale, „Hegel et la liberté”, el afirmă că filosofia lui Hegel este o filosofie care are drept punct de plecare și scop final, în același timp, individul și care nu ar putea vreodată să conceapă raportul dintre stat și individ ca o relație de supunere a celui din urmă față de structură, ci „ea afirmă unitatea necesară dintre individualism și liberalism, prin depășirea vieții individuale și consacrarea libertății sub forma vieții publice guvernată de rațiune, adică de statul modern”⁷.

Este posibil ca scopul filosofiei dreptului și statului lui Hegel să nu fie acela de a supune individul în totalitate sistemului, însă asta nu înseamnă că rezultatul final nu este cel opus, chiar dacă nedorit. Depinde foarte mult din ce punct de vedere înțelege fiecare conceptele pe care le utilizează filosoful și a căror interpretare este, de multe ori, destul de ambiguă.

⁴ G. W. Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, Ed. Paideia, București, 1998 p. 46.

⁵ *Archives de philosophie du droit*, tome 34, Ed. Sirey, Paris, 1989, p. 77.

⁶ Joseph Juszezak, *Hegel et la liberté*, Ed. CDU et SEDES REUNIS, Paris, 1980, p. 211.

⁷ *Idem*, p. 248.

Concepția hegeliană cu privire la relația individ – stat se conturează în jurul a trei concepte: acela de voință, acela de drept ca a doua natură a omului și acela de libertate. Aceste trei concepte vor fi expuse, pe rând în cele ce urmează, considerând că înțelegerea lor poate fi edificatoare pentru interpretarea filosofiei lui Hegel despre drept și stat.

Voința. În ceea ce privește voința, trebuie spus că pentru Hegel, ea stă la baza întemeierii sistemului juridic. Prin aceasta se deosebește concepția lui Hegel de filosofia lui Kant în ceea ce privește validitatea sistemului. La Kant nu există conceptul de voință în întemeierea dreptului, pentru că voința ține de interioritatea ființei umane, este un element subiectiv, care ar intra în contradicție cu caracterul de știință a dreptului.

După cum Kant definește dreptul ca un instrument ce are ca scop asigurarea coexistenței libertăților prin limitarea lor, fapt criticat, de altfel, de Hegel, rezultă că dreptul, în concepția kantiană, are ca fundament „principiul posibilității unei constrângeri exterioare, care să poată coexista cu libertatea tuturor, conform unei legi universale”⁸. Rezultă că la Kant nu regăsim voința ca element ce stă la baza validității dreptului⁹.

La fel ca și Kant, Hegel consideră că voința, fiind un element subiectiv, ar pune în pericol obiectivitatea dreptului și, deci, caracterul de știință al acestuia. Totuși, la Hegel voința este inclusă în definiția sistemului juridic și reprezintă chiar o componentă importantă. Unde este în această situație, coerența gândirii hegeliene? Pentru a evita să lipsească dreptul de caracterul său științific prin păstrarea noțiunii de voință, Hegel realizează un transfer al voinței de pe planul individualității pe acela al entității obiective, al spiritului obiectiv, adică al statului. Asta înseamnă că voința care stă la baza dreptului nu mai este a indivizilor, ci a sistemului însuși, care se realizează prin intermediul acestora din urmă. În acest mod dreptul nu se mai bazează pe subiectivitate, care este exclusă din domeniul său, ci devine știință, devine o structură fundamentată în totalitate pe voința de stat, adică pe rațiune și pe adevăr¹⁰.

În concluzie este clar că voința care stă la baza apariției statului și dreptului nu este voința omului, devenit deja subiect de drept, ci este voința entității înseși. Asta înseamnă că indivizii nu participă în mod conștient la crearea sistemului, ci sunt folosiți de acesta din urmă ca niște simple instrumente care nici măcar nu se pot răzvrăti, pentru că le lipsește conștiința de sine și apoi voința.

Dreptul – a doua natură. Structura statală, pentru că este rațională, va domina omul. În tendința de a elimina subiectivitatea din drept s-a pus accentul pe ceea ce este rațional, uitându-se, însă, de individul uman, de subiectul care gândește, care este, de fapt, cel care poate fi capabil de rațiune, deci cel care creează știința. Astfel, omul se va regăsi numai pe jumătate în realitatea obiectivă, lipsindu-i ceea ce era mai important: substanța sa, esența divină. Aceasta, împreună cu cealaltă jumătate, materia, formează ființa în absolutul său. Ori, dacă din cele două părți ale ființei lipsește una din ele, unitatea acesteia nu mai poate fi realizată¹¹.

Dacă se acordă întâietate numai materiei va rezulta o ființă incompletă, care se va pierde în determinări. Orientarea ființei înspre exterior, în contingent va duce la îndepărtarea acesteia din ce în ce mai mult de sine. Omul se va pierde în determinări, în

⁸ Kant citat de Gheorghe Dănișor în *Filosofia dreptului la Hegel*, Ed. Ramuri, Craiova, 2001, p. 137.

⁹ Gheorghe Dănișor, *Filosofia dreptului la Hegel*, Ed. Ramuri, Craiova, 2001, p. 137.

¹⁰ *Idem*, p. 142.

¹¹ Gheorghe Dănișor, *Filosofia dreptului la Hegel*, Ed. Ramuri, Craiova, 2001, p. 152.

accidente, care îi sunt străine și care nu îl vor ajuta niciodată să-și afle esența sa, tocmai pentru că sunt străine naturii sale, nu au nici o legătură cu el.

Omul se găsește integrat într-o structură acaparatoare, fără ca măcar să-și dea seama când s-a produs această integrare care este, de fapt, acea înstrăinare a omului despre care vorbeam cu ceva timp înainte. Omul este înstrăinat în stat, pentru că nu mai privește, de acum, înspre propria ființă, în interiorul său, nu mai este, așadar, omul Sophiei despre care vorbea Aristotel. De fapt, ceea ce întâmplă este exact ce avertizase filosoful grec și, în general gândirea filosofică a Greciei antice: uitarea ființei, a desăvârșirii sale și subordonarea individului unei structuri independente de om și dominante.

Dacă în gândirea aristotelică omul se regăsea pe sine prin ascensiunea către Sophia, prin contemplarea propriului eu, odată cu societatea el pierde această capacitate și, prin aceasta, își devine sie-și insuficient. De aceea va căuta să recupereze această pierdere prin intermediul celui alt individ, cel de lângă el. Însă, odată intrat în societate, întoarcerea la starea sa inițială este imposibilă, la unitatea dintre el și esența sa.

În loc să se regăsească, el se va pierde tot mai mult pe sine în multitudinea de lucruri din jurul său, pe care, din nefericire, le va percepe ca făcând parte din natura ființei sale. Este lumea dreptului, care se impune din ce în ce mai mult în viața individului, îi acaparează într-o asemenea măsură existența și ființa, încât acesta o percepe ca naturală, ca pe o a doua natură, însă o natură falsă din toate punctele de vedere.

Ceea ce se întâmplă, de fapt, în concepția lui Hegel este un transfer din planul individului în cel al statului. Voința care era a indivizilor este acum a statului. Subiectul acestei voințe nu mai este, deci, individul, ci subiect devine sistemul. Chiar și atunci când vorbim de spirit, nu mai este vorba de spiritul omului ca atare, ci de „spiritul lumii”¹².

Cât despre scopul întregii desfășurări a lucrurilor, acesta nu mai este de mult al omului, ci al dreptului însuși. Sistemul nu ar putea să aibă ca scop indivizii, nici chiar în calitatea lor de cetățeni, ci relațiile dintre ei, pentru că asta este, de fapt, ceea ce interesează dreptul. Dacă sistemul ar avea ca punct de reper individul, structura ar fi pusă în pericol. Însă concentrându-se pe relație, pe ceva creat de el însuși, adică ceva care poate fi controlat, structura își asigură, astfel, existența.

„Scopul societății este menținerea coerenței logice a bazei sale ideatice, ce reprezintă corpul său, adică desăvârșirea unei ordini sociale”¹³. Chiar dacă indivizii înstrăinați înțeleg și acceptă scopul statului ca fiind scopul lor propriu, acest lucru este doar o iluzie, căci el” rămâne scopul societății, ce se insinuează în mintea și inima părților sale, făcându-le să-și pună sociabilitatea înaintea existenței naturale¹⁴.

Astfel se caracterizează această a doua natură a omului. Este adevărat că ea poate fi interpretată ca o a doua natură însă una pervertită, falsă. Singura natură reală a ființei este cea din interiorul său, cea care se referă la esența sa și pe care a părăsit-o odată cu integrarea în societate.

Așa cum am mai spus, omul în societate este într-o lume exterioară și, de aceea străină propriei ființe. El nu se mai raportează la sine însuși, ci la lucruri, la obiectele din jurul său, obiecte pe care le descoperă prin intermediul cunoașterii, adică prin intermediul

¹² *Idem*, p. 162.

¹³ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice, volumul I, Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 528.

¹⁴ *Idem*.

determinărilor stabilite tot de către om. Însă ele rămân fenomene exterioare. Cine ne garantează că modul în care percepem noi un lucru este cu adevărat veridic, că percepția noastră corespunde realității? Este o chestiune relativă, a cărei rezolvare o găsim, sigur, la fel de relativ, în ideea de limbaj.

Limbajul a fost creat de către om tocmai pentru a folosi comunicării, interacționării dintre oameni. Prin urmare este vorba de ceva stabilit de comun acord, ceva convențional.¹⁵ Fără această convenție nu ar fi posibilă viața în comun, pentru că nu am putea să ne comunicăm unul altuia ceea ce gândim. Limbajul are ca obiect semnificația lucrurilor, așa cum sunt ele percepute de cel care le comunică. Ori semnificația lucrului poate fi una eronată, pentru că ea nu este altceva decât aparența lucrului respectiv, însă niciodată lucrul în sine.¹⁶ Ea este doar o determinare care nu ar avea nici un sens dacă individul nu i-ar da unul prin limbaj. Faptul că determinările sunt trăsături relative ale lucrurilor este grav. Mai grav este, însă, că relativizarea acestora poate fi intenționată, ceea ce se întâmplă de regulă prin sistemul informațional pus la punct de către stat.

Întotdeauna atunci când informațiile au ca sursă statul veridicitatea lor ar trebui pusă la îndoială. Aceasta pentru că sistemul, pentru a-și menține stabilitatea, va transmite ceea ce îi este convenabil. Lucrurile pe care le percepem prin mass-media sunt înțelese, astfel, de indivizii deveniți niște adevărați roboți, niște indivizi-tip, ca fiind obiective. Însă obiectivitatea aceasta este doar o iluzie, căci ea nu a existat cu adevărat niciodată. Ar fi mult prea riscant pentru structură dacă s-ar întâmpla acest lucru, iar statul are destule mijloace la îndemână pentru a controla difuzarea informației.

Toate aceste lucruri au drept consecință o falsitate și o falsificare a realului din ce în ce mai mare. Această falsificare se extinde, evident și la nivelul sistemului de drept. În cadrul dreptului comunicarea nu are loc „între oameni reali, ci între subiecți de drept supuși ordinii juridice care, deși ficțiune, devine singura reală”¹⁷.

Una din preocupările filosofiei lui Hegel a fost chiar posibilitatea unei comunicări reale la nivelul societății. Acesta este, de fapt, sensul încercării filosofului de a găsi identitatea dintre subiect și obiect¹⁸.

Însă acest lucru nu este posibil pentru că societatea se bazează în mod fundamental pe relațiile dintre oameni, ea presupune indivizi supuși, tributari ai reprezentărilor în care se pierd pe ei înșiși de cele mai multe ori, indivizi care există, în ultimă instanță și interacționează pe domeniul statului, nu al propriei lor ființe. Ce comunicare ar putea exista între niște creații artificiale, controlabile și controlate efectiv de către creatorul lor?

Toate acestea fac ca cea de-a doua natură a omului de care vorbeam, reprezentată de sistemul de drept să fie una falsă, exterioară ființei ca atare privită în interioritatea sa.

Libertatea. Hegel utilizează noțiunea de libertate fără a specifica concret despre ce libertate este vorba. Dacă e să ne gândim la modul în care filosoful concepe libertatea ca moment al desăvârșirii ființei, atunci este clar că nu există nici urmă de libertate pentru individ în societate.

Subiectul de drept, pentru că despre el este vorba, nu poate fi un subiect liber, în primul rând pentru că el este o simplă componentă a unui sistem fără de care ea, această

¹⁵ Gheorghe Dănișor, *Filosofia dreptului la Hegel*, Ed. Ramuri, Craiova, 2001, p. 167.

¹⁶ *Idem.* p. 168.

¹⁷ *Idem.* p. 174.

¹⁸ *Idem.* p. 187.

componentă nu are nici o valoare. Ar fi ca și cum ne-am gândi că o mână sau o altă parte a corpului nostru ar putea exista sau ar avea vreo valoare privită în mod singular, fără restul corpului. „Hegel a sesizat această realitate și a gândit că individul se poate salva prin înțelegerea necesității statului și prin supunerea față de acesta. Dar această supunere nu poate fi făcută decât prin sacrificarea omului și promovarea unei ființe fictive (un artefact) care nu este altceva decât subiectul de drept”¹⁹.

Libertatea înseamnă autodeterminare, înseamnă lipsa dependenței de orice altceva în afară de mine însumi, înseamnă inexistența nu a constrângerii, ci a posibilității vreunei constrângeri. Ori „dominația paternalistă a statului creează siguranță, dar niciodată libertate”²⁰.

Cum ar putea fi liber cetățeanul a cărui condiție se deosebește total de cea a ființei libere, așa cum este ea definită în filosofie? Libertatea despre care vorbește Hegel nu poate fi, în nici un caz, libertatea omului ca atare, pentru că el depinde esențial de altceva pentru a exista. Libertatea absolută este a statului, căci el este singurul care nu depinde de nimic altceva pentru a fi²¹.

Libertatea individului poate fi cel mult o libertate-relație, adică o libertate relativă, care există numai în măsura în care individul relaționează în cadrul societății și se conformează acesteia. Deci nici măcar această libertate nu este necondiționată.

Prin urmare, libertatea omului în societate, în stat este o libertate relativă. Destinul temporal al ființei umane este chiar patetic dacă privim lucrurile în acest fel. Dar să nu uităm un lucru esențial pentru Hegel. La un moment dat el spune că istoria nu este decât calvarul pe care trebuie să îl depășească individul pentru a se elibera pe sine. Nu ar putea, oare, asta să însemne că, de fapt, statul, ca scop final al mișcării dialectice este la rândul său o etapă necesară doar pentru a fi apoi negat în favoarea veritabilului scop, acela de a realiza spiritul absolut, divinul? În acest sens a gândit, în ultimă instanță Hegel necesitatea statului și a dreptului. Ele, ca etape, nu dispar definitiv, dar vor trece în altceva, în ceva pur spiritual²².

Dacă privim lucrurile din acest ultim punct de vedere, filosofia lui Hegel cu privire la drept și stat este, cu adevărat, o filosofie care gândește individul ca scop al oricărei activități. Este posibil ca, de fapt, Hegel să fi avut ca scop, prin intermediul întregii desfășurări a istoriei ajungerea individului la divin prin contemplație, adică prin filosofie, ca și Aristotel, unirea cu acesta și eliberarea sa, iar statul să fi fost un mijloc și, de multe ori, un chin prin care să se ajungă acolo.

¹⁹ *Idem.* p. 100.

²⁰ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice, volumul I, Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 560.

²¹ Gheorghe Dănișor, *Filosofia dreptului la Hegel*, Ed. Ramuri, Craiova, 2001, p. 100.

²² *Idem.* p. 248.

Revocarea judecătorească a legatului în reglementarea actualului și viitorului Cod Civil

The judicial revocation of the legacy in the actual and future Civil Code regulation

Asist. univ. dr. *Adela Elena PĂTRAȘCU**

Rezumat

*În ceea ce privește revocarea judecătorească a legatului, au fost reținute atât de Codul civil în vigoare cât și de Noul Cod civil, doar două cazuri în care poate avea loc revocarea judecătorească a legatului și anume: revocarea pentru neîndeplinirea sarcinilor și ingratitudea legatarului. Am arătat pe larg în cuprinsul lucrării că se impune ca, **de lege ferenda**, să fie păstrat printre cazurile de revocare judecătorească a legatului și cazul în care intervine surveniența de copil, mai ales dacă acest copil se naște după moartea testatorului și fără ca acesta să fi știut în timpul vieții, de faptul că este conceput. Analizând revocarea judecătorească pentru neîndeplinirea sarcinii am reținut soluția potrivit căreia aceasta nu poate să opereze dacă neexecutarea se datorează cazului fortuit sau forței majore, cu excepția în care eficacitatea legatului era condiționată de neexecutarea sarcinii. Soluția a fost reținută și de Noul Cod civil, ceea ce a schimbat și termenul de prescripție pentru acțiunea în revocarea judecătorească pentru neîndeplinirea sarcinii, de la 3 ani la 1 an. Revocarea judecătorească a legatelor pentru ingratitude poate fi pronunțată în cazul săvârșirii de către legatar a următoarelor fapte: atentat la viața testatorului, delict, cruzimi sau injurii grave la adresa lui, injurii grave față de memoria testatorului.*

Abstract

In what concerns the court revocation of the clause of the will, there were incorporated in the Civil Code in force, as in the New Civil Code, only two cases in which court revocation of the clause of the will may be held, namely revocation for the non-performance of the task and legatee ingratitude.

*We explained at length in the contents of the work that it is compulsory, as **law proposal**, to be preserved among the cases of court revocation of the clause of the will also the case when appears a child, especially if the child is born after the testator's death and without knowing in his life that he is conceived. Analyzing judicial revocation for the non-execution of the task, we noted the solution that it can not operate if the non-performance is due to unforeseeable circumstances or major necessity, except the case when the efficiency of the will clause was under the condition of task execution. The solution was retained also by the New Civil Code, following the changing of the limitation period for judicial revocation action for non-execution of the task from 3 years to 1 year.*

* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

The clauses of the will court revocations for ingratitude may be pronounced if committed by the legatee of the following facts: testator attempt on his life, crimes, cruelty or serious insults on the testator person, serious insult made to the testator's memory.

Cuvinte cheie: *legat; revocare judecătorească; neîndeplinirea sarcinii; ingratitudea legatarului; surveniența de copil; donație; forța majoră*

Keywords: *legacy; judicial revocation; non-performance of the task; legatee ingratitude; child birth; donation; major necessity*

1. Cauzele de ineficacitate a legatelor. Cauzele de ineficacitate a legatelor reprezintă acele situații prevăzute de lege în care dispozițiile de ultimă voință ale testatorului sunt lipsite de efecte juridice. Aceste cauze pot fi nulitatea (când nu sunt respectate condițiile de fond sau de formă în materia testamentelor), reducăiunea (în cazul în care testatorul a dispus prin legate sau donații, depășind cotitatea disponibilă), revocarea (care poate fi voluntară sau judecătorească) și caducitatea (când executarea legatelor devine imposibilă din cauze posterioare momentului întocmirii testamentului). Există situații când legatul se naște perfect valabil, dar devine ineficace datorită unor cauze ulterioare momentului întocmirii testamentului. Aceste cauze determină revocarea legatului și pot să depindă numai de voința testatorului (și avem în acest caz revocarea tacită) sau se pot datora conduitei culpabile a legatarului (în cazul revocării judecătorești).

2. Revocarea judecătorească. Dacă în cazul devoluțiunii legale a moștenirii există cazuri când pentru fapte culpabile prevăzute de lege, anumite persoane pot fi înlăturate de la moștenire datorită nedemnității, în cazul devoluțiunii testamentare poate fi pronunțată revocarea judecătorească, instituită cu un regim juridic diferențiat față de cel al nedemnității.

Cazurile în care poate interveni revocarea judecătorească sunt, în principiu, cele prevăzute drept cauze de revocare a donațiilor și anume: neîndeplinirea sarcinilor (art. 930 coroborat cu art. 830 C. civ.) și ingratitudea legatarului (art. 930 coroborat cu pct.1 și 2 din 831 și art. 931 C. civ.).

În ceea ce privește revocarea judecătorească pentru ingratitudea legatarului, legea nu a reținut și „refuzul de alimente” care figurează printre cauzele care atrag revocarea judecătorească a donațiilor pentru ingratitudea donatarului. În schimb, Codul civil a adăugat o altă cauză de revocare judecătorească pentru ingratitude (în materia legatelor) și anume injuria gravă adusă de legatar memoriei testatorului (art. 931 C. civ.).

De altfel, dintre cauzele care atrag revocarea judecătorească în materia donațiilor, legea nu a păstrat, în cazul legatelor, nici surveniența de copil (art. 836 C. civ.).

Legiuitorul nu a mai păstrat, în materia legatelor, cazul de revocare judecătorească pentru ingratitude pentru refuz de alimente deoarece legatele își produc efectele după moartea testatorului astfel că legatele, dacă cuprind anumite sarcini sau obligații, acestea vor trebui executate numai după deschiderea succesiunii, dacă legatul a fost acceptat. Până la acest moment, testatorul poate revoca oricând legatul, în cazul în care nu este mulțumit de îngrijirea pe care o acordă legatarul (dacă acesta are această obligație potrivit prevederilor Codului familiei).

În ceea ce privește surveniența de copil, nici această cauză nu se regăsește printre cele în care poate interveni revocarea judecătorească a legatelor. Soluția este firească în cazurile în care legatarul a știut de nașterea copilului său după întocmirea testamentului; iar faptul că nu a revocat legatul înseamnă că a înțeles ca legatarul să primească obiectul legatului în limitele cotitații disponibile (deoarece copilul născut va fi moștenitor rezervatar).

Se pare însă că legiuitorul nu a avut în vedere și cazul în care copilul se naște după moartea testatorului și fără ca acesta să știe faptul că acel copil era conceput.

Sesizând inadvertența, jurisprudența a încercat să împiedice legatele de a-și produce efectele fie prin pronunțarea nulității pe motiv de eroare asupra cauzei¹ sau pentru dispariția cauzei impulsive și determinante², fie considerând că legatul a fost făcut sub condiția rezolutorie tacită că testatorul nu va avea copii³.

Noul Cod civil⁴ nu reține printre cauzele de revocare judecătorească a legatului, surveniența de copil, precizând în art. 1069 că revocarea judecătorească poate fi cerută în caz de neîndeplinire culpabilă a sarcinii instituite de testator și în caz de ingraturdine.

De altfel, atât în Noul Cod civil cât și în Proiectul Noului Cod civil din 2004⁵, surveniența de copil nu mai este o cauză de revocare a donațiilor, fiind menționate doar cele două cauze pentru care se poate cere revocarea judecătorească și anume neîndeplinirea culpabilă a sarcinilor și ingraturdinea (art. 1020-1029 din Noul Cod civil și art. 769-777 din Proiectul Noului Cod civil).

În Codul civil în vigoare, surveniența de copil este o cauză care conduce la revocarea de drept a donației, chiar dacă este vorba despre un copil din căsătorie, din afara căsătoriei sau născut după moartea donatorului.

Pentru ca donația să fie revocată pentru naștere de copil se cer a fi îndeplinite două condiții:

a) donatorul să nu aibă, la momentul în care face donația, copii sau alți descendenți în viață. Copilul poate fi conceput în momentul încheierii contractului de donație (art. 837 Cod civil).

b) ulterior donației să i se nască donatorului un copil viu, chiar și postum⁶.

În conformitate cu prevederile art. 836 Cod civil, revocarea pentru surveniență de copil operează de drept și pentru orice fel de donații, indiferent de valoarea lor și de felul în care s-au încheiat. Toate donațiile încheiate de donator înainte de nașterea copilului vor fi desființate de drept, prin dispoziția legii, și fără a fi necesară intervenția justiției, care,

¹ Vezi C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ed. All, București, 1998, p. 634, nr. 1517.

² M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 270.

³ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçon de droit civil*, vol. IV, Paris, 1963, p. 842, nr. 1048; Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 276.

⁴ Legea nr. 287/25 iunie 2009 privind Codul civil a fost adoptată în urma angajării răspunderii Guvernului în fața Camerei Deputaților și a Senatului, în ședința comună din data de 22 iunie 2009 și a fost publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009

⁵ Proiectul de lege privind Codul civil a fost adoptat de Senat în ședința din 13 septembrie 2004 și a fost trimis spre dezbateri și aprobare Camerei Deputaților. În forma propusă de Guvern, proiectul a fost publicat în Curierul Judiciar nr. 3/2004, pp. 121-375. Multe dintre prevederile acestui proiect se regăsesc în Noul Cod civil

⁶ I. Dogaru și colaboratorii, *Drept civil. Ideea curgerii timpului și consecințele ei juridice*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 465.

în caz de litigiu, verifică doar dacă sunt îndeplinite condițiile legale și constată revocarea donației⁷.

Cu alte cuvinte, ca efect al nașterii unui copil, dreptul de proprietate al donatarului asupra bunului primit ca donație este desființat retroactiv, iar bunul donat reîntră în patrimoniul donatorului. Donatarul va fi obligat și la restituirea fructelor din ziua în care i se notifică nașterea copilului donatorului⁸.

Cauza de revocare pentru nașterea unui copil se întemeiază pe prezumția voinței donatorului de a revoca donația în caz de producere a acestui eveniment, dar și pe ideea de protecție a copilului.

Potrivit prevederilor art. 840 C. civ. coroborate cu cele ale Decretului nr. 167/1958, acțiunea în restituirea bunului donat se prescrie după 30 de ani de la nașterea copilului.

Faptul că s-a ales un termen atât de lung pentru prescrierea dreptului la acțiune, cât și faptul că revocarea donației are loc de drept conduc la ideea că legiuitorul a dorit să protejeze interesele copilului născut, plecându-se de la premisa că donatorul care nu are copii și care face anumite donații, ar proceda în cu totul alt fel dacă ar ști că de bunurile sale se poate bucura propriul său copil.

De aceea, nu suntem de acord cu faptul că în Noul Cod civil revocarea donației pentru surveniență de copil nu mai este prevăzută printre cauzele de revocare ale donației, având în vedere că astfel nu sunt protejate interesele copilului care se poate naște după realizarea donației și chiar după moartea donatorului și fără știrea acestuia.

De lege ferenda considerăm că situația în care un copil se naște după moartea testatorului și fără ca acesta să fi știut în timpul vieții, de faptul că copilul este conceput ar trebui introdusă printre clauzele în care poate interveni revocarea judecătorească a legatelor.

Dacă din dispozițiile testamentului se înțelege în mod clar faptul că testatorul nu a dispus prin act de ultimă voință decât din cauza convingerii că el nu va lăsa nici un copil în urma lui, legatul urmează să fie anulat pentru eroare⁹.

Menționăm că revocarea donației pentru surveniență de copil este prevăzută și de Codul civil italian la art. 350. Mai mult, Codul civil italian prevede și faptul că se poate cere revocarea donației pentru surveniență de copil și dacă donatarul a adoptat pe unul dintre copiii săi naturali, născuți în afara căsătoriei, chiar dacă se dovedește că donatorul știa, la data la care a făcut donația, de faptul că are un copil natural. În acest caz, recunoașterea copilului din afara căsătoriei trebuie făcută la cel mult doi ani de la data încheierii contractului de donație¹⁰.

Revocarea judecătorească pentru neîndeplinirea sarcinii, ca și revocarea judecătorească pentru ingraturitudine sunt guvernate, în principiu, de regulile prevăzute în materie de donații.

⁷ L. Stănciulescu, *Drept civil. Contracte și succesiuni*, ed. a IV-a revizuită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 129-130.

⁸ R. Sanilevici, *Drept civil. Contracte*, Universitatea „Al. I. Cuza”, Iași, 1982, p. 85.

⁹ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, t. IV, partea a II-a, ed. a II-a, București, 1914, p. 442.

¹⁰ G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. S. Richter, G. Dallari, *Codice civile. Libro delle successioni per cause di morte e delle donazioni*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1939, pp. 400-401.

3. Revocarea pentru neîndeplinirea sarcinii. În cazul în care legatarul nu execută sarcinile de care era afectat legatul, persoanele interesate vor putea cere fie executarea silită, fie revocarea judecătorească a legatului pentru neîndeplinire de sarcini.

După cum am văzut, executarea silită a legatului poate fi cerută de beneficiarul sarcinii, de creditorii lui sau de executorul testamentar, în timp ce acțiunea în revocare poate fi intentată de persoanele care profită de revocarea legatului și anume: moștenitorii legali ai defunctului (rezervatari sau nerezervatari), legatarii universali sau cu titlu universal precum și legatarii cu titlu particular – în cazul în care pot justifica un interes (de exemplu, în cazul legatului conjunctiv sau când legatarul particular este însărcinat cu predarea legatului) și de asemenea, creditorii acestora, pe calea acțiunii oblice (art. 974 C. civ.). Beneficiarul sarcinii nu poate cere revocarea legatului, cu excepția cazului în care el este și moștenitor al defunctului iar legatul de care ar urma să profite ar fi mai valoros decât sarcina impusă în favoarea lui¹¹.

Revocarea legatului poate fi cerută în caz de neexecutare a sarcinii sau în cazul în care executarea nu este conformă dispozițiilor testatorului. Pentru a putea opera revocarea judecătorească, trebuie să fie vorba de o sarcină propriu-zisă pe care legatarul este obligat să o execute și nu de o simplă recomandare făcută de testator¹². Instanța va putea acorda un termen de grație pentru executarea sarcinii.

În ceea ce privește faptul dacă revocarea legatului se poate pronunța numai pentru neexecutarea culpabilă a sarcinilor sau dacă ea are loc și în cazul în care executarea a fost imposibilă din cauza forței majore sau cazului fortuit, în doctrină există mai multe opinii.

Într-o primă opinie s-a apreciat că revocarea judecătorească operează chiar și în cazul în care neexecutarea sarcinilor se datorează cazului fortuit sau forței majore, atunci când sarcina impusă de testator a reprezentat cauza impulsivă și determinantă a legatului¹³. Într-o a doua opinie s-a considerat că revocarea judecătorească se poate pronunța numai dacă neexecutarea este culpabilă, nu și dacă ea se datorează cazului fortuit sau forței majore, iar atunci când, prin neexecutarea legatului, dispare cauza impulsivă și determinantă, legatul poate fi lipsit de eficacitate devenind caduc¹⁴. A fost exprimată și o a treia opinie potrivit căreia revocarea judecătorească nu poate interveni dacă neexecutarea sarcinilor se datorează cazului fortuit sau forței majore, decât în cazul în care instanța ar aprecia că „sarcina constituie, în intenția dispunătorului, o condițiune rezolutorie expresă la care este supusă liberalitatea”¹⁵.

Împărțăm cea de-a doua opinie, considerând că, în general, revocarea judecătorească pentru neexecutarea sarcinii nu poate opera în situația în care ea se datorează cazului fortuit sau forței majore, deoarece, în principiu, revocarea judecătorească are ca temei culpa legatarului. Având în vedere faptul că instanța trebuie

¹¹ D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 135; M. Georgescu, A. Oproiu, *Notă la dec. civ. nr. 1533/1993 a T.J. Olt*, în *Dreptul* nr. 4/1997, pp. 112-113; contra, M. Eliescu, *op. cit.*, p. 269 cu trimitere la T.S., col. civ., dec. nr. 393/1961, în CD, 1961, pp. 184-188; T.J. Olt, dec. civ. nr. 1533/1993, *loc. cit.*, pp. 110-111.

¹² T.S. col. civ., dec. nr. 1229/1959, în CD, nr. 66, pp. 193-195.

¹³ D. Alexandresco, *op. cit.*, pp. 455-446; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 235, nr. 1519; E. Safta-Romano, *Dreptul la moștenire. Doctrina și jurisprudența*, vol. I, Ed. Grafic, Iași, 1995, p. 259.

¹⁴ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 269; D. Chirică, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵ M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, pp. 340-341; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 278.

să aprecieze intenția exactă a dispunătorului pentru a se îndeplini întocmai dispozițiile de ultimă voință ale testatorului, ori de câte ori din modul de redactare a testatorului va rezulta că testatorul a înțeles să lege eficacitatea legatului de executarea sarcinii, legatul va putea fi revocat chiar dacă neexecutarea se datorează cazului fortuit sau forței majore. Bineînțeles, testatorul poate să dispună prin testament faptul că persoanele interesate nu au decât calea acțiunii în executare a sarcinii (sau acțiunea în revocarea pentru alte temeieri decât neexecutarea sarcinii)¹⁶.

Noul Cod civil susține această opinie arătând în articolul 1069 faptul că "revocarea judecătorească poate fi cerută în caz de neîndeplinire culpabilă a sarcinii instituite de testator. Neîndeplinirea fortuită a sarcinii poate atrage revocarea numai dacă, potrivit voinței testatorului, eficacitatea legatului este condiționată de executarea sarcinii".

Acțiunea în revocarea legatelor pentru neîndeplinirea sarcinii se prescrie în termenul general de prescripție de 3 ani. Termenul începe să curgă de la data neîndeplinirii sarcinii sau de la data când titularul dreptului la acțiune a cunoscut sau trebuia să cunoască acest lucru.

În Noul Cod civil în art. 1070, este prevăzut faptul că dreptul la acțiunea în revocarea judecătorească pentru neîndeplinirea sarcinilor se prescrie în termen de 1 an de la data la care sarcina trebuia executată. Același termen de prescripție de 1 an este prevăzut și pentru dreptul la acțiunea în revocarea judecătorească a legatului pentru ingratitude și curge de la data la care moștenitorul a cunoscut fapta de ingratitude.

4. Revocarea pentru ingratitude. În conformitate cu dispozițiile art. 830, 831 pct.1 și 2 și art. 931 C. civ., revocarea judecătorească a legatelor pentru ingratitude poate fi pronunțată în cazul săvârșirii de către legatar a următoarelor fapte: atentat la viața testatorului, delict, cruzimi sau injurii grave la adresa lui, injurie gravă făcută memoriei testatorului.

Regimul juridic al revocării pentru ingratitude este guvernat de regulile aplicabile în materia revocării donațiilor pentru ingratitude.

Se poate observa că numai injuria gravă adusă memoriei testatorului reprezintă un caz propriu-zis de ingratitude, pentru că aceasta are loc după moartea testatorului, când legatul își produce efectele, motiv pentru care, săvârșind această faptă, legatarul se arată nerecunoscător față de defunct.

Celelalte două cauze de revocare pentru ingratitude (atentat la viața testatorului și delictul, cruzimile sau injuriile grave la adresa testatorului) sunt fapte petrecute în timpul vieții testatorului când legatarul nu știa de faptul că va fi gratificat prin testament sau, chiar dacă știa, dat fiind caracterul revocabil al testamentului, această calitate era doar eventuală. De aceea, aceste cauze de revocare a legatelor pentru ingratitude se aseamănă cu nedemnitățile succesorală (dar regimul judiciar aplicabil revocării judecătorești pentru ingratitude este distinct de cel al nedemnității succesorală, aplicându-se regulile care guvernează materia revocării donațiilor¹⁷).

¹⁶ T. reg. Suceava, dec. civ. nr. 1569/1956, cu *Notă* de B. Diamant, în JN nr. 2/1957, p. 329 și urm.; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 269; D. Chirică, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷ Fr. Deak, *op. cit.*, p. 279.

În cazul atentatului la viața testatorului, pentru a opera revocarea judecătorească nu se cere o condamnare penală, fiind suficient să se stabilească intenția de a ucide. De asemenea, uciderea din culpă nu este o cauză de revocare.

În ceea ce privește delictele, cruzimile sau injuriile grave, se cere ca faptele să fi fost săvârșite cu intenție, iar instanța va aprecia de la caz la caz gravitatea faptei și dacă se impune sau nu revocarea judecătorească a legatului pentru ingraturitudine.

Ca și în cazul revocării pentru nerespectarea sarcinii, acțiunea în revocare poate fi intentată (sau opusă pe cale de excepție) de toate persoanele interesate, care dovedesc că ar profita de pe urma revocării legatului (moștenitorii legali, legatarii universali, cu titlu universal sau cu titlu particular și creditorii lor). Indiferent de momentul săvârșirii faptei care poate atrage revocarea judecătorească a legatului pentru ingraturitudine, acțiunea poate fi intentată numai după moartea testatorului.

Termenul de prescripție al acțiunii în revocare pentru ingraturitudine este de un an¹⁸, conform art. 931 și art. 833 alin. 1 C. civ.¹⁹

Testatorul îl poate ierta pe legatar pentru faptele de ingraturitudine săvârșite în timpul vieții testatorului (atentatul la viața testatorului, delict, cruzimile sau injuriile grave la adresa acestuia) și, în acest caz, după moartea dispunătorului, acțiunea în revocare pentru ingraturitudine nu mai poate fi admisă. Dacă însă de la momentul săvârșirii faptei nu a trecut un an, iar dispunătorul moare în acest interval fără a ierta în mod expres pe legatar, persoanele interesate vor putea introduce acțiunea în revocare judecătorească pentru ingraturitudine, dar numai în limita de timp ce a rămas de la săvârșirea faptei și până la împlinirea termenului de un an.

În cazul injuriei grave aduse memoriei testatorului termenul de prescripție de un an (art. 931 C. civ.) curge de la data săvârșirii faptei (care va fi după moartea testatorului, de această dată) sau de la momentul când cei interesați au cunoscut sau ar fi putut să cunoască injuria.

¹⁸ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 451; D. Chirică, *op. cit.*, p. 137; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 280; Trib. reg. Crișana, dec. civ. nr. 644/1962, în JN, 1962, nr. 9, p. 157.

¹⁹ Pentru o opinie contrară, în sensul că termenul de prescripție de un an se aplică numai în cazul injuriei grave aduse memoriei testatorului, nu și în celelalte cazuri în care se aplică termenul general de prescripție de 3 ani, vezi C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 637, nr. 1524; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 271; E. Safta-Romano, *op. cit.*, p. 261.

Regulamentul 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială - parte a dreptului internațional privat comunitar

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – a component of community international private law

*Conf. univ. dr. Anca Ileana DUȘCĂ
Conf. univ. dr. Daniel GHÎȚĂ*

Abstract

Judiciary cooperation in civil and commercial matters is regulated – at the EU level – by regulations mostly, namely „acts of general applicability, binding in all their elements and directly enforceable in every member state”. This body of norms – all with the respective changes – together with: the evolution of communication technology – which demonstrates the possibilities offered by the INTERNET for the e-commerce; the introduction of the single currency – which has facilitated inter-community exchanges – may lead to juridical discrepancies at the level of the internal market related to the implementation, conclusion and execution of contracts. All these represent issues that the Romanian courts may confront with any time because the above-mentioned regulations are directly enforceable in Romania.

Keywords: *Jurisdiction; recognition and enforcement of judgments; cooperation in the matter of evidence*

1. Cadrul general

Modificat în repetate rânduri de la data apariției sale¹ Regulamentul (CE) nr. 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială face parte dinte-un cadru mai larg care include îndeosebi: a) Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000²; b) Regulamentul (CE) nr.

¹ J.O. L 12, 16.1.2001 – prin: Regulamentul (CE) nr. 1496/2002 al Comisiei (J.O. L 225, 22.8.2002 – pentru modificarea anexelor I și II); Regulamentul (CE) nr. 1937/2004 al Comisiei (JO L334, 10.11.2004 pentru modificarea anexelor I-IV); Regulamentul (CE) nr. 2245/2004 al Comisiei (JO L381, 28.12.2004 – pentru modificarea anexelor I-IV); Acordul încheiat în materie în anul 2005 între Comunitate și Regatul Danemarcei (JO L299, 16.11.2005); Regulamentul (CE) nr. 1791/2006 al Consiliului (JO L363, 20.12.2006 – modificări intervenite ca urmare a aderării Bulgariei și României). A se vedea: *Legislația europeană, Legislația comunitară privind cooperarea judiciară în materie civilă și penală*, ediție îngrijită și adnotată de Aurel Ciobanu-Dordea, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 86 și urm.

² JO L338, 23.12.2003.

1346/2000 al Consiliului din 29 mai privind procedurile de insolvență³; c) Regulamentul (CE) nr. 1206/2001 al Consiliului din 28 mai 2001 privind cooperarea între instanțele statelor membre în vederea obținerii de probe în materie civilă sau comercială⁴.

Regulamentul (CE) nr. 41/2001, are ca temei Tratatul de instituire a Comunității Europene, în special articolul 61 litera c (fostul articol 73 i) care prevede: „pentru a crea treptat un spațiu de libertate, securitate și justiție, Consiliul adoptă ... c) măsuri în domeniul cooperării judiciare în materie civilă, prevăzute la articolul 65”.

Măsurile care țin de domeniul cooperării judiciare în materie civilă cu incidență transfrontalieră, conform articolului 65 CE (fostul articol 75 m) trebuie să fie adoptate în conformitate cu articolul 67 CE⁵ (fostul articol 73 a), asigură buna funcționare a pieței interne și urmăresc, printre altele: a) să îmbunătățească și să simplifice: – sistemul de comunicare și notificare transfrontalieră a actelor judecătorești și fără caracter judecătoresc; – cooperarea în materie de obținere a probelor; – recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, inclusiv a hotărârilor fără caracter judecătoresc; b) favorizarea compatibilității normelor aplicabile în statele membre în materie de conflicte de legi și de competență; c) eliminarea obstacolelor din calea bunei desfășurări a procedurilor civile, la nevoie prin înlesnirea compatibilității normelor de procedură aplicabile în statele membre.

Normele sus amintite se regăsesc în primele considerente ale Regulamentului: 1) Comunitatea și-a stabilit ca obiectiv să mențină și să dezvolte un spațiu de libertate, securitate și justiție în cadrul căruia este garantată libera circulație a persoanelor⁶; 2) anumite disparități între normele interne care reglementează competența judiciară și recunoașterea hotărârilor împiedică buna funcționare a pieței interne⁷; 3) acest domeniu intră sub incidența cooperării judiciare în materie civilă în sensul articolului 65 din tratat.

Și alte considerente se adaugă celor mai înainte menționate și justifică apariția Regulamentului 44/2001: 1) în conformitate cu principiul subsidiarității și cel al proporționalității, astfel cum sunt enumerate la articolul 5 din tratat, obiectivele prezentului regulament nu pot fi suficient realizate de către statele membre, ele pot fi, în consecință, mai bine realizate la nivel comunitar⁸; 2) pentru atingerea obiectivului liberei

³ JO L160, 30.6.2000. Și acest Regulament a suferit numeroase modificări dintre care amintim: Regulamentul (CE) nr. 603/2005 al Consiliului (JO L100, 20.4.2005 – pentru înlocuirea anexelor A-C); Regulamentul (CE) nr. 694/2006 al Consiliului (JO L121, 6.5.2006 pentru înlocuirea anexelor A-C); Regulamentul (CE) nr. 1791/2006 al Consiliului (JO L363, 20.12.2006 pentru completarea unor dispoziții și a anexelor A-C ca urmare a aderării Bulgariei și României).

⁴ JO L174, 27.6.2007.

⁵ Articolul 67 (fostul articol 73 a): (1) în cursul unei perioade de tranziție de cinci ani de la intrarea în vigoare a tratatului de la Amsterdam, Consiliul hotărăște în unanimitate la propunerea Comisiei sau la inițiativa unui stat membru și după consultarea Parlamentului European; (2) după această perioadă de cinci ani – Consiliul hotărăște la propunerile Comisiei; Comisia examinează orice cerere a unui stat membru prin care se solicită ca ea să prezinte o propunere Consiliului ...

⁶ „... pentru realizarea treptată a unui astfel de spațiu, Comunitatea trebuie să adopte între altele, măsurile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă care sunt necesare pentru buna funcționare a pieței interne” (considerentul 1).

⁷ Prin urmare „... adoptarea de dispoziții care să unifice normele referitoare la conflictele de competență în materie civilă și comercială și la simplificarea formalităților în vederea recunoașterii și executării rapide și simple a hotărârilor de către statele membre legate prin prezentul regulament este indispensabilă” (considerentul 2).

⁸ „... Prezentul regulament se limitează la minimumul cerut pentru realizarea acestor obiective și nu definește ceea ce este necesar în acest sens” (considerentul 4).

circulații a hotărârilor în materie civilă și comercială este necesar și oportun ca normele care reglementează competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor să fie reglementate de un instrument juridic comunitar cu caracter imperativ și de aplicare directă⁹; 3) domeniul de aplicare a regulamentului trebuie să includă toate aspectele importante de drept civil și comercial, cu excepția anumitor aspecte bine definite¹⁰; 4) normele de competență trebuie să prezinte un mare grad de previzibilitate și să se întemeieze pe principiul conform căruia competența este determinată, în general de domiciliul pârâtului, și astfel trebuie să fie întotdeauna disponibilă ...¹¹; 5) în interesul administrării armonioase a justiției este necesar să se reducă la minimum posibilitatea apariției procedurilor concurente și să se evite pronunțarea în două state membre a unor hotărâri ireconciliabile¹²; 6) încrederea reciprocă în administrarea justiției la nivel comunitar justifică recunoașterea de plin drept a hotărârilor pronunțate într-un stat membru fără să fie necesară, cu excepția contestațiilor, recurgerea la o altă procedură¹³.

Pe lângă toate aceste considerente, care de fapt sunt reamintiri ale unor principii fundamentale ale dreptului comunitar – al proporționalității, subsidiarității, caracterului necesar al liberei circulații a persoanelor, al previzibilității normelor comunitare, al încrederii reciproce, interesul administrării armonioase a justiției – este de subliniat un alt important considerent anume acela al asigurării continuității rezultatelor obținute în urma revizuirii Convenției de la Bruxelles privind competența judiciară și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială. Știm că la 27 septembrie 1968 statele membre – în temeiul articolului 293 a patra liniuță – au încheiat Convenția de la Bruxelles, care a fost modificată prin Convențiile de aderare a noilor state membre la convenția în cauză. Mai apoi, la 16 septembrie 1988, statele membre și statele AELS au încheiat Convenția de la Lugano privind competența judiciară și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, convenție paralelă cu Convenția de la Bruxelles (1968). Au fost inițiate lucrări de revizuire a acestor convenții, iar Consiliul a aprobat conținutul textelor revăzute și, de aceea, era necesară asigurarea continuității rezultatelor în urma acestei revizurii¹⁴.

2. Aspecte

A. Aspecte teoretice

Structurat pe opt capitole (Capitolul I „Domeniul de aplicare”; Capitolul II „Competență”; Capitolul III „Recunoaștere și executare”; Capitolul IV „Acte autentice și tranzacții judiciare”; Capitolul V „Dispoziții generale”; Capitolul VI „Dispoziții tranzitorii”; Capitolul VII „Relațiile cu alte instrumente”; Capitolul VIII „Dispoziții finale”)

⁹ Considerentul 6.

¹⁰ Considerentul 7.

¹¹ „... cu excepția câtorva situații bine definite în care materia litigiului sau autonomia părților justifică un alt factor de legătură ...” (considerentul 11). În continuare, la considerentul 12 se precizează: „în afară de instanța domiciliului pârâtului, trebuie să existe și alte instanțe autorizate în temeiul unei legături strânse între instanță și litigiu sau în scopul bunei administrări a justiției”.

¹² Considerentul 15.

¹³ Considerentul 16. „În virtutea aceluiași principiu al încrederii reciproce, procedura în temeiul căreia o hotărâre pronunțată într-un stat membru devine executorie în alt stat membru trebuie să fie eficientă și rapidă. În acest sens, hotărârea de încuviințare a executării unei hotărâri trebuie să fie făcută practic automat în urma unor verificări pur formale ale documentelor furnizate, fără ca instanța să aibă posibilitatea de a invoca din oficiu unul dintre motivele de neexecutare prevăzute de regulament” (considerentul 17).

¹⁴ Considerentul 5, considerentul 19.

Regulamentul începe, în mod firesc, prin a preciza câmpul de aplicare. Astfel, se aplică – după cum rezultă din însăși titlul său – în materie civilă și comercială¹⁵. Dar nu este vorba de întreaga cuprindere a materiei civile și a celei comerciale deoarece nu se aplică: pentru a) starea și capacitatea persoanelor fizice, regimurilor matrimoniale, testamente și succesiuni; b) falimente, concordate sau proceduri similare; c) securitate socială; d) arbitraj¹⁶ și, de asemenea, nu se aplică în materie fiscală, vamală sau administrativă¹⁷.

Competența generală în materie o deține instanța de la domiciliul pârâtului (sau după cum afirmă articolul 2 alin. 1 ... „persoanele domiciliat pe teritoriul unui stat membru”¹⁸ sunt acționate în justiție, indiferent de naționalitatea lor, în fața instanțelor statului membru în cauză”).

De la această regulă există și excepții cuprinse în Secțiunea 2 Competențe speciale (din Capitolul II Competența). Astfel, o persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru poate fi acționată în justiție într-un alt stat membru (articolul 5): 1. (a) în materie contractuală în fața instanțelor de la locul în care obligația care formează obiectul cererii a fost sau urmează a fi executată¹⁹; 2. în materia obligației de întreținere în fața instanțelor de la locul unde creditorul obligației de întreținere este domiciliat sau își are reședința obișnuită sau, în cazul unei cereri accesorii unei acțiuni referitoare la starea persoanelor, înaintea instanței competente conform legii forului competent să instrumenteze cauza, cu excepția cazului în care competența se întemeiază exclusiv pe naționalitatea uneia dintre părți; 3. în materie delictuală și cvasidelictuală, în fața instanțelor de la locul unde s-a produs sau riscă să se producă fapta prejudiciabilă; 4. în cazul unei acțiuni civile în despăgubiri sau în restituire născută în temeiul săvârșirii unei infracțiuni, în fața instanței sesizate cu privire la acțiunea publică, în măsura în care, conform legislației interne, instanța în cauză este competentă numai în materia acțiunii civile; 5. în privința unei contestații privind exploatarea unei sucursale, agenții sau a unei unități, în fața instanțelor de la locul unde se află sucursala, agenția sau unitatea în cauză; 6. în calitatea sa de fondator, trustee sau de beneficiar al unui trust constituit fie în aplicarea legislației, fie în scris sau printr-o convenție verbală, confirmată în scris, în fața instanțelor din statul membru pe teritoriul căruia trustul în cauză își are sediul; 7. în privința unui litigiu referitor la plata unei remunerații pretinse pentru salvarea sau asistența de care a beneficiat o încărcătură sau o marfă, în fața instanței pe a cărei rază teritorială respectiva încărcătură sau marfă: a) a fost sechestrată în vederea obținerii unei astfel de plăți sau b) ar fi putut fi sechestrată, însă a fost depusă o cauțiune sau o altă garanție; cu condiția ca această dispoziție să se aplice numai în cazul în care se pretinde că pârâtul are sau a avut un drept asupra încărcăturii sau mărfii în momentul operațiunii de salvare sau de asistență²⁰.

¹⁵ Art. 1 alin. 1.

¹⁶ Art. 1 alin. 2.

¹⁷ Art. 1 alin. 1.

¹⁸ „În cadrul regulamentului, termenul „stat membru” definește statele membre cu excepția Danemarcei” (art. 1 alin. 3).

¹⁹ (b) ... în absența vreunei convenții contrare, locul de executare a obligației în cauză este: – în cazul vânzării de mărfuri, locul dintr-un stat membru unde, în temeiul contractului, au fost sau ar fi trebuit să fie livrate mărfurile; – în cazul prestării de servicii, locul dintr-un stat membru unde, în temeiul contractului, au fost sau ar fi trebuit să fie prestate serviciile”.

²⁰ “O persoană care are domiciliul pe teritoriul unui alt stat membru mai poate fi acționată în justiție:

Pe lângă aceste cazuri speciale de competență – prevăzute de art. 5 – trei alte secțiuni stabilesc competența în materii precum: asigurări, contractele încheiate de consumatori, contracte individuale de muncă²¹.

Unele instanțe au competență exclusivă, indiferent de domiciliu: 1. în materie de drepturi reale imobiliare sau de închiriere a unor imobile, instanțele din statul membru pe teritoriul căruia este situat imobilul; 2. în ceea ce privește valabilitatea constituirii, nulitatea sau dizolvarea societăților sau a persoanelor juridice care au sediul pe teritoriul unui stat membru ori valabilitatea deciziilor organelor acestora, instanțele din statul respectiv²²; 3. în ceea ce privește valabilitatea înregistrărilor în registrul public, instanțele din statul membru pe teritoriul căruia se păstrează registrul; 4. în ceea ce privește înregistrarea sau valabilitatea brevetelor, mărcilor, desenelor și modelelor industriale, precum și a altor drepturi similare care necesită depunerea sau înregistrarea, instanțele din statul membru pe teritoriul căruia depunerea sau înregistrarea a fost solicitată a avut loc sau, în temeiul unui instrument comunitar sau a unei convenții internaționale, se consideră că a avut loc²³; 5. în ceea ce privește executarea hotărârilor, instanțele din statul membru pe teritoriul căruia a fost sau urmează să fie executată hotărârea.

B. Din hotărârile CJCE

1. În hotărârea Curții (camera a patra) din 3 mai 2007²⁴ se precizează „Articolul 5 punctul 1 litera (b) prima liniuță din Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, trebuie interpretat în sensul că această prevedere este aplicabilă în caz de pluralitate de locuri de livrare în cadrul aceluiași stat membru. Într-un asemenea caz, instanța competentă să judece toate cererile întemeiate pe contractul de vânzare de mărfuri este aceea în a cărei rază teritorială se găsește locul livrării principale,

1. atunci când există mai mulți pârâți, în fața instanței domiciliului oricărui dintre aceștia, cu condiția ca cererile să fie atât de strâns legate între ele încât să fie oportună instrumentarea și judecarea lor în același timp pentru a se evita riscul pronunțării unor hotărâri ireconciliabile în cazul judecării separate a cauzelor;

2. printr-o cerere de chemare în garanție sau de intervenție, în fața instanței sesizate cu cererea principală, dacă aceasta nu a fost introdusă decât în scopul scoaterii sale de sub competența instanței în cauză;

3. în cazul unei cereri reconvenționale rezultate în urma aceluiași contract sau fost pe care s-a bazat cererea principală, în fața instanței sesizate prin cererea principală;

4. în materie contractuală, dacă acțiunea poate fi conexasă unei acțiuni în materie de drepturi reale imobiliare îndreptate împotriva aceluiași pârât, în fața instanței din statul membru pe teritoriul căruia este situat imobilul (articolul 6).

²¹ Secțiunea 3. Competența în materie de asigurări, Secțiunea 4. Competența în materia contractelor încheiate de consumatori, Secțiunea 5. Competența în materia contractelor individuale de muncă.

²² Pentru determinarea sediului, instanța aplică normele sale de drept internațional privat.

²³ Fără a aduce atingere competenței pe care Oficiul European pentru Brevete o are în conformitate cu Convenția privind acordarea brevetelor europene, semnată la Munchen la 5 octombrie 1973, instanțele din fiecare stat membru au competență exclusivă, indiferent de domiciliu, în acțiunile privind înregistrarea sau valabilitatea unui brevet european acordat statului în cauză.

²⁴ Hotărârea a fost dată în **cauza C386/05** ce a avut ca obiect pronunțarea unei hotărâri preliminare formulată de Oberster Gerichtshof (Austria) într-un context în care reclamanta, societatea comercială de drept austriacă, a dat în judecată pârâta, societatea comercială de drept german, pentru neîndeplinirea obligațiilor aflate în sarcina pârâtei în temeiul unui contract de vânzare-cumpărare care prevedea livrări în mai multe puncte aflate pe teritoriul austriac. A se vedea și cazurile enumerate în C. Macovei, *Dreptul european al contractelor. Modernizarea normelor de drept conflictual*, ed. a II-a adăugită, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2008, p. 110 și urm.

care trebuie determinată în funcție de criteriile economice. În lipsa unor factori determinanți pentru stabilirea locului livrării principale, reclamantul poate să acționeze în justiție pe pârât în fața instanței de la locul de livrare ales de acesta.

2. În hotărârea Curții din 13 iulie 2006, se precizează: „dispozițiile art. 6 pct. 1 din regulament trebuie interpretat în sensul că, într-o situație precum cea din procedura internă austriacă, această dispoziție poate fi invocată în cadrul unei acțiuni introduse într-un stat membru împotriva a doi pârâți, din care unul domiciliat în respectivul stat membru iar celălalt domiciliat în alt stat membru, chiar și atunci când respectiva acțiune este considerată încă de la introducerea sa, ca fiind inadmisibilă cu privire la primul pârât în temeiul unei dispoziții de drept intern”.

Curtea a reamintit că această normă specială de competență nu poate fi astfel interpretată încât să permită unui reclamant să formuleze acțiune împotriva unei pluralități de pârâți în scopul exclusiv al sustragerii unuia dintre aceștia competenței instanțelor din statul membru în care este domiciliat²⁵.

²⁵ Dată în cauza C-103/05 Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschiveu Hondels Guebht. În cauza respectivă, societatea comercială înmatriculată în Liechteustein, a dat în judecată pârâtul, persoană fizică domiciliată în Austria, și pârâta, societate comercială de drept german, acțiunea a fost introdusă în fața instanței austriece competente în funcție de domiciliul pârâtului persoană fizică și a fost respinsă ca inadmisibilă în ceea ce îl privește pe acest pârât. Pârâtul persoană juridică a contestat ulterior competența instanței în ceea ce îl privește, ca urmare a inadmisibilității capetelor de cerere referitoare la celălalt pârât. Întrebarea instanței austriece a fost, în esență, dacă reclamantul poate invoca dispozițiile art. 6 pct.1 din regulament pentru a introduce o acțiune în fața instanței competente teritorial în raport cu domiciliul unuia din pârâți, în condițiile în care capetele de cerere față de acest pârât sunt inadmisibile conform dreptului intern aplicabil de instanța investită cu judecarea pricinii.

Conceptul de „mamă surogat” între dreptul de a dispune de propriul corp și interesul superior al copilului

Concept of „surrogate mother” between the right to dispose of their bodies and interests of the child

Doctorand Roxana Gabriela ALBĂSTROIU*

Rezumat

Maternitatea de substituție a fost creată ca un mijloc nenatural de a permite unui cuplu să aibă copii, utilizând una din tehnicile de procreare medical asistată, care implică participarea a trei subiecți: soțul și soția care doresc să devină părinți și femeia care acceptă să poarte sarcina și să nască pentru acest cuplu. Aspectele referitoare la legislația în materie sunt controversate sau lipsesc cu desăvârșire. În cele mai multe țări există prezumția legală conform căreia este mama copilului cea care îi dă naștere. Există jurisdicții în care a fost permisă reproducerea medicală asistată, iar cei ce recurg la o astfel de procedură sunt considerați părinții noului născut. În multe țări, instanța trece pe certificatul de naștere al noului născut, numele părinților ce au recurs la o mamă surogat. În altele, posibilitatea reproducerii asistate nu este încă recunoscută sau este chiar interzisă.

Abstract

The maternity substitution was created as an unnatural means to allow a woman to become a parent, being nothing else but a technical procreation medically assisted, that involves the participation of three subjects: the husband and the wife wanting to become parents and the woman who agrees to bear the child and to give birth to it, for that couple. The legal aspects surrounding surrogacy are very complex and mostly unsettled. There is a default legal assumption in most countries that the woman giving birth to a child is that child's legal mother. In some jurisdictions the possibility of surrogacy has been allowed and the intended parents may be recognized as the legal parents from birth. Many states now issue pre-birth orders through the courts, placing the name of the intended parent on the birth certificate from the start. In others, the possibility of surrogacy is either not recognized (all contracts specifying different legal parents are void), or is prohibited.

Cuvinte-cheie: mama surogat; reproducere asistată medical; filiație; adopție

Keywords: surrogate mother; medically assisted procreation; filiations; adoption

1. Noțiunea de „mamă surogat”. Nu de puține ori am putea spune că relația tradițională dintre drept și realitate se modifică: astfel, nu dreptul constrânge realitatea, ci realitatea prin mobilitatea ei excesivă, constrânge dreptul. În prezent activitatea normativă, în efortul de a acoperi o arie cât mai vastă de relații sociale, devine galopantă, ritmul în care normele sunt produse devenind infernal. Multiplicarea regulilor de drept

* Doctorand buget al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/88/1.5/S/49516 „Creșterea calității și a competitivității cercetării doctorale prin acordarea de burse”.

este rodul unei complicări crescânde a vieții sociale, însoțită de necesitatea coordonării, în scopul protecției mediului natural și social a milioane de decizii individuale, dar și rodul unei automatizări crescânde a structurilor sociale¹.

Evoluția spectaculoasă din ultima perioadă a științei și tehnicii nu a lăsat domeniul medicinei neatins, din contră, s-au cunoscut salturi spectaculoase în ceea ce privește cercetarea în ramura geneticii, aceste descoperiri producând efecte și pe plan juridic și obligând legislația să evolueze în aceeași direcție. În acest sens s-a impus un nou tip de filiație, deja reglementat în anumite state, ce are la bază reproducerea asistată medical.

Maternitatea de substituție a fost creată ca un mijloc nenatural de a permite unui cuplu să aibă copii, utilizând una din tehnicile de procreere medical asistată, care implică participarea a trei subiecți: soțul și soția care doresc să devină părinți și femeia care acceptă să poarte sarcina și să nască pentru acest cuplu.

Pornind de la conceptul clasic de „mamă surogat”, apariția a noi metode medicale au dus la evoluția acestuia către noi accepțiuni². Astfel:

- mama surogat, în sens clasic, este reprezentată de femeia ce acceptă să fie inseminată cu sperma bărbatului din cuplul ce dorește un copil, aceasta fiind nu numai purtătoarea fătului pe timpul sarcinii, ci și cea care contribuie cu material genetic la crearea acestuia. Cu alte cuvinte ea cumulează rolul de mamă genetică cu cel de mamă purtătoare, acest procedeu purtând denumirea de „gestație pentru altul”, respectiv „maternitate substituțită”;

- mama surogat, într-o accepțiune nouă, este femeia ce acceptă să poarte până la maturitate embrionul cu care este inseminată, și care provine de la un cuplu pe care îl va considera ca fiind de fapt și de drept familia copilului ce se va naște, în acest caz mama surogat îndeplinind numai rolul de mamă purtătoare.

Această disociere a situațiilor fiind făcută putem spune că, prin „mamă surogat” înțelegem acea femeie ce acceptă să poarte o sarcină, realizată fie prin inseminarea acesteia cu materialul genetic al bărbatului a cărei soție dorește să fie mamă, fie prin implantarea embrionului obținut în laborator din gameți proveniți de la cuplul ce dorește să aibă un copil³.

Este evident faptul că această modalitate de a procrea este un mijloc nenatural prin intermediul căruia o femeie ce este fertilă din punct de vedere genetic, însă nu poate avea copii din imposibilitatea de a duce la bun sfârșit sarcina, poate deveni mama prin recurgerea la ceea ce numim maternitate substituțită în sens propriu-zis.

Din punct de vedere juridic, indiferent de proveniența materialului genetic din care copilul este conceput, este considerată ca mamă⁴ femeia care dă naștere copilului, iar în cazul instituției mamei surogat, aceasta este mama purtătoare. Astfel, constatăm existența a numeroase lacune legislative în ceea ce privește acest tip de filiație, fiind evident faptul că normele de drept existente în multe state sunt depășite de situația reală produsă de maternitatea asistată; chiar dacă din punct de vedere biologic există posibilitatea unei

¹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 353.

² Gabriela Lupșan, *Aspecte juridice referitoare la mama surogat*, accepțiuni regăsite în materiale de curs.

³ Scripcaru Gheorghe, Ciucă Aurora, Astărăstoae Vasile, Scripcaru Călin, *Bioetica, științele vieții și drepturile omului*, Iași, Ed. Polirom, 1998, p. 122.

⁴ Art. 47, C. fam, în România; art. 311-19C. civ. fr.

astfel de procreări, din punct de vedere juridic legiuitorul trebuie să analizeze dacă acest tip de filiație încalcă principiile deja existente în dreptul pozitiv, sau dacă, din contră reprezintă o oportunitate și un drept ce trebuie reglementat având în vedere toate efectele ce decurg de aici.

Putem constata cu ușurință că vorbind de „mama surogat” utilizăm un concept metajuridic pe care îl putem defini din punct de vedere biologic, de exemplu, însă este destul de dificil de definit din punct de vedere juridic. Indiferent cât de grea ar fi încercarea și cât de aproximative rezultatele, definirea noțiunii este necesară, deoarece vorbim de nevoia de circumscriere cât mai precis cu putință a necesității, conținutului specific și finalității denumite „maternitate substituită”. Acest lucru este util atât pentru stabilirea câmpului de cercetare și alegerea metodei de analiză cât și pentru identificarea și înțelegerea implicațiilor profunde ce rezultă din ea.

Nu trebuie să cădem însă, pentru ca un demers de definire să fie posibil și benefic, nici în dogmatism, considerând că definirea maternității substituite nu prezintă nicio dificultate și că rezultatul poate avea precizia, claritatea și coerența proprii oricărui adevăr științific, nici în scepticism, considerând că este vorba de un demers exasperant ridicând probleme insurmontabile⁵. Astfel, din punct de vedere metodologic, vom încerca o definire prin gen proxim și diferență specifică, acest tip de definiție constând în a caracteriza un fenomen pornind de la trăsăturile pe care le împărtășește cu alte fenomene și de la trăsăturile particulare care îi sunt proprii și care îl diferențiază de acestea⁶.

Instituția juridică a maternității substituite reprezintă ansamblul sistemic de norme ce reglementează situația juridică ce se naște între o femeie purtătoare a embrionului (mama surogat), și cuplul donator de material genetic al aceluși embrion, precum și relațiile de filiație ce vor rezulta în urma acestui procedeu de reproducere umană asistată.

În situații precum cea analizată, în care realitatea creează dreptul, de cele mai multe ori doctrina tinde să dea fie o definiție pur descriptivă, empirică, în care să enumere caracteristicile fenomenului social, fie o definiție constructivă care poate abstractiza conceptul. De altfel, și legiuitorul în actul său de normare, este posibil să transgreseze atribuția sa de reglementare a situațiilor sociale, încercând să definească scolastic o serie de concepte metajuridice în cadrul legii, acest lucru având adesea implicații diverse cel mai frecvent nedorite (ex. restrângerea obiectului). Or, mediul social este, cel puțin în ultimul timp deosebit de mobil, fiind „generator de perturbații” pe care sistemul este nevoit să le absoarbă, compresând aceste „șocuri externe” în norma juridică.

Tocmai pentru a putea defini acest concept este nevoie de o reglementare care să creeze cadrul legal al noțiunii în discuție.

2. Diferite abordări ale maternității substituite în dreptul internațional. În 1991, Curtea de Casație franceză interzice practica maternității substituite în Franța, considerând-o ca fiind contrară principiului ordinii și moralei publice. În același sens, legea⁷ din 1994 referitoare la respectul corpului uman susține interdicția dispusă în 1991. Cu toate acestea, numeroase cupluri din Franța aleg această variantă recurgând la mame

⁵ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 29.

⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁷ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

purtătoare din țări care permit o astfel de procedură, însă autoritățile franceze privesc acest fapt ca o „nuanțare a regulilor de adopție” deja existente. În același sens se îndreaptă, se pare și jurisprudența⁸, deoarece de curând Curtea de Apel Paris a tranșat un litigiu în favoarea cuplului care, de șapte ani era pus sub acuzația de „adopție frauduloasă”. Curtea de Apel a estimat că actele de adopție întocmite de autoritățile americane sunt legal întocmite, considerând membrii cuplului ca părinți adoptatori ai copilului. De asemenea, în motivarea sa, Curtea a apreciat că refuzul de recunoaștere a actelor de adopție poate avea consecințe contrare principiului interesului suprem al copilului. De ceva timp, în legislația franceză, acest principiu este central în dreptul familiei, de câțiva ani, devenind însuși fundamentul acestei discipline⁹. Din acest punct de vedere, este laudabilă soluția dată de instanța care a pus interesul copilului mai presus decât interdicția referitoare la mamele surrogat, deoarece trebuie să nu uităm că este foarte important ca acel copil să reprezinte locul central în cadrul familiei sale. Totuși, pentru a crea jurisprudență este nevoie ca litigiul să fie tranșat în aceeași direcție și de către Curtea de Casație, cea mai înaltă autoritate judiciară în Franța. Un lucru este însă cert, decizia Curții de Apel are cel puțin meritul de a deschide noi dezbateri în a considera principiul interesului superior al copilului ca fiind o excepție de la dreptul de a dispune de propriul corp și mai ales de la interdicția practicii maternității substituite¹⁰.

În 2008 Curtea de Casație casează această decizie pentru vicii de procedură, intrându-se astfel în cel de-al nouălea an pentru a se face pronunțarea pe fond¹¹.

După numeroase dispute, în 2009, în urma revizuirii legii bioeticii în Franța, Consiliul de Stat a dat un aviz menținând interdicția maternității substituite, dar propune: „situația juridică a copiilor născuți în străinătate, în urma recurgerii la o asemenea practică trebuie reglementată, deoarece aceștia nu trebuie să sufere în urma faptelor comise de părinții lor ce au recurs la o practică interzisă în Franța”¹².

O cu totul altă perspectivă o au însă Statele Unite ale Americii și Marea Britanie. În SUA procedura mamei de substituție era reglementată, într-o primă fază în cadrul Legii referitoare la adopție și donații de spermă, însă după 1987¹³ multe dintre State au reglementat maternitatea substituită tocmai pentru a încadra această practică și pentru a clarifica legile referitoare la filiație. Această lege prevede obligativitatea gratuității contractului dintre mama purtătoare și cuplu, obligație ce în practică nu este de fiecare dată respectată. În cazul în care un astfel de contract este legal întocmit, mama purtătoare are aceleași drepturi ca și cuplul donator, numai dacă în contract nu este prevăzut altfel.

În Marea Britanie, legea din 1985 referitoare la această materie, Surrogacy Arrangements Act, a prevăzut sancțiuni pentru intermediarii implicați în realizarea oricărei proceduri de tipul maternității substituite și a interzis instanțelor judiciare să ofere forță executorie convențiilor încheiate între o mamă purtătoare și un cuplu ce își dorește copii. Prin legea din noiembrie 1990, Acte Human Fertilisation and Embriology, a fost conferit

⁸ Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, Section C, 25 octobre 2007, RG 06/00507.

⁹ Ph. Malaurie, Hugues Fulchiron, *La famille*, Ed. Defrénois, Paris, 2006, p. 526.

¹⁰ Jean-Pierre Rosenczveig, *L'encyclopédie pratique «Protection de l'enfance et de l'adolescence»*, Ed. Weka, Paris, 2006, partie 3, p. 653.

¹¹ Civ. 1e, 17 déc. 2008, n°07-20.468, D. 2009. AJ. 166, obs. V. Egéa; Juris-Data, n°2008-046272.

¹² La Recherche, *Bioéthique: Le Conseil d'Etat reste pragmatique*, 06.05.2009 | 17h00.

¹³ Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal.4th 84 19 Cal. Rptr.2d 494; 851 P.2d 776; Whitehead MB, Schwartz L. A Mother's Story: The Truth About the Baby M Case. Publisher: St Martins Pr; 1st February 1989.

un statut juridic specific copilului născut în urma unui astfel de procedeu. În această manieră, maternitatea substituită – utilizată numai ca o soluție finală, în cazul în care mama genetică nu poate din motive medicale să poarte sarcina – capătă un loc special printre instituțiile juridice din Marea Britanie.

Astfel, procedura constă în încheierea unui contract pe de o parte, între femeia ce dorește să poarte embrionul, până la maturizarea acestuia și să dea naștere copilului, și pe de altă parte cuplul ce dorește să aibă copil și care este donator de material genetic.

Pentru ca maternitatea substituită să fie admisă și transferul de filiație să fie aprobat de instanță, legiuitorul englez a impus câteva condiții specifice¹⁴: membri cuplului solicitant trebuie să fie căsătoriți, fiind excluse cuplurile de concubini și cele de homosexuali; membri cuplului să fie majori și să aibă domiciliul pe teritoriul Marii Britanii; sunt excluse relațiile intime dintre bărbatul din cuplu și mama purtătoare, fiind acceptat doar procedeu de inseminării unui embrion creat in vitro; condiția sine qua non este legătura genetică dintre copil și cel puțin unul dintre soți; consimțământul participanților (mama purtătoare și cei doi soți); mama purtătoare trebuie să încredințeze voluntar copilul soților donatori.

În vederea determinării filiației între copilul născut de mama purtătoare și cei doi soți, legiuitorul englez a ales o soluție originală, creând o nouă procedură denumită *transfer de filiație*, ce permite relația juridică dintre copil și cei ce doresc să-i devină părinți. Procedura transferului de filiație este asemănătoare cu cea a adopției, fiind rezultatul unei combinații uimitoare între filiația de sânge și cea afectivă¹⁵, condiția impusă de legiuitor fiind ca între copil și cel puțin unul dintre viitorii părinți să existe o legătură genetică. Cu alte cuvinte, copilul pentru care se solicită în instanță transferul de filiație, trebuie să fie purtătorul genelor cel puțin al unuia din membri cuplului solicitant. În mod normal, știm că din punct de vedere juridic este considerată mamă a copilului femeia care îi dă naștere.

Astfel, în afară de procedura adopției, mama donatoare de material genetic nu dispune de niciun mijloc legal de a crea o legătură de filiație între ea și copilul născut de mama purtătoare, lucru ce nu se întâmplă și în cazul soțului său. Am putea spune că și în dreptul nostru se face o asemenea discriminare, art. 56 C. fam. spunând că filiația față de tată se stabilește, în afara cazurilor prevăzute de articolul 53, prin recunoaștere sau hotărâre judecătorească, în timp ce filiația față de mamă, conform art. 47 C. fam. rezultă din faptul nașterii. Decizia judiciară de transfer de filiație reprezintă mijlocul juridic prin care se înlătură această inegalitate dintre femeia care dorește să devină mamă și soțul său ce devine tatăl aceluiași copil.

3. Necesitatea reglementării „mamei surogat”. Așa cum am văzut în secțiunea anterioară, anumite țări prezintă deja o jurisprudență bogată în materia maternității substituite, dezvoltând de asemenea și reglementări din ce în ce mai obiective în acest sens. Astfel, putem lua ca exemplu: Anglia, Belgia, Grecia, Australia (în cea mai mare parte), Argentina, Brazilia, cea mai mare parte a Statelor Unite ale Americii. De

¹⁴ Acte Human Fertilisation and Embriology, nov. 1990, London.

¹⁵ Filiația afectivă este o procedură de filiație specifică dreptului englez, în care un cuplu care are legături afective (il îngrijesc material și spiritual) dovedite și de lunga durată cu un copil îl poate considera ca fiind al lor, acest raport de filiație fiind și recunoscut juridic.

asemenea, unele state nu au o reglementare strictă în acest sens, astfel Codul civil din Quebec conține anumite dispoziții¹⁶ asemănătoare celor din art. 16-7 Cod civil Francez, dispoziții ce sancționează cu nulitatea o convenție existentă între o mamă purtătoare și un cuplu. În România, în prezent, legislația nu prevede posibilitatea de a apela la maternitatea substituită, însă nici nu interzice acest lucru; abia în Noul Cod civil, fiind inspirat după Codul civil din Quebec, art. 461 interzice orice convenție care poate avea ca scop procrearea sau purtarea sarcinii de o altă persoană.

În cele mai multe țări, însă, legislația în acest domeniu lipsește cu desăvârșire, chiar dacă în realitate există și este de notorietate practicarea procedurilor de fertilizare în vitro și recurgerea la o mama purtătoare, copiii născuți prin tehnica asistării medicale fiind apoi adoptați de părinții donatori de materie genetică. Această lacună a legii permite dezvoltarea de adevărate afaceri, tocmai din inexistența unor reglementări fiind încălcate grav principiile precum dreptul de a dispune liber de propriul corp, dreptul la viața privată etc. Chiar și în țări precum Franța, în care după cum am văzut există anumite sancțiuni în această materie, tocmai acestea duc la situații greu de remediat în fapt.

În urma sondajelor¹⁷ realizate în Franța, se pare că 61% din populație este de acord cu legalizarea instituției „mamei surogat”, aceștia spunând că ar apela oricând la o astfel de procedură (87% din cuplurile de heterosexuali prezenți la sondaj, 62% cupluri de homosexuali, 55% femei celibatate). Din persoanele chestionate 33% au fost opozanți, restul abținându-se. Opoziția persoanelor în ceea ce privește legalizarea acestei proceduri a fost motivată de apariția unei „comercializări a corpului uman”, în special al femeii în cazul în care această tehnică ar fi reglementată. Subiectul stârnește din ce în ce mai des debateri aprinse, dar unde este legea? Putem observa că cele mai multe „afaceri” de acest gen apar chiar în țările în care aceste reglementări nu sunt prea clare sau chiar sunt inexistente (în occident, tocmai sancționarea cu nulitatea a convenției duce la plata unei sume de bani, 142.000 euro, de către cuplul ce dorește un copil pentru mama surogat, aceasta recurgând adesea la șantaj).

În România, mass media a prezentat în numeroase rânduri nașteri rezultate din recurgerea unui cuplu la tehnica maternității substituite, și din ce în ce mai multe femei postează anunțuri pe diverse situri de internet prin care își oferă „serviciile” de mamă surogat în schimbul unei sume de bani (20.000 euro). Chiar dacă, România este membră ONU și a adoptat Convenția ONU cu privire la drepturile copilului încă din 28 septembrie 1990, chiar dacă, încă din 2004 avem în legislația internă principiul interesului superior al copilului¹⁸, iar integritatea corpului uman¹⁹ este ridicată la rang de principiu, prin lipsa legislației în materia maternității substituite, și în general în domeniul reproducerii medical asistate observăm că adesea se recurge la practici devenite „afaceri” în care toate textele amintite mai sus sunt încălcate.

După cum se știe, conștiința juridică are un rol recunoscut în selectarea și configurarea relațiilor de reglementat, în raport cu exigențe prezente și viitoare, în baza „judecăților de valoare” cu privire la actele și faptele juridice dintr-o etapă sau alta desfășurării relațiilor sociale, în conformitate cu normele juridice, adică sub forma

¹⁶ Art. 541 C. civ. Q. prevede: „Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue”.

¹⁷ Pentru detalii referitoare la sondajul efectuat de IPSOS, www.ipsos.fr

¹⁸ Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului.

¹⁹ Legea nr. 2/1998 privind prelevarea și transplantul de țesuturi și organe umane.

raporturilor juridice. În acest fel conștiința juridică se reflectă în realizarea dreptului, în acel proces complex de transpunere în viață a normelor dreptului, căci conștiința juridică este, în mod necesar, o formă de manifestare a conștiinței sociale²⁰.

În sensul remedierii abuzurilor existente în materia mamei surogat, se încearcă crearea instituției maternității de substituție, existând în acest sens numeroase demersuri de-a lungul timpului.

În anul 2003 a fost inițiată propunerea legislativă nr. 217/2003 – „Propunere legislativă privind sănătatea reproducerii și reproducerea umană asistată medical”. După mai multe modificări și dezbateri, a fost adoptată de Camera Deputaților în aprilie 2004, fiind înaintată la Senat, apoi Președintelui României. Retrimisă Senatului, după mai multe reînscriseri pe ordinea de zi etc., legea a rămas în același stadiu, la Senat, din noiembrie 2005 până în prezent.

În aceeași direcție este adus un amendament art. 461 din Noul Cod Civil care consideră nulă orice convenție între un cuplu și o mamă surogat. Senatorii și deputații din subcomisia care dezbate proiectul Codului civil au căzut de acord să se dea posibilitatea soților de a încheia convenții prin care să apeleze la serviciile unei mame-surogat care să dea naștere unui copil. Senatorul Urban Iulian anunța (3 aprilie 2009) faptul că va depune în Parlament proiectul de lege care va reglementa regimul juridic al acestei noi instituții, motivând că o asemenea lege este necesară deoarece: peste 20 % din cupluri se confruntă cu probleme de infertilitate; rata mortalității depășește cu mult rata natalității.

Astfel că, persoanele care nu pot face copii din cauza incapacității fiziologice a mamei, și care își doresc acest lucru, să poată apela la mame-purtătoare a sarcinii. Această mamă surogat va purta copilul cuplului afectat de infertilitate, în baza unui contract care se va încheia în fața unui notar public, și care îl va aduce pe lume, raporturile de filiație urmând să fie stabilite exclusiv între părinții copilului. Urmează ca Uniunea Națională a Notarilor Publici din România să trimită senatorului Urban Iulian, forma finală a înscrisurilor autentice care trebuie încheiate într-o asemenea situație, moment în care proiectul de lege se va definitiva și depune spre dezbateri la Parlament.

Observăm astfel, că în contractul mai sus amintit părțile vor fi reprezentate, pe de o parte de mama purtătoare, iar de cealaltă parte de cuplul donator de material genetic, și care dorește să aibă un copil. Obiectul acestui contract este reprezentat de corpul mamei surogat, care în temeiul dreptului de a dispune liber de propriul corp, își va da consimțământul în a purta și da naștere copilului pe care mai apoi îl va încredința părinților genetici. În ciuda multiplelor disensiuni referitoare la încălcarea principiului interesului superior al copilului, consider în urma analizei doctrinei²¹, că acest copil nu poate fi afectat decât în cazul în care după nașterea sa, în ciuda unor lacune legislative, nu ar putea fi încredințat familiei donatoare de material genetic, și ar fi pus în situații neclare periclitându-i buna creștere și dezvoltare în cadrul familiei.

Tocmai conștientizând finalitățile acestei proceduri de reproducere umană asistată, trebuie avute în vedere soluții viabile ce vor putea fi aplicate pe o lungă durată de timp. Numai acționând astfel, ceea ce în momentul de față ridică divergențe la nivel social își poate găsi soluționarea în așa fel încât, societatea să nu mai fie confruntată în viitor cu

²⁰ Dumitru Mazilu, *Tratat de teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, Ed. Lumina Lex, București, 2007, p. 49.

²¹ Jean-Pierre Rosenczveig, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Éd. Jeunesse et Droit, 3e édition refondue en 2005, p. 1176.

acest gen de dificultăți. Or, știm foarte bine că orice instituție juridică adaptează faptele sociale în funcție de finalitatea propusă, iar această finalitate în cazul nostru este interesul suprem al copilului și protecția vieții intime, oglindită de această dată în viața de familie.

Concluzionând, putem admite că încercările de legiferare ale maternității substitute reprezintă premiza că în viitor numeroase cupluri vor obține dreptul la o viață de familie, având filiația aceluși copil căruia, din materialul lor genetic, o mamă purtătoare ia dat naștere, uzând de dreptul ei de a dispune de propriul corp, copil ce, datorită reglementărilor în materie va putea crește și se va dezvolta alături de părinții săi.

Considerații istorice și etico-morale asupra relației om-natură

Historical and ethical considerations upon the relationship human-nature

Doctorand Ana-Maria MORARU*

Rezumat

Dacă pentru o perioadă îndelungată de timp au existat puncte de vedere care susțineau că între cele două concepte supuse analizei: proprietate și mediu există o relație negativă, cercetările au demonstrat viabilitatea existenței unui raport pozitiv între factorii studiați, nefiind imperios să fie sacrificate drepturile omului cu scopul salvării naturii, așa cum nici drepturile naturii nu sunt anihilate de activitatea omului. Putem afirma, pe baza argumentelor că sintagma „oamenii-stăpânii naturii” a fost înlocuită în contemporaneitate prin sintagma „oamenii-gardienii naturii”, care are scopul de a sublinia că omul are nu doar drepturi, ci și obligații în relația cu mediul înconjurător.

Abstract

As long as for a long period of time there were different points of view considering that, between the 2 concepts subjected to the analysis: ownership and environment- there was a negative connection, the research has proved the viability of the existence of a positive relation between the factors examined, without sacrificing the human rights aiming to nature's protection, the way that neither the nature's rights aren't annihilated by the human activity. We can therefore, declare, upon the arguments, that „mankind as masters of nature” was replaced nowadays by „mankind – gardiens of nature” whose purpose is to underline that man doesn't have only rights, but obligations as well in relation with environment.

Cuvinte-cheie: *proprietate; dreptul la un mediu sănătos; relația om-natură*

Keywords: *ownership; right to a healthy environment; relationship human-nature*

1. Istoria apropierei naturii de către om. Ca orice specie animală sau vegetală, omul acționează asupra mediului înconjurător încă de la apariția sa pe Pământ. Repartizate pe diverse continente, primele populații nu au avut niciun impact negativ asupra mediului natural, oamenii primitivi fiind prin excelență consumatori, ei s-au integrat în cadrele și cerințele sistemului natural mai ales prin subordonare față de el, în fața unei dominații covârșitoare a naturii, acesta locuind în peșteri sau alte adăposturi oferite de mediul natural, îmbrăcându-se cu piei sau cu alte produse ale naturii, folosind obiecte și arme din lemn, piatră și os. Însă odată cu destrămarea perioadei primitive, oamenii au început să cultive câmpurile și să crească animalele, descoperă și folosesc

* Doctorand bugetar al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/6/1.5/S/14 „Creșterea atractivității, calității și eficienței studiilor universitare de doctorat prin acordarea de burse doctorale”.

focul, se prelucrează fierul și astfel repercusiunile activităților umane debutează cu efecte negative asupra naturii¹. Cu toate acestea, apropierea naturii de către om nu reprezintă un model universal și etern, ci, mai degrabă constituie un model cultural și recent, având în vedere faptul că afirmarea dreptului de proprietate este o cucerire a Revoluției.

Dacă proprietatea modernă conferă titularului toate puterile asupra unui bun individualizat, străvechea formă de proprietate se caracteriza prin partajarea puterilor între mai mulți titulari, care exercitau atributele asupra unui ansamblu de bunuri. Proprietatea comună a Evului Mediu își găsește originea în sistemul de drept potrivit căruia capul familiei nu era decât depozitar al unui pământ, iar proprietatea aparținea generațiilor care se succed. Această concepție se consolidează, pe de-o parte, pe ideea creștină conform căreia Dumnezeu este singurul proprietar veritabil al pământului, iar, pe de altă parte, se bazează pe reprezentarea medievală a individului, individ integrat într-un grup familial, dar și într-o ordine naturală².

Trebuie subliniat faptul că în Evul Mediu, în cadrul unei economii de subzistență, dreptul esențial era *ius fruendi*, folosința în vederea supraviețuirii, mai degrabă decât *ius abutendi* sau dreptul de a dispune liber de bun, care va apărea mai târziu, în cadrul unei economii capitaliste și într-un context devenit individualist. Statutul funciar medieval se caracteriza printr-o multitudine de cutume cărora li se adăugau servituți menite să limiteze drepturile celor care foloseau patrimoniul comun.

Revoluția de la 1789, inspirată de către un ideal liberal și individualist, va clădi apropierea naturii de către om pe un model unic: în termenii Declarației drepturilor omului și cetățeanului de la 1789, dreptul de proprietate este sacru și inviolabil. Această mișcare a sacralizării dreptului de proprietate comportă asupra tuturor lucrurilor, naturale sau fabricate, corporale sau incorporale. Astfel, omul devenea titularul unui drept real prin excelență, stăpân absolut al obiectului acestuia conform formulei cuprinse în art. 480 (art. 544 C. civ. fr.) „Proprietatea este dreptul pe care îl are cineva de a se bucura și dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege”. Ideea care se degajă din această manieră de a reprezenta prerogativele dreptului de proprietate este puternică întrucât are menirea de a satisface în același timp două instincte: dorința de putere și teama de a duce lipsă. În literatura de specialitate a fost susținută ideea potrivit căreia a fi proprietar înseamnă atât a folosi lucrul după bunul său plac, dar și facultatea de a dispune de respectivul bun, fie a-l înstrăina juridic prin donație, vânzare-cumpărare, fie a-l distruge fizic. Prin distrugerea bunului, făcându-l astfel indisponibil, proprietarul exercită stăpânirea în manieră absolută³.

Interesantă este și maniera de abordare a lui John Locke, care dedică proprietății un capitol din lucrarea scrisă în 1689 „Deuxieme Traite du gouvernement civil” și mărturisește că intenția sa constă în a stabili „cum oamenii pot să dobândească proprietatea unor porțiuni distincte din ceea ce Dumnezeu a dat omenirii în comun, chiar fără acordul expres al tuturor coproprietarilor”⁴. Locke susține că prin intermediul muncii

* Doctorand bugetar al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/6/1.5/S/14 „Creșterea atractivității, calității și eficienței studiilor universitare de doctorat prin acordarea de burse doctorale”.

¹ Mircea Duțu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 3.

² A. M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1988, p. 24.

³ M. Remond-Gouilloud, *Du droit de detruire*, Presses Universitaires de France, p. 12.

⁴ J. Locke, *Deuxieme Traite du gouvernement civil*, Vrin, Paris, 1977, p. 90.

sale, care reprezintă transpunerea libertății, omul sustrage anumite resurse din starea naturală, le conferă o indicație și o valoare adăugată, putând astfel să și le rezerve. Dar ilustrează și limite existente acestui drept de apropiere privată a resurselor inițial comune: justificată prin nevoie și muncă, proprietatea este în același timp măsurată de acestea. Altfel spus, ea încetează a fi legitimă dacă excede partea necesară satisfacerii nevoii, sau dacă nu este fructul efortului personal. În concepția lui Locke justificarea dreptului presupune că „ceea ce rămâne este suficient celorlalți, atât cantitativ, cât și calitativ”⁵.

Trebuie subliniată, în procesul evoluției societății, tendința legislației de a clasifica toate elementele naturii, transformându-le în bunuri prin conferirea de valoare comercială, astfel animalele afectate la cultură, peștele din iaz, iepurii de casă, stupii cu roi sunt imobile prin destinație.

2. Dimensiunea etico-morală a raportului drept de proprietate-natură. Legătura între dreptul de proprietate și calitatea mediului înconjurător a fost subliniată de Aristotel care observa că „ceea ce este comun unui număr mare de oameni face obiectul unei preocupări mai puțin atente. Omul are foarte mare grijă de ceea ce este al său, el are tendința să neglijeze ceea ce este comun”⁶. Astfel, Aristotel critica proprietatea comună atât de dragă lui Platon, întrucât această formă de proprietate, susținea filozoful s-ar caracteriza prin reducerea sensului răspunderii, responsabilităților, ceea ce ar diminua atenția și interesul acordat obiectului posedat. Regimul proprietății comune sau colective prezintă riscul ca oamenii să nu conștientizeze limitele care trebuie să existe și să fie respectate, limite instaurate autorității, responsabilității și ambițiilor umane. Proprietatea privată canalizează prin urmare agresivitatea naturală a omului.

Se susține că absența altruismului, care ar fi regăsită în toate acțiunile umane, nu ar trebui să condamne apropierea resurselor mediului înconjurător în acele situații în care această procedură ar conduce la conservarea resurselor, căci importante ar trebui să fie rezultatele, ci nu intențiile. În acest punct al demersului își găsește locul întrebarea referitoare la natura umană: ce predomină, egoismul sau altruismul? Observațiile biologilor și economiștilor scot în evidență că oamenii sunt mai degrabă ghidați de interesul individual decât de cel colectiv, iar cooperarea indispensabilă între oameni în vederea gestionării resurselor mediului înconjurător implică negocierea și reciprocitatea necesară. Dacă dreptul de proprietate se dovedește a fi unul dintre cele mai bune moduri de a gestiona pe termen lung resursele mediului înconjurător, atunci atitudinea benefică nu ar consta în a combate eficiența demersului, poziție care se bazează pe egoismul ființei umane și pe faptul că dreptul de proprietate este dacă nu imoral, cel puțin amoral⁷.

În ceea ce privește proprietatea publică, din punct de vedere al eficienței și al moralității, aceasta nu a reușit să-și demonstreze superioritatea în analiza dedicată resurselor mediului înconjurător. Desigur, prin intermediul proprietății publice este satisfăcut instinctul egalitarist, deși nu este foarte clară maniera în care „ceea ce este pentru toți nu aparține nimănui” poate să aducă satisfacție cetățenilor.

⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁶ Aristotel, *Politica*, Cartea III, Capitolul 3.

⁷ Max Falque, Michel Massenet, *Droits de propriete et environnement*, Dalloz, 1997, p. 12.

Este importantă și utilă distincția între proprietate comună și accesul liber, deoarece cercetările efectuate în materia gestiunii patrimoniale tind să transforme accesul liber la resursele mediului înconjurător, precum apa, pădurea, zonele naturale, în gestiune a unui bun comun, concretizându-se o nouă variantă, intermediară între gestiunea centralizată birocratică și proprietatea privată. Aceste eforturi sunt meritorii și permit o bună adaptare a mijloacelor la obiectivele stabilite, iar adaptarea se realizează în funcție de natura bunurilor mediului înconjurător, de contextul socio-economic și juridic, dar și în raport de evoluția tehnologică. Dreptul de proprietate a reușit, pe parcursul evoluției societății, să se adapteze tehnicilor noi și nevoilor umane aflate într-o continuă schimbare. În prezent se consideră că s-a atins apogeul impactului acțiunii umane asupra mediului natural, iar atenuarea sau rezolvarea situației ar putea consta în instaurarea unei noi dimensiuni ecologice a orizontului moral-civic al omului modern, tradusă prin cultivarea sentimentului responsabilității față de protecția și dezvoltarea mediului la care se adaugă conștiința datoriei civice de a se comporta și acționa cu grijă și înțelegere în raport cu elementele naturii ambiante.

Ecologia își găsește unul dintre fundamentele sale etice în următoarea afirmație: omul este invitat să folosească natura, nu să o distrugă. Deși Descartes utiliza în scrierile sa sintagma „oamenii-stăpânii naturii”, literatura de specialitate preferă în contemporaneitate expresia „oamenii-gardienii naturii”, aceasta pentru că nu avem doar drepturi, ci și obligații în relația cu mediul înconjurător, iar o obligație importantă constă în transmiterea către generațiile viitoare a resurselor naturale, obligație pentru îndeplinirea căreia aceste bunuri trebuie puse la adăpost împotriva oricărei forme de distrugere⁸.

Dezbaterea asupra modului în care oamenii își pot apropria natura se integrează în dezbaterea mai amplă referitoare la drepturile pe care omul le poate exercita asupra naturii.

3. Res nullius și res communis. Dacă în secțiunea anterioară am analizat bunurile, în general și valorile mediului înconjurător, în special, care au fost apropiate de către om, în această secțiune atenția va fi acordată acelor lucruri care au rezistat tendinței umane de stăpânire. Aceste bunuri rămase în afara dominației omului pot fi grupate în două categorii distincte prin trăsăturile specifice. Astfel demersul constă în reliefarea specificității categoriei *res nullius* în paralel cu *res communis*.

Integrăm în *res nullius* acele lucruri fără valoare și fără stăpân, iar exemplificarea conține vânatul sălbatic, apele de ploaie și apele subterane, ciupercile pădurii, care pot fi procurate de subiectele de drept. O trăsătură care se desprinde din enumerarea prezentată este faptul că aceste bunuri pot fi apropiabile. Noțiunea pare a fi legată de ideea abundenței, iar indiferența dreptului față de această categorie a fost fundamentată în doctrină pe lipsa temerii că ar dispărea, că nu ar mai fi la un moment dat⁹.

În ceea ce privește cea de-a doua categorie de bunuri studiate, *res communis* acestea potrivit art. 647 C. civ. „Sunt bunuri care nu aparțin nimănui și al căror uz e comun tuturor. Legi de poliție reglează felul întrebuintării lor”. Sunt incluse în mod tradițional în această categorie de bunuri resurse naturale esențiale precum aerul, apa, vântul, lumina, iar distincția de esență și foarte importantă față de *res nullius* este următoarea: dacă *res nullius* sunt apropiabile, *res communis* nu sunt apropiabile.

⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹ Agathe Van Lang, *Droit de l'environnement*, Presses Universitaires de France, 2002, p. 148.

Referitor la lucrurile comune, exigența unei folosințe comune tuturor poate fi asigurată doar în măsura în care nu intervine un acces prioritar ori exclusiv în privința folosinței acestor bunuri și în altă ordine de idei, posibilitatea unei aproprieri private contrazice exigența expusă. Mai mult, aceste „lucruri sunt comune prin însăși natura lor și nu prin simplul fapt că rămân inapropriabile datorită abundenței lor. Rarefierea lor nu le transformă în apropiabile. Din contră, această situație ar fi o asemenea ocurență încât respingerea oricărei aproprieri s-ar dovedi indispensabilă!”¹⁰

Noțiunea de *res communis* își are originea la Roma. Dreptul clasic roman departaja cu rigurozitate lucrurile care nu aparțineau nimănui. Acest statut, explica Gaius, avea în concepția unora o explicație, un fundament divin, în timp ce alții considerau justificarea ca fiind umană. O primă clasificare, potrivit temeiul divin, cuprindea *res „sacrae”*, *„religiosae”*, *„sanctae”*, iar o altă formă de diferențiere a lucrurilor, bazată pe temei uman, includea în categoria lucrurilor care sunt sustrate de la apropiere, întrucât sunt afectate serviciului public, *„res publicae”*, *„res universitatum”* și *„res communes”*. Ultimele enumerate aparțineau fiecărei ființe umane¹¹.

Conceptului de *res communis* se adaugă, din punct de vedere istoric, doctrina binelui comun construită de Thomas d’Aquin. Acesta explica binele comun ca o condiție a fericirii individuale, iar ființa umană utilizând binele comun urmărește propriul interes. În acest context se desprinde sarcina fiecărui individ de a încerca să protejeze bunurile comune, adică acele bunuri care nu pot fi gestionate și ocrotite decât prin intermediul comunității.¹² Grotius aplecându-și atenția asupra bunurilor comune, descoperă și susține fundamentul libertății mărilor și comerțului internațional „există, scrie el, un motiv natural care interzice apropierea mării ... fluidele care nu pot fi reținute, exceptându-le pe cele conținute într-un alt lucru, nu pot fi ocupate”. Conform teoriei lui Grotius, resursele comune nu ar putea fi protejate, în lipsa posibilității de a fi identificate, utilizate.

Folosința de către om a acestor lucruri, *res nullius* și *res communis*, trebuie să respecte totuși anumite limite, deși accesul este în principiu liber. Avem următorul raționament: fiecare persoană are facultatea de a-și apropria bunuri din categoria *res nullius*, nedepinzând de niciun titlu, dacă sunt respectate unele reguli. Dar ce consecințe decurg dintr-o apropiere necorespunzătoare a resursei naturale? Un exemplu are menirea de a elucida și explica teoreticul. Astfel ne canalizăm asupra vânatului care constituie modalitatea de procurare a bunurilor *res nullius*. Ce se întâmplă atunci când acest demers are loc în detrimentul resursei, fie prin metoda folosită, fie prin cantitatea urmărită? Răspunsul: vânatul devine ilegal, iar măsura care se impune constă în oprirea, închiderea vânatului¹³.

Aceeași atitudine ponderată e necesar a fi aplicată și în cazul lucrurilor comune, a căror folosință activă (de exemplu captarea și utilizarea energiei solare sau eoliene) sau folosință pasivă (întrebuințarea bunurilor naturale) trebuie să respecte anumite reguli. Cel care folosește bunul comun este obligat să vegheze la conservarea lucrului, să nu-i aducă atingere, astfel încât să transmită succesoriilor respectivul bun în integritatea sa. Dar o folosință neadecvată nu dăunează doar generațiilor viitoare, ci și contemporanilor, care se

¹⁰ A. Seriaux, *La notion de choses communes. Nouvelles considerations juridiques sur le verbe avoir, Droit et environnement*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1995, p. 23.

¹¹ R. Villers, *Rome et le droit prive*, Albin Michel, 1977.

¹² *Summa theologica*, II, 1, qu. 47, art. 10.

¹³ M. Remond-Gouilloud, *L’homme, la nature et le droit*, Presses Universitaires de France, p. 219.

văd astfel deranjați într-o normală percepere a ceea ce este comun. În toate cazurile abuzul începe și legitimitatea încetează în momentul în care capacitatea de reproducere a speciei sau capacitatea de regenerare a elementului sunt afectate, resursa comună distrusă devine atunci indisponibilă pentru celălalt¹⁴. Se desprinde astfel ideea că ceea ce contează și primează este faptul că, cel care folosește un bun comun nu beneficiază de o putere absolută asupra respectivei resurse, văzându-și prerogativele limitate de către obligația de conștientizare a manierei în care realizează folosința.

Poluarea constituie una dintre cele mai evidente forme de degradare a resursei. G. Martin remarca pe bună dreptate că „victimele poluării apar ca fiind expropriati în ceea ce privește mediul înconjurător ... de fapt, mediul înconjurător, altădată bun comun folosit de toți fără conflicte majore, a devenit un bun rar pe care unii, poluatorii, îl ocupă în detrimentul celorlalți”¹⁵.

Noțiunea *res communis* cunoaște în domeniul dreptului mediului o transpunere intitulată „patrimoniul comun al umanității”, care ar reprezenta, potrivit unui punct de vedere afirmat în doctrina franceză, sacralizarea lucrurilor comune. Resursele comune precum apa, aerul, lumina au fost dăruite umanității de către Dumnezeu. Raportată la mediul înconjurător, repartizarea optimă a resursei nu este suficientă pentru satisfacerea dreptății. Acest deziderat presupune, în plus ca, integritatea resursei, păstrată fiind, să fie aptă pentru a servi unor folosințe ulterioare. Am subliniat deja ideea dublei conotații a categoriei *res communis*: exploatat de către toți, bunul comun trebuie, în egală măsură să fie apărat pentru a putea fi utilizat în continuare. Însăși noțiunea de umanitate, beneficiara resurselor, exprimă această dualitate, având în același timp un înțeles raportat la spațiu și un alt înțeles referitor la timp. Astfel umanitatea trans-spațială regroupează toți contemporanii indiferent de locul unde se află, iar umanitatea atemporală unește oamenii de azi cu cei care îi vor succeda. Dacă prima trăsătură traduce vocația resursei de a servi tuturor popoarelor contemporane, fără nicio discriminare, cea de-a doua trăsătură implică cerința ca rezerva să fie conservată, cu scopul de a rămâne utilă celor care vor urma. Protecția resursei este descrisă ca fiind corolarul necesar al vocației comune. Conceptul de patrimoniul comun al umanității, sacralizând noțiunea de *res communis*, pune în evidență atât respectul pretins cât și obligațiile care incumbă oamenilor¹⁶.

¹⁴ *Ibidem*, p. 220.

¹⁵ G. Martin, *Le droit de l'environnement. De la responsabilite civile pour faits de pollution au droit a l'environnement*, Paris, 1976, p. 261.

¹⁶ M. Remond-Gouilloud, *Du droit de detruire*, Presses Univeritaires de France, p. 150.

Evoluția izvoarelor formale în dreptul românesc - cutuma și legea

The evolution of formal sources in romanian law - customary law and law

*Doctorand Bogdan ANDREI**

*Doctorand Andreea DRAGOMIR**

Rezumat

Dreptul este un sistem de reguli care se bazează pe concepte precum echitatea, dreptatea, justiția sau adevărul, și care coordonează modul de desfășurare al vieții sociale. Pentru a putea îndeplini această funcție acesta trebuie să țină cont de ideea de just existentă la un moment dat în societate. Legătura dintre cele două fenomene poate fi observată cel mai bine prin intermediul unor elemente de originalitate care au influențat evoluția izvoarelor formale de drept, în țara noastră.

Abstract

Law is a sistem of rules which are based on concepts such as equity, fairness, justice, or truth, and which coordonates the development of social life. To be able to accomplish this function it must take into account the idea of just which exists at a certain moment in society. The connection between these two phenomenons can best be observed trough some elements of originality which have influenced the evolution of the formal sources of law in our country.

Cuvinte cheie: *drept; izvoare formale; evoluție; normă juridică; lege; cutumă; obicei; echitate; just*

Keywords: *justice; formal sources; evolution; legal standard; law, customary law, custom; equity; just*

Izvoarele dreptului românesc, în special izvoarele formale constituie baza științelor juridice care nu sunt altceva decât reguli de comportare în interiorul oricărei comunități, reguli fără de care conviețuirea nu ar fi posibilă. Dar nu putem să vorbim de izvoarele de drept și semnificația lor fără să facem o scurtă prezentare a conceptului juridic în țara noastră din punct de vedere evolutiv.

Dacii și romanii, strămoșii poporului român, au transmis elemente fundamentale privind organizarea politică și juridică, într-un cuvânt formarea statului, determinându-i astfel etnogeneza. Statul reprezintă problema fundamentală pentru aflarea originii unei societăți omenești fiind cea mai desăvârșită și elaborată dintre formele de organizare ale

* Doctorand buget al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/6/1.5/S/14 „Creșterea atractivității, calității și eficienței studiilor universitare de doctorat prin acordarea de burse doctorale”.

* Doctorand al Institutului de Filosofie și Psihologie „C. Rădulescu-Motru” al Academiei Române București.

colectivităților umane. Concomitent cu apariția statului au apărut și primele norme juridice ceea ce ne face să precizăm că acesta dintâi devine „o persoană juridică calificată, titular de drepturi și datorii – el nefiind altceva decât «personalitatea juridică a națiunii» – dar și pentru dreptul ginților, ai căror doctrinari au considerat Statul, îndelung timp, ca «unică persoană» [...] ale cărei variate manifestări pe plan internațional, urmărește să le reglementeze juridicește”¹.

Încă din cele mai vechi timpuri cuvântul *drept* apare folosit în poezii populare, în balade, în proverbe și zicători, iar alături de el se regăsesc și noțiuni precum *dreptate* și *justiție*. *Drept, dreptate, lege, obiect, datină, pravilă*, toate acestea le vom găsi în proverbele noastre. Ca adjectiv cuvântul *drept* este „conform cu morala căci: «ce este drept nu e păcat» și cu legea religioasă, de vreme ce: «ce e drept și lui Dumnezeu îi place»”², iar ca substantiv este sinonim cu *dreptatea* și „este greu de obținut pe pământ”³.

Din punct de vedere etimologic, cuvântul *drept* este de origine latină – *directum* – (*dreptate*) și se întâlnește în majoritatea popoarelor europene sub diferite forme: *pravo, pravda, recht, regt, right, diritto, derecho, droit, drept*, toate identice ca sens însemnând „ceia ce este în conformitate cu o linie dreaptă și ceea ce constituie linia dreaptă în știința noastră, este – deci – regula de conduită căreia trebuie să ne conformăm”⁴. Așadar dacă *dreptatea*, noțiune provenită din traducerea a două cuvinte total diferite *jus* și *justitiorum*, este „constantă și perpetua voință ce dă fiecărui popor propriul său drept”, atunci *dreptul* ce servește ca reparare a nedreptății devine „un *modus vivendi* între două *drepturi* subiective, individual și social, concepute ca două stări de conștiință activă”⁵. Există totuși o justiție „imanentă în viață și poporul crede într-însa – justiție ce – înfrânge toate cursele, când triumfă asupra răilor și prădătorilor, când biruiește pe inamic, el îi «vine de hac», își ajunge dreptul hac (*haqq* cuvânt turcesc însemnând «adevăr, drept, dreptate, rațiune») iar cele rău câștigate sunt menite la pierdere, «a venit de haram, de haram s-a și dus»”⁶.

Și totuși ce este dreptatea? Confundată de obicei cu conceptul de drept, dreptatea este însă diferită însemnând de fapt recunoașterea și acordarea acestuia dintâi. Dar nu numai realizarea dreptului este scopul dreptății, ci însăși realizarea lui.

Întorcându-ne la dreptul românesc, s-a vorbit mult de originalitatea sa. Există ea oare? Mai întâi să vedem ce înseamnă *original*. Din punct de vedere etimologic ar însemna: *pentru prima dată*. În ceea ce privește noțiunea de drept sunt părți comune, reguli fundamentale, ce se găsesc la toate popoarele: respectul vieții, respectul proprietății, respectul familiei etc. În domeniul pedepsei, chiar dacă variază forma și caracterul sancțiunii, aplicarea normelor de drept se face în același mod.

¹ G. Sofronie, *Procesul juridico-diplomatic al formațiunii statelor*, în „Transilvania”, an 73, aprilie, nr. 4, 1942, Sibiu, p. 245.

² Ion Peretz, *Dreptul român în poeziile populare*, în vol. *Dreptul la memorie în lectura lui Ion Chimet*, III, Cluj, Ed. Dacia, 1992, p. 99.

³ *Idem*.

⁴ Ion Peretz, *Ideea de drept și de lege în folclorul român*, extras din „Analele literare, politice și științifice”, București, Tipografia și legătoria de cărți „Clementa”, 1905, p. 3.

⁵ Vasile Georgescu, *Drept și viață – Note pentru o concepție vitalistă a dreptului*, București, Fundația pentru Literatură și Artă „Regele Carol II”, 1936, p. 74.

⁶ Ion Peretz, *Dreptul român în poeziile populare*, p. 99.

Civilizațiile popoarelor, cu cât au fost mai asemănătoare, cu atât normele juridice sunt mai apropiate din punct de vedere al conținutului. De departe însă, cel mai strălucit și mai maiestuos a fost și rămâne *dreptul roman*. Având ca bază dreptul popoarelor italice, dreptul roman devenise un drept comun pentru toate statele ce se ridicaseră datorită împărăției romane, atât la Apus, cât și la Răsărit. Așa s-a dezvoltat dreptul în toate popoarele moderne, nefiind decât o imitație a dreptului roman.

Nu putem cunoaște dreptul nostru și evoluția dacă nu-i cunoaștem influențele și izvoarele ce s-au exercitat asupra sa. Influența bizantină asupra dreptului românesc a fost prima dintre ele. Așadar putem afirma cu seninătate și cu bucurie că „*vechile legiuri bizantine, frumoasele pravile eșite din tiparnițele lui Vasile Lupu, Matei Basarab, Ipsilanti, Caragea, Calimach, s-au dus ca izvoare de viață; ele au rămas printre noi doar cărți rare, căutate de bibliofilul îndrăgît de slovă frumoasă. Au rămas ca piese de bibliotecă și arhivă – amintiri scumpe și ele, de sigur, fiindcă sunt și ele o fărâmă din trecutul nostru românesc. Dar au rămas cu putere de viață vechile obiceiuri juridice românești, care, fiindcă nu erau scrise nicăiri, erau scrise numai în conștiința însăși a acestui neam*”⁷. Trebuie continuat cu legăturile ce au existat dintre dreptul belgian, dreptul italian și cu cel francez și țara noastră. Care este amprenta ce au lăsat-o fiecare dintre acestea dreptului românesc?

Influența belgiană „*nu a adus nici un rău ci numai bine, oricât s-ar găsi motive de critică; ea a reprezentat aci: ordine, organizație, spirit de libertate, concepții largi de viață politică și socială; ea a contribuit, necontestat, la progresul nostru – dar și – o mai pronunțată apropiere între aceste două popoare, pe cari totul le unește în străduințele lor pentru triumful civilizației și apărarea dreptății*”⁸, influența italiană a existat și a fost una benefică sprijinindu-ne în avântul nostru la adaptarea cât mai rapidă la cultura juridică modernă, iar ultima, dar și cea mai importantă dintre ele cea franceză nu ne-a făcut servitorii ei, ci am adoptat-o în construirea dreptului nostru românesc ajutându-i evoluția și înlesnindu-i „*drumul și spre alte creații originale*”⁹.

Dacă temelia conceptului de drept o reprezintă binele, fericirea, dreptatea, justiția înseamnă că dreptul este un organism viu, o știință grea, utilă dar și frumoasă. Dar de unde își trage seva această știință? Cum anume se formează? Care îi sunt izvoarele? Nu se poate concepe o istorie a dreptului fără a-i studia izvoarele dobândind prin aceasta „*nu numai cunoștința vechilor norme juridice, ce au oblădui activitatea socială a neamului românesc; dar, ca și în studiul istoriei patriei, asistă la lupta seculară a străbunilor pentru respingerea străinismului și influenței sale nefaste, pentru desvoltarea în liniște și la câmp deschis a activității firești naționale, pentru câștigarea treptată a libertății, bunul cel mai prețios pe lume, căci ea și numai ea este mijlocul prin care se poate ajunge la adevăratul scop al vieții omenești: binele și dreptatea*”¹⁰.

Dreptul reprezintă scheletul în jurul căruia se clădește întregul organism social, având rolul de a coordona și controla toate aspectele vieții sociale. Cu siguranță că o

⁷ George Fotino, *Influența bizantină în vechiul drept românesc*, extras din *Omagiu Prof. C. Stoicescu*, București, Ed. Bucovina I.E. Torouțiu, [s.a.], p. 164.

⁸ Andrei Rădulescu, *Influența belgiană asupra dreptului român*, în „*Analele Academiei Române. Memoriile Secțiunii Istorice*”, Seria III, tomul XII, Mem. I, București, 1931, pp. 24-25.

⁹ *Apud* Andrei Rădulescu, *Influența franceză asupra dreptului român până la 1864*, în „*Analele Academiei Române. Memoriile Secțiunii Istorice*”, Seria III, tom XXVII, București, 1945, p. 443.

¹⁰ Ion Peretz, *Curs de istoria dreptului român*, vol. I, *Originile dreptului român*, București, [s.n.], 1926, p. 4.

societate lipsită de reguli juridice, sau o societate în care aceste reguli nu sunt respectate, se va afla sub domnia haosului, a unei anarhii care va afecta până la dispariție toate condițiile necesare unei bune conviețuiri, otrăvind însăși ideea de umanitate.

Dreptul nu-și poate îndeplini funcțiile sale, nu-l poate educa pe individ, dacă nu izvorăște dintr-o sursă care să țină cont de ideea de just existență la un moment dat în conștiința colectivă. Atunci când normele juridice se îndepărtează de valorile pe care societatea le impune și pe care ordinea juridică ar trebui să le consacre și să le apere, atunci când respectarea lor se bazează exclusiv pe teama de constrângere și nu pe faptul că așa este just, în acel moment putem spune că regulile respective își pierd validitatea, încălcarea lor de către subiecții de drept nemaifiind sancționată cu oprobriul celorlalți membrii ai organismului social, ba fiind chiar apreciată și urmată ca exemplu.

Dreptul nu rezidă, însă, doar la nivelul conștiinței colective sau individuale. El nu are doar o existență subiectivă, bazată pe ceea ce fiecare dintre membrii societății consideră că ar trebui să facă sau să ceară ori să primească într-o anumită situație. Într-o atare circumstanță am putea vorbi de o suprapunere perfectă a domeniilor de acțiune a normelor juridice și normelor morale. O astfel de confuzie nu este însă nici posibilă, nici dorită. Nu este posibilă pentru că normele morale acționează asupra comportamentului interior al individului pe când cele juridice au în vedere, mai degrabă, comportamentul exterior, modul în care el se manifestă în societate. Nu este dorită pentru că acest lucru ar însemna eliminarea constrângerii instituționalizate, ca trăsătură specifică a regulilor de drept, care intervine atunci când unii dintre subiecții cărora regula respectivă li se adresează aleg să nu o respecte. Organismul social se află încă la începutul drumului către un drept perfect rațional, un drept înțeles de către toți receptorii lui. Individul care să dorească să se supună tuturor normelor de drept pentru că așa consideră el că este necesar nu există și poate nu va exista niciodată, indiferent de eforturile pe care le fac legiuitorii, atât de la nivel național, cât și internațional, de a crea un sistem juridic care să corespundă cât mai bine realităților și nevoilor societății. Dacă nu putem găsi nici măcar o singură persoană care să se supună, pe deplin și din propria voință, ansamblului de norme care i se adresează, eliminând complet din ecuație teama de constrângere, de sancțiune, putem oare spera că într-o zi statul va mulțumi, prin normele care le impune, pe toți guvernații, că respectarea benevolă a dreptului va deveni nu doar o atitudine generală ci singura atitudine existentă? Răspunsul este, în opinia noastră, că acest lucru nu doar că este imposibil, dar nici măcar nu poate fi considerat ca fiind un ideal spre care să privim cu speranță sau admirație. Nonconformismul face parte din natura ființei umane și nu poate fi suprimat indiferent cât de raționale ar deveni regulile juridice. Întotdeauna se vor găsi persoane care să conteste anumite dispoziții legale, care să se ridice împotriva ordinii juridice existente și acest lucru nu înseamnă, neapărat, anarhie, ci mai degrabă progres.

Dreptul trebuie să se materializeze, astfel, în forme concrete, mereu perfectibile, tinzând spre o mai bună percepere a normelor de către cei cărora li se adresează. Drumul către o societate rațională în totalitatea ei este unul perpetuu, fără o destinație accesibilă ființei umane, care va fi mereu dominată de instincte primare. Putem spera însă, la o mai bună eficacitate a modalităților prin care norma juridică se face cunoscută individului, prin care el o percepe. Aceste modalități ni se înfățișează sub forma izvoarelor dreptului care se împart în două mari categorii: izvoare materiale (condiții economice, sociale, culturale, politice) și izvoare formale (obiceiul, cutuma, legea, jurisprudența, doctrina). Studiul de față analizează doar cea de-a doua categorie de izvoare, și anume cele formale,

încercând să scoată în evidență principalele lor elemente de originalitate în cadrul sistemului de drept românesc. Trebuie să vedem, mai întâi care sunt principale accepțiuni ale acestei noțiuni, avându-se în vedere că, de-a lungul timpului, teoreticienii au folosit-o pentru a desemna mai multe realități juridice și metajuridice.

Atunci când vorbim de izvoare de drept trebuie să facem o demarcație clară între diferitele sensuri pe care această noțiune le are. Putem, astfel, să folosim această noțiune în sensul ei istoric sau arheologic atunci când ne referim la documente, relicve sau vestigii care atestă anumite reguli de conduită din diferite perioade istorice¹¹.

Tot un izvor de drept poate fi considerată și o anumită ideologie juridică ale cărei particularități s-au conturat într-o anumită zonă geografică, într-o anumită perioadă de timp și sub acțiunea anumitor factori culturali. Avem în vedere astfel un drept romano-germanic, a cărui caracteristică principală este faptul că se bazează aproape exclusiv pe lege ca izvor fundamental de drept, și un drept anglo-saxon, care apelează în principal la jurisprudență sau, mai bine zis, la precedentele judiciare pe care aceasta le creează, pentru a forma dreptul¹².

Din punct de vedere strict juridic, atunci când vorbim de izvor de drept ne referim la forma în care norma juridică este adusă la cunoștința celor cărora li se adresează. Putem da ca exemplu aici: cutuma, legea, jurisprudența, doctrina.

Izvoarele formale ale dreptului pot fi clasificate în funcție de diferite criterii:

1) Avem așadar, izvoare scrise și izvoare nescrise – cele scrise sunt legea, jurisprudența, doctrina, iar nescris este cutuma; 2) În funcție de cum ele creează sau interpretează dreptul, avem izvoare creatoare (legea și cutuma) și izvoare interpretative (jurisprudența și doctrina)¹³; 3) În funcție de calitatea celui care emite regula de conduită, avem izvoare oficiale (legea, jurisprudența) și izvoare neoficiale (doctrina, cutuma).

Cutuma - În primul rând, cuvântul *cutumă* (obiceiul¹⁴ sau datina, noțiuni întâlnite și în zicători „câte bordeie, atâtea obiceiie” sau „în sânge se preface datina”) își are originea în expresia franceză „*coutume*”, și reprezintă legea nescrisă formată din repetarea unei practici pe o lungă durată cu condiția că se respectă o regulă de drept. Obiceiul juridic sau cutuma, considerat fiind cel mai vechi izvor de drept, se poate defini ca fiind „o normă generală de conduită exprimată în formă orală, fundamentată pe observarea uniformităților cazurilor petrecute în realitatea socială vreme îndelungată și considerată dreptă”¹⁵. Dar unde s-a născut acest concept?

În același timp cu instaurarea stăpânirii romane în Dacia, pe lângă dreptul nescris s-a introdus și dreptul scris. Din punct de vedere al dreptului roman, cutuma putea fi aplicată doar dacă nu venea în contradicție cu principiile generale ale acestuia. Cutuma sau obiceiul a luat naștere prin repetarea aplicării aceleiași idei juridice la un anumit număr de cazuri luate individual, prin creare de precedente. Așadar ea constă într-o practică îndelungată socotită ca dreptă. Este un mod original de manifestare a voinței sociale.

¹¹ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 174.

¹² *Idem*.

¹³ Apud Elena Paraschiv, *Izvoarele formale*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 19.

¹⁴ „Obiceiul, *consuetudo*, *mos majorum*, a fost todeauna în dreptul roman în dreptul roman capabil de a crea și de a abroga dreptul. Considerat ca consimțământ tacit al poporului, el a fost prin aceasta chiar înzestrat de aceeași putere ca și o lege, ca și o voință exprimată în formele legale”. Ion Peretz, *Curs de istoria dreptului ...*, p. 145.

¹⁵ Elena Paraschiv, *op. cit.*, p. 53.

Pentru a avea o cutumă trebuie să existe o repetare constantă care să se sprijine pe convingerea că această repetare este absolut obligatorie astfel încât alții să o ceară și să nu depindă doar de voința subiectivă.

Care sunt diferențele dintre cutumă și simplul obicei? Obiceiurile simple nu au nimic de-a face cu dreptul pozitiv. Ele sunt apropiate mai mult ca structură de formațiune de cutumele judiciare nu sunt de drept pozitiv neavând garanția statului. Cutuma însă are același rol în legislația noastră pe care îl cunoaște și legea. De ce a luat naștere cutuma? Fiindcă ea corespunde unui fapt natural în societate, nevoii de securitate, de egalitate și de justiție¹⁶. Când devine obiceiul un izvor de drept? Numai atunci când reușește să stabilească o regulă obligatorie, iar regula este obligatorie atunci când prevede o sancțiune.

Privind de-a lungul istoriei, cutuma apărută încă din perioada dreptului geto-dac aplicându-se numai în măsura în care nu contravenea dispozițiilor de ordine publică romane, cunoaște un rol important în perioada feudalismului sub forma lui *Jus Valachicum* sau *Jus Valachorum* reglementare recunoscută în Țările Române, dar și în rândul statelor din jur. *Jus Valachorum* sau Legea țării (Obiceiul pământului) prin care se face legătura de drept dintre populația românească și teritoriul pe care era așezată, are un caracter rural, agrar.

Vechiul drept cutumiar românesc, primele legiuri: *Pravilniceasca Condică* (1780), *Codul Calimach* (1817), *Legiuirea Caragea* (1818) conțineau cutume, iar odată cu decăderea feudalismului multe norme obișnuite au fost incluse în culegerile de acte normative cum ar fi *Obiceiul pământului*.

În perioada 1859-1918 cutuma a reprezentat principalul izvor de drept. Dreptul cutumiar reglementa relații din domeniul dreptului civil, cartea funciară, căsătoria etc. Prin adoptarea Codului Civil de la 1864, dreptul cutumiar începe să se restrângă deși existau dispoziții ce făceau referire la obiceiurile juridice¹⁷. Odată cu dezvoltarea vieții economice și sociale, imediat după constituirea statului național român, obiceiul juridic își pierde rolul de sumă a normelor și valorilor etico-juridice tradiționale. Înlocuită fiind de legea scrisă, cutuma a lăsat ceva în urma ei și anume „*ce se naște din obiceiuri sunt lucruri drepte*”¹⁸.

În ceea ce privește dreptul contemporan rolul normelor cutumiare este unul infim față de vremurile trecute, cutuma pierzându-și din importanță datorită faptului că este considerată a fi mult prea simplă, prea primitivă, prea rudimentară pentru cerințele actuale. Mai există însă obiceiul juridic? S-a mai păstrat el? Sigur că există. Se întâlnește în multe ramuri de drept. Îl întâlnim în domeniul proprietății funciare, în dreptul familiei (dreptul soției de a purta numele bărbatului), în dreptul civil, la anumite practici administrative, comerciale, industriale, chiar și în dreptul constituțional etc.

Astăzi obiceiul se oglindește mai mult în jurisprudență, deseori confundându-se astfel încât de multe ori e foarte greu să le distingi. Care este însă legătura dintre cutumă și jurisprudență? Numai prin jurisprudență cutuma se consacră. Cunoaște și inconveniente prin faptul că are o mobilitate foarte mare, o nesiguranță dar care se adaptează întocmai

¹⁶ Vezi Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică) – Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Beck, București, 1999, pp. 313-315.

¹⁷ Apud Elena Paraschiv, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ D. Firoiu, L. Marcu, *Istoria dreptului românesc*, vol. II, partea a doua, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1987, p. 62.

necesităților sociale. În orice caz ea nu este un fenomen de drept privat. Fiind garantată și consacrată chiar de stat cutuma devine drept pozitiv.

Ce se întâmplă în cazul în care cutuma nu este consacrată de instanțele judiciare? Atunci ea constituie uzanțele. Acestea reprezintă o practică socială constantă, folosită într-un mediu social determinat, general acceptată și urmată. Deosebirea dintre ele? Uzanța este lipsită de elementul psihologic, de convingerea că ea reprezintă dreptul și că urmarea ei e obligatorie. Cu timpul însă, uzanțele pot deveni cutume, „*nu după voința individuală a părților contractante, ca o expresie a unei necesități juridice (opinio iuris); tranziția este gradată, voințele subiective particulare cedând unei voințe comune și de ansamblu*”¹⁹.

Care ar putea fi legătura dintre cutumă și lege? Asemenea cutumei, legea nu reprezintă o voință individuală, deci nu există o diferență substanțială între ele. Totuși relația dintre lege și cutumă trebuie examinată separat. De exemplu în unele ramuri de drept cutuma păstrează o autoritate foarte mare mai ales „*în acelea în care elaborarea legislativă e din natura lucrurilor lentă și dificilă, dacă nu chiar imposibilă*”²⁰.

Cutuma, chiar dacă nu poate contrazice legea (*contra legem*), totuși poate să îi suplinească lipsurile (*praeter legem*), să conducă la căderea în desuetudine a acesteia sau poate chiar servi uneori la interpretarea dreptului scris (*optima lelum interpretis consuetudo*)²¹.

Ca o concluzie, legea, față de cutumă, presupune un act reflectat de formulare a unei norme de drept, prin autoritatea statului și implicit a organului ce deține puterea legislativă și actul de voință ce consacră acea normă. De asemenea, legea are un caracter *revoluționar* (se modifică ori de câte ori este necesar pentru a corespunde realităților sociale) pe când cutuma este mult mai conservatoare, tinde spre statornicie²². Gradul de superioritate este mai mare la lege decât la cutumă.

Multe dintre definițiile actuale, date de doctrină noțiunii de drept ca fenomen juridic, pornesc de la premisa că acesta este un ansamblu de reguli²³, așezând așadar la temelia construcției ordinii juridice, norma juridică. Aceasta reprezintă instrumentul prin care dreptul își îndeplinește finalitatea: educarea individului. De-a lungul istoriei, noțiunea de normă juridică a făcut obiectul mai multor concepții filosofice, unele putând fi caracterizate ca fiind extreme, care prin particularitățile lor de analiză au determinat evoluția actuală a acestei noțiuni.

Școala istorică privea dreptul ca pe o sumă de fapte, susținând relativitatea acestui concept și „*lipsa unui ideal de realizat*”. Toate aceste concepții sunt rezultatul direct al faptului că școala istorică nega existența unei ordini juridice obiective și implicit a normelor juridice. Pentru reprezentanții acestei școli dreptul este produsul conștiinței

¹⁹ Vezi Vladimir Hanga, *Dreptul și tehnica juridică – Încercare de sinteză*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 84.

²⁰ Giorgio del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, [s. l.], Ed. Europa Nouă, [s.a.], p. 237.

²¹ Vezi Vladimir Hanga, *op. cit.*, p. 83.

²² M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, vol. II, *Noțiuni preliminare despre drept*, București, Ed. Librăriei Socec, 1930, pp. 428-429.

²³ Vezi Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, p. 89; Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 35; *apud* Lidia Barac, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 10.

colective (Volksrecht²⁴), el neavând niciun element apriori. Doar timpul influențează evoluția continuă a dreptului fapt ce face imposibilă transpunerea conținutului său într-o formă obiectivă, fixă, și-l obligă doar la o existență cutumiară.

Școala utilitaristă, al cărei reprezentant de seamă este Bentham, este și ea caracterizată printr-un grad ridicat de empirism. La baza teoriei utilitariste se află ideea că omul este sub imperiul plăcerii și suferinței²⁵. Aceste două realități antagonice ale vieții umane sunt cele care înlocuiesc noțiunile de dreptate, nedreptate, moralitate, imoralitate, dreptul trebuind astfel să se supună ideii de utilitate, devenind mijlocul prin care să se creeze un grad cât mai mare de fericire pentru oameni. Potrivit utilitariștilor, statul și dreptul au menirea de a îmbina interesele individului cu cele ale societății²⁶. Ei exclud ideea de justiție din construcția teoriei utilitariste negând astfel existența normelor juridice, pentru că acestea din urmă decurg tocmai din această idee de justiție²⁷.

Leon Duguit este adeptul unei teorii solidariste²⁸, considerând că viața socială în întregime ei se construiește pe un singur principiu, și anume ideea de interdependență sau de solidaritate. Potrivit lui Duguit, solidaritatea socială este guvernată de o serie de norme sociale²⁹, care au rolul de a controla acțiunile indivizilor ce aparțin aceluiași organism social. Norma socială este alcătuită din trei categorii de norme care formează un tot unitar: norme economice, norme morale și norme juridice. Leon Duguit admite astfel, spre deosebire de reprezentanții școlii istorice și cei ai utilitarismului, existența regulilor de drept³⁰. Primele două categorii de norme, cele economice și cele morale, au un rol esențial deoarece sub acțiunea sentimentului de socialitate și a celui de justiție, dau naștere regulilor de drept. Concepția sa despre acestea a suferit însă, de-a lungul timpului, mai multe critici. Astfel, așezarea la temelie a normei juridice a două sentimente transformă teoria sa într-un psihologism juridic, iar considerarea solidarității sociale ca fiind singurul principiu guvernator al societății nu se poate lăuda cu un grad foarte mare de aplicabilitate în domeniul juridic³¹. Mai mult, se poate spune că norma juridică a lui Leon Duguit „este puțin diferențiată de norma socială deoarece are drept element caracteristic constrângerea”³². În pofida acestor critici este totuși de admirat deosebita atenție pe care

²⁴ Noțiunea de Volksrecht (conștiință colectivă a fiecărui popor) a fost introdusă de G. Beseler în lucrarea *Volksrecht und Juristenrecht*, cel care a analizat-o prin antiteza, așa cum spune și titlul, cu noțiunea de *Juristenrecht* care desemna conștiința juriștilor, cea care de multe ori, consideră autorul, s-a aflat în dezacord cu cea a poporului.

²⁵ Ion Craiovan, *Introducere în filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 90.

²⁶ Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, Dan Claudiu Dănișor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, Ed. All Beck, București, 2002.

²⁷ Octavian Ionescu, *Considerațiuni asupra normei juridice*, Iași, [s.n.], 1933, p. 35.

²⁸ „Această doctrină are ca exponent principal pe Leon Bourgeois însă opera acestuia este lipsită de o latură juridică el punând accentul mai mult pe latura sociologică. De aceea reverberațiile ei s-au simțit mult mai atenuat în domeniul dreptului.” Octavian Ionescu, *op. cit.*, p. 37.

²⁹ În lucrarea sa, *Traite de droit constitutionnel*, Leon Duguit afirmă despre norma socială că ea nu este altceva decât legea care hotărăște atitudinea activă sau pasivă pe care trebuie s-o aibă toți membrii grupului social. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, ed. a III-a, vol. I, *La règle de droit – Le problème de l'état*, 1921, p. 81.

³⁰ Octavian Ionescu, *op. cit.*, p. 38.

³¹ Solidaritatea socială nu are valabilitatea atunci când vine vorba de anumite instituții juridice, cum ar fi materia succesiunilor sau ipoteca, Paul Cuhe alăturându-i ideea de *concurență vitală* atât în ceea ce privește domeniul economic cât și cel intelectual. Octavian Ionescu, *op. cit.*, p.41.

³² Octavian Ionescu, *op. cit.*, p. 41.

ilustrul profesor de la Bordeaux a acordat-o normelor juridice, incluzându-le în sistemul său juridic³³.

Hans Kelsen este adeptul concepției potrivit căreia sistemul de drept se rezumă la existența normelor care-l compun. Aceste norme formează obiectul cunoașterii juridice, delimitată clar de celelalte discipline, lucru relevat în teoria pură a dreptului. Kelsen ia în considerare doar existența unui drept obiectiv, care se autoreproduce, fiecare normă întemeindu-se pe o altă normă de unde și validitatea ei³⁴. Dreptul subiectiv nu este altceva decât o latură a celui dintâi. Acest drept obiectiv este unul relativ în sensul că este supus unor variabile care-i determină specificitatea. Cu toate acestea însă, această relativitate nu demonstrează existența normelor juridice, caracteristica lor principală fiind tocmai aceea că sunt absolute, ele reprezentând „*principiile ordinii perfecte care trebuie să domnească între interesele indivizilor*”³⁵.

Georges Ripert, cel care-și numește concepția despre drept *pozitivism juridic*, își clădește teoria pe o opoziție clară față de concepțiile dreptului natural și cu o afinitate deosebită față de *seva morală*. Potrivit lui, dreptul „*nu poate să se dezvolte decât printr-o ridicare neconținută a sevei morale*”³⁶. Ripert definește pozitivismul juridic în următorul fel: „*Esența pozitivismului juridic este de a considera regulile juridice stabilite ca singurele norme ale conduitei omenești și de a profesa, prin urmare, plenitudinea ordinii juridice pozitive*”³⁷. Ne aflăm, așadar, în fața unui sistem de drept care se limitează doar la producția normativă a statului³⁸. Dar acest pozitivism juridic nu este suficient pentru a explica ideea de autoritate a legilor, nefiind capabil să determine de ce indivizii respectă benevol norma juridică și ce elemente trebuie să ia în considerare statul atunci când normează. Aici intervine morala, cea care se află la originea dreptului. Ripert consideră că între cele două categorii de norme, cele morale și cele juridice nu există nicio diferență de fond existând doar una de formă și anume aceea că fiind sancționate de către legiuitor regulile morale capătă putere juridică.

Teoria realității normelor juridice pornește de la dorința de a demonstra faptul că normele juridice sunt legi ale științei dreptului, ridicându-se astfel, din nou, problema distincției dintre normele morale și cele juridice. Francois Geny face această distincție prin scoaterea în evidență a anumitor caracteristici specifice dreptului: sancțiunea exterioară, ideea de just și imperativul categoric pe care norma juridică îl presupune. Julien Bonncase identifică cinci elemente care împreună formează scheletul dreptului: scopul normelor juridice (armonia socială); domeniul de aplicabilitate (doar manifestărilor exterioare ale ființei umane); constrângerea sau sancțiunea; dubla origine a regulilor de drept (rațională și socială); esența normei juridice (echilibrarea activității individuale în relație cu interesul grupului). Roger Bonnard susține că există două categorii de valori, cele individuale și cele sociale, care dau naștere implicit la două categorii de norme, cele morale, care au ca scop principal perfecțiunea individuală,

³³ *Idem*, p. 42.

³⁴ Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, Dan Claudiu Dănișor, *op. cit.*, p. 391.

³⁵ Octavian Ionescu, *op. cit.*, p. 49.

³⁶ *Apud* Octavian Ionescu, *op. cit.*, p.51.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

interioară, și cele juridice, care vizează perfecțiunea socială, exterioară, a individului în relație³⁹.

Această scurtă analiză are menirea de a trasa traiectoria pe care a urmat-o concepția despre norma juridică pe parcursul mai multor etape de evoluție în filosofia juridică, ajungându-se de la negarea existenței lor până la așezarea acestora la temelia construcției sistemului social și juridic și de a scoate în evidență câteva din caracteristicile ei fundamentale.

Normele juridice reprezintă, în ansamblul lor, pilonul central pe care se bazează întreaga viață socială, de la relațiile de familie și până la organizarea statului și relațiile cu alte state. Puterea lor de a organiza societatea este dată de atributul constrângerii fără a minimaliza sub nicio formă substanța lor morală, cea care le face să fie acceptate de societate și le conferă o evidentă funcție de perfecționare a individului, chiar dacă nu atât de puternică ca în cazul regulilor de conduită morală.

Este însă, norma juridică un sinonim pentru noțiunea de lege?

Ambele noțiuni pot fi definite prin caracteristicile lor principale. Astfel norma juridică este o „*regulă generală și obligatorie de conduită, al cărei scop este acela de a asigura ordinea socială, regulă ce poate fi adusă la îndeplinire pe cale statală, în caz de nevoie, prin constrângere*”⁴⁰. De cealaltă parte legea poate fi definită ca fiind un act normativ care reglementează în mod primar un domeniu⁴¹. Ambele par să împărtășească aceleași caracteristici. Legea este și ea generală, obligatorie, iar nerespectarea ei atrage constrângerea. Deosebirile vin însă, pe de o parte, din sfera lor de cuprindere, legea fiind alcătuită din mai multe norme juridice fapt ce presupune existența mai multor ipoteze, dispoziții și sancțiuni putându-se astfel afirma că norma juridică este materialul de construcție al legii, iar pe de altă parte, din faptul că legea este un act normativ emis în baza funcției legislative a statului, pe când norma juridică poate avea ca izvor și acte normative emise în baza funcției executive (hotărâri de guvern). Concluzia este că legea nu poate exista în lipsa normelor juridice, pe când acestea din urmă pot exista în lipsa legii. Această analiză este valabilă doar atunci când ne referim la sensul restrâns al noțiunii de lege, acela de act normativ adoptat de Parlament. Dacă este să luăm însă sensul larg al noțiunii de lege, cel ce cuprinde toate actele cu caracter normativ, indiferent de sursa lor atunci legea și norma juridică se suprapun perfect, legea fiind totul unitar ale cărei părți componente sunt normele juridice.

Activitatea de legiferare reprezintă una dintre funcțiile fundamentale ale oricărui stat de drept. Hegel consideră că baza operei de legiferare o constituie principiul autorității legii. Conform acestui principiu legea are ca sursă o autoritate, fiind liantul dintre norma juridică și relația socială supusă reglementării, iar crearea ei presupune două etape: mai întâi, ridicarea de la particular la general, la concept și apoi adecvarea generalului la particular⁴². Prin normare, statul creează cadrul general de desfășurare al tuturor interacțiunilor dintre membrii corpului social precum și schema potrivit căreia se realizează raporturile dintre diferitele instituții. Această activitate este atribuită în mod tradițional organului legislativ al statului, și anume parlamentului, cel care, conform

³⁹ *Ibidem*, p. 63, 65, 71.

⁴⁰ Nicolae Popa, *op. cit.*, p. 146.

⁴¹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *op. cit.*, p. 146.

⁴² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, Ed. Academiei, București, 1969, p. 239, 242, 243.

teoriei reprezentării are rolul de a transpune sub forma normelor de drept, realitățile sociale cu care se confruntă guvernării.

Primul act care a reglementat modul în care este alcătuită puterea legiuitoare în țările române precum și întinderea prerogativelor ei și modul în care urma să se legifereze a fost Regulamentul organic. Informațiile referitoare la structura și activitatea puterii legiuitoare în Principate, anterior adoptării acestui act, sunt destul de sărace și neclare. Cert este că, atât în Țara Românească, cât și în Moldova, au existat, pe tot parcursul evoluției lor istorice, adunări obștești, alcătuite astfel încât să reflecte principalele interese ale țării, care erau consultate de domnitor atunci când trebuiau adoptate măsuri importante. Aceste adunări erau formate, de regulă, din Mitropolit, episcopi și boieri. Exemple de acte adoptate de către adunările obștești în Moldova sunt hrisovul dat la 1 iunie 1749, sub domnia lui Constantin Mavrocordat, privitor la dezrobirea vecinilor, hrisovul care desființa văcăritul, dat 9 ani mai târziu când domnitor era Constantin Mihail Cehan Racoviță, hrisovul care fixa birul din 1804, dat sub domnia lui Scarlat Al. Calimach. În Țara Românească încă din secolul al XVI-lea, boierii erau consultați de domnitor în chestiuni precum încheierea de tratate cu regi ai Poloniei și Ungariei, fapt ce reiese din folosirea formulei *cu sfatul unanim al boierilor țării*. Un astfel de tratat este cel încheiat la 20 Ianuarie 1390 de Mircea cel Mare, la Lemberg, cu Vladislav, regele Poloniei. Situația este asemănătoare și în Moldova, formulele folosite aici fiind: „*prin maturul consiliu al boierilor noștri*”, în tratatul comercial încheiat, la 9 Aprilie 1433, de Domnul Moldovei, Ilie Vodă, cu cetățenii din Sibiu și 7 sate săsești din Transilvania; și „*cu boierii consiliului nostru și cu toată țara noastră*” în tratatul de alianță încheiat, între Ștefan Domnul Moldovei și Cazimir, mare duce al Lituaniei⁴³. În anumite situații, însă, domnul, pentru a accentua puterea hrisovului pe care urma să-l dea, recurgea la consultarea întregii țări⁴⁴.

Adoptat în Muntenia la 30 Aprilie 1831 și în Moldova la 20 Octombrie 1832, Regulamentul organic a reprezentat prima constituție care a dat o formă de organizare politică Statului român⁴⁵. Acest regulament era însă doar opera străinilor fiind privit cu reticență de români. Membrii adunărilor cu puteri legiuitoare⁴⁶ nu aveau calitatea de reprezentanți ai poporului, ei fiind deja *în slujbe*.

Odată cu adoptarea Tratatului de la Paris din 18/30 Martie 1856, Principatele române au intrat într-o nouă fază de dezvoltare politică dar și economică ce se caracteriza printr-o reînviere a sentimentului național⁴⁷. Marile puteri au forțat Turcia să dea un firman pentru a convoca în fiecare principat câte un divan ad-hoc a cărui componență trebuia să

⁴³ Th. C. Aslan, *Istoricul puterii legiuitoare în România*, în Dreptul nr. 9/1905, p. 101.

⁴⁴ Acest lucru reiese din folosirea, în hrisovul dat de Leon Voievod, Domnul Munteniei, la 23 Iulie 1631, pentru izgonirea călugărilor greci de pe lângă mănăstirile românești, a următoarei formule: „*Pentru aceasta am socotit de am strâns toată țara: boieri mari și mici, și roșii și mazili și toți slujitorii, de am sfătuit cu voia Domniei Mele.*” Th. C. Aslan, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁴⁵ „*Proiectul de Constituțiune a Moldovei din 1822 a fost numai un vis frumos al boierilor mici din Moldova, pe care îl hrănea la început chiar Domnitorul țării Ioniță Sandu Sturdza, dar care a fost înlăturat la cea d-întâiu împotrivire din afară.*” Th. C. Aslan, *Istoricul puterii legiuitoare în România*, în Dreptul nr. 11/1905, p. 85.

⁴⁶ Obișnuita Obștească Adunare în Muntenia, cu 43 de membri și Obicinuita Obștească Adunare în Moldova cu 35 de membrii.

⁴⁷ Th. C. Aslan, *Istoricul puterii legiuitoare în România*, în Dreptul nr. 13/1905, p. 101.

oglindească interesele claselor sociale în întregimea lor⁴⁸. Contextul politic nu a permis însă, încă odată, principatelor să-și elaboreze singure Constituția, astfel că poporul român a fost silit, la fel ca și în 1831, să primească o Constituție străină. Este vorba despre Convenția de la Paris⁴⁹, din 7/19 august 1858, care a fost actul fundamental al acestor țări până în 1864, atunci când a intervenit lovitura de stat făcută prin decretarea Statutului de către Domnitorul Alexandru-Ioan Cuza.

Prima Constituție cu adevărat românească a fost cea adoptată de Adunarea Constituantă la 29 iunie 1866 care impunea un organ legislativ alcătuit din două camere fiecare cu drept de inițiativă legislativă. De asemenea, se recunoștea Capului Statului dreptul de a sancționa și promulga legile, precum și dreptul de a refuza acest lucru însă doar sub forma unui veto suspensiv și nu absolut. Istoria parlamentarismului bicameral începe așadar în țara noastră, odată cu adoptarea Constituției din 1866 și, cu excepția perioadei comuniste în care Marea Adunare Națională mima democrația și activitatea de legiferare, continuă și în zilele noastre, devenind una dintre tradițiile adânc înrădăcinate ale statului român modern.

Între 1866 și 1918 s-a desfășurat o amplă operă de codificare materializată prin adoptarea de coduri în diverse ramuri de drept, operă care se caracterizează printr-o tehnică legislativă ce reflectă sinergia dintre anumite trăsături specifice dreptului românesc (limbaj, terminologie, tradiții statornicite sub forma cutumelor) și elemente împrumutate din marile sisteme de drept. Toate acestea dau sistemului nostru juridic o notă accentuată de originalitate. O schimbare importantă în această perioadă, cu implicații majore în structura izvoarelor formale, constă în reducerea sferei de acțiune a cutumei numai la anumite ramuri (civil, comercial, administrativ) și aplicarea ei doar atunci când nu este contrară dreptului statal⁵⁰. Aceasta este o dovadă clară de modernizare, de tranziție de la un drept cutumiar, ce prezintă destul de multe probleme atunci când vine vorba de cunoașterea lui de către subiecții de drept și de soluționarea efectivă a cauzelor, la un drept pozitiv, mult mai ușor de pus în aplicare.

Una dintre cele mai importante perioade de evoluție pentru Dreptul românesc a fost cea de unificare legislativă, determinată de realizarea Statului național unitar român. Acest proces a avut o durată destul de lungă (aproape două decenii), în unele domenii rămânând chiar neterminat, situație cauzată, pe de o parte, de prioritatea acordată activității instituționale de organizare a Statului reîntregit, și, pe de altă parte, de divergențele de opinie existente între juriștii din diferitele regiuni ale țării, cu privire la sistemul de drept ce ar trebui implementat⁵¹. Odată cu desăvârșirea unificării legislative putem vorbi cu adevărat de un stat român unitar care pășește astfel în modernitate.

Perioada regimului comunist a reprezentat pentru România un pas înapoi din punctul de vedere al evoluției juridice. Caracteristica principală a dreptului din aceea epocă este neadecvarea lui la nevoile populației prin impunerea unor norme lipsite de orice fundamentare în ceea ce privește tradițiile poporului român. Tranziția de la capitalism la socialism poate fi exemplificată cel mai bine, din punctul de vedere al legiferării, prin

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Convenția de la Paris din 1858 era alcătuită din 50 de articole și a fost adoptată de cele 7 mari puteri (Turcia, Franța, Anglia, Prusia, Rusia, Sardinia și Austria). Chiar dacă era opera străinilor, convenția ținea totuși seama și de unele dorințe evidențiate de divanurile ad-hoc.

⁵⁰ Liviu P. Marcu, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 231.

⁵¹ *Ibidem*, p. 230.

modificările aduse cadrului legislativ al dreptului de proprietate urmărindu-se chiar suprimarea lui și a relațiilor sociale pe care acesta le genera și înlocuirea lor cu relații de tip socialist care să ducă, astfel, la apariția unei noi structuri sociale. Prin constituțiile din 1948⁵², 1952⁵³ și 1965⁵⁴, tradiția constituțională a statului român este întreruptă, valorile fundamentale generate de conștiința colectivă și consacrate de-a lungul unei lungi perioade de evoluție instituțională și juridică, fiind, fie înlocuite cu altele complet *artificiale*, fie erau recunoscute doar la un nivel declarativ, neexistând mijloacele necesare protejării lor.

Revoluția din decembrie 1989 și Constituția din 1991 marchează reluarea evoluției juridice pozitive în România, deși nu putem vorbi de o reînnoire la tradițiile constituționale anterioare regimului comunist⁵⁵. Activitatea de legiferare, care este exercitată acum de un Parlament bicameral, se caracterizează printr-o avalanșă legislativă determinată de necesitatea înlocuirii structurilor instituționale specifice regimului socialist cu un cadru legislativ nou, care să permită trecerea la economia de piață, și de respectarea angajamentelor asumate de țară noastră față de organizațiile internaționale. Încercarea de a menține pasul cu realitățile sociale aflate mereu în schimbare a avut și are încă unele efecte negative printre care se numără și calitatea slabă a textelor de lege precum și ineficiența unora dintre mijloacele de aplicare a normelor juridice, acest lucru generând nevoia modificării lor continue, fapt care duce la crearea unui cerc vicios.

⁵² Constituția din 1948 consfințește dispariția contenciosului administrativ, eliminându-se astfel posibilitatea unei persoane de a contesta un act administrativ, dacă acesta i-a produs o vătămare. Tot prin ea Senatul este înlocuit cu Marea Adunare Națională, al cărei rol era pur formal. Vezi Mihai T. Oroveanu, *Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*, Ed. Cerma, București, 1995, p. 295, 296, 297.

⁵³ Prin adoptarea Constituției din 24 septembrie 1952 s-a încercat falsificarea adevărului istoric, susținându-se aportul glorios pe care armata sovietică l-a adus luptei de eliberarea a poporului român de sub jugul imperialist. Vezi Mihai T. Oroveanu, *op. cit.*, p. 299; Influențele sovietice se văd și în noul mod de organizare al administrației locale, prin introducerea Sfatului popular ca organe ale puterii de stat în regiuni, raioane, orașe și comune. (art. 51 al Constituției).

⁵⁴ Constituția din 21 august 1965 reînființează, aparent, contenciosul administrativ prin art. 35: „*Cel vătămat într-un drept al său printr-un act ilegal al unui organ de stat poate cere organelor competente, în condițiile prevăzute de lege, anularea actului și repararea pagubei*”. În realitate însă, așa cum am mai spus, consacrarea acestor drepturi era pur formală.

⁵⁵ Spre exemplu este păstrată instituția Președintelui Țării, introdusă în 1974, chiar dacă ar fi fost normală o reînnoire la monarhie.

Dreptul la protecția datelor cu caracter personal¹

The Right to the Protection of Personal Data

Doctorand **Gabriela ZANFIR***

Rezumat

Articolul de față își propune să analizeze din două perspective dreptul la protecția datelor cu caracter personal, dreptul care s-a bucurat poate de cea mai dinamică evoluție în ultimele trei decenii pe o nișă relativ îngustă. Mai întâi ne vom apleca asupra conținutului său, analizând în detaliu reglementările care îl vizează în mod direct, pentru ca în final să ne intereseze dacă acesta este sau nu un nou drept fundamental. El a apărut din necesitatea de a proteja individul în fața unei computerizări în avalanșă a societății umane. Datele cu caracter personal au fost definite legal ca fiind „orice informație privind persoana fizică identificată sau identificabilă”, având deci un domeniu de aplicare destul de larg, după cum urmează să vedem.

Pentru că avem de a face cu un drept relativ nou, puțin cunoscut, ne interesează o descriere a sferei sale de protecție. Ne vom apleca mai întâi asupra primului document de importanță majoră care l-a reglementat – Convenția 108 a Consiliului Europei din 1981 „pentru protejarea persoanelor față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal.”² Vom analiza apoi Articolul 16 al Tratatului de la Lisabona consacrat dreptului la protecția datelor cu caracter personal. Este vorba despre un articol nou introdus în tratatele UE ce devine centrul de greutate al protecției acestui drept în statele membre ale Uniunii. Vom analiza în ce măsură acest articol s-ar putea bucura de efect direct. Ne vom apleca apoi asupra unei alte prevederi importante – Articolul 8 al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, care este dedicat exclusiv consacării acestui drept.

În următoarea secțiune vom analiza conținutul dreptului la protecția datelor cu caracter personal din perspectiva prevederilor Directivei 95/46 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date. Vom vedea care sunt condițiile de legalitate pentru prelucrarea datelor, care sunt categoriile de date personale cu regim special și care este rolul autorităților independente de supraveghere înființate la nivelul fiecărui stat membru al UE.

În final, vom analiza posibilitatea ca dreptul la protecția datelor cu caracter personal să fie un veritabil nou drept fundamental, atât din punct de vedere formal, cât și din punct de vedere substanțial.

¹ Această lucrare a fost parțial finanțată din contractul POSDRU/CPP107/DMI1.5/S/78421, proiect strategic ID 78421 (2010), cofinanțat din Fondul Social European – Investește în Oameni, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

* Doctorand bugetar al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/CPP107/DMI1.5/S/78421, „Burse Universitare în România prin Sprijin European pentru Doctoranzi (BURSE DOC)”.

² Articolul 2 lit. a) din Directiva 95/46 CE „privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date”.

Abstract

This article aims to analyze from two perspectives the right to the protection of personal data, a right which had maybe the most dynamic evolution in the last three decades on a very narrow niche. Firstly, we will focus on the right's content by analyzing thoroughly the provisions which enshrine it. Secondly, we are interested to reason whether it is a new fundamental right, distinct from the right to the protection of private life or not. The right to the protection of personal data was born out of the necessity to protect the individual from the avalanche-like development of a computerized human society. Personal data have been legally defined as „any information relating to an identified or identifiable natural person”³, covering, therefore, a generous sphere of protection.

Because it is a relatively new and less known right, we are interested in describing this generous sphere of protection. We will look upon the first important legal act which regulated distinctly and in detail the right to the protection of personal data – the 108 Convention of the Council of Europe from 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal Data. Further, we will analyze Article 16 of the Treaty of Lisbon which enshrines the right to the protection of personal data. This provision was introduced for the first time in an EU treaty in Article 16, which became the central piece in the protection of personal data in the Member States of the EU. We will analyze the extent in which Article 16 may enjoy direct effect. Further we will concentrate on Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which is exclusively dedicated to data protection.

In the next section we will analyze the content of this right from the perspective of the provisions of Directive 95/46 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. We will look upon the criteria for making data processing legitimate, the special categories for processing and the scope of the independent supervisory authorities created in all EU Member States.

In the last section we will analyze the possibility that the right to the protection of personal data is a new fundamental right from both a formal and a substantial point of view.

Cuvinte-cheie: *date cu caracter personal; protecția datelor cu caracter personal; drepturi fundamentale; Tratatul de la Lisabona; efectul direct; Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene*

Keywords: *personal data; protection of personal data; fundamental rights; The Lisbon Treaty; direct effect; The Charter of the Fundamental Rights of the European Union*

³ Article 2a from Directive 95/46 EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

1. Importanța protecției datelor cu caracter personal. Despre importanța intimității și a protecției datelor private, într-o societate din ce în ce mai mecanizată și computerizată sunt multe lucruri de spus. Pentru o privire introductivă asupra acestora, putem apela la exemplul oferit de H. Hijmans și A. Scirocco⁴ în lucrarea „Neajunsuri ale protecției datelor private în UE în al doilea și al treilea pilon. Ne putem aștepta ca Tratatul de la Lisabona să ajute?”⁵ – un fragment din romanul „Blind Faith”⁶ al scriitorului britanic Ben Elton, care descrie o societate a viitorului. Fragmentul la care apelăm descrie un dialog între un individ și un reprezentant al autorităților, în contextul în care individul refuză publicarea înregistrării nașterii copilului său pe o pagină de internet:

„Nu putea mărturisi sub nicio formă că decizia sa a fost rezultatul unei forțe strănii dinăuntru care își dorea un moment de intimitate. O dorință de a păstra ceva pentru sine, chiar dacă doar pentru o fracțiune de secundă. Nu ar fi putut mărturisi asta. Nimic nu era mai ofensator pentru comunitate decât intimitatea. ‘De ce ar dori cineva să ascundă vreun aspect care ține de sine de privirile celorlalți?’ ‘Ai ceva de ascuns?’ ‘Nu am nimic de ascuns de care să-mi fie rușine, dacă la asta vă referiți’ ‘Sunt fascinat atunci. Dacă nu ai nimic de care să îți fie rușine, de ce ți-oi dori intimitate?’ Se gândi pentru un moment. ‘Pentru că o consider fundamentală pentru simțul meu al sinelui’”.

Societatea contemporană încă nu a ajuns la acest stadiu, însă cu greu poate fi pusă la îndoială teoria conform căreia societatea în care trăim seamănă din ce în ce mai mult cu o „societate de supraveghere”⁷. Computerizarea vieții se poate traduce în cifre cu ajutorul unui Eurobarometru⁸ din 2008, care arată că majoritatea cetățenilor europeni sunt îngrijorați de problemele legate de protecția datelor private. Cu toate acestea, sunt și cifre care indică disponibilitatea acestora de a ceda o bună parte din intimitatea lor pentru siguranță în sens fizic. Astfel, 82 la sută consideră că „ar trebui să fie posibilă monitorizarea zborurilor unui pasager”; 72 la sută, că „ar trebui să fie posibilă monitorizarea apelurilor telefonice”; 75 la sută – „istoria utilizării Internetului”; 69 la sută – „istoria utilizării cărților de credit”.

Fără îndoială că protecția datelor private nu poate face obiectul unui drept absolut, siguranța fiind unul dintre motive în acest sens. Pe de o parte, necesitatea stabilirii unor restricții în alte domenii care vizează colectarea și procesarea datelor private și pe de altă parte necesitatea creării unui sistem coerent de reguli care să ghideze colectarea și procesarea datelor au dus la crearea unei încadrări juridice a dreptului la protecția datelor cu caracter personal. Acestea sunt definite ca „orice informație referitoare la o persoană

⁴ Specialiști angajați ai „European Data Protection Supervisor” – instituție a Uniunii Europene care se ocupă de protecția datelor private.

⁵ *Shortcomings in EU data protection in the third and the second pillars. Can the Lisbon Treaty be expected to help?* – Common Market Law Review 46: 1485 – 1525, 2009 (2009 Kluwer Law International, Țările de Jos).

⁶ Ben Elton, *Blind Faith* (trad. – *Credință oarbă*), Bantam 2007, p. 29 și 331.

⁷ Conceptul de „Surveillance Society”; În Raportul asupra Societății de Supraveghere realizat de Surveillance Study Network în septembrie 2006 se precizează: „În toate statele bogate ale lumii, viața de zi cu zi este sufocată de mecanisme de supraveghere, nu atât din zori până seara, cât mai degrabă 24 de ore, șapte zile pe săptămână” – www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application_surveillance_society_full_report_2006.pdf.

⁸ Protecția datelor private în percepția cetățenilor Uniunii Europene – Flash Eurobarometer Series 225, Ianuarie 2008, ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_225_en.pdf.

fizică identificată sau identificabilă”⁹, iar o persoană identificabilă este „o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un număr de identificare sau la unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice, psihice, economice, culturale sau sociale”¹⁰.

În următoarea secțiune a lucrării vom detalia prevederile cele mai importante cu privire la dreptul la protecția datelor cu caracter personal – Convenția 108 de la Strasbourg, Tratatul de la Lisabona și Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene.

2. Convenția 108. Consiliul Europei a fost cel care a reglementat pentru prima dată, în mod distinct, protecția datelor private. Acest lucru s-a întâmplat prin intermediul Convenției 108 – „Convenția pentru protejarea persoanelor față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal”, adoptată la Strasbourg pe 28 ianuarie 1981. Prevederile Convenției se aplică tuturor datelor personale automatizate și procesării automatizate a acestora, atât în sectorul public, cât și în cel privat. Convenția 108 stă la baza prevederilor comunitare ulterioare, cum ar fi Directiva 95/46/CE, care detaliază principiile enunțate în Convenție și le oferă un conținut palpabil.

În Preambulul Convenției, statele semnatare remarcă realitatea care duce la necesitatea reglementării colectării și procesării datelor private, susținând că „este de dorit să se extindă protecția drepturilor și libertăților fundamentale pentru fiecare, în special dreptul la respectarea vieții private, față de intensificarea circulației peste frontiere a datelor cu caracter personal care fac obiectul prelucrării automatizate”.

Obiectul și scopul Convenției sunt menționate în primul articol și se referă la garantarea pe teritoriul fiecărui stat semnatar „fiecărei persoane fizice, oricare ar fi cetățenia sa sau reședința sa, respectarea drepturilor și libertăților sale fundamentale și, în special, dreptul la viața privată, față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal care îl privesc (protecția datelor).” Astfel, cei care se pot bucura de protecția datelor private nu sunt doar cetățenii statului semnatar, ci pot fi orice persoană, cu singura condiție ca ea să se afle pe teritoriul statului respectiv. Convenția oferă, deci, o plajă largă de aplicare. De asemenea, remarcăm faptul că dreptul la viața privată este menționat, dar și că textul Convenției particularizează protecția datelor cu caracter personal încă din Articolul 1.

Limitele dreptului la protecția datelor private sunt reglementate de Articolul 9 al Convenției. Prima condiție pe care o impune în dreptul la protecția datelor cu caracter personal trebuie să o îndeplinească este aceea că ingerința trebuie să fie prevăzută de lege. Cea de-a doua condiție este aceea că ingerința trebuie să fie necesară într-o societate democratică. Alineatul 2 al Articolului 9 este foarte specific cu privire la „necesitatea într-o societate democratică”, limitând-o la: „a) protejarea securității statului, siguranței publice, intereselor monetare ale statului sau reprimarea infracțiunilor penale; b) a proteja persoanele în cauză sau drepturile și libertățile celorlalți”.

România a ratificat „Convenția pentru protejarea persoanelor față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal” prin Legea 682 din 28 noiembrie 2001, după

⁹ Art. 2 lit. a) al Directivei 95/46 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date.

¹⁰ *Idem.*

ce semnase Convenția la 18 martie 1997, extinzând domeniul Convenției și la protecția datelor prelucrate prin alte mijloace decât cele automate.

3. Articolul 16 al Tratatului de la Lisabona. Înainte de Lisabona, dreptul la protecția datelor private făcea obiectul unei referiri obscure și neclare conținute în Articolul 286 al Tratatului Comunităților Europene. Scopul articolului 286 era mult mai limitat decât actualele prevederi ale legislației primare a UE¹¹.

Lisabona introduce însă un articol cu aplicabilitate generală, ce devine astfel centrul de greutate al protecției datelor private în Uniunea Europeană. Articolul 16 are următorul conținut: „(1) *Orice persoană are dreptul la protecția datelor cu caracter personal care o privesc.* (2) *Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, stabilesc normele privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal de către instituțiile, organele, oficiile și agențiile Uniunii, precum și de către statele membre în exercitarea activităților care fac parte din domeniul de aplicare a dreptului Uniunii, precum și normele privind libera circulație a acestor date. Respectarea acestor norme face obiectul controlului unor autorități independente. Normele adoptate în temeiul prezentului articol nu aduc atingere normelor specifice prevăzute la articolul 39 din Tratatul privind Uniunea Europeană”.*

Acest articol face parte din Titlul II al Tratatului, denumit „Prevederi cu aplicare generală”. Astfel, protecția datelor private este alăturată unor concepte ca accesul public la documente și combaterea discriminării. O problemă ridicată de introducerea acestui articol o reprezintă posibilitatea ca el să aibă efect direct. Doctrina¹² consideră că există argumente puternice în favoarea punctului de vedere conform căruia Articolul 16 (1) al Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE) introduce dreptul la protecția datelor private ca fiind un drept cu efect direct.

În primul rând, formularea sa este asemănătoare, de exemplu, celei a dreptului cetățenilor Uniunii Europene de a se mișca și a locui liber pe teritoriul UE. Conform deciziilor Curții de Justiție a Comunităților Europene, acest drept prevăzut în tratat are efect direct. Astfel, în cauza *Baumbast*¹³, Curtea decide că Articolul 18 al Tratatului privind Comunitatea Europeană (cel care prevedea dreptul la libera circulație a persoanelor) are efect direct deoarece acest drept „este conferit direct tuturor cetățenilor Uniunii Europene printr-o prevedere clară și precisă a Tratatului privind Comunitatea Europeană”. În al doilea rând, textul Articolului 16 TFUE este identic cu textul Articolului 8 (1) al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, care prin intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona este investită cu forță juridică obligatorie.

¹¹ Art. 286: „1. De la 1 ianuarie 1999, actele comunitare cu privire la protecția indivizilor în ceea ce privește procesarea datelor private și libera circulație a acestora se vor aplica instituțiilor și organismelor înființate de către acest Tratat. 2. Înaintea datei stipulate la alineatul 1, Consiliul, acționând în concordanță cu procedura la care se face referire în Art. 251, va înființa un corp independent de supraveghere responsabil cu monitorizarea aplicării acestor acte comunitare asupra instituțiilor și organismelor Comunității și va adopta orice altă prevedere relevantă, după caz”.

¹² Hijmans și Scirocco, *Shortcomings in EU data protection in the third and the second pillars. Can the Lisbon Treaty be expected to help?* – Common Market Law Review 46: 1485 – 1525, 2009 (2009 Kluwer Law International, Țările de Jos).

¹³ Cauza C-413/99 *Baumbast și R* [2002] ECR I-7091, par. 84.

Mai mult, prin copierea Articolului 8 (1) al Cartei direct în Tratat, dreptul fundamental prevăzut în Cartă primește valoare adăugată, principala țintă a acestei duble prevederi fiind aceea „de a se asigura că exercițiul acestui drept poate fi efectiv, prin intermediul dreptului secundar¹⁴”. Nu în ultimul rând, includerea sa în Titlul II îi conferă o poziție puternică în interiorul Tratatului.

Dimensiunea constituțională a Articolului 16 are și o consecință extrem de importantă în ceea ce privește marginea de apreciere de care se bucură legislativul european atunci când impune restricții ale unor drepturi. Astfel, legiferarea în domeniu va fi influențată de consacrarea dreptului la protecția datelor private în TFUE, mai ales atunci când se pun în discuție derogări ale acestui drept.

4. Articolul 8 al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene. Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene este primul instrument european de drept internațional public pentru apărarea drepturilor omului care menționează un drept distinct la protecția datelor private, în Articolul 8¹⁵, în timp ce conferă protecție vieții private și de familie în Articolul 7.

Articolul 8 este suficient de precis pentru a se putea bucura de efect direct fără a genera foarte multe discuții în acest sens. Astfel, alineatul 1 enunță în mod generic dreptul la protecția datelor private de care se bucură orice persoană, similar alineatului 1 al Articolului 16 TFUE. Alineatul 2 aduce un conținut efectiv acestui drept, un conținut care poate servi drept test de conformitate pentru o măsură a instituțiilor europene sau a statelor membre ce reglementează datele private. Acestea trebuie să fie procesate just, într-un scop precizat de autorii ingerinței. De asemenea, ingerința trebuie să se bazeze fie pe consimțământul persoanei vizate de procesarea datelor, fie să aibă o bază legitimă – adică să fie prevăzută de lege. Același alineat consacră și două drepturi accesorii dreptului la protecția datelor private, și anume dreptul de a avea acces la propriile date colectate de altcineva și dreptul la a-i fi rectificate datele procesate.

În fine, alineatul 3 preia prevederea existentă deja în legislația primară a Uniunii, și anume supravegherea respectării dreptului la protecția datelor private de către instituții autonome. De altfel, la nivelul Uniunii Europene, dar și al fiecărui stat membru, deja funcționează astfel de instituții.

Este de așteptat ca în viitor CJCE să aplice în cauzele din fața sa Art. 8 al Cartei atunci când ele vor avea ca obiect date private, în detrimentul Art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului – la care făcea apel până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, articol ce are o sferă mult mai largă de aplicabilitate. Articolul 8 al Cartei setează deja câteva principii de urmat în cântărirea unei ingerințe asupra dreptului la protecția datelor private, însă este de așteptat ca prin intermediul jurisprudenței Curtea să elaboreze o abordare mai complexă a dreptului la protecția datelor private.

¹⁴ Hijmans și Scirocco, *Shortcomings in EU data protection in the third and the second pillars. Can the Lisbon Treaty be expected to help?* – Common Market Law Review 46: 1485 – 1525, 2009 (2009 Kluwer Law International, Țările de Jos).

¹⁵ „1) Orice persoană are dreptul la protecția datelor private care o privesc. 2) Aceste date trebuie să fie procesate just pentru scopuri precizate și pe baza consimțământului persoanei interesate sau pe o altă bază legitimă prevăzută de lege. Orice persoană are dreptul de a avea acces la datele colectate în legătură cu ea și dreptul de a le fi rectificate. 3) Îndeplinirea acestor prevederi va face obiectul controlului unei autorități independente”.

5. Directiva 95/46 CE „privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date”, adoptată în 1995, este principalul act de reglementare a protecției datelor cu caracter personal al Uniunii Europene. Directiva reglementează atât prelucrarea automată, cât și prelucrarea neautomată a datelor, doar atunci când aceasta privește piața internă a Uniunii și dacă datele nu sunt prelucrate în scop personal sau domestic. Directiva statuează condițiile de legalitate în care se pot prelucra date private: 1) Datele trebuie să fie prelucrate în mod corect și legal, aceasta fiind o obligație care incumbă operatorului; 2) Colectarea datelor trebuie să fie făcută în scopuri determinate, explicite și legitime, fără ca ulterior acestea să poată fi prelucrate în alte scopuri. Acest principiu are o singură excepție, și anume cea în legătură cu prelucrarea datelor în scopuri istorice, statistice sau științifice, cu condiția ca statele să ofere garanții corespunzătoare; 3) Datele colectate trebuie să fie adecvate, pertinente și neexcesive în ceea ce privește scopurile pentru care sunt colectate și prelucrate ulterior. Cu alte cuvinte, acestea ar trebui să respecte principiul proporționalității; 4) Datele trebuie să fie exacte și, dacă este necesar, actualizate; 5) Păstrarea datelor trebuie făcută într-o formă care permite identificarea persoanelor vizate pentru o perioadă nu mai lungă decât este necesar în vederea atingerii scopurilor pentru care au fost colectate sau pentru care vor fi prelucrate ulterior. În legătură cu acest principiu, statele membre ale Uniunii au obligația de a stabili garanții pentru datele cu caracter personal care sunt stocate pe o perioadă mai mare decât cea menționată, în scopuri istorice, statistice sau științifice.

Unele date cu caracter personal nu pot face obiectul prelucrării. Dacă o astfel de exprimare ne este permisă, este vorba despre date cu caracter intim. Ele sunt enumerate în primul alineat al Articolului 8 al Directivei: originea rasială sau etnică, opiniile politice, convingerile religioase sau filozofice, apartenența sindicală, sănătatea, viața sexuală. Observăm că o parte dintre ele sunt criteriile găsite de regulă în conținutul dreptului la nediscriminare, însă acestora li se adaugă noi instanțe, cum ar fi convingerile filozofice sau apartenența sindicală. Astfel, datele cu caracter special reglementate la nivel comunitar asigură o protecție consolidată a vieții private a individului. Directiva prevede și că prelucrarea tuturor datelor personale este supusă unor excepții și restricții generale, impuse în special de siguranța națională a statelor membre.

6. Autoritățile independente de supraveghere. Conform Articolului 28 al Directivei, în fiecare stat membru una sau mai multe autorități publice trebuie să fie responsabile de supravegherea aplicării pe teritoriul său a dispozițiilor adoptate în temeiul directivei. Principala caracteristică a acestor autorități este „independența deplină”. În acest sens, Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal este o autoritate de supraveghere independentă¹⁶ ce a fost înființată în România în baza Legii nr. 102/2005. Aceasta prevede că atribuțiile ANSPDCP sunt specifice oricărei instituții de control. Drept urmare, ea are competența de a investiga prelucrările datelor cu caracter personal ce cad sub incidența Legii nr. 677/2001, care este legea de implementare a Directivei 95/46.

¹⁶ Pentru mai multe detalii cu privire la regimul juridic al acestei autorități administrative autonome, a se vedea George Gîrleşteanu, *Autorități administrative autonome*, Ed. Sitech, Craiova, 2009, pp. 105-112.

De asemenea, ANSPDCP poate aplica sancțiuni, dacă se constată încălcarea dispozițiilor legale de către operatorii de date cu caracter personal, în urma sesizărilor ce pot fi din oficiu sau făcute de către persoanele lezate în drepturile lor. Autoritatea poate dispune, în cazul în care constată încălcarea dispozițiilor Legii 677/2001, suspendarea provizorie sau încetarea prelucrării datelor, ștergerea parțială ori integrală a datelor prelucrate și poate să sesizeze organele de urmărire penală sau să intenteze acțiuni în justiție.

7. Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date este legea de implementare în sistemul de drept român a Directivei 95/46. În ansamblu, ea este mai detaliată decât directiva, preluând toate prevederile acesteia și asigurând o protecție efectivă a datelor cu caracter personal. Legea prevede că este opozabilă atât persoanelor fizice, cât și persoanelor juridice, române sau străine, de drept public sau de drept privat, indiferent dacă prelucrările de date personale au loc în sectorul public sau sectorul privat. Domeniul Legii 677/01 nu cuprinde prelucrările datelor personale efectuate de persoane fizice pentru uzul lor personal, dacă datele în cauză nu sunt destinate a fi dezvăluite. De asemenea, ea nu se aplică prelucrărilor și transferului de date cu caracter personal efectuate în cadrul activităților în domeniul apărării naționale și siguranței naționale, desfășurate în limitele și cu restricțiile stabilite de lege.

8. Un nou drept fundamental? Este cert faptul că protecția datelor private este din ce în ce mai fragilă, în special datorită mijloacelor moderne de comunicare: de exemplu, orice acțiune pe internet lasă urme informatice care permit, eventual, constituirea de bănci de date foarte exacte cu informații cu caracter personal¹⁷. Este deci incontestabil caracterul necesar al protecției datelor private.

Teoreticienii drepturilor omului susțin că „păstrarea datelor cu caracter personal de către o autoritatea publică reprezintă o ingerință în dreptul la respectarea vieții private”¹⁸. Cu alte cuvinte, este stabilit un raport ca de la parte la întreg cu dreptul garantat prin Articolul 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului. Practicienii, pe de altă parte, susțin fără ezitare că cele două drepturi sunt distincte: „Dreptul la protecția datelor cu caracter personal este un drept fundamental. El este diferit de, dar în strânsă legătură cu dreptul la respectarea vieții private și de familie. Această distincție este făcută în mod notabil în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, care menționează cele două drepturi separat”¹⁹. Argumentul acesta este adus de Autoritatea Europeană pentru Protecția Datelor și poate fi considerat incontestabil, atâta timp cât din punct de vedere formal cele două drepturi au fost deja disjuncte într-o cartă europeană care, din 2009, a devenit obligatorie pentru statele membre ale Uniunii odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona.

Consacrarea dreptului la protecția datelor private distinct de dreptul la protecția vieții private și celei de familie într-o Convenție a Consiliului Europei și în acte de

¹⁷ Jean Francois Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 251.

¹⁸ *Idem.*, p. 250.

¹⁹ Autoritatea Europeană pentru Protecția Datelor Private, <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS/Dataprotection>.

reglementare primară ale Uniunii Europene este un pas uriaș spre individualizarea unui nou drept fundamental. Practic, dacă nu grație Convenției 108, atunci grație Articolului 16 TFUE și Articolului 8 CDFUE disputa dacă dreptul la protecția datelor private este sau nu un nou drept fundamental ar fi neutralizată în favoarea primei teze. Se pune însă întrebarea dacă este suficientă prevederea într-un tratat internațional a unui drept pentru care acesta să devină fundamental. Este evident că o astfel de ipoteză ar duce la soluții absurde, putându-se întâmpla ca un drept de a tăia iarba din fața locuinței, spre exemplu, să devină fundamental pentru că apare într-o astfel de convenție.

Astfel, în afara simplului fapt de a se bucura de o astfel de consacrare, un drept ce se dorește a fi fundamental „trebuie să cuprindă un element substanțial, adică valori determinate care trebuie să guverneze formarea regulilor legislative”²⁰. Din acest punct de vedere, tot situația de fapt este cea care ne obligă să acceptăm introducerea în gama drepturilor fundamentale a dreptului la protecția datelor cu caracter personal fără a chibzui foarte mult. Deja am analizat atât ceea ce noi am denumit în scopul acestei lucrări legislația primară care consacră dreptul la protecția datelor private, cât și o legislație secundară. Cu alte cuvinte, conținutul dreptului s-a bazat pe o valoare suficient de concretă și substanțială pentru a putea crea reguli legislative la fel de concrete.

Tot din punct de vedere substanțial în ceea ce privește delimitarea dreptului la protecția datelor private ca drept fundamental de sine stătător se ridică și problema raportului dintre dreptul la protecția datelor private și dreptul la protecția vieții private. Sunt acestea două drepturi distincte?

Până acum, relația dintre cele două schițează un drept al protecției datelor private ca o particularizare a dreptului la protecția vieții private, o particularizare de nișă, cu detalii specifice stipulate în acte ce aparțin întregii ierarhii legislative, născută din nevoia practică a statelor și a organizațiilor interstatale de a gestiona date personale în mod legitim și normativizat în detaliu, în contextul unei societăți ultra-computerizate. În opinia noastră, tocmai societatea ultra-computerizată și cantitatea de operațiuni interstatale și interpersonale care au legătură cu stocarea de date și transmiterea acestora este cea care impune o delimitare a celor două drepturi. Din modalitatea de consacrare, putem deduce că dreptul la protecția datelor private este unul cu un conținut tehnic, concret, foarte puțin flexibil, spre deosebire de protecția dreptului la viața privată și de familie așa cum este el consacrat în Articolul 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului. Considerăm totuși aceste criterii de departajare convingătoare decât într-o anumită măsură. Doctrinei îi va rămâne astfel o provocare de a găsi un criteriu de neînălțat care să delimiteze fără echivoc cele două drepturi fundamentale, provocare la care jurisprudența europeană este așteptată cu un aport important.

²⁰ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Sitech, Craiova 2006, p. 600.

Considerații privind procedura hotărârii pilot în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

Considerations on pilot judgment procedure in the European Court of Human Rights case law

*Lect. univ. drd. Oana SURDESCU**

Rezumat

Procedura hotărârii pilot își propune să ajute autoritățile naționale în eliminarea problemelor sistemice sau structurale evidențiate de către Curte, dând naștere unor cauze repetitive. Acest articol analizează „procedura hotărârii pilot”, dezvoltată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cazurile în care Curtea a aplicat metodologia pilot și identifică principalele elemente și caracteristici ale acestei proceduri.

Abstract

The ‘pilot judgment procedure’ aims to assist national authorities in the elimination of systemic or structural problems highlighted by the Court, giving rise to repetitive cases. This article analyses the ‘pilot judgment procedure’ developed by the European Court of Human Rights, in which cases the Court has applied the pilot methodology and identifies the principal elements and characteristics of this procedure

Cuvinte-cheie: *procedura hotărârii pilot; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; cazuri repetitive*

Keywords: *pilot judgment procedure; European Court of Human Rights; repetitive cases*

1. Preliminarii. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a dezvoltat noi proceduri cum este și procedura hotărârii pilot care face posibilă identificarea grupului mare al cauzelor identice, toate vizând pe fond aceleași încălcări ale legii. Cauzele de acest tip, așa numitele cauze repetitive sunt din ce în ce mai numeroase în fața Curții și reprezintă o parte semnificativă a volumului său de muncă contribuind la congestionarea sa.

În cazul în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului este sesizată cu un număr important de cereri care decurg din aceeași cauză, ea poate să decidă alegerea uneia sau mai multor cereri pentru a le trata cu prioritate. Atunci când soluționează o cauză, Curtea urmărește o soluție care se aplică la toate cazurile similare ce ridică aceeași problemă. Decizia care este apoi dată de Curte este o hotărâre pilot. Astfel, Curtea are ca scop să ofere orientări clare Guvernului statului pârât cu privire la modul în care să elimine aceste disfuncții; să determine dacă a avut loc o violare a Convenției în cauza respectivă; să încurajeze crearea unei căi de atac interne care să se aplice cazurilor similare (inclusiv

* Autorul este cadru didactic al Facultății de Drept și Administrație Publică, Universitatea Spiru Haret, avocat în Baroul București și doctorandă a Universității din Craiova.

celor care sunt pe rolul Curții până la pronunțarea hotărârii pilot) sau cel puțin să conducă la rezolvarea tuturor cazurilor de acest tip pendinte în fața Curții Europene a Drepturilor Omului; să identifice funcționarea defectuoasă a legislației interne care stă la baza acestei violări.

Procedura hotărârii pilot își propune să ajute autoritățile naționale în eliminarea problemelor sistemice sau structurale evidențiate de către Curte, dând naștere unor cauze repetitive. În acest sens, Curtea facilitează sarcina Consiliului de Miniștri de a veghea asupra executării fiecăreia dintre hotărârile CEDO de către statul pârât.

Posibilitatea de a suspenda toate celelalte cauze asemănătoare pentru o anumită perioadă constituie o caracteristică esențială a acestei proceduri și oferă un mijloc suplimentar de încurajare a autorităților naționale să ia măsurile care se impun. Procedura hotărârii pilot are rolul de a permite ca remediul cel mai rapid cu putință să fie oferit la nivel național tuturor persoanelor afectate de problema structurală identificată prin hotărârea pilot. Astfel se poate decide, în hotărârea pilot, suspendarea tuturor cererilor asemănătoare în fond pentru timpul necesar punerii în practică a măsurilor cu caracter general capabile să rezolve respectiva problema structurală.

Procedura hotărârii pilot se centrează pe faptul că existând un număr mare de cereri care privesc aceeași problemă juridică; reclamanții obțin mult mai rapid o repunere în drepturi și punerea în aplicare a hotărârii la nivel național, față de situația în care fiecare cauză ar fi fost judecată în mod individual. Deși nu se poate pretinde că procedura hotărârii pilot reprezintă soluția tuturor problemelor care decurg din volumul de muncă excesiv al Curții, se poate afirma că prezintă cel puțin potențialul necesar pentru reducerea în mod vizibil a volumului de lucru al instanței europene, respectiv a numărului de dosare aflate pe rolul Curții și pentru eliminarea anumitor probleme de fond, structurale, care se află la originea cererilor introductive repetitive și a numărului de cazuri identice.

2. Scurtă analiză privind hotărârile pilot din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (2004-prezent). La 17 noiembrie 2010, Comisia pentru probleme juridice și drepturile omului din cadrul Adunării Parlamentare a Consiliului Europei a adoptat al 7-lea Raport privind punerea în aplicare a hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului¹. Comisia a analizat situația a nouă state în care probleme structurale majore au condus la violări repetate ale Convenției Europene precum și la utilizarea procedurii hotărârilor pilot: Bulgaria, Grecia, Italia, Moldova, Polonia, România, Federația Rusă, Turcia și Ucraina. Problemele majore continuă să fie durată excesivă a procedurilor judiciare (Italia), neexecutarea deciziilor judiciare interne (Ucraina și Rusia), relele tratamente practicate de funcționarii forțelor de ordine și absența unor anchete eficiente în acest sens (în special în Rusia și Moldova), detenția ilegală sau durată excesivă de detenție (Moldova, Polonia, Rusia și Ucraina).

Comisia consideră că aceste probleme sunt îngrijorătoare aducând atingere preeminenței dreptului în statele respective și a făcut o serie de recomandări pentru fiecare stat în cauză.

¹ http://www.assembly.coe.int/Communication/20101109_arretsCE_F.pdf.

Problemele sistemice care există de mult timp în anumite state continuă să genereze numeroase cereri repetitive în fața Curții, ceea ce amenință eficacitatea sistemului european de protecție a drepturilor omului.

Așadar, Curtea de la Strasbourg a decis pentru prima dată folosirea procedurii hotărârilor pilot în anul 2005, în cauza *Broniowski c. Poloniei*², când nu se reușise până atunci să se rezolve situația proprietăților unor cetățeni polonezi care au fost nevoiți să părăsească teritoriile ce fuseseră încorporate în Uniunea Sovietică. Era vorba despre aplicarea unei legi prin care s-a dispus acordarea de compensații celor care își abandonaseră bunurile înainte de 1945 aflate pe teritorii care după acest an nu au mai făcut parte din Polonia. Curtea a apreciat că statul polonez a lipsit de orice eficiență drepturile reclamantei, fără a încerca vreo soluție de a le da satisfacție și că este nevoie să se adopte măsuri generale prin căi legislative și administrative pentru asigurarea despăgubirii efective și într-un timp rezonabil a celor îndreptățiți la compensații.

O altă hotărâre pilot a fost *Hulten – Czopska c. Polonia*³ în care proprietarii de terenuri erau împiedicați în anumite circumstanțe să dispună de terenul lor, iar legislația internă îi împiedica să primească chiriile aferente la o valoare reală a pieței. Curtea a considerat că se impune adoptarea unor măsuri generale de natură legislativă prin care chiriașii să aibă posibilitatea de a cere o chirie la valoarea pieței și să aibă posibilitatea de a contesta chiriile controlate de stat.

Polonia se confruntă atât cu durată excesivă a procedurii și lipsa unui recurs efectiv⁴ cât și cu durata excesivă a arestării preventive. Autoritățile poloneze au adoptat modificări legislative⁵ privind durata procedurii în fața jurisdicțiilor civile, penale și administrative, condițiile arestării preventive cu scopul de a soluționa problemele grave care existau.

În cauza *Stornaiuolo c. Italia*⁶ Curtea a considerat că este necesar să se adopte măsuri legale, administrative și bugetare pentru eliminarea obstacolelor juridice în procedura de obținere a compensațiilor în caz de expropriere și acordarea efectivă a acestora. De asemenea, cauza *Scordino c. Italia (nr. 3)*⁷ a condus la facilitarea obținerii restituirii terenurilor ocupate în absența exproprierii, iar dacă retrocedarea nu este posibilă din motive temeinic justificate, acordarea de compensații, precum și adoptarea unor măsuri bugetare pentru despăgubirea celor care au suferit o pagubă ce nu poate fi acoperită prin măsura restituirii.

² Hotărârea din 22 iunie 2004, cererea nr. 31443/96, <http://www.jurisprudencedo.com>

³ Hotărârea din 19.06.2006, cererea nr. 35014/97, www.echr.coe.int.

⁴ În cauzele *Podbielski c. Polonia*, *Kudla c. Polonia*, *Fuchs c. Polonia* precum și în alte 207 cauze privind durata excesivă a procedurii în fața jurisdicțiilor civile, 45 cauze privind durata excesivă a procedurii în fața jurisdicțiilor penale, și 52 cauze privind durata excesivă a procedurii în fața jurisdicțiilor și autorităților administrative, Curtea a constatat violarea art. 6 §1 în ceea ce privește durata excesivă a procedurii în fața jurisdicțiilor civile, penale și administrative.

⁵ Implementarea unor măsuri administrative și structurale pentru ameliorarea capacității și eficacității sistemului judiciar. În mai 2009 au avut loc alte modificări legislative care introduceau un recurs efectiv împotriva duratei excesive a anchetei și prevedeau că instanțele trebuie în mod obligatoriu să acorde despăgubiri forfetare dacă plângerea este întemeiată.

⁶ Hotărârea din 08.08.2006, cererea nr. 52980/99, www.echr.coe.int.

⁷ Hotărârea din 06.03.2007, cererea nr. 43662/98, www.echr.coe.int.

Cauza *Driza c. Albania*⁸ a condus la adoptarea unor măsuri legale, administrative și bugetare pentru eliminarea obstacolelor juridice din calea obținerii restituirii imobilelor expropriate de fostul regim, restituire prevăzută de Legea Proprietății din 1993. Adoptarea unor planuri privind evaluarea valorii imobilelor în cazul celor îndreptățiți la restituirea în natură și constituirea unor fonduri pentru cei îndreptățiți la compensații și asigurarea executării hotărârilor judecătorești prin care instanțele admit cereri de restituire. Cauza *Ramadli și alții c. Albania*⁹ a determinat adoptarea de măsuri legislative, administrative și bugetare pentru introducerea unor remedii efective în cazul încălcării Convenției, prin desemnarea entității care să soluționeze cereri în ceea ce privește aplicarea Legii Proprietății din 1993, desemnarea regulilor procesuale pentru soluționarea acestor cereri și asigurarea efectivă a respectării acestor proceduri. S-au adoptat hărți pentru asigurarea respectării Legii Proprietății în cazul celor îndreptățiți la restituirea imobilelor în natură și desemnarea unor fonduri pentru cei îndreptățiți să primească compensații¹⁰.

Un exemplu mai recent în care procedura hotărârii pilot a generat adoptarea unor măsuri legislative care să introducă un recurs efectiv în procedurile administrative, cu respectarea principiului celerității a fost *Martins Castro și Alves Carreira de Castro c. Portugalia*¹¹.

În cazul Rusiei, Curtea a dat o hotărâre pilot (*Burdov c. Rusia (nr. 3)*) prin care a decis că trebuie să se adopte măsuri generale pentru introducerea unor remedii efective care să prevină încălcările Convenției Europene a Drepturilor Omului și să asigure executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în procese civile aduse împotriva autorităților statului pârât. Cauza se referea la probleme sistematice privind executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă pronunțate împotriva autorităților statului¹².

Peste 28% din cauzele Curții europene se referă la Federația Rusă, iar peste 90% sunt cauze repetitive. Problemele sistematice sunt: neexecutarea hotărârilor judecătorești interne; violarea principiului securității juridice în materie de anularea deciziilor judiciare definitive prin procedura de control a revizuirii; durata excesivă a arestării preventive și lipsa unor motive pertinente și suficiente pentru a o justifica; tortura și relele tratamente. Într-o hotărâre¹³ din 2002, Curtea a constatat violarea Convenției prin neexecutarea unei decizii judiciare interne ce acorda prestații sociale unei victime de la Cernobil. Ca urmare a afluxului constant de cereri asemănătoare, Curtea a folosit procedura hotărârilor pilot.

Curtea de la Strasbourg a mai folosit procedura hotărârii pilot și în cauzele: *Lukenda c. Slovenia*¹⁴, *Ghigo v. Malta*¹⁵, *Hassan și Eylem Zengin c. Turcia*¹⁶ (s-a constatat că sistemul de educație din Turcia încalcă dreptul la educație, protejat de articolul 2 din Protocolul 1, întrucât în ce privește educația religioasă, acest sistem nu ia în considerare convingerile și opțiunile religioase ale părinților și nu întrunește criteriul de obiectivitate

⁸ Hotărârea din 13.11.2007, cererea nr. 33771/02, www.echr.coe.int.

⁹ Hotărârea din 13.11.2007, cererea nr. 38222/02, www.echr.coe.int.

¹⁰ Hotărârile pilot din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, <http://iusiuventutis.blogspot.com>.

¹¹ Hotărârea din 10.06.2008, cererea nr. 33729/06, www.echr.coe.int.

¹² <http://iusiuventutis.blogspot.com>, op. cit.

¹³ *Burdov c. Rusia*, cererea nr. 59498/00, hotărârea din 7 mai 2002.

¹⁴ Hotărârea din 06.12.2005, cererea nr. 23032/02, www.echr.coe.int.

¹⁵ Hotărârea din 17.07.2008, cererea nr. 31122/05, www.echr.coe.int.

¹⁶ Hotărârea din 09.10.2007, cererea nr. 1448/04, www.echr.coe.int.

și pluralism¹⁷. În Turcia problemele structurale cele mai frecvente sunt: imposibilitatea redeschiderii unei proceduri¹⁸, libertatea de expresie¹⁹, durata excesivă a arestării preventive²⁰, acțiunile forțelor de securitate²¹, problemele ce privesc statul cipriot²². În cauza *Cahit Demirel c. Turcia* Curtea a dat o hotărâre pilot care privește problemele probleme des întâlnite și sistemice ce rezultă din disfuncționalitatea sistemului turc de justiție penală și a legislației interne relevante. Instanțele interne nu au avut un motiv rezonabil și suficient pentru a justifica decizia de a prelungi starea de detenție, care este contrar articolului 5 alineatul 3 din Convenție. În plus, nu există un recurs efectiv pentru a contesta legalitatea arestării preventive și nu poate fi obținută nicio reparație.

Ucraina se numără printre statele cu un număr semnificativ de probleme structurale grave²³: neexecutarea hotărârilor judecătorești interne, durata procedurilor civile și penale, arestarea preventivă, lipsa unui proces echitabil. Însă neexecutarea hotărârilor judecătorești interne rămâne principala problemă structurală care se ridică în ceea ce privește Ucraina (peste 1400 de cereri adresate Curții privesc neexecutarea hotărârilor judecătorești interne). Astfel, prin hotărârea pilot *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*²⁴, Curtea a concluzionat că autoritățile ucrainene nu intenționează să rezolve această problemă structurală. Curtea a subliniat că trebuie adoptată o reformă legislativă fără întârziere pentru ca sistemul judiciar de stat să se conformeze Convenției și pentru ca statele să-și îndeplinească obligațiile în conformitate cu articolul 46 din Convenție. Curtea a mai precizat că până la 15 ianuarie 2011 trebuie să existe un recurs efectiv pentru garantarea reparației adecvate și suficiente în caz de neexecutarea hotărârilor judecătorești interne sau de întârziere a executării. Dacă această măsură nu va fi luată, victimele acestei violări vor continua să aibă statutul de victimă și vor putea sesiza Curtea.

În Moldova²⁵, principalele probleme se referă la neexecutarea hotărârilor judecătorești interne, detenția ilegală, relele tratamente aplicate de poliție, condițiile proaste de detenție în închisori. Neexecutarea hotărârilor privind locuințele sociale reprezintă în jur de 50% din cererile privind neexecutarea deciziilor. (cauza *Olaru și alții c. Moldova*).

Este de remarcat că și în acest caz, Curtea²⁶ a adoptat procedura hotărârii pilot. Astfel, cauza *Olaru și alții c. Moldovei* provine din 4 cereri depuse de către 6 reclamanți care se referă la neexecutarea de către autorități a obligației de asigurare a reclamanților

¹⁷ <http://iusiuventutis.blogspot.com>, op. cit.

¹⁸ *Hulki Günes c. Turcia*, cererea nr. 28490/95, hotărârea din 19 septembrie 2003.

¹⁹ *Inçal c. Turcia*, cererea nr. 22678/93, hotărârea din 9 iunie 1998.

²⁰ *Halise Demirel c. Turcia*, cererea nr. 39324/98, hotărârea din 28 ianuarie 2005.

²¹ *Bati c. Turcia*, cererea nr. 33097/96 și 57834/00, hotărârea din 3 iunie 2004; *Oya Ataman c. Turcia*, cererea nr. 74552/01, hotărârea din 5 martie 2007.

²² *Cipru c. Turcia*, cererea nr. 25781/94, hotărârea din 10 mai 2001.

²³ Din statisticile Curții Europene a Drepturilor Omului reiese că 8,1% din cauzele aflate pe rolul Curții aparțin Ucrainei.

²⁴ Cererea nr. 40450/04, hotărârea din 15 ianuarie 2010.

²⁵ Cu toate că în urma hotărârii pilot *Olaru și alții c. Moldova*, autoritățile moldovene au început adoptarea unei reforme legislative, se pare că dificultățile politice din țară au dus la o amânare a acestei reformări.

²⁶ Hotărârea din 28 iulie 2009, cererile nr. 476/07, 22539/05, 17911/08 și 13136/07, <http://www.jurisprudencedaco.com>.

cu locuința socială. Reclamanții au pretins violarea art. 6 § 1 CEDO și a art. 1 al Protocolului nr. 1 la CEDO în urma neexecutării hotărârilor judecătorești executorii în favoarea lor. Curtea a constatat, în unanimitate, violarea art. 6 § 1 CEDO și a art. 1 al Protocolului nr. 1 la CEDO, considerând că perioadele de neexecutare a hotărârilor judecătorești în favoarea reclamanților variază între 3 și 11 ani. Curtea va amâna procedurile în toate cererile pe care le va primi după pronunțarea prezentei hotărâri, în care reclamanții se vor plânge exclusiv de neexecutare și/sau de executarea întârziată a hotărârilor judecătorești privind acordarea locuințelor sociale. Curtea²⁷ a considerat că, în termen de 1 an de la data când prezenta hotărâre va deveni definitivă, Guvernul trebuie să acorde o redresare adecvată și suficientă tuturor victimelor neexecutării sau executării întârziate a hotărârilor privind acordarea locuințelor sociale care au depus cereri la Curte înainte de pronunțarea prezentei hotărâri.

Astfel, procedura hotărârii pilot permite identificarea în hotărâre a existenței problemelor structurale, subliniind violările și indicând măsurile sau acțiunile care trebuie să fie întreprinse de statul pârât în vederea remedierii acestora. Un alt scop important al procedurii hotărârii pilot este de a convinge statul pârât să rezolve un număr mare de cauze individuale care provin din aceeași problemă structurală la nivel național. Dacă, totuși, statul pârât nu adoptă măsurile necesare în urma adoptării hotărârii pilot și continuă să încalce Convenția, Curtea nu va avea altă soluție decât să revină la examinarea tuturor cererilor similare pendinte pe rolul ei și să adopte hotărârile necesare pentru asigurarea respectării Convenției²⁸.

Cât privește România, ne vom referi în cele ce urmează la ultima hotărâre pilot dată de Curte la 12 octombrie 2010 – cauza *Maria Atanasiu și alții c. României*²⁹ dar nu înainte de a aminti de alte cauze pilot în care statul român a fost parte. Astfel, ne referim la cauza *Viașu c. România*³⁰ în care Curtea a „încercat să indice, cu titlu pur orientativ, tipul de măsuri pe care statul roman le-ar putea lua pentru a pune capăt situației structurale constatate în speță. Aceasta consideră că statul pârât trebuie, înainte de toate, fie să elimine orice obstacol aflat în calea exercitării efective a dreptului numeroaselor persoane afectate de situația considerată de Curte ca fiind contrară Convenției, cum este cazul reclamantului, fie să ofere o redresare adecvată. Statul pârât trebuie așadar să garanteze prin măsuri legale și administrative adecvate realizarea efectivă și rapidă a dreptului la restituire, indiferent dacă este vorba de o restituire în natură sau de acordarea unei despăgubiri, conform principiului supremației dreptului și al legalității protecției drepturilor patrimoniale, enunțate în art. 1 din Protocolul nr. 1, ținând cont de principiile enunțate de jurisprudența Curții în materie de despăgubire (...). Aceste obiective ar putea fi atinse, de exemplu, prin modificarea mecanismului de

²⁷ Problema neexecutării hotărârilor judecătorești este problema principală a Moldovei având în vedere numărul cererilor pendinte în fața Curții. Cauzele privind neexecutarea hotărârilor de acordare a locuințelor sociale constituie sunt cele mai frecvente din toate cauzele de neexecutare ale Moldovei. A se vedea și cauza *Caraman c. Moldovei* (decizie din 22 aprilie 2008, cererea nr. 3755/05). Aceasta privește tot acordarea unei locuințe, însă a fost scoasă de pe rol după ce părțile au încheiat un acord amiabil prin care Guvernul s-a obligat să asigure urgentarea executării hotărârii în favoarea reclamantului. La 1 an de la radierea cererii, Curtea a repus cauza pe rol, deoarece hotărârea în favoarea reclamantului nu a fost executată.

²⁸ <http://www.lhr.md/news/149.html>.

²⁹ Cererile nr. 30767/05 și 33800/06, hotărârea din 12.10.2010, <http://www.jurisprudentacedo.com>.

³⁰ Cererea nr. 75.951/01, hotărârea din 9 decembrie 2008 publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 361, din 29 mai 2009.

retrocedare actual, cu privire la care Curtea a constatat anumite puncte slabe, și implementarea de urgență a unor proceduri simplificate și eficiente, bazate pe măsuri legislative și reglementare coerente, care să poată păstra un just echilibru între diferitele interese aflate în joc”. Statul român rămâne liber, sub controlul Comitetului Miniștrilor, să aleagă mijloacele prin care să-și îndeplinească obligația juridică cu privire la art. 46 din Convenție.

După această cauză, Curtea a mai pronunțat o hotărâre pilot împotriva României prin care a dispus luarea unor măsuri generale. În cauza *Faimblat c. România*³¹ Curtea consideră că încălcarea art. 6 § 1 în prezenta cauză se datorează unei probleme sistemice și anume a legislației defectuoase care există în România în domeniul restituirii bunurilor imobile naționalizate și a aplicării acestei legislații de autoritățile administrative. Curtea a observat că pe rolul său se află deja aproximativ 50 de cauze similare cu cea în speță, ceea ce pare să indice o practică răspândită în rândul autorităților administrative de a nu răspunde în termenele legale sau, cel puțin, într-un termen rezonabil conform jurisprudenței Curții la cererile de restituire a imobilelor naționalizate.

Curtea observă în prezenta cauză că România ar trebui să adopte măsuri generale pe cale legislativă prin care „ar trebui, înainte de toate, să ia măsurile legislative necesare pentru a se asigura că cererile de restituire primesc un răspuns definitiv din partea autorităților administrative, în termene rezonabile. De asemenea, statul trebuie să vegheze și la înlăturarea obstacolelor juridice care împiedică executarea cu celeritate a deciziilor definitive pronunțate de autoritățile administrative sau de instanțele judecătorești cu privire la imobilele naționalizate, pentru ca foștii proprietari să obțină fie restituirea bunurilor lor, fie o despăgubire rapidă și adecvată pentru prejudiciul suferit, în special prin adoptarea unor măsuri legislative, administrative și bugetare capabile să garanteze o astfel de soluționare”.

În cauza *Katz c. România*³² Curtea europeană constată cu privire la încălcarea art. 1 din Protocolul 1 la CEDO că există o problemă structurală, rezultată din legislația defectuoasă cu privire la restituirea imobilelor naționalizate, vândute ulterior de către stat unor terți de bună – credință iar multiplele modificări legislative nu au condus la ameliorarea situației. Curtea observă că a tratat deja peste 100 de cazuri cu privire la acest subiect, amintind că această problemă a fost relevată prima dată în cauza *Străin*. Curtea apreciază că incapacitatea statului de a-și face ordine în sistemul său legislativ nu numai că agravează răspunderea statului în baza Convenției, ci reprezintă un pericol la efectivitatea sistemului de protecție pus în aplicare de Convenție³³.

³¹ Hotărârea din 13.01.2009, cererea nr. 23066/02, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 141 din 06.03.2009.

³² Hotărârea din 20 ianuarie 2009, cererea nr. 29739/03, <http://www.scj.ro>.

³³ Paragraful 32 „Din aceste motive, înainte de a examina cererea de satisfacție echitabilă prezentată de reclamant în conformitate cu articolul 41 al Convenției, și având în vedere circumstanțele speței, ca și modificările în volumul de lucru, Curtea își propune să examineze consecințele ce pot fi extrase din articolul 46 din Convenție pentru statul pârât. Curtea reamintește că, în conformitate cu articolul 46, Înaltele Părți Contractante se angajează să respecte hotărârile definitive pronunțate de Curte, în litigiile în care sunt părți, Comitetul de Miniștri fiind responsabil pentru monitorizarea punerii în aplicare a acestor decizii. Rezultă că, în cazul în care Curtea constată o încălcare, statul pârât are obligația legală, nu numai să plătească părților sumele alocate cu titlu de satisfacție echitabilă prevăzută de articolul 41, dar, de asemenea, de a alege, sub supravegherea Comitetului de Miniștri, măsurile generale și / sau, dacă este cazul, individuale pe care să le includă în ordinea sa juridică internă pentru a pune capăt încălcărilor constatate de Curte și de a

În final, Curtea consideră în primul rând că România trebuie să adopte măsurile legislative care să prevină ivirea situațiilor în care există două titluri de proprietate cu privire la același bun, fapt generat de obicei prin recunoașterea implicită a dreptului de proprietate a fostului proprietar, fără anularea titlului de proprietate a terțului. Statul trebuie să elimine barierele legale care îi împiedică pe foștii proprietari să primească înapoi bunurile naționalizate, sau să asigure acordarea unei compensații adecvate și prompte, prin adoptarea de măsuri legislative, administrative și bugetare.

Statul trebuie să adopte o procedură care să transforme sistemul de compensare într-unul care să acorde o compensație echivalentă, accesibilă și previzibilă în timp. Sistemul reînnoit va trebui să permită persoanelor afectate să primească compensații sau acțiuni la Fondul Proprietatea, după opțiunea lor și într-un timp rezonabil. Dat fiind faptul că precedentul judiciar cu privire la această stare de fapt și anume hotărârea Străin a fost pronunțată de Curte la data de 21 iulie 2005, iar în decurs de 3 ani, în pofida repetatelor modificări legislative, Curtea consideră că Guvernul va trebui să prezinte o îmbunătățire vizibilă a sistemului, cât mai curând posibil³⁴.

3. Hotărârea pilot Maria Atanasiu și alții contra României. Procedura hotărârii pilot, pe care Curtea a decis să o aplice în cazul *Maria Atanasiu și alții c. România*, a fost concepută pentru a asista statele membre în îndeplinirea rolului lor în sistemul prevăzut de Convenție, prin rezolvarea rapidă la nivel național a problemelor structurale.

Hotărârea din 12 octombrie 2010 împotriva României statuează:

– încălcarea art. 6 § 1 (dreptul la un proces echitabil) – cu privire la dna Atanasiu și dna Poenaru;

– încălcarea art. 1 al Protocolului nr. 1 la CEDO (protecția dreptului de proprietate) – cu privire la toți cei trei reclamânți (Atanasiu, Poenaru, Solon).

Curtea a mai precizat că România trebuie să ia măsurile generale garantând protecția efectivă a drepturilor enunțate și să amâne toate cererile care sunt cauzate de aceeași problemă generală.

Cauza sus menționată privește problema restituirii imobilelor naționalizate sau confiscate de stat în timpul regimului comunist. După căderea regimului comunist, au fost adoptate numeroase legi de reparație, bazate pe principiul restituirii bunurilor în natură sau a compensațiilor în cazul imposibilității restituirii. La ora actuală, milioane de solicitanți așteaptă pentru a li se rezolva cererile de restituire sau compensații bănești.

Reclamantele din cauza *Maria Atanasiu și alții c. România* sunt 3 cetățene române domiciliate în București. Primele două petente, dna Maria Atanasiu și Ileana Iuliana Poenaru, s-au născut în 1912 și respectiv 1937 și domiciliază în București. Moștenitoarele dlui M. Atanasiu – soțul primei petente și tatăl celei de-a doua, fostul proprietar al unui imobil situat în București, naționalizat în 1950 și compus în prezent din mai multe apartamente –, au obținut după 1989, potrivit dispozițiilor de drept comun, restituirea a 7 din aceste apartamente și acordarea de compensații pentru al 8-lea apartament. Instanțele interne au apreciat că într-adevăr, naționalizarea proprietății a fost ilegală. În privința

elimina, pe cât posibil, consecințele. Statul pârât este liber, sub supravegherea Comitetului de Miniștri, de a-și alege mijloacele de a se achita de obligația sa legală în privința articolului 46 din Convenție, cu atât mai mult cu cât aceste mijloace trebuie să fie compatibile cu conținutul hotărârilor Curții”.

³⁴ <http://iusiuventutis.blogspot.com>, *op. cit.*

ultimului apartament, obiect al prezentei cereri, Înalta Curte de Casație și Justiție a declarat la 11 martie 2005 acțiunea în revendicare a reclamantelor irevocabilă, pe motiv că acestea trebuiau să urmeze procedura de restituire sau de compensație, în vigoare atunci impuse de Legea nr. 10/2001 privind regimul juridic al imobilelor naționalizate. Neavând un răspuns în termen la cererea lor de restituire a apartamentului, introdusă ulterior în temeiul Legii nr. 10/2001, reclamantele au formulat o acțiune împotriva primarului Municipiului București, care a fost obligat de instanța supremă la 18 aprilie 2005 să emită o decizie. Notificarea depusă de către reclamante în baza Legii nr. 10/2001 nu a fost soluționată până în prezent, în ciuda unei hotărâri irevocabile prin care Primăria Municipiului București a fost obligată să procedeze la soluționarea notificării.

Cea de a treia petentă, dna Ileana Florica Solon, născută în 1935 și domiciliată în București, s-a plâns de imposibilitatea de a obține o compensație în baza Legii nr. 10/2001 modificată ulterior pentru prejudiciul suferit de naționalizarea unui teren folosit de Universitatea din Craiova. Prin decizia finală a Înaltei Curți de Casație și Justiție din 30 martie 2006 s-a stabilit că reclamanta era îndreptățită la despăgubire, pentru suma solicitată. Până în momentul de față nicio despăgubire nu a fost plătită. În iunie 2010, Guvernul român a arătat că cererea reclamantei va fi tratată cu prioritate.

Primele două reclamante au susținut că nu au avut acces la instanță pentru a solicita restituirea unuia dintre apartamentele naționalizate. Cele 3 reclamante s-au plâns de întârzierea autorităților administrative de a se pronunța asupra cererilor lor de restituire sau compensație. Ele au invocat articolele 6 § 1 (dreptul la un proces echitabil și într-un termen rezonabil) și a articolului 1 din Protocolul 1 (protecția proprietății).

Cele două cereri au fost introduse în fața Curții europene a drepturilor omului, la 11 august 2005 și respectiv 4 august 2005 iar ședința publică a avut loc la Strasbourg pe 8 iunie 2010.

Curtea a constatat peste 150 de violări ale Convenției în aceste tipuri de cauze și sute de astfel de cazuri sunt pendinte în fața sa. De asemenea din prezentele cauze reiese faptul că ineficacitatea mecanismului de despăgubire sau de restituire rămâne o problemă curentă și la scară largă în România. Această situație persistă în pofida adoptării hotărârilor *Viașu, Faimblat și Katz*, în care Curtea a arătat Guvernului că se impun măsuri generale pentru a permite realizarea efectivă și rapidă a dreptului la restituire.

În urma acestor hotărâri, numărul de constatări ale încălcării Convenției pentru același motiv nu a încetat să crească și mai multe sute de alte cereri similare sunt în așteptare pe rolul Curții. Acestea ar putea duce pe viitor la noi hotărâri statuând încălcarea Convenției ceea ce presupune o amenințare pentru eficiența pe viitor a dispozitivului de control înființat prin Convenție.

Având în vedere acumularea de disfuncționalități ale mecanismului de restituire și despăgubire care persistă chiar și după adoptarea hotărârilor *Viașu, Faimblat și Katz*, Curtea a apreciat că este imperios necesar ca Statul să ia de urgență măsuri cu caracter general care să poată conduce la o realizare efectivă a dreptului la restituire sau despăgubire menținând un just echilibru între diferitele interese implicate. Curtea a obligat statul român ca în termen de 18 luni să ia măsuri pentru remedierea problemei retrocedărilor.

Potrivit art. 46 din Convenție, Înaltele Părți Contractante se obligă să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții în litigiile la care sunt parte, Comitetul de Miniștri fiind însărcinat să supravegheze executarea acestor hotărâri. Rezultă mai ales faptul că, atunci

când Curtea constată o violare, Statul în cauză are obligația juridică nu numai de a plăti celor interesați sumele acordate cu titlu de satisfacție echitabilă prevăzută de art. 41, dar și să aleagă, sub controlul Comitetului de Miniștri, măsurile generale și/sau, când este cazul, individuale de integrat în ordinea sa juridică internă pentru a pune capăt încălcării constatate de Curte și de a șterge consecințele atât cât este posibil.

Statul pârât deține în continuare libertatea, sub controlul Comitetului de Miniștri, să aleagă metodele prin care își va achita obligația juridică în ceea ce privește art. 46 al Convenției, cu condiția ca aceste metode să fie compatibile cu concluziile conținute de hotărârea Curții.

Termenul de 18 luni în care autoritățile române trebuie să adopte măsuri capabile să ofere un remediu potrivit în materia restituirii proprietății prezintă o importanță deosebită. Astfel, devine posibilă respectarea drepturilor foștilor proprietari sau succesorilor în drepturi ale căror dosare de restituire sunt nerezolvate și cărora nu li s-au restituit în natură imobilele confiscate de regimul comunist sau compensații bănești. Acest termen, apreciem că este unul rezonabil pentru complexitatea problemelor existente, punerea în practică și adoptarea unei noi legislații în materie care să rezolve haosul legislativ. Este de remarcat că examinarea cauzelor similare a fost suspendată pentru cel mult 1 an în așteptarea punerii în practică a măsurilor cu caracter general.

În cele 18 luni, statul român va trebui să găsească soluții la disfuncționalitățile legislative: simplificarea ori revizuirea legislației sunt soluții care ar putea rezolva toate cazurile aflate pe rolul Curții de la Strasbourg privitoare la restituirea proprietății.

Suspendarea cazurilor conținând același tip de litigii nu presupune că dreptul de a depune cereri la Curtea Europeană a Drepturilor Omului urmează un regim asemănător. Cererile având obiectul retrocedărilor vor fi primite de Curte, însă vor fi examinate după expirarea

Sistemul de reparații înființat de statul român pentru bunurile imobile naționalizate înainte de 1989 prezintă deficiențe majore atât la nivel legislativ cât și judiciar, administrativ și bugetar. Absența unor termene pentru soluționarea dosarelor de către Comisia Centrală constituie un alt punct slab al mecanismului intern de despăgubire, care a fost deja identificat de către Curte în hotărârea *Faimblat*. Instanța de la Strasbourg a apreciat că, în speță, procedura instituită prin legea specială nu a fost una eficientă, având în vedere: problema structurală a acestei proceduri speciale, nerespectarea termenelor de soluționare a notificărilor, inexistența unei căi de atac, absența vreunui răspuns din partea autorităților administrative. Or, respingerea acțiunii de revendicare a reclamantelor din cauza *Maria Atanasiu*, în baza dreptului comun, a ultimului apartament, cu motivarea că reclamantele trebuiau să urmeze procedura reglementată de Legea nr. 10/2001 aduce atingere substanței dreptului de acces la instanță.

Curtea a observat în cauza *Maria Atanasiu și alții c. România*³⁵ că la ora actuală din 68 000 de petenți înregistrați la Comisia centrală, numai 3500 și-au văzut creanța transformată în acțiuni la acest fond. Potrivit Planului Strategic pentru anii 2010-2013 aprobat de Ministerul de Finanțe prin Ordinul nr. 19/05.01.2010, pentru cei 13.524 de

³⁵ În cauza *Maria Atanasiu și alții c. România*, Curtea arată faptul că petentele nu au primit încă o despăgubire și că nu au o certitudine în ceea ce privește data la care ele vor putea să o perceapă le-a impus o povară disproporționată și excesivă, incompatibilă cu dreptul la respectarea bunurilor lor garantat de articolul 1 din Protocolul 1.

români cu cereri înregistrate la ANRP care optaseră până la sfârșitul anului 2009 pentru despăgubiri în bani, este nevoie de o sumă totală de peste 395 de milioane de Euro, din care doar 74 de milioane de Euro au fost plătite până în urmă cu 1 an. Bugetul de despăgubiri pentru anul acesta a fost prevăzut la 45 de milioane de Euro, la fel ca în 2009, suma fiind însă cu 28% mai mică decât bugetul alocat în 2008. Planul strategic sus menționat prevede pentru 2011 un buget de 46,25 milioane de Euro, pentru 2012, 50 de milioane de Euro, iar pentru 2013, 55 de milioane de Euro. Aceste sume sunt prevăzute să acopere, în următorii 3 ani, despăgubirea a 15.000 de foști proprietari care au făcut cereri în baza Legii 18/1991 și 10.000 de cereri în baza Legii 10/2001. Însă pentru ca toți cei 68000 de foști proprietari ale căror cereri sunt înregistrate la ANRP să fie despăgubiți, s-ar ajunge ca plata acestora să se termine după anul 2020. Se observă că statul nu deține resursele financiare necesare pentru plata despăgubirilor deja stabilite. În cazul în care Fondul Proprietatea va ajunge să fie listat pe bursă, procedura de compensare va fi suspendată, fapt prevăzut de altfel de Legea 247/2005, care prevede un termen de 45 de zile de la data listării, la momentul suspendării. Statul român nu are vreun beneficiu din listarea Fondului la Bursă pentru că valoarea acțiunilor va fi mult sub valoarea nominală de 1 leu, ceea ce înseamnă că Statul va trebui să plătească foștilor proprietari mai multe acțiuni pentru aceeași valoare a despăgubirilor, ceea ce înseamnă un efort bugetar imposibil de realizat. Astfel s-ar putea ajunge chiar la dizolvarea Fondului Proprietatea care este înființat pentru o durată de 10 ani, cu posibilitatea prelungirii ei, conform dispozițiilor legale aplicabile societăților comerciale (2005-2015)³⁶.

Prin urmare, statul român va trebui să ajusteze legislația națională și să stabilească o justă procedură pentru despăgubirea foștilor proprietari și a succesorilor acestora, astfel încât problema sistemică fundamentală referitoare la remedierea deficiențelor din domeniul proprietății să fie soluționată la nivel național într-un termen cât mai scurt.

Numărul mare de cereri introduse în fața Curții contra României arată că este necesare să se examineze anumite măsuri legislative și administrative interne pentru a se vedea dacă sunt compatibile cu Convenția. Este nevoie ca organismele în măsură, corpul legislativ, executivul și autoritățile judiciare să consolideze încrederea cetățenilor români în puterea publică și să ia măsurile necesare pentru a reduce numărul cererilor depuse la Strasbourg.

³⁶ Raluca A. Niculescu-Gorpin, „Decizia CEDO: cum vor fi influențați foștii proprietari și implicațiile asupra Fondului Proprietatea”, www.hotnews.ro.

Propunere de lege ferenda pentru înlăturarea unei inadverențe între dispozițiile Codului penal și dispozițiile Codului de procedură penală privind condițiile cerute experților în procesul penal

Proposal de Lege Ferenda for the Removal of a Discrepancy Between the Stipulations of the Penal Code and the ones of the Penal Procedure Code in what Concerns the Requirements for the Validation of Experts in the Penal Trial

Prof. univ. dr. Adi OROVEANU HANȚIU

Unele texte ale Codului penal sunt aplicabile experților în situația în care aceștia săvârșesc fapte al căror pericol social justifică o încadrare penală. Astfel, indiferent că își desfășoară activitatea în cadrul procesului civil sau penal, experții care vor cere sau vor primi mai mult decât plata statornicită vor suferi rigorile legii penale, fapta putând fi încadrată, ca luare de mită, în dispozițiile articolului 254 din Codul penal, articol aplicabil și experților care nu sunt încadrați într-o instituție specializată, întrucât, conform articolului 147 alin. 2 din Codul penal, aceștia sunt asimilați funcționarilor.

Dispozițiile articolului 264 din Codul penal privind favorizarea infractorilor sunt, în unele situații, aplicabile și experților, dacă fapta penală comisă de ei nu constituie o altă infracțiune și întrunește elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de articolul 264 din Codul penal.

În anumite situații, faptele expertului pot fi încadrate în categoria infracțiunilor de serviciu, îmbrăcând forma infracțiunii de abuz de serviciu contra intereselor persoanei, prevăzută și sancționată de articolul 247 alin. 2 din Codul penal.

Dispozițiile articolului 260 din Codul penal referitoare la infracțiunea de mărturie mincinoasă sunt aplicabile potrivit alineatului 4 al acestui text și expertului care „... face afirmații mincinoase ori nu spune tot ce știe privitor la împrejurările asupra cărora a fost întrebat ...”

Cu privire la acest ultim aspect, deci cu privire la posibilitatea legală de aplicare a dispozițiilor articolului 260 din Codul penal și expertului care, fie în raportul de expertiză întocmit, fie cu ocazia lămuririlor date organului judiciar, face afirmații mincinoase sau nu spune tot ce știe cu privire la împrejurările asupra cărora a fost întrebat, considerăm că se impun câteva observații, afirmându-ne dintr-un început punctul de vedere potrivit căruia în acest domeniu există o inadverență evidentă între dispozițiile Codului de procedură penală și dispozițiile Codului penal.

Astfel, în Codul de procedură penală este prevăzută în articolul 85 obligația martorului de a depune, înainte de a fi ascultat, jurământul prin care se obligă „să spună adevărul și să nu ascundă nimic din ceea ce știe”. Obligația de a depune jurământul este prevăzută și pentru interpret conform articolului 128 alin. 3 din Codul de procedură penală.

În nicio dispoziție a Codului de procedură penală nu se prevede obligația expertului de a depune jurământul în momentul în care este desemnat de organul judiciar să efectueze o expertiză în cauză.

Pe de altă parte, articolul 260 din Codul penal prevede și sancționează infracțiunea de mărturie mincinoasă constând în „fapta martorului care într-o cauză penală, civilă, disciplinară sau în orice altă cauză în care se ascultă martori, face afirmații mincinoase, ori nu spune tot ce știe privitor la împrejurările esențiale asupra cărora este întrebat”, iar în alineatul 4 al acestui articol se prevede expres că dispozițiile articolului se aplică corespunzător și expertului sau interpretului.

Este firesc ca martorul și interpretul, care au depus jurământ că vor spune adevărul și nu vor ascunde nimic din ceea ce știu, să fie pedepsiți pentru comiterea infracțiunii de mărturie mincinoasă în cazul în care încălcând jurământul depus fac afirmații mincinoase sau nu spun ce știu în legătură cu faptele sau împrejurările asupra cărora sunt întrebați.

În ceea ce îl privește pe expert, acesta nefiind supus jurământului, ar părea că se află în aceeași situație, din acest punct de vedere, cu învinuitul sau inculpatul care nu este supus jurământului, nu este obligat să spună adevărul și nu este pedepsit pentru afirmațiile mincinoase pe care le face în declarațiile sale.

Așa cum am arătat însă, expertul poate fi condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de mărturie mincinoasă în situația în care face afirmații mincinoase sau nu spune tot ce știe cu privire la împrejurările asupra cărora este întrebat, ceea ce considerăm că nu este firesc în raport cu faptul că expertul nu este obligat să depună jurământul.

Aceasta nu înseamnă că am susține punctul de vedere potrivit căruia expertul, asemenea învinuitului sau inculpatului, nu este obligat să spună adevărul și că ar putea face afirmații mincinoase în cuprinsul raportului de expertiză pe care îl întocmește sau cu ocazia lămuririlor pe care le dă organului judiciar, ci dimpotrivă, considerăm că expertul are obligația de a reflecta, în raportul de expertiză și în lămuririle pe care le dă organului judiciar, adevărul cu privire la problemele examinate.

Este evident că din acest punct de vedere nu se poate pune semn de egalitate între învinuit, inculpat, parte vătămată, parte civilă și expert întrucât spre deosebire de părțile din proces care au interese în cauză și prin declarațiile pe care le dau urmăresc să-și realizeze aceste interese, inclusiv pe calea unor afirmații neadevărate, expertul nu are interese în cauză, el este un auxiliar al justiției chemat să ajute organele judiciare în adoptarea unor soluții obiective, conforme cu realitatea.

Doar din acest punct de vedere expertul se aseamănă mai degrabă cu martorul, ambii fiind terți nu părți în proces, nu au interese în cauză, ci doar sarcina de a ajuta organele judiciare în administrarea justiției.

Punctul nostru de vedere este că și expertul, asemenea martorului și interpretului, trebuie obligat, prin dispoziția legii, să depună jurământul în fața organului judiciar care l-a desemnat să efectueze expertiza în cauză, iar împrejurarea depunerii jurământului să fie consemnată expres la începutul raportului de expertiză pe care îl întocmește sau, după caz, în actul în care se consemnează lămuririle pe care le dă organului judiciar la cererea acestuia.

În acest fel considerăm că s-ar justifica pe deplin și sancționarea expertului pentru comiterea infracțiunii de mărturie mincinoasă pentru că, altfel, s-ar putea susține că o persoană care nu a jurat că va spune adevărul, nici nu ar putea să fie pedepsită pentru afirmațiile neadevărate pe care le face.

Nu considerăm că prin obligarea expertului de a depune jurământul s-ar putea susține că se manifestă implicit neîncrederea cu privire la obiectivitatea specialistului, tot așa cum acest lucru nu se susține în cazul martorilor și interpreților – și ei putând fi specialiști în domeniile lor de activitate –, iar pe de altă parte, dispozițiile alineatului 4 al articolului 260 din Codul penal, care privind pedepsirea expertului pentru mărturie mincinoasă, constituie o recunoaștere a faptului că există cazuri în care experții fac afirmații mincinoase sau nu spun tot ce știu privitor la împrejurările asupra cărora sunt întrebați.

Având în vedere toate aceste considerente, pe baza argumentării făcute, **de lege ferenda** formulăm propunerea ca articolul 85 din Codul de procedură penală care reglementează jurământul martorului să fie aplicabil și expertului. În acest scop, articolul 118 din Codul de procedură penală, care reglementează procedura expertizei, ar urma să fie completat cu alineatul 4 în care să se prevadă că „dispozițiile articolului 85 se aplică în mod corespunzător și expertului”.

Procedura privind evaluarea și acceptarea angajamentelor de către Consiliul Concurenței în cazul practicilor anticoncurențiale. Studiu de caz

The legal procedure regarding the evaluation and acceptance of commitments by the Council of Competition in the case of anticompetitive practices. Practic case study

*Răzvan SCAFEȘ*¹

Rezumat

Prezentul studiu are în vedere analizarea situației concrete în care un anumit furnizor de pe o anumită piață este supus unei investigații din partea Consiliului Concurenței cu privire la încălcarea prevederilor art. 5 alin. 1 din legea 21/1996 sub doua aspecte și anume: dacă se poate aprecia în situația analizată că prevederile investigate reprezintă o încălcare a respectivului articol și în ce măsură se poate recurge de către furnizorul aflat sub investigație la formularea unei propuneri de angajament în baza Instrucțiunilor emise de Consiliul Concurenței.

Abstract

The study at hand focuses on the situation in which an undertaking, acting as a supplier on a certain market, is subject to an investigation undergone by the Council of Competition, regarding the breach of art. 5(1) in the 21/1996 law. Two aspects are analyzed: if in this specific situation, we can consider the provisions to be in contradiction with article 5(1) and to what extent can the supplier in question resort to making a proposition for a legal commitment, based on the Instructions issued by the Council of Competition.

Cuvinte-cheie: *Consiliul Concurenței; practică anticoncurențială; preț fixat; investigație; angajament*

Keywords: *Council of Competition; anticompetitive practice; fixed price; investigation; legal commitment*

În situația premisă, între societatea X, în calitate de partener-furnizor, și alte societăți comerciale, în calitate de parteneri-furnizori au fost încheiate mai multe contracte având ca obiect furnizarea exclusivă de către partenerul-furnizor a produsului GPL către respectivii parteneri-distribuitori. În cuprinsul acestor contracte, au fost inserate următoarele clauze: „a. Prețul de vânzare la pompă este recomandat de partenerul-furnizor și stabilit de partenerul-distribuitor” și „c. Prețul de vânzare înscris în factura

¹ Autorul este student al Facultății de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova.

emisă de partenerul-furnizor va fi egal cu prețul de vânzare la pompa partenerului-distribuitor minus 0,20 lei”.

Având în vedere aceste prevederi contractuale, Consiliul Concurenței a emis un ordin prin care a dispus efectuarea unei investigații având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. 1 din Legea nr. 21/1996². În completare Consiliul a impus desfășurarea unei inspecții inopinate pentru a permite obținerea tuturor informațiilor necesare și evaluarea tuturor aspectelor relevante legate de posibila încălcare investigată. Se prevede expres că în atenția Consiliului au fost aduse informații ce indică faptul că pe piața locală a distribuției și comercializării de GPL, societatea X „a încheiat contracte de vânzare-cumpărare care conțin restricții privind prețurile de revânzare către terți.”

De asemenea, Consiliul a atras atenția asupra emiterii în data de 28.12.2010 a „Instrucțiunilor privind condițiile, termenele și procedura pentru acceptarea și evaluarea angajamentelor, în cazul practicilor anticoncurențiale”³, și a posibilității de a beneficia de prevederile art. 46² din Legea nr. 21/1996.

În acest sens, pentru tratarea situației în mod corect, trebuie avute în vedere, cu precădere, următoarele prevederi legislative: art. 5 alin. 1 din Legea nr. 21/1996 (așa cum a fost modificat de O.U.G. nr. 75 din 30 iunie 2010)⁴; „Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul înțelegerilor verticale”, ale Consiliului Concurenței⁵; art. 46² alin. 1 din Legea nr. 21/1996 așa cum a fost modificat de O.U.G. nr. 75 din 30 iunie 2010⁶; „Instrucțiunile privind condițiile, termenele și procedura pentru acceptarea și evaluarea angajamentelor, în cazul practicilor anticoncurențiale”, ale Consiliului Concurenței.

Astfel, rezolvarea problemei comportă următoarea analiză de fapt și de drept:

1. Cu privire la interpretarea prevederilor din contractele de parteneriat, în sensul încălcării art. 5 alin. 1 din Legea nr. 21/1996 care se referă la interzicerea înțelegerilor care „stabilesc direct sau indirect prețuri de cumpărare ori de vânzare”⁷.

În acest sens, clauza a. din contractele de furnizare se supune prevederilor art. 5 alin. 1 deoarece conține sintagma „prețul de vânzare la pompa este recomandat (...)”. Prezența cuvântului „recomandat” indică faptul că în niciun caz furnizorul nu intenționează să direcționeze expres distribuitorul în vederea alegerii unui anumit preț. Lipsa cuvântului „impune” sau a vreunui sinonim al acestuia conduce spre o eventuală interpretare în sensul unei propuneri a furnizorului, de care distribuitorul poate să țină sau nu cont, astfel

² Legea nr. 21/1996 (legea concurenței) a fost modificată prin O.U.G. nr. 75 din 30 iunie 2010.

³ Publicate în M. Of. nr. 11 din 5 ianuarie 2011 și puse în aplicare prin Ordinul nr. 724 din 28 decembrie 2010.

⁴ „(1) Sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, orice decizii ale asociațiilor de întreprinderi și orice practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care:

a) stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare ori de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare”.

⁵ Publicate în data de 24 mai 2002.

⁶ „(1) Pe durata procedurii de investigație referitoare la posibila săvârșire a unei practici anticoncurențiale, întreprinderile față de care a fost declanșată investigația pot formula propuneri de angajamente, în scopul înlăturării situației care a condus la declanșarea investigației”.

⁷ Art. 5 alin. 1 din Legea Concurenței este o transpunere în dreptul intern a prevederilor art. 101 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (fostul art. 81 TCE).

încât conform unei interpretări literale, textul clauzei contractuale nu ar face obiectul unei încălcări a art. 5 alin. 1 sub aspectul prezentat anterior.

Totuși, contractul continua cu clauza c. care prevede: „Prețul de vânzare înscris în factura emisă de furnizor va fi egal cu prețul de vânzare la pompa distribuitorului minus 0,20 lei”. Aceasta formulare impune clar prețul de revânzare pe care trebuie să-l practice distribuitorul la pompă deoarece interpretarea este în sensul că prețul înscris de furnizor pe factură la livrarea de GPL către distribuitor determină în mod clar că prețul de revânzare al GPL va fi mai mare cu exact 0,20 lei. Lipsa oricărei flexibilități în limbajul de redactare nu poate fi interpretată decât în sensul stabilirii unui preț fix (prețul de pe factură la care se adaugă 0,20 lei).

Deoarece contractul este de parteneriat în domeniul distribuției, părțile contractante, furnizorul și distribuitorul, acesta va fi considerat ca făcând parte din cadrul înțelegerilor verticale, în orice raport de distribuție părțile aflându-se pe poziții diferite și inegale. Înțelegerea⁸ reprezintă un acord între două sau mai multe firme prin care, unul sau mai mulți parteneri, sunt obligați să acționeze într-un mod bine definit. Fiind vorba despre o convenție, materializată printr-un înscris, ca manifestare liberă de voință a ambelor părți, asupra căruia ambele au consimțit, nu încapă nicio îndoială că aceasta urmează a fi calificată drept înțelegere.

Astfel, incidente vor fi Instrucțiunile Consiliului Concurenței, din 24 mai 2002, privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul înțelegerilor verticale, iar conform pct. 42 din acestea „(42) Restricționarea gravă a concurenței prevăzută la art. 5 lit. a) din regulament se referă la impunerea prețului de revânzare, care este un acord sau practică concertată având ca obiect, direct ori indirect, stabilirea unui preț de revânzare fix sau minim ori a unui nivel de preț fix sau minim ce trebuie respectat de către cumpărător. Clauzele contractuale sau practicile concertate care stabilesc în mod direct prețul de revânzare au un caracter restrictiv clar.” Este avută deci în vedere exact situația de față, iar continuarea investigației Consiliului va avea ca finalitate în aceste condiții o decizie în sensul că respectivele clauze cad sub incidența art. 5 alin. 1 din legea 21/1996⁹.

De altfel, o decizie asemănătoare a fost deja luată de către Consiliu: „Fixarea prețurilor sau fixarea unui nivel minim al prețului de vânzare reprezintă cea mai gravă restricționare a concurenței, fiind prevăzută expres de art. 5 alin. 1 din lege, și constituie o încălcare a legii prin obiect, efectele acesteia pe piață nefiind necesar să fie probate. Aceasta se datorează faptului că permite participanților la înțelegerea/practica concertată să previzioneze, cu un grad mare de certitudine, care va fi politica de prețuri adoptată de concurenții acestora”¹⁰.

Mai mult decât atât, clauza c. elimină clauza anterioară a., deoarece, dacă aceasta din urmă prevede un preț la pompă (deci de revânzare) care va fi recomandat de furnizor, clauza c. prevede în concret, și nicidecum recomandat, un preț fix, ce urmează a fi calculat după modul prezentat mai sus. Prevederea care stabilește în concret modalitatea

⁸ Așa cum a fost definită de Comisia Uniunii Europene.

⁹ Trebuie avut în vedere și faptul că legea concurenței are ca obiect crearea și protejarea unui mediu concurențial în care să primeze principiul liberei concurențe și al determinării prețului de către cerere și ofertă. De asemenea, ca și restul sistemului normativ, aceasta urmărește în final protecția cetățenilor, în acest caz terții care devin consumatori finali ai produsului vândut.

¹⁰ Decizia nr. 62 din 07.12.2009 a Consiliului Concurenței.

de calculare a prețului este o prevedere specială și va elimina deci prevederea generală de recomandare.

Deși, în principiu, clauzele contractuale rămân la libera apreciere a părților, datorită consacării normative a principiului libertății contractuale¹¹, însă în condiții cum ar fi cele care țin de respectarea ordinii publice sau în acest caz de respectarea principiilor liberei concurențe, acestea pot fi și limitate de legislația în vigoare.

În acest caz, în cazul finalizării investigației și a pronunțării unei decizii care va certifica faptul că practica cade sub incidența art. 5 alin. 1 din legea concurenței, Consiliul va dispune prin aceeași decizie și eventualele sancțiuni pe care le va suporta societatea în speță, în calitate de contravenient.

Astfel, art. 51 din lege, așa cum a fost modificat de O.U.G. nr. 75 din 30 iunie 2010 prevede că: „(1) Constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării următoarele fapte, săvârșite cu vinovăție de întreprinderi sau asociații de întreprinderi: a) încălcarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege (...)”. Se observă că amenda poate ajunge la un quantum considerabil. Aceasta va fi mai departe individualizată în funcție de anumiți factori cum ar fi gravitatea și durata faptei.

În ceea ce privește gravitatea se are în vedere în mod expres gravitatea pe care o prezintă respectiva încălcare a legislației concurenței, iar așa cum reiese din deciziile anterioare ale Consiliului și din alte acte emise de acesta, stabilirea unui preț fix de revânzare este considerată ca fiind „cea mai gravă restricționare a concurenței”. Trebuie menționat însă faptul că nu orice stabilire a prețului sau o altă astfel de practică considerată în general neconcurențială este socotită ca fiind o încălcare a art. 5 alin. 1 din legea concurenței. Se ține cont în acest sens de cota de piață și de cifra netă de afaceri a societății respective. Dacă acestea sunt ne semnificative, în sensul că nu respectiva societate are o cotă de piață sau o cifră de afaceri atât de scăzută încât nu poate afecta în concret piața, chiar și o astfel de practică de stabilire a prețului fix nu este considerată o încălcare a art. 5 alin. 1. De asemenea sub acest aspect se va reține și dacă societatea în cauză este cea care a inițiat respectiva practică anticoncurențială sau dacă piața pe care acționează este o piață importantă. În acest caz, piața GPL se poate considera că are o însemnătate destul de mare în aria regională în care își desfășoară activitatea societatea deoarece, raportându-ne și la prezenta situație economică precară, există multe autoturisme care au montate instalații GPL și folosesc acest tip de carburant.

Cât privește durata de timp pe parcursul căreia s-a desfășurat respectiva practică, aceasta este considerată, de practica Consiliului, ca fiind o durată mică, fiind în consecință și o circumstanță atenuantă, în cazul în care nu depășește un an.

În plus, pe lângă amenda pentru încălcarea art. 5 alin. 1, se pot dispune și amenzi considerabile în cazul necolaborării societății comerciale cu membrii Consiliului, în sensul furnizării de informații false sau inexacte. Pe lângă quantumul amenzii, se pot stabili și amenzi cominatorii pentru fiecare zi de întârziere a plății amenzii inițiale, iar dacă societatea amendată refuză să se conformeze, după 45 de zile se poate stabili amenda în quantumul maxim prevăzut de legislație.

¹¹ Art. 969 C. civ.

Cât privește, urmarea caili introducerii în instanță a unei acțiuni în contencios administrativ față de decizia Consiliului are șanse reduse de reușită, practica instanțelor naționale fiind, în marea majoritate de a respinge astfel de plângeri ca nefondate¹².

2. Cu privire la posibilitatea de acceptare a unor angajamente, prevăzută de „Instrucțiunile privind condițiile, termenele și procedura pentru acceptarea și evaluarea angajamentelor, în cazul practicilor anticoncurențiale”:

Potrivit art. 46² alin. 1 din Legea nr. 21/1996 așa cum a fost modificat de O.U.G. nr. 75 din 30 iunie 2010 se recunoaște posibilitatea întreprinderilor aflate în cursul procedurii de investigație referitoare la posibila săvârșire a unei practici anticoncurențiale de a formula propuneri de angajamente în scopul înlăturării situației care a condus la declanșarea investigației. Aceste prevederi sunt întărite de adoptarea Instrucțiunilor despre care se discuta la acest punct.

În baza acestora, întreprinderile față de care s-a declanșat investigația au posibilitatea exclusivă de a face propuneri de angajamente, putând „contacta Consiliul Concurenței în orice moment după ce au luat cunoștință de declanșarea investigației și de cadrul acesteia, însă cel târziu până la data transmiterii de către Consiliul Concurenței a raportului de investigație”¹³. După efectuarea procedurilor, în cazul în care angajamentele sunt acceptate de Consiliu ca „suficiente pentru protecția concurenței și că îndeplinirea lor conduce la înlăturarea situației care a determinat declanșarea investigației”¹⁴, Consiliul va emite o decizie care conferă forță obligatorie angajamentelor, și va închide procedura de investigație.

Pentru ca un astfel de angajament să poată fi eventual acceptat trebuie să respecte două condiții importante și anume:

– să înlătore situația care a condus la declanșarea investigației și să contribuie suplimentar la protecția concurenței¹⁵. Astfel, angajamentul trebuie să elimine în întregime problema de concurență, fiind complet, eficient din toate punctele de vedere și susceptibil de a fi pus în aplicare în mod efectiv și într-o perioadă scurtă de timp;

– să fie relevant, adică să aibă legătură cu încălcarea suspectată¹⁶.

Mai mult, pentru ca o propunere de angajamente să fie luată în considerare de către Consiliu, angajamentul trebuie să respecte următoarele condiții:

– să fie prezentată în scris sub semnătura reprezentantului legal al întreprinderii sau a persoanei expres împuternicite în acest scop¹⁷;

– să fie prezentat în termenul prevăzut la pct. 20¹⁸;

– să reprezinte o ofertă serioasă, fermă, neechivocă, precisă, completă, necondiționată și irevocabilă. Sub acest aspect, propunerea trebuie să fie suficient detaliată¹⁹;

– să explice cum angajamentul va duce la înlăturarea situației care a condus la declanșarea investigației²⁰;

¹² Vezi în acest sens Sentința civilă nr. 2264 din 27.05.2009 a Curții de Apel București.

¹³ Pct. 20 din Instrucțiuni.

¹⁴ Pct. 37 din Instrucțiuni.

¹⁵ Pct. 11 din Instrucțiuni.

¹⁶ Pct. 12 din Instrucțiuni.

¹⁷ Pct. 14 lit. a) din Instrucțiuni.

¹⁸ Pct. 14 lit. b) din Instrucțiuni.

¹⁹ Pct. 14 lit. c) din Instrucțiuni.

- să cuprindă detalii cu privire la mecanismul de monitorizare propus de părți²¹;
- să fie însoțită de o versiune neconfidențială a propunerii de angajamente²².

Un astfel de angajament este încadrat ca un angajament comportamental, deoarece reprezintă o obligație asumată de întreprindere de a adopta un anumit comportament pe piață în raport cu terții.

Eventuala acceptare de către Consiliu a angajamentului va avea totuși ca efect și o monitorizare permanentă a îndeplinirii acestora, iar în caz de neîndeplinire, se pot dispune aceleași sancțiuni care au fost prezentate mai sus, iar procedura investigației va fi redeschisă. Redeschiderea poate fi dispusă și atunci când au fost înaintate informații incomplete și inexacte în susținerea angajamentului și care au fundamentat astfel o decizie de acceptare a acestuia.

Un lucru foarte important care trebuie menționat în legătură cu aceste aspecte este că potrivit pct. 31 din Instrucțiuni: „Înaintarea unei propuneri de angajament nu poate fi considerată ca o recunoaștere din partea întreprinderii a existenței unei încălcări. Consiliul Concurenței nu va folosi oferirea de angajamente de către întreprindere pentru a proba într-o decizie ulterioară înțelegerea sau practica întreprinderii”. Acest lucru înseamnă că un eventual refuz de acceptare a angajamentului de către Consiliu nu va însemna că acesta va folosi drept dovadă în decizia cu care se va finaliza ancheta prezentarea propunerii de angajament, care nu poate ține loc de recunoaștere a existenței unei încălcări.

Este de discutat însă pe marginea acestei prevederi dacă aceasta are aplicabilitatea practică dorită. Într-adevăr, scopul unei astfel de normări este de a preveni o eventuală agravare a situației inițiale de către societate prin propunerea respectivului angajament. Nu se urmărește „vânarea” unor recunoașteri ale întreprinderilor, ci se are în vedere faptul că acestea, din dorința de a evita o investigație care se poate dovedi și de lungă durată și poate să constituie un element de publicitate negativă, aleg să facă uz de această posibilitate de a propune un angajament prin care să caute să înlăture situația ce a dus la declanșarea investigației. Totuși, nu poate fi contestat că poate exista un efect psihologic al unei astfel de propuneri față de membrii Consiliului, mai ales în cazul unui refuz al acesteia, efect ce poate avea consecințe negative asupra societății prin materializarea în decizia finală.

Având în vedere toate argumentele prezentate mai sus, se poate concluziona că societatea în investigație ar avea următoarele posibilități:

A. Așteptarea finalizării investigației Consiliului, și aflarea rezultatului pe care îl decide acesta. Însă, așa cum am arătat anterior, șansele cele mai mari sunt ca această decizie să fie în sensul că respectivele prevederi contractuale încalcă într-adevăr art. 5 alin. 1 din Legea nr. 21/1996, având în vedere și practica deciziilor Consiliului în astfel de probleme, și să se dispună sancțiuni în conformitate cu aceeași lege.

În cazul unei decizii nefavorabile, mai există calea atacării deciziei de impunere a sancțiunilor pecuniare în fața instanței, sub forma unei acțiuni în contencios administrativ, dar aceasta are șanse mici de reușită dată fiind practica instanțelor naționale în astfel de cauze.

B. Înaintarea unei propuneri de angajament către Consiliul Concurenței, care să respecte toate condițiile prezentate mai sus, și mai mult, înaintarea rapidă a acesteia

²⁰ Pct. 14 lit. d) din Instrucțiuni.

²¹ Pct. 14 lit. e) din Instrucțiuni.

²² Pct. 14 lit. f) din Instrucțiuni.

deoarece societatea se află deja sub investigație la data intrării în vigoare a Instrucțiunilor, și are stabilit un termen de două luni de la data respectivei intrări în vigoare pentru a contacta Consiliul în scopul verificării disponibilității autorității de concurență de a participa la discuții privind angajamente în respectivele cazuri²³.

Această propunere de angajament trebuie să prezinte toate condițiile de formă și de termen pe care le-am amintit, să fie neechivocă, precisă și cât mai detaliată. De asemenea, deoarece aplicarea angajamentelor presupune participarea unor terți (firmele cu care s-au încheiat contractele de distribuție – distribuitorii), trebuie atașate la propunere și noi variante de contracte cu aceștia.

Astfel, pentru ca situația care a condus la declanșarea investigației să fie înlăturată, trebuie ca prevederile contractuale care au dus la investigație să fie înlăturate sau înlocuite. O astfel de acțiune va conduce inevitabil și la respectarea condiției relevanței. În concret, prevederea contractuală a. nu poate fi interpretată drept o încălcare a art. 5 alin. 1 din legea concurenței deoarece prezintă doar o recomandare generală a prețului, și nu o impunere, alegerea fiind în final a distribuitorului. Prin urmare, prevederea care trebuie eliminată este clauza c. Aceasta stabilește un preț fix de revânzare și trebuie să se renunțe în totalitate la acest gen de formulare. În schimb, poate fi încheiat un act adițional la contract, prin care să se prevadă un preț maxim de revânzare. O astfel de practică este întâlnită de exemplu și pe piața produselor din tutun, unde este fixată o asemenea limită²⁴.

Avantajul este, că o astfel de stabilire a limitei maxime nu este considerată de legislație ca fiind o impunere a prețului de revânzare, lucru ce reiese din interpretarea *a contrario* a textului de lege mai sus menționat care prevedea că reprezintă o restricționare gravă a concurenței stabilirea unui preț de revânzare fix sau minim. Deci, stabilirea unui preț recomandat sau maxim nu va fi considerată ca fiind o restricționare a concurenței. Acest lucru reiese și din pct. 42 al „Instrucțiunilor Consiliului Concurenței, din 24 mai 2002, privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul înțelegerilor verticale”. Conform acestuia: „Totuși, lista cuprinzând prețurile recomandate sau prețurile maxime, transmisă de către furnizor cumpărătorului, nu este considerată în sine ca ducând la impunerea prețului de revânzare”.

Trebuie avut în vedere totuși faptul că în unele situații, și această impunere a prețului maxim este privită ca având un efect anticoncurențial, și astfel poate contraveni art. 5 alin.1 din legea concurenței. O astfel de situație este poziția foarte puternică pe piață a furnizorului, care astfel conduce la riscul ca prețul de revânzare maxim sau recomandat să conducă la o aplicare mai mult sau mai puțin uniformă a aceluși nivel de preț de către revânzătorii²⁵, astfel prețul maxim devenind preț de referință și fiind practicat ca preț de revânzare de majoritatea distribuitorilor.

²³ Pct. 52 din Instrucțiuni.

²⁴ Pentru produsele din tutun, a fost adoptată de către Uniunea Europeană, Directiva 95/591 care obligă statele membre să aplice în privința țigărilor o acciză care este constituită dintr-un element proporțional (ad valorem) calculat la prețul maxim de vânzare cu amănuntul, precum și dintr-un element specific al cărui cuantum se stabilește prin raportare la țigările din categoria de preț a celor mai căutate, dar nu poate fi mai mică de cinci la sută sau mai mare de 55 la sută din suma totală a sarcinii fiscale. Rata accizei proporționale și suma accizei specifice trebuie să fie aceeași pentru toate țigările.

²⁵ Pct. 146 din Instrucțiunile Consiliului Concurenței, din 24 mai 2002, privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul înțelegerilor verticale.

Propunerea cu respectarea tuturor instrucțiunilor amintite, trebuie înaintată cât mai repede Consiliului iar acesta, după un termen de maxim 3 luni, în care a studiat-o, va aduce la cunoștința societății, dacă pot fi inițiate sau nu discuții privind angajamentele.

Trebuie subliniat ca decizia de a iniția sau nu discuții privind aranjamentul și eventuala decizie de a-l accepta este de competența Consiliului Concurenței. Acesta poate refuza inițierea de discuții dacă în urma studierii propunerii consideră, prin propria judecată, că aceasta nu este suficientă pentru îndeplinirea condițiilor (în caz de neîndeplinire inițială poate acorda un termen pentru completarea propunerii, ce nu va fi mai mare de 30 de zile). Propunerea poate fi refuzată de exemplu în cazul în care există un număr mare de întreprinderi care sunt implicate în practica ce face obiectul investigației și nu ar fi atins scopul urmărit prin acceptarea de angajamente.

Continuând această idee, trebuie menționat și faptul că și în situația în care angajamentul propus este considerat *prima facie* acceptabil, în continuare acesta poate să nu fie pus în aplicare datorită unei observații a terților (ce poate fi prezentată în termenul stabilit de autoritatea de concurență).

În cazul unui refuz de acceptare a angajamentului, Consiliul are obligația de a informa în scris societatea cu privire la motivele respingerii propunerii de angajament și în consecință la continuarea procedurii de investigație.

În cazul acceptării propunerii, Consiliul va emite o decizie prin care conferă forță obligatorie angajamentului propus și va încheia investigația. Situația nou creată va fi monitorizată pe toată durata de timp pe care o stabilește autoritatea de concurență pentru respectarea angajamentului, iar dacă vor fi constatate abateri, aceasta va dispune sancțiuni și va relua procedura de investigație.