

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1/2009
ianuarie-iunie

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

I. Studii / Etudes

Juanita Goicovici - ASOCIATIILE DE CONSUMATORI, ÎN DREPTUL ROMÂN AL CONSUMULUI.....	3
Marius Harosa - MODURILE GENERALE DE DOBÂNDIRE ALE BUNURILOR TEMPORALE DE CATRE BISERICA	25

II. Article

Claudia-Cristina Serban - DE L'EXCEPTION A L'ETAT D'EXCEPTION: LES REGIMES PRIVE ET PUBLIC DE L'EXCEPTIONNALITE EN DROIT ROMAIN	59
Dana Irina - LE CODE CIVIL EUROPÉEN. LA CONCILIATION DES DIFFÉRENTS SYSTEMES JURIDIQUES.....	87
Monica Anca Tuduce - PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT. LA TERMINOLOGIE.....	107

III. INFO

Teze de doctorat - iunie 2008 - martie 2009 / Thèses soutenues - résumés (juin 2008 - mars 2009).....	123
Mircea-Dan Bob, COLECTIA CULTURA JURIDICA.....	181

ASOCIAȚIILE DE CONSUMATORI, ÎN DREPTUL ROMÂN AL CONSUMULUI

Juanita GOICOVICI*

Résumé: Les associations de consommateurs en droit roumain de la consommation. *Les associations de consommateurs, ayant pour objet la protection des intérêts collectifs ou individuels des consommateurs, jouent en droit roumain de la consommation un double rôle : informer les consommateurs (a), mais aussi les représenter, en agissant en justice dans l'intérêt collectif des consommateurs (b). Le risque de la pratique incorrecte d'un commerçant de provoquer des victimes potentielles suffit à caractériser l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs et de justifier l'action en justice de l'association de consommateurs (1). Au surplus, afin de faciliter l'exercice de l'action en réparation des victimes subissant des préjudices personnels causés par le fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, les associations de consommateurs sont habilitées à agir en leur nom (2). Pour l'heure, le droit d'agir en justice confié aux associations de consommateurs n'est pas subordonné aux conditions précises (ancienneté, représentativité). En outre, en tant que personne morale, l'association peut agir en justice pour obtenir réparation du préjudice qui la lèse directement (3). Quant au rôle consultatif des associations de consommateurs, conçu par le législateur comme une faveur, il est si rarement pratiqué qu'un peut raisonnablement prédire son échec.*

Cuvinte-cheie: *dreptul consumului, asociații de consumatori, interes colectiv al consumatorilor.*

I. Preliminarii

Asociațiile de consumatori sunt, în dreptul indigen, un soi de *fata morgana*: reglementate în teorie printre persoanele ocrotite de normele dreptului consumuluiⁱ, acestea sunt, în practică, aproape inexistente sau, oricum, într-atât de tăcute încât orice efort de a le caracteriza activitatea pare a fi, din start, sortit eșecului. Cel care își asumă rolul de analist al cadrului organizatoric al asociațiilor de consumatori trebuie, însă, să ia în considerare și alte paradoxuri. Pentru început, în dreptul român al consumului, în materia constituirii și funcționării asociațiilor de consumatori sunt aplicabile în paralel, suprapunându-se parțial, două seturi de norme legale: (1) cele prevăzute de Capitolul VI („Asociațiile de consumatori”) din Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilorⁱⁱ, cu modificările aduse prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consuma-

torilor; (2) cele conținute de Capitolul IV din Codul consumului („Organizațiile neguvernamentale ale consumatorilor”). O dublă reglementare care evită, totuși, cu obstinație identificarea de repere clare, concrete despre misiunea procesuală, într-un litigiu real, a asociațiilor de consumatori, în susținerea intereselor colective ori individuale ale consumatorilor! În plus, însăși existența a două variante de reglementare legală, aflate în vigoare și aplicabile concomitent trădează cu asupra de măsură superficialitatea legiuitorului român, în acest domeniu. Iar pentru ca imaginea debusolată a legiuitorului autohton să fie completă, este de remarcat faptul că modificarea masivă, printr-un unic act normativ, a legislației consumului, produsă prin Legea nr. 363/2007, intervine asupra articolelor relative la asociațiile de consumatori conținute de Capitolul VI din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificându-le și completându-le, dar lasă neatinse articolele similare din Codul consumului!

Constituirea asociațiilor de consumatori nu este reglementată prin reguli speciale, astfel încât vor fi aplicabile dispozițiile de drept comun, relative la constituirea persoanelor juridice de drept privat fără scop patrimonial, cuprinse în O. G. nr. 26 din 2000 cu privire la asociații și fundațiiⁱⁱⁱ. Legiuitorul s-a mulțumit să definească asociațiile de consumatori, în textul art. 30 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007, ca fiind „organizații neguvernamentale, ca persoane juridice, conform legii și care, fără a urmări realizarea de profit pentru membrii lor, au ca unic scop apărarea drepturilor și intereselor legitime ale membrilor lor sau ale consumatorilor, în general”. Următoarele idei se cuvin a fi reținute, în urma lecturii acestui text legal: (1) în dreptul român, *cerința scopului unic* – constând în protecția consumatorilor – înlătură, pentru asociațiile de profil, posibilitatea inserării în statut a altor scopuri, inclusiv a celor accesorii; (2) similar situației din dreptul francez al consumului, nu este obligatoriu, în schimb, ca asociația astfel constituită să-și propună doar ocrotirea intereselor propriilor membrii, aceasta putând reprezenta, inclusiv în instanță, și interesele altor consumatori decât membrii cotizanți (ori ale consumatorilor în general).

Condițiile generale în materia constituirii asociațiilor fără scop lucrativ sunt enunțate de dispozițiile O. G. nr. 26 din 2000 cu privire la asociații și fundații: (a) intenția de asociere a cel puțin trei persoane care, pe baza unei înțelegeri, vor să pună în comun și fără drept de restituire contribuția materială, cunoștințele sau aportul lor în muncă (art. 4 din O. G. nr. 26/2000); (b) încheierea de către asociați a actului constitutiv și a statutului asociației în formă autentică (art. 6, alin. 1 din O. G. nr. 26/2000)^{iv}; (c) avizul dat de ministerul de resort sau de organul de specialitate al administrației publice

centrale în a cărei sferă de competență își desfășoară activitatea asociația care urmează a fi înființată (ANPC, în cazul asociațiilor de consumatori); (d) înscrierea în Registrul asociațiilor și fundațiilor, aflat la grefa judecătorei în a cărei circumscripție se găsește sediul asociației (art. 5 și 17 din O. G. nr. 26/2000) - cerință solicitată pentru ca asociațiile fără scop patrimonial să dobândească și calitatea de persoane juridice^v. În plus, potrivit art. 34 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007, „după constituire, asociațiile de consumatori vor solicita luarea lor în evidență de către organul administrației publice pentru protecția consumatorilor de nivel central sau local, după caz” (ANPC, prin oficiile județene).

II. Acțiuni în justiție introduse de asociațiile de consumatori în apărarea unui interes colectiv

Noțiunea de „interes colectiv” se situează „la jumătatea drumului între interesul individual al fiecărui consumator și interesul general al societății”^{vi}, ceea ce promovează asociațiile de consumatori prin amintitele acțiuni în justiție reprezentând un „artificiu tehnic” plasat la granița dintre interesul social, al cetățenilor luați ca masă nediferențiată (incluzând atât consumatorii, cât și profesioniștii) și interesul particular, al consumatorului concret lezat de una din practicile comerțului. Primul este protejat prin normele de ordine publică, iar acțiunea penală - acolo unde este cazul - poate fi declanșată din oficiu de către organismele statale competente; ultimul poate fi promovat de către victima însăși a prejudiciului; când, însă, una și aceeași practică comercială este susceptibilă de a leza nu interesele unei persoane izolate, ci interese de grup, ale colectivității de consumatori, asociațiile de profil pot interveni în justiție pentru a bloca practicarea respectivului abuz. Ipotezele în care infracțiunea săvârșită de către profesionist (precum publicitatea înșelătoare, de pildă) nu a prejudiciat victime concrete, ci este doar susceptibilă de a genera un astfel de prejudiciu permit, la rândul lor, introducerea unei acțiuni civile de către asociația de consumatori, riscul existenței unor victime potențiale fiind suficient în acest sens.

La nivel probatoriu, asociației de consumatori reclamante i se solicită doar să probeze existența unei atingeri - efective sau potențiale - aduse unui interes legitim al consumatorilor, cu ocazia practicării unui act de consum, în sens larg. Cât despre *prejudiciu*, acesta poate fi direct (i) sau indirect (ii), însă trebuie să fie unul distinct de cel suferit de vreun consumator concret, ca victimă a infracțiunii și aceasta întrucât acțiunile de

care ne ocupăm promovează un *interes colectiv*, al masei consumatorilor, iar nu un interes individual concret, al unui consumator izolat. Următoarele sancțiuni pot fi dispuse de către instanța de judecată, cu titlu principal sau complementar: (1) *condamnarea profesionistului vinovat la plata de daune-interese*, pentru acoperirea prejudiciului colectiv; sumele acordate cu titlu de despăgubiri intră în patrimoniul asociației de consumatori reclamante, care le va folosi în viitoarele acțiuni de promovare a drepturilor consumatorilor; (2) *obligarea pârâtului la rambursarea cheltuielilor procesuale* întreprinse de asociația de consumatori reclamantă (inclusiv a celor care nu sunt cuprinse în cuantumul taxelor procesuale, precum onorariul avocatului, de pildă)^{vii}; (3) *încetarea de către pârât a activității ilicite*, reclamanta putând solicita instanței să-l oblige pe pârât să înceteze practicarea în viitor a activității comerciale ilicite, sub presiunea amenzii cominatorii pentru fiecare zi de întârziere; (4) *obligarea pârâtului la difuzarea publică a hotărârii judecătorești de condamnare, pe cheltuiala sa reprezintă* – pedeapsă accesorie ce poate fi pronunțată complementar condamnării la plata de daune-interese, calea de difuzare fiind aleasă în funcție de relevanța acesteia (publicarea unui comunicat în presa scrisă, difuzarea unui comunicat televizat ori a unui radiofonic, reproducerea literală în presă a deciziei instanței, afișaj ș. a.), metodă care poate avea efecte disuasive importante, dat fiind impactul său asupra reputației comerciale a pârâtului.

III. Acțiuni în reprimarea unor clauze abuzive

Suprimarea unei clauze abuzive figurând în cuprinsul unui contract de consum poate fi solicitată instanței și de către o asociație de consumatori, în promovarea interesului colectiv al consumatorilor de a nu se confrunța în contractele de adeziune cu clauze care nu au putut fi negociate direct cu profesionistul și care, contrar bunei-credințe, creează un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, conform definiției clauzelor abuzive. Astfel de dispoziții contractuale sunt reprimare prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive în contractele încheiate între comercianți și consumatori^{viii}. Cel puțin în teorie, asemenea acțiuni ale asociațiilor de consumatori se pot dovedi un mijloc mai eficace de a lupta contra clauzelor abuzive decât acțiunile dispersate și costisitoare intentate de către consumatori izolați. În practica judecătorească indigenă, însă, după cunoștința noastră, nu au existat până în prezent acțiuni ale asociațiilor de consumatori introduse în anularea unei clauze abuzive. Strict tehnic, în măsura în care asociației îi este adusă la cunoștință existența, într-un

contract-tip propus consumatorilor de către un comerciant ori de către o instituție de credit, a unor clauze abuzive în accepțiunea legii – indiferent de suportul material concret de consemnare a unor atare clauze (bonuri de comandă, bilete, certificare de garanție) – acțiunea în anularea clauzei (ori în reputarea acesteia ca nescrisă) introdusă de asociația de consumatori va fi admisibilă în măsura în care chiar *modelul contractual* practicat de către profesionistul pârât *în mod uzual*, în relațiile cu clienții săi profani, cuprinde asemenea clauze (pentru a se respecta ideea „interesului colectiv” promovat de către asociația de consumatori prin acțiunile sale).

Caracterul *abuziv* al unei clauze se apreciază, conform modificărilor aduse art. 4 din Legea nr. 193/2000 prin art. VI, pct. 2 din Legea nr. 363/2007, în funcție de: „(a) natura produselor sau serviciilor care fac obiectul contractului la momentul încheierii acestuia; (b) toți factorii care au determinat încheierea acestuia; (c) alte clauze ale contractului sau ale altor contracte de care acesta depinde”. În pofida aerului de inovare de care textul legal citat se înconjoară, în realitate așa-zisele noi criterii de apreciere a caracterului abuziv al clauzelor contractelor de consum nu se vor dovedi, în practică, deloc facil de aplicat, însăși formularea lor fiind una excesiv de evazivă. Astfel, ce înseamnă că judecătorul se va ghida după „natura produselor sau serviciilor care fac obiectul contractului”? Mai nimic, adevăratele repere rămânând cele din definiția clauzei abuzive: (1) lipsa negocierii directe între profesionist și consumator; (2) încălcarea exigenței generale a bunei-credințe; (3) crearea unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților (art. 4 din Legea nr. 193/2000). În ce sens „toți factorii care au determinat încheierea contractului” vor livra judecătorului premisele depistării clauzei abuzive? Cel mult absența negocierii directe a respectivei clauze este relevantă, comerciantul neputând proba libertatea consumatorului de a modifica textul clauzei. Cât despre precizarea că o clauză va fi apreciată ca fiind abuzivă în funcție de economia contractului în ansamblul său, ținând cont de „alte clauze ale contractului sau ale altor contracte de care acesta depinde”, criteriul este redundant, dat fiind faptul că, oricum, estimarea existenței unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților (menționată în definiția clauzelor abuzive) presupunea deja investigarea poziției contractuale a consumatorului în ansamblul său, anumite drepturi alocate expres prin contract consumatorului putând echilibra balanța în favoarea acestuia, în pofida rezervării unor drepturi aparte de către profesionist.

IV. Intervenția voluntară a asociațiilor de consumatori în procesul civil

Din nou în teorie, asociațiile de consumatori pot interveni într-un proces civil – în condițiile stabilite prin normele Codului de procedură civilă pentru intervenția voluntară – pentru a susține acțiunea introdusă de unul sau mai mulți consumatori concreți, în contextul în care cererea inițială de chemare în judecată are ca obiect repararea prejudiciului – patrimonial și /sau moral suferit de către consumatori izolați^x. Prin ipoteză, acțiunea introdusă cu titlu principal de către consumatorul concret trebuie să aibă ca obiect *angajarea responsabilității civile delictuale ori contractuale* a unui profesionist al industriei, comerțului ori serviciilor. Scopul intervenției procesuale a asociației de consumatori este, în asemenea situații, acela de a obține, pe suportul oferit de cazul consumatorului concret, încetarea pentru viitor a anumitor practici comerciale neloiale ori reprimarea unor clauze abuzive uzual utilizate de către profesionistul pârât. De pildă, instanța poate condamna comerciantul pârât, în cazul constatării vinovăției acestuia, atât la plata de daune-interese pentru acoperirea prejudiciului dovedit de către consumatorul individual ce figurează ca reclamant în cererea principală de judecată (i), cât și la plata de daune-interese față de asociația de consumatori intervenientă, în repararea prejudiciului invocat de aceasta, ca urmare a încălcării unui interes colectiv al consumatorilor (ii).

În alți termeni, o asociație de consumatori se poate servi de prilejul oferit de acțiunea principală introdusă de un consumator concret, pentru a stopa practicarea în viitor, de către pârât, a unor activități comerciale ilicite de același tip; întrucât practica comercială în cauză a produs deja o victimă (în persoana consumatorului reclamant), asociația poate cere instanței aplicarea de remedii curative (obligarea pârâtului la publicarea hotărârii judecătorești de condamnare, pe cheltuiala sa; suprimarea clauzei abuzive în cauză din modelul contractual folosit de către profesionistul pârât etc.), pentru evitarea producerii de victime viitoare în rândul consumatorilor, în măsura în care instanța apreciază un asemenea pericol ca fiind latent. Inutil de precizat că nici asemenea intervenții procesuale nu au fost practicate, în dreptul român, de vreo asociație de consumatori, cel mai probabil din două motive: (i) lipsa culturii juridice în acest sens; (ii) absența unor texte legale – în Codul de procedură civilă ori în Codul consumului – care să reglementeze explicit posibilitatea intervenției asociațiilor de consumatori în procesul civil.

V. Drept comparat. Acțiunile în co-reprezentare în dreptul francez al consumului

În ipoteza în care mai mulți consumatori au suferit un prejudiciu individual declanșat de o sursă comună, constând de regulă în fapta ilicită a aceluiași profesionist^x, aceștia pot încredința unei asociații de consumatori un mandat de reprezentare comună, împuternicind-o să acționeze în justiție contra autorului faptei în numele lor, în vederea reparării prejudiciului. Spre deosebire de acțiunile deja detaliate, acest din urmă tip de acțiune care poate fi formulată în dreptul francez vizează un soi de „apărare colectivă a unor interese individuale”^{xi} mai degrabă decât apărarea unui interes colectiv al consumatorilor. Reglementarea franceză a acestei proceduri a fost inspirată de așa-numitele *class actions* existente în dreptul american și care oferă judecătorului posibilitatea de a se pronunța într-un singur litigiu, la inițiativa unei asociații de consumatori, asupra unei pluralități de dispute intervenite între mai mulți consumatori și același profesionist, în baza unor acte de consum similare. Avantajul prezentat de o atare procedură (reglementată în Franța printr-o lege din 18 ianuarie 1992) constă în a permite consumatorilor care au înregistrat un prejudiciu prea modest încât să justifice un efort procesual singular să se grupeze pentru a mandata o asociație de consumatori să susțină în justiție pretențiile lor, fondate pe săvârșirea aceleiași fapte de către profesionistul pârât (i). Totodată, procedura evită obținerea unor decizii judecătorești dispersate și, poate, chiar contradictorii, în materia prejudiciilor generate de un fapt comun și care ar trebui judecate în același registru (ii). Nu în ultimul rând, varianta procesuală aici discutată favorizează rolul punitiv și disuasiv al unei hotărâri judecătorești de condamnare în dreptul consumului, întrucât permite, printr-un singur gest judiciar, obligarea profesionistului la plata de daune-interese substanțiale (însușind valoarea tuturor prejudiciilor cauzate consumatorilor implicați)^{xii}, cu reverberații economice și de imagine grave pentru pârât, în timp ce soluționarea individualizată a tuturor litigiilor fondate pe respectiva faptă nu numai că ar diminua impactul economic al rezolvării, dar ar presupune, în plus, o durată de timp mult mai mare (iii).

Pentru a fi admisibilă, co-reprezentarea consumatorilor printr-o asociație de profil trebuie să se fondeze, în dreptul francez, pe următoarele premise: (1) mandatul de reprezentare procesuală să emane de la *persoane fizice identificabile nominal* și care să fi suferit un prejudiciu în calitate de consumatori, astfel cum este această noțiune definită prin lege; (2)

prejudiciile individuale (materiale și / sau morale) să aibă o *origine comună*, cu antrenarea răspunderii – delictuale, contractuale ori extracontractuale – a aceluiași profesionist^{xiii}; (3) mandatul de reprezentare procesuală a asociației de consumatori agreeate să fie unul individual (acordat de fiecare consumator în parte, dintre cei reprezentați) și îmbrace *forma scrisă*; este interzisă solicitarea unui atare mandat, de către asociația de consumatori, pe calea unui apel public televizat, radiofonic ori prin afișaj; (4) mandatul individual de reprezentare trebuie să aibă un obiect determinat (expres enunțat în cuprinsul acestuia) și să confere asociației puterea de a îndeplini toate actele de procedură necesare soluționării litigiului (acțiunea putând fi introdusă, în dreptul francez, atât într-o instanță civilă, cât și într-una penală, prin constituirea ca parte civilă).

Deși nereglementată *de lege lata* în dreptul român al consumului, acțiunea în co-reprezentare se poate dovedi extrem de utilă în ipotezele în care există o pluralitate de victime ale aceluiași fapt al profesionistului industriei, comerțului sau serviciilor, precum în cazul accidentelor aviatice, al infecțiilor nozocomiale declanșate în aceeași unitate spitalicească ori al consumului de produse alimentare ori medicamentoase conținând un defect din fabricație care le răpește securitatea la care consumatorul se putea aștepta în mod legitim.

VI. Acțiunile în încetarea practicilor comerciale ilicite

Singurul tip de acțiuni speciale reglementate la dispoziția asociațiilor române de consumatori prin dispoziții legale exprese este reprezentat de așa-numitele „acțiuni în încetarea practicilor comerciale ilicite”, introduse ca urmare a transpunerii în legislația națională a Directivei nr. 98/27/CE, prin Hotărârea Guvernului nr. 1553 din 2004 privind unele modalități de încetare a practicilor ilicite în domeniul protecției intereselor colective ale consumatorilor (în vigoare din 1 ianuarie 2007)^{xiv}. Scopul hotărârii de guvern menționate, astfel cum este acesta enunțat de art. 1 din H. G. nr. 1553/2004, este acela de a asigura încetarea activităților și practicilor ilicite prevăzute de actele normative cuprinse în anexa la această hotărâre, în vederea creșterii gradului de protecție a intereselor colective ale consumatorilor. În esență, mecanismul în baza căruia ar trebui să funcționeze această procedură este următorul:

(1) identificarea de către o asociație de consumatori, ca prim pas, a încălcării (alegate) de către un operator economic a normelor legale conținute de cel puțin unul din actele normative menționate în Anexa la H. G. nr. 1553/2004: (a) Legea nr. 148/2000 privind publicitatea^{xv}; (b) Legea nr. 12/1990 privind protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite^{xvi}; (c) Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori^{xvii}; (d) Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic^{xviii}; (e) Legea nr. 504/2002 a audiovizualului; (f) O. U. G. nr. 152/1999 privind produsele medicamentoase de uz uman; (g) O. G. nr. 107/1999 privind activitatea de comercializare a pachetelor de servicii turistice^{xix}; (h) O. G. nr. 130/2000 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță^{xx}; (i) O. G. nr. 106/1999 privind contractele încheiate în afara spațiilor comerciale^{xxi}; (j) Legea nr. 282/2004 privind protecția dobânditorilor cu privire la unele aspecte ale contractelor purtând asupra dobândirii unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare; (k) Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor persoane fizice^{xxii}.

(2) promovarea în fața unei instanțe judecătorești, de către asociația de consumatori, a unei acțiuni în încetarea respectivei practici ilicite (i), pentru a obține ocrotirea interesului colectiv al consumatorilor lezat prin acea practică (ii); în accepțiunea hotărârii de Guvern menționate, *practica ilicită* constă în „orice acțiune sau inacțiune prin care sunt încălcate dispozițiile actelor normative prevăzute în anexă și care afectează interesele colective ale consumatorilor”; prin *interes colectiv* se înțelege, în acest registru, „scopul, a doi sau mai mulți consumatori, care urmărește recunoașterea unui drept prevăzut de lege” (art. 2 din H. G. nr. 1553/2004).

Trecem peste exprimarea agramată a făuritorului hotărârii, „scopul (...) care urmărește” fiind o greșeală de exprimare nescuzabilă chiar și pentru un școlar începător. Remarcăm, în schimb, faptul că este suficientă comunitatea de scop pentru cel puțin doi consumatori, pentru ca să putem vorbi despre un „interes comun”, putând fi reprezentat în fața instanțelor de judecată de către asociația de consumatori. Din nefericire, din cuprinsul H. G. nr. 1553/2004 rezultă că procedura de stopare a unei practici ilicite a fost gândită ca favorizând drept primă cale varianta *adresării unei petiții*, de către asociația de consumatori, ca reprezentant al consumatorilor concreți, către autorităților statale competente^{xxiii}, urmând ca, dacă acestea din urmă vor constata încălcarea dispozițiilor legale ale actelor normative cuprinse în

anexă, să dispună măsurile și sancțiunile contravenționale prevăzute în respectivele reglementări legale^{xxiv}. Or, a prevedea, drept procedură-cheie, în materie, formularea unei petiții către autoritățile statale competente trădează o viziune retrogradă și ușor ipocrită a legiuitorului român, care plasează asociațiile de consumatori în postura unor simpli petenți, în numele membrilor lor, în contextul în care asemenea sesizări puteau fi, oricum, făcute și de către consumatorii izolați. Evident că asociațiilor nemulțumite de rezolvarea dată de autoritățile competente se vor putea adresa instanței de judecată, prin ceea ce am putea numi – pe suportul (mediocru, însă real) oferit de dispozițiile H. G. nr. 1553/2004 – *acțiuni în încetarea practicilor ilicite*; mai mult, calea acțiunii în justiție rămâne deschisă asociațiilor de consumatori, în asemenea ipoteze, chiar și atunci când nu au recurs, în prealabil, la procedura petiției, întrucât liberul acces la justiție, garantat prin Constituția României atât pentru consumatori ca indivizi izolați, cât și pentru asociații, nu poate fi restricționat prin parcurgerea unei proceduri administrative „obligatorii”. Calea sesizării reprezentanților ministerelor ori ai altor organisme abilitate prin lege ar trebui înțeleasă ca reprezentând o manieră simplificată – pentru consumatorii reprezentați în asociații – de a obține încetarea unei practici comerciale ilicite, respectiv sancționarea profesionistului vinovat cu amenda prevăzută de lege. Când însă fie asociația ca reprezentantă a „interesului comun” al consumatorilor, fie un consumator concret au înregistrat prejudicii pe care intenționează să și le recupereze, sesizarea autorităților statale competente – și chiar constatarea de către acestea a contravenției, cu aplicarea amenzii legale – este inutilă din unghiul reparării prejudiciului individual, amenda intrând nu în patrimoniul creditorului obligației de reparare a pagubei, ci în vistieria Statului, de unde și caracterul inadecvat al remediului legal discutat.

De altfel, după cum se menționează în art. 7 din H. G. nr. 1553/2004, prevederile acestei hotărâri „nu îngrădesc dreptul consumatorilor de a formula plângeri și sesizări în apărarea intereselor lor individuale și nici dreptul asociațiilor de protecție a consumatorilor de a acționa potrivit prevederilor legale în vigoare”, astfel încât încălcarea de către un profesionist a prevederilor actelor normative cuprinse în Anexa la H. G. nr. 1553/2004 poate atrage promovarea în justiție, de către o asociație de consumatori, a unei acțiuni în încetarea practicii ilicite. Deși legiuitorul nu s-a preocupat de stabilirea elementelor esențiale ale unei atare proceduri, este de conchis că daunele-interese care ar putea fi obținute prin hotărârea judecătorească de admitere a acțiunii vor intra, în principiu, în patrimoniul asociației de consumatori

reclamante - în ipotezele în care aceasta, în baza dispozițiilor H. G. nr. 1553/2004, a acționat în vederea promovării unui *interes colectiv* al consumatorilor - sumele putând fi folosite pentru finanțarea activităților sale viitoare de reprezentare a consumatorilor în instanță ori de educare și informare a acestora. Evident că, dacă asociația a intervenit în proces pentru a susține plângerea unui consumator individual - plângere fondată pe săvârșirea unei practici ilicite care prezintă riscul de a leza în viitor și interesele altor consumatori - daunele-interese acordate de către instanță vizează în primul rând acoperirea prejudiciului individual al reclamantului din acțiunea principală (intrând în patrimoniul consumatorului concret, reclamant în respectiva acțiune), putând fi dublate de daunele-interese acordate asociației interveniente, în măsura în care aceasta a putut proba existența unui prejudiciu constând în lezarea unui interes colectiv prin aceeași practică ilicită. Acroșate pedepsei principale (condamnarea pârâtului la plata de daune-interese și / sau la încetarea practicii ilicite), anumite sancțiuni complementare pot fi și ele dispuse de către instanța de judecată, astfel cum sunt acestea reglementate de dispozițiile actelor normative din Anexa la H. G. nr. 1553/2004: publicarea hotărârii judecătorești de condamnare pe cheltuiala profesionistului pârât; publicarea unei declarații rectificative ș. a.

Vizibil exagerată și discriminatorie este prevederea art. 6, alin. 1 din H. G. nr. 1553/2004, modificată, potrivit căreia „o organizație abilitată a unui Stat membru al Uniunii Europene, care reprezintă interesele colective ale consumatorilor lezate de către un agent economic din România, înainte de a sesiza autoritatea competentă cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor pentru dispunerea măsurilor impuse în vederea stopării practicii ilicite, se va adresa persoanei care se face vinovată de săvârșirea faptei ilicite, precum și organizației abilitate din România, potrivit prezentei hotărâri, pentru încetarea practicilor ilicite”. Potrivit art. 6, alin. 2 din H. G. nr. 1553/2004, în ipoteza în care „practica ilicită nu încetează în termen de 14 zile calendaristice de la data la care s-a adresat persoanei care se face vinovată de săvârșirea faptei ilicite”, organizația în cauză „se va adresa autorității competente cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, stabilită prin actele normative prevăzute în anexă”. Trei scurte comentarii:

(1) exprimări ale legiuitorului precum aceea că asociația se va adresa „pentru dispunerea măsurilor impuse” bruschează simțul lingvistic al oricărui cititor educat; la urma urmei, de ce nu s-ar adresa asociația „pentru impunerea măsurilor dispuse”, iar nu pentru „dispunerea măsurilor impuse”? Ambele formule violentează în chip explicit limba română, fiind total inadecvate în cuprinsul unui act normativ;

(2) pe fond, însă, care ar fi rațiunea pentru care o asociație de consumatori agreată într-un alt stat-membru al Uniunii Europene ar trebui, în asemenea cazuri - spre deosebire de o asociație cu sediul în România - să parcurgă o procedură amiabilă obligatorie, în doi pași (adresându-se, mai întâi, profesionistului vinovat, apoi asociației române de consumatori), mai înainte de a sesiza cu o petiție autoritățile statale competente? Mai mult, asociația străină va aștepta, potrivit H. G. nr. 1553/2004, modificată, încă 14 zile pentru a se adresa autorității statale competente, aplicându-i-se un regim aproape imposibil de subordonat unor principii comune, incidente în cazul asociațiilor autohtone de consumatori; combinarea legală a celor două elemente (procedura amiabilă prealabilă și procedura petiției administrative), în materia plângerilor formulate de către asociațiile de consumatori dintr-un alt stat-membru al Uniunii, este una dintre cele mai vași și mai bizare;

(3) faptul că prin practica ilicită profesionistul a lezat un interes colectiv al consumatorilor dintr-un alt stat-membru ar trebui să fie la fel de grav precum cel al încălcării unui interes colectiv al consumatorilor români, încât să justifice *din start* sesizarea autorităților statale competente, a căror finanțare din bugetul public are loc tocmai pentru stoparea unor atare practici și pentru constatarea unor asemenea contravenții! Ori procedura amiabilă - a adresării către autorul practicii ilicite, în vederea încetării acesteia - este considerată utilă în evitarea litigiilor superflue, caz în care aceasta ar trebui impusă prin lege și asociațiilor române de consumatori; ori aceeași procedură amiabilă este gândită ca fiind improprie, caz în care ea nu ar trebui solicitată nici asociațiilor de consumatori constituite într-un alt stat-membru al Uniunii Europene. Cât despre adresarea ultimelor, în prealabil, unei asociații autohtone de profil, această dispoziție a hotărârii de Guvern este ea însăși parodică, încât nu merită un comentariu suplimentar.

VII. Asociațiile de consumatori - un „partener social” inexistent

Alăturând o descriere rebarbativă a rolului teoretic al asociațiilor de consumatori și o prezentare aproape ipocrită a drepturilor (și obligațiilor) acestora în raport cu organismele statale de profil, Codul consumului reține, în Capitolul IV, despre „organizațiile neguvernamentale ale consumatorilor” - cum sunt acestea numite - că: „organizațiile neguvernamentale ale consumatorilor pot fi parteneri sociali cu drept de reprezentare în organismele constituite la nivel central și local, cu rol în domeniul protecției consumatorilor, în care organele administrației publice sunt reprezentate” (art. 29 din Codul

consumului). Un text similar se regăsește în cuprinsul Capitolului VI („Asociațiile de consumatori”) al O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007. Spre deosebire de asociațiile care și-au propus, ca unic scop, apărarea intereselor consumatorilor în general, cele care sunt constituite în scopul ocrotirii numai a intereselor membrilor lor „pot deveni parteneri sociali cu drept de reprezentare în organismele consultative cu rol în domeniul protecției consumatorilor și în care organele administrației publice sunt reprezentate numai dacă au cel puțin 800 de membri” (art. 33 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007). O *condiție de reprezentativitate* – cea a unui număr minimal de membri (800) – este, deci, impusă, din unghiul recunoașterii rolului de partener social cu drept de reprezentare în consiliile consultative, pentru asociațiile de consumatori care și-au limitat prin statut activitatea la apărarea intereselor membrilor lor.

Rolul de partener social este primul enunțat de către textele legale aplicabile, deși acesta s-ar cuveni să fie cel mai modest în economia activităților desfășurate de către asociațiile de consumatori: dincolo de posibilitatea de a fi consultate de către organele administrației publice centrale sau locale, în ipotezele în care se discută luare anumitor măsuri în materia protecției consumatorilor, asociațiile de profil s-ar cuveni să fie centrate pe reprezentarea în instanță a intereselor colective ale consumatorilor, îndeosebi din perspectiva ușurării poverii financiare pe care antamarea unui proces le-ar presupune pentru consumatorul izolat, de cele mai multe ori (nu din unghiul taxei de timbru, de care aceste acțiuni sunt oricum scutite, ci din unghiul onorariilor de avocat, de pildă). Or, absența unor texte legale care să detalieze intervenția procesuală a asociațiilor de consumatori (altele decât cele relative la așa-numitele „acțiuni în încetarea unor practici ilicite”) face ca „rolul de parteneri sociali cu drept de reprezentare în organismele constituite la nivel central și local” – ca rol-vedetă al asociațiilor în cauză – să pară a fi o divagație poetică, lansată de legiuitor ca surrogat pentru o misiune mult mai concretă și mai importantă.

Cadrul de imparțialitate al asociațiilor de consumatori este fragil și superficial „asigurat” prin dispoziții legale precum aceea că „personalul de conducere și salariații organelor de specialitate ale administrației publice, precum și ale serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor sau ale altor autorități, cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, nu au dreptul de a deține funcții în organele de conducere ale organizațiilor neguvernamentale ale consumatorilor” (art. 30 din Codul consumului); au articol cu un conținut

similar se regăsește în cuprinsul Capitolului VI relativ la asociațiile de consumatori, din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007 (art. 35). Pe de altă parte, potrivit art. 33 din Codul consumului, „reprezentanții organizațiilor neguvernamentale ale consumatorilor nu au drept de control al agenților economici” (o dispoziție similară putând fi regăsită în art. 42 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007).

O scurtă privire, din acest unghi, asupra reglementării criteriului de imparțialitate în dreptul francez: pentru însăși obținerea agrementului necesar constituirii valabile, unei asociații de consumatori i se solicită independența totală în raport cu orice formă de activitate profesională, în ideea evitării afilierii profesionale la grupuri economice de interese, care ar macula scopul protejării consumatorilor în raport cu profesioniștii industriei, comerțului și serviciilor^{xxv}. Or, o atare dispoziție legală lipsește în dreptul român! Desigur, este important ca „personalul de conducere și salariații organelor de specialitate ale administrației publice, precum și ale serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale, cu atribuții pe linia protecției consumatorilor” (cum se exprimă legiuitorul, în textul art. 35 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007) să nu aibă dreptul de a ocupa funcții în organele de conducere ale asociațiilor de consumatori. Numai că nu este suficient! Dacă personalul de conducere și salariații-cheie ai unui profesionist (persoană juridică ori fizică) din domeniul industriei, comerțului sau serviciilor pot deține funcții de conducere în cadrul unei asociații de consumatori, echilibrarea liniilor de forță între atare profesioniști și consumatori va fi, din capul locului, compromisă. În esență, mai degrabă contra unor asemenea strategii, de punere a activității asociațiilor de consumatori în slujba unor interese mercantile ascunse ar trebui protejate asociațiile în cauză – printr-o cerință de imparțialitate enunțată în cuprinsul legii – decât contra „personalul de conducere și salariaților organelor de specialitate ale administrației publice”, aflați, prin ipoteză și cel puțin în teorie, în slujba cetățeanului, fie el și consumator.

VIII. Rolul consultativ al asociațiilor de consumatori

Rolul consultativ al asociațiilor de consumatori, în pofida implicațiilor sare reale mai mult decât modeste, este detaliat reglementat în art. 31 din Codul consumului, care precizează că „organizațiile neguvernamentale ale

consumatorilor pot fi consultate de către autoritățile administrației publice cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, la elaborarea dispozițiilor și procedurilor cu caracter general și a altor lucrări care au ca scop protecția consumatorilor, cu privire la: (a) cunoașterea cerințelor consumatorilor privind sortimentele și calitatea produselor și serviciilor; (b) formarea unei atitudini corecte a agenților economici, angajați în producerea și comercializarea produselor și prestarea serviciilor, față de calitatea acestora; (c) prevenirea practicilor comerciale abuzive și a publicității de natură a afecta drepturile și interesele legitime ale consumatorilor”. Un text legal similar poate fi reperat în cuprinsul Capitolului VI („Asociațiile de consumatori”) din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007, unde art. 36 arată că „asociațiile de consumatori sunt consultate de către serviciile și organismele administrației publice prevăzute la art. 35, potrivit competențelor, la elaborarea dispozițiilor și procedurilor cu caracter general și a altor lucrări care au ca scop protecția consumatorilor (...)”. Câteva observații, pe marginea textelor legale citate:

(1) asociațiile de consumatori ar urma să fie consultate de către autoritățile administrației publice cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, pentru „cunoașterea cerințelor consumatorilor privind sortimentele și calitatea produselor și serviciilor”, dispoziție legală cel puțin hilară, dat fiind faptul că – oricât de frecvent și de asiduu ar fi consultate opiniile și preferințele consumatorilor în materie de varietate a sortimentelor de bunuri – nu este misiunea autorităților administrației publice aceea de a propune agenților economici multiplicarea sortimentelor de marfă comercializată, după cum aceasta nici nu se numără printre problemele reale cu care se confruntă consumatorii;

(2) mențiunea că asociațiile de consumatori vor fi consultate de către organismele administrative de profil în luarea deciziilor cu caracter general relevante – coroborată cu ideea precedentă, a dreptului asociațiilor de consumatori de a fi reprezentate în asemenea organisme – ar fi salutară, dacă asemenea organisme administrative specializate ar exista, în dreptul român al consumului. Or, acestea nu există! O scurtă privire către dreptul francez^{xxvi}, unde asociațiile de consumatori sunt reprezentate în organisme precum: Institutul național al consumului (INC)^{xxvii}, Consiliul Național al Consumului (CNC)^{xxviii}, Consiliul național al Alimentației (CNA)^{xxix}, Comisia clauzelor abuzive (CCA)^{xxx}, Comisia pentru securitatea consumatorilor (CSC)^{xxxi}, Asociația franceză de normalizare (AFNOR)^{xxxii}, Laboratorul național de testare (LNE)^{xxxiii}, Comisiile departamentale pentru echipamente comerciale

(CDEC)^{xxxiv}, Biroul de verificare a publicității (BVP)^{xxxv} ș. a. Cum asemenea organisme nu au fost înființate în spațiul indigen, norma legală citată, care menționează vocația consultativă a asociațiilor de consumatori, debușează firesc în demagogie, camuflată stângaci de enunțarea „bunelor intenții” ale legiuitorului;

(3) rolul consultativ al asociațiilor de consumatori ar urma să se materializeze inclusiv în „elaborarea dispozițiilor și procedurilor cu caracter general și a altor lucrări care au ca scop protecția consumatorilor”, de către organele administrației publice cu competențe în materie (art. 31 din Codul consumului); efortul legiuitorului de a exorciza incertitudinea și imprecizia unei astfel de misiuni a asociațiilor de consumatori ar fi unul lăudabil, dacă nu ar implica exprimări precum: „alte lucrări”! Sintagma este adăugată inutil, apelul la „dispozițiile și procedurile cu caracter general” fiind suficient;

(4) legea nu prevede procedura și maniera concretă în care obligația autorităților publice cu competențe în materia protecției consumatorilor, de a consulta asociațiile de profil, va putea fi efectiv executată, cu ocazia elaborării actelor normative în domeniu, de unde și inaplicabilitatea *de facto* a textului legal citat.

IX. Rolul informativ al asociațiilor de consumatori

O misiune importantă - cel puțin în teorie - a asociațiilor de consumatori este aceea de *a informa* consumatorii și de *a le oferi consultanță*. Potrivit art. 38 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007, „centrele de consultanță și informare a consumatorilor pot fi organizate la nivel de birouri în structura organizatorică a asociațiilor de consumatori și desfășoară activități gratuite în folosul acestora, constând în informații, recomandări și consultanță privind problemele legate de achiziționarea unui produs sau serviciu”^{xxxvi}. Asemenea centre de informare și consultanță, ca și Centrul European al Consumatorilor, de altfel, sunt finanțate din sume primite de la bugetul de stat, prin intermediul Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor (art. 39, alin. 1 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007) și pot beneficia de asistență de specialitate din partea personalului ANPC (art. 43 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007).

Potrivit art. 32 din Codul consumului, asociațiile de consumatori au următoarele drepturi și obligații: „(a) de a fi sprijinite logistic de către organismele administrației publice centrale și locale, în vederea atingerii obiectivelor lor; (b) de a primi sume de la bugetul de stat și de la bugetele locale; (c) de a fi consultate, cu ocazia elaborării actelor normative, standardelor sau specificațiilor care definesc caracteristicile tehnice și calitative ale produselor și serviciilor destinate consumatorilor; (d) de a solicita autorităților competente luarea de măsuri în vederea opririi producției sau retragerii de pe piață a produselor ori serviciilor care nu asigură nivelul calitativ prevăzut în documentele stabilite de lege sau care pun în pericol viața, sănătatea ori securitatea consumatorilor; (e) de a propune agenților economici realizarea de produse și servicii în condiții speciale, în vederea satisfacerii nevoilor consumatorilor cu handicap sau de vârstă a treia; (f) de a solicita și de a obține informații asupra prețului și caracteristicilor calitative ale produselor sau serviciilor, de natură să ajute consumatorul la luarea unei decizii asupra achiziționării acestora; (g) de a informa opinia publică, prin mass-media, asupra neconformității produselor și serviciilor existente pe piață, precum și asupra posibilelor consecințe vătămătoare dovedite ale acestora, pentru consumatori; (h) de a introduce acțiuni în justiție pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale consumatorilor”.

O formulare similară are art. 37 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, cu unica deosebire că, în varianta modificată prin Legea nr. 363/2007, litera (c) a acestui articol prevede dreptul (și obligația) asociațiilor de consumatori „de a informa autoritățile competente cu privire la prezența pe piață a unor produse neconforme sau care pun în pericol viața, sănătatea ori securitatea consumatorilor, cu privire la clauze abuzive în contracte și practicile incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii”. Câteva comentarii, pe marginea acestor texte legale: (1) de la prima lectură, apare limpede că ceea ce legiuitorul enunță în articolele citate nu reprezintă „obligații” ale asociațiilor de consumatori (sau „drepturi și obligații”), ci numai *drepturi*, întrucât informarea autorităților competente asupra neconformității produselor, de pildă, nu poate fi înțeleasă ca obligație a asociațiilor de profil, acestea neavând atribuții de control al operatorilor economici (potrivit art. 33 din Codul consumului și potrivit art. 42 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007); o atare „obligație de informare” nu se instalează nici între asociație și membrii săi, unde statutul acesteia este aplicabil, iar nu

dispozițiile O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor; (2) cea mai importantă, în plan logistic, dintre amintitele dispoziții legale este, probabil, cea cuprinsă în art. 32 din Codul consumului, lit. (a), implicând dreptul asociațiilor de consumatori de a li se pune la dispoziție de către autoritățile publice, în funcție de posibilități, spații pentru sedii, în condițiile legii; (3) cea mai hilară dintre dispozițiile legale aici dezbătute este, de departe, cea de la litera (e) a art. 32 din Codul consumului, vizând dreptul asociațiilor de consumatori „de a propune agenților economici realizarea de produse și servicii în condiții speciale, în vederea satisfacerii nevoilor consumatorilor cu handicap sau de vârstă a treia”; prevederea legală trădează reflexul legiuitorului de a vedea în asociațiile de consumatori un soi de centre de asistență a persoanelor cu nevoi speciale, astfel încât legiuitorul imprimă acestor asociații rolul de a milita, mai mult sau mai puțin discret, pe lângă operatorii economici – cu care asociațiile de consumatori, într-un drept al consumului evoluat, nici nu ar trebui să ia contact prea frecvent, excedând în mod limpede scopul lor statutar – și de a inculca profesioniștilor industriei și comerțului ideea fabricării și comercializării unor produse speciale; un exemplu ilustru de text legal inutil și ininteligibil; (4) dreptul asociațiilor de consumatori de a introduce acțiuni în justiție pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale consumatorilor – menționat expres în textul art. 32 din Codul consumului, lit. (h) – nu este limitat la promovarea intereselor membrilor asociației.

X. Observații conclusive

Hiatul instalat între teorie și practică, în dreptul consumului, nu este, poate, niciunde mai evident decât în materia organizării și funcționării asociațiilor de consumatori. Unica specie de acțiuni speciale reglementate la dispoziția asociațiilor de consumatori, în dreptul român, este reprezentată de „acțiunile în încetarea practicilor comerciale ilicite”, bazate pe identificarea de către o asociație de consumatori a încălcării (alegate) de către un operator economic a normelor legale conținute de cel puțin unul din actele normative menționate în Anexa la H. G. nr. 1553/2004; strict teoretic, asociațiile de consumatori pot introduce în justiție și acțiuni de drept comun, pentru angajarea răspunderii civile ori a celei speciale a profesioniștilor comerțului, numai că absența unor reguli procedurale și substanțiale explicite în acest sens (care să detalieze tipurile de acțiuni practicabile) nu este de natură să le faciliteze intervenția. Dintr-un alt unghi, potrivit art. 31 din Codul

consumului, „organizațiile neguvernamentale ale consumatorilor pot fi consultate de către autoritățile administrației publice cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, la elaborarea dispozițiilor și procedurilor cu caracter general și a altor lucrări care au ca scop protecția consumatorilor”. Legea nu prevede, însă, procedura și maniera concretă în care obligația autorităților publice cu competențe în materia protecției consumatorilor, de a consulta asociațiile de profil, va putea fi efectiv executată, cu ocazia elaborării actelor normative în domeniu, de unde și inaplicabilitatea *de facto* a amintitului text legal. Jurisprudența în materie de acțiuni introduse de asociațiile de consumatori pentru ocrotirea unui interes colectiv al consumatorilor este, în spațiul juridic autohton, inexistentă; cel puțin deocamdată. Blancul legislativ nu le ușurează misiunea, iar indiferența legiuitorului, când vine vorba despre reglementarea – responsabilă, iar nu de fațadă – a intervenției acestor asociații în procesul civil – le anunță un viitor nu tocmai luminos.

* Asistent univ. dr., Facultatea de Drept UBB Cluj-Napoca, juanitag@law.ubbcluj.ro.

ⁱ Codul consumului, adoptat prin Legea nr. 296 din 18 iunie 2004 (publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 593 din 1 iulie 2004, în vigoare de la 1 ianuarie 2007) și modificat prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor (publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 899 din 28 decembrie 2007) descrie *consumatorul* ca fiind „orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale” (*Anexa* Codului consumului, pct. 13).

ⁱⁱ Republicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 208 din 28 martie 2007.

ⁱⁱⁱ Publicată în Monitorul oficial al României nr. 39 din 31 ianuarie 2000. Pentru detalii în privința fondării persoanelor juridice de drept privat fără scop patrimonial, a se consulta Ș. Diaconescu, *Persoana juridică – subiect al raporturilor de drept civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția a 2-a, Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 248 și urm., îndeosebi p. 270-272.

^{iv} Actul constitutiv și statutul asociației vor avea cuprinsul prevăzut de art. 6, alin. 2 și 3 din O. G. nr. 26/2000.

^v A se consulta, în acest sens, Ș. Diaconescu, *Persoana juridică – subiect al raporturilor de drept civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, cit. *supra*, p. 270.

^{vi} Precizarea se regăsește la J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz., *Droit de la consommation*, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, n° 556.

^{vii} În dreptul român al consumului, acțiunile în ocrotirea unui interes al consumatorilor sunt *scutite de taxa de timbru*, fie că sunt introduse de un consumator izolat, fie de către o asociație de consumatori (aspect reținut expres, în privința asociațiilor de consumatori, de textul art. 47 din O. G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea 363/2007); rămâne, în continuare, relevantă însă rambursarea de către profesionistul pârât, în caz de admitere a acțiunii, a cheltuielilor presupuse de plata onorariilor avocatului.

- viii Publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 560 din 10 noiembrie 2000 și modificată prin Legea nr. 65/2002, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 52 din 25 ianuarie 2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 899 din 28 decembrie 2007. Potrivit acestei din urmă reglementări, prin „comerciant” se înțelege „orice persoană fizică sau juridică autorizată, care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în cadrul activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale, precum și orice persoană care acționează în același scop în numele sau pe seama acesteia” (art. VI, pct. 1 din Legea nr. 363/2007).
- ix Detalii asupra procedurii de intervenție a asociației de consumatori în atare situații, raportat la dreptul francez, oferă Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Armand Colin, Paris, 2005, p. 337.
- x De pildă, victimele aceluiași accident aviatic pot mandata o asociație de consumatori să le susțină în instanță, într-un unic proces, interesele în raporturile cu compania aviatică, în vederea obținerii de despăgubiri, în temeiul neîndeplinirii obligației de securitate și în măsura în care condițiile acestui tip de răspundere sunt întrunite.
- xi Formularea aparține lui Y. Picod, H. Davo, *op. cit.*, p. 338.
- xii Care pot fi, în practică, de ordinul sutelor (precum în cazul accidentelor aviatică ori al consumului unui medicament cu defect, de exemplu).
- xiii De exemplu, prejudicii cauzate de defectul din fabricație al aceluiași model de televizor, existent la data punerii bunului în circulație de către producător.
- xiv Modificată prin H. G. nr. 1822/2005 pentru abrogarea și completarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor și prin H. G. nr. 957/2008 pentru modificarea anexei la Hotărârea Guvernului nr. 1553/2004 privind unele modalități de încetare a practicilor ilicite în domeniul protecției intereselor colective ale consumatorilor.
- xv Modificată prin Legea nr. 158 / 2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 559 din 24 iulie 2008.
- xvi Modificată prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 899 din 28 decembrie 2007.
- xvii Modificată prin Legea nr. 65/2002, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 52 din 25 ianuarie 2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor.
- xviii Republicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 959 din 29 noiembrie 2006.
- xix Modificată prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor.
- xx Aprobata cu modificări și completări prin Legea nr. 51/2003, modificată prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor (A) și prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 174/2008 pentru modificarea și completarea unor acte normative privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 795 din 27 noiembrie 2008 (B).

- ^{xxi} Publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 431 din 31 august 1999, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 60/2002 și modificată prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 899 din 28 decembrie 2007.
- ^{xxii} Modificată prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 899 din 28 decembrie 2007 (A) și prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 174/2008 pentru modificarea și completarea unor acte normative privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 795 din 27 noiembrie 2008 (B).
- ^{xxiii} ANPC; Consiliul concurenței, Ministerul Sănătății; Consiliul Național al Audiovizualului; Garda financiară; autoritățile publice locale; Ministerul Administrației și Internelor; Ministerul Comunicațiilor; Autoritatea Națională de reglementare în Comunicații; Ministerul Transporturilor; Ministerul Turismului; Autoritatea Națională pentru Turism; BNR; alte autorități abilitate prin lege (art. 3, alin. 1 din H. G. nr. 1553/2004, în anexă). Petiția va fi soluționată potrivit dispozițiilor O. G. nr. 27 din 30 ianuarie 2002 privind reglementarea activității de soluționare a petițiilor, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 233 din 23 aprilie 2002, publicată în Monitorul oficial al României nr. 296 din 30 aprilie 2002 (art. 3, alin. 2 din H. G. nr. 1553/2004).
- ^{xxiv} La rândul său, nerespectarea măsurilor dispuse de către autoritățile competente se sancționează conform dispozițiilor actelor normative care reglementează domeniul de activitate în care a intervenit practica ilicită (art. 3, alin. 3 din H. G. nr. 1553/2004).
- ^{xxv} A se consulta, în acest sens, J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, loc. cit. supra.
- ^{xxvi} A se vedea, pentru dezvoltări, Y. Picod, H. Davo, *op. cit.*, p. 35 și urm.
- ^{xxvii} Organism public francez cu competențe în materie industrială și comercială, având personalitate juridică și bucurându-se de independență financiară, al cărui director este numit prin decret, în baza raportului Primului ministru și a ministrului consumului. INC este administrat de un consiliu format din 7 reprezentanți ai consumatorilor, doi reprezentanți aleși de către salariați și cinci persoane calificate. Misiunea sa este de a furniza asistență tehnică asociațiilor de consumatori (i), de a grupa, produce analiza și difuza informații, studii, anchete în domeniu (ii), de a antama acțiuni de informare și educare a consumatorilor (iii).
- ^{xxviii} Organism public având ca obiect de activitate concertarea intereselor colective ale consumatorilor și a intereselor reprezentanților profesioniștilor industriei, comerțului și serviciilor, pe de altă parte și coroborarea acestora cu politicile publice în materia protecției consumatorilor. CNC este prezidat de ministrul francez al consumului și este compus dintr-un colegiu al consumatorilor și dintr-unul al profesioniștilor industriei, comerțului și serviciilor.
- ^{xxix} Organism consultat în vederea adaptării consumului la cerințele nutriționale normale, precum și în probleme de securitate alimentară. Pe lângă reprezentanți ai patronatelor din industria alimentară și distribuția de profil, CNA mai cuprinde și 9 reprezentanți ai asociațiilor de consumatori.
- ^{xxx} Comisia franceză a cluzelor abuzive cuprinde 13 membri, numiți prin ordinul ministrului consumului, pentru un mandat de 3 ani: un magistrat președinte, doi magistrați, doi juriști specializați în dreptul contractelor, 4 reprezentanți ai profesioniștilor comerțului și serviciilor și 4 reprezentanți ai consumatorilor. Această comisie este consultată în cazul adoptării de texte legale incriminând anumite clauze ca fiind abuzive (i), în materia modelelor-tip de contracte propuse de diferite categorii de profesioniști consumatorilor (ii), cât și în cazul litigiilor concrete, în măsura în care instanța de judecată solicită un aviz consultativ în privința caracterului abuziv al unei clauze.

- ^{xxxi} Comisie însărcinată cu strângerea de informații relative la pericolele prezentate de produsele sau serviciile defectuoase, în vederea informării publicului și a propunerii de măsuri pertinente. Trei membri ai asociațiilor de consumatori, alături de trei reprezentanți ai organizațiilor naționale ale profesioniștilor industriei, comerțului și serviciilor fac parte din această comisie.
- ^{xxxii} Organism al administrației centrale, subordonat ministrului industriei și însărcinată cu elaborarea normelor de fabricare și comercializare a produselor, în vederea prezervării securității consumatorilor. La elaborarea proiectelor de normalizare participă reprezentanți ai asociațiilor de consumatori, alături de cei ai patronatelor din industrie.
- ^{xxxiii} LNE efectuează teste (inclusiv comparative), lucrări de cercetare, expertizare și control, în materie industrială și comercială, în vederea protejării și informării consumatorilor. Este administrat de un consiliu format din reprezentanții administrației publice, ai profesioniștilor industriei și comerțului și ai asociațiilor de consumatori.
- ^{xxxiv} În Franța, dincolo de o suprafață determinată, crearea și extinderea de magazine (spații comerciale mari) este supusă obținerii unei autorizații din partea CDEC. Comisia este prezidată de prefect (care nu are drept de vot), fiind alcătuită din primarul localității unde va fi implementată construcția, un consilier general, primarii celor mai populate două comune din apropiere, președintele camerei de comerț și industrie și un reprezentant al asociațiilor de consumatori.
- ^{xxxv} BVP este un organism privat, în care consumatorii sunt reprezentați. Biroul este abilitat să întreprindă acțiuni (inclusiv în justiție), în vederea ocrotirii intereselor generale ale publicului, pentru promovarea unei publicități loiale, practicate în conformitate cu normele legale în vigoare relative la interzicerea publicității înșelătoare și a celei comparative ilicite.
- ^{xxxvi} În materie, sunt aplicabile anumite criterii de evaluare și selectare a asociațiilor de consumatori care pot înființa centre de consultanță și informare a consumatorilor, cum ar fi cerințele aprobate prin Ordinul nr. 256/2000 al Președintelui Oficiului pentru Protecția Consumatorilor.

MODURILE GENERALE DE DOBÂNDIRE ALE BUNURILOR TEMPORALE DE CĂTRE BISERICĂ

dr.Liviu-Marius HAROSA *

Résumé. *Comme conséquence de son droit inné de posséder des biens, l'Église peut acquérir des biens temporels nécessaires à la conduite de ses activités et à l'atteinte des buts séculiers et spirituels poursuivis. Le droit d'acquérir des biens est un attribut inhérent à la personnalité, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.*

Tant le CIC de 1983 (pour l'Église catholique romaine), le CCEO (pour l'Église unie à Rome), que le Statut de fonctionnement et le Règlement d'administration des biens ecclésiastiques en vigueur au sein de l'Église Orthodoxe Roumaine prévoient des modalités diverses par lesquelles les biens peuvent entrer dans le patrimoine de l'Église, celui des personnes morales publiques et privées de l'Église, ainsi que, dans certains cas, dans la possession des personnes physiques liées, d'une manière ou d'autre, à l'Église. Les modalités d'acquisition des biens temporels sont variées et difficiles à contenir dans des modèles précis et unitaires. Les moyens par lesquels les biens temporels deviennent partie du patrimoine de l'Église peuvent être gouvernés par le droit naturel, le droit canonique, civil (la canonisation de la loi civile) ou mixte, ils peuvent être originaires (l'occupation, l'accession ou l'incorporation, la prescription) ou dérivés (actes de disposition à titre gratuit inter vivos, mortis causa, succession légale ou testamentaire, contrats, faits juridiques, fusions, divisions, absorptions ou extinctions des personnes morales etc.), ainsi que de droit public (taxes, impôts) ou de droit privé.

Abstract. *Consequent to its innate right to possess goods, the Church may acquire temporal goods required for its operation and for the achievement of the worldly and spiritual goals it pursues. The right to acquire goods is an attribute inherent to personality, for private individuals and legal entities alike.*

Both CIC 1983 (for the Roman-Catholic Church) and CCEO (for the Uniate Church) on the one hand, and the Statutes and Regulations on the administration of church goods currently employed within the Romanian Orthodox Church on the other hand, stipulate various methods via which goods may become part of the patrimony of either the Church or public and private legal entities within the Church; in certain cases, the goods may come into the possession of private individuals connected in one way or another with the Church. The methods by which these temporal goods may be acquired are various and hard to define in precise and unitary patterns. The means by which these temporal goods become part of the Church patrimony may be governed on the one hand by natural, canon, civil (canonization of civil law), or mixed law, and as such they may be original (via occupation, accession or incorporation, prescription) or derived (voluntary dispositions inter vivos, mortis causa, legal or testamentary succession, contracts, legal acts, fusions, divisions, absorptions or extinctions of legal entities, etc.) and of public (taxes, duties) or private law on the other hand.

§ 1. Moduri de dobândire

1. Introducere. Ca o consecință a dreptului ei înăscut de a poseda bunuri¹, Biserica poate dobândi bunuri temporale necesare desfășurării activităților sale și atingerii scopurilor lumești și spirituale urmărite². Dreptul de a dobândi bunuri este un atribut inerent al personalității, atât pentru persoanele fizice, cât și pentru persoanele juridice³.

Atât CIC 1983 (pentru Biserica Romano-catolică), CCEO (pentru Biserica Unită cu Roma)⁴ cât și Statutul de funcționare și Regulamentul de administrare al bunurilor bisericesti ce funcționează în cadrul Bisericii Ortodoxe Române prevăd diverse modalități prin care bunurile pot ajunge în patrimoniul Bisericii, al persoanelor juridice publice și private din Biserică precum și, în anumite cazuri, în posesia persoanelor fizice legate, într-un fel sau altul, de Biserică.

Potrivit canonului 1259 CIC, Biserica poate dobândi bunuri temporale prin orice mijloace permise și altor persoane potrivit dreptului natural sau pozitiv⁵.

Canonul 1010 din CCEO prezintă aceleași dispoziții, însă mult mai precise, arătând că persoanele juridice din Biserică pot dobândi bunuri temporale prin orice mijloc just, permis și altora⁶, în timp ce Regulamentul BOR prevede în art. 25 că Patriarhia, părțile componente locale și toate persoanele juridice ale Bisericii Ortodoxe Române pot dobândi bunuri, în conformitate cu dispozițiunile Codului Civil, ale celorlalte legi, ale Statutului pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române și ale Regulamentului pentru administrarea bunurilor bisericesti. Art. 176 alin.1 din actualul Statut de organizare și funcționare al BOR⁷ dispune ca dobândirea, înstrăinarea, grevarea și administrarea patrimoniului bisericesc, controlul și verificarea gestionară să se desfășoare în conformitate cu prevederile statutare și regulamentare în vigoare.

Aceste texte canonice se completează cu prevederile art. 10 alin. 1 din Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor, potrivit căruia cheltuielile pentru întreținerea cultelor și desfășurarea activităților lor se vor acoperi, în primul rând, din veniturile proprii ale cultelor, create și administrate în conformitate cu statutele lor.

2. Diverse clasificări ale modurilor generale de dobândire a dreptului de proprietate sau a altor drepturi reale asupra bunurilor temporale.

Ca și o discuție liminară, arătăm că modalitățile de dobândire a bunurilor temporale sunt variate și greu de cuprins în tipare precise și unitare. Mijloacele prin care bunurile temporale devin parte a patrimoniului Bisericii pot fi guvernate de dreptul natural, de cel canonic, de cel civil (canonizarea legii civile) sau mixte, pot fi originare (ocupațiunea, accesiunea sau incorporarea, prescripția) sau derivate (acte de dispoziție cu titlu gratuit *inter vivos*, *mortis causa*, succesiune legală sau testamentară, contracte, fapte juridice, fuziuni, divizări, absorbții sau extincții ale persoanelor juridice etc.) precum și de drept public (taxe, impozite) sau de drept privat.

Majoritatea cazurilor de dobândire sunt asemănătoare în dreptul ortodox și în cel catolic, în unele cazuri diferind doar exemplele concrete și reglementările de detaliu pentru realizarea lor.

Câteva observații se impun a fi făcute asupra mijloacelor de creștere a patrimoniului bisericii:

a) în ceea ce privește dobândirea bunurilor temporale, când utilizăm această sintagmă înțelegem achiziționarea de drepturi (bunuri temporale privite în sens larg) de către Biserică (prin persoanele sale juridice publice sau private), acestea constând în dreptul de proprietate, diverse drepturi reale dezmembrăminte ale dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile sau mobile, drepturi reale accesorii unor drepturi de creanță, drepturi de creanță propriu-zise⁸.

β) deși se discută în doctrina canonică de modalități de dobândire conforme dreptului natural⁹ (ocupațiunea, accesiunea, contractele, legatele)¹⁰ precum și de moduri de apropiere ale dreptului pozitiv, dreptul natural funcționează cel mult la nivelul principiului dobândirii (Biserica este îndreptățită să dobândească bunuri și nu poate fi împiedicată de la aceasta de Statul laic ș.a.m.d.), cazurile concrete (inclusiv cele date cu titlu de exemplu de autorii citați, e.g. ocupațiunea, accesiunea, contractele) sunt în fapt reglementate de dreptul civil sau normele canonice speciale, astfel încât considerăm că o atare distincție nu are o importanță prea mare.

γ) modurile de achiziție a bunurilor pot fi de drept public sau de drept privat¹¹, cele de drept public fiind acelea care își au fundamentul direct din lege¹² (e.g. taxe, contribuții cerute de Biserică), în timp ce mijloacele de dobândire a bunurilor bazate pe dreptul privat derivă din voința liberă a părților¹³, prin forța autonomiei contractuale. Trebuie precizat că în domeniul dreptului canonic, în afară de principiile generale enunțate în Coduri sau în Regulamentul BOR, modalitățile concrete sunt lăsate, prin efectul canonizării, regulilor speciale în vigoare în fiecare țară, respectiv dreptului privat român. Exemplul cel mai pregnant al canonizării legii civile este dat de prevederile can. 1010 CCEO, prin care orice mijloc just (adică permis de lege) poate sta la baza dobândirii bunurilor temporale.

δ) modurile de dobândire fundamentate pe dreptul public sunt generale și speciale¹⁴. În cazul în care titlul de transfer este dat de voința autorității superioare, fără un scop specificat, vorbim de moduri de dobândire generale (de exemplu în situația unor impozite stabilite de autoritatea superioară), iar atunci când autoritățile ierarhice pretind o anumită taxă pentru un serviciu, modul de dobândire este special¹⁵.

ε) modurile private de dobândire pot fi originare sau derivate, în prima situație dreptul de proprietate se naște în patrimoniul subiectului dobânditor în mod direct, fără intervenția vreunei alte persoane¹⁶, în timp ce modurile derivate se bazează pe transferul proprietății între subiectele juridice, prin acte *inter vivos* (oneroase sau gratuite) sau acte *mortis causa* (succesiune legală sau testamentară)¹⁷.

În doctrină¹⁸ se consideră că modurile originare de dobândire a proprietății se realizează în absența unui raport juridic între proprietar și avândul său cauză, fie în situația în care nu exista un precedent proprietar (ocupațiunea lucrurilor fără stăpân, accesiunea a ceea ce este produs de bun), fie în cazul în care, deși există un titular al unui drept real, acesta nu a transmis dreptul său proprietarului actual (în cazurile posesiei de bună credință asupra bunurilor mobile reglementată de art. 1909 alin 1 C.Civ., al prescripției achizitive, al accesiunii în profitul proprietarului fondului în ceea ce privește construcțiile efectuate de altă persoană sau cu materialele altei persoane precum și nașterea dreptului de proprietate ca efect al jocului aparenței în drept)¹⁹.

Per a contrario, se consideră că dobândirea unor bunuri se realizează prin moduri derivate în ipoteza în care există o transmitere a proprietății sau a altor drepturi reale prin intermediul unui raport între autor și avânzii săi cauză, adică, de exemplu, între proprietarul precedent și noul proprietar. Astfel este cazul dobândirii prin concenție (vânzare-cumpărare, donație ș.a.m.d.) prin succesiune legală, testament, diviziunea sau fuziunea persoanelor juridice etc. În toate aceste cazuri natura și întinderea dreptului depinde de patrimoniul precedent din care provine, și rămâne afectat de limitările din acest patrimoniu, chiar și atunci când aceste limitări nu sunt date de existența unor obligații reale sau drepturi reale consimțite în favoarea terților. Prin urmare, în această situație se aplică principiul *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

§) mijloacele de dobândire pot fi legate de voința dobânditorului, astfel încât putem distinge între dobândirea voluntară și cea non voluntară a proprietății.

Există o dobândire voluntară a proprietății în cazul în care transmiterea ei sau al altui drept real sau de creanță este rezultatul acordului de voință între vechiul și noul proprietar, ceea ce presupune un contract, în situația actelor între vii sau, în ipoteza actelor pentru cauză de moarte, prin efectul voinței vechiului proprietar ce dispune de bunul său în favoarea altuia (prin intermediul unui legat). Dobândirea voluntară presupune prin urmare un raport juridic între un autor și avânzii lui cauză²⁰.

Dobândirea non voluntară a proprietății nu presupune în toate situațiile un raport juridic între autor și dobânditor. Acest raport există totuși în cazul succesiunii *ab intestat*, prin transmiterea patrimoniului, dobânditorul fiind avândul cauză universal al defunctului. În ipoteza în care un asemenea raport nu există avem de-a face cu o dobândire exterioară voinței autorului - în cazul în care acesta există - (ipoteza contrară este dată de ocupațiunea unui lucru/bun fără stăpân, sau în cazul accesii artificiale imobiliare a materialelor de construcție), sau când, chiar dacă vechiul proprietar există, dreptul nu i-a fost transmis noului proprietar, ci s-a născut direct în patrimoniul său prin intermediul posesiei, fie celei de bună credință din art. 1909 C.Civ, fie prin efectul uzucapiunii.

Modalitățile de dobândire a bunurilor temporale trebuie să fie juste²¹, adică conforme cu dreptul natural și cu precizările și limitările aduse de dreptul pozitiv²². Toate aceste mijloace sunt deschise Bisericii la fel cum sunt accesibile oricărei persoane publice sau private²³. Prin urmare, fără a exceda bornele propriilor competențe, Statele nu pot stabili reguli de achiziție mai riguroase pentru Bisericii decât pentru ceilalți actori ai circuitului civil²⁴.

Cu toate acestea, puncte comune există în fiecare mijloc de dobândire, creare a patrimoniului de către Biserică, acestea fiind date de două principii fundamentale: pe de o parte, dreptul Bisericii de a dobândi bunuri și de a pretinde finanțări sau contribuții din partea credincioșilor, iar pe de altă parte dreptul credincioșilor (precum și obligația lor) de a contribui material la îndeplinirea scopurilor și misiunii Bisericii²⁵.

Regulamentul de organizare și administrare al bunurilor bisericesti al BOR și Statutul BOR prevăd ca și mijloace canonice de dobândire a averilor eclesiastice doar posibilitatea persoanelor juridice de utilitate publică din Biserică, identificate prin art. 41 alin.2 raportat la art. 40 din Statutul BOR, de a cere mirenilor diverse contribuții, precum și modalitățile de dobândire a bunurilor prin intermediul cumpărării, succesiunii²⁶ sau ale voințelor pioase. În cea mai mare parte, dreptul canonic ortodox trimite la legislația civilă română, reminiscență a legăturii strânse a dreptului bisericesc oriental cu normele statului²⁷.

Astfel, potrivit art. 189 din Statutul Bisericii Ortodoxe Române, cheltuielile pentru întreținerea cultului ortodox vor fi acoperite din contribuțiile benevole ale credincioșilor, din veniturile unităților de cult obținute din activități proprii și din contribuții de la bugetul de stat, de la bugetul autorităților publice locale și al altor instituții, în condițiile legii.

În ceea ce privește dreptul canonic romano-catolic, Titlul I, „*De acquisitione bonorum*”, al Cărții a V-a a CIC 1983 se referă la dobândirea bunurilor temporale și cuprinde 14 canoane. Deși există un titlu unitar, structura ideatică a acestor canoane nu este cea mai fericită aleasă, normele referitoare la diverse modalități canonice de achizițiile de bunuri temporale putându-se divide în patru grupe²⁸ ce prezintă o tendință dinspre general spre particular²⁹.

Astfel, un prim grup de articole cuprinde can. 1259-1263 care, după ce enunță principiul general al dobândirii de bunuri din partea Bisericii (can. 1259), prezintă un alt principiu fundamental, anume acel al dreptului Bisericii de a pretinde credincioșilor ceea ce este necesar pentru îndeplinirea scopurilor sale (can. 1260). Totodată, se specifică mai multe moduri de formare a patrimoniului bisericesc, de asemenea într-o manieră generală: oferta liberă a fidelilor (can. 1261), ofrandele cerute acestora (can. 1262), impunerile tributare (can. 1263), taxele (can. 1264)³⁰.

Un al doilea grup de canoane (can. 1256-1267) se referă la normele particulare specifice ofrandelor cerute de Biserică, cum ar fi cheta sau elemosina (can. 1256), colectele speciale (can. 1266), precum și despre ofertele fidelilor (can. 1267)³¹.

Al treilea grup de norme canonice au ca obiect special prescripția (can. 1268-1270), dispozițiile legislative fiind complementare textelor cuprinse în Cartea I în canoanele 197-199³².

În fine, cel de-al patrulea grup tratează în canoanele 1271-1272 două cazuri specifice: contribuții la cheltuielile Scaunului Apostolic (can. 1271) și reforma sistemului benefic, caz care nu are relevanță pentru demersul nostru, fiind aplicabil doar sistemelor de drept din America de Sud și o parte din Extremul Orient³³.

Deși mai există două mijloace importante de dobândire și augmentare a patrimoniului bisericesc, și anume voințele pioase, fundațiile și contractele, aceste instituții au fost tratate în lucrări anterioare fiind și elele susceptibile de interesante discuții și dezvoltări³⁴.

Totodată, în capitolul referitor la dobândirea bunurilor bisericești vom trata, pe lângă cazurile arătate mai sus și cuprinse în canoanele Titlului V, și succesiunea, privită ca mijloc de devoluare ale unor anumite bunuri în patrimoniul bisericesc.

§2. Principiile inspiratoare ale normelor canonice privind dobândirea bunurilor temporale.

3. Dreptul Bisericii de a dobândi bunuri și de a pretinde credincioșilor contribuții. Potrivit art. 27 alin. 1 din Legea nr. 489/2006 (legea cultelor): *"Culte recunoscute și unitățile lor de cult pot avea și dobândi, în proprietate sau în administrare, bunuri mobile și imobile, asupra cărora pot dispune în conformitate cu statutele proprii"*, iar conform art. 10 alin. 2 din aceeași lege cultele pot stabili contribuții din partea credincioșilor lor pentru susținerea activităților pe care le desfășoară.

Pe lângă prevederile legii române, can. 1259 CIC³⁵ dispune că Biserica are dreptul de a dobândi bunuri temporale în toate modurile juste prevăzute de dreptul natural și pozitiv, fapt ce pune în evidență capacitatea achizitivă a Bisericii, independent de puterea statală³⁶. Această capacitate achizitivă nu se referă doar la Biserică în integralitatea sa, ci și la persoanele juridice publice și private din cadrul Bisericii, care au dreptul de a-și majora patrimoniul în scopul atingerii scopurilor lor specifice³⁷.

În dimensiunea sa *ad extra*, acest drept al Bisericii este, vis-à-vis de societatea laică, o exprimare colectivă a dreptului la libertatea religioasă³⁸, recunoscut de tratatele internaționale și de prevederile constituționale și legale ale statelor³⁹, în timp ce, în accepțiunea sa intra-ecclesială, acest principiu semnifică faptul că toate subiectele dreptului canonic și titulare ale bunurilor bisericesti pot dobândi bunuri temporale în scopul îndeplinirii țelurilor Bisericii, fără ca vreo autoritate să le poată împiedica în mod legitim să achiziționeze astfel de bunuri⁴⁰.

Acest drept al Bisericii de a dobândi bunuri include în sfera sa atât capacitatea de a le achiziționa prin orice mijloc legitim⁴¹, cât și capacitatea de a cere și de a primi valori de la persoanele fizice și persoanele juridice⁴².

Dreptul de a cere contribuții persoanelor fizice sau juridice a fost criticat de unii autori⁴³ care au considerat că ar avea un fundament iuspublicist, care poate își găsea locul în CIC 1917 (Biserica, fiind o societate perfectă, are și capacitatea de impozitare, la fel ca și Statul), dar în niciun caz în constelația teologică creată de Conciliul Vatican II, al cărui exponent juridic este CIC 1983. Astfel, ar fi de preferat să nu se amintească, nici chiar marginal, de puterea fiscală a Bisericii⁴⁴.

Parțial, critica este fondată⁴⁵, Biserica nu acționează ca un Stat în ceea ce privește capacitatea sa de impozitare, iar dreptul de a pretinde ajutor din partea credincioșilor, a entităților publice ale Statului sau a persoanelor publice din Biserică derivă din ecleziologia comuniunii⁴⁶, care permite autorității bisericești să impună taxe sau să ceară contribuții concrete de la credincioși, ori de câte ori este necesar, deoarece în aceste cazuri orice ofrandă sau dar al credincioșilor, precum și orice impozit este un semn al comuniunii cu Biserica și se manifestă în serviciul comunității ecleziale⁴⁷.

Mai mult, Statul ajută cultele religioase prin diverse finanțări și reduceri de taxe, precum și prin ajutorul dat cultelor cu venituri reduse.

Astfel, potrivit art. 10 alin. 3 și 4 din Legea nr. 489/2006, „statul promovează sprijinul acordat de cetățeni cultelor prin deduceri din impozitul pe venit și încurajează sponsorizările către culte, în condițiile legii.

Statul sprijină, la cerere, prin contribuții, în raport cu numărul credincioșilor cetățeni români și cu nevoile reale de subzistență și activitate, salarizarea personalului clerical și neclerical aparținând cultelor recunoscute. Statul sprijină cu contribuții în quantum mai mare salarizarea personalului de cult al unităților de cult cu venituri reduse, în condițiile stabilite prin lege”.

Totodată, art. 10 alin. 6 din Legea nr. 489/2006 conferă cultelor dreptul de a cere sprijin material din partea statului, pentru cheltuielile privind funcționarea unităților de cult, pentru reparații și construcții noi, în raport cu numărul credincioșilor, conform ultimului recensământ, și cu nevoile reale.

Capacitatea de a pretinde bunuri nu este absolută și nici arbitrară. Biserica poate cere doar cât îi este suficient pentru atingerea scopurilor sale, spiritul de pauperitate al Bisericii trebuind să fie un principiu imuabil⁴⁸. Din aceste motive, este preferabil ca exercitarea acestui drept să se facă cu moderație, fiind preferată calea ofrandei credincioșilor decât sistemul de impozitare⁴⁹ (unele State nu admit Bisericii capacitatea de impunerea asupra credincioșilor, taxa culturală fiind percepută direct de către Stat și care le repartizează apoi cultelor religioase)⁵⁰.

81. Dreptul și obligația credincioșilor de a contribui la necesitățile Bisericii. Potrivit art. 189 din Statutul Bisericii Ortodoxe Române, cheltuielile pentru întreținerea cultului ortodox vor fi acoperite din contribuții consimțite de credincioși și din venituri proprii ale Bisericii.

La fel, Codex Juris Canonici reglementează de principiu, în canonul 222 § 1, faptul că fideliile sunt ținute de obligația de a participa la acoperirea nevoilor Bisericii, când este necesar, pentru ca aceasta să poată dispune de ceea ce este util pentru cultul divin, pentru opere de apostolat și de caritate și pentru întreținerea onestă a clerului, normă preluată și de CCEO în canonul 25 § 1⁵¹.

În doctrină⁵² se interpretează că, prin aceste norme canonice, se stabilește atât un drept (α), cât și o obligație (β) a fidelilor de a contribui la necesitățile Bisericii, acest complex de drepturi și obligații fiind structurat, în funcție de scop, pe trei paliere: susținerea clerului, susținerea cultului, opere de apostolat și de caritate⁵³.

a) dreptul credincioșilor de a contribui la nevoile Bisericii. Potrivit can. 1261 § 1 CIC, fideliile sunt liberi să ofere bunuri temporale în favoarea Bisericii. În realitate, considerăm că, în fapt, dreptul credincioșilor de a contribui la nevoile Bisericii se include în sfera libertății religioase, fiind revendicat față de societatea civilă, care nu poate împiedica o persoană să susțină din punct de vedere economic confesiunea din care face parte sau la care aderă. Această susținere poate îmbrăca atât formele de dobândire ale bunurilor temporale pe care la vom discuta mai jos (ofrande, chete, daruri manuale, taxe, donații pioase, fundații ne-autonome etc), ci și servicii prestate Bisericii (construirea și repararea edificiilor de cult, achiziționarea de materiale de construcție pentru Biserică, ajutorul dat prin lucru cultivării terenurilor aparținând Bisericii, prestarea de diverse munci pentru Biserică, acordarea de servicii specifice Bisericii de către diverși specialiști, în domeniul lor de activitate - gratuitatea sau reducerea costurilor aferente serviciilor de consultanță juridică sau financiar-fiscală prestate persoanelor juridice publice din Biserică, gratuitatea unor consultații medicale prestate unor membri ai clerului etc.).

Prin urmare, față de dreptul credincioșilor de a contribui la nevoile Bisericii, Statul nu trebuie să împiedice exercitarea acestei facultăți specifice dreptului de libertate religioasă și este obligat, pe de altă parte, de propriile sale prevederi constituționale să respecte alegerea cetățenilor săi de a

participa la viața religioasă, cu respectarea ordinii publice și a exigențelor binelui comun⁵⁴. Singurele limitări admise sunt cele prevăzute de normele imperative ale legii astfel încât libertatea de a-și manifesta credința religioasă nu poate face obiectul altor restrângeri decât al celor care sunt prevăzute de lege și constituie măsuri necesare într-o societate democratică pentru securitatea publică, protecția ordinii, a sănătății sau a moralei publice ori pentru protejarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului (art. 2 alin. 2 din Legea nr. 489/2006).

β) obligația credincioșilor de a contribui la nevoile Bisericii. Pe lângă canonul 222 § 1 CIC, canonul 1261 § 2 (fără corespondent în CCEO) prevede că episcopul este ținut să amintească credincioșilor obligația pe care aceștia o au potrivit can. 222 § 1 și anume de a contribui, în cazuri urgente, susținerea Bisericii, iar canonul 1262 prevede că fideii vor contribui la necesitățile Bisericii cu diverse subvenții cerute în conformitate cu normele emenate de la Conferințele Episcopale ale țării de care aparțin sau în care își au domiciliul⁵⁵.

Această obligație reiese din normele ecleziale care privesc Biserica și părțile ei componente ca pe o comunitate de credință. Din moment ce credincioșii au dreptul de a ajuta Biserica, ei au și această obligație ce derivă din apartenența la această comunitate⁵⁶.

Textele normelor mai sus citate arată existența unei obligații generice de a îndeplini necesitățile Bisericii, nu în calitate de supus, ci în aceea provenind din condiția activă de credincios⁵⁷, creează cadrul în care fidelul va contribui la finalitățile Bisericii (cultul divin, operele de apostolat și de caritate, susținerea clerului) și, în final, stabilesc o limită obiectivă al acestui ajutor cerut mirenilor, numai în condițiile în care este necesar un asemenea ajutor pentru atingerea scopurilor enumerate⁵⁸.

Canonul 385 §1 CCEO precizează, referindu-se la clerici, că aceștia vor destina operelor de apostolat sau de caritate excedentul pe care îl primesc cu ocazia exercitării oficiului lor, după ce și-au reținut un venit necesar onestiei lor subzistențe și obligațiilor derivând din funcția lor⁵⁹.

Conținutul obligației credincioșilor de a contribui la binele comun al Bisericii nu este explicitat de normele codiciale, astfel încât aspectele practice, cum ar fi modul de executare, tipul contribuției – servicii, prestații

pecuniare etc. – și valoarea lor sunt lăsate la latitudinea Conferințelor Epsicopale sau puterii legislative a autorității ecleziastice. Mai mult, și sfera persoanelor cuprinse în categoria credincioșilor nu este precizată, doctrina arătând că norma canonică se referă la persoanele fizice, laici sau clerici deopotrivă care fac parte din comunitatea Bisericii prin săvârșirea Tainei/Sacramentului Botezului valid⁶⁰.

Rolul credincioșilor nu se epuizează odată cu îndeplinirea obligației de a ajuta Biserica în anumite momente, ci se continuă, fideli beneficiind de un spațiu de inițiativă personală în sensul subvenționării scopurilor pioase, prin intermediul fundațiilor, instituțiilor pioase, legatelor etc⁶¹.

Deoarece nu se prevăd sancțiuni aplicabile pentru executarea ei, considerăm că această obligație este una mai degrabă morală, generată de apartenența la Biserică, iar Biserica nu impune cu titlu obligatoriu aceste taxe, nebeneficiind de o forță de constrângere materială. Oricum, se consideră că și noțiunea de impozite și taxe ar trebui să fie înlocuită cu cea de contribuții cerute, tocmai pentru a reliefa comunitatea de credință ce se stabilește în cadrul Bisericii⁶².

Această orientare este întărită și de prevederile art. 10 alin. 5 din Legea nr. 489/2006 ce statuează că nimeni nu poate fi constrâns prin acte administrative sau prin alte metode să contribuie la cheltuielile unui cult religios.

§ 3. Modalitățile civile și canonice de dobândire a bunurilor temporale

4. Modalitățile civile de dobândire a dreptului de proprietate. Art. 644-645 din Codul civil prevăd că dreptul de proprietate se poate dobândi prin următoarele moduri generale: succesiune, legată, convenție sau contract, tradițiune, accesiune sau încorporațiune, prescripție achizitivă sau uzucapiune, lege și ocupațiune.

Așa cum pe drept cuvânt s-a arătat, această enumerare este criticabilă⁶³. În primul rând, este incompletă deoarece unele din modurile generale de dobândire a dreptului de proprietate au fost omise, cum sunt, de pildă, posesia de bună credință a bunurilor mobile, dobândirea în proprietate a fructelor de către posesorul de bună credință al bunului frugifer și hotărârile judecătorești constitutive de drepturi. De asemenea, termenul de succesiune, fără nicio altă precizare, desemnează, atât devoluțiunea succesorală legală, cât și devoluțiunea succesorală testamentară. Or, ar fi fost necesar ca legiuitorul să precizeze că este vorba de succesiunea legală. Aceasta pentru motivul că succesiunea testamentară este prevăzută ca mod distinct de dobândire a proprietății, sub denumirea de legate. Legatele nu sunt altceva decât dispoziții testamentare prin care o persoană fizică dispune de bunurile sale pentru cauză de moarte.

Totodată, în opinia noastră, legea - prin sine însăși - nu constituie un mod separat, de sine stătător, de dobândire a dreptului de proprietate. Chiar atunci când legea instituie o prezumție de proprietate, temeiul acelei prezumții îl constituie, în realitate, tot un fapt sau act juridic. Așa de pildă, deși uneori se afirmă că dobândirea mobilelor prin posesie de bună credință, în condițiile art. 1909 alin. 1 C.civ., are loc *ex lege*, în ce ne privește, apreciem că dreptul de proprietate se dobândește, și de această dată, în temeiul unui fapt juridic, care este tocmai posesia de bună-credință. Aceeași soluție este valabilă și în cazul dobândirii fructelor de către posesorul de bună-credință al bunului frugifer, în situația prevăzută de art. 485 C.civ.

În urma acestor considerente, apreciem că modurile generale de dobândire a dreptului de proprietate sunt următoarele: contractul sau convenția translativă sau constitutivă de drepturi reale; succesiunea legală; succesiunea testamentară; uzucapiunea sau prescripția achizitivă; accesiunea; posesia de bună credință a bunurilor mobile; dobândirea fructelor de către posesorul de bună credință a bunului frugifer; tradițiunea și ocupațiunea.

Deoarece modalitățile generale civile de dobândire a proprietății sunt cunoscute și, în marea lor parte, nu ridică probleme față de aplicarea lor bunurilor temporale ale Bisericii, ne vom restrânge în demersul nostru la tratarea proiecțiilor civile pe care dreptul canonic le suportă în cazul contractului, succesiunii legale și testamentare, precum și a uzucapiunii.

Legea, ca modalitate de dobândire a proprietății, nu va face obiectul prezentei lucrări, legile de restituire și de reconstituire a dreptului de proprietate asupra bunurilor cultelor religioase preluate în mod abuziv de către statul comunist necesitând o analiză atentă și detaliată care depășește limitele acestei lucrări.

5. Modalitățile canonice de dobândire a bunurilor temporale. În Codex Juris Canonici 1983 sunt prevăzute în Cartea V, Titlul I numai două modalități principale de dobândire a bunurilor temporale: A) dobândirea prin contribuție și B) dobândirea prin prescripție, restul fiind prevăzute în materia voințelor pioase și a contractelor. Noi vom trata în cadrul acestui capitol și C) dreptul Bisericii la succesiune *ab intestat* și testamentară, acesta fiind un mijloc important de creștere a patrimoniului Bisericii Ortodoxe și Catolice, precum și D) veniturile obținute din activitățile lucrative asupra cărora Biserica are monopol.

A) DOBÂNDIREA PRIN CONTRIBUȚIE.

6. Dobândirea prin contribuție. Potrivit can. 1262 CIC 1983, „fidelii vor ajuta Biserica achitând contribuțiile cerute potrivit regulilor stabilite de Conferința episcopilor”⁶⁴.

Achiziționarea prin contribuție este susceptibilă de a fi divizată în mai multe modalități. Astfel, Biserica cunoaște contribuțiile libere sau ofrandele spontane ale credincioșilor (α), contribuțiile solicitate credincioșilor de către autoritățile bisericești (β), care se împart la rândul lor în chete, denumite și elemosine, sau contribuții generale (β_1) și colectele sau contribuțiile speciale (β_2), precum și contribuțiile impuse - tribute - (γ), anume impozitele (γ_1) și taxele - ofrande - cerute pentru administrarea anumitor acte sacramentale sau administrative bisericești (γ_2)⁶⁵.

7. a) Ofrandele spontane ale credincioșilor. De-a lungul istoriei⁶⁶, cel mai de seamă mijloc prin care comunitatea creștină și-a strâns cele necesare cultului l-au format ofrandele credincioșilor.

În dreptul ortodox, Biserica primește averi în felul următor: prin donații (contribuții - ofrande spontane) din partea credincioșilor, pentru întreținerea persoanelor din Biserică și a cultului (Fapte 4, 32-37)⁶⁷, potrivit cuvintelor Mântuitorului și al Apostolului Pavel; altarul simbolizând Biserica, ofrandele „de pe altar”⁶⁸ asigură subzistența clerului⁶⁹. „Dacă preotul nu are nevoie personală de donațiile oferite să le primească pentru folosul bisericii, al săracilor, bolnavilor, orfanilor și văduvelor, menținând în popor sentimentul religios de jertfă”⁷⁰.

Potrivit art. 27 din Regulament, donațiile manuale se primesc de organele de administrație ale bunurilor bisericești, pentru fiecare instituție bisericească în parte, cu respectarea prevederilor legilor în vigoare⁷¹, iar donațiile de orice natură se acceptă numai dacă sunt de un real folos instituțiilor bisericești (art. 26 alin. 1 din Regulament).

Atât în dreptul canonic ortodox, cât și în dreptul catolic, prin ofrandă se înțelege un dar (în special în bani) făcut Bisericii, prin simpla voință a credincioșilor, în scopuri pioase, făcute ori în timpul vieții, ori după moarte, cu respectarea legilor civile ce guvernează instituția respectivă⁷².

Plecând de la principiul conținut de can. 1261 § 1 CIC⁷³, potrivit căruia credincioșii sunt liberi să ofere bunuri temporale în favoarea bisericii, conferințele episcopale ale fiecărei țări sau regiuni pot stabili norme prin care să reglementeze concret modalitățile de încasare a lor⁷⁴.

Identic cu dreptul ortodox, dreptul canonic catolic prezintă în can. 1267 § 1 CIC⁷⁵ prezumpția destinației ofrandei spontane; dacă nu este prevăzut altfel, ofrandele făcute superiorilor sau administratorilor oricărei persoane juridice, chiar și private, sunt prezumate a fi făcute persoanei juridice înseși⁷⁶, dar bineînțeles, proba contrară este posibilă (prezumție *iuris tantum*) și poate rezulta din circumstanțele de fapt.

Acceptarea ofrandelor se face după următoarea procedură: în dreptul catolic acceptarea ofrandelor poate fi făcută de Superiorul, administratorul sau moderatul unei persoane juridice, cu aprobarea Consiliului pentru afaceri economice al persoanei juridice publice respective, în baza normelor stabilite anterior de Conferința episcopală a locului, iar în dreptul ortodox donațiile – ofrande se vor primi diferențiat, în funcție de persoana juridică ecleziastică publică destinată. Dacă este vorba despre o donație de valoare mică (danie) sau de ofrande spontane efectuate în cursul Liturghiei sau în

„cutia milei” ori în „cutia săracilor”, dobândirea bunurilor temporale se efectuează potrivit deciziei Consiliului Parohial care, conform art. 38 din Regulament, stabilește, după ratificarea Adunării Parohiale, mijloacele de introducere a bunului în patrimoniul parohiei.

În cazul în care donația este consistentă iar actul juridic excede unei calificări în dar manual, la parohii, preotul paroh aduce la cunoștința Consiliului Parohial, conform art. 26 alin. 2 din Regulament, actul de donație, iar Consiliul Parohial, în cazul în care hotărăște acceptarea donației, face cuvenitele propuneri Adunării Parohiale⁷⁷. Dacă și Adunarea Parohială acceptă donația, actul împreună cu încheierile Consiliului Parohial și a Adunării Parohiale se înaintează Consiliului Eparhial spre aprobare.

La mănăstiri, starețul sau stareța aduce la cunoștința Consiliului Economic ofranda, care, în caz de acceptare, se supune spre deliberare Soborului Mănăstiresc (art. 26 alin. 3 din Regulament). Dacă Soborul Mănăstiresc acceptă donația, actul împreună cu încheierile Consiliului Economic și ale Soborului Mănăstiresc se înaintează Consiliului Eparhial spre aprobare.

La Protoierii și Eparhii, actele de donație se supun deliberării și aprobării Consiliului Eparhial de Protopop sau respectiv de Consilierul Administrativ Economic.

La Patriarhie, donația se supune deliberării și aprobării Consiliului Național Bisericesc, de Consilierul Administrativ Economic. În cazul în care Consiliul Eparhial, respectiv Consiliul Național Bisericesc acceptă donația (în oricare dintre situațiile arătate mai sus) și aceasta se aprobă de Episcopul respectiv sau de Patriarh, actele se vor încheia cu îndeplinirea condițiilor de fond și de formă cerute de legea civilă, acesta fiind un caz de canonizare a legii civile.

Pe de altă parte, atât în dreptul catolic, cât și în cel ortodox, ofrandele se acceptă dacă sunt utile scopurilor bisericești și nu pot fi refuzate decât pentru o justă cauză, iar, dacă este vorba despre o ofrandă extrem de valoroasă destinată unei persoane juridice publice, refuzul trebuie realizat doar cu permisiunea Episcopului locului⁷⁸. La fel, permisiunea Episcopului este cerută și în cazul acceptării ca ofrande a unor bunuri grevate de sarcini sau afectate de condiții (can. 1267 § 2 CIC), avându-se în vedere că ofrandele se acceptă în principiu⁷⁹.

Cauza justă, la care Codul face referire când prezintă posibilitatea refuzului unei ofrande, poate depinde de diverse circumstanțe variabile: proveniența ilicită a bunurilor⁸⁰, natura lor sau reprezentarea lor figurativă⁸¹, sarcini sau condiții ce afectează bunurile, faptul că sunt dificil de administrat⁸², sau afectarea, prin voința celui care la oferă, la scopuri mai mult sau mai puțin inaccesibile sau imposibile față de scopurile finale ale Bisericii⁸³. Ofranda poate fi refuzată și atunci când valoarea ei este prea mare raportată la veniturile donatorului⁸⁴.

În cazul în care ofranda se adresează unei persoane juridice publice⁸⁵, iar bunul dăruit este important din punct de vedere economic, artistic sau istoric, numai Episcopul poate refuza acest bun, refuzul trebuind să fie motivat⁸⁶. Dacă refuzul este considerat nejustificat, persoana vătămată (în această categorie intrând reprezentantul persoanei juridice publice sau chiar credinciosul care a dorit să efectueze ofranda) poate acționa în contencios pe autorul refuzului sau pe Ierarh pentru angajarea responsabilității sale în baza can. 128 CIC⁸⁷ 88, chiar și pentru daune morale provocate donatorului de refuzul nejustificat⁸⁹.

Pe de altă parte, „darurile efectuate de către fideli pentru un scop determinat nu pot fi afectate decât acelei afectațiuni” (can. 1267 § 3 CIC, can. 1016 § 1 CCEO), sub sancțiunea, credem noi, a posibilității revocării ofrandei deja acceptate sub acea condiție, sau a obligării autorului devierii daniei de la scopul inițial la repararea prejudiciului suferit. Dacă scopul este îndeplinit, sarcina dispare și suplimentul de ofrandă, dacă mai există, poate fi utilizat în mod liber⁹⁰.

O normă foarte practică conține can. 1021 §1 CCEO, care prevede că în fiecare Eparhie, se va înființa, potrivit dreptului particular al Bisericii Orientale respective, o instituție specială care va primi bunurile și ofrandele în vederea stabilirii unei subzistențe convenabile și fundamental egale a tuturor clericilor care își au serviciul în respectiva eparhie, atâta timp cât nu se dispune altfel.

Potrivit art. 31 alin.1 din Legea cultelor, bunurile care fac obiectul aporturilor de orice fel - contribuții, donații, succesiuni -, precum și orice alte bunuri intrate în mod legal în patrimoniul unui cult nu pot face obiectul revendicării lor ulterioare.

Deși într-o formă criticabilă, textul legal instituie irevocabilitatea absolută a liberalităților efectuate de credincioși, cazurile de revocabilitate a donațiilor din codul civil negăsindu-și aplicare în fața legii speciale.

8. β) Contribuțiile solicitate credincioșilor de către Biserică (subventiones rogatae). Biserica nu se bazează doar pe ofrandele spontane ale credincioșilor, ci și pe alte moduri tradiționale de a favoriza generozitatea lor. Astfel, Biserica, bazându-se atât pe dispozițiile cuprinse în Regulament sau în coduri, precum și pe prevederile speciale ale statelor, poate cere credincioșilor, cu respectul libertății lor, contribuții pentru finalități generale sau particulare⁹¹. Se constată întotdeauna o grijă a organelor bisericești pentru ca aceste contribuții se nu fie cerute într-un mod excesiv sau să fie într-un quantum prea mare pentru posibilitățile credincioșilor⁹².

Deși inițiativa aparține autorităților bisericești, termenul cel mai preferabil este acela de contribuții cerute și nu de impozite sau taxe, deoarece în aceste cazuri este fundamentală respectarea libertății credincioșilor de a da curs sau nu cererii de ajutor.⁹³

Autoritatea care stabilește aceste contribuții și, eventual, quantumul lor, este Epsicopul sau Conferința Episcopală (în dreptul canonic catolic, conform can. 1262 CIC)⁹⁴ sau Adunarea Eparhială, cu aprobarea Episcopului locului, pentru Biserica Ortodoxă, norma utilizată avându-și baza în canonul 4 Apostolic⁹⁵, precum și în art. 92 lit. b) și c) din Statutul Bisericii Ortodoxe Române. La nivelul Bisericii Ortodoxe Române, este rolul Adunării Naționale Bisericești, reglementat de art. 22 lit.e) din Statut, de a stabili mijloacele de ajutorare ale organismelor și instituțiilor centrale bisericești.

9. β₁) chetele (elemosine) sau contribuțiile generale. Cheta sau culegerea de pomeni (un alt termen folosit este cel derivat din grecesul „elmosina”, *Ελλημεώσιον*) este caracterizată în doctrina dreptului canon ca o cerere generală pentru fonduri adresată unui grup de persoane concrete⁹⁶ (de exemplu, credincioșii care aparțin unei parohii sau eparhii). În sensul său general, prin chetă se înțelege „...cererea făcută de o persoană, cu voce tare, din poartă în poartă, pentru a strânge ofrande ce vor fi utilizate de oricare institut religios sau pentru scopuri pioase sau ecleziastice”⁹⁷.

Deși dreptul ortodox nu o prevede în Regulamentul pentru administrarea averilor bisericești, elemosina este o instituție foarte veche, reglementată în amănunțime de dreptul bizantin în Nomocanonul lui Matei Vlastares, cât și în Hexabiblosul lui Harmenopulos, legiuiri utilizate și în vechiul drept român⁹⁸.

Astfel, s-a opinat că nu este chetă, în sensul strict al cuvântului, o cerere adresată unei sau unor persoane determinate⁹⁹, pentru a face o ofertă, chiar și generoasă¹⁰⁰. La fel, s-a considerat că nu este chetă nici situația în care se face un apel public la strângerea de fonduri printr-un ziar de largă răspândire, fără ca destinatarii să fie determinați sau determinabili (orice persoană)¹⁰¹. La fel, nu au fost considerate chete cererile de oferte făcute unor persoane puține prin intermediul unor circulare, publicații periodice, cererile de elemosine efectuate de misionari față de binefăcătorii lor, pentru a obține noi beneficii etc¹⁰².

Considerăm că această delimitare este discutabilă, apelul la o colectă publică efectuată printr-o subscripție publică, deși nu identifică și nu determină destinatarii, este o chetă în sensul dreptului canonic, nu determinarea persoanelor sau a categoriei de persoane destinate fiind cea care delimitează această modalitate de obținere a bunurilor temporale. Destinatarii se identifică și se individualizează prin demararea subscripției, scopul donațiilor fiind public prin chiar conținutul anunțului de chetă, care, în aceste condiții, ar trebui calificată ca fiind o subscripție publică de donații. La fel se pune problema și în cazul contactării persoanelor cunoscute, unde, deși nu este nevoie de aprobarea Ordinarelui, ofrandele destinatarilor sunt provocate de cererea celui care inițiază cheta.

În orice caz, este competența Conferinței Episcopale să stabilească norme comune pentru desfășurarea chetei, aplicabile pe tot teritoriul supus jurisdicției sale. Regulile astfel formulate trebuie „să fie respectate de toți” (can. 1265 § 2 CIC 1983), pentru a evita eventualele daune care s-ar ivi prin efectuarea de chete, în numele Bisericii, de persoane neautorizate, care ar profita de sentimentele religioase ale credincioșilor pentru profitul propriu.

Condițiile de exercitare a chetei. Potrivit can. 1265 § 1 CIC, „cu excepția ordinelor catolice ale călugărilor cerșetori¹⁰³, este interzis oricărei persoane private, fie fizice, fie juridice, să colecteze bani pentru orice scop sau institut

pios sau ecleziastic, fără o permisiune scrisă a Superiorului propriu și al Epsicopului locului¹⁰⁴.”

Canonul 1015 CCEO prezintă aceeași normă, potrivit căreia nu este permis persoanelor fizice și juridice de a colecta pomeni dacă nu au permisiunea autorității căruia îi sunt supuse și consimțământul scris al Ierarhului locului unde chetele sunt efectuate¹⁰⁵.

O normă asemănătoare transpare și din canoanele Bisericii Ortodoxe, în care se precizează că numai episcopul locului poate permite clericilor sau monahilor din alte Eparhii să funcționeze pe teritoriul eparhiei sale¹⁰⁶.

Câteva discuții trebuie purtate pe marginea acestor texte normative.

Ca un principiu general, care emerge din lectura canoanelor mai sus arătate, este că, în Biserică, toate persoanele, fie fizice și juridice, publice sau private, au dreptul de a strânge pomeni oferite pentru orice „institut sau scop pios sau ecleziastic” (*pro quolibet pio aut ecclesiastico instituto vel fine*). Expresia este foarte amplă și trebuie interpretată într-un sens larg, fiecare credincios putând astfel participa la viața Bisericii¹⁰⁷. Eventualele norme care ar restrânge un asemenea drept nu pot fi decât excepții strict prevăzute de lege (potrivit can. 18 CIC – *exceptiones strictissimae interpretaations sunt*).

În ceea ce privește scopul acestor elemosine, acesta este dat, potrivit Codului, de institute sau de țeluri pioase sau religioase. Diferența dintre instituție și scop este localizată în faptul că institutul este o realitate permanentă și stabilă, în timp ce finalitatea poate fi doar o ocazie unică și tranzitorie¹⁰⁸.

Este interesant totodată de observat care este categoria persoanelor care au nevoie de autorizații speciale de a întreprinde chete, și felul acestor autorizații. În ceea ce privește autorizațiile, considerăm că primul tip de permisiune, dată de Superiorul căruia i se supun persoanele enumerate în can. 1265 §1 CIC și can. 1015 CCEO este o autorizare funcțională generală, permițând acestora să procedeze la realizarea chetelor, în timp ce autorizația dată de Superiorul locului unde cheta se realizează este o autorizare specială, prin care pe persoanele subiect al permisiunii de a strânge chete sunt supuse, pe perioada colectării lor în altă Eparhie, jurisdicției Ierarhului acelei Eparhii sau Dioceze.

În ceea ce privește persoanele subiect al autorizațiilor, persoanele juridice publice (parohii, protopopiate, eparhii, diocenze, ordine călugărești exempte) nu au nevoie de o asemenea permisiune, însăși statutul lor permițând desfășurarea de chete, precum și de alte activități prin care să constituie venituri pentru scopurile Bisericii. La fel se pune problema și în cazul persoanelor fizice publice¹⁰⁹, funcționând în raza teritorială a persoanelor juridice de care aparțin. Este cazul aici a preoților parohi, a episcopilor, altor clerici, călugări, stareți, care realizează cheta în exercitarea funcției lor în oficiul lor (parohie, dioceză etc.)¹¹⁰.

Altul este cazul în care se cere permisiunea Ordinariusului locului pentru călugării, laici sau clericii care acționează în nume propriu, fără să reprezinte o persoană juridică publică, precum și în cazul în care aprobarea pentru chetă este dată unei persoane juridice private¹¹¹.

Semnificația acestei aprobări nu este cea a interzicerii dreptului la efectuarea chetei în numele Bisericii, ci aceea de a reglementa și controla exercițiul acestui drept.

Terminologia utilizată de cod, și anume aceea de „persoană privată, atât fizică cât și juridică”, contrapusă „persoanei publice, atât fizice, cât și juridice”, pare surprinzătoare. În realitate, după cum am arătat mai sus, distincția persoane publice – persoane private este realizată de Cod numai pentru persoanele juridice (conform can. 116 § 1)¹¹². Canonul corespondent din vechiul cod (can. 1503 CIC 1917) vorbea de „persoane private, fie clerici, fie laici”¹¹³, sintagmă ce se apropia mai mult decât prevederea noului cod de esența distincției față de persoanele fizice¹¹⁴. Expresia codicială actuală confirmă caracterul particular al persoanei juridice private¹¹⁵, studiată ca o realitate care a obținut personalitatea juridică de la autoritatea competentă a Bisericii, dar a cărei activitate rămâne întrucâtva în afara competenței totale a autorității ecleziastice și se apropie de sfera drepturilor și obligațiilor pe care o persoană fizică privată le are¹¹⁶.

Astfel, semnificația acestui canon este clară: există persoane fizice care, prin forța funcției lor sunt investite cu un caracter de publicitate: parohul, episcopul, superiorii institutelor de viață consacrată, clericii de drept pontifical (cf. can. 134 § 1 CIC)¹¹⁷.

Pentru a concluziona asupra persoanelor și scopului realizării strângerii de elemosine, arătăm că persoanele juridice și fizice publice nu au nevoie de licența Ierarhului pentru a strânge elemosine, în timp ce persoanele fizice și juridice private au nevoie de o dublă aprobare, a Ierarhului de care aparțin și a Ordinarelui locului în care vor să desfășoare cheta¹¹⁸.

10. β_2) colectele sau contribuțiile pentru inițiative determinate. Potrivit can. 1266 CIC, precum și în can. 1014 CCEO¹¹⁹, în toate Bisericile și oratoriile¹²⁰, chiar și cele care aparțin institutelor religioase și care sunt în mod uzual deschise credincioșilor, Ordinarul locului poate dispune efectuarea unei colecte speciale pentru diverse și determinate proiecte parohiale, diocezane, naționale sau universale¹²¹, cu obligația de a trimite ulterior cele obținute curiei diocezane.

Colectele au ca principală caracteristică răspunsul credincioșilor la o cerere a Bisericii de a colabora pentru o finalitate determinată¹²². Modalitatea de strângere a colectei poate fi foarte variată, dar, prin obicei, aceasta se realizează în timpul săvârșirii liturghiei¹²³.

Este dreptul Episcopului de a demara acest tip de colecte, prin care se cere mirenilor o anumită contribuție economică, într-un scop bine stabilit, care nu poate fi schimbat ulterior, pentru că altfel nu s-ar respecta condițiile inițiale ale colectei și voința donatorilor¹²⁴.

Având în vedere caracterul excepțional al acestor colecte cu o finalitate bine stabilită, episcopul poate impune efectuarea acestor colecte în toate bisericile și paraclisele deschise publicului, chiar dacă, în mod normal, acestea sunt în afara sferei sale de competență teritorială¹²⁵. La fel ca și la chete, se lasă la latitudinea fiecărei Conferințe episcopale stabilirea condițiilor și modalităților concrete de efectuare a colectelor¹²⁶.

11. γ) Contribuțiile impuse. Plecând de la norma generală conținută de canonul 1262 „credincioșii vor ajuta Biserica achitându-se de contribuțiile cerute potrivit condițiilor stabilite de Conferința Episcopilor”, canoanele 1263-1264 CIC stabilesc o a doua modalitate principală, tipic canonică, de dobândire a bunurilor temporale: contribuțiile impuse¹²⁷.

Acestea se împart în două mari categorii: pe de o parte tributurile sau impozitele, pe de altă parte taxele, în special cele pentru îndeplinirea unor activități ecleziastice sau pentru eliberarea unor acte canonice¹²⁸.

12. γ) Impozitele. Principalele caracteristici ale impozitelor sunt că prestația este în bani, ele sunt obligatorii pentru persoanele supuse lor și că nu corespund niciunei contraprestații din partea autorității care le percepe¹²⁹.

Potrivit can. 1263 CIC, Episcopul diocezan are dreptul, după consultarea consiliului pentru afaceri economice și a consiliului presbiterial, să impună, pentru necesitățile diocezei, persoanelor juridice publice supuse autorității sale un impozit proporțional cu veniturile fiecăruia; în situații excepționale și de gravă necesitate, episcopul poate impune altor persoane juridice sau chiar fizice o contribuție extraordinară și moderată, cu excepția cazurilor când legile particulare sau obiceiurile îi atribuie drepturi mai mari¹³⁰.

Canonul mai sus arătat instituie în fapt două tipuri de tributuri, unul ordinar și altul extraordinar, cu proceduri diferite de realizare, și individualizează două categorii de persoane cărora episcopul diocezan le poate impune contribuții: pe de o parte, persoanele juridice publice care îi sunt supuse, pe de altă parte alte persoane, fie fizice, fie juridice.

În ceea ce privește prima categorie de impozite, tributul ordinar trebuie să fie moderat și proporțional cu venitul fiecărei persoane juridice publice (un adevărat impozit pe venit)¹³¹, iar legat de a doua modalitate de impozit, acesta poate fi aplicat doar în situații grave, extraordinare și trebuie să fie moderat¹³².

Codul canonic al Bisericilor Orientale prevede în canonul 1012 § 1 că niciun asemenea impozit nu poate fi impus persoanelor juridice publice asupra ofrandelor culese cu ocazia celebrării Sfintei Liturghii, deoarece altfel ar fi o încălcare a canonului 23 al Sinodului ecumenic VI Trulan¹³³.

Dreptul bisericesc ortodox cunoaște și el instituția taxelor, clericiei, mirenii și mănăstirile predând episcopilor Kanonikonul¹³⁴, o taxă pentru dezvoltarea eparhiei, la fel și kaniska, precum și zecimile (decimae, *δεκαται*) care în trecut se achitau de credincioși Bisericii¹³⁵.

În prezent, Adunarea Națională Bisericească (art. 22 lit. e) din Statut) sau, între reuniunile acesteia, Consiliul Național Bisericesc (art. 30 lit. e) și g) din Statut), au atribuții în a stabili mijloacele de ajutorare a organelor și așezămintelor bisericești și de cultură religioasă, precum și pentru Institutul Biblic. Organele centrale de administrare a Bisericii Ortodoxe Române stabilesc modalitatea de culegere a unor asemenea taxe.

Potrivit art. 76 lit.d) din Statutul BOR, mănăstirile cu mijloacele lor materiale vin în ajutor la nevoile Eparhiei și tuturor instituțiilor ei, după normele stabilite de Adunarea Eparhială și de Chiriarh.

La nivel local, este rolul Adunării Parohiale de a stabili, conform art. 55 lit. f) din Statutul BOR, și de a fixa cuantumul maximal al taxelor benevole de cult în favoarea parohiei.

13. 12) Taxele. Conform can. 1264 CIC, dacă nu se dispune altfel, Adunarea Episcopală a provinciei poate, pe de o parte, stabili taxe pentru actele de putere executivă grațioasă sau pentru rescriptele Scaunului Apostolic, după aprobarea Sfântului Scaun, iar pe de altă parte, poate determina cuantumul ofertelor efectuate cu ocazia administrării Sacramentelor, text preluat cu mici modificări și de can. 1013 CCEO.

Vom trata fundamentul acestora în partea din lucrare în care discutăm despre voințele pioase, iar în capitolul de față vom prezenta numai problemele generale despre taxe, precum și terminologia specifică¹³⁶.

Prin conceptul de taxe se înțelege sumele de bani cerute credincioșilor cu ocazia efectuării anumitor acte ecleziastice sau administrativ bisericești¹³⁷. Taxele sunt o modalitate de contribuții principale, cu o anumită natură mixtă: ele pot fi calificate ca și voluntare, deoarece ele presupun întotdeauna un act de voință al credinciosului (cererea eliberării unui act administrativ), dar pot fi, de asemenea calificate ca fiind obligatorii pentru toți cei care recurg la organele administrative bisericești pentru a obține un anumit serviciu plătitibil cu o sumă oarecare¹³⁸.

Diferit de impozite, taxa este o contraprestație față de serviciul cerut de credincios și corespunde unor acte de autoritate, cum ar fi dispense, autorizări, certificate, anumite taxe judiciare în procesul canonic¹³⁹ etc.

În perioada aplicării CIC 1917, precum și pe parcursul elaborării noului Cod de drept canonic, doctrina a ridicat obiecții asupra termenului de „taxe”, nepotrivit cu ideea comuniunii și a respectării libertății fidelilor în Biserică¹⁴⁰, mai ales în ceea ce privea utilizarea sintagmei în contextul administrării sacramentelor și actelor sacramentale (botez, cununie etc.). Prin apariția CIC 1983, conceptul de taxe a fost modificat, rămânând ca atare doar pentru actele grațioase administrative bisericești, iar pentru administrarea sacramentelor preferându-se folosirea termenului de „ofrande”, credincioșii fiind liberi sau nu să le achite. Indiferent de achitarea acestor ofrande, clericii sunt obligați să săvârșească actele sfinte, pretinderea lor expresă putând fi calificată drept simonie¹⁴¹.

În CCEO se prevede, legat de taxe și ofrande, că acestea vor fi fixate, în ceea ce privește cuantumul lor, de episcopul eparhiot. Acestea va putea stabili limitele minime și maxime ale ofrandelor percepute cu ocazia celebrării Sfintei Liturghii și a administrării Sfintelor Taine, atâta timp cât dreptul comun nu dispune altfel. Prin canonul 716 episcopii sunt insistent rugați să introducă în parohii practica potrivit căreia în timpul săvârșirii Sfintei Liturghii să nu se primească decât ofrandele oferite în mod spontan de către credincioși¹⁴², preoții putând însă să accepte ofrande remise pentru ca slujba să fie oficiată la dorința donatorului (can. 715 § 2), după obiceiul locului¹⁴³.

Pe de altă parte, episcopii sunt invitați să nu permită decât colectarea ofrandelor spontane date în timpul săvârșirii ritualurilor de înmormântare, conform cu can. 878 § 1 CCEO.

Dacă mănăstirile, sanctuarele, ospiciile, parohiile, instituțiile pioase beneficiază de un patrimoniu și de venituri proprii, patriarhii și episcopii pot cere un tribut numit *canonicon*. Repartiția beneficiilor obținute dintr-o parohie se poate reglementa în funcție de fiecare biserică unită. Patriarhii armeni și melchiți au renunțat la zeciuială, iar Biserica Coptă, începând din 1898, a împărțit astfel canoniconul : 1/10-patriarhului, 2/10-episcopului și 7/10-preotului¹⁴⁴.

- * lector, Facultatea de Drept, Universitatea "Babeș-Bolyai" Cluj-Napoca. mharosa@law.ubbcluj.ro
- ¹ A se vedea pentru detalii L.-M.Harosa, *Bunurile temporale ale Bisericii*, teză, nr.9.
- ² Ca bibliografie generală pentru dobândirea bunurilor, a se vedea: V. de Paolis, *"I beni temporali della Chiesa"*, Edizioni Dehoniane Bologna, seconda ed, 2001., p. 101-140; F. R. Aznar Gil, *"La administración de los bienes temporales de la Iglesia"*, Bibliotheca salmanticensis, ed.2., Salamanca, 1993, p. 108-137; P. Valdrini, J.-P. Durand, O. Échappé, J.Vernay - *"Droit canonique"*, 2.ed, Precis Dalloz, Paris, 1999, p. 365-367; A. Sériaux, *"Droit canonique"*, P.U.F., Paris, 1996, p.659-663; L. Navarro, *L'aquisto dei beni temporali*, în *"I beni temporali della Chiesa, Quaderni della Mendola 4. A cura dell gruppo italiano docenti di diritto canonico"*, Ed. Glossa, Milano, 1995, p. 43-69; M. López Alarcón, *"La administración de los bienes eclesiásticos"*, în *"Iglesia Catholica"* nr. 24/1984, p. 744-748; A. Mostaza Rodriguez, A.Prieto, J. De Salazar, J.L.Santos, Fr.Vera Urbano, L.de Echeverría - *"Nuevo Derecho Canonico. Manual Universitario"*, ed. Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Catolica, Madrid, 1983, p. 425-462; V. Şesan, *"Curs de drept Bisericesc Universal"*, ed.a IV-a, Tip. „Mitropolitul Silvestru”, Cernăuți, 1942, p. 248-250.
- ³ A se vedea A. T. Araoz, *"Derecho de los Religiosos. Manual Teorico Practico"* 4 ed., Ed.Coculsa, V.Pradera, Madrid, 1962, p. 175.
- ⁴ Recunoscute prin H.G. nr.1218/2008 privind recunoaşterea Codului de Drept Canonic al Bisericii Romano-Catolice și a Codului Canoanelor Bisericii Orientale, publicată în M.Of. partea I, nr.798 din 27 noiembrie 2008.
- ⁵ *"Ecclesia acquirere bona temporalia potest omnibus iustis modis sive naturalis sive positivi, quibus allis licet"*, corespondent al can. 1499 §1 CIC 1917.
- ⁶ *"Personae iuridicae bona temporalia acquirere possunt omnibus iustis modis, quibus aliis licet."*
- ⁷ Aprobat prin H.G.nr.53/2008, publicată în M.Of., partea I, nr. 50 din 22 ianuarie 2008.
- ⁸ A se vedea: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 102; A. Sériaux, *op.cit.*, p. 659.
- ⁹ A se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 134-135.
- ¹⁰ *Ibidem.* A. Sériaux, *op.cit.*, p. 659-670; L. Navarro, *idem.*
- ¹¹ A se vedea: V. de Paolis, *op.cit.*, p.103; F.R.Aznar Gil, *op.cit.*, p.132.
- ¹² Dobândirile care își au fundamentul „...într-un raport de *imperium*, prin care o putere superioară impune unui subiect juridic obligații independente de voința acestuia”. A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 52; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 103.
- ¹³ „Ce provin din intenția liber asumată a credincioșilor de a dona bunuri sau din raporturile contractuale stabilite într-un mod neîngrădit de către părți.” V. de Paolis, *op.cit.*, p. 103.
- ¹⁴ A se vedea, pentru această clasificare, M. López Alarcón, *op.cit.*, p. 749.
- ¹⁵ A se vedea V. de Paolis, *idem.*
- ¹⁶ A se vedea: Ch. Larroumet, *"Droit civil. Les Biens. Droits réels principaux"*, 3-éd., Ed.Economica, Paris, 1997, p. 190-193; J. L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *"Traité de droit civil. Sous la direction de J.Ghestin, Les biens"*, L.D.G.J., Paris, 2000, p. 80-81; L. Pop, L.-M. Harosa, *"Drept Civil. Drepturile reale principale"*, ed.Universul Juridic, București, 2006, p. 265-268.
- ¹⁷ A se vedea J. L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *op.cit.*, p. 81.
- ¹⁸ A se vedea Ch. Larroumet, *op.cit.*, p. 192.
- ¹⁹ *Idem.* Este evident că atâta timp cât discutăm despre dobândirea proprietății printr-un mod originar și în absența unui raport între autor și avânzii cauză, nu putem aplica principiul *nemo plus juris...*
- ²⁰ A se vedea Ch. Larroumet, *op.cit.*, p. 191; L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 266.

- ²¹ Prin „just” trebuie înțeles „licet” (*licet*), nu numai „legal” (*legitimo*), deoarece dreptul de apropiere al Bisericii nu este necesar să fie redus în mod simplist la normele statului - care pot fi în anumite condiții injuste - ci trebuie ancorat de principiile unor perceptive superioare aparținând ordinii morale. A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 104; pentru diferențele dintre drept, religie și morală, a se vedea: D. Drăghicescu, *Droit, morale et Religion*, în „Archives de Philosophie de Droit et du Sociologie juridique”, Cahier double no. 1-2/1932, Recueil Sirey, p. 236-237; Fr. Terré, „Introduction générale au droit”, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 32.
- ²² A se vedea A. Sériaux, *idem*, p. 659.
- ²³ A se vedea G. Arteché, „Derecho Práctico Parroquial. Derechos Y Deberes De Los Párrocos a tenor del Código de Derecho Canónico”, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, Estado, 63, 1934 p. 659, nr. 686.
- ²⁴ *Idem*.
- ²⁵ Pentru dezvoltarea principiilor de temelie ale dobândirii bunurilor, a se vedea paragraful următor.
- ²⁶ A se vedea *infra*, nr.104 și urm.
- ²⁷ Pentru detalii, a se vedea partea de istoric a lucrării noastre, supra, nr.27; pentru dezvoltări în ceea ce privește relația dintre Stat și Biserica Ortodoxă, a se vedea V. Parlato, *Le Chiese d'Oriente tra Storia e Diritto*, G. Giappichelli editore, Torino, 2003, *passim.*; I. V. Leb, *Die Rumänische Orthodoxe Kirche im Wandel der Zeiten*, Presa Universitară Clujeană, Cluj-Napoca, 1998, p. 73-124.
- ²⁸ Pentru această împărțire, a se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 101.
- ²⁹ A se vedea L. Navarro, *L'aquisto dei beni temporali. Il finanziamento della Chiesa*, în „Studi giuridici” nr. L, „I beni temporali della Chiesa”, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999, p. 37-58.
- ³⁰ A se vedea: F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 112-113; V. de Paolis, *op.cit.*, p.101.
- ³¹ V. de Paolis, *idem*.
- ³² *Ibidem*.
- ³³ *Ibid.*
- ³⁴ Pentru voințele pioase, a se vedea L.M.Harosa, *teză*, Cap.VII; pentru fundațiile autonome și fundațiile neautonome, a se vedea *idem*, Cap.VIII, iar pentru contracte, în special vânzarea-cumpărarea și donația, a se vedea partea referitoare la administrarea bunurilor bisericesti, *idem*, Cap.IX. De asemenea, a se vedea, pentru detalii, L.-M. Harosa - „Aspecte privind manifestările de voință pioasă în dreptul catolic canonic” în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Seria Iurisprudentia”, nr. 1-2/2004, □i L. -M. Harosa - „Aspecte privind reglementarea fundațiilor pioase în codurile de drept canonic (*codex juris canonici* și *codex canonum ecclesiarum orientalium*) ale bisericii catolice” în „Culegere de studii In honorem C. Bîrsan, L. Pop”, ed. Rosetti, București, 2006.
- ³⁵ Considerat de doctrină ca fiind un exemplu tipic de canon de drept public ecleziastic, deoarece conține o declarație de drept natural. A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 104.
- ³⁶ Pentru discuții referitoare la dreptul nativ și independent al Bisericii de a dobândi bunuri, statuat în can. 1254 § 1 CIC, a se vedea L.M.Harosa, *lucr.cit.*, nr.9. După cum s-a arătat în doctrină „Esta declaración [...] va dirigida a los órganos del Estado para quo no sea discriminada la Iglesia católica mediante prohibiciones ni limitaciones en su libertad y capacidad para adquirir bienes temporales, como corresponde por Derecho natural a toda persona jurídica y, en general, a toda formación social, en consonancia con las declaraciones internacionales y constitucionales sobre libertades públicas”. M. López Alarcón, *op.cit.*, p. 748-749.

- ³⁷ A se vedea: L. Navarro, „*L'aquisto dei beni temporali. Il finanziamento della Chiesa (cann. 1259-1272)*” în Studi Giuridici no. L, *I Beni temporali della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, p. 38-39; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 105.
- ³⁸ Conciliul Vatican II a proclamat „... alle comunità religiose compete il diritto di non essere impedito [...] di costruire edifici religiosi, di acquistare e di godere dei beni adeguati”. *Dignitatis humanae* nr. 4, *apud*. L. Navarro, *op.cit.*, p. 39, nota 8.
- ³⁹ Potrivit art. 6 al Rezoluției nr. 36/55 privind „Declarația asupra eliminării tuturor formelor de intoleranță și discriminare fondate pe religie sau pe convingere” adoptată de Adunarea Generală ONU la 25 noiembrie 1981, se recunoaște dimensiunea colectivă a dreptului la libertatea religioasă, precum și, pe lângă dreptul de stabilire și menținere a lăcașurilor de cult pentru reuniuni, dreptul la a înființa și susține instituții umanitare și caritabile, libertatea de a cere și de a primi contribuții voluntare și finanțări din partea persoanelor juridice, fizice și a instituțiilor publice sau private. A se vedea, de asemenea, Documentul final al Reuniunii de la Viena al reprezentanților Statelor participante la Conferința asupra Securității și Cooperării în Europa, 1986, care, la pct. 16.4 afirmă că „Statele participante vor respecta dreptul comunităților religioase [...] a construi și a menține lăcașuri de cult sau de a organiza reuniuni accesibile în mod liber, [...] de a solicita și a primi contribuții voluntare sau finanțări...”.
- ⁴⁰ A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 39; A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 434-435.
- ⁴¹ A se vedea: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 102-103; L. Navarro, *lucr.cit.*, p. 51; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 154-157; A. M. Rodriguez, *idem.*; A. Sériaux, *op.cit.*, p. 659.
- ⁴² A se vedea: A. Sériaux, *op.cit.*, p. 659-660; P. Valdrini *et alii*, *op.cit.*, p. 365; I. Mitrofan, *op.cit.*, p. 422.
- ⁴³ A se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 112 și urm.
- ⁴⁴ A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 40, nota 13; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 113.
- ⁴⁵ A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 40-41.
- ⁴⁶ A se vedea: P. Erdö, „*Chiesa e beni temporali: Principi fondamentali del Magistero del Concilio Vaticano II*” în Studi Giuridici nr. L *I beni temporali della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999, p. 32-34; L. Navarro, *idem.*
- ⁴⁷ L. Navarro, *op.cit.*, p. 40-41.
- ⁴⁸ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 105.
- ⁴⁹ *Idem*, p. 106.
- ⁵⁰ A se vedea cazul Germaniei. Pentru dezvoltări asupra relațiilor Biserică-Stat în Uniunea Europeană, a se vedea L.-M. Harosa, *lucr.cit.*, *passim.*, precum și autorii citați acolo, și anume: G. Robbers, *Etats et Eglises dans l'Union européenne*, în Consortium Européen „Rapports Religions-Etat”. „Le rapports Eglise-Etat dans les pays de l'Union Européenne” Ed. Litec, Paris, 1995, p. 350-351; H. Papastathis, *Etat et Eglises en Grèce*, Consortium Européen „Rapports Religions-Etat” „Le rapports Eglise-Etat dans les pays de l'Union Européenne” Ed. Litec, Paris, 1995, p. 79-81; I. Dúbeck, *Etat et Eglises au Danemark*, în „Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union Européenne”, Giuffrè editore, Milano, 1995, p. 39-49; R. Schött, *Etat et Eglises en Suède*, în „Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union Européenne”, Giuffrè editore, Milano, 1995, p. 317-325; M. Heikkilä, J. Knuutila, M. Scheinin, *Etat et Eglises en Finlande*, Consortium Européen „Rapports Religions-Etat” „Le rapports Eglise-Etat dans les pays de l'Union Européenne” Ed. Litec, Paris, 1995, p. 302-315.

- ⁵¹ Can. 25 § 1 CCEO: „*Christifideles obligatione tenentur necessitatibus subveniendi Ecclesiae, ut eidem praesto sint, quae ad fines ei proprios praesertim ad cultum divinum, ad opera apostolatus et caritatis atque ad congruam ministrorum sustentationem necessaria sunt.*”
- ⁵² Pentru dreptul ortodox, anterior Statutului BOR din 1949, a se vedea: N. Milaş, *op.cit.*, p. 429-431; V. Şesan, *op.cit.*, p. 244; pentru perioada ulterioară şi pentru fundamentele scripturale, a se vedea I. N. Floca, S. Joantă, *op.cit.*, p. 198-201. Pentru dreptul canonic catolic, a se vedea: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 106-108; L. Navarro, *op.cit.*, p. 41-44; M. L. López Alarcón, *op.cit.*, p. 750 şi urm.; M. F. Maternini Zotta, *op.cit.*, p. 13-15.
- ⁵³ A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 44.
- ⁵⁴ A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 42.
- ⁵⁵ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 106-107.
- ⁵⁶ A se vedea, pentru principiile Conciliului Vatican II, P.Erdö, *op.cit.*, p. 34. La fel, în eclesiologia ortodoxă, se consideră Biserica o comunitate a credincioşilor întru Iisus, a se vedea I. N. Floca, *lucr.cit.*, p. 321 şi urm.
- ⁵⁷ J. Hervada, *op.cit.*, p. 134.
- ⁵⁸ A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 42-43.
- ⁵⁹ A se vedea I. Mitrofan, *op.cit.*, p. 424.
- ⁶⁰ Pentru Taina/Sacramentul Botezului ca un act bisericesc ce creează capacitate canonică de folosinţă persoanelor fizice, a se vedea: I. N. Floca, *lucr.cit.*, vol. II, p. 30-34; P. Valdrini *et alii*, *op.cit.*, p. 279-287.
- ⁶¹ A se vedea J. Hervada, *op.cit.*, p. 134.
- ⁶² *Ibidem*.
- ⁶³ A se vedea: Gh. Fekete, I. Zinveliu, *Drept civil. Drepturi reale*, Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1969, p. 177; C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. ALL Beck, Bucureşti, 2001, p. 265; L. Pop, *op.cit.*, p. 252-253; L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 266-268.
- ⁶⁴ Can. 1261 CIC 1983: “*Fideles subsidia Ecclesiae conferant per subventiones rogatas et iuxta normas ab Episcoporum conferentia latas*”.
- ⁶⁵ A se vedea, pentru detalii generale, în ceea ce priveşte această parte a materiei: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 108-120; L. Navarro, *op.cit.*, p. 51-69; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 139-172; A. T. Araoz, *op.cit.*, p. 177-179; A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 435-438; P. Valdrini *et alii*, *op.cit.*, p. 365-367; A. Sériaux, *op.cit.*, p. 660-661; I. N. Floca, S. Joantă, *op.cit.*, p. 202-204.
- ⁶⁶ A se vedea, pentru dezvoltări, supra, nr.27, precum şi N. Milaş, *op.cit.*, p. 427-428; V. Şesan, *op.cit.*, p. 248-249.
- ⁶⁷ „...Niciunul nu zice că averile lui sunt ale lui, ci aveau toate de obşte [...] Căci nu era niciunul dintre ei care să ducă lipsă: toţi cei care aveau ogoare şi case, le vindeau, aduceau preţul lucrurilor vândute şi-l puneau la picioarele apostolilor; apoi se împărţea fiecăruia după cum avea nevoie.”
- ⁶⁸ Venitul de pe epitrahil (patrafir).
- ⁶⁹ V. Şesan, *idem*, p. 248; A se vedea I. Mitrofan, *op.cit.*, p. 425.
- ⁷⁰ *Ibidem*. Autorul continuă ...” dacă nu ajunge donaţia din partea poporului, atunci trebuie să contribuie şi Statul ortodox [...] statul bizantin care a înţeles rolul religios - moral al Bisericii în viaţa de obşte, i-a acordat şi alte privilegii, pe cari însă unele state moderne nu voesc să i le mai recunoască, uitând că Biserica nu are nevoie de averi pentru vreo îmbogăţire individuală, ci numai pentru o amplificare a mijloacelor pentru îndeplinirea obligaţiilor ei cultive, umanitare şi caritative.” *idem*, p. 249.

- ⁷¹ Pentru detalii în ceea ce privește donația ca o modalitate de realizare a voinței pioase, a se vedea *infra*, nr.121.
- ⁷² A se vedea: V. Șesan, *op.cit.*, *ibidem*; A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 437. De exemplu, dreptul civil român admite donația între vii și legatele, dar prohibește donația pentru cauză de moarte (despre care se face referire în Cod), precum și pactele asupra unei succesiuni viitoare. A se vedea *infra*, nr.122.
- ⁷³ Fără corespondent în CCEO.
- ⁷⁴ A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 51-52; A. T. Araoz, *op.cit.*, p. 177.
- ⁷⁵ Corespondent al can. 1016 § 2 CCEO, can. 1267 § 1 prevede: „*Nisi contrarium constet, oblationes quae fiunt Superioribus vel administratoribus cuiusvis personae iuridicae ecclesiasticae, etiam privatae, praesumuntur ipsi personae iuridicae factae*”.
- ⁷⁶ A se vedea: F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 142-143; A. Sériaux, *op.cit.*, p. 662.
- ⁷⁷ Pentru organizarea administrativă și funcțională a Bisericii Ortodoxe Române și a Bisericii Catolice, precum și despre principalele atribuții ale organelor lor de conducere și administrare, atât la nivel central, cât și la nivelul persoanelor juridice publice, a se vedea *infra*, Cap.IX.
- ⁷⁸ A se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 143.
- ⁷⁹ Această permisiune se cere tocmai pentru ca sarcinile care grevează sau condițiile care afectează bunul să nu transforme ofranda într-o sursă de pierderi pentru Biserică.
- ⁸⁰ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 109.
- ⁸¹ A. Sériaux, *op.cit.*, p. 662.
- ⁸² A se vedea: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 109-110.
- ⁸³ A se vedea: A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 437; A. Sériaux, *ibidem*.
- ⁸⁴ A. Sériaux, *ibid.*
- ⁸⁵ *Quid* dacă ofranda este adresată unei persoane juridice private? Dreptul de a o refuza pentru motive juste pare a putea fi menținut și în această situație. În schimb, aprobarea superiorului nu trebuie cerută în principiu, totul depinzând de statutul persoanei juridice în discuție. A se vedea A. Sériaux, *op.cit.*, p. 662-663.
- ⁸⁶ A se vedea: F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 150-151; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 119.
- ⁸⁷ Can. 128 CIC: „*Quicumque illegitime actu iuridico, immo quovis alio actu dolo vel culpa posito, alteri damnum inferi, obligatione tenetur damnum illatum reparandi*”. Oricine provoacă o daună altuia, într-un mod ilicit, prin intermediul unui act juridic sau prin orice alt act emis sau încheiat prin dol sau culpă este ținut să repare prejudiciul creat.
- ⁸⁸ A se vedea A. Sériaux, *op.cit.*, p. 662.
- ⁸⁹ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 119.
- ⁹⁰ A se vedea: A. Sériaux, *ibidem*; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 120.
- ⁹¹ A se vedea: V. Șesan, *op.cit.*, p. 249; P. Valdrini *et alii*, *op.cit.*, p. 366.
- ⁹² A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 53.
- ⁹³ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 108. „Întreținerea bisericii de către credincioși are și o latură superioară, menținând legătura sufletească dintre cler și popor, daniile credincioșilor fiind bazate pe sentimentul religios de jertfă. Umblarea cu căldărușa sau cu Sf. Icoană de Crăciun sunt ocazii în plus pentru această legătură pastorală, parohul neavând însă voie se forțeze pe credincioși la donații, amintindu-și că misiunea sa este întotdeauna o misiune de jertfă, care cere să i se devoteze la timp și fără timp (II Timot. 4,2)”; V. Șesan, *op.cit.*, p. 161.
- ⁹⁴ A se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 144-145.
- ⁹⁵ V. Șesan, *op.cit.*, p. 249.

- ⁹⁶ A se vedea: F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 146. G. Vromant, "De bonis Ecclesiae temporalibus", Praesertim Missionarium, Louvain, 1934, *Archiva Bibliotheca Apostolica Vaticana*, p. 89-90, nr. 80, „*Quaestio seu collectio eleemosynarum dicitur, personalis et satis generalis quaestio largitionum*"; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 113-114.
- ⁹⁷ A se vedea: G. Vromant, *ibidem*; L. Navarro, *op.cit.*, p. 55.
- ⁹⁸ A se vedea: N. Milas, „*Dreptul Bisericesc Oriental*” Traducere dupa ediția a II-a germană de D.I.Cornilescu și S.V.Radu, revăzută de I.Mihălcescu, Tip. Gutenberg, București, 1915, p. 431; M. Vlastares, A, 4 (Sint At. VI, 207-208) comentariile lui T. Balsamon la can. 40 Trulan, can. 5 al Sinodului I, II și can. 81 Cartagena.
- ⁹⁹ Cheta cerută unor persoane cunoscute, părinți, prieteni, membrii ai aceleiași asociații, etc. L. Navarro, *idem*, p. 54.
- ¹⁰⁰ A se vedea: G. Vromant, *op.cit.*, p. 90; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 114.
- ¹⁰¹ V. de Paolis, *idem*.
- ¹⁰² A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 55, nota 53, cu autorii citați acolo. În cazuistica tipică a comentatorilor vechiului cod canonic erau excluse din conceptul de elemosine: „a) *qui a personis solummodo sibi notis subsidium exoptulat*; b) *qui quasdam vel paucas tantum domus adit, cum intentione aliquid subsidii, a personis etiam sibi ignotis, accediendi*; c) *qui colligit subsidia in ecclesia vel in aliqua societate*; d) *qui invitati se conferunt ad domus illorum qui ipsos invitaverant*; e) *missionarius qui benefactores suos nunc visitat ad ipsos valecendum, etiam sub spe novi beneficii*; f) *qui litteras mittit circularis, ad opus aliquod pium fidelibus commendandum*”, G. Vromant, *op.cit.*, p. 89; A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 55-56, nota 55.
- ¹⁰³ Aceștia fac parte din „ordinele sărace” (cele mai importante și mai cunoscute sunt ordinele fraților franciscani, dominicanii, carmeliții și augustinii) care trăiesc doar din pomenile date de către credincioși; cele patru ordine au fost înființate în decursul sec. al XIII-lea d.Hr., iar regulile ordinelor propovăduiesc sărăcia absolută, atât la nivel individual, cât și la nivel de comunitate ecleziastică. Conciliul Tridentin a permis acestor ordine să adune pomeni la nivel de comunitate, în locul trăirii doar din darurile credincioșilor, fără însă a se afecta principiul sărăciei absolute. A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p.56, nota 54.
- ¹⁰⁴ „*Salvo iure religiosorum mendicantium, vetatur persona quaevis privata, sive physica, sive iuridica, sine proprii Ordinarii et Ordinarii loci licentia, in scriptis data, stipem cogere pro quolibet pio aut ecclesiastico instituto vel fine*”.
- ¹⁰⁵ „*Eleemosynas colligere personis physicis vel iuridicis non licet nisi de licentia auctoritatis, cui subiectae sunt, et de consensu scripto dato Hierarchae loci, ubi eleemosynae colliguntur*”.
- ¹⁰⁶ Can. 13, sinod IV ecumenic - Calcedon; can. 17 sinodul VI ecumenic - Trulan; can. 58 Laodiceea.
- ¹⁰⁷ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 114-115.
- ¹⁰⁸ *Idem.*, p. 115; G. Vromant, *op.cit.*, p. 89, care arată: [... dacă obiectul elemosinei este format din alte scopuri și alte instituții, nu mai suntem în câmpul de competență al Bisericii, care nu poate nici autoriza, dar nici interzice chete efectuate pentru scopuri profane, fiind vorba despre o materie în afara puterii și jurisdicției sale...trad. ns], *ibidem*.
- ¹⁰⁹ *Idem*, p. 115.
- ¹¹⁰ A se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 144-145.
- ¹¹¹ A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 56; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 115; G. Vromant, *op.cit.*, p. 90, nr. 88.
- ¹¹² Pentru detalii, a se vedea supra, nr.61.
- ¹¹³ A se vedea: G. Vromant, *op.cit.*, p. 90, nr. 89; V. del Giudice, *op.cit.*, p. 319-320.

- ¹¹⁴ *Ibidem*. A se vedea: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 115; R. Naz, în *Dictionnaire de droit canonique*, vol. VII, *op.cit.*, p. 365.
- ¹¹⁵ Pentru dezvoltări asupra persoanelor juridice private în dreptul canonic, a se vedea L.M.Harosa, „Privire asupra persoanelor juridice publice și private în dreptul canonic catolic” în „*Studia universitatis Babeș-Bolyai. Seria Iurisprudentia*”, nr. 2/2006, p.67.
- ¹¹⁶ *Idem*, p. 115.
- ¹¹⁷ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 115-116.
- ¹¹⁸ A se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 146.
- ¹¹⁹ Can. 1014 CCEO: „*In omnibus ecclesiis, quae habitualiter christifidelibus patent, Episcopus eparchialis praecipere potest, ut colligantur oblationes pro determinatis inceptis Ecclesiae*”.
- ¹²⁰ Mic edificiu sau încăpere într-o locuință particulară, servind drept loc de rugăciune; paraclis.
- ¹²¹ A se vedea A. Sériaux, *op.cit.*, p. 661.
- ¹²² A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 53; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 116-117.
- ¹²³ *Ibidem*.
- ¹²⁴ L. Navarro, *idem*; A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 437; R. Naz, *op.cit.*, p. 365.
- ¹²⁵ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 117.
- ¹²⁶ A se vedea: L. Navarro, *op.cit.*, p. 54; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 117-118; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 149-150; A. M. Rodriguez, *ibidem*. Pentru o trecere în revistă a diverselor Dispoziții ale Conferințelor episcopale catolice din Spania, Italia, Ecuador, Irlanda, Canada, Columbia, Argentina, Gambia, Liberia și Sierra Leone, Malta, Honduras, Venezuela, Filipine, a se vedea F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 150-155.
- ¹²⁷ A se vedea: F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 155; A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 435-436; L. Navarro, *op.cit.*, p. 61 și urm.; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 108-109; A. Sériaux, *op.cit.*, p. 660-661; P. Valdrini *et alii*, *op.cit.*, p. 366.
- ¹²⁸ L. Navarro, *op.cit.*, p. 62.
- ¹²⁹ A se vedea: A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 435; R. Naz, *op.cit.*, p. 366.
- ¹³⁰ „*Ius est Episcopo dioecetano, auditis consilio a rebus oeconomicis et consilio presbyterali, pro dioecesis necessitatibus, personis iuridicis publicis suo regimini moderatum tributum, earum redditibus proportionatum, imponendi; ceteris personis physicis et iuridicis ipsi licet tantum, in casu gravis necessitatis et sub iisdem condicionibus, extraordinariam et moderatam exactionem imponere, salvo legibus et consuetudinibus particularibus quae eidempotiora iura tribuant*”.
- ¹³¹ A se vedea V. de Paolis, *op.cit.*, p. 109.
- ¹³² *Ibidem*.
- ¹³³ „S-a orânduit ca niciunul, fie dintre episcopi, fie dintre presbiteri sau diaconi, împărtaşind cu prea curata cuminecătură, să nu ceară de la cel care se împărtaşește, bani sau ceva asemănător, pentru o astfel de împărtaşire...” A se vedea, de asemenea, can. 4, 29 Apostolic, 2 IV ecumenic, 22 trulan, 4 VII Ecumenic; I. N. Floca, *Canoanele Bisericii Ortodoxe...*, lucr. cit., p. 113.
- ¹³⁴ A se vedea V. Șesan, *op.cit.*, p. 248.
- ¹³⁵ A se vedea N. Milaș, *op.cit.*, p. 427. Tertulian discuta despre contribuțiile în bani: „*Modicam unusquisque stipem menstrua die, vel cum velit, et si modo possit, apponit; nam nemo compellitur, sed sponte confert. Haec quasi deposita pietatis sunt*”. (Apol., cap. 39, apud. N. Milaș, *ibidem*).
- ¹³⁶ Pentru detalii, a se vedea *infra*, Cap.VII.
- ¹³⁷ A se vedea: A. M. Rodriguez, *op.cit.*, p. 436; L. Navarro, *op.cit.*, p. 62-64; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 112-113; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 167-169.
- ¹³⁸ A se vedea L. Navarro, *op.cit.*, p. 62.

¹³⁹ A se vedea can. 1649 CIC prin care Episcopul, în calitatea sa de conducător al tribunalului canonic, poate stabili anterior oricărui proces, norme privind onorariile procurorilor, avocaților canonici, ai interpreților sau ai experților în procesul canonic, hotărârea sa nefiind atacabilă cu apel, ci numai cu recurs, odată cu calea de atac contra fondului procesului. Totuși, taxele care țin de puterea judiciară în Biserică sunt reglementate de normele de procedură canonică, supuse de asemenea aprobării Conferinței Episcopale în ceea ce privește cuantumul taxelor judiciare.

¹⁴⁰ A se vedea: G. Vromant, *op.cit.*, p. 92, nr. 88; R. Naz, *op.cit.*, p. 364-365.

¹⁴¹ A se vedea I. N. Floca, *op.cit.*, p. 113.

¹⁴² A se vedea I. Mitrofan, *op.cit.*, p. 426.

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ A se vedea Ch. De Clercq, *Le nouveau droit canonique oriental*, în „RDCan.”, vol. II, nr. 2/1952, p. 232 și urm.

II. Article / Articles

DE L'EXCEPTION A L'ETAT D'EXCEPTION : LES REGIMES PRIVE ET PUBLIC DE L'EXCEPTIONNALITE EN DROIT ROMAIN

Claudia-Cristina ȘERBAN*

***Abstract:** Our study intends to offer a characterization of the juridical regime of exceptionality in Roman law, embracing both private and public fields, in order to identify the mechanism that exception follows in each case. At first, a semantic analysis of the term has allowed us to identify the key element for a unified juridical meaning: the exception reveals itself every time as a crucial defense means. This aspect helps to partially neutralize its tension with the norm: the role of the exception begins at the exact point where the norm becomes unable to protect a certain fundamental interest. But this teleological horizon doesn't remain the same as we pass from private to public law: if private law easily legitimates exception as an efficient means to defend an individual right, in return public law invokes exceptional measures when the salvation of the State is at stake, thus suspending the same individual rights previously defended.*

*We have tried to follow this conflict of values by confronting the function of exception in private Roman law, and the effects of exceptional measures in public Roman law. Regarding private law, we were able to notice that a protectionist finality openly commands the historical apparition of exception: as a secondary and accidental part of the formula, exception complexifies a juridical situation by taking into account a significant factual element, such as *dolus* or *metus* in the emblematic cases of *exceptio doli* and *exceptio metus*. Nevertheless, in its defense means quality, exception tends to fade in profit of other protection mechanisms, namely the *restitutio* and the *actio*.*

*Roman public law, on the other hand, presents several institutions corresponding to the effort of encompassing and responding to exceptional factual circumstances: dictatorship, *justitium* and *senatus consultum ultimum*. We have retained the latter (against Giorgio Agamben, for instance, who tends to overestimate *justitium*) as the privileged figure in Roman history of what we call now the state of exception. The *senatus consultum ultimum*, in its proclaimed teleological function of a means to the Republic's salvation, allows the roman Senate to suspend a number of essential civic guarantees, thus becoming an ambiguously placed institution, at the crossroads between law and politics. From exception to the state of exception, we are thus confronted to an inversion of finalities, which has the meaning of a potential and imminent transgression of individual rights.*

I. Problématique et analyse sémantique

L'exceptionnalité représente un sujet qui attire non seulement par son actualité, perpétuellement confirmée, mais aussi par sa marginalité : elle se situe en effet aux confins de la norme (tout en restant relative à celle-ci) et par conséquent, en un certain sens, aux confins du droit même. Ayant ainsi le caractère d'un thème limite, elle met à l'épreuve la consistance interne du droit et questionne son fonctionnement.

Mais par-delà cet intérêt conceptuel de l'exception, ce qui incite éminemment à l'approcher, ce sont ses occurrences historiques, ou la manière dont, dans un contexte juridique déterminé, elle intervient et restructure l'ordre de droit. Cet aspect est vraisemblablement celui qui a déterminé son invocation explicite, par des auteurs emblématiques pour diagnostiquer l'esprit de l'époque, pour définir le climat du XXe siècle : nous pouvons en ce sens rappeler l'affirmation lapidaire, mais d'une postérité théorique imposante, formulée par Walter Benjamin dans sa huitième thèse *Sur le concept d'histoire*, selon laquelle « l'état d'exception [...] est devenu la règle »¹. Une telle valorisation de l'exception, purement philosophique à première vue, s'appuie en réalité sur une analyse historique extrêmement attentive aux bouleversements politiques du siècle dernier. Mais, si au XXe siècle, l'intérêt conceptuel de l'exception avait comme corrélat historique l'imminence ou la présence de la guerre, ou celles des totalitarismes favorisés par ces conditions, au début du XXIe siècle, l'actualité occidentale de la thématique de l'exception n'apparaît plus tellement sur le fond historico-politique de la guerre, mais plutôt par rapport à un fond moins politique que socio-économique : celui de la crise. Nous allons voir par ailleurs, un peu plus loin, qu'il y a une cohésion remarquable entre le régime de la crise et celui de l'exception.

Ces réflexions, par lesquelles nous avons choisi d'introduire notre propos, servent à préciser les motifs qui ont régi notre orientation vers le thème auquel la présente étude est consacrée. En effet, avant sa circonscription technico-juridique, l'exception possède un intérêt relatif tant à son évidence en quelque sorte naturelle, qu'à sa relevance philosophique pour penser et comprendre le fonctionnement et la cohérence interne de l'ordre de droit. Sous ce dernier aspect, nous partageons l'enthousiasme relativement récent de Giorgio Agamben, qui s'est proposé² de vérifier rétrospectivement, au début du XXIe siècle, la vocation et la pertinence prophétique de la thèse de Benjamin. Dans sa visée d'explicitement techniquement les raisons qui fondent l'actualité contemporaine symptomatique de l'exception, Agamben part du constat suivant : « l'indistinction de l'exécutif et du législatif, caractéristique de l'état d'exception, tend à se transformer en pratique durable de gouvernement »³. La cible de cette affirmation est manifeste : il s'agit d'une pratique devenue habituelle aussi dans le cadre du régime parlementaire roumain, et qui a été caractérisée de manière suggestive par la doctrine comme une « hémorragie » des ordonnances d'urgence. Or, une telle usurpation des prérogatives législatives par l'exécutif, symptôme de l'état

d'exception, n'est compréhensible que si nous prenons la mesure de l'actualité perpétuelle de l'urgence (suggérée par l'affirmation de Benjamin), seule susceptible de motiver une telle modification de l'équilibre de la balance des pouvoirs. Toutefois, en dépit de toute légitimation possible, un théoricien comme Agamben préfère identifier ce fait à « un problème technique essentiel qui signe en profondeur l'évolution des régimes parlementaires modernes : l'extension des pouvoirs de l'exécutif dans le domaine du législatif », et qui signifie « l'érosion progressive des pouvoirs législatifs du Parlement »⁴.

Au-delà de ce diagnostic spécifique, qui ne couvre qu'un aspect local, voire ponctuel, de l'ordre juridique contemporain, l'intérêt philosophique de l'exceptionnalité se laisse désigner non seulement dans la perspective de sa vocation anarchique (conséquence de son rapport dialectique avec la norme de droit), mais aussi du point de vue d'une certaine vocation fondatrice de droit, relative à l'intervention d'une finalité supérieure qui constitue le moteur même du régime de l'exception. Sur le fond de cet horizon élargi, l'intrusion de l'exécutif dans la sphère du législatif se profile comme un symptôme régional qui n'a pas encore la valeur d'un moment constitutif de l'état d'exception.

D'autre part, si nous avons pu parler d'une actualité perpétuellement confirmée de la thématique de l'exceptionnalité, cela nous invite à une évaluation diachronique, ou plus précisément à une démarche généalogique apte à déterminer les occurrences historiques fondatrices et décisives du régime juridique de l'exception. Or, dans la mesure où le droit représente l'invention la plus originale et sans doute l'héritage le plus précieux du monde romain⁵, une entreprise généalogique fidèle au point de vue de l'origine s'oriente naturellement, dans le domaine des institutions juridiques, vers le droit romain. Cette nécessité naturelle de prendre en considération le droit romain est présente même dans l'analyse philosophique menée par Agamben, dans la mesure où celle-ci cherche à accorder à trouver une figure inaugurale de l'état d'exception.

Toutefois, en dépit de tout ce que nous devons à l'intérêt de cet auteur à l'égard du régime romain de l'exception, nous ne pouvons pas être complètement d'accord avec l'identification qu'il opère entre l'état d'exception et ce qui, en droit romain, porte le nom de *justitium*. Nous considérons, quant à nous, que le régime romain de l'exception couvre un spectre plus large que cette unique institution, qui reçoit de la part d'Agamben un primat exorbitant et, d'après nous, parfois contestable du point de vue des sources

et de l'exégèse. C'est pour cette raison que, au lieu d'assumer mécaniquement cette identification proposée entre état d'exception et *justitium* romain, nous préférons au préalable la mettre à l'épreuve en questionnant le sens courant du terme en cause. Or, si le *justitium* est véritablement l'avatar archaïque de l'état d'exception moderne (selon l'expression d'Agamben : « l'authentique, mais plus obscur paradigme généalogique de l'état d'exception dans le droit romain »⁶), il est singulier de remarquer la distance immense qui sépare cette compréhension du terme du sens courant que lui confère le latin usuel⁷ : celui de « vacances des tribunaux », vacances judiciaires ou, plus généralement, suspension du fonctionnement de la justice. C'est pourquoi nous ne pouvons pas être sûrs de la légitimité du pas effectué par Agamben afin d'interpréter cette suspension de la justice, dont témoigne le sens usuel du terme *justitium*, comme une suspension du droit lui-même, même s'il s'agit d'une violence herméneutique que l'étymologie du terme⁸ semble confirmer. En effet, Agamben souligne l'analogie de construction entre les termes *justitium* et *solstitium*, pour en inférer une analogie de signification : *justitium* désignerait ainsi un moment stationnaire du droit (tout comme le solstice représente un moment stationnaire du soleil). Pour convaincre davantage de la pertinence sémantique de cette étymologie, Aulu-Gelle⁹ est cité avec la formule suivante qu'il utilise pour décrire le *justitium* : *juris quasi interstitio quaedam et cessatio* ; mais s'agit-il d'une explicitation étymologique, ou bien d'une vraie définition ? Les arguments nous semblent insuffisants pour franchir avec Agamben le pas herméneutique qui irait jusqu'à attribuer à cette institution romaine l'effet colossal de la création d'un véritable « vide juridique »¹⁰.

Par contraste avec une telle limitation du modèle romain de l'état d'exception, nous nous proposons ici une analyse dont l'horizon puisse être suffisamment large pour encadrer la pluralité des figures de l'exceptionnalité en droit romain, et même pour articuler les deux plans complémentaires que sont le droit public et le droit privé. Ainsi, l'objet de notre enquête sera l'exception dans sa qualité de concept transversal par rapport au droit privé et au droit public, et par conséquent distribuée entre plusieurs institutions ou pratiques juridiques. Mais même si nous nous opposons au réductionnisme qui restreint le spectre romain de l'exceptionnalité à une unique figure privilégiée, nous souhaitons tout autant éviter le danger opposé, celui d'une trop grande dispersion. C'est pourquoi le préalable nécessaire de notre analyse est la caractérisation sémantique du concept

même d'exception, pour pouvoir passer ensuite, à l'aide des éléments définitoires identifiés, à la mise en évidence des institutions et pratiques juridiques romaines qui se regroupent à l'intérieur du régime de l'exception ainsi délimité.

L'état actuel de sédimentation et d'unification du vocabulaire juridique¹¹ nous livre en ce sens un premier inventaire de traits constitutifs pour le régime juridique de l'exceptionnalité : la présence de circonstances extraordinaires ; l'inefficience de la légalité ordinaire et l'intervention de l'exception en vue de la protection efficiente de certains droits ou intérêts fondamentaux ; le risque que l'exception usurpe le lieu et le rôle de la norme. Nous pouvons ainsi, à partir de cette énumération, prendre en un premier temps la mesure de la complexité des rapports entre norme et exception : au-delà d'une simple opposition formelle, c'est leur complémentarité fonctionnelle qui transparait à travers le prisme des finalités défendues par le droit, dans la mesure où la légitimité et l'efficacité de l'exception commencent là où la norme de droit, du fait même de sa normalité (comprise comme inadéquation foncière aux situations exceptionnelles), rencontre la limite de sa propre efficience.

Mais cette configuration de la dialectique entre norme et exception atteint son paroxysme dans le paradoxe inévitable que représente l'institutionnalisation de l'exception, comme tentative de diminuer la tension entre l'exception et la norme, et surtout de neutraliser le potentiel anarchique de l'exception. Or, cela reviendrait à supposer que des circonstances exceptionnelles deviennent susceptibles de fonder leur propre droit d'exception sans sortir du périmètre de la constitutionnalité ; mais, pour arriver à donner une consistance véritable à un tel droit d'exception, une caractérisation exhaustive de telles circonstances est-elle possible ? Leur nature empirique comporte, en effet, une marge irréductible d'indétermination et d'imprévisible. La crise, la nécessité, l'urgence en constituent seulement les figures les plus récurrentes, sans aboutir à tracer une fois pour toutes le contour factuel de l'exceptionnel. Cela nous suggère au moins que l'exception est plus aisément compréhensible au sein de la constellation conceptuelle qui se forme spontanément autour d'elle, et dont témoigne l'éclairant article « Exception, nécessité, urgence »¹² de François Saint-Bonnet. Tout d'abord, cet auteur (qui est le principal théoricien français contemporain de l'état d'exception) nous propose une typologie de l'exception relative aux multiples manières qu'elle a de se rapporter à la norme de droit :

« L'exception ne doit son existence qu'à la règle de droit. Selon son étymologie (*ex-capere*) elle est ce qui est hors de prise. 1 / Elle peut échapper à la règle en demeurant en marge de celle-ci ; elle tient une place à côté de la règle mais lui reste en principe étrangère. 2 / L'exception peut également être intégrée à la règle et prendre deux formes : soit l'alternative, soit la dérogation. 3 / L'exception peut mettre en échec la règle qui ne prévoit ni alternative ni dérogation. La règle est violée ». ¹³

Face au premier sens de l'exception mentionné ici, il faut remarquer qu'il s'agit aussi du plus ancien : celui illustré par la vocation des *exceptiones* en droit romain privé de pouvoir paralyser une action. Cet aspect premier anticipe sur le caractère fondamental de l'exception, valable tant pour le droit privé que pour le droit public : le fait de constituer un important moyen de défense. Avec le deuxième sens de l'exception se pose en revanche un problème différent, mais également décisif : celui de l'autorité capable de soustraire un certain cas à l'incidence de la règle, et de le régler à part, sous la forme d'une dérogation ou d'une alternative. Il s'agit d'un aspect qui nous invite à adopter une perspective décisionniste à l'égard du droit, dans la lignée inaugurée par Carl Schmitt, dont l'auteur français met en avant la thèse suivante : « est souverain celui qui décide de [ou dans] la situation d'exception » ¹⁴. Ainsi, ce deuxième type d'exception peut être reconduit à la prérogative, cruciale, de décider la règle. En revanche, le troisième et dernier sens qui est consigné ne retient que la pure et simple contradiction de la règle par l'exception, et fait ainsi signe vers ce que leur opposition a d'irréductible.

Mais l'élément de caractérisation le plus important pour le régime juridique de l'exception reste celui qui insiste sur sa finalité :

« Les exceptions sont fondées sur l'idée de préservation, de protection, de défense, de sauvegarde d'un intérêt jugé supérieur au respect scrupuleux pour la règle à un moment donné. Ou, ce qui revient au même, sur la conviction que l'application normale de la règle crée un préjudice. Tel est le but de l'exception, telle en est aussi la justification » ¹⁵.

Il devient ainsi manifeste qu'une compréhension adéquate de l'exception est indissolublement liée à la mise en lumière de son aspect téléologique: dans sa tension à l'égard de la norme, dans son opposition à une conception strictement positiviste du droit, l'exception ne peut apporter, en vue de sa propre justification, que la considération de la finalité qu'elle défend. Or, nous allons voir que cette finalité se diversifie sensiblement en fonction du type d'exception analysé, et surtout qu'elle bascule dans le passage du droit privé au droit public. Ainsi, si en droit privé, la légitimité de l'exception s'impose de soi, dans la mesure où l'intérêt qu'elle défend consiste en un droit individuel, en droit public en revanche, lorsque l'exception promeut la supériorité de certains intérêts publics ou étatiques, sa légitimité est contestable puisqu'elle est susceptible, d'une part, de modifier les rapports de pouvoir, et d'autre part de dévaloriser les droits individuels. Nous retrouvons ainsi le spectre d'un péril potentiel que comporte toute justification de l'état d'exception (en dépit de la prétention que celle-ci, étant donné sa vocation strictement provisoire, ne saurait affecter le fond d'un droit). Toutefois, une remarque préventive s'impose :

« En droit public comme en droit privé, les exceptions fondées sur la sauvegarde d'un intérêt supérieur ne justifient la mise en échec de la règle que dans la mesure où son respect conduirait à se détourner de cette finalité »¹⁶.

Nous pouvons ainsi essayer de trouver dans la justification téléologique même de l'exception un principe qui puisse limiter son champ d'incidence : la condition et légitimation suprême de l'exception serait ainsi la faiblesse de la règle, son impuissance à assurer la protection des fins juridiques qui sont à son fondement. Or, cette primauté écrasante de la téléologie rencontre tout le scepticisme d'un auteur comme François Saint-Bonnet : « cette pression de la finalité ébranle sérieusement la conception positiviste du droit »¹⁷. Autrement dit, si une vision finaliste du droit aménage facilement une place pour l'exception, en revanche, le positivisme juridique, pour lequel la valabilité d'un acte est strictement relative à sa conformité avec le dispositif d'un texte légal, lui reste par principe réfractaire.

Qui plus est, si nous avons déjà envisagé la possibilité qu'à l'exception de revendiquer sa propre légalité spéciale ou a-normale (puisque la norme de droit a pour champ d'application la normalité, et non l'exceptionnalité),

la question reste de savoir si un tel droit exceptionnel est encore, et réellement, un droit à proprement parler ; par conséquent, si les actes commis en vertu d'un tel droit ont véritablement un fondement juridique, ou bien en sont complètement dépourvus. Pour contourner ces risques associés à l'affirmation d'une légalité d'exception proprement dite, François Saint-Bonnet préfère contester toute raison juridique aux actes accomplis à l'abri d'un tel droit de la nécessité, tout en précisant que « cela ne les empêche pas d'être opportuns et même salutaires, mais il s'agit là d'une question politique »¹⁸. C'est pourquoi une réintégration juridique de tels actes est toujours nécessaire, par exemple sous la forme procédurale de la ratification. La conséquence radicale d'une telle considération est le fait qu'un régime d'exception ne peut pas invoquer, pour s'imposer, la force de la légalité, mais seulement la force empirique des circonstances.

Nous retrouvons ainsi, par ce constat selon lequel la force pseudo-juridique de l'exception n'est en réalité autre que la force empirique des circonstances, les conséquences de la relativité insurmontable de l'exception à un état de fait (à la différence de la norme, dont le corrélat éminent reste le texte légal). Or, même s'il peut avoir la force d'une évidence, notre accès à l'état de fait est strictement perceptif ; François Saint-Bonnet le définit comme « l'idée d'une perception par la sensation, laquelle provoque le sentiment immédiat qu'il faut agir pour écarter une menace »¹⁹. Mais peut-on, sans une immense ironie, situer à ce niveau la justification ultime de tout régime juridique de l'exception ? En tout cas, ces dernières considérations imposent à notre auteur, à la fin d'une analyse incontestablement riche, un bilan paradoxalement négatif : si l'évidence par laquelle l'exceptionnalité s'impose à nous est par sa nature indicible, cette ineffabilité finit par caractériser en fin de compte l'exception elle-même, comme le montre la conclusion profondément apophatique, si l'on peut dire ainsi, de l'article de François Saint-Bonnet :

« L'évidence est aussi insaisissable que l'état d'exception qu'elle justifie : l'état d'exception est toujours un moment parfaitement singulier parce qu'il reste « hors de prise »²⁰.

En ce qui nous concerne, afin d'éviter la conclusion négative de l'impossibilité d'une véritable prise théorique sur l'exception, nous allons nous concentrer sur les déterminations clef de sa signification juridique : le

fait d'être essentiellement un moyen de défense, sa relativité à l'invocation d'une finalité supérieure qui surpasse les pouvoirs de la norme, son rapport multiforme à la règle de droit, sa corrélation empirique ou factuelle, et la constellation conceptuelle spontanée qu'elle forme avec des termes comme l'urgence, la nécessité, la crise. Munis de cette pluralité de fils conducteurs, nous nous proposons, dans ce qui suit, d'opérer une identification des incidences de l'exceptionnalité en droit romain.

II. La fonction de l'exception en droit privé romain

Si nous avons posé dès le départ la prémisse du caractère transversal de l'exception par rapport au droit public et au droit privé, il faut pourtant remarquer que l'apparition historique de ce terme juridique en droit romain dans sa littéralité relève du domaine du droit privé, tandis que le droit public présente plusieurs institutions qui, même si nominalement ne font pas référence au terme *exceptio*, représentent toutefois de manière incontestable des figures de ce que nous appelons, dans un langage moderne, l'état d'exception.

C'est pourquoi, dans ce premier temps de notre analyse, notre but sera de mettre en évidence le rôle et la finalité qui sont associés à l'exception lors de son apparition historique en droit privé romain. Il faut d'abord remarquer que cette apparition est relativement tardive et ne confère à l'exception qu'une place seconde et plutôt accidentelle à l'intérieur de la formule : elle relève des éléments accessoires (« *adiectioes* »), c'est-à-dire des clauses qui ne sont pas nécessaires à la formule, mais qui peuvent s'y rencontrer pour préciser les éléments du litige²¹. Néanmoins, en dépit de sa secondarité, l'exception représente une innovation incontestable par rapport à l'état le plus ancien de la formule. Et l'aspect qui permet de la décrire de manière plus précise est certes sa finalité, exprimée par Jean Gaudemet dans les termes suivants :

« L'exception permet au défendeur de *faire valoir ses moyens de défense*. Elle joue donc comme une condition à laquelle est subordonnée la reconnaissance du bon droit du demandeur. Il ne s'agit pas d'une dénégation opposée à la prétention de ce dernier, tendant à contester le fait sur lequel elle s'appuie, mais de l'allégation d'un élément nouveau

qui, s'il est vérifié, empêchera le demandeur d'obtenir satisfaction. C'est, par exemple, en face d'une réclamation d'exécution d'un contrat dont l'existence n'est pas contestée, le refus de l'exécuter, motif pris de ce que l'engagement a été extorqué par dol au défendeur. L'*intentio*, qui fait état du contrat, n'est pas contestée, mais le défendeur demande que la condamnation ne soit prononcée que s'il n'y a pas eu dol dans le contrat »²².

A partir de cette éclairante et riche description, plusieurs éléments fondamentaux se dégagent : tout d'abord, le sens et la finalité de l'exception sont situés de manière catégorique dans l'horizon des instruments de défense dont un accusé dispose devant le juge. Mais la nature de ce mécanisme de protection qu'est l'exception est particulière : elle met sous condition le droit créé par le contrat, sans le nier frontalement. Dans le cas du dol et de l'*exceptio doli*, elle permet ainsi à la situation exceptionnelle du dol de paralyser la prétention du réclamant et de désactiver l'intention du contrat ; sans léser le contrat dans son être ou dans sa visée, la vérification de l'exception conditionne sa validité et peut légitimer son inexécution de la part l'accusé.

Il est ainsi manifeste que l'exception apparaît essentiellement comme un instrument efficace de protection juridique. En même temps, elle modifie et complexifie la configuration du rapport juridique : « l'exception constitue donc une demande du défendeur qui fait valoir un élément nouveau »²³, résume Jean Gaudemet. Ce caractère de nouveauté de l'exception par rapport à la lettre et à l'unidimensionnalité de l'intention du contrat mérité d'être souligné, puisqu'il met en avant son rôle de facteur de complexité des rapports et des procédures juridiques. Il s'agit d'un aspect qui a été sans doute déterminant pour l'apparition tardive de l'exception comme élément accessoire de la formule : sa présence étant de nature à compliquer inévitablement la situation juridique, elle rend en même temps plus difficile la mission du juge, puisqu'il devient nécessaire que celui-ci tienne compte non seulement des éléments présents dans la partie principale de la formule (*intentio, condemnatio*), mais aussi de ceux, parfois parfaitement hétérogènes, auxquels fait référence l'*exceptio*. D'autre part, la finalité spécifique de l'exception justifie la place que celle-ci détient au sein de la formule : après l'*intentio* qu'elle veut rendre inefficace, et avant la *condemnatio*, qui n'est active que si l'exception n'atteint pas son but.

On peut en outre constater que l'insertion de l'exception dans la formule revient au fait d'attribuer une signification juridique à un élément de fait : dol, inexécution, crainte etc. Encore une fois, l'exception nous place donc sur un terrain factuel. Or, un fait est toujours susceptible d'être contredit par un autre : d'où découle, comme une conséquence logique relative à la formule, la possibilité qu'à l'autre partie, pour réagir à la présence d'une exception, d'insérer à son tour une réplique à l'exception, en alléguant un nouveau fait significatif. La conclusion de Jean Gaudemet face à cet aspect semble vouloir en accentuer le caractère presque comique : « la formule peut ainsi s'allonger d'autant de clauses qu'il y a, de part et d'autre, d'éléments nouveaux à faire valoir »²⁴. L'impression que dégage cette perspective de la prolifération possible des exceptions qui se font face est celle d'inconsistance, qui rejoint nos conclusions sceptiques relatives à la corrélation empirique ou factuelle insurmontable de l'exception. Il est ainsi confirmé que la seule manière viable de conférer à l'exception une plus forte teneur est celle de sa fondation téléologique, puisque du point de vue de son rang formulaire elle ne peut apparaître que comme secondaire ou accidentelle²⁵. L'explication finaliste est d'ailleurs celle qui anime le compte rendu de l'émergence historique de l'exception donné par Gaius, qui laisse dans l'ombre la référence à l'aspect formulaire :

« Les exceptions ont été introduites pour protéger les défendeurs. En effet il arrive fréquemment que quelqu'un soit obligé en vertu du droit civil, mais qu'il soit inique de le laisser condamner par le juge. Par exemple, si je t'ai obligé par stipulation à me verser une somme, sous prétexte que je t'ai remis cette somme en prêt, alors que je ne l'ai pas remise. Il est en effet certain que je puis te réclamer cette somme : car tu dois la verser puisque tu y es obligé par stipulation. Mais parce qu'il serait inique que tu sois condamné de ce chef, on a admis que tu devrais être protégé par l'exception de dol »²⁶.

Gaius souligne donc avant tout la finalité protectionniste des exceptions, et justifie la nécessité de les admettre par la considération de la complexité irréductible des rapports juridiques. La référence au dol, que consacre l'exception, apparaît ici également comme un élément susceptible de reconfigurer le profil unidimensionnel d'une situation juridique : l'exception assume ainsi le rôle d'assurer l'inefficience juridique du dol en tant que fondement fictif de l'engagement de l'accusé.

D'autre part, si le dol détient ici une place privilégiée pour illustrer le fonctionnement de l'exception en droit privé, il faut souligner qu'en réalité il ne s'agit que d'un des éléments de fait qui peuvent remplir cette fonction, et que la typologie des exceptions est pour cette raison tout aussi riche et diverse que ces composantes factuelles de la situation juridique qui peuvent être consacrées par une exception. C'est la raison pour laquelle nous avons préféré d'éviter un inventaire rigoureux des types d'exception que le droit privé connaît, puisque l'exhaustivité et la systématisme nous semblent plutôt illusoire à cet égard. Nous nous sommes ainsi concentré plutôt sur la finalité et le fonctionnement général de l'exception, à l'égard desquelles la clarté et la précision sont sans doute plus en notre pouvoir.

Pour revenir maintenant à la description de Gaius, nous voulons mettre en valeur un autre aspect analysé par le juriste romain :

« Les exceptions ont également leur place dans les actions qui ne sont pas personnelles. Par exemple si tu m'as contraint par crainte ou induit par dol à te Manciper une chose. En effet, si tu me réclames cette chose, il me sera donné une exception, par laquelle tu seras repoussé, si je fais valoir que tu as agi par violence ou par dol. De même si tu as acheté en connaissance de cause un fonds litigieux au non-possesseur, on t'opposera une exception par laquelle tu seras de toute façon repoussé »²⁷.

Ce que Gaius prend maintenant en considération, c'est la pertinence et la vocation des exceptions d'intervenir dans des actions non seulement personnelles, mais aussi relatives à la propriété ou à la possession : dans le cas d'une *mancipatio* fondée sur un dol ou sur la crainte, l'*exceptio doli* ou l'*exceptio metus* peuvent agir pour invalider et pour annuler ses effets juridiques. En dehors de ces deux figures dominantes de la typologie des exceptions en droit privé, Gaius analyse un autre exemple, relatif à un même type d'action réelle : l'*exceptio vitiosae possessionis*. Il faut remarquer pourtant qu'en dépit de cet inventaire en perpétuel accroissement, le fonctionnement général des exceptions reste le même : elles sont aptes à paralyser la prétention abusive du réclamant et à exhiber la véritable configuration de la situation juridique, en deçà de son aspect apparent.

Ce fonctionnement unitaire et uniforme des exceptions est ainsi susceptible d'équilibrer dans une certaine mesure leur rang formulaire second et accessoire, et leur permet de réaliser leur visée de moyens de défense.

Toutefois, il faut souligner qu'en droit privé, l'exception est loin de constituer le seul, ou le plus important instrument de protection auquel on peut faire appel, et qu'elle représente en réalité seulement une des possibilités dont l'accusé dispose dans ce but. Ainsi, dans les cas de dol ou de violence que nous avons eus en vue, les moyens de défense auxquels on peut recourir dépassent la sphère de l'exception : celle-ci ne constitue en vérité que leur premier moment. En ce sens, Antonio Guarino²⁸ analyse l'exception comme étant l'une des trois manières possibles de se défendre en cas de dol ou de violence. En effet, l'*exceptio (doli ou metus)* représente une défense efficace au cas où la prestation demandée par le réclamant n'a pas encore été exécutée ; elle est ainsi destinée à justifier l'inexécution en montrant que l'engagement en cause a été extorqué par le réclamant à l'aide de moyens dolosifs ou par la crainte. Or, la pertinence et l'efficacité juridique de l'exception ne se vérifient plus lorsque la prestation en cause a déjà été exécutée : dans ce cas, c'est plutôt le recours à la *restitutio in integrum (ob dolum, ob metum)* qui s'impose pour réparer le préjudice produit. Mais il est également possible qu'un tel retour à la situation initiale ne soit plus envisageable : c'est alors que l'unique moyen de défense qui demeure est celui d'une action pénale (*actio poenalis : doli / quod dolus causa, ou metus / quod metus causa*), pour obtenir un dédommagement pécuniaire. On peut ainsi reconnaître que l'exception s'inscrit, par sa fonction protectrice, dans une véritable hiérarchie de moyens juridiques de défense. Plus loin encore, sa proximité fonctionnelle avec la *restitutio* et l'*actio* peut estomper parfois son efficacité au profit de celle de l'action correspondante, ou bien confondre son effet avec celui de la restitution (l'exégèse signale en effet de telles dissolutions de l'*exceptio* dans le profil plus large de la *restitutio in integrum*²⁹, ou bien sa transitivité dans l'*actio* qui lui correspond³⁰). C'est un aspect qui confirme le doute que nous avons déjà effleuré à plusieurs reprises, relatif à l'incapacité de l'exception de constituer, en droit privé romain, une réalité juridique parfaitement définie, dans la mesure où son apparition tardive, son rang formulaire second et accessoire, et sa tendance à se dissoudre dans d'autres moyens de défense, sont susceptibles de menacer son autonomie.

Ce constat n'a certes aucunement le sens d'une contestation de la consistance de l'exception en tant qu'objet théorique ou de sa signification juridique, et ne remet pas en cause les acquis de la caractérisation générale de l'exception, qui soulignent d'une part sa position dans la formule et sa finalité : en tant que clause accessoire insérée dans le *judicium*, après l'*intentio* mais avant la *condamnatio*, il lui revient la fonction stratégique de subordonner ou de conditionner la condamnation par rapport au caractère infondé (signalé par

l'expression « *nisi paret* ») d'une certaine circonstance apte à rendre inefficace, ou au moins processuellement inopérant, le droit en cause³¹. De même, nous avons déjà pu remarquer le fait que la multitude des circonstances qui peuvent être consacrées par une *exceptio* a pour effet et pour corrélat la pluralité des types d'exception que le droit privé romain connaît ; de cette liste considérable, nous pouvons passer en revue l'*exceptio pacti de non petendo*, l'*exceptio non numeratae dotis*, l'*exceptio rei venditae et traditae, veluti pacti ex compromisso, pecuniae, praeiudicii* etc. Mais au-delà de ce critère purement matériel de classification des exceptions, relatif à l'élément de fait qu'elles posent comme déterminant pour le rapport juridique en question, nous pouvons également mentionner une dichotomie des exceptions fondées sur leur mode de fonctionnement : celle qui oppose exceptions péremptoires et exceptions dilatoires³². Les premières sont les exceptions dont la partie intéressée peut disposer à tout moment et en toute circonstance pour paralyser l'action de la partie adverse : de ce type sont, par exemple, l'*exceptio doli* ou *metus*. En revanche, les exceptions dilatoires se caractérisent par le fait que leur invocation est restreinte à un certain laps temporel ou à une circonstance déterminée. Nous sommes ainsi en possession d'une classification qui ne vise plus à recouvrir un spectre indéfini d'états de fait, mais à surprendre la manière dont les différents types d'exception peuvent accomplir leur fonction.

Pour résumer maintenant les acquis de notre analyse portant sur le régime juridique de l'exceptionnalité en droit privé romain, nous pouvons souligner encore une fois l'apparition tardive de l'exception, sa finalité protectionniste, son rôle incontestable de facteur de complexité des rapports juridiques, sa secondarité dans la formule, sa tendance à se dissoudre dans d'autres moyens de défense et surtout son insurmontable relativité factuelle.

III. La finalité des régimes d'exception en droit public romain

Pour prolonger notre enquête portant sur le rôle et le lieu juridique de l'exception en droit romain, nous allons à présent nous pencher sur le sens et les occurrences de l'exceptionnalité dans le droit public romain. Comme nous l'avons déjà précisé, même si l'exception n'est pas présente dans ce domaine dans sa littéralité, le droit public romain est pourtant sensiblement riche en mécanismes et institutions juridiques qui correspondent à ce que notre terminologie moderne nomme état d'exception. Il est tout aussi évident,

d'autre part, que les implications de l'exceptionnalité se modifient de manière significative dans ce passage du droit privé au droit public, non seulement parce que nous avons désormais affaire à des réalités juridiques différentes, mais surtout dans la mesure où la dimension des finalités du droit, fondamentale pour la thématique de l'exception, se transforme radicalement.

Pour partir néanmoins d'un aspect qui permet de conférer une certaine unité au registre de l'exceptionnalité dans le basculement du droit privé au droit public, il est important de souligner que l'élément premier de caractérisation de l'exception que nous avons dégagé dans notre analyse de son fonctionnement en droit privé, celui d'être essentiellement un moyen de défense, demeure tout aussi fondamental et primordial lorsqu'il s'agit du droit public et des régimes d'exception qui s'y rencontrent. De même pour le mécanisme général de l'exception : nous avons vu qu'en droit privé, elle paralyse une prétention infondée en alléguant un élément de fait décisif qui invalide cette prétention. Mais, si dans le cas du droit privé, c'était l'intention d'un contrat entre particuliers qui se trouvait soumise à une telle désactivation, par la transposition analogique de ce ressort en droit public, il apparaît que ce qui sera paralysé par le geste protectionniste de l'exception, ce sera cette fois un élément de l'ordre constitutionnel, voire cet ordre même. Le témoignage fondateur pour cette transposition de la finalité de la défense en droit public reste celui de Mommsen :

« Toutes les règles légales sur le commandement et l'obéissance, qui constituent au sens propre la constitution de l'Etat, disparaissent quand un danger immédiat requiert un remède immédiat. Il y a un droit de légitime défense pour l'individu, dans les circonstances pressantes où la protection de l'Etat vient en fait lui manquer. Il y a de même un droit de légitime défense pour l'Etat, et pour tous ses citoyens, quand la constitution est en danger et que la magistrature n'est pas exercée. Bien qu'il soit en un certain sens en dehors de la sphère du droit, il est pourtant nécessaire d'expliquer la nature et les applications de ce droit de légitime défense dans la mesure où il comporte une exposition théorique »³³.

Dans son monumental traité de droit public romain, Mommsen inaugure ce modèle de compréhension des mesures d'exception illustrées par l'histoire de Rome, dans toute leur polymorphie (*dictature, tumultus, justitium, senatus*

consultum ultimum), à l'aide de l'idée d'un droit de légitime défense revenant à l'État lui-même, dans la situation exceptionnelle d'une menace que la légalité et la fonctionnalité normale de l'ordre public ne peuvent pas écarter. Il est facile à comprendre pourquoi ce modèle fonctionne selon le mécanisme de l'exception: le danger immédiat a ici le rôle de l'élément de fait dont l'apparition reconfigure une situation juridique; et le caractère singulier du sujet de droit dont la défense est en jeu, qui est ici l'État même, a pour corrélat proportionnel le fait que la règle de droit qui va être invalidée correspond à l'ordre constitutionnel même. L'état d'exception précise ainsi ses attributs fondamentaux: il représente une mise entre parenthèses de la légalité ordinaire dans des circonstances exceptionnelles. Ce caractère de légalité extraordinaire est celui qui place l'état d'exception, comme Mommsen l'admet lui-même, à la limite du droit, ou d'un point de vue encore plus radical, en dehors du droit. C'est pourquoi nous croyons pouvoir affirmer que les effets de l'exceptionnalité en droit public sont incontestablement plus puissants et plus significatifs qu'en droit privé, puisqu'ils affectent l'ordre de droit dans son intégralité, et non seulement un simple rapport de droit privé.

Toutefois, en dépit de la légitimation apportée par Mommsen par la référence à un droit de défense propre à l'État en tant que sujet de droit public, et non seulement aux sujets de droit privé, la tension produite par l'idée d'une légalité de l'exception demeure irréductible. Il est tout autant difficile d'accepter la résolution théorique d'examiner les figures juridiques de ce type d'exceptionnalité, tout en admettant qu'on n'a affaire qu'à une pseudo-juridicité. Par conséquent, nous croyons pouvoir dire que c'est seulement en droit public que l'exception révèle pleinement sa nature paradoxale, voire contradictoire. Pour expliciter cette nature, il est significatif de signaler le conflit que François Saint-Bonnet pose comme constitutif à son égard, dans son ouvrage intitulé *L'état d'exception* :

« Les données du problème peuvent être résumées par le paradoxe qu'expriment les expressions contradictoires : "nécessité fait loi" et "nécessité n'a point de loi" »³⁴.

L'auteur français souligne ainsi la singularité de l'hypothèse d'une légalité de l'exception: elle est d'une part vitale pour légitimer les mesures juridiques adoptées en vertu de circonstances extraordinaires, et en même temps elle transgresse le périmètre fixe de l'ordre de droit et semble seulement usurper le

caractère de la légalité. Et même si, par son institutionnalisation, l'état d'exception reçoit un fondement légal et ne suppose donc plus automatiquement la violation d'un texte de loi, il reste néanmoins susceptible d'être contesté : la constitutionnalité de la loi d'exception, ou même la pertinence du principe constitutionnel qu'elle invoque peuvent toujours être mises en question.

Devant ces apories indissolublement liées à notre problématique, il faut essayer de rassembler les traits définitoires qui permettent de circonscrire le champ des phénomènes qui illustrent l'état d'exception. Voici en ce sens l'énumération que propose François Saint-Bonnet :

« L'état d'exception se situe au point de rencontre de trois éléments constitutifs : la dérogation (ou infraction), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure »³⁵.

Cette caractérisation reprend des points que nous avons déjà rencontrés auparavant : la dialectique entre exception et norme, le corrélat empirique qu'est la circonstance extraordinaire, et la légitimation téléologique. Sous ce dernier aspect, c'est l'impératif de sauvegarde de l'Etat qui justifie éminemment l'exception en droit public ; et la présence de l'idée d'une telle finalité à Rome est incontestable si l'on pense à la célèbre maxime de Cicéron : « *salus populi suprema lex esto* » (*De legibus* 3, 8). La formule cicéronienne possède en outre la vertu remarquable de poser cette fin suprême sous la forme immédiate d'une loi, ou plus précisément d'une légalité suprême.

L'institution la plus ancienne de la République romaine qui illustre l'esprit de la maxime de Cicéron est sans aucun doute la dictature. Par contraste avec le sens moderne du terme, la dictature romaine était avant tout une magistrature, soit-elle extraordinaire ; son existence et sa fonction étaient donc inscrites dans l'ordre constitutionnel républicain. Ce statut de la dictature, véritable forme de coexistence des contraires (normalité et exceptionnalité), a suscité une admiration inconditionnée chez des auteurs modernes comme Machiavel et Rousseau. Or, c'est ce même caractère hybride de la dictature romaine qui a justifié le refus récent de la doctrine d'y voir l'image archaïque du régime moderne de l'état d'exception : ainsi, François Saint-Bonnet la considère comme étant une « référence trompeuse » ; de même, Agamben préfère destituer la dictature de ce rôle paradigmatique, au profit du *justitium*. Ces deux auteurs s'opposent par là à l'entreprise théorique de Carl Schmitt qui, dans son ouvrage *La dictature*, a avancé dans la première moitié du XXe

siècle la thèse d'un tel enracinement de l'état d'exception moderne dans cette magistrature extraordinaire de la République romaine. Mais si nous accordons avec les auteurs mentionnés ici pour refuser une telle fonction paradigmatique à la dictature romaine, cela revient-il à nier l'existence de tout régime juridique illustrant l'exception en droit public romain ? C'est en tout cas l'option de François Saint-Bonnet, qui, dans sa thèse massive consacrée à l'état d'exception, n'invoque le droit romain qu'à titre de partie préliminaire, et conteste ainsi la pertinence des institutions qu'il analyse – dictature, *senatus consultum ultimum* – pour éclairer la problématique moderne de l'exceptionnalité de droit public. Or, le fondement d'une telle exclusion, tel qu'il est énoncé par le théoricien français, nous semble contestable : « l'étude de l'état d'exception n'a pas de véritable pertinence avant que l'institution ait une finalité propre : le bien public (XII^e et XIII^e siècles) »³⁶. Mais si l'on définit à juste titre l'état d'exception comme relatif à la conception d'une finalité supérieure, nous ne voyons pas pourquoi l'émergence d'une telle finalité devrait être située si tard historiquement, alors que nous avons déjà pu, du point de vue de la maxime cicéronienne (« *salus populi suprema lex esto* »), repérer sa présence manifeste au sein de la conscience romaine. Ainsi, si l'on accepte l'inadéquation paradigmatique de la dictature pour rendre compte de l'état d'exception moderne, d'autres institutions juridiques comme le *senatus consultum ultimum* (ou, pour Agamben, le *justitium*) méritent d'être examinées plus attentivement.

Nous allons commencer cette analyse en montrant d'abord les raisons pour lesquelles nous ne partageons pas la prédilection accordée par Agamben au *justitium* comme étant « l'authentique, mais plus obscur paradigme généalogique de l'état d'exception dans le droit romain »³⁷. Nous avons déjà vu que cette compréhension audacieuse du terme est difficilement conciliable avec son sens courant de vacances judiciaires, de suspension de l'administration de la justice. Cette signification beaucoup plus modeste et minimaliste se retrouve par exemple chez Mommsen :

« La suspension de la justice civile, soit dans les cas peu fréquents où le magistrat qui en est chargé quitte la ville sans être représenté, soit dans ceux où, pour des raisons de convenance pratique, il cesse pendant un certain temps d'exercer ses fonctions, par conséquent l'ajournement de l'administration (*justitium*), le recul des termes de comparution (*vadimonia differe*), ne sont en général prononcés par le magistrat compétent qu'après l'interrogation et sur l'invitation du sénat »³⁸.

Nous voyons ainsi que, du point de vue de Mommsen, et en accord avec la signification usuelle du terme, ce que le *justitium* suspend, c'est uniquement le fonctionnement de la justice, et non le droit lui-même. Relativement à cette suspension, c'est la fonction clef du Sénat romain qui est invoquée ici, avec l'appui de la formule de Tite-Live (3, 3, 6) : « *ex auctoritate patrum justitio indicto* ». Le *justitium* est ainsi mis en corrélation avec la manifestation de l'autorité sénatoriale³⁹, et il apparaît de ce point de vue plutôt comme un effet des régimes exceptionnels déclarés par le Sénat dans des circonstances extraordinaires, que comme leur modèle unique.

Plus près de la compréhension d'Agamben se situe en revanche Adolphe Nissen, qui, dans la monographie qu'il consacre au *justitium* à la fin du XIXe siècle, se propose de montrer la vraie valeur de cette institution romaine⁴⁰. Inaugurant la lecture radicale de la signification du terme comme suspension du droit (« *Stillstand des Rechts* »), Nissen explicite de la manière suivante le fonctionnement juridique de cette institution :

« Lorsque le droit s'avérait incapable d'assumer sa tâche suprême de garantir le bien commun, on abandonnait le droit pour les mesures de circonstance, et de même que, en cas de nécessité, les magistrats étaient libérés des contraintes de la loi par un sénatus-consulte, de même en cas d'extrême urgence, le droit était mis de côté. Quand il devenait gênant, au lieu de le transgresser, on l'écartait, on le suspendait par un *justitium* »⁴¹.

Pour renforcer davantage l'autonomie et la centralité de l'institution juridique qui fait l'objet de son étude, Nissen invoque des témoignages historiques provenant de Tite-Live et de Cicéron, qui établissent une corrélation manifeste entre *tumultus* (avatar de l'état d'urgence) et *justitium* ; mais cette corrélation est plutôt factuelle que logique, et elle ne suffit pas pour identifier le *justitium* à un véritable vide juridique créé en cas d'urgence. Qui plus est, il est difficile de comprendre en quoi le vide juridique serait la réponse la plus appropriée⁴² face à des situations extraordinaires, telles celles qui motivaient le déclenchement du *tumultus*. C'est pourquoi nous continuons à considérer comme excessive la caractérisation du *justitium* dans le sens d'une paralysie de toute prescription juridique. En revanche, alors que pour Agamben, de manière indifférenciée, « *senatus consultum ultimum* et *justitium* signent [...] la limite de l'ordre constitutionnel romain »⁴³, et dans la mesure où, comme nous avons pu le

constater, la proclamation même du *justitium* renvoie aux attributs de l'autorité sénatoriale, c'est le rôle du Sénat romain dans l'établissement de tout régime d'exception à Rome qui va nous préoccuper maintenant.

Notre intention est de montrer que le ressort qui rend possible, dans le droit public de la République romaine (au moins tardive), l'apparition de réalités juridiques aptes à être légitimement interprétées comme des figures de l'état d'exception, consiste dans la force de l'autorité⁴⁴ sénatoriale. Cette *auctoritas* qui revient au Sénat est loin d'être une réalité unidimensionnelle : elle inclut tant la ratification et le contrôle des votes et des résolutions populaires (l'*auctoritas patrum*, les *patres* étant, au sein du Sénat romain, les représentants des plus anciennes familles patriciennes), que la fonction de gouvernement, ou le pouvoir de direction politique (l'*auctoritas senatus* proprement dite). En outre, le Sénat romain détient aussi la fonction de *consilium*, dont l'exercice peut avoir des implications significatives, comme dans le cas de l'adoption du *senatus consultum ultimum*, où, de manière paradoxale, la fonction consultative du Sénat devient le lieu de la manifestation la plus puissante de l'*auctoritas* sénatoriale⁴⁵. Il s'impose donc de cette perspective, afin de mieux évaluer la manière dont le Sénat romain exerce l'*auctoritas* et le *consilium*, d'examiner le mécanisme utilisé par cet organe étatique pour instituer l'état d'exception : le *senatus consultum ultimum*, du point de vue duquel l'autorité sénatoriale se révèle apte non seulement de légitimer, mais aussi de fonder des régimes d'exception.

En effet, si le *senatus consultum* représente en général la manière dont le Sénat romain exerce sa fonction consultative, le sénatus-consulte ultime a manifestement une finalité spéciale. Ainsi, lorsque le Sénat était informé d'une situation qui mettait en péril la République, il émettait un tel *senatus consultum ultimum*, en adressant aux consuls l'injonction suivante : « *rem publicam defendant, operamque dent ne quid republica detrimenti capiat* »⁴⁶.

Il faut d'abord souligner qu'historiquement le *senatus consultum ultimum* se présente comme une alternative à la dictature : il s'agit d'une pratique adoptée pendant la période tardive de la République devant des situations socio-politiques pour lesquelles la dictature était la réponse traditionnelle⁴⁷. C'est pourquoi l'exégèse moderne souligne souvent combien il est curieux de la part du Sénat de recourir à ce mécanisme, alors que la République romaine est déjà pourvue d'une arme prouvée efficace : la dictature comme magistrature extraordinaire. Le paradoxe est d'autant plus grand si l'on se rend compte que la nature juridique de ce sénatus-consulte est

d'être un avis, et non pas une norme obligatoire. De ce point de vue, le droit du Sénat romain de prononcer un constat, de déclarer l'urgence d'une situation n'a en soi rien de contestable, mais l'histoire du *senatus consultum ultimum* suppose en réalité un mécanisme beaucoup plus subtil : à partir de la fin du II^e siècle av. J. Chr., le Sénat s'appuie sur cette capacité déclarative pour légitimer les consuls à agir au-delà de leurs compétences, pour attaquer ses ennemis politiques qu'il qualifie d'ennemis de Rome. Nous avons ainsi affaire à une extension des attributions sénatoriales, qui dépasse de manière flagrante les cadres d'un simple constat déclaratif, jusqu'à entraîner la suspension de garanties civiques face à l'arbitraire consulaire. La transgression est d'autant plus grave qu'elle n'a jamais conduit qu'à une exacerbation de la violence, sous la forme de l'assassinat des ennemis politiques du Sénat, et elle nous situe par conséquent en une zone limite entre le juridique et le politique. C'est pourquoi une légitimation de cette pratique est difficilement concevable :

« Si le SCU est un simple avis, les consuls outrepassent leurs prérogatives : faute de fondement légal, les pouvoirs exceptionnels des magistrats sont des usurpations.

Si le SCU permet aux magistrats d'élargir le champ de leurs prérogatives, le sénat est incompetent pour les y autoriser. Le SCU est toujours une violation de la constitution, dont on peut douter qu'elle ait pour finalité de "sauvegarder la république" car il a plutôt conduit à une radicalisation des troubles, puis à son dépérissement complet »⁴⁸.

Si nous considérons maintenant l'histoire de l'institution du sénatus-consulte ultime, il est unanimement admis que le premier cas véritable se rencontre en 121, contre Gaius Gracchus, et le dernier en 49 contre César⁴⁹. Il s'agit donc d'une chronologie qui coïncide de près avec la crise de la République romaine.

La théorie du sénatus-consulte ultime est, d'après Michel Humbert, simple : « le Sénat, gardien de l'Etat, s'attribue le pouvoir de décréter ennemi public l'ennemi de l'intérieur et de lui déclarer la guerre »⁵⁰, et le diagnostique qui s'impose, sévère : « c'est, en quelque sorte, le rétablissement de la dictature des temps plus reculés, mais au profit du Sénat »⁵¹. Cette dernière remarque accorde implicitement une finalité politique à ce mécanisme juridique : celle de protéger et de consolider le pouvoir sénatorial. Il est manifeste ainsi que nous avons affaire tout autant à une pratique politique qu'à une réalité juridique. De ce point de vue, la question décisive, et en même temps la plus controversée, est à juste titre celle de la véritable nature juridique du *senatus consultum ultimum* :

« Anciens et Modernes ont discuté à l'envi la légalité du procédé. "Caricature du droit", "mystification reposant sur un sophisme", "paravent légal", ou, à l'inverse, conscience du Sénat d'être le gardien de la loi et donc de pouvoir la suspendre pour mieux la rétablir. On remarquera simplement que chaque fois (121, 100, 88, 77, 63, 49) qu'il sera fait usage du SCU, les *populares* – qui en furent toujours les victimes – en contesteront la légalité. Car il n'appartient pas au Sénat de déclarer la guerre, ni de priver un citoyen de sa citoyenneté. Car un citoyen révolutionnaire restera toujours un citoyen (avec le droit, intangible, à la *provocatio*) »⁵².

Ces considérations nous permettent de prendre la mesure du caractère profondément anti-populaire de cette pratique sénatoriale, et en outre de sa vocation lésionnaire à l'égard des droits individuels des citoyens romains. De cette manière, l'histoire de cette institution nous place dans le contexte politique de la lutte de classe, à Rome, entre *populares* et *optimates*. À travers le *senatus consultum ultimum*, les *optimates* essayent en réalité de maintenir leur pouvoir ; mais l'inefficacité politique de cet instrument est manifeste si l'on pense à sa dernière occurrence : celle de 49 contre César⁵³, qui marquera en même temps la fin de la République. D'autre part, il convient de se demander si les *populares* disposaient d'un quelconque moyen de défense juridique contre cette oppression de la part de leurs adversaires politiques. Les observations de Michel Humbert, que nous venons de citer, sont en ce sens significatives, puisqu'elles attirent l'attention sur le droit fondamental des citoyens romains de bénéficier d'une protection essentielle : la *provocatio ad populum*, qui érige en condition de la mise à mort d'un citoyen de Rome l'accord populaire, et fait ainsi obstacle à l'arbitraire politique. C'est la raison pour laquelle on a pu parler de la *provocatio* comme d'une « manifestation importante, au moins par sa valeur symbolique, de la liberté du citoyen et du rôle des assemblées populaires en matière répressive⁵⁴ »⁵⁵ ; en même temps, Cicéron la qualifie de « *patrona civitatis ac vindex liberti* » (*Orat.* 2, 199), et Tite-Live de « *unicum praesidium libertatis* » (3, 55, 4).

Mais la pratique du sénatus-consulte ultime a profondément ébranlé cette méritoire institution romaine qui donnait la parole à la souveraineté populaire contre toute condamnation capitale prononcée par un magistrat (de même qu'aux temps plus anciens, les sentences du dictateur, elles-mêmes figures du même type de mesures exceptionnelles, n'étaient pas

susceptibles de *provocatio*). Car à travers le *senatus consultum ultimum*, les magistrats sont sommés, en régime d'urgence, à agir avec promptitude sans attendre aucune ratification populaire :

« Par le jeu du S.C. *ultimum* le Sénat peut suspendre les principes traditionnels et les garanties individuelles. Fait pour des cas de péril étranger, le S.C. *ultimum* sera utilisé contre des adversaires politiques. Il devient l'arme de la *nobilitas* au milieu du II^e siècle. Cette transposition faisait de l'adversaire politique un ennemi : *natura civis, voluntate hostis*, comme le dit Cicéron (*Phil.* 8, 13) »⁵⁶.

Par la mise hors jeu de cette protection fondamentale du citoyen romain que représente la *provocatio ad populum*, le sénatus-consulte ultime nous met devant la tension majeure entre les implications de l'état d'exception en droit public et ce qui, en droit privé, représentait la finalité même de l'exception : la protection des droits individuels. Il s'avère ainsi que, du droit privé au droit public, la finalité de l'exception s'inverse, et que cette inversion, qui nous fait passer du point de vue du sujet et du rapport de droit privé, au point de vue étatique qui est celui du droit public, est en même temps la source d'un conflit de valeurs : loin d'être protégé, le citoyen, le simple particulier, se trouve menacé, voire lésé, puisque la vocation de l'exceptionnalité en droit public est justement de désactiver les garanties dont il bénéficie normalement. La formule de Cicéron, invoquée par Jean Gaudemet, est sous cet aspect hautement pertinente : la violence du décret sénatorial de *hostis publicus* est justement de neutraliser la protection qu'implique le statut de citoyen⁵⁷.

Plus loin encore, le traitement qu'ont subi à Rome ceux qui se sont crus habilités à agir avec violence en vertu du sénatus-consulte ultime peut orienter l'évaluation juridique de cette pratique du point de vue de sa légalité : le fait que, par exemple, Opimius, assassin des partisans de Gaius en 121, ait du subir un procès, ou le cas plus célèbre de l'exil de Cicéron⁵⁸ suite à la sanglante répression de la conjuration de Catilina en 63, nous prouvent qu'on n'a jamais accepté à Rome le *senatus consultum ultimum* comme fondement de l'arbitraire consulaire ou comme habilitation à agir contre toute garantie civique. De cette perspective, on a sans doute raison à dire, avec Antonio Dupla Ansuategui⁵⁹, que la crise de la République, dont le *senatus consultum ultimum* est le symptôme, est en même temps une crise de légitimation du Sénat. C'est ainsi que cette pratique sénatoriale que nous avons analysée ici représente non seulement un mécanisme juridique susceptible d'exemplifier une figure éminente de l'exceptionnalité en droit

public romain, mais aussi, de manière incontestable, un moyen répressif à caractère radicalement politique. Cette indécidabilité entre le juridique et le politique nous semble pourtant constituer un élément constitutif et irréductible de l'état d'exception.

Si nous essayons de passer en revue les légitimations possibles de cette usurpation sénatoriale, nous nous heurtons à chaque fois à leur caractère anachronique : nous avons déjà vu, par exemple, que le modèle de la délégation est inapplicable pour justifier la violence consulaire, dans la mesure où un avis consultatif sénatorial est inapte à opérer une telle autorisation. Le même constat s'impose en ce qui concerne la conception de Mommsen qui situe les régimes de l'exception en droit public romain dans l'horizon d'un droit de guerre (« *Kriegsrecht* ») et les envisage selon le modèle d'une « loi martiale » (en corrélation avec l'idée d'un droit de légitime défense de l'Etat). Car, comme nous avons déjà pu le souligner, dans le cas du *senatus consultum ultimum*, il ne s'agit aucunement d'une agression militaire externe, mais d'une répression par le Sénat de ses propres ennemis politiques de l'intérieur. L'aspect militaire, l'appel aux armes, est ainsi plus un effet qu'une cause, comme le suggère la formule de Cicéron⁶⁰, « *saga sumi dico oportere* », commentée par Mommsen dans les termes suivants :

« Les consuls ou celui qui les remplace appellent le peuple aux armes en vertu du sénatus-consulte. L'apparition des citoyens non plus en toge, mais en costume militaire, le *saga sumere* est l'expression extérieure de l'établissement du régime d'exception »⁶¹.

Par contraste avec cette fondation glorieuse de l'exceptionnalité de droit public, plus prudente, même si sans doute excessivement sceptique, nous semble l'attitude théorique d'Antonio Guarino, qui préfère voir dans le sénatus-consulte ultime plutôt un « mythe historiographe post-romain », et évacue avec simplicité le problème de sa constitutionnalité comme étant un faux problème, dans la mesure où il n'y a jamais eu à Rome de constitution à proprement parler.

Une chose est néanmoins certaine : l'échec politique des *optimates* (par la victoire de César), en dépit de tous leurs efforts d'éliminer leurs adversaires politiques par le mécanisme juridique du sénatus-consulte ultime, nous montrent que celui-ci – à la différence, par exemple, de la dictature en tant que régime alternatif d'exception – n'a pas été apte à devenir un mécanisme durable de subsistance politique.

Notre intérêt pour le *senatus consultum ultimum* en tant que mesure d'exception en droit public romain se justifie ainsi, en dernière instance, par la manière dont le fonctionnement de cette institution illustre l'inversion des finalités de l'exception par rapport au droit privé. Alors que la dictature et le *justitium* sont deux institutions plus anciennes de la République qui n'ont pas directement contribué à la désintégration de l'ordre constitutionnel, le sénatus-consulte ultime est en revanche non seulement représentatif pour sa période de crise, mais il est indéniable que sa récurrence pendant cette période a catalysé le dépérissement complet de la République.

IV. Conclusion

Au terme de cette analyse nourrie par les réalités et les institutions juridiques romaines, l'acquis le plus significatif que nous pouvons relever concerne le fonctionnement asymétrique de l'exception dans sa qualité de concept transversal par rapport au droit privé et au droit public. En effet, si dans les deux domaines, l'exception garde sa fonction essentielle de moyen de défense, sa finalité change radicalement de sens : en passant du droit privé au droit public, on abandonne le point de vue des droits individuels (qui se trouvent ainsi mis à l'écart plutôt que protégés), au profit de celui du salut de l'Etat – objectif tant politique que juridique. Ainsi, en assumant ce conflit de valeurs irréductibles au niveau des finalités du droit, que la pratique romaine du *senatus consultum ultimum* met éminemment en évidence, l'ambition d'aboutir à une prise théorique sur l'exception (en défiant son étymologie), paie inévitablement le prix de l'équivoque qui naît dans la distance qui existe du droit privé au droit public, de l'exception à l'état d'exception.

* Agrégée de Philosophie et étudiante en master 2 Histoire de la Philosophie, Université Paris IV ; claudia_serban@hotmail.fr

¹ Walter Benjamin, « Sur le concept d'histoire », in *Œuvres III*, Paris, Gallimard, 2000, p. 433.

² Dans son ouvrage *L'état d'exception*, trad. fr. Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003.

³ G. Agamben, *L'état d'exception*, p. 19.

⁴ *Id.*, p. 18.

⁵ Thèse qu'un auteur comme Rémi Brague radicalise jusqu'à parler du droit comme « unique contenu » propre de la romanité (*Europe, la voie romaine*, Paris, Criterion, 1992, p. 31).

⁶ G. Agamben, *L'état d'exception*, p. 81.

⁷ Voir, par exemple, *Le grand Gaffiot, dictionnaire Latin - Français*, nouvelle éd. sous la dir. de Pierre Flobert, Paris, Hachette, 2000, p. 885, ou encore *Il vocabolario della lingua latina*, a cura di Piergiorgio Parroni, Loescher, Torino, 2007, p. 771.

⁸ « Jus + statio », selon *Le grand Gaffiot*.

⁹ *Apud* Agamben, p. 72.

¹⁰ *Id.*

¹¹ A cette étape de notre démarche, nos sources ont été les suivantes : *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de Gérard Cornu, Paris, PUF, 1998 [VII^e éd.], p. 344-345 et p. 861-862 ; *Dictionnaire constitutionnel*, sous la dir. de Olivier Duhamel et Yves Mény, Paris, PUF, 1992, p. 785-788.

¹² *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Dennis Alland et Stéphanie Rials, Paris, PUF, Quadrige, 2003, pp. 673-678.

¹³ *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 673-674.

¹⁴ *Id.*, p. 675.

¹⁵ *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 675.

¹⁶ *Id.*, p. 676.

¹⁷ *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 676.

¹⁸ *Id.*, p. 677.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 678.

²¹ Nous suivons ici la caractérisation donnée par Jean Gaudemet dans son ouvrage *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 359.

²² *Les institutions de l'Antiquité*, p. 360.

²³ *Les institutions de l'Antiquité*, p. 360.

²⁴ *Id.*

²⁵ Nous pouvons apporter à l'appui de cette affirmation l'opinion de Max Kaser sur l'*exceptio* en droit romain : « Sie bedeutet nicht ein selbstständiges Recht, die Leistung zu verweigern (wie heutzutage), sondern einfach eine Unwirksamkeit, deren Geltendmachung und Beweis dem Beklagten überlassen ist » (*Das römische Privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1959, p. 45).

²⁶ *Institutiones*, IV, 116-118. *Apud* J. Gaudemet, *Le droit privé romain*, Paris, Armand Colin, 1974, p. 404.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Storia del diritto romano*, Jovene, Napoli, 1998, p. 325.

²⁹ Voir, par exemple, Max Kaser, *op.cit.*, p. 80.

³⁰ *Id.*

³¹ Pour cette caractérisation synthétique, nous renvoyons à l'analyse d'Antonio Guarino dans son traité *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1997, p. 241.

³² Classification signalée par A. Guarino, *op. cit.*, p. 242.

³³ Th. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. II, trad. fr. P.-F. Girard, Paris, Diffusion de Boccard, 1984, p. 370.

³⁴ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 2.

³⁵ *Id.*, p. 27.

³⁶ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 37.

³⁷ G. Agamben, *L'état d'exception*, p. 81.

- ³⁸ Th. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. VII, trad. fr. P.-F. Girard, Paris, Diffusion de Boccard, 1985, p. 267.
- ³⁹ Cette corrélation est ensuite élargie par Mommsen en direction de la dictature romaine : « Lors de l'établissement de la dictature, qui est en règle provoqué par le sénat lui-même, le *justitium* n'est sans doute pas prescrit à titre spécial, mais annoncé comme allant de soi ; car, en pareil cas, le *justitium* est mentionné très fréquemment [...], mais le sénat n'est jamais nommé à ce sujet. Le *justitium* était sans doute également associé à la déclaration de l'état de guerre par un sénatus-consulte qui a plus tard remplacé la dictature » (*Le droit public romain*, vol. VII, p. 267).
- ⁴⁰ Ainsi, après le constat : « *das Justitium ist ein bisher kaum beachtetes Rechtinstitut* », Nissen fait la remarque suivante : « *die Rechtshistoriker nehmen unbedenklich an, dass es zu allen Zeiten gewesen sei, was es heute ist : ein Stillstand der Rechtspflege* » (A. Nissen, *Das Justitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, J.M. Gebhardt's Verlag, Leipzig, 1877, p. 3).
- ⁴¹ « *Wo das Recht seiner höchsten Aufgabe: das Gemeinwohl zu fördern, nicht entsprach, da kehrte man vom Recht zur Zweckmässigkeit zurück und wie man im Fällen der Noth die Magistrate durch einen Senatbeschluss von den Gesetzen entband, so schob man im äussersten Falle selbst das Recht zur Seite. Statt es zu verletzen, woe s unerträglich wurde, räumte man es aus dem Wege; man sistirte es durch ein – Justitium* » (*Das Justitium*, p. 98). Nous reproduisons ici la version en français proposée par le traducteur d'Agamben (*L'état d'exception*, trad. fr. Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003, p. 78).
- ⁴² C'est la position que Nissen soutient avec radicalité : « *es treten daher alle Vorschriften des Rechts ausser Wirksamkeit. Kein Römer hat jetzt rechtliche Befugnisse oder Pflichten, möge er Magistrat oder Privater sein [...]. Für alle Fragen des Rechts ist ein tempus mortuum geschaffen* » (*Das Justitium*, p. 105).
- ⁴³ G. Agamben, *L'état d'exception*, p. 82.
- ⁴⁴ Le concept d'*auctoritas*, que des auteurs comme Rémi Brague ont pu décrire comme une notion et une réalité romaine par excellence – car il s'agit de l'équivalent latin du concept grec fondamental de *physis* ou nature : « là où le grec dit *physis* (de *phyein*), le latin dit *auctoritas* (de *augere*) » (*Europe, la voie romaine*, Paris, Criterion, 1992, p. 34) –, est à son tour, tout comme l'exception, un concept transversal par rapport au droit privé et au droit public. Selon Pierre Noailles, l'*auctoritas* représente un élément de la personnalité, un attribut de la capacité (*Fas et jus. Etudes de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1948, p. 262), compréhension du terme qui s'oppose à la conception défendue par Mommsen, qui réduit l'*auctoritas* à une simple garantie (par exemple, la garantie de celui qui effectue une mancipation, le *mancipio dans*, à l'égard du *mancipio accipiens*). Certes, son effet juridique peut être le même : le fait de conférer une certaine valeur juridique à un acte ; il s'agit donc d'un fondement d'efficacité juridique. En ce sens, André Magdelain propose la définition suivante : « l'*auctoritas* est l'intervention par laquelle un *auctor* ou des *auctores* assurent (selon qu'ils autorisent, assistent ou ratifient), la validité de l'entreprise d'autrui, qu'il s'agisse d'un acte juridique, d'un procès ou même d'un vote populaire » (*Jus imperium auctoritas. Etudes de droit romain*, Ecole française de Rome, Palais Farnèse, 1990, p. 386). De cette perspective, l'*auctor* se révèle, en conformité avec l'étymologie, comme étant « *is qui auget* », celui qui augmente la valeur juridique d'un acte ; dans le cas du Sénat, cet aspect est exprimé par la célèbre formule « *patres auctores fiunt* ».
- ⁴⁵ C'est pourquoi Nissen peut affirmer que la doctrine selon laquelle le Sénat détient seulement une fonction consultative est erronée (*Das Justitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, p. 16), étant donné le poids considérable des avis émis par le Sénat, susceptibles, par exemple, de déclarer l'état d'urgence ou le *tumultus*, ou de stigmatiser un citoyen romain comme *hostis publicus*. Par ailleurs, Antonio Guarino, lorsqu'il analyse les attributions consultatives du Sénat, signale les matières suivantes dans lesquelles elles s'exercent : la dictature, le *tumultus*, le *justitium* et le *senatus consultum ultimum* (*Storia del diritto romano*, p. 227), soulignant ainsi de manière implicite le fait que le conseil sénatorial vise éminemment des situations et des mesures d'exception.

- ⁴⁶ La formule alternative et abrégée étant : « *videant consules ne quid respublica detrimenti capiat* ».
- ⁴⁷ C'est la raison pour laquelle Rousseau, dans le *Contrat social* (IV, 6), désavoue l'option du Sénat pour le *senatus consultum ultimum* face à la conjuration de Catilina et, laissant transparaître ainsi son peu de sympathie pour Cicéron, estime que la dictature aurait été une solution beaucoup plus appropriée.
- ⁴⁸ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 77.
- ⁴⁹ En tant que précédent notoire du *senatus consultum ultimum*, les circonstances de l'assassinat de Tiberius Gracchus en 133 méritent d'être mentionnées : dans un climat généralisé d'opposition sénatoriale face à un second tribunat de Tiberius (promoteur d'une vague de réformes populaires), Scipion Nasica se lève au milieu du Sénat pour déclarer la patrie en danger, et exige que Tiberius soit arrêté par le consul Mucius Scaevola. Puisque le consul refuse d'accomplir un tel acte illégal, Scipion, suivi par un groupe de sénateurs, déclenche un massacre à l'intérieur de l'assemblée qui se préparait pour le vote. Les victimes furent nombreuses, et le cadavre de Tiberius et de ses partisans fut jeté au Tibre le soir même. Michel Humbert commente ces événements dans les termes suivants : « Plus tard, pour masquer d'une légalité apparente des assassinats du même ordre, le Sénat fabriquera la théorie dite du Sénatus-Consulte ultime ; mais Scipion Nasica en a déjà, en 133, découvert tous les éléments : la patrie en danger, la mise hors de la loi, le meurtre sans jugement et sans appel au peuple - et le tout à l'entière discrétion du Sénat » (*Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, Dalloz, 1984, p. 315). Mais tout aussi remarquable que l'usurpation de Scipion est sans doute l'abstention du consul à agir dans le sens de l'injonction de ce dernier, faisant ainsi signe vers l'illégalité d'un tel abus.
- ⁵⁰ M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, p. 320-321.
- ⁵¹ *Id.*, p. 321.
- ⁵² M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, p. 321.
- ⁵³ Pompéi, allié des *optimates* contre César, perd définitivement la guerre civile à Pharsale, et la victoire de César marque la fin même de la République.
- ⁵⁴ Selon Mommsen, l'importance de la *provocatio* va jusqu'à constituer une deuxième instance du procès criminel, similaire à un recours en grâce.
- ⁵⁵ J. Gaudemet, *Les gouvernants à Rome. Essais de droit public romain*, Jovene, Napoli, 1985, p. 20.
- ⁵⁶ *Id.*, p. 37.
- ⁵⁷ La brutalité de ce mécanisme associé au *senatus consultum ultimum* est d'autant plus considérable si l'on pense au fait qu'originellement, le titre d'ennemi public était réservé aux ennemis de l'extérieur et ne pouvait pas qualifier un citoyen romain. Il est de ce point de vue significatif que suite aux événements de l'an 133 (affaire Tiberius Gracchus), le geste préventif des assemblées populaires a été de voter une loi pour rétablir l'obligativité de la *provocatio*, contre toute prétention du Sénat de s'ériger en cour criminelle (en 123, la *lex Sempronia de capite civis*).
- ⁵⁸ C'est seulement en 58 que Cicéron sera accusé d'avoir assassiné des citoyens romains sans jugement préalable. Le moteur de cette accusation, le tribun P. Clodius, donnera son nom à une loi qui constitue un exemple de contestation populaire des procédés sénatoriaux (la *lex Clodia de capite civis*).
- ⁵⁹ Antonio Dupla Ansuategui, *Videant consules : las medidas de excepción en la crisis de la República Romana*, Universidad de Zaragoza, 1990, p. 36.
- ⁶⁰ *Philippiques*, 5, 12.
- ⁶¹ Th. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. VII, p. 478.

LE CODE CIVIL EUROPÉEN. LA CONCILIATION DES DIFFÉRENTS SYSTEMES JURIDIQUES

Dana IRINA*

Résumé: Aujourd'hui, le problème n'est pas de savoir si l'unification internationale du droit se fera, mais de savoir comment elle se fera. L'élaboration d'un code civil européen implique des controverses majeures, liés d'une part à la détermination des critères d'applicabilité du code civil européen ou à la détermination des juges en charge de ce même code et d'autre part, regardant les sanctions en cas de non respect par les Etats membres des règles découlant du code civil de l'Union. Cependant, cette délimitation des champs d'application des codes n'empêche nullement que des conflits surgissent entre droit national et droit communautaire. De la même manière, des dissensions sont à prévoir et à remédier entre d'un côté, le code civil de l'Union et, de l'autre, le droit européen des droits de l'Homme.

Rezumat: Actualmente problema care se pune nu este de a ști dacă unificarea internațională a dreptului se va realiza sau nu, ci de a ști în ce modalitate. Elaborarea unui cod civil european suscită controverse majore legate atât de stabilirea criteriilor de aplicabilitate sau determinarea judecătorilor competenți în aplicarea codului, cât și referitoare la sancționarea nerespectării dispozițiilor acestuia. Pe de altă parte, delimitarea câmpurilor de aplicare a codurilor nu împiedică declanșarea unor conflicte între dreptul național și cel comunitar. De aceeași manieră trebuie anticipate și remediate disensiunile prevăzute a apărea între codul civil al Uniunii Europene și sistemul european al drepturilor omului.

Le problème n'est pas de nos jours de savoir si l'unification internationale du droit se fera; il est de savoir comment elle se fera¹. Ainsi, de manière identique, peu importe de savoir si un code civil européen, commun à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, verra ou non le jour au final, on ne peut en effet contester que certaines conditions, tant sur le plan institutionnel que matériel, sont en voie d'être réunies pour qu'une telle entreprise puisse aboutir, puisqu'un tel processus s'insère dans un vaste mouvement d'internationalisation et d'europanisation du droit, quasiment inéluctable².

Cependant, le projet de code civil européen soulève des objections majeures qui peuvent faire douter de son opportunité. En effet, des obstacles importants devront être surmontés pour que le Code civil européen ne reste pas à l'état de fiction, obstacles qui constituent autant de défis juridiques à relever pour l'Europe.

Nous allons étudier les projets en matière de code européen des contrats qui correspondent à une des mises en oeuvre de la quatrième option de la Commission dans sa communication de 2001³. La Commission n'exclut aucune hypothèse, en particulier, elle retient que ce code pourrait être un modèle optionnel qui *coexisterait* avec les droits nationaux ou au contraire *remplacer* totalement les législations nationales. Dans l'étude qui va suivre, on se basera sur cette dernière hypothèse car c'est la plus extrême mais on supposera qu'en cas d'élaboration d'un tel code, son adoption se fera par étapes. Il se superposera tout d'abord aux droits nationaux pour permettre à chacun de se familiariser avec, puis, si son application est satisfaisante, il pourra alors remplacer les législations internes en matière de droit des contrats.

Les obstacles à l'élaboration et à la mise en place d'un code civil européen sont de deux ordres. D'une part, on peut relever des **obstacles extrinsèques**, qui ne sont pas propres au processus particulier de codification, mais que l'on pourrait aussi rencontrer pour tout instrument, autre qu'un code, ayant vocation à rapprocher les droits des États membres de façon globale. Ce code doit en effet donner corps à un droit civil commun à l'ensemble des vingt-sept États membres actuels, voire plus dans le cas d'élargissements futurs, corpus traduit dans l'ensemble des langues officielles de l'Union.

L'élaboration et la mise en application d'un code civil européen pourraient se heurter à des conflits surgissant entre droit communautaire et droits nationaux d'une part, ainsi qu'à ceux existant entre droit communautaire et droit international et européen non communautaire d'autre part. Ces conflits sont inhérents au pluralisme juridique et ne cesseront pas tant que le pluralisme juridique sera présent au sein de l'Union européenne. Ce dernier ayant encore de beaux jours devant lui, des solutions doivent donc être envisagées pour apaiser et résoudre les conflits.

Une récente **théorie dialectique du droit**⁴, résumée de la manière suivante: *Oublions la pyramide de Kelsen, tout est réseau*⁵, rend bien compte de toute la complexité des rapports entre droit communautaire et droits des États membres. Cette complexité s'explique par la superposition des normes et des ordres juridiques communautaire et nationaux⁶. Des solutions sont à chercher pour résoudre les conflits potentiels pouvant surgir entre les dispositions nationales et celles du code civil européen, le droit communautaire prévalant sur le droit interne.

Si on peut parler de *superposition* à propos de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques internes aux États membres, on préférera le terme de *coexistence*⁷ pour aborder la question des conflits entre droit communautaire et européen des droits de l'Homme, puisqu'on sort du cadre de l'intégration communautaire. Ces conflits potentiels doivent être identifiés et résolus afin que le futur code civil de l'Union n'entre pas en contradiction avec les normes européennes non communautaires.

I. La possible mise en place d'un code civil européen implique que les problèmes majeurs, liés d'une part à la détermination des critères d'applicabilité du code civil européen, et d'autre part, à la détermination des juges en charge de ce même code, soient dépassés sans quoi la superposition des codes européen et nationaux ne saurait être viable.

En effet, on ne peut souscrire à la thèse selon laquelle *la mort des codes civils nationaux est clairement programmée*⁸. Elle méconnaît la nature même du droit communautaire, qui n'a pas pour vocation de supprimer les droits nationaux mais de les intégrer en s'y superposant. Si un code civil européen voyait le jour, les codes civils nationaux continueraient donc d'exister et de régir les situations purement internes. Au code civil européen seraient dévolues les situations intracommunautaires. En raison de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, un code civil européen ne pourra avoir qu'un champ d'application communautaire.

Cependant, cette délimitation des champs d'application des codes n'empêche nullement que des conflits surgissent entre droit national et droit communautaire. Un juge doit donc être trouvé au code civil européen, afin qu'il assure son interprétation et son application uniforme sur l'ensemble des territoires des États membres. C'est encore en raison de la spécificité de l'ordre communautaire que le code civil européen ne saurait avoir pour seul juge les juridictions communautaires. Les juges nationaux ont aussi un rôle important à jouer.

1. La détermination des critères d'applicabilité du code civil européen

*L'ordre juridique communautaire n'a pas un caractère d'omniprésence*⁹. En effet, le code civil européen aurait vocation à s'appliquer dans un champ d'application déterminé et donc communautaire. Or, nous allons voir que les juridictions communautaires tendent à concevoir l'applicabilité du droit communautaire de façon extensive.

En vertu des principes de subsidiarité et de spécialité régissant l'ordre communautaire, et quelle que soit la forme que revetira le futur code civil européen, cet acte communautaire sera soumis à des conditions d'applicabilité. Le droit communautaire a un champ d'application déterminé, qui se distingue du champ d'application national, interne aux États membres.

Il est délimité de façon classique *rationae loci et materiae*, soit sur le territoire communautaire et par domaine d'intervention, mais aussi depuis peu *rationae personae*, en fonction de la personne, grâce à une jurisprudence constructive de la Cour de Justice en ce domaine. Tant matériellement, territorialement que personnellement, le droit communautaire ne s'intéresse pas en principe aux situations purement internes. Comme le souligne à maintes reprises la Cour de justice, *il résulte d'une jurisprudence constante [que] les règles du traité en matière de libre circulation et les règlements pris en exécution de celles-ci ne peuvent être appliquées à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont tous ses éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre*¹⁰. Le code civil de l'Union européenne ne pourrait donc s'appliquer qu'aux litiges présentant un élément d'extranéité¹¹, soit un rattachement communautaire¹². Par une vision largement restrictive de la situation purement interne, le juge communautaire va procéder à une extension considérable du champ d'application de son droit. Ainsi, bien qu'il soit difficile d'opérer une distinction claire et précise entre les différents champs d'application¹³, trois tendances se dessinent au travers de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Territorialement, les Traités et la réglementation prise en application de ceux-ci ne sont applicables que sur le territoire communautaire, somme des territoires nationaux¹⁴.

Mais le champ territorial ne coïncide pas exactement avec l'étendue du territoire de chaque État membre tel qu'il est défini par le droit interne¹⁵. L'article 299 § 4 du Traité CE dispose en effet que le droit primaire et dérivé s'applique aux territoires européens dont un État membre assume les relations extérieures, ces territoires étant considérés comme faisant partie intégrante de l'État membre. À titre d'exemple, le code civil européen a donc vocation à s'appliquer pour la France, aux territoires et départements d'outre-mer, ou aux îles anglo-normandes et à l'île de Man pour le Royaume Uni¹⁶. Des lors, on aurait pu croire que des situations litigieuses entre un État membre et un de ces territoires soient considérées comme internes. Or, le droit communautaire s'appliquera à certaines situations nationales comme le démontre la jurisprudence Lancry¹⁷ rendue en matière

d'octroi de mer, confirmée par la suite dans les arrêts Simitzi et Carbonati Apuani¹⁸. Dans ces différentes affaires, l'existence de *discriminations a rebours*¹⁹, pour lesquelles la Cour pose le principe d'une exclusion du champ d'application du droit communautaire dans la mesure où celles-ci affectent des situations purement internes²⁰, n'a pas constitué un obstacle à la qualification de situation intracommunautaire. De la sorte, des situations qui se trouvent cantonnées à l'intérieur d'un Etat membre n'échapperont pas à la juridiction communautaire.

Matériellement et personnellement, la jurisprudence a connu une évolution spectaculaire, effet utile oblige. Le champ d'application du droit communautaire s'est progressivement dématérialisé. Le rattachement communautaire ne se fait donc plus seulement en fonction d'une activité matérielle mais aussi en considération de la personne du ressortissant²¹, par l'intermédiaire de la citoyenneté européenne, ce qui étend considérablement le champ d'application *rationae personae* du droit communautaire. On assiste à un phénomène d'*anthropocentrisme*²² du droit européen, qui tend à resserrer son intérêt autour du ressortissant des Etats membres de l'Union.

Cette jurisprudence est de bon augure pour le code civil européen, qui fera une large place aux droits de la personne. Si la Cour s'appuie sur la nationalité, elle a précisé en outre qu'un citoyen européen peut invoquer les quatre libertés de circulation sans qu'il ait besoin de franchir une quelconque frontière. L'élément transfrontalier de la situation disparaît.

Enfin, une autre avancée doit être soulignée dans l'extension du champ d'application *rationae materiae*. La Cour de Luxembourg a mis au point une jurisprudence constructive qui édifie une sorte de *protection par ricochet*²³ des ressortissants des Etats tiers présentant un rattachement avec un citoyen européen. Par cette jurisprudence qualifiée de *libérale*²⁴, la Cour octroie un certain nombre de droits concrets à des ressortissants d'Etats tiers qui entretiennent avec les citoyens de l'Union européenne un lien personnel, familial ou quasi-familial.

On peut donc conclure qu'en application de la jurisprudence que nous venons de décrire, le code civil européen aura un champ d'application des plus larges, en partie grâce à la notion de citoyenneté de l'Union européenne. Cependant, ce champ d'application considérable risque par conséquent de s'entrecroiser ou de se confondre avec le champ d'application national ou interne aux Etats membres. C'est le cas à l'image en droit de la concurrence où, d'une part, le droit communautaire a vocation à s'appliquer aux affaires ayant une dimension seulement communautaire et où, d'autre part, le droit national s'applique à celles présentant une dimension nationale

mais aussi communautaire²⁵. Des conflits ne manqueront pas de surgir entre la norme communautaire, à savoir le code civil européen, et la norme nationale, le code civil ou la législation civile interne. Ces heurts paraissant inévitables, il faut se demander quel juge sera chargé du contentieux relatif à l'interprétation et à l'application du code civil européen.

2. La détermination des juges en charge du code civil européen

En raison du caractère spécifique du droit communautaire, le code civil européen ne saurait avoir pour seul juge les juridictions communautaires, autrement dit le Tribunal de première instance et la Cour de Justice. Le juge national est en effet le premier juge du droit communautaire, son juge de droit commun. Cette dualité de juridictions compétentes pour connaître des litiges qui porteront sur ce code peut poser des problèmes de conflits tant dans l'interprétation que dans l'application des règles issues du code civil de l'Union.

Afin de rendre cette superposition de juridictions viable, le système communautaire a prévu différentes techniques, telles principalement la technique des notions autonomes et le mécanisme du renvoi préjudiciel, qui vont permettre de remédier à un risque de divergences dans l'interprétation et l'application de ce droit communautaire. Cependant, à vouloir peut-être trop étouffer les disparités, le système communautaire n'évite pas certains écueils, propres à le mettre en péril. Ces écueils doivent donc être identifiés puis surmontés avant la mise en place d'un code civil européen qui demandera un travail supplémentaire considérable aux juridictions communautaires. Enfin, en cas de non respect par les États membres des règles découlant du code civil de l'Union, des sanctions doivent être prévues au niveau communautaire et peuvent être recherchées dans le mécanisme de responsabilité des États membres pour manquement à leurs obligations leur incombant en vertu des Traités.

Néanmoins, le juge national étant le juge de droit commun, seul ce dernier pourra effectivement écarter toute norme interne contraire au droit communautaire.

3. La compétence pour l'interprétation et l'application du Code civil européen

Il est primordial qu'une Cour assure l'unité dans l'interprétation et l'application faites par les juges nationaux des règles découlant du code civil européen. Dans cette optique, certains écueils devront être évités.

Il est évident que si les juridictions internes sont l'interprète de droit commun du droit de l'Union européenne, la Cour de Luxembourg en est l'*interprète authentique*²⁶. Afin d'assurer une interprétation et une application uniforme du code civil de l'Union sur l'ensemble des territoires des États membres, la mise en œuvre de la méthode des *notions autonomes* dégagée par la Cour de Justice ainsi que du mécanisme du renvoi préjudiciel institué par les Traités fondateurs, permettent de limiter les conflits entre les juges communautaires et nationaux, et d'instaurer un dialogue salubre.

Comme l'a souligné la Cour de Luxembourg à de nombreuses reprises, *sauf renvoi, explicite ou implicite au droit national, les notions juridiques utilisées par le droit communautaire doivent être interprétées et appliquées de façon uniforme dans l'ensemble de la Communauté*²⁷. À cette fin, face à des notions revêtant des significations différentes selon les législations nationales, la Cour va les doter d'un sens communautaire, ces notions étant définies de façon autonome, excluant ainsi le recours aux définitions internes à chaque État membre. Par ce biais, la Cour de Justice veille à ce que les notions auxquelles se réfère ce droit ne varient pas en fonction des particularités de chaque droit national, mais reposent sur des critères objectifs définis dans un cadre communautaire²⁸. Ainsi, il est à parier que les notions juridiques floues ou imprécises, les nombreux standards que recèlera le code civil européen auront un sens communautaire défini par la Cour, et auquel les États membres devront se soumettre pour interpréter et appliquer les dispositions du code, quand bien même ces notions sembleraient avoir leur équivalent en droit national²⁹.

Cette technique des *notions autonomes* développée par la Cour de Justice n'est pas sans rappeler celle développée par la Cour européenne des droits de l'Homme, à qui le vocabulaire même de *notions autonomes* semble avoir été emprunté. En effet, ce qui importe aux juges européens, c'est de retenir la définition qui leur semble la plus compatible avec l'objet et le but de leur droit, afin de donner tout *effet utile* aux notions en découlant³⁰. Par cette méthode, la Cour de Justice verrouille par la même occasion le champ d'application du droit communautaire, tout en l'élargissant³¹. Il ressort en effet de l'examen de la jurisprudence communautaire que, lorsque la Cour dote une notion juridique d'un sens communautaire, elle prend soin de préciser qu'elle ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive. Il en résulte que le juge luxembourgeois semble avoir le dernier mot en matière d'interprétation du texte du code, et par conséquent quant à son application, comme le prouve le mécanisme du renvoi préjudiciel, institué par les Traités.

Le mécanisme du renvoi préjudiciel, prévu par l'article 234 CE, permet à la Cour, et depuis peu au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes³², d'apporter l'éclairage juridique nécessaire à la solution d'un litige pendant devant le juge interne³³. Cependant, il n'existe pas de subordination institutionnelle des juridictions nationales au juge communautaire³⁴. Ces dernières n'ont en effet aucune obligation de saisir le juge communautaire, d'autant plus si le litige ne pose aucune difficulté en matière d'interprétation des textes communautaires, soit parce qu'elles ont déjà saisi la Cour sur un problème similaire, soit qu'une autre juridiction, du même État membre ou d'un autre État membre, ait déjà amené la Cour à se prononcer sur la question en cause. Cela relève du seul pouvoir d'appréciation du juge national, la Cour de Justice ne pouvant s'auto-saisir. Pourtant, il suffit de constater le nombre croissant de renvois pour en déduire que les juges nationaux, n'hésitent pas, en cas de doute, à saisir la Cour, afin d'interpréter et d'appliquer au mieux les dispositions communautaires. Ce mécanisme se révèle particulièrement efficace dans le traitement préventif des conflits d'interprétation et d'application du droit communautaire. En témoigne une jurisprudence constructive de la CJCE ayant permis de répondre à des questions préjudicielles posées par les juges nationaux bien que celles-ci portent sur une situation purement interne. La Cour répond aux préoccupations du juge national exprimées à propos d'une situation de discrimination à rebours, en principe exclue du champ d'application du droit communautaire³⁵.

Dans l'hypothèse où le futur code civil européen n'aurait pas de force obligatoire pour les États membres, notamment s'il est optionnel, tout juge d'un État membre dont la législation s'en inspirerait pourrait, à l'occasion d'un litige interne pendant devant lui, saisir le TPICE ou la CJCE d'un renvoi préjudiciel pour obtenir un éclairage juridique sur la question. Cette jurisprudence est donc loin d'être anodine. Ces différentes techniques d'autonomie notionnelle et de renvoi préjudiciel évitent, préventivement, les dissensions qui pourraient exister entre les juges nationaux et communautaires. Bien que la Cour ait, par une interprétation dynamique, tendance à accroître ses compétences, il ne faut pas pour autant en conclure que le conflit d'interprétation pouvant surgir se règle toujours forcément de façon favorable au droit communautaire. Néanmoins, dans sa volonté d'assurer au mieux l'unité d'interprétation et d'application du droit communautaire, la Cour n'a pas évité certains écueils, qu'il convient de résoudre avant qu'un code civil européen ne soit mis en œuvre et ne vienne compliquer singulièrement la donne.

Deux écueils doivent principalement être mis en lumière. Ils ne sont certes pas inhérents à la mise en place d'un code civil européen. Ils sont bien au contraire caractéristiques des maux chroniques dont souffre la juridiction communautaire ces dernières années, victime de son succès. Cependant, avec l'entrée en vigueur d'une législation civile communautaire, ces maux devraient s'accroître. Des remèdes devront donc être trouvés, sans quoi l'application du code civil de l'Union pourrait être mise en péril.

Cette nouvelle législation risque fort, premièrement, d'opérer une explosion du contentieux des questions préjudicielles devant les juridictions communautaires. Le code civil de l'Union aura, comme nous l'avons démontré plus haut, un champ d'application particulièrement large, à l'effigie des contours vagues et incertains de la matière civile. Il est prévisible que les juges nationaux auront une obligation quasi morale de saisir la Cour dès qu'une difficulté se présentera à eux. Ce problème d'accroissement du contentieux devant les juges communautaires n'est pas nouveau. L'arrivée des dix derniers États membres en 2004 a déjà eu un impact important sur le contentieux préjudiciel³⁶, de même que l'attribution récente de nouvelles compétences préjudicielles à la Cour liées à certaines conventions, notamment la Convention de Schengen³⁷, et aux règlements dits de Bruxelles et de Rome³⁸. Il est prévisible que la juridiction communautaire tout entière subira un engorgement considérable, même si une partie des renvois préjudiciels dévolus autrefois en exclusivité à la Cour, ont été transférés au TPICE.

En effet, la logique de désengorgement de la Cour qui a présidé à ce transfert de compétences, risque d'avoir un effet inverse à celui recherché. En désignant le TPICE pour connaître de certains renvois préjudiciels, le législateur communautaire a prévu de façon contradictoire la possibilité que l'arrêt rendu par le TPICE puisse faire l'objet d'un nouvel examen devant la Cour. Il semble dès lors difficile de prédire si le contentieux en renvoi préjudiciel devant la Cour diminuera de façon effective. Quoi qu'il en soit, le contentieux lié à l'interprétation du code civil de l'Union n'abonderait pas dans ce sens. C'est pourquoi, dans un souci d'efficacité, il serait judicieux d'abandonner cette possibilité pour la Cour de revenir sur l'arrêt en interprétation rendu par le TPICE puisqu'on ne peut ignorer que les rapports entre la Cour et le Tribunal, loin d'être hiérarchiques, sont plutôt sous la coupe de la spécialisation³⁹. Cela permettrait, de plus, d'éviter de potentielles divergences entre la Cour et le Tribunal sur une même affaire. Le système communautaire perdra en cohérence si une telle potentialité venait à voir le jour.

Le second écueil à mettre en relief est celui du risque d'allongement des procédures tant nationales que communautaires. En effet, l'accroissement du contentieux communautaire suite à l'adoption du code civil européen aura des conséquences logiques sur le délai imparti par la Cour, notamment en matière de renvoi préjudiciel, pour répondre au juge interne. Corrélativement, si le temps d'attente devant la juridiction communautaire s'allonge, il est à craindre que celui s'écoulant devant le juge national en fera de même, le renvoi préjudiciel s'insérant et s'ajoutant aux délais de la procédure nationale⁴⁰. Il semblerait que pour les spécialistes, le mécanisme commence à s'enrayer. Ce phénomène d'allongement des délais risque fortement de décourager tout juge national désireux de saisir la juridiction communautaire⁴¹. Ne préférera-t-il pas à l'avenir résoudre seul le litige communautaire pendant devant lui, le renvoi préjudiciel dépendant de sa seule appréciation? Il est vrai que le juge interne est soucieux de respecter ses obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme et ne souhaite pas être condamné par la Cour de Strasbourg pour méconnaissance des garanties liées au procès équitable, les juridictions nationales devant trancher les litiges dans un délai dit raisonnable au sens de l'article 6 de la ConvEDH.

Toujours concernant la problématique du délai raisonnable, il ne faut pas oublier que la juridiction communautaire elle-même est soumise à une obligation de diligence et de célérité dans le traitement de ces affaires. En effet, dans la célèbre affaire dite des *treillis soudés*⁴² du 17 décembre 1998, la Cour de Justice a proclamé pour la première fois que le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable⁴³, et qui s'inspire de l'article 6 de la ConvEDH, est applicable dans le cadre d'un recours juridictionnel introduit par un requérant devant le TPICE contre une décision de la Commission rendue en matière de concurrence. Dans cette affaire, la procédure devant le Tribunal avait duré 5 ans et 6 mois, ce qui est de prime abord *considérable*, selon les termes employés par la Cour. Cette dernière se livre à une véritable appréciation in concreto du *délai raisonnable*, prenant en compte certains éléments tels que les circonstances propres à l'affaire et sa complexité, l'enjeu du litige pour l'intéressé, le comportement du requérant et des autorités nationales, n'hésitant pas à se référer à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière⁴⁴. La sanction du dépassement du délai raisonnable se solde en l'espèce par la réduction de l'amende infligée au requérant. La Cour aurait pu aussi prononcer l'annulation de

l'arrêt attaqué mais elle s'y refuse se fondant en l'espèce sur la durée de la procédure, qui n'a pas eu à ses yeux une véritable incidence sur la solution du litige⁴⁵. Par conséquent, on peut déduire de cette solution que le juge communautaire est tenu de respecter le délai raisonnable dans la gestion des litiges dont il est saisi. Mais la difficulté majeure est que dans cette situation, la juridiction communautaire est à la fois juge et partie. Dans de telles conditions, on ne peut être sûr que la procédure soit véritablement impartiale. Il est vraisemblable de croire, même si on ne peut l'affirmer avec certitude par manque de précédent judiciaire, que, dans l'hypothèse où la Cour commettrait un dépassement du délai raisonnable, celle-ci pourrait se voir assigner devant le TPICE en réparation du préjudice causé par son propre retard⁴⁶.

Mise à part la solution de s'en remettre à la sagesse des juridictions, ces écueils notables pourraient être balayés par une réforme de grande envergure de la juridiction communautaire, notamment s'il était décidé d'y introduire un recours direct des particuliers à l'encontre des décisions des autorités nationales⁴⁷. Cette solution aurait pour avantage d'offrir au citoyen européen une protection juridictionnelle encore plus effective, sur le modèle du système instauré devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Son principal inconvénient est sa remise en cause d'un édifice jurisprudentiel patiemment construit par le dialogue entre les juridictions, faisant la spécificité du système communautaire.

4. La compétence pour la sanction du Code civil européen

En cas de non respect par les États membres des règles découlant du code civil de l'Union, des sanctions doivent être prévues au niveau communautaire et peuvent être recherchées dans le mécanisme de responsabilité des États membres pour manquement aux obligations leur incombant en vertu des Traités. Néanmoins, le juge national étant le juge de droit commun, seul ce dernier pourra effectivement écarter toute norme interne contraire au droit communautaire.

Les articles 226 et suivants du traité CE prévoient la possibilité pour la Commission mais aussi pour chaque État membre, de faire constater qu'un autre État membre a manqué à ses obligations découlant des traités. Cette procédure met en lumière la responsabilité de l'État dans le maintien inchangé dans sa législation de textes incompatibles avec les dispositions du droit communautaire. Dans les deux initiatives, un avis motivé est émis à ce sujet, précédé de la possibilité pour l'État membre en cause de

présenter des observations. L'Etat doit s'y conformer dans le délai imparti sous peine de se voir assigné devant la Cour de justice. Dans l'hypothèse où le manquement serait avéré, l'Etat serait astreint à assurer l'exécution de la décision prise par la Cour dans les plus brefs délais. Ce que sanctionne par la même la Cour, c'est la situation d'incertitude juridique dans laquelle l'Etat membre précipite les bénéficiaires des droits concernés. Ce recours connaît des limites en ce qu'il est ouvert aux seuls Etats et à la Commission, donc fermé aux particuliers, auxquels le code civil européen s'adresse en premier lieu. Comme nous l'avons relevé plus haut, l'ouverture de voies de recours aux particuliers, sur le modèle de la Cour européenne des droits de l'Homme, afin de sanctionner directement les décisions nationales, serait un remède efficace.

Cependant, cette réforme est délicate à mettre sur pied, afin de ne pas remettre en cause les rouages et l'équilibre du système communautaire.

Il est peut-être préférable de ne pas éloigner le litige de son juge. Le juge national est le mieux à même de résoudre le litige puisqu'il détient à cet égard un monopole exclusif dans le règlement du conflit surgissant entre une norme communautaire et une norme interne. Les juridictions communautaires n'ont aucun pouvoir d'invalider la norme nationale incompatible avec les dispositions du traité ou la réglementation prise en application de ceux-ci. Seules les juridictions des Etats membres peuvent le faire et en ont même l'obligation, en raison de la prévalence de la norme communautaire.

II. De la même manière, des dissensions sont à prévoir entre d'un côté, le code civil de l'Union et, de l'autre, le droit européen des droits de l'Homme. Il faudra y remédier tant préventivement que postérieurement.

Les Etats membres sont tenus par des engagements internationaux auxquels ils ont souscrits soit antérieurement, soit postérieurement à leur adhésion. Le futur code civil européen ne pourra donc éluder le droit international et plus particulièrement le droit européen des droits de l'Homme, la Convention européenne des droits de l'Homme faisant partie intégrante du droit commun civil européen, comme nous l'avons vu précédemment.

En effet, des conflits risquent de surgir entre les solutions découlant du code civil européen, assorti de son interprétation par la juridiction communautaire et les dispositions de la Convention de 1950, telle qu'interprétée dynamiquement par la Cour européenne des droits de

l'Homme. En filigrane, se pose le problème auquel le juge national pourra être confronté, ce dernier étant tenu de respecter à la fois les exigences découlant du droit communautaire du code civil européen et de la ConvEDH⁴⁸. C'est la raison pour laquelle il sera intéressant de déterminer si un remède peut être envisagé à la préexistence du code civil européen pour minimiser les conflits entre les deux ordres juridiques européens.

Outre la Convention européenne des droits de l'Homme, le code civil de l'Union devra composer avec les normes internationales applicables en droit interne des États membres. Il est bien évident que le droit communautaire va, dans un certain nombre de cas, prévaloir sur les engagements internationaux. Cependant, des contrariétés pourront émerger plus particulièrement à propos de conventions internationales uniformes telles que la Convention portant sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Dans *un souci de ne pas opposer l'ordre européen à l'ordre mondial*⁴⁹, ces dissensions doivent être identifiées et prises en compte lors de l'élaboration même du code civil européen, afin de prévenir toute interaction ou interférence entre droit communautaire et droit international.

1. Les difficultés liées à la coexistence des deux ordres juridiques européens

Bien qu'il soit discutable de parler d'**ordre juridique** concernant le système de protection mis en place par le Conseil de l'Europe, il est indubitable que le système communautaire et le système européen des droits de l'Homme sont bien autonomes l'un par rapport à l'autre. Ils doivent par conséquent coexister, les États membres de l'Union étant aussi parties à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le juge national est par conséquent pris dans un étau, ne pouvant se contenter d'appliquer les textes ou de suivre la jurisprudence de l'un ou de l'autre système, mais devant au contraire appliquer et pratiquer les deux ordres européens⁵⁰.

Si aucune passerelle n'a été prévue pour résoudre les conflits entre CJCE et CEDH, les deux Cours y ont remédié par leur jurisprudence. Cependant, l'adoption du code civil européen sera potentiellement un facteur à l'origine de conflits. On pourrait penser qu'il n'est guère raisonnable de s'en remettre à la seule sagesse des juridictions européennes, et que seule l'adhésion à la Convention européenne par l'Union éclaircirait les choses.

2. Les conflits entre code civil européen et ordre public européen humaniste

La Convention européenne des droits de l'Homme constitue l'épine dorsale de l'ordre normatif européen⁵¹. Bien que l'Union se soit dotée récemment d'une Charte communautaire des droits fondamentaux, le système de protection mis en place est loin d'être parfait, en raison de l'absence de création d'une voie de recours spéciale permettant aux citoyens européens de saisir la juridiction communautaire pour la garantie de leurs droits fondamentaux⁵².

Depuis de nombreuses années, l'ordre juridique communautaire a intégré la Convention européenne, en tant qu'*instrument constitutionnel de l'ordre public européen* selon les termes employés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt Loizidou⁵³, puisqu'elle lui réserve une place toute particulière dans sa propre hiérarchie des sources. La Cour de justice applique en effet la Convention en tant que principe général du droit communautaire⁵⁴, situé juste en dessous des Traités constitutifs dans la hiérarchie des normes communautaires. Cela lui permet d'en avoir une interprétation que l'on pourrait qualifier d'autonome, qui lui est propre⁵⁵. La CJCE aligne fréquemment ses solutions sur celles de la CEDH, s'appropriant sa jurisprudence qu'elle n'hésite pas à citer *in extenso* et à appliquer de façon directe⁵⁶.

Cet alignement pourrait présumer une subordination de fait, la CJCE soumettant la législation communautaire au strict respect des dispositions de la Convention. Or, juridiquement, rien ne permet de conclure dans ce sens. Tant que l'Union européenne n'est pas partie à la Convention, elle ne peut voir sa responsabilité engagée en tant qu'organisation internationale devant la Cour européenne pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux. Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'Homme a même refusé d'engager la responsabilité de l'Etat en ne contrôlant pas la *conventionnalité*, soit la compatibilité avec la Convention, de mesures nationales prises en application du droit communautaire dérivé ou originaire⁵⁷. Or, dans ses arrêts *Cantoni* puis *Matthews*⁵⁸, la Cour opère un revirement de jurisprudence, et affirme désormais sa compétence *rationae materiae* à l'égard des actes nationaux pris en application du droit communautaire. Des lors, si on ne peut engager la responsabilité de l'Union, il sera possible d'obtenir, à titre de substitut, la condamnation d'un Etat membre qui, en respectant ses obligations juridiques communautaires, aurait violé la Convention européenne.

De nombreux auteurs considèrent que seule l'adhésion de l'Union à la Convention européenne viendrait clarifier la situation et permettrait de soumettre les mesures adoptées dans le cadre de l'Union au contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme. Or, une méthode pour résoudre des conflits nés et à venir s'est dégagée d'une jurisprudence récente et pour le moins importante.

Dans une affaire *Bosphorus Airways*⁵⁹, rendue en grande chambre et par conséquent définitive au jour du 30 juin 2005, la Cour va accorder in abstracto aux mesures nationales d'application du droit communautaire une sorte de *brevet de conventionnalité*⁶⁰ qui vaudra pour l'avenir. La Cour a considérée que toute mesure d'un Etat membre prise en exécution de ses seules obligations juridiques communautaires doit être réputée justifiée des lors qu'il est constant que l'Union accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente ou comparable à celle assurée par la Convention.

On peut en déduire que la Cour se retranche derrière le brevet de conventionnalité accordé au système de protection des droits fondamentaux de l'Union pour se débarrasser de la question embarrassante des rapports entre droit communautaire et droit de la Convention. Il semblerait que face aux potentiels conflits se profilant à l'horizon, la Cour européenne ait opté pour une solution privilégiant le maximum de sécurité juridique tant pour les parties intéressées que pour les Etats membres. Des lors, toute mesure nationale prise en application des dispositions du futur code civil européen devra a priori être réputée compatible avec les règles découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme. Par conséquent, même si l'Union venait à adhérer en qualité de partie à la Convention, les requêtes dirigées devant la Cour européenne contre les actes de l'Union n'aboutiraient pas puisque, par le biais de cette jurisprudence nouvelle, le système communautaire bénéficiera d'une commode présomption de conventionnalité, qui, peu ou prou, confère une immunité au système communautaire et réduit le contrôle de la Cour européenne à un exercice de style⁶¹. La Cour européenne des droits de l'Homme semble donc être particulièrement attentive à la spécificité de l'ordre juridique communautaire⁶².

Outre la Convention européenne des droits de l'Homme, le futur code civil européen devra composer avec les autres normes internationales dont les champs d'application seront susceptibles de se recouper. Il est donc nécessaire d'instaurer préventivement des remèdes à ces conflits potentiels.

Conclusions

Les obstacles dépendant de circonstances extérieures au projet spécifique de codification sont donc protéiformes. De tout façon on peut affirmer avec plus de certitude que les difficultés plus spécifiques, inhérentes à la superposition ou à la coexistence des divers ordres juridiques nationaux ne poseront aucun embarras majeur. Concernant la superposition des ordres, il ne s'agit ni plus ni moins des mêmes difficultés rencontrées par toute norme de droit communautaire, commandées et engendrées par le caractère *sui generis* de la construction européenne. Quant à la coexistence des ordres en présence, les dissensions entre ordres juridiques européens seront pragmatiquement résolues grâce à la jurisprudence, et celles interférant avec le droit international pourront aisément être aplanies par une réflexion préalable sur ce problème.

Ainsi, malgré les hésitations institutionnelles et les retours parfois négatifs des acteurs économiques et de la société civile, l'hypothèse d'un code civil européen n'est en rien dépassée. Tout comme la constitution européenne, ce projet fait l'objet de mouvements d'éclipse et de mise en lumière, ce qui n'a pas empêché qu'un traité constitutionnel soit finalement adopté par les États membres de l'Union européenne. Même s'il semble peu probable que ce code voit le jour à très court terme, en raison de sa dimension sisyphéenne, les divers aspects techniques de cette entreprise présentent un intérêt indéniable et méritent d'être étudiés. C'est pourquoi les fondations du processus de codification européennes seront tout d'abord posées, même si celles-ci peuvent encore apparaître chancelantes. Un pas important ayant été franchi vers une possible codification européenne, il importera d'ores et déjà de réfléchir à son éventuelle réalisation, d'en mesurer tant l'objet que les effets.

Bibliographie

1. **Azoulay L.**, "Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux" , in *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n. 199.
2. **Cornu G.**, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002.
3. **David R.**, "Les méthodes de l'unification", in *Le droit comparé - Droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982.

4. **Dony M.** et **Bribosia E.**, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002.
5. **Fauvarque-Cosson B.**, "Faut-il un code civil européen ?", *RTDCiv.*, 2002, n. 3.
6. **Gaudin H.**, Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire, *RAE* 2003/2004, n. 1.
7. **Gautier M.** et **Melleray M.**, "Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire", *Revue des Affaires Européennes*, 2003/2004, n. 1.
8. **Gautron J.-C.**, "Rapport de synthèse", *Revue des Affaires Européennes* 2003/2004, n. 1.
9. **Idot L.**, "Propos introductifs", in *Internormativité et réseaux d'autorités: l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n. 199.
10. **Jacqué J.-P.**, "Droit communautaire et CEDH - L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour européenne des droits de l'Homme ?", *RTDE*, 2005.
11. **Lequette Y.**, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D.2002.
12. **Lichere F.**, L. Potvin-Solis et A. Raynouard, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2004.

Jurisprudence

1. CJCE 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, C-60/00.
2. CJCE 7 mai 1997, *Pistre*, aff. C-32/94.
3. CJCE 9 août 1994, *Lancry*, aff. C-363/93.
4. CJCE 14 septembre 1995, *Simitzi*, aff. C-485/93.
5. CJCE 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03.
6. CJCE 1^{er} février 1972, *Hagen OHG*, aff. C-49/71.
7. CJCE 10 janvier 1980, *Jordens-Vosters*, aff. C-69/79.
8. CEDH 15 novembre 1996, *Cantoni C/ France*.
9. CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*.

* Etudiante en master 2 Droit privé comparé, iridana21@yahoo.com.

¹ R. David, "Les méthodes de l'unification", in *Le droit comparé - Droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982, p. 304.

² B. Fauvarque-Cosson, "Faut-il un code civil européen ?", *RTDCiv.*, 2002, n. 3, p. 465.

³ Une autre option résiderait dans un texte global comportant des dispositions sur des questions générales de droit des contrats et sur des contrats spécifiques. Pour cette option, il y a lieu de discuter du choix de l'instrument et de la nature contraignante des mesures.

- ⁴ F. Ost et M. Van De Kerchove *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?*, RIEJ 2000, p. 44.
- ⁵ L. Idot, "Propos introductifs", in *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n. 199, p. 3.
- ⁶ L. Azoulay, "Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire a l'épreuve des intérêts et des droits nationaux", in *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n. 199, p. 4.
- ⁷ H. Gaudin, *Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire*, RAE 2003/2004, n. 1, p. 9.
- ⁸ Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, D.2002, chronique, p. 2202. Voir aussi, G. Cornu, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, D. 2002, chron. p. 351.
- ⁹ Conclusions de l'avocat général LA PERGOLA présentées sous l'affaire C-299/95, Kremzov.
- ¹⁰ CJCE 5 juin 1997, Kari Uecker et V. Jacquet, CJCE 11 juillet 2002, Mary Carpenter, C-60/00.
- ¹¹ CJCE 7 mai 1997, Pistre, aff. C-32/94.
- ¹² H. Gaudin, "Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire", *Revue des Affaires Européennes*, 2003/2004, n. 1, p. 16. La notion de rattachement est définie comme l'ordre juridique compétent et désigne ainsi la soumission de la situation à celui-ci.
- ¹³ J.-C. Gautron, "Rapport de synthèse", *Revue des Affaires Européennes*, 2003/2004, n. 1, p. 112.
- ¹⁴ H. Gaudin, *op.cit.*, p. 13.
- ¹⁵ Conclusions de l'avocat général P. LEGER, présentées le 3 mai 2005, sous C-293/02, Jersey Produce Marketing Organisation Ltd.
- ¹⁶ *Idem*.
- ¹⁷ CJCE 9 août 1994, Lancry, aff. C-363/93.
- ¹⁸ CJCE 14 septembre 1995, Simitzi, aff. C-485/93, et CJCE 9 septembre 2004, Carbonati Apuani, aff. C-72/03.
- ¹⁹ Sur la définition de la *discrimination a rebours*, voir par exemple : Conclusions de l'avocat général P. Léger, présentées le 3 mai 2005, sous C-293/02, Jersey Produce Marketing Organisation Ltd.: *Une situation de discrimination a rebours se présente, notamment, lorsque les produits originaires d'un Etat membre sont soumis (en vertu d'une réglementation nationale), pour leurs échanges a l'intérieur de ce seul et même Etat membre, a un régime moins favorable que celui réservé soit aux produits importés d'autres Etats membres, soit aux produits destinés a y être exportés.*
- ²⁰ CJCE 23 octobre 1990, Driancourt, aff. C-355/85.
- ²¹ H. Gaudin, *op. cit.*, p. 8.
- ²² O. Dubos, "Les conflits entre normes communautaires et normes nationales", in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005.
- ²³ H. Gaudin, *op. cit.*, p. 19.
- ²⁴ J.-C. Gautron, *op.cit.*, p. 113.
- ²⁵ M. Gautier et F. Melleray, "Le champ d'application matériel, limite a la primauté du droit communautaire", *Revue des Affaires Européennes*, 2003/2004, n. 1, p. 29.
- ²⁶ F. Lichere, L. Potvin-Solis et A. Raynouard, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 168.
- ²⁷ 903 CJCE 1er février 1972, Hagen OHG, aff. C-49/71,
- ²⁸ 904 CJCE 10 janvier 1980, Jordens-Vosters, aff. C-69/79.
- ²⁹ Par exemple, des standards tel celui de *bonne foi* en matière de contrat

- ³⁰ F. Sudre, *Les grands arrêts de la CEDH*, 2003, p. 37: tant la CJCE que la CEDH se réfère à la notion d'effet utile.
- ³¹ H. Gaudin, *op. cit.*, p. 8.
- ³² Depuis le Traité de Nice, l'article 225 § 3 du traité CE permet au TPI de connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 234 CE, dans certaines matières spécifiques.
- ³³ F. Lichere, L. Potvin-Solis et A. Raynouard, *op. cit.*, p. 144.
- ³⁴ *Ibidem.*, p. 203-204.
- ³⁵ CJCE 5 décembre 2000, Guimont, aff. C-448/98.
- ³⁶ F. Lichere, L. Potvin-Solis et A. Raynouard, *op. cit.*, p. 204-205.
- ³⁷ Sur l'interprétation de la convention de Schengen, le premier arrêt en interprétation a été rendu récemment : CJCE 11 février 2003, Gözotök et Brügge, aff. C-187/01 et C6385/01.
- ³⁸ Voir notamment, les protocoles d'interprétation de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrés en vigueur le 1er août 2004, ayant attribué un nouveau pouvoir d'interprétation à la CJCE de cette convention.
- ³⁹ M. Dony et E. Bribosia, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 10.
- ⁴⁰ F. Lichere, L. Potvin-Solis et A. Raynouard, *op. cit.*, p. 205.
- ⁴¹ *Idem.*
- ⁴² CJCE 17 décembre 1998, aff. C- 185/95, Baustahlgewebe c/ Commission.
- ⁴³ Tel qu'il découle de l'arrêt CJCE 29 mai 1997, Kremzov, aff. C-299/95.
- ⁴⁴ CJCE 17 décembre 1998, aff. C- 185/95, Baustahlgewebe c/ Commission.
- ⁴⁵ CJCE 17 décembre 1998, aff. C- 185/95, Baustahlgewebe c/ Commission.
- ⁴⁶ M. Dony et E. Bribosia, *op. cit.*, p. 149.
- ⁴⁷ *Ibidem.*, p. 13.
- ⁴⁸ M. Dony et E. Bribosia, *op.cit.*, p. 216.
- ⁴⁹ P.H. Teitgen, *Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'Homme*, Ed. Confluences, Paris, 2000, p. 15.
- ⁵⁰ J.-C. Bonichot, "La Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe", in P. Tavernier, *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, colloque, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 98.
- ⁵¹ Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrétien, 2002, page 204
- ⁵² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2003, p. 139.
- ⁵³ CEDH 23 mars 1995, Loizidou c/ Grece.
- ⁵⁴ CJCE 15 mai 1986, Johnston, aff. C-222/84, et CJCE 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89 : la Cour affirme que *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit, dont la Cour assure le respect (...) la CEDH revet à cet égard une signification particulière.*
- ⁵⁵ J.-C. Bonichot, "La Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe", in P. Tavernier, *op.cit.*, p. 98.
- ⁵⁶ CJCE 12 juin 2003, Eugen Schmidberger c/ Autriche, C- 112/00.
- ⁵⁷ COMEDH 9 février 1990, M et Co c/ RFA, RUDH 1991, p. 134.
- ⁵⁸ CEDH 15 novembre 1996, Cantoni C/ France, Europe 1997, chron. 4, com. Y. Petit ; CEDH 18 février 1999, Matthews c/ Royaume-Uni, GACEDH n°60.

⁵⁹ J.-P. Jacqué, "Droit communautaire et CEDH - L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour européenne des droits de l'Homme ?", RTDE, 2005, p. 756; En l'espece, les autorités irlandaises avaient saisi un aéronef (pris en location auprès d'une compagnie aérienne yougoslave) de la compagnie aérienne turque Bosphorus Airways, en application d'un règlement du Conseil de l'Union, lui-même adopté sur la base d'une résolution ONU soumettant l'ex-république de Yougoslavie à un embargo en raison de l'état de guerre et des multiples violations des droits de l'Homme. Cette compagnie saisit le juge interne, qui surseoit à statuer afin d'interroger la CJCE par le biais d'une question préjudicielle, sur l'applicabilité du présent règlement. La Cour de justice considère que le droit communautaire applicable et que la saisie n'apparaît pas disproportionnée au regard de l'intérêt général en cause. De plus, la juridiction interne étant liée par l'arrêt de la CJCE, le Ministre des transports irlandais avait l'obligation d'appliquer le règlement communautaire et donc de saisir l'aéronef. N'obtenant pas gain de cause devant le juge national, la Compagnie forme un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation du droit au respect de ses biens, tel que protégé par l'article 1er du protocole 1, du fait de la saisie de l'aéronef.

⁶⁰ F. Sudre, "La « conventionnalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux", *op. cit.*, p. 1760.

⁶¹ *Ibidem.*, p. 1764.

⁶² F. Sudre, "Chronique de droit international et européen des droits de l'Homme", JCP, 2006, n. 164, point 9: à propos de l'arrêt CEDH 17 janvier 2006, *Aristimuno Mendizabal c/ France*, dans lequel la Cour affirme que *l'article 8 CEDH doit être interprété à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux États membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires.*

PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT. LA TERMINOLOGIE

Monica Anca TUDUCE*

Riassunto. Il nostro intento non è stato quello di dimostrare né l'utilità, né il contrario di una simile impresa di armonizzazione del diritto contrattuale a livello comunitario, aspetti largamente illustrati dai vari gruppi di lavoro dottrinale: Gruppo Gandolfi, Gruppo Von Bar, Study Group con il suo Draft Common Frame of Reference oppure la Commissione Lando.

La nostra analisi mira a fare un quadro comparativo di alcuni aspetti lessico-terminologici nelle versioni inglese, francese e italiana del lavoro della Commissione Lando, **Principi di diritto europeo dei contratti**. Per niente esaustivo, il nostro intento è di mostrare alcuni esempi che giustificheranno la necessità di prendere in considerazione gli aspetti pro e contro, sia giuridici, economici, culturali e politici, da una parte, che i limiti imposti sotto aspetto linguistico, dall'altra, al fine di realizzare un obiettivo di una tale portata e con una posta talmente forte.

L'unificazione del diritto contrattuale riceve in questo modo anche una pesante componente linguistica, da non trascurare se si desidera costruire una norma giuridica transnazionale, alla luce del motto europeo "Unita nella diversità".

Rezumat. Intenția noastră nu a fost de a demonstra utilitatea sau contrariul unui asemenea demers de armonizare a dreptului contractual la nivel comunitar, aspecte care au fost pe larg ilustrate de diferitele grupări doctrinale: Grupul Gandolfi, Grupul Von Bar, Study Group cu al său Draft Common Frame of Reference sau Comisia lui Ole Lando.

Analiza noastră urmărește să illustreze câteva aspecte lexico-terminologice surprinse comparativ în versiunile engleză, franceză și italiană ale lucrării Comisiei Lando, **Principes du Droit Européen du Contrat**. Departe de a fi exhaustivă, prin această analiză am dorit să arătăm prin câteva exemple faptul că la realizarea unui obiectiv de o asemenea anvergură și cu o miză atât de puternică, trebuie luate în considerare aspectele pro și contra, nu numai din punct de vedere juridic, economic, cultural și politic, ci și limitările impuse la nivel lingvistic.

Unificarea dreptului contractul primește astfel și o componentă lingvistică, deloc de neglijat în cazul în care se dorește construcția unei norme juridice transnaționale, în lumina mottoului european „Unită în diversitate”.

Plusieurs projets d'harmonisation du droit des contrats ont été élaborés durant les vingt dernières années et peuvent servir de base à la réflexion pour la construction du droit européen des contrats : un de ces projets est représenté par les **Principes du Droit Européen du Contrat (PDEC)** ou **Principles of European Contract Law (PECL)**, établis par la Commission sur le droit européen des contrats, créée en 1980 sous l'égide du professeur Ole Lando.

La première partie des principes, sur l'exécution et l'inexécution, a été publiée en 1995 ; la deuxième partie, sur la formation, la validité, l'interprétation, le contenu et le mandat, a été publiée en 1998 et la troisième partie, portant sur une partie du régime général des obligations, a été achevée en 2001.

Les justifications de ces démarches résident, d'une part, en une nécessité d'unifier le droit à niveau pratique et, d'autre part, en la nécessité de faire un Code civil des obligations au niveau de l'Union Européenne. D'une part, les échanges transfrontaliers ont besoin d'une norme qui régleme leur fonctionnement, norme qui dépasse les systèmes juridiques nationaux et qui ne leur soit pas soumise.

En effet, l'unique modalité pour réaliser un marché réellement unifié est celle de mettre en place un système commun de règles, susceptibles d'outrepasser les barrières traditionnelles représentées par la discipline qui règle chaque système juridique en la matière.

Du point de vue structurel, le texte des *Principes* n'est pas organisé comme un texte législatif ordinaire, n'ayant pas de préambule contenant un glossaire de terminologie juridique. C'est donc pourquoi la lecture du texte des *Principes* pourrait d'emblée entraîner des incompréhensions. Une analyse du texte des *Principes* apparaît par conséquent insuffisante pour une compréhension adéquate. L'ouvrage de Georges Rouhette, à part d'autres clarifications sur le texte des articles, apporte également quelques explications terminologiques. Une autre lecture complémentaire utile pour une correcte saisie des divers articles des Principes est celle de l'ouvrage Terminologie contractuelle commune, réalisé par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture.

ACTE - FAIT JURIDIQUE - CONTRAT

Tous les droits européens ont à leur base la conception romaine sur les sources des obligations, celle quadripartite réalisée par Justinien, selon laquelle les sources des obligations sont : le contrat - le quasi-contrat, le délit - le quasi-délit.

Cette conception engendre dans les droits qui s'en inspirent une distinction entre l'acte juridique et le fait juridique.

Ainsi, dans le droit français, l'acte juridique est défini comme une « *Manifestation d'une volonté accomplie en vue de produire des effets de droits et sans laquelle ces effets de droits ne se produiraient pas.* »¹; en même temps, le fait juridique est un événement quelconque, qui correspond à tout ce qui arrive,

tout ce qui se produit ; il peut s'agir d'un phénomène physique (une tempête, la nuit, un ouragan), mais également social (la grève, la guerre) ou individuel (l'hospitalisation, le handicap, la maladie), ce peut être également un comportement (par omission ou par action), soit de l'homme, d'un animal, d'une chose. Les faits juridiques présentent des variétés innombrables, engendrant des situations juridiques diverses.

Ces expressions sont retrouvées également en droit italien (« *atto giuridico* » et « *fatto giuridico* »), mais la reprise des mêmes termes crée ici une confusion, puisqu'à niveau de leur signification, les deux systèmes de droit ne se superposent pas.

Un « *fatto giuridico* » est un événement naturel, tandis qu'un « *atto giuridico* » est un comportement humain. Un « *fatto giuridico* » est tout événement naturel indépendant de la volonté humaine, qui provoque des conséquences dans le champ juridique : par ex., une chute de grêle. Par contre, un « *atto giuridico* » est tout événement produit de façon consciente par les hommes, qui engendre des conséquences dans le champ juridique : par ex., une promenade pendant un couvre-feu. Les « *atti giuridici* » et « *fatti giuridici* » n'ont aucune valeur juridique lorsqu'il n'y a pas de correspondance avec le droit.

En droit français, « *l'acte juridique* » a un sens plus restreint, représentant une « *manifestation de volonté qui vise à produire des effets juridiques* ». De ce point de vue, « *l'acte juridique* » correspondrait à la notion italienne de « *negozio giuridico* ». Le « *negozio giuridico* » a été adopté du système allemand, représentant la traduction du terme allemand de « *Rechtsgeschäft* ».

Le « *negozio giuridico* » est une notion du droit italien intraduisible en un seul mot, qui nécessite une définition plus étendue « *expression orale ou écrite, unilatérale ou plurilatérale de la volonté* » (étymologie du latin « *negotium* », notion romaine utilisée également en droit allemand).

Le « *negozio giuridico* » est une catégorie abstraite qui n'est pas réglementée dans le Code civil italien, mais qui a été largement élaborée par la doctrine italienne. Le « *negozio giuridico* » est toute manifestation de volonté susceptible d'engendrer, de modifier ou d'éteindre un rapport juridique. La manifestation de volonté ne doit pas être expresse, elle peut être entendue, même de façon tacite.

Du point de vue des sujets impliqués, les « *negozi giuridici* » peuvent être : unilatéraux, quand ils sont mis en place par une seule partie (par ex., le testament) ; bilatéraux, quand ils sont mis en place par deux parties (par ex., le contrat de vente-achat) ; plurilatéraux, quand ils sont mis en place par plusieurs parties (par ex., le contrat de société).

Du point de vue de leur structure, les « *negozi giuridici* » sont : formels, c'est-à-dire ils doivent respecter certaines conditions de forme précises et préétablies, afin d'être considérés valides (par ex., le testament) ; non formels, dans ce cas la forme n'étant pas importante, à moins que le résultat final soit atteint (par ex., les contrats).

Du point de vue de la qualification des sujets, les « *negozi giuridici* » sont : *mortis causa*, la mort d'un sujet étant nécessaire pour que le « *negozio giuridico* » produise ses effets (par ex., le testament) et *inter vivos*, qui sont mis en place par des êtres vivants (par ex., le contrat de vente-achat).

Sous aspect économique, les « *negozi giuridici* » sont rangés en : patrimoniaux, lorsque le rapport est susceptible de produire des avantages économiques et non patrimoniaux, lorsque ces avantages patrimoniaux sont exclus.

Pour que le « *negozio giuridico* » existe, il faut qu'il contienne certains éléments essentiels : la manifestation de volonté, l'objet, la cause et la forme. Si un de ces éléments manque, le « *negozio giuridico* » est nul. Par contre, si d'autres éléments, qui ne sont pas rangés dans cette catégorie des éléments obligatoires, viennent à manquer, le « *negozio giuridico* » est annulable.

En droit communautaire et international on remarque pourtant une absence de distinction entre acte juridique et fait juridique.

Les PDEC privilégient la notion de *contrat*, en défaveur de celle d'*acte juridique*.

Le contrat est entendu comme la volonté de celui qui s'oblige, doublée par le respect de la parole donnée. Dans le texte des PDEC, le terme « *contrat* » est utilisé plusieurs fois d'une manière impropre, avec le sens de « *relation contractuelle* » : « *leur contrat serait régi* » (art. 1 :101), « *Les parties sont libres de conclure un contrat* » (art. 1 :102).

Dans l'acquis communautaire, le terme « *contrat* » est doté d'une polysémie bien évidente.

En premier lieu, le terme est utilisé avec le sens classique de contrat, en soulignant pourtant une distinction entre le contrat-convention et le contrat-relation juridique. Le premier, représente l'accord de volonté, la manifestation de volonté des parties en vue de produire des effets juridiques.

Dans les PDEC, on n'arrive pas à cerner une définition homogène du contrat. Par contre, l'objet du contrat est défini à maintes reprises. Le contrat est vu comme un rapport de réciprocité, mais il est également considéré comme accord unilatéral : le contrat peut être conclu par la volonté des deux parties, mais seulement une d'eux s'assume des obligations, on a ainsi un contrat unilatéral.

De même, les contrats peuvent être des engagements unilatéraux avec force obligatoire. L'article 2:107 des PDEC envisage la possibilité d'une promesse obligatoire sans acceptation : « *La promesse qui tend à être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur.* », en consacrant de cette manière l'engagement unilatéral de volonté.

Le contrat est également vu comme un engagement. Ce terme est équivoque, utilisé dans l'acquis communautaire en polysémie.

En français, on utilise le terme « *engagement* » pour désigner plusieurs termes anglais :

- « *undertaking* » – voir l'art. 6:101 par. 3 des PDEC : « *Les mêmes informations et autres engagements d'une personne par publicité ou mise sur le marché de services, marchandises ou autres biens pour le compte d'un fournisseur professionnel, ou d'une personne située plus en amont de la chaîne de commercialisation, sont censés donner naissance à des obligations contractuelles du fournisseur, à moins que celui-ci n'ait pas eu et n'ait pas eu raisons d'avoir connaissance de ces informations ou engagements* ». La connotation de « *promesse* » du terme anglais « *undertaking* » a été pourtant surprise dans la version italienne du même paragraphe : « *Tali informazioni e altre **promesse** fatte da chi pubblicizza o commercializza servizi beni o altro per conto di un fornitore professionale, o da chi si trovi in uno stadio precedente della catena commerciale, si considerano fonte di obbligazioni contrattuali per il fornitore professionale salvo che esso non avesse o non avesse ragione di avere conoscenza delle informazioni o **promesse**.* »² et à l'article 2:105: « *Se un contratto redatto in forma scritta contiene una clausola oggetto di trattativa individuale con l'affermazione che la scheda contrattuale contiene tutte le clausole del contratto (clausola di omnicomprendività), qualsiasi altra precedente dichiarazione, **promessa**³ o accordo che non sia contenuto nella scheda contrattuale non fa parte del contratto.* ».
- « *commitmen* »
- « *liability* »
- « *obligation* » – voir l'article 7:107 paragraphe 2 : « *Le créancier qui, en vertu du contrat ou volontairement, accepte un chèque ou un autre ordre de paiement, ou un engagement de payer, n'est présumé le faire que sous la condition qu'il sera honoré. Il ne peut poursuivre le paiement de la dette originelle que si l'ordre ou l'engagement n'est pas honoré.* »
- « *agreement* »
- « *engagement* ».

On rencontre également le « *contrat* » vu comme un accord – soit avec le sens de contrat, de convention : voir l’art. 12 :101 paragraphe 2 « *Le créancier peut consentir à l’avance à une substitution future. La substitution ne prend alors effet que lorsque le nouveau débiteur lui notifie l’accord qu’il a conclu avec le débiteur originel.* » (dans la version anglaise « *agreement* »), soit pour désigner l’expression du consentement : « *Les présents Principes s’appliquent avec les modifications appropriées aux accords qui tendent à modifier ou résilier un contrat, aux promesses unilatérales ainsi qu’aux autres déclarations ou comportements indiquant une intention.* » / « *I Principi si applicano, con gli opportuni adattamenti, agli accordi volti a modificare o estinguere un rapporto contrattuale, alle promesse unilaterali, alle altre dichiarazioni negoziali e ai comportamenti che manifestano una volontà negoziale.* » (versions française et italienne de l’art. 1 :107).

I. PROMESSE - OFFRE - PROPOSITION

Le but principal des PDEC est de créer un cadre normatif unique pour le droit privé communautaire, qui facilite les échanges intracommunautaires. À cette fin, la Commission présidée par Ole Lando a ressenti le besoin de définir ce qui est en réalité le véhicule des relations intracommunautaires, à savoir le contrat. Tel qu’on a déjà illustré auparavant, on ne peut pas cerner une définition homogène du contrat du texte des PDEC.

La commission ne considère même pas que le contrat doit avoir une forme quelconque obligatoire. Il ne doit pas être rédigé par écrit et il peut être prouvé par tout moyen, y compris par des témoins. L’intention est la seule à régir la volonté des parties.

Ce manque de formalisme se remarque également au niveau de la conclusion des contrats. Dans un article ambigu, l’article 2 :107, les PDEC prêchent la validité de la promesse sans acceptation : « *La promesse qui tend à être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur.* ». Par l’intermédiaire de cette disposition la commission consacre l’engagement unilatéral de la volonté comme une source de l’obligation, qui atténue en quelque sorte la primauté accordée jusqu’alors à la réciprocité. Cette promesse va lier uniquement son proposant.

À la suite de cette section portant sur la formation des contrats, on présente la manière classique de formation d’un contrat, sur la base d’une offre et d’une acceptation. L’offre est une proposition de former un contrat, qui doit répondre à trois exigences : elle doit être communiquée à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public ; elle doit dénoter l’intention d’être lié, la volonté de se concrétiser en la formation d’un contrat ; et

finale, elle doit renfermer des conditions suffisamment définies (art. 2:201). Cette offre est valable jusqu'à l'épuisement du stock ou de la possibilité de rendre le service objet de l'offre. L'offre est effective lorsqu'elle parvient à son destinataire.

L'offre doublée de l'existence d'une acceptation représente les prémisses pour la conclusion des contrats.

L'acceptation de l'offre résulte même d'un comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre : « *Constitue une acceptation toute déclaration ou comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre.* » (art. 2:204). Par contre, le silence ou l'inaction ne valent pas acceptation. Tout comme au niveau du contrat, le formalisme n'est pas privilégié cette fois-ci non plus, l'acceptation ne doit pas revêtir aucune forme obligatoire.

Une offre peut être révoquée dans les cas suivants : si elle parvient à son destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation ou avant la conclusion du contrat ; si l'offre ne contient pas de délai déterminé pour l'acceptation.

Les PDEC prévoient même des cas spéciaux d'acceptation : par ex., l'acceptation tardive, généralement non acceptée, peut tout de même être agréée si elle parvient « *sans retard au destinataire* » (art. 2:207). Une autre forme d'acceptation prévue par le texte est celle de l'acceptation avec modification de l'offre. Dans ce cas-là, les PDEC font une distinction entre les modifications apportées : si celles-ci sont substantielles et altèrent le contenu de l'offre initiale, elles sont interprétées en effet comme un rejet de l'offre. Afin d'être considérées substantielles, les modifications doivent toucher au sens juridique de l'offre et viser ainsi le prix, le règlement, le délai ou la modalité de livraison. Si, par contre, les changements sont insignifiants, l'acceptation peut être prise en considération comme ayant pour objet l'offre initiale.

Le contrat pourra donc être considéré conclu lorsque l'acceptation de l'offre arrive à son proposant (déclaration de l'acceptation ou comportement indiquant cette acceptation).

Les contrats peuvent également être formés par d'autres méthodes, qui n'aient pas comme « *protagonistes* » l'offre et l'acceptation au sens classique, mais un simple échange de lettres, à moins que celui-ci contienne les idées essentielles ci-dessus énoncées : « *Quand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation, les règles de la présente section s'appliquent, avec les adaptations appropriées.* » (art. 2:211).

II. L'HOMONYME « TERME »

Le mot « *terme* » est polysémique et il a été utilisé avec plusieurs sens dans le texte des Principes. Pourtant, il ne crée pas d'ambiguïté, ses sens étant facilement déductibles sur la base des contextes.

1. « Terme »

Définitions :

- **Unité signifiante constituée d'un mot (terme simple) ou de plusieurs mots (terme complexe) et qui désigne une notion de façon univoque à l'intérieur d'un domaine.** Synonyme : unité terminologique.
- **Mot ou groupe de mots employé pour représenter une notion.** Synonyme : mot.
- **Mot appartenant à un vocabulaire spécial notamment au vocabulaire scientifique.**

Exemples :

« Article 1:301 : Définitions

Dans les présents Principes

- (1) le terme « acte » s'applique aussi à une omission,
- (2) le terme « tribunal » s'applique aussi au tribunal arbitral,
- (3) le terme « intentionnel » s'applique aussi à une action inexcusable,
- (4) le terme « inexécution » dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet (...) ».

« Article 1:303 : Notifications

Dans le présent article, le terme « notification » s'applique aussi à la communication d'une promesse, une déclaration, une offre, une acceptation, une demande, une requête ou toute autre énonciation. »

« Article 5:102 : Circonstances pertinentes (...)

(e) au sens qui est communément attribué aux termes et expressions dans le secteur d'activité concerné et à l'interprétation que des clauses semblables peuvent avoir déjà reçue (...) ».

« Article 11:101 : Objet du chapitre

Dans le présent chapitre, le terme « cession » s'applique au transfert de créances à titre de garantie. ».

2. « Terme »

Définition :

- **Condition du contrat, clause.** Anglicisme condamné par les puristes françaises, que l'on recommande d'éviter. On utilisera plutôt, selon le contexte : *clauses, conditions, dispositions, modalités* ou *stipulations*.

« Article 2:103 : Accord suffisant

(1) *Un accord est suffisant si ses termes*

(a) *ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté,*

(b) *ou peuvent être déterminés en vertu des présents Principes. »*

« Article 2:208 : Acceptation comportant des modifications

(1) *La réponse du destinataire qui énonce ou implique des adjonctions ou des modifications qui altéreraient substantiellement les termes de l'offre constitue un rejet de l'offre et une offre nouvelle.*

(2) *La réponse dont il est certain qu'elle acquiesce à l'offre mais qui énonce ou implique des adjonctions ou modifications à celle-ci n'en constitue pas moins une acceptation si ces adjonctions ou modifications n'altèrent pas substantiellement les termes de l'offre. Les adjonctions ou modifications s'intègrent alors au contrat.*

(3) *La réponse sera cependant traitée comme un rejet de l'offre si*

(a) *l'offre restreint expressément l'acceptation à ses termes mêmes,*

(b) *l'offrant s'oppose sans retard à ces adjonctions ou modifications,*

(c) *ou le destinataire subordonne son acceptation à l'agrément donné par l'offrant aux adjonctions ou modifications et cet agrément ne lui parvient pas dans un délai raisonnable. »*

« Article 2:210 : Confirmation écrite d'un professionnel

Si des professionnels ont conclu un contrat mais ne l'ont pas renfermé dans un document définitif, et que sans retard l'un d'eux envoie à l'autre un écrit qui se veut la confirmation du contrat mais contient des adjonctions ou modifications, celles-ci s'intègrent au contrat à moins que

(a) *elles n'en altèrent substantiellement les termes (...) »*

« Article 4:105 : Adaptation du contrat

(1) *Lorsqu'une partie est fondée à annuler le contrat pour erreur mais que l'autre indique qu'elle désire l'exécuter ou l'exécute effectivement, ainsi que la victime l'entendait, le contrat est censé avoir été conclu dans les termes envisagés par la victime. L'autre partie doit indiquer son intention d'exécuter ou procéder à l'exécution promptement après avoir été informée du sens donné au contrat par la victime et avant que celle-ci n'ait notifié l'annulation et agi sur la foi de cette notification. »*

3. « Terme »

Définition :

- **Modalité d'un acte juridique qui subordonne l'exécution ou l'extinction d'un droit ou d'une obligation à l'arrivée d'un événement futur dont la réalisation est certaine.** Dont l'exécution ou l'extinction correspond à un terme fixé, échelonné pendant une certaine période de temps.

« Article 9:508 : Retard dans le paiement d'une somme d'argent

(1) *En cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, au taux bancaire de base à court terme moyen pratiqué pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué. ».*

4. « Terme »

Définition :

- **Arrivée du moment prévu pour l'exécution d'une obligation, l'acquittement d'une dette.** Synonyme : échéance.

« Article 14:501: Effet général

(1) *Au terme du délai de prescription, le débiteur est fondé à refuser d'exécuter l'obligation. »*

5. « Aux termes de »

- **Expression idiomatique** qui contient le nom « terme », utilisée surtout dans les textes juridiques. Synonymes : conformément à, en conformité avec, selon.

« Article 1:302 : Caractère raisonnable

Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. »

« Article 2:105 : Clause d'intégralité

(1) *Si un contrat écrit contient une clause qui a été l'objet d'une négociation individuelle aux termes de laquelle l'écrit renferme toutes les conditions convenues (clause d'intégralité), les déclarations, engagements ou accords antérieurs que ne renferme pas l'écrit ne s'intègrent pas au contrat. ».*

IV. APERÇU ENTRE LA VERSION FRANÇAISE ET LA VERSION ITALIENNE

La version italienne des *Principes* est le résultat du travail de traduction du professeur Carlo Castronovo, Professeur de Droit civil près de L'Université Catholique du Sacré Cœur, de Milan.

Dans son ouvrage publié en 2000, le Professeur Castronovo évoque les difficultés et la problématique posées par une traduction de ce genre : « Dans une traduction, le problème est de rendre dans la langue cible le signifié originaire que les mots de la langue source ont voulu transmettre. Concrètement, ceci impose la nécessité de choisir graduellement entre une traduction littérale qui en même temps peut avoir une signification plausible, et une traduction susceptible d'évoquer un signifié propre, qui peut être caché en des mots qui, sur le plan littéral, soient divers. »⁴.

En général, nous avons remarqué que la version italienne des *Principes* est plus soignée par rapport à la contrainte d'illustrer, dans la mesure du possible, les divers principes de l'ouvrage sous le prisme du droit italien. En même temps, la version française est trop proche à celle anglaise, même du point de vue lexico-grammatical, ce qui mène parfois à des constructions grammaticales presque fautives.

Une des difficultés rencontrées par le Professeur Castronovo a été la traduction des concepts de « caractère raisonnable » (anglais « *reasonableness* ») et « personne raisonnable » (anglais « *reasonable person* »). Ces catégories juridiques ne retrouvent pas leur correspondance en droit italien, mais évidemment, leur sens n'échappe pas à un lecteur de spécialisation juridique. Une « personne raisonnable » est celle dont le Code civil italien parle à l'article 1435, qui définit la violence en tant que vice de volonté d'un contrat : « Caractères de la violence. La violence doit être de telle nature à faire impression sur une personne sensée et à la faire redouter d'exposer soi-même ou ses biens à un mal injuste et significatif. »⁵. Le Professeur Castronovo a fait son choix de terme, en rendant les « personnes raisonnables » par le « *persone di media diligenza* » (art. 1 :301), en considérant que le caractère raisonnable est plus proche à la notion de « *diligenza* », qu'à celle de bonne foi. La « *media diligenza* », autrement dénommé « *diligenza del buon padre di famiglia* » (« diligence du bon père de famille ») n'est pas une diligence exceptionnelle, mais elle définit la diligence normale, le niveau d'attention et de prudence qu'une personne de « *diligenza moyenne* » saurait utiliser afin d'accomplir ses devoirs. Pourtant, son choix n'est pas linéaire, car à l'article 5 :101 alinéa

3 il décide d'utiliser le terme « *persona ragionevole* » (« *personne raisonnable* »). Dans l'ouvrage que nous citons comme référence, le Professeur Castronovo justifie son choix ultime : tout en restant un critère d'évaluation d'un comportement tel la diligence, le caractère raisonnable maintient en soi le plan de signification de la « *personne sensée* », expression qui pourra par conséquent être traduite par celle de « *personne raisonnable* ».

Une autre différence entre les versions est rencontrée dans la Section 2, article 1:201 des *Principes*. La version française de cet article utilise le terme « *bonne foi* », tandis que les versions anglaise et italienne renvoient au « *good faith and fair dealing* » et à « *la buona fede e correttezza* ». Tout comme en anglais, la notion italienne de bonne foi est entendue en double sens. La doctrine italienne distingue la « *buona fede* » en bonne foi subjective et bonne foi objective. La bonne foi subjective réside dans une situation d'apparence et protège celui qui a agi dans l'ignorance innocente de léser les intérêts juridiques d'autrui. Par contre, la bonne foi objective, la « *correttezza* », énoncée à l'article 1175 du Code civil italien, est une notion qui renferme les règles de justesse (à remarquer le fait que même au niveau lexicologique, le sens de « *justesse* » du terme français de « *correction* » est parmi les sens lointains du terme, c'est la raison pour laquelle nous préférons l'utilisation du terme français « *justesse* » - contrairement à l'italien, où le sens de « *comportement suivant les règles de la morale et de l'éducation voire civique* » du terme « *correttezza* » est son sens de base) que les deux parties d'un rapport obligatoire, le débiteur et le créancier, sont tenues de respecter.

Les intentions de définir ces deux concepts se résolvent parfois par des synonymes ou périphrases qui ne décrivent pas la notion plus que l'expression « *buona fede* », tels : « *justesse et loyauté* », « *respect de la parole donnée* », « *fidélité par rapport à un accord conclu* », « *solidarité* », « *honnêteté* », « *coopération* », « *respect de la personne et de la dignité d'autrui* ».

Toutefois, le devoir de justesse ne se superpose pas au devoir de diligence.

Le devoir de diligence se traduit par une obligation du débiteur, en termes de volonté et d'application de certaines connaissances techniques, consacrée à la réalisation de l'intérêt, juridiquement protégé, du créancier, dans le but de ne pas léser les intérêts d'autrui. La partie s'oblige, par conséquent, de satisfaire au droit de l'autre partie.

Le devoir de justesse est, par contre, une règle de comportement selon laquelle les deux parties s'obligent d'agir de façon à préserver réciproquement leurs intérêts, dans un désir de solidarité sociale.

Un autre aspect à remarquer est lié à la clarté d'expression des diverses versions des *Principes*. La version française de l'article 2 :107 nous semble ambiguë, par rapport à celle italienne et même par rapport à la version anglaise : « *La promesse qui tend à être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur* » / « *Una promessa che intende essere vincolante senza accettazione è vincolante come tale* » « *A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.* ».

L'expression utilisée en français « *lie son auteur* » est un calque d'après l'anglais « *to bind* », avec le sens de « *lier* ». Nous pourrions cerner deux justifications possibles pour ce choix lexicologique malheureux : en premier lieu, une intention d'éviter une répétition qui, toutefois, n'a pas dérangé dans la version anglaise et que, dans un souci de clarté, le Professeur Castronovo a également ressenti le besoin de maintenir dans la version italienne ; deuxièmement, l'influence trop immédiate de la version anglaise, la langue première des travaux de la commission, a déterminé cette option de maintenir dans la version française un verbe, « *lier* », qui rend un sens presque littéraire à cet article.

Dans le titre de l'article 2 :210 on note une des constructions fautives du français : « *Confirmation écrite d'un professionnel* » qui reprend la formule anglaise, par l'utilisation du nom au singulier. Dans la version italienne, le sens particulier restrictif est éliminé par l'utilisation correcte de ce nom au pluriel : « *Conferma scritta tra professionisti* »⁶, s'agissant de toutes les parties engagées dans ces opérations commerciales.

Le Chapitre 4 est intitulé « *Validité* » / « *Validity* » du contrat, mais le titre est en parfait désaccord avec la matière traitée, car il renvoie aux raisons d'invalidité du contrat. Dans la version italienne, dans le même souci de respect de la rigueur sémantique juridique plutôt que de perpétuer une confusion, le Professeur Castronovo se permet de rétablir le titre en stricte liaison avec le contenu du chapitre : par conséquent, le titre du chapitre dans la version italienne est « *Invalidità* ».

Il faut noter un autre choix de terme, à l'article 4 :108. Les versions anglaise et française utilisent le terme « *contrainte* » et « *threats* », tandis que la version du Professeur Castronovo en fait l'équivalent « *Violenza* ». Le concept de « *violenza* » dans le droit italien réunit en soi la violence physique et morale et est provoquée par un vice de la volonté. Le caractère

de « *violenza* » physique est donné lorsqu'une partie est matériellement contrainte à accomplir certains actes, sans volonté ; ce genre de « *violenza* » détermine la nullité absolue de l'accord conclu. La « *violenza* » morale est celle qui détermine un sujet à conclure un accord sous la menace d'un mal injuste significatif ; ce genre de « *violenza* » peut provoquer l'annulation de l'accord ainsi conclu. À remarquer le caractère « *significatif* » de ce mal menacé qui renvoie à la définition qu'on donne au concept de « *personne sensée* », étant en strict rapport avec celui-ci, ce mal est donc quantifiable et il doit être suffisamment important à faire coup sur une personne sensée, donc équilibrée « *raisonnablement* »⁷. La « *violenza* » renferme donc la menace, la contrainte et la violence physique à la fois.

La série des inconsistances continue au Chapitre 9 ; les deux premiers articles (9 :101 et 9 :102) doivent être considérés apparentés, en juxtaposition et opposition, démarche soldée avec succès soit dans la version anglaise, que dans celle italienne. « *Monetary obligations* ⇔ *Non Monetary Obligations* »/ « *Obbligazioni pecuniarie* ⇔ *Obbligazioni non pecuniarie* », tandis que dans la version française cette dichotomie a été (volontairement ?) ignorée « *Dettes de sommes d'argent* ⇔ *Obligations autres que de sommes d'argent* ». Tel qu'on a affirmé dès le début, le texte des *Principes* ne contient pas un chapitre dédié à la terminologie. Le terme « *obligations* » est équivoque et polysémique, étant utilisé dans le texte, sans aucune explication supplémentaire, dans tous ses sens possibles : il désigne tant le lien de droit créé par l'effet de la loi ou par la volonté de celui ou de ceux qui s'engagent en vue de fournir ou de recevoir un bien ou une prestation, tant le rapport contractuel, tant la prestation due par le débiteur, tant la créance, tant l'engagement juridique ou bien la modalité effective d'exécution d'une obligation. Ici, le sens du mot « *obligations* » est bien celui de sommes dues, sens qui aurait été facilement exprimable par le rédacteur du texte à travers l'utilisation du déterminant « *pécuniaire* » ; l'opposition obligations pécuniaires ⇔ obligations non pécuniaires existe également en langue française, soit au niveau lexical, qu'au niveau de la sémantique juridique, c'est la raison pour laquelle cette omission de l'équipe qui a travaillé à la version française nous apparaît peu explicable.

BIBLIOGRAPHIE

- Principes du droit européen du contrat, Georges Rouhette, Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz, Éditeur : Société de législation comparée.
- Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence, Volume n° 6, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Éditeur : Société de législation comparée.
- Code civil italien,
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm.
- Le Nouveau Petit Robert de la Langue Française, 2008. Éditeur : Le Robert.
- Dictionnaire du droit privé français, par Serge Braudo : <http://www.dictionnaire-juridique.com>.

* Licenciée ès Lettres – Spécialisation Langue et littérature italiennes et françaises, étudiante en Master 2 Droit privé comparé, monixat@yahoo.com.

¹ <http://www.droitquotidien.net/Pages%20rubriques/lexique.html>

² Notre soulignement.

³ Id. supra.

⁴ Notre traduction. En original : « *Nella traduzione il problema è quello di rendere nella lingua di approdo il significato originario che le parole della lingua di impianto hanno voluto significare. Questo in concreto impone la necessità di scegliere passo passo tra una traduzione letterale che pure possa avere un significato plausibile, e una traduzione capace di evocare il significato proprio che può essere annidato in parole che sul piano letterale siano diverse.* », en Vita notarile 2000, I, pp. 1193-1199.

⁵ Notre traduction. En original : « *Art. 1435 Caratteri della violenza La violenza deve essere di tal natura da far impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole (...).* », Code civil italien.

⁶ Notre soulignement.

⁷ Voir note 2 supra.

TEZE DE DOCTORAT SUSȚINUTE - IUNIE-DECEMBRIE 2008
Thèses soutenues - résumés (juin-décembre 2008)

Ionut Florin POPA
LA CONFORMITÉ DE LA CHOSE VENDUE
directeur de thèse : prof.dr. Liviu Pop

I. Remarques générales

La recherche est structurée comme un essai qui tente de trouver les réponses juridiques à la question: pourquoi l'acquéreur est-il mécontent de la chose achetée? Il peut en être question de l'insatisfaction créée par une chose qui n'est pas conforme aux prévisions du contrat, ou bien d'une chose qui ne fonctionne conformément aux attentes de l'acquéreur. Ou bien encore, l'acquéreur s'est trompé sur la chose qu'il désirait ou il a été victime de l'escroquerie du vendeur. Plus encore, il se peut que la chose achetée mette en danger l'acheteur ou les personnes autour de lui. Ou l'acquéreur ne peut faire usage d'une chose puisque une autre personne s'en prétend le propriétaire. Et on en pourrait continuer.

Toutes ces questions et conjectures profanes peuvent trouver autant des réponses juridiques complexes : l'insatisfaction de l'acquéreur peut trouver son origine dans une délivrance/livraison non-conforme, dans la découverte des vices cachés, dans une erreur sur la substance, dans une erreur provoquée par les réticences dolosives/manœuvres dolosives du vendeur (à savoir le dol), dans un manquement à l'obligation de sécurité de la chose vendue ou même dans une éviction. Et on en pourrait cumuler les solutions juridiques.

L'essence de l'essai s'appuie sur l'esquisse d'une notion-concept qui cumule une large variété des réalités juridiques et à qui on peut imputer des emprunts dus au voisinage des notions juridiques diverses. Il s'agit de "la conformité de la chose vendue". Le concept est conçu pour répondre à la question "comment la chose vendue doit-elle être pour ne pas rendre l'acquéreur insatisfait?" La réponse suscite plusieurs types d'explications, tous dépendants de la perspective de la notion de base. Pour aborder la conformité d'une manière moins impressionniste, mais aussi pour créer l'occasion de la traiter autrement, en évitant les pièges de droit traditionnel, nous avons démultiplié les solutions possibles.

Du point de vue méthodologique, nous avons abordé la non-conformité à quatre niveaux de compréhension : nous avons opéré une sélection au niveau des éléments de la notion de conformité pour pouvoir en déduire une définition, en essayant d'uniformiser et simplifier le concept (I-ère Partie); ensuite nous avons identifié un mécanisme technico-juridique qui régit le fonctionnement de la conformité (II-ème Partie); nous avons aussi mis en évidence la dimension temporelle de la conformité évoquant les délais où elle s'est imposée avec succès ou qui ont eu un impact sur son régime juridique (III- ème Partie) et, finalement, dans la dernière partie, nous avons exploré les remèdes juridiques/la réparation juridique du manquement à l'obligation de conformité (IV- ème Partie).

Du point de vue conceptuel, nous avons abordé la conformité moyennant la comparaison entre trois systèmes juridiques qui propose chacun une analyse très différente du sujet et qui constitue le fil rouge persistant de notre recherche. Le premier système propose une analyse de point de vue du droit traditionnel (il s'agit principalement du droit du Code civil) et a été appliqué seulement pour mettre en évidence ses points névralgiques. Le deuxième système, dont l'efficacité juridique et la capacité d'uniformiser le droit sont impressionnantes, est le système de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980). Finalement, le troisième système, dont l'originalité réside plutôt sur le déséquilibre juridique sur lequel il repose, est celui du droit de la consommation qui relève lui aussi d'une perspective ayant sa source d'inspiration dans la même Convention.

II. La structure et le contenu de la recherche

L'étude comprend quatre parties. Chacune se propose de mettre en lumière un élément caractéristique de la non-conformité. Le but de cette structure renvoie à une meilleure compréhension du concept. Les prémices de cette division se fondent sur la conviction profonde de l'auteur selon laquelle le pluralisme des perspectives d'analyse concernant une institution juridique et l'approche comparative sont des conditions préalables pour la compréhension correcte de cette institution.

1. *La I-ère partie* (nr. 2 - nr. 195, pp. 4-213), intitulée "La conformité de la chose vendue selon trois perspectives juridiques" traite de manière comparative trois options de réglementation de la conformité/non-conformité de la chose vendue.

La première option de réglementation (Chapitre I "La conformité dans le droit national du contrat de vente-achat", nr. 1-100, pp. 5-93) est tributaire au droit traditionnel et porte sur la façon dont la doctrine juridique et la jurisprudence comprennent l'obligation de délivrance conforme de la chose et la garantie des vices cachés développées à partir du Code civil napoléonien (et donc implicitement à partir du Code civil roumain). L'essentiel de cette partie de l'étude est dédié à la confrontation des deux thèses - matérielle et fonctionnelle - concernant la conformité et au ses potentielles solutions. En même temps, la radiographie de la jurisprudence actuelle (reflétée dans les nombreux arrêts des instances françaises et roumaines) nous penche vers des conclusions pessimistes quant à la possibilité d'une distinction claire entre l'obligation de délivrance conforme de la chose et la garantie des vices cachés. La solution proposée pour "l'évasion" du conflit labyrinthique des deux thèses est offerte par les instruments conceptuels du droit comparé et du droit international. Elle consiste en l'approche moniste ou unitaire concernant la conformité, selon le modèle de succès déjà proposé par la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et adopté à l'occasion des amples modifications dans le droit interne de certains pays européens (tels l'Allemagne, la Suisse et les pays nordiques). Ce modèle est déjà présent dans notre droit également à travers le droit de la protection du consommateur, dont la source directe est la Convention déjà mentionnée même. La solution moniste suppose le regroupement sous le pavillon de la conformité tant de l'obligation de délivrance conforme de la chose (ou du moins d'une partie - à savoir celle liée à la conformité objective et matérielle de l'objet de l'obligation de délivrance), que de la garantie des vices cachés (à savoir la conformité fonctionnelle ou subjective), mais aussi certains aspects qui était réservés dans le droit traditionnel à l'erreur sur la substance ou au dol.

La deuxième option de réglementation possible concernant la conformité se retrouve dans le système de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Cette partie de l'étude (chapitre II, "La conformité selon la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises", nr. 96-163, pp. 94- 180), analyse le plus performant système d'application de la notion de conformité. Sa performance est prouvée par une jurisprudence internationale prolifique dont une très grande partie se remarque par l'uniformité de l'application des réglementations spécifiques à la conformité (nous visons principalement les prévisions de l'art.

35-37 et 39 de la Convention). La Conformité est analysée de point de vue de trois critères de définition : le principal critère (qui prévoit la mise en évidence des correspondances concernant la quantité, qualité, les spécifications contractuelles à savoir le type mais aussi l'emballage et le conditionnement de la marchandise); le deuxième critère (qui, à son tour, contient le critère de l'usage commun de la marchandise, de l'usage spécial, le critère de l'échantillonnage et celui du conditionnement correcte) et finalement, le critère documentaire (portant sur les documents qui sont attachés à la marchandise ou qui devraient y être attachés). Ce chapitre est considéré comme le plus important dans l'économie de la recherche par l'auteur et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, l'expression moniste concernant la conformité/non-conformité est la seule digne d'être considérée dans le cadre d'une éventuelle "rééquilibrage" à voir du système de la conformité, tant du point de vue de la technique juridique, que du point de vue de la logique une réforme économique. Deuxièmement, le chapitre contient la présentation du plus intonative et efficient mécanisme contractuel, doublé par les témoignages d'une jurisprudence qui a commencé à voir le jour il y a presque trente ans et qui a évolué sans interruption mais d'une manière uniforme. Finalement, la contribution personnelle pour la définition du concept dans le cadre de la Convention rend ce chapitre le plus important de toute l'étude, au moins du point de vue subjectif de l'auteur.

La troisième option de réglementation possible, inspirée certainement de celle présentée ci-dessus, est la vision propre au droit de la protection du consommateur (Chapitre III, "La conformité de la chose vendue dans les ventes des biens de consommation", nr. 164-195, pp. 181-214). Cette partie critique et loue à la fois la perspective relevée par ce droit dont les repères assez récentes et incertaines prête tant au système juridique qu'à ces institutions une personnalité au moins suspecte. La conformité compose elle aussi cette personnalité - une notion dont le monisme manifeste est emprunté de toute évidence de la Convention de Vienne. L'analyse suit deux pistes de recherche : la première porte sur la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la vente des biens de consommation et les garanties associées à ceux-ci ; la deuxième piste renvoie à la Loi nr. 449/2003 concernant la vente de produits et les garanties associées à ceux-ci. Tous les deux soulignent la présence des deux mêmes critères de la conformité : le critère de la correspondance objective et celui de l'attente raisonnable ou légitime (qui n'est autre chose qu'une correspondance subjective, qui adhère

au critère fonctionnel de détermination de la conformité que le droit traditionnel réserve aux vices cachés).

2. La II-ème partie ("Le mécanisme de la conformité", nr. 196-211, pp. 215-265) est dédiée au mode de fonctionnement de la figure juridique de la conformité/non-conformité. La partie est structurée en deux modules de recherche. Le premier module est dédié à une démonstration juridique qui devrait simplifier la compréhension du mécanisme analysé (Chapitre I, "Les effets de l'accord sur l'exécution de l'obligation", nr. 196-211, pp. 216-230). Il entreprend l'identification d'une évidence technique : la satisfaction aux exigences de la conformité lors de l'exécution d'un contrat de vente-achat n'est rien d'autre que l'exécution précise d'une obligation civile (subordonné au principe général de l'exactitude de l'exécution consacré dans le droit national par l'art. 1073 et 1100 Code civil). Autrement dit, cette obligation civile représente un paiement dans le sens de l'art. 1092 Code civil. Le paiement signifie la somme acte juridique + fait juridique. Le premier consiste dans l'exécution effective de l'obligation par le débiteur, alors que le seconde représente l'accord du créateur quant à l'exécution offerte par le débiteur. Les deux ont rôle déterminant pour considérer une obligation exécutée – donc éteinte. Les deux éléments, avec les particularités conférées par la spécialisation du domaine de l'application se retrouvent aussi dans le cadre du mécanisme de la conformité de la chose vendue (Chapitre II, "L'accord sur l'exécution dans le cadre de la vente – agréation", nr. 212-250, pp. 231-265). Nous nous référons à la conformité objective et subjective de l'exécution de l'obligation de délivrance (inscrite dans le droit traditionnel de délivrance conforme et de garantie de vices cachés) et à l'acte unilatéral par lequel le vendeur accepte la chose vendue – et donc l'exécution offerte par le vendeur, acte juridique appelé dans la tradition d'une terminologie qui tente de devenir traditionnelle – "l'agréation de la chose vendue". Selon la théorie générale de l'obligation civile, l'auteur a identifié dans le mécanisme de la conformité une série d'éléments dont la signification a fait l'objet d'une analyse distincte dans des sections distinctes : la délivrance conforme/la livraison conforme, l'inspection de la chose vendue, la réception de la chose vendue, l'agréation primaire/originale, la dénonciation de la non-conformité, l'accès aux remèdes de la non-conformité. Finalement, l'identification de ces éléments rend possible une définition de l'agréation et de ses multiples significations juridiques dans l'économie des contrats. Ces effets varient tout de même en fonction du

degré de conformité objective de l'exécution effective de l'obligation de délivrance de la chose vendue. On peut alors parler d'effets abdicatifs (lorsque l'acquéreur accepte une offre d'exécution imparfaite) et d'effets libératoires (lorsque l'agrément de la chose vendue signifie libérer le vendeur de l'obligation de délivrance conforme). On a utilisé à nouveau dans cette partie la méthode d'analyse comparative, car on a cherché à distinguer les mécanismes mis en pratique par le Code civil et par la Convention de Vienne. Ces distinctions ont convaincu l'auteur de plaider pour le système adopté par la Convention, à cause de sa facilité logique.

3. La III-ème partie (nr. 251-315, pp. 267-323) intitulée "Les délais de la garantie de conformité" marque la dimension temporelle du mécanisme de la conformité. Comme dans le cas des autres institutions juridiques et généralement dans le droit, les délais ont une fonction essentielle et des effets multiples et complexes. Leur regroupement s'avère extrêmement difficile à cause de leur diversité naturelle (les délais de garantie, de prescription, de déchéance, probatoires, impératifs ou supplétifs, légaux ou conventionnels etc.) et aussi à cause des domaines de réglementations si différents (droit privé, droit commercial, protection du consommateur, commerce international etc.). On retrouve la même difficulté dans le cas de la conformité, raison pour laquelle ce thème fait le sujet d'une étude et rejoint le thème de la recherche. Le premier thème est lié aux délais de garantie et de prescription dans la vente de droit commun – il comprend une sélection et d'une analyse plus approfondie des délais qui portent sur la conformité du Code civil et du Décret nr. 167/1958 sur la prescription extinctive (Chapitre II, nr. 255-265, pp. 272-285). La fréquence élevée des ventes des bâtiments à présent, entraîne la conception d'un chapitre spécial de cette étude dédié aux délais de la conformité dans ce domaine à part (Chapitre III, nr. 266-267, pp. 286-288) dont le détachement du contrat d'entreprise pose quelquefois des problèmes – surtout dans la pratique. Le Chapitre IV (nr. 268-274, pp. 288-294) renvoie aux délais d'incidence dans les ventes commerciales et met en évidence les particularités d'un système de réglementation vieilli mais à efficacité importante.

La fragment le plus significatif de cette partie est dédié aux délais de garantie de conformité dans le cadre de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise (Chapitre V, nr. 275-300, pp. 295-311). Le

mécanisme de la conformité offert par cet instrument commercial international nous révèle sa complexité à la lumière de l'analyse des délais propres à cette institution. Pour cette raison, nous avons analysé surtout le délai d'inspection de la marchandise (réglementé par l'art. 38.1 de la Convention), le délai de dénonciation de la non-conformité (réglementé par l'art. 39.1 de la Convention) et le délai maximal de dénonciation de la non-conformité (réglementé par l'art. 39.2 de la Convention). Les connexions entre ces délais et leur nature juridique are extrêmement complexes. La recherche aborde ces délais par la technique du droit civil traditionnel et selon ses classifications. L'intention de l'auteur a été de rendre accessible la compréhension de ces délais et de leur mode de fonctionnement, considérant les repères auxquels sont habitués les juristes roumains. Finalement, l'avant-dernière section de ce chapitre (nr. 294-296) est dédiée aux délais de prescription réglementés par la Convention de New-York en 1974 concernant la prescription en matière de vente internationale de marchandise. Cette réglementation intéressante et profonde qui a connu pourtant un succès très limité par rapport à celui de la Convention de Vienne, s'applique aussi au droit interne, la Roumanie étant signataire de cette dernière Convention. La dernière section (nr. 297-300) porte sur la prescription réglementée par les Principes Unidroit applicables aux contrats commerciaux internationaux – notre intérêt étant cette fois-ci de nature purement intellectuelle car l'applicabilité des délais de prescriptions prévus par ces principes n'est pas encore signalée dans la jurisprudence.

Le dernier chapitre de la III-ème Partie (nr. 301-315) représente une tentative de regroupement et synthèse des délais du droit de la consommation. A ce sujet, l'abondance des réglementations difficile à équivaler et l'inconsistance de l'idéologie sur laquelle se fonde ces réglementations, causent une multitude des délais avec leur propre dénomination et avec de significations très variées telles celles réglementées par la Loi nr. 449/2003 sur les ventes des biens de consommation et leurs garanties associées (le délai de garantie pour la conformité, la durée moyenne d'utilisation et le délai légal de preuve de la conformité) ou par l'Ordonnance de Gouvernement nr. 21/1992 sur la protection du consommateur (le délai de validité, la date de la durée minimale) ou bien les délais réglementés pour la garantie de sécurité par la Loi nr. 240/2004 sur la responsabilité des producteurs pour les produits défectueux.

4. *La IV-ème partie* (nr. 316-401, pp. 325-425) est dédiée aux remèdes de la non-conformité de la chose vendue. On a préféré la dénomination "remèdes" empruntée du droit anglo-saxon aux autres dénominations potentielles

et alternatives utilisées fréquemment dans la doctrine autochtone (on renvoie notamment au terme “sanction”) car elle représente l’expression correcte de l’idéologie sur laquelle se fondent les remèdes et qui devrait être réparatrice et économique plutôt que pénalisante et fondée sur une dite morale objective.

Le Chapitre II (nr. 319-338) se penche sur les remèdes de la délivrance non-conforme et sur les vices cachés, tels qu’ils sont réglementés par le système du Code civil, sans que leur analyse révèle de nouveaux éléments surprenants, sachant qu’ils ont suscités des débats détaillés en marge de la doctrine et de la jurisprudence.

Le Chapitre III (nr. 339-347) ouvre le débat sur les remèdes de la non-conformité vus par la perspective du droit de la consommation. Cette occasion nous révèle une conception spécifique à cette branche du droit qui, malgré son déséquilibre général, s’avère cette fois-ci extrêmement logique et équilibrée. Elle institue ainsi une hiérarchie partielle des remèdes conçue pour éviter les abus venant tant de la part des professionnels du commerce que de la part des consommateurs.

Le thème central de cette partie de la recherche le représente la réglementation des remèdes présentés dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (Chapitre IV, nr. 348-401). La Convention structure un système juridique très articulé qui s’appuie sur des fondements idéologiques économiques et dont l’influence pratique s’avère remarquable. En effet, tous les projets de droit uniforme (sans aucune exception notable !) concernant la vente-achat mais aussi autres domaines (tels les obligations contractuelles en général) relèvent de l’influence évidente du système appliqué par la Convention. La puissance irradiée par l’exemple de cette réglementation est due à l’idéologie sur laquelle elle se fonde. Pour dévoiler cette idéologie, une présentation des principes de cet authentique droit des remèdes s’impose, telles que l’auteur de la recherche les a identifiées: le principe de *favor contractus*, la règle de l’attente et de la prévision, le principe du raisonnement, la règle de la notification – partie du “Dispatch Principle”, la règle du raisonnement économique. L’identification des principes est suivie par la détermination des conditions d’application des remèdes et implicitement par une définition de ce que l’inexécution signifie pour la Convention (contravention essentielle/contravention inessentielle). En fonction du critère de l’inexécution

mais aussi du critère des effets, la section IV.6 (nr. 364-400), offre plusieurs classifications spécifiques des remèdes et on en retient la plus pertinente, à savoir la classification en remèdes naturelles et remèdes substitutives. La présentation ponctuelle et détaillée des remèdes était bien encore nécessaire pour une compréhension correcte de leur mécanisme et pour souligner la nouveauté de ces réglementations pour le domaine du droit privé : l'exécution en nature des obligations, l'exception de l'inexécution, le délai supplémentaire pour exécution, la modification de l'exécution de l'obligation, la réparation de la marchandise, la modification de la marchandise – tous les remèdes naturels, et ensuite ceux substitutifs : la résolution de la vente, la réduction du prix et les dommages - intérêts.

III. Conclusions

La recherche, le long de chaque partie, dans le texte de l'analyse ou séparément, contient une série de remarques concernant le droit national et ses possibles évolutions.

Les principales conclusions mettent en évidence la difficulté de faire une distinction entre la non-conformité, les vices cachés et l'erreur sur la substance – distinction qui est extrêmement difficile à opérer dans de nombreuses situations et qui rend parfois parfaitement inutile l'effort de préservation de la séparation entre les notions ci-nommées. La difficulté repose dans le constat de l'existence de la non-conformité cachée à côté de celle apparente, constat fait par la doctrine et par la jurisprudence. Cette hypothèse n'a pas encore trouvé de réglementation auprès du pouvoir législatif. D'où on peut envisager plusieurs solutions possibles.

a) Une première version possible est la subordination de la non-conformité cachée à la garantie des vices cachés. Dans ce cas, après la réception de la chose, il ne reste qu'un seul type d'action à la disposition de l'acquéreur. Puisque la seule réglementation capable dans une certaine mesure de permettre à l'acquéreur insatisfait de dénoncer la non-conformité serait la garantie des vices cachés, ceci signifie que, selon une telle hypothèse logique, seule la garantie des vices cachés peut s'appliquer, même si nous avons à faire à une non-conformité. La solution a été considérée comme

acceptable que dans la phase initiale du Code civil, lorsque la complexité des choses vendues et celle de leurs défauts tolérait une telle approche.

b) La deuxième solution logique possible serait la subordination de la garantie des vices cachés au régime du droit commun de la non-conformité. C'est la solution promue par la théorie moniste. Elle a été sévèrement critiquée et on a même essayé de l'abandonner car l'application du régime du droit commun de la responsabilité contractuelle à la situation des vices cachés a comme conséquence secondaire logique l'abandon implicite du régime juridique réservé par l'autorité législative à la garantie des vices cachés. Malgré tout, la difficulté d'établir un critère clair pour la définition des vices cachés détermine une revitalisation insinuante de la théorie moniste.

c) La troisième solution logique possible propose l'accommodation à l'idée que la non-conformité et les vices cachés représentent des notions autonomes et crée des régimes juridiques distincts. Voilà la solution traditionnelle à laquelle semble adhérer la grande partie de la doctrine et de la jurisprudence.

d) Finalement, la logique traditionnelle inspirée par le principe *specialia generalibus derogant* et par le critère chronologique de hiérarchisation des institutions de l'erreur, de la conformité de la chose vendue et de la garantie des vices cachés, impose une annihilation de la possibilité d'option entre les actions spécifiques à chaque institution. Ainsi, comme nous l'avons souligné ci-dessus, cette logique nous semble contestable.

e) Qu'est-ce que valent des distinctions si strictes ? Même si nous avons une idée sur la façon dont les règles devraient être appliquées pour éviter la confusion entre les notions énumérées ci-dessus, quelquefois il est impossible de tracer une ligne de démarcation. D'un autre côté, les solutions offertes par la doctrine traditionnelle sont tellement compliquées, que nous n'apercevons aucune manière pour le mettre en pratique correctement. Ce qu'on appelle la "revalorisation" de la jurisprudence dans le sens de la préservation de cette distinction, n'a fait que créer une anarchie avec des normes précises – les règles proposées pour distinguer entre les trois situations juridiques. C'est la raison probable pour tant d'hésitations et de modifications de la jurisprudence. La

conclusion naturelle est celle que les solutions offertes par le droit traditionnel ne sont pas pratiques.

Dans notre opinion, la seule solution acceptable est la modification du Code civil et la création d'un système unique de la garantie de conformité. L'effort de l'imagination requis n'est même pas si considérable que cela, car nous disposons de quelques solutions offertes par le commerce international, par le droit de la consommation et par les conclusions du droit comparé.

Il y a plusieurs exemples de réglementation unitaire. D'abord, il faut remarquer que notre droit nous fournit déjà deux exemples de réglementation unitaire de la garantie de conformité. Le premier le représente le modèle de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980. Le deuxième est constitué par la Directive 1999/44/CE de 25 mai 1999 concernant certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, transposés assez récemment dans le droit national par la Loi nr. 449/2003 concernant la vente des produits et les garanties qui lui sont associées.

Essentiellement, les deux réglementations évoquées, comme nous le remarquerons, distingue clairement entre l'obligation de délivrance et la conformité. Pourtant, la première renvoie seulement aux aspects de la délivrance qu'on pourrait appeler *formelles* – qui statuent sur les modalités d'exécution de cette obligation et non pas sur son objet, qui est la conformité effective. Ces aspects fixent l'endroit, le temps et la modalité concrète de livraison, et exclue tout débat concernant la correspondance entre la chose livrée et la chose vendue de point de vue de leur qualité et quantité. Ils répondent ainsi aux questions: où, quand et comment devrait la délivrance se produire ? Au contraire, l'aspect de la *substance* de la livraison qui est la conformité est réglementé de manière distincte et contient des aspects liés à la correspondance (voir identité) entre la chose livrée et la chose convenue sous l'aspect de la quantité, de la qualité, du type, et de l'emballage et du conditionnement, en excluant tout débat concernant l'endroit, le temps et les modalités d'exécutions de l'obligation de délivrance. La conformité inclut dans le cadre de ces réglementations, à la fois la délivrance conforme, telle qu'on la définit dans le droit développé en marge du Code civil, ainsi que partiellement l'erreur sur la substance de la chose vendue.

Le modèle des réglementations ci-dessus, appliqué pour la première fois par la Convention de Vienne et repris avec succès par la législation des quelques pays ainsi comme par le droit de la consommation, représente la source des amples modifications du droit des contrats dans le sens de l'uniformisation de la non-conformité et des vices cachés ainsi que de leur régime juridique. Plusieurs législations nationales ont adopté ainsi la thèse moniste sur la conformité sous l'influence de cette nouvelle technique de réglementation de la conformité/non-conformité de la chose vendue (on a nommé ainsi les pays nordique, la Suisse et l'Allemagne). On remarque ainsi au niveau international une tendance d'élimination des distinctions traditionnelles entre la délivrance conforme et la garantie des vices cachés par la création d'un concept unique – la conformité. Tout comme on constate également une tendance à la limitation de l'obligation de délivrance aux aspects formels qui touchent au lieu, au temps et à la modalité d'exécution.

D'un autre côté, le noyau de tous les projets majeurs d'adoption des codes uniformes fait la preuve de la même préoccupation pour l'unification et la simplification des régimes juridiques. On citera dans ce sens l'un de ces projets, significatif selon nous, car il constitue le résultat des derniers efforts scientifiques en la matière.

Il s'agit de ce qu'on appelle "Draft Common Frame of Reference" ou en bref DCFR qui est le résultat de travaux du Groupe d'étude pour un Code civil européen ("The Study Group on a European Civil Code") et du Groupe d'étude pour le Droit privé européen ("Acquis Group") et représente le plus récent modèle pour un futur Code civil européen. Ce projet marque la distinction qu'on a indiquée ci-dessus tout comme il représente un apport technique personnel de ses rédacteurs. Premièrement, l'obligation de délivrance se résume à la perspective formelle qui entend l'exécution de l'obligation de point de vue du temps, endroit et modalités (Le IV^e Livre intitulé "Specific contracts and the rights and obligations arising from them", Part A, "Sales", Chapter 2, "Obligations of the seller", Section 2 "Delivery of the goods", art. 2.201-2.204). En même temps, la conformité dispose exclusivement de la perspective de la substance qui couvre ce qu'on désigne dans le droit traditionnel par délivrance conforme et garantie des vices cachés (*Ibidem*, section 3, "Conformity of the goods", art. 2.301-2.309). Cette option est évidente si l'on analyse les art. 2.301-2.303 qui définissent la non-conformité/conformité. Deuxièmement, les rédacteurs du projet vont plus loin que les modèles ci-évoqués et qui ont sans doute représenté une grande source d'inspiration (surtout la Convention de Vienne). Ils incluent ce que le

droit traditionnel appelle la garantie d'éviction, dans le même cadre de la conformité de la chose vendue (cf. notamment, art. 2.305-2.306).

Dans ce contexte juridique, le projet du Code civil roumain constitue une création sourde et aveugle, sachant que le terme de conformité n'y est même pas utilisé et que la traditionnelle distinction entre la délivrance conforme et la garantie de vices cachés se conduit selon les principes directrices du Code civil actuel. Tout ce qu'on peut espérer devant le constat du conservatisme manifeste de ce projet, anachronique selon nous, est qu'il n'aura pas vocation à devenir un code civil et que l'occasion d'opérer des modifications d'envergure des règles concernant les obligations du vendeur ne sera pas ainsi ratée, faisant en sorte que l'application du droit soit plus simple et plus utile à ceux qui doivent l'observer.

Oliviu PUIE

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

directeur de thèse : prof.dr. Ion Deleanu

Après l'entrée en vigueur de la Constitution révisée, la matière du contentieux administratif bénéficie d'un nouveau support constitutionnel, par la modification du contenu de l'article 48, devenu après la nouvelle publication l'article 52, par le complètement de l'article 21 de la Constitution, qui consacre le principe du libre accès à la justice, avec deux alinéas nouveaux qui ont le rôle de compléter, en accord avec les dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les garanties des justiciables, mais aussi par le nouveau texte constitutionnel, respectivement l'article 126 alinéa 6, qui institue comme garantie constitutionnelle du contrôle de la légalité de tous les actes administratifs, la voie du contentieux administratif, avec les exceptions express et limitatif établies par le législateur constituant dérivé même.

De l'économie des nouvelles dispositions du contentieux administratif, tant sous la forme initiale que suite aux modifications apportées par la Loi no. 262/2007, on peut constater que certaines de ces dispositions reprennent le texte constitutionnel, en optant de cette façon pour une solution concordante avec les prévisions constitutionnelles, tandis que certaines prévisions de la loi sont discutables du point de vue rédactionnel ou incomplètes, certaines d'entre elles gardant même après la modification de la loi le caractère inconstitutionnel.

Partant de ces considérations, le mémoire propose une analyse de l'institution du contentieux administratif par rapport aux dispositions constitutionnelles, de la Loi du contentieux administratif no. 554/2004 modifiée et complétée par la loi no. 262/2007, mais aussi de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire.

**1. LA PROCEDURE PREALABLE A LA SAISINE DE L'INSTANCE DE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF - LE RECOURS ADMINISTRATIF
GRACIEUX ET LE RECOURS ADMINISTRATIF HIERARCHIQUE**

**CHAPITRE I. LE RECOURS ADMINISTRATIF PREALABLE DANS
LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF SUBJECTIF - CONDITION
D'EXERCICE DU DROIT A L'ACTION DANS LE CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF**

La procédure préalable à la saisine de l'instance de contentieux administratif est analysée par rapport aux dispositions constitutionnelles révisées, à la Convention européenne des droits de l'homme, au droit communautaire, mais aussi à celles instituées par les normes processuelles civiles instituées par l'article 109 alinéa 2 et l'article 720¹ du Code de procédure civile.

Ainsi, nous pouvons conclure par le fait que, *de lege lata*, conformément à la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme, l'institution par la loi d'une procédure préalable n'est pas en mesure de limiter le libre accès à la justice parce que les états ont la possibilité de réglementer par la loi les limitations ou les conditions du droit d'accès à la justice, tandis que la substance du droit n'est pas atteinte.

Si en ce qui concerne les actes administratifs typiques, l'institution de la procédure administrative préalable n'est pas en mesure de limiter le libre accès à la justice, dans le cas des actes administratifs juridictionnels, l'obligation du parcours de la procédure administrative préalable instituée dans la tâche de celui qui a opté pour l'exercice de la voie administrative juridictionnelle d'attaque contrevient à l'article 21 alinéa 4 de la Constitution publiée à nouveau, qui, en accord avec l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme, a institué le principe conformément auquel « les juridictions spéciales administratives sont facultatives et gratuites. »

Dans la matière de la procédure préalable exercée sur les décisions gouvernementales et les décisions du Premier Ministre, instituée par les dispositions de la Décision du Gouvernement no. 1226/2007 et, selon l'acceptation de laquelle, peuvent être révoqués ou modifiés par le gouvernement uniquement les actes adoptés qui n'ont pas produit des effets juridiques, sont violées les dispositions de l'article 52 de la Constitution publiée à nouveau, qui constitue le support constitutionnel cadre en la matière du

contentieux administratif, pour les considérations suivantes. Ainsi, conformément aux dispositions constitutionnelles, les actes adoptés par le Gouvernement, sont portés à la connaissance publique comme effet de la publication de ceux-ci au Journal Officiel de Roumanie, la date de publication ou une date ultérieure prévue dans leur contenu, constituant le moment à partir duquel ces actes normatifs entrent en vigueur et produisent des effets juridiques, la non publication apportant de soi leur inexistence. Donc il résulte que seuls les actes normatifs qui ne sont pas publiés au Journal Officiel ne produisent pas d'effets juridiques, ainsi que, dans l'hypothèse où il n'est pas établi par l'acte normatif publié au Journal Officiel une date ultérieure à son entrée en vigueur, on confère la possibilité de formulation d'une plainte préalable contre certains actes normatifs adoptés par le Gouvernement, qui ne sont pas en vigueur et qui n'ont pas produit d'effets juridiques, de cette façon ils ne peuvent pas préjudicier des droits ou des intérêts légitimes d'une certaine personne, et, de l'autre côté, par la limitation de la possibilité de prise de connaissance par les intéressés de ces documents.

Le problème de l'obligation de la procédure administrative préalable instituée dans la tâche de l'intervenant principal dans un litige de contentieux administratif, délimitée de la jurisprudence de notre instance suprême, n'offre pas au justiciable des garanties suffisantes d'accessibilité et de prévisibilité de ces normes de procédure, par rapport au spécifique des litiges de contentieux administratif, qui permette au citoyen de disposer de suffisantes informations sur les normes juridiques applicables dans un cas donné et d'être capable à prévoir, d'une manière raisonnable, les conséquences qui peuvent apparaître, selon les nombreux conseils reçus de la part de l'instance de contentieux européenne.

CHAPITRE II. LE RECOURS ADMINISTRATIF PREALABLE DANS LE CONTENTIEUX OBJECTIF

Dans le contexte des actuelles réglementations, respectivement la Loi no. 340/2004 concernant le préfet et l'institution du préfet et la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, le préfet peut attaquer directement dans le contentieux administratif les actes émis par les autorités de l'administration publique qu'il apprécie comme illégaux et concernant les contrats administratifs, les dispositions de l'article 7 alinéa 6 de la Loi no.

554/2004 concernant l'application de la procédure préalable dans cette matière, deviennent incidentes.

CHAPITRE III. LE TERME D'INTRODUCTION ET LE TERME DE SOLUTION DU RECOURS ADMINISTRATIF

En ce qui concerne le terme de 30 jours où un litige doit être solutionné, le recours administratif gracieux à caractère individuel, réglementé par l'article 7 alinéa 1 de la Loi no. 554/2004, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, celui-ci correspond aux exigences des normes constitutionnelles et à celles instituées par l'article 6 point 1 de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi à celles imposées par le Programme-cadre du 11 novembre 2004 de la Commission Européenne pour Efficacité de la Justice (CEPEJ), tandis que la possibilité de formulation à tout moment de la procédure préalable, dans le cas de l'acte administratif à caractère normatif, n'est pas concordante avec la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui a considéré que par la non imputation d'un terme à l'intérieur duquel une action puisse être exercée, le principe de la sécurité des rapports juridiques est violé (exemple l'affaire *Brumărescu contre Roumanie*).

En ce qui concerne le terme de 30 jours à compter de l'enregistrement de la requête, où le recours administratif doit être solutionné, les dispositions de la Loi no. 554/2004 sont corrélées avec les dispositions de la Décision du Gouvernement no. 27/2002 concernant l'activité de solution des requêtes, auxquelles nous renvoie l'article 51 alinéa 4 de la Constitution publiée à nouveau et qui constituent le droit commun en la matière des requêtes.

2. LE RECOURS JURIDICTIONNEL

CHAPITRE I. LE SYSTEME DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF CONSACRE PAR LA CONSTITUTION PUBLIEE A NOUVEAU ET LA LOI DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF NO. 554/2004

En ce qui concerne le système du contentieux administratif, après l'entrée en vigueur de la Constitution révisée et de la Loi no. 554/2004, par l'élargissement de la sphère des personnes qui peuvent saisir l'instance de contentieux administratif, la nouvelle Loi du contentieux administratif consacre, en accord avec l'article 52 de la Constitution révisée, tant une forme

classique de contentieux administratif, dénommée « contentieux subjectif » où l'action en justice a comme titulaire le titulaire même du droit ou de l'intérêt légitime, lésé par un acte administratif ou par la non solution dans le terme légal d'une requête, qu'un « contentieux objectif » où les titulaires de l'action ne sont pas les titulaires des droits ou des intérêts légitimes lésés, comme c'est le cas de la tutelle administrative exercée par le préfet, par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, par le Ministère Public etc.

En guise de conclusion, dans le contexte de la Constitution révisée et de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, nous pouvons distinguer les types suivants de contentieux administratif :

1. Dans la situation où on demande à l'instance de contentieux administratif, par la même action, tant l'annulation de l'acte administratif que la prononciation de dédommagements ou l'obligation de l'autorité publique accusée d'émettre un acte ou un autre document (certificat, attestation etc.), de conclure un contrat administratif, d'exécuter certaines obligations contractuelles, de suppléer le consentement d'une des parties à la signature d'un contrat administratif etc. même si nous parlons de deux types de contentieux, c'est-à-dire, la première partie qui est le contentieux en annulation proprement dit et qui est objectif et la deuxième partie qui prononce des dédommagements ou l'obligation de l'autorité réclamée à l'exécution d'une obligation de faire, et qui est donc subjectif, car le juge doit décider sur certaines questions de droit subjectif qui dépassent l'annulation de l'acte administratif, le juge devant prendre toutes les mesures pour défendre les droits subjectifs et la réintégration de la partie dans ses droits, nous pouvons parler d'un contentieux subjectif de pleine juridiction.

2. Dans le cas où on met en discussion uniquement la légalité de l'acte administratif, l'instance ne pouvant ajouter aucune condamnation à l'indemnisation ou autres choses aux motifs d'annulation, le juge ayant à résoudre donc uniquement une question de droit objectif, nous pouvons parler d'un contentieux objectif.

3. Dans l'hypothèse où on demande à l'instance de contentieux administratif uniquement l'octroi de dédommagements, après qu'en préalable le requérant ait formulé une requête en annulation de l'acte, nous pouvons parler d'un contentieux subjectif dans les dédommagements.

CHAPITRE II. LES CONDITIONS DE L'ACTION DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF OBJECTIF ET SUBJECTIF

2. 1. Conditions concernant l'acte administratif qui fait l'objet d'une action dans le contentieux objectif et subjectif, mais aussi l'autorité publique émettrice de l'acte administratif

Sous cet aspect, nous constatons que dans l'acception de l'article 2 alinéa 1 lettre b. de la loi no. 554/2004 tel que modifié par la Loi no. 262/2007, ont la qualité d'autorités publiques et, par conséquent, la qualité processuelle dans les litiges de contentieux administratif, les organes d'état (centraux ou locaux), qui sont parfois qualifiés par la loi comme des personnes juridiques de droit public, et parfois sont des simples sujets de droit public auxquels la loi établit des attributions dans la réalisation du pouvoir public, mais aussi les organes d'état appartenant aux unités administratives territoriales, qui peuvent être ou non aussi, des personnes juridiques de droit public, comme c'est le cas des institutions et des services publics en sous-ordre de ceux-ci, mais aussi des conseils locaux et départementaux, sans personnalité juridique, organisés en cadre des unités administratives territoriales, qui agissent en nom de ceux-ci et par l'intermédiaire desquelles on réalise l'autonomie locale dans ces unités administratives territoriales secondaires.

Donc il résulte que dans la définition de la notion d'autorité publique dont les actes normatifs peuvent être contestés par la voie du contentieux administratif, le législateur a eu en vue toutes les catégories d'autorités publiques, c'est-à-dire les organes d'état, peu importe où ils sont réglementés dans la Constitution, mais aussi les organes de l'administration publique locale organisés en cadre des unités administratives territoriales.

Concernant les autorités publiques assimilées, nous constatons que, dans l'acception de l'article 2 alinéa 1 lettre b de la Loi modifié, sont assimilées aux autorités publiques les personnes juridiques de droit privé, qui, conformément à la loi, ont acquis le statut d'utilité publique ou qui sont autorisées à déployer un service public, mais uniquement en régime de pouvoir public, selon les précisions express de cette disposition légale. Cette précision du législateur a été imposée, pour signaler aux personnes juridiques de droit privé qui déploient un service public, le fait que, déployant un service public, elles sont assimilées aux autorités publiques et, par conséquent, elles ont la qualité de parties dans des rapports juridiques qui supposent l'exercice de l'autorité publique et les actes administratifs doivent être émis sur la base des prérogatives exorbitantes de droit public conférées par la loi.

En ce qui concerne la question du caractère unilatéral de l'acte administratif, selon notre opinion, prenant la théorie des actes détachables de la jurisprudence française, l'attaque dans le contentieux administratif des clauses réglementaires d'un contrat administratif est possible.

2.2. Conditions concernant le requérant

De l'économie de l'actuelle Loi du contentieux administratif, nous pouvons détacher la conclusion que la possibilité de formuler une action dans le contentieux administratif visant l'annulation d'un acte administratif est conférée à toute personne qui se considère lésée dans un droit ou un intérêt légitime, contexte où l'actuelle Loi du contentieux administratif institue une vraie action populaire.

En la matière du contentieux administratif, s'impose la précision que la capacité administrative de l'autorité publique est relevante, dans le sens d'émettre des actes administratifs en régime de pouvoir public pour la satisfaction de l'intérêt public, et si elle n'a pas de personnalité juridique, résultant ainsi que l'autorité publique émettrice d'un acte administratif peut être citée en justice et peut rester en nom propre en jugement, même si elle n'a pas de personnalité juridique.

Compte tenu que les unités administratives territoriales, bien qu'elles ne soient pas qualifiées expressément par la loi comme des personnes juridiques de droit public, ne peuvent adopter elles mêmes des actes administratifs, mais uniquement par l'intermédiaire des autorités de l'administration publique locale organisées en cadre de celles-ci et qui agissent en nom des unités administratives territoriales, la conclusion qui peut être détachée est celle que, dans le cas des litiges déterminés par des actes administratifs adoptés/émis par les autorités de l'administration publique locale, bien que celles-ci ne soient pas des personnes juridiques de droit public, ce sont elles qui resteront en justice en nom propre et non la personne juridique de droit public.

En ce qui concerne le droit subjectif et l'intérêt légitime – condition de l'exercice de l'action dans le contentieux administratif subjectif, par l'article 52 de la Constitution révisée, et en accord avec les dispositions constitutionnelles et les dispositions de l'article 1 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, il a été définitivement tranché sur la sphère du contenu de la lésion, en se rajoutant à la sphère de la lésion, à côté du droit subjectif, aussi l'intérêt légitime, en limitant de cette façon les controverses entre les théoriciens du droit et la pratique judiciaire non unitaire.

Concernant le droit subjectif et l'intérêt légitime dans le contentieux objectif, partant du syntagme « son droit » du contenu de l'article 1 alinéa 1 de la Loi no. 554/2004, qui vient expliciter le contenu de la notion de « droit » de l'article 52 alinéa 1 de la Constitution révisée et qui met en discussion une question de droit subjectif, nous pourrions conclure que, dans le cas de l'action dans le contentieux administratif objectivement formulée par une personne physique ou une personne juridique de droit privé, celles-ci devront prouver uniquement la lésion par l'acte administratif attaqué d'un intérêt légitime public ou privé, car, selon l'acceptation de la Loi no. 554/2004, les actions des personnes physiques ou des personnes juridiques de droit privé fondées sur un intérêt légitime public ou privé ne sont pas inadmissibles.

2.3. Conditions concernant la procédure

Une des conditions de procédure concernant l'action dans le contentieux administratif, est celle où, pour l'annulation de l'acte administratif, un recours parallèle est consacré par la loi, de la compétence d'autres instances que celles spécialisées dans la solution des litiges de contentieux administratif. Sous l'aspect de la condition concernant l'inexistence d'un recours parallèle, la Loi du contentieux administratif et notre jurisprudence, déclare inadmissible le recours objectif formulé devant une instance spécialisée dans le contentieux administratif, dans la mesure où un recours parallèle est institué par la loi spéciale, qui va être solutionné par d'autres instances que celles spécialisées dans le contentieux administratif et qui procurent au requérant le même résultat que le recours objectif.

CHAPITRE III. LES CAUSES QUI DETREMINENT L'ACTION DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF OBJECTIF ET SUBJECTIF

Partant de ces exigences imposées par le principe de la légalité de l'acte administratif, les causes qui peuvent être invoquées dans une action dans le contentieux administratif objectif ou subjectif, par lesquelles on demande l'annulation de l'acte administratif ou l'octroi des dédommagements, peuvent

être groupées dans deux catégories: les causes concernant la légalité externe (l'incompétence et le vice de forme) et les causes concernant la légalité interne.

Parmi les causes concernant la légalité interne, l'attention est retenue en particulier par la conformité de l'acte administratif avec la constitution, les lois et les autres actes normatifs.

Sous cet aspect, un des problèmes est si l'appréciation de l'opportunité est en concordance avec le principe de légalité. Selon notre opinion, l'opportunité peut faire l'objet d'un contrôle de la part des instances de contentieux administratif, au moment où elle devient un aspect de la légalité par l'intermédiaire d'une disposition légale expresse ou implicite.

Un autre problème longuement débattu dans la littérature de spécialité est celui concernant la qualification de certains actes administratifs qui sont conclus avec la violation de certaines conditions essentielles de validité, comme étant inexistantes. Dans le cas de l'acte administratif à caractère normatif, comprenant les réglementations à caractère général et impersonnel, selon notre avis, la théorie de l'acte administratif inexistant ne peut pas être accréditée, car celui-ci s'adressant à un nombre indéfini de sujets de droit, l'illégalité de celui-ci ne peut rester uniquement à la simple phase de constatation de l'inexistence de celui-ci par n'importe qui, sans l'intervention de l'instance de jugement, comme il résulte des opinions précitées, mais par contre, l'illégalité de celui-ci doit produire des effets *erga omnes*, ce qui, selon l'acception de l'article 24 alinéa 2 de la Loi no. 554/2004 nécessite une action en annulation de l'acte administratif à caractère normatif, solutionnée par l'instance de contentieux administratif par une décision définitive et irrévocable, suivant que, par l'effet de la publication de celle-ci, l'illégalité de l'acte ainsi constatée, produise des effets *erga omnes*.

En ce qui concerne la condition de la conformité de l'acte administratif avec le but suivi par la loi, celle-ci impose que l'acte administratif soit émis conformément au but suivi par la loi en vue de la réalisation d'un intérêt public, ainsi que, au moment où l'acte administratif est adopté par le détournement de pouvoir en vue de la réalisation d'un intérêt particulier, il est évident que la légalité de l'acte administratif est affectée. Le but de l'acte administratif est une condition essentielle pour la légalité de l'acte administratif.

CHAPITRE IV. L'OBJET DE L'ACTION JUDICIAIRE

En ce qui concerne la sphère des actes administratifs qui font l'objet de l'action dans le contentieux administratif, de l'économie des dispositions de la Loi du contentieux administratif, il résulte que la sphère des actes administratifs qui font l'objet de l'action dans le contentieux administratif comprend les suivantes catégories d'actes administratifs : actes administratifs unilatéraux typiques; actes administratifs assimilés à l'acte administratif unilatéral: le refus injustifié de résoudre une requête concernant un droit ou un intérêt légitime, la non solution dans le délai légal d'une requête, les contrats administratifs ; les actes administratifs juridictionnels.

Quant à l'acte administratif d'autorité, selon l'acception de l'actuelle Loi du contentieux administratif, la sphère des actes administratifs par lesquels on peut violer des droits subjectifs et des intérêts légitimes des personnes, et qui font l'objet de l'action dans le contentieux administratif dans les conditions de l'actuelle loi, est restreinte à la catégorie des actes administratifs d'autorité ou unilatéraux, qui, à leur tour, peuvent être des actes administratifs d'autorité normatifs et des actes administratifs d'autorité individuels.

Sur l'attaque dans le contentieux administratif des actes administratifs à caractère normatif par toute personne, l'actuelle Loi du contentieux administratif, par la définition donnée au contentieux administratif (article 2 alinéa 1 lettre f), tranche définitivement cette question, d'où on pourrait conclure que cette loi institue une vraie « action populaire » (*actio popularis*).

Concernant l'acte administratif de gestion, l'actuelle loi du contentieux administratif assimile aux actes normatifs unilatéraux, uniquement les contrats administratifs soumis au régime de droit public conclus par les autorités publiques, qui ont pour objet la mise en valeur et la valorisation de certains biens propriété publique, d'où il résulte que les actes administratifs de gestion par lesquels on met en valeur des biens de propriété appartenant à l'Etat ou aux unités administratives territoriales ne font pas l'objet de l'action dans le contentieux administratif, et qui sont conclus toujours sur la base de l'acte administratif d'autorité, les autorités publiques agissant donc, comme dans le cas de la mise en valeur des biens de propriété publique, toujours dans le régime de pouvoir public et pour la réalisation d'un intérêt général.

Selon notre opinion, partant de la théorie de l'unicité de la personnalité juridique de l'état, qui comprend la capacité de droit civil et la capacité de droit privé, les deux capacités étant exercées par l'une et la même personne

juridique de droit public, tant dans la situation où celle-ci agit par des actes d'autorité que dans la situation où celle-ci agit par des actes de gestion, dans la catégorie des contrats administratifs doivent être inclus, de *loi ferenda* aussi des contrats que l'administration conclut pour la mise en valeur des biens de propriété privée appartenant à l'Etat ou aux unités administratives et territoriales et, par conséquent, la compétence de la solution des litiges dérivant de ces contrats soit attribuée toujours aux instances de contentieux administratif.

En ce qui concerne le problème de l'acte administratif juridictionnel, celui-ci a été analysé en corrélation avec les dispositions de l'article no. 21 de la Constitution révisée, qui institue le principe du libre accès à la justice et, respectivement, de l'article 21 alinéa 4 de la Constitution révisée, dans le sens duquel les juridictions spéciales administratives sont facultatives et gratuites.

De l'analyse des dispositions légales instituées par la Loi no 554/2004, nous constatons que, à la différence de l'ancienne réglementation qui n'instituait pas l'obligation exclusive du législateur dans la qualification d'une procédure administrative juridictionnelle, par le nouveau concept légal des deux termes, l'acte administratif juridictionnel peut être émis uniquement par une autorité administrative investie par la loi organique avec des attributions de juridiction administrative spéciale et la compétence exclusive de ces autorités administratives de solutionner un conflit concernant un acte administratif selon la procédure administrative juridictionnelle, doit être expressément prévue dans le contenu de la loi organique spéciale en la matière.

Nous trouvons statutaire cette solution législative, qui éliminera la possibilité discrétionnaire des fonctionnaires publics qui appliquent la loi de qualifier de manière différente le même acte administratif, et qui a mené, dans la pratique d'application de la disposition non modifiée, aux solutions contraires.

En ce qui concerne les décrets présidentiels, un des problèmes analysés a été celui de la nature juridique de ces décrets et de la possibilité d'attaque dans le contentieux administratif de ceux-ci.

Sous cet aspect, les opinions majoritaires convergent dans le sens de la qualification de ces décrets comme étant des actes administratifs d'autorité et sous l'aspect de la possibilité d'attaque dans le contentieux administratif, nous pouvons conclure que la majorité des opinions exprimées

dans la littérature de spécialité, bien qu'elles soient fondamentées différemment, admettent le fait que les décrets présidentiels émis en application des articles 91-103 et de l'article 100 de la Convention entrent dans la catégorie des actes administratifs des autorités publiques qui concernent les rapports de ceux-ci avec le Parlement, exceptés par conséquent du contrôle de l'instance de contentieux administratif.

Ainsi il résulte que, nous pouvons accréditer l'idée de la possibilité d'attaque dans le contentieux administratif des décrets présidentiels, à condition que ceux-ci ne s'encadrent pas dans la sphère des fins d'irrecevabilité prévues par l'article 126 alinéa 1 thèse I de la Constitution publiée à nouveau et par l'article 5 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, comme seraient par exemple les décrets du Président de Roumanie, émis en vertu de l'article 94 lettre c de la Constitution, concernant la désignation dans certaines fonctions publiques.

CHAPITRE V. ACTES ADMINISTRATIFS EXCEPTES DU CONTROLE DES INSTANCES DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

De l'économie des dispositions de l'article 126 alinéa 6 de la Constitution révisée et de l'article 5 de la Loi no. 554/2004, resté sans modifications par la Loi no. 262/2007, nous pouvons tirer la conclusion que, après la révision de la Constitution, la sphère des actes administratifs exceptés du contrôle de l'instance de contentieux administratif est établie expressément et limitativement par le législateur constituant dérivé et vise à deux catégories de situations : les actes concernant les rapports avec le Parlement et les actes de commandement à caractère militaire.

Sur les actes qui concernent les rapports avec le Parlement, après la modification de la Loi no. 554/2004 par la Loi no. 262/2007, cette catégorie d'actes administratifs a trouvé son concept légal par l'article II alinéa 1 lettre k de la Loi no. 262/2007, le législateur organique employant la terminologie « actes qui concernent les rapports avec le Parlement » tandis que, les dispositions de l'article 126 alinéa 6 de la Constitution publiée à nouveau, emploie la terminologie « actes administratifs qui concernent les rapports avec le Parlement », donc pas tous les actes qui concernent les rapports avec le Parlement, ainsi en pouvant accréditer l'idée du caractère inconstitutionnel des dispositions de la Loi no. 262/2007.

Partant de ces considérations, il résulte que la sphère de l'exception analysée comprend tous les décrets présidentiels qui doivent être contresignés par le Premier Ministre, évoque des rapports de nature constitutionnelle entre deux chefs de l'Exécutif, d'un côté, et le Parlement, de l'autre côté, mais aussi la plupart des décrets qui nécessitent une telle procédure uniquement dans certaines situations, comme par exemple, le cas du décret émis en application de l'article 91 lettre c de la Constitution (la désignation dans la fonction publique), le contrôle de l'instance judiciaire pouvant être exercé.

En ce qui concerne les actes de commandement à caractère militaire, il résulte que, selon l'acception de la Loi no. 554/2004, on ne peut soumettre à la censure de l'instance de contentieux administratif que les actes des autorités militaires qui visent la commande de la troupe, durant la paix ou la guerre, ainsi que les autres actes émis par les autorités militaires peuvent être attaqués dans le contentieux administratif. Ainsi, dans la catégorie des actes émis par les autorités militaires qui peuvent être attaqués dans le contentieux administratif, tout en pouvant demander, conformément aux choses exposées ci-dessus aussi des dédommagements, nous pouvons noter : ceux qui concernent des désignations ou des destitutions de la fonction, le déplacement abusif dans une autre garnison, le passage à la réserve, ceux qui concernent l'organisation et le fonctionnement des autorités publiques qui agissent dans le domaine de la défense, mais aussi les contrats administratifs conclus avec les structures de l'armée, etc.

Après l'entrée en vigueur de la Constitution révisée, qui par l'article 126 alinéa 6 a produit des mutations significatives en la matière du contentieux administratif, on a mis le problème de la compatibilité du recours parallèle institué par l'article 5 alinéa 2 de la Loi no. 554/2004 et d'autres actes normatifs spéciaux avec des dispositions constitutionnelles. Dans le contexte de ces dispositions constitutionnelles, le législateur constituant dérivé a institué *in terminis* comme garantie constitutionnelle du contrôle de la légalité de tous les actes administratifs, uniquement la voie du contentieux administratif, de la compétence exclusive des instances spécialisées dans le contentieux administratif, les exceptions étant établies expressément et limitativement par le législateur constituant dérivé lui-même. Dans ce contexte, toute exception qui rajoute au texte constitutionnel, comme aussi celle instituée par l'article 5 alinéa 2 de la Loi no. 554/2004, viole le principe

constitutionnel de la prééminence de la constitution, dans l'ensemble de la législation infra constitutionnelle.

CHAPITRE VI. LE TERME D'INTRODUCTION DE L'ACTION DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

L'actuelle Loi du contentieux administratif par l'article 11 de la Loi no. 554/2004, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, fixe les termes d'introduction de l'action dans le contentieux administratif dans le cas des actes administratifs individuels, dans le cas des actes administratifs à caractère normatif, mais aussi dans le cas des ordonnances.

Si le problème du terme de 6 mois ou de maximum 1 an où les actes administratifs à caractère individuel peuvent être attaqués dans le contentieux administratif, correspond aux exigences imposées par l'article 6 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans le cas des actes administratifs à caractère normatif, conférer la possibilité de l'annulation sans limite de temps, contrevient au principe de la sécurité des rapports juridiques et de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, car, sur la base des actes administratifs d'autorité à caractère normatif sont émis les actes administratifs à caractère individuel qui peuvent entrer dans le circuit civil, ainsi que, si l'acte administratif à caractère normatif peut être annulé n'importe quand, celui-ci attire de soi implicitement aussi l'annulation, après une longue période de temps, des effets juridiques de l'acte administratif à caractère individuel qui est entré dans le circuit civil, contexte où, selon notre opinion, dans cette hypothèse aussi a lieu une perturbation de la stabilité des rapports juridiques.

Concernant le terme de formulation de l'action dans le contentieux administratif contre un acte administratif illégal entré dans le circuit civil, si antérieurement à la modification de l'article 1 alinéa 6 de la Loi, l'action en annulation de l'acte administratif individuel illégal entré dans le circuit civil était soumise aux termes prévus par l'article 11 alinéa 1 et alinéa 2 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, tandis que l'action en annulation d'un acte administratif à caractère normatif peut être introduite à tout moment, après la modification de l'article 1 alinéa 6 par la Loi no. 262/2007, le législateur a établi le terme d'un an à compter de la date d'émission de l'acte, où l'action en annulation de l'acte administratif illégal entré dans le circuit civil peut être formulée.

**CHAPITRE VII. LES INSTANCES COMPETENTES DANS LA
SOLUTION DES LITIGES DANS LE CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF ET LES SOLUTIONS QU'ELLES PEUVENT
RENDRE**

En ce qui concerne la compétence matérielle des instances de contentieux administratif, celle-ci est partagée entre les tribunaux administratifs fiscaux et les sections de contentieux administratif et fiscal des cours d'appel, en fonction de la position centrale ou locale de l'organe émetteur en cadre du système d'administration publique et respectivement le quantum de la valeur des taxes, des impôts, des dettes douanières établi par des actes administratifs. Sous cet aspect, car, conformément aux modifications apportées à la Loi du contentieux administratif par la Loi no. 262/2007, les instances compétentes dans la solution des litiges de contentieux administratif peuvent être établies uniquement par la loi organique, il s'impose la nouvelle analyse de certains actes normatifs ayant force juridique inférieure à la loi organique, par laquelle la compétence de certaines instances avec la solution des litiges dans le contentieux administratif est établie.

Nous pouvons exemplifier en ce sens, les prévisions de l'article 32 alinéa 2 de la Décision du Gouvernement 2/2001 concernant le régime juridique des contraventions, l'acte normatif ayant la force juridique d'une loi ordinaire.

En ce qui concerne les instances compétentes dans la solution des litiges de contentieux administratif visant l'octroi de dédommagements, dans l'hypothèse où une telle requête n'a pas été formulée en même temps que l'action principale, dans les conditions de l'article 19 de la Loi, il s'agit d'un litige déclenché par une nouvelle requête introductive d'instance, autonome par rapport à la requête autonome dans le contentieux administratif, pouvant parler d'un litige essentiellement civil, ainsi que, uniquement anachroniquement on peut lui appliquer « la procédure de jugement » spécifique aux actions dans le contentieux administratif.

Concernant les solutions que l'instance de contentieux administratif peut rendre, nous constatons que l'actuelle Loi du contentieux administratif, consacrant le système du contentieux de pleine juridiction, l'instance peut prononcer les solutions suivantes :

a. L'annulation totale ou partielle de l'acte administratif, et par le même dispositif obliger l'autorité émettrice à émettre un autre acte administratif, à délivrer un autre document ou à effectuer une certaine opération administrative. Donc nous constatons que l'instance de contentieux administratif peut disposer, elle-même, par des mesures pour la reconnaissance de son droit ou de l'intérêt légitime violé, constatant même la réformation d'une décision administrative, et pour la réparation du préjudice matériel et moral occasionnés au requérant, sans que ces dispositions, comprises dans la décision judiciaire, puissent être considérées des immixtions dans l'activité de l'administration publique.

L'action en annulation est parmi les plus importantes actions communautaires. Sur la voie de cette action peuvent être attaqués tous les actes qui produisent des effets juridiques obligatoires, et qui par une violation de la position juridique du requérant affectent les intérêts de celui-ci.

b. une des solutions que l'instance de contentieux administratif peut rendre, conformément à l'article 18 alinéa 2, modifié par la Loi no. 262/2007, est celle par laquelle oblige l'autorité publique à effectuer une certaine opération administrative, ou à se prononcer sur la légalité des opérations administratives qui ont été à la base de l'émission de l'acte soumis au jugement.

Dans toutes ces situations, par l'article 16 de la Loi, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, on permet une action directe contre la personne qui a contribué à l'élaboration, à l'émission ou à la clôture de l'acte, ou, selon le cas, est coupable du refus de résoudre la requête concernant un droit ou un intérêt légitime, l'instance pouvant obliger ces personnes au paiement de certains dédommagements pour le préjudice occasionné ou pour un retard, solidairement avec l'autorité publique réclamée.

En ce qui concerne les solutions que l'instance de contentieux administratif peut rendre en la matière des contrats administratifs nous apprécions que l'intérêt est éveillé, partant de la théorie et des caractéristiques de l'acte administratif inexistant, par une analyse des situations où de tels contrats peuvent être considérés inexistantes, et, respectivement, des situations où l'instance de contentieux administratif investie avec la solution de tels litiges, dispose l'annulation de ceux-ci (nullité relative) ou constate la nullité absolue de ceux-ci.

Selon notre avis, le contrat administratif conclu avec la violation de certaines conditions essentielles de validité ne peut rester uniquement à la simple constatation discrétionnaire de l'inexistence de celui-ci du point de vue juridique par toute personne (nous nous demandons qui aura l'intérêt de constater l'inexistence), mais l'intervention de l'instance de contentieux administratif, qui suite à la formulation d'une action constatera la nullité absolue du contrat administratif, est impérativement nécessaire.

Egalement, la possibilité de l'instance de suppléer le consentement d'une partie dans un contrat administratif doit partir des particularités spéciales du contrat administratif, imposées par les clauses de droit public, contexte où les clauses contractuelles ne peuvent affecter l'existence des clauses réglementaires (exorbitantes), ainsi que l'instance pourra suppléer le consentement d'une des parties, uniquement en ce qui concerne les clauses contractuelles.

CHAPITRE VIII. LA SUSPENSION D'EXECUTION DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Le siège de la matière se trouve dans les dispositions de l'article 14 qui transpose dans le droit national, avec valeur de principe, la Recommandation R(89) 8 du Comité de ministres du Conseil d'Europe concernant la protection judiciaire provisoire en la matière administrative et l'article 15 de la Loi no. 554/2004.

On peut donc conclure que la suspension d'exécution de l'acte administratif disposée dans les conditions de l'article 14 de la Loi est une suspension judiciaire, disposée à la requête de la personne intéressée, tandis que, dans les hypothèses prévues par l'article 15 de la Loi, peu importe si le requérant demande ou non la prolongation de la suspension, *opere, ope legis*, la suspension de droit.

Le problème de la suspension d'exécution de l'acte administratif pose des problèmes dans l'hypothèse de la suspension d'exécution de l'acte administratif à caractère normatif, dans le contexte où, les dispositions de l'article 11 alinéa 4 de la Loi consacrent le caractère imprescriptible de l'action dans le contentieux administratif visant à l'annulation d'une acte administratif à caractère normatif, et de l'autre côté, la plainte préalable dans le cas de ces actes administratifs peut être formulée à tout moment. Dans une telle hypothèse, la plainte préalable pouvant être formulée à tout moment, la fin de droit de la suspension d'exécution de l'acte administratif normatif opérera toujours après une longue période de temps, et même si le requérant ne formule pas l'action en annulation de l'acte administratif normatif dans un délai de 60 jours à compter de la date où reste définitive et irrévocable la décision de suspension.

Dans une telle hypothèse, la garantie de la présomption de légalité de l'acte administratif, qui régit notre entier droit administratif mais aussi celui européen, est gravement affectée et le principe d'exécution de l'acte administratif dans un terme raisonnable, imposé par les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de celle-ci est compromis.

**CHAPITRE IX. LE RECOURS CONTRE LES DECISIONS RENDUES PAR
LES INSTANCES DE FOND EN LA MATIERE DU CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF, ET D'AUTRES VOIES D'ATTAQUE**

Après la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 20 alinéa 1 et de l'article 4 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004, ces dispositions ont été mises en consonance avec les dispositions constitutionnelles, en statuant que la décision prononcée par la première instance peut être attaquée par recours, dans un délai de 15 jours à compter de la communication et respectivement 5 jours à compter de la communication, dans le cas des décisions prononcées par la première instance par lesquelles on a vérifié la légalité d'un acte administratif sur la voie de l'exception d'illégalité.

Concernant les voies extraordinaires d'attaque en la matière de la solution des litiges dans le contentieux administratif, le titre exécutoire étant constitué uniquement par les décisions définitives qui sont devenues aussi irrévocables, la contestation en annulation peut être introduite contre la décision irrévocable, qui peut être la décision rendue par le tribunal ou par la Cour d'Appel, si la décision de ces instances qui ont solutionné le fond du litige n'a pas été attaquée avec recours, ou la décision rendue par l'instance qui a solutionné la voie d'attaque du recours.

Une autre voie extraordinaire d'attaque avec incidence dans les litiges de contentieux administratif est la révision, qui, conformément à l'article 21 alinéa 2 de la Loi récemment introduit, peut être exercée, à côté des motifs de révision, aussi contre les décisions restées définitives et irrévocables par lesquelles a été violé le principe de la priorité du droit communautaire, réglementé par l'article 148 alinéa 2, corroboré avec l'article 20 alinéa 2 de la Constitution de Roumanie.

Egalement, une nouvelle apportée par la loi modifiée en la matière de l'exception d'illégalité est celle de la formulation d'une requête en révision des décisions judiciaires définitives et irrévocables, sans solution sur le fond de l'exception d'illégalité, qui a été rejetée comme mal fondée, requête qui peut être introduite dans un délai de 3 mois à compter de l'entrée en vigueur de la Loi no. 262/2007.

CHAPITRE X. LE CONTENTIEUX OBJECTIF

10. 1. Le contentieux objectif (en annulation) pour l'excès de pouvoir consacré par l'article 5 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif.

Ce système du contentieux administratif est consacré par les dispositions de l'article 5 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004, resté sans modifications après l'entrée en vigueur de la Loi no. 262/2007, respectivement dans le cas des actes administratifs émis pour la mise en application du régime de l'état de guerre, de l'état de siège et de celui d'urgence etc.

L'analyse de ce type de contentieux administratif a été faite par rapport à la signification du concept « excès de pouvoir », selon l'acception conférée à celui-ci par l'article 2 alinéa 1 lettre n de la Loi no. 554/2004, tel que modifié par la Loi no. 262/2007.

Du contenu de l'article 5 alinéa 3 de la Loi, il résulte que celui-ci vise les actes administratifs émis par le Président de Roumanie dans l'exercice de ses attributions conférées par l'article 92 et l'article 93 de la Constitution publiée à nouveau, qui peuvent être attaquées uniquement pour l'excès de pouvoir, ainsi étant consacré un contentieux objectif (en annulation ou pour l'excès de pouvoir). Or, de l'analyse des textes constitutionnels et de ceux exposés, ces actes administratifs du Président de Roumanie doivent être contresignés par le Premier Ministre et nécessitent l'approbation préalable ou l'accord du Parlement, étant des actes administratifs qui concernent les rapports avec le Parlement, exceptés, conformément à l'article 126 alinéa 6 de la Constitution publiée à nouveau et l'article 5 alinéa 1 lettre a de la Loi 554/2004, du contrôle de l'instance dans le contentieux administratif. Il résulte donc que ce texte légal constitue une exception ajoutée aux exceptions établies expressément et limitativement par le législateur constituant dérivé en la matière du contentieux administratif, ce qui, selon notre opinion attire le caractère inconstitutionnel de l'article 5 alinéa 3 de la loi.

10.2. Le contentieux objectif pour l'excès de pouvoir dans le cas du refus injustifié de solutionner une requête.

En cette matière nous pouvons donc conclure que les principes qui sont à la base de l'action en annulation du refus injustifié de résoudre une requête sont les suivants :

1. Le refus de l'administration de résoudre une requête n'équivaut pas au rejet de la requête, ni au silence de l'administration, car, dans le contexte de la Loi du contentieux administratif, le refus de solutionner une requête doit être explicite, sous la forme d'une communication écrite ;
2. Le refus de l'administration doit faire référence à une requête concernant un droit, qui peut être droit subjectif ou droit objectif ;
3. L'excès de pouvoir des autorités publiques, sur lequel repose le refus injustifié, on le suppose, il ne doit pas être prouvé par le requérant ;
4. La requête que l'autorité publique refuse à résoudre peut concerner tout acte administratif ;
5. L'action dans le contentieux administratif doit être formulée dans les termes prévus par l'article 11 de la Loi no 554/2004 ;

10.3. L'action dans le contentieux administratif objectif et subjectif exercée par le Médiateur.

Partant des dispositions constitutionnelles révisées, qui par l'article 146 lettre d investissent le Médiateur avec le droit de saisir directement la Cour Constitutionnelle avec des aspects d'inconstitutionnalité de certaines lois ou ordonnances, l'actuelle Loi du contentieux administratif, par l'article 1 alinéa 3, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, inclut, à son tour, l'institution du Médiateur parmi les sujets de saisine de l'instance, tant que titulaire de l'action dans le contentieux administratif objectif pour l'annulation d'un acte administratif, quand le Médiateur défend l'ordre de droit qui protège les droits du citoyen, introduisant ces actions en nom propre et qui ne peuvent plus être retirées, conformément à l'article 28 alinéa 3 de la Loi, introduit par la Loi no. 262/2007, que comme titulaire d'une action dans le contentieux administratif subjectif quand le Médiateur appuie le citoyen, et qui sont régies par le principe de la disponibilité, le requérant, conformément à la thèse finale de l'article 1 alinéa 3, ayant l'option d'assimiler ou non l'action formulée par le Médiateur au premier terme de jugement, suivant que, dans l'hypothèse où l'action de contentieux administratif annule la requête.

En ce qui concerne l'action dans le contentieux administratif subjectif exercée par le Médiateur, par l'article 1 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, on confère au Médiateur la possibilité de formuler une action dans le contentieux administratif subjectif uniquement pour la défense d'une personne physique, et uniquement si cette personne l'a ait saisi en préalable le Médiateur.

Sous l'aspect de la constitutionnalité, les prévisions de l'article 1 alinéa 3 de la Loi, avant la modification, ont été soumises au contrôle de constitutionnalité *a priori*, à la saisine du Médiateur, en invoquant la violation de l'article 21 de la Constitution dans le sens où toute personne peut s'adresser directement à la justice, et non par l'intermédiaire d'autres sujets de droit, comme c'est le cas présent. Bien que la Cour Constitutionnelle se soit prononcée dans le sens où ces dispositions sont en concordance avec les dispositions constitutionnelles, selon notre opinion, les dispositions de l'article 1 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004, tant avant qu'après la modification, sont inconstitutionnelles, en violant le principe du libre accès à la justice et de la disponibilité, car, indubitablement, le principe de la disponibilité dans la valorisation du libre accès à la justice.

10.4. L'action dans le contentieux administratif objectif et subjectif exercée par le Ministère Public.

La principale réglementation en la matière du contentieux administratif objectif exercé par le Ministère Public est inscrite dans les dispositions de l'article 1 alinéa 5 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, quand le Ministère Public peut saisir l'instance de contentieux administratif si par un acte administratif à caractère normatif est violé un intérêt public.

Du contenu de la nouvelle réglementation en la matière du contentieux administratif exercé par le Ministère Public, nous constatons que, par rapport à l'ancienne réglementation, le Ministère Public peut exercer l'action dans le contentieux administratif objectif non seulement au moment où il apprécie que l'acte administratif à caractère normatif par lequel on viole un intérêt légitime public a été émis par excès de pouvoir, ça veut dire au moment où l'administration a le droit d'apprécier, pouvant adopter une solution d'entre plusieurs possibles, mais dans toutes les situations où il apprécie que, par l'émission de certains actes administratifs à caractère normatif, sont violés des intérêts légitimes publics.

Egalement, dans le cadre du contentieux administratif objectif, le Ministère Public peut agir soit d'office, suite à l'exercice de ses attributions propres, soit à la demande de certaines personnes physiques ou juridiques. Dans ce cas la suivante remarque s'impose : peu importe si l'action dans le contentieux administratif objectif est formulée par le Ministère Public de l'office ou à la demande d'une personne physique ou juridique, ces actions

visant la défense de l'intérêt public, sur la base de l'article 28 alinéa 3 de la Loi, ne peuvent plus être retirées.

L'action dans le contentieux administratif subjectif exercée par le Ministère Public est consacrée expressément par les dispositions de l'article 1 alinéa 4 de la Loi, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, dans le sens où le Ministère Public exerce dans le contentieux administratif au nom et sur le compte des personnes physiques et juridiques, mais uniquement avec leur accord, le requérant acquérant aussi dans cette situation, de droit, la qualité de requérant, suivant qu'il soit cité dans cette qualité.

Nous apprécions que, aussi dans cette forme de rédaction du texte de loi, le principe du libre accès à la justice et celui de la disponibilité sont violés, car, même si le Ministère Public introduit l'action dans le contentieux administratif subjectif uniquement avec l'accord des personnes lésées, cette disposition légale ne confère pas à ces personnes lésées, sur la base du principe du libre accès à la justice et de celui de la disponibilité, la possibilité de s'adresser elles mêmes directement aux instances de jugement.

10. 5. L'action dans le contentieux administratif objectif exercée par les autorités publiques émettrices de certains actes administratifs illégaux qui sont entrés dans le circuit civil.

Ce type de contentieux administratif est consacré par l'article 1 alinéa 6 qui, suite aux modifications apportées à la Loi no. 262/2007 a remplacé le syntagme « constatation de la nullité » avec le syntagme « annulation de celui-ci », partant de la constatation que, dans le droit administratif, la distinction entre la nullité absolue et celle relative disparaît, car nous sommes dans la présence d'un rapport juridique de droit public qui suppose la défense des intérêts généraux, ce qui détermine l'impossibilité de la confirmation de la nullité et l'assurance d'un régime juridique unitaire au terme où elle peut être invoquée.

Mais, en la matière du contentieux administratif il y a des situations expressément prévues par la loi, ou qui dérivent des actes normatifs spéciaux, conformément auxquels l'émission de certains actes administratifs par la violation de certaines normes impératives attire la nullité absolue de ces actes administratifs.

Dans ce contexte, nous apprécions que les dispositions de l'article 1 alinéa 6 de la Loi modifiée devaient être formulées comme il suit : « L'autorité publique émettrice d'un acte administratif unilatéral illégal

peut demander à l'instance l'annulation de celui-ci ou la constatation de la nullité, selon le cas... ». Nous apprécions qu'une telle forme de rédaction était impérativement nécessaire, pour se distinguer entre l'action en annulation formulée pour la violation de certaines normes de disposition et l'action en constatation de la nullité formulée pour la violation de certaines normes impératives, distinction qui produit des effets sur le plan de la responsabilité de l'exercice et du respect de l'acte administratif attaqué.

10.6. L'action dans le contentieux administratif objectif exercée par le préfet et par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics suite au contrôle de tutelle administrative.

La tutelle administrative, institution du droit public, a trouvé une consécration législative expresse par la nouvelle Loi du contentieux administratif qui, par l'article 3 a consacré expressément un contentieux objectif, concrétisé par l'institution de la tutelle administrative exercée par le préfet et par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, mais aussi par les dispositions de la Loi no. 340/2004 concernant le préfet et l'institution du préfet, publiée à nouveau et celles de l'article 115 alinéa 7 de la Loi no. 215/2001 de l'administration publique, publiée à nouveau.

Concernant la sphère des actes administratifs qui font l'objet du contrôle de tutelle administrative exercé par le préfet, et sur lesquels celui-ci peut formuler une action dans le contentieux administratif, après l'entrée en vigueur de la Constitution révisée, le préfet peut attaquer dans le contentieux administratif tous les actes administratifs, sans faire la distinction entre les actes administratifs d'autorité et les actes administratifs de gestion, à l'exception de ceux prévus par l'article 126 alinéa 6 et par l'article 1 de la Loi no. 554/2004.

En ce qui concerne le contrôle de tutelle administrative exercé par le préfet, dès le début il s'impose la remarque que ce contrôle vise uniquement la légalité des actes administratifs déjà émis, adoptés ou conclus par les autorités de l'administration publique locale et départementale, et non leur opportunité, donc ce contrôle ne vise pas les actes administratifs assimilés à l'acte administratif unilatéral.

Egalement, une autre remarque qui s'impose est celle que ce contrôle de tutelle administrative est exercé par le préfet, après que les actes administratifs aient été portés à la connaissance publique et aient produit des effets juridiques, ce qui contrevient aux principes d'essence de

la tutelle administrative, respectivement à l'accord préalable en vue de la prévention de production des effets juridiques concernant certains actes administratifs appréciés comme illégaux. Une telle situation ne peut conduire qu'à une grave perturbation de la sécurité du circuit civil et de la garantie des rapports juridiques civils constitués par des actes administratifs, dans l'hypothèse où le préfet constate l'illégalité de certains actes administratifs après qu'ils aient produit des effets juridiques.

Concernant le terme d'introduction des actions dans le contentieux administratif par le préfet, les dispositions de l'article 3 alinéa 1 de la Loi, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, statuent que l'action est formulée dans le terme prévu par l'article 11 alinéa 1, qui commence à couler du moment de la communication de l'acte au préfet et dans les conditions prévues par la présente loi, pouvant parler donc du terme de 6 mois dans le cas des actes administratifs à caractère individuel, et à tout moment dans le cas des actes administratifs à caractère normatif.

De l'analyse du texte de l'article 123 alinéa 5 de la Constitution révisée, qui compte expressément et limitativement la sphère des actes administratifs qui font l'objet de l'action dans le contentieux administratif exercée par le préfet, nous constatons que les dispositions du Président du Conseil du Département sont exceptées du contrôle de tutelle administrative exercé par le préfet, bien que conformément à l'article 2 alinéa 1 lettre e de la Loi no. 215/2001 de l'administration publique, publiée à nouveau, le président du Conseil du Département est mentionné expressément comme étant une autorité exécutive de l'administration publique départementale, qui émet dans l'exercice de ses attributions des actes administratifs.

L'institution de la tutelle administrative exercée par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, consacrée par la Loi du contentieux administratif, a été analysée par rapport aux dispositions légales spéciales en la matière, respectivement la Loi no. 188/1999 publiée à nouveau, et respectivement, de la loi cadre en la matière du contentieux administratif.

Sur l'objet du contrôle de tutelle administrative exercé par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics et de l'action dans le contentieux administratif, celui-ci vise un domaine limité expressément prévu par la loi, c'est-à-dire celui de la fonction publique et du fonctionnaire public.

En ce qui concerne les aspects de procédure sur la saisine de l'instance de contentieux administratif par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, nous constatons que, en la matière de la procédure

préalable deviennent applicables les prévisions de l'article 7 alinéa 5 de la Loi no. 554/2004, conformément auxquelles, dans le cas des actions introduites par l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, la procédure préalable n'est pas obligatoire, et concernant les termes d'introduction des actions dans le contentieux administratif deviennent applicables les prévisions de l'article 11 de la Loi no. 554/2004.

10. 7 L'action dans le contentieux administratif objectif exercée en vue de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif unilatéral sur la voie de l'exception d'illégalité.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution révisée, l'exception d'illégalité constituait une manière d'exercice du contrôle de légalité des actes administratifs d'autorité par d'autres instances judiciaires que celles spécialisées dans le contentieux administratif ; étant un moyen de défense par lequel, dans le cas d'un procès pendant pour d'autres raisons que l'invalidité de l'acte de droit administratif, une des parties, sous la peine de lui appliquer un tel acte illégal, se défendait en invoquant ce vice et la demande que l'acte ne soit pas pris en considération à la solution du cas.

Dans le contexte de la nouvelle Loi du contentieux administratif, l'institution juridique de l'exception d'illégalité dénote une discussion réaliste en accord avec la Constitution révisée, qui confère aux instances spécialisées de contentieux administratif la plénitude de juridiction en la matière de contrôle de la légalité des actes administratifs.

Ainsi, nous considérons que l'institution de l'exception d'illégalité, consacrée par l'article 4 de la Loi no. 554/2004, déroge au système traditionnel de contentieux administratif, conformément auquel les instances judiciaires de contentieux administratif étaient compétentes d'annuler uniquement les actes administratifs d'autorité individuels, et les actes administratifs normatifs soient enlevés de la solution du procès sur la voie de l'exception d'illégalité.

Nous constatons donc que, si dans la forme initiale de l'article 4 de la Loi no. 554/2004 on ne faisait pas la distinction entre l'acte administratif à caractère normatif et celui à caractère individuel, de l'économie des dispositions de l'article 4 de la Loi, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, il résulte que le législateur ne statue pas expressément la possibilité d'invocation de l'exception d'illégalité concernant les actes administratifs unilatéraux à caractère normatif.

Pourtant, en faisant appel aux normes de technique législative statuées par la Loi no. 24/2000 publiée à nouveau, il résulte que la possibilité d'invocation de l'exception d'illégalité aussi en ce qui concerne l'acte administratif à caractère normatif se détache du contenu de l'alinéa 2 article 4 et de l'article 2 alinéa 2 de la Loi no. 262/2007 qui s'applique pour la suite comme des dispositions propres de la Loi no. 262/2007, dispositions qui ne font pas référence à la modalité de solution de l'exception d'illégalité visant un acte administratif unilatéral émis antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi no. 262/2007, le législateur ne faisant pas la distinction entre l'acte administratif unilatéral à caractère individuel et celui à caractère normatif.

Admettre l'idée de l'irrecevabilité d'invocation de l'exception d'illégalité dans le cas de l'acte administratif à caractère normatif, ça signifierait que, bien qu'à la base de l'acte administratif à caractère individuel contesté soit un acte administratif normatif, au requérant on limite le droit à la défense par l'invocation de l'exception d'illégalité de l'acte administratif normatif, qui a généré l'émission de l'acte administratif individuel, uniquement sur la base de la considération que celui-ci pourrait contester à tout moment sur la voie directe l'acte administratif normatif, en violant de cette façon le but et la raison de fondation de cette institution juridique.

Egalement, comme un nouvel élément, du contenu de l'article 4 alinéa 1 de la Loi, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, il résulte que, sur la voie de l'exception d'illégalité peut être invoquée de l'office ou à la demande de la partie intéressée, à tout moment, dans le cadre d'un procès, la légalité d'un acte administratif unilatéral à caractère individuel, peu importe la date d'émission de celui-ci, l'exception d'illégalité pouvant être invoquée par conséquent aussi en ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux émis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

De même, l'exception d'illégalité peut être invoquée, selon notre opinion, aussi pour l'annulation d'un contrat administratif, assimilé dans le sens de la Loi no. 554/2004 à l'acte administratif unilatéral, mais aussi pour l'annulation d'un acte administratif juridictionnel ou d'un acte administratif fiscal.

Pour le support de notre opinion, nous invoquons aussi la théorie des actes détachables consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat de France, qui, par la décision Cayzeele du 10 juillet 1996, s'est considéré compétent de faire la recherche de la légalité de ces clauses réglementaires

d'un contrat administratif, ainsi que, selon notre avis, la légalité de ces clauses réglementaires peut être vérifiée aussi sur la voie de l'exception d'illégalité par l'instance de contentieux administratif (en France, le Conseil d'Etat), car ces clauses réglementaires (de droit public) sont des actes administratifs unilatéraux détachables qui peuvent être interprétés isolément par rapport à la clôture du contrat et qui sont susceptibles d'être attaqués séparément sur la voie de l'exception d'illégalité, dans un procès pendant, dans l'hypothèse où les clauses de nature contractuelle sont affectées par la validité des clauses réglementaires (exorbitantes) de droit public.

Concernant les effets d'admission de l'exception d'illégalité, nous constatons que ces effets se limitent uniquement aux parties du litige (*inter partes litigantes*), ils n'ont aucun effet sur l'acte administratif d'autorité, qui est seulement enlevé de la solution du procès, continuant à subsister et à produire éventuellement des effets face aux autres personnes.

10. 8. Les effets des décisions judiciaires rendues en la matière du contentieux administratif objectif et subjectif.

Dans l'hypothèse où l'instance de contentieux administratif, admettant l'action du requérant, annule l'acte administratif à caractère normatif, l'actuelle Loi du contentieux administratif a tranché les disputes doctrinaires dans la période d'incidence de la Loi no. 29/1990, conférant aux décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles des actes administratifs à caractère normatif ont été annulés, comme effet de la publication de ceux-ci dans les conditions de l'article 23 de la Loi, le caractère *erga omnes*, jouissant de l'attribut d'immutabilité ou, dans le langage usuel, de l'autorité du bien jugé.

En même temps, une autre remarque qui s'impose est celle que, conformément à l'article 23 de la Loi, les décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles on a annulé les actes administratifs à caractère normatif ont du pouvoir uniquement pour l'avenir, d'où résulte que l'annulation ne produit pas d'effets à partir de la date d'adoption de l'acte administratif, mais à partir de la date de la publication des décisions judiciaires, dans les conditions de l'article 23 de la Loi.

En ce qui concerne les effets des décisions judiciaires rendues dans le contentieux subjectif, un tel problème se pose aussi dans la situation où, par une action dans le contentieux subjectif de pleine juridiction dans les dédommagements, on demande à la même instance tant l'annulation de

l'acte administratif, et par un bout de requête accessoire au premier bout de requête on demande aussi l'octroi de dédommagements.

Dans l'hypothèse où l'instance de contentieux administratif admet une telle action, le dispositif de ce jugement comprendra tant l'annulation de l'acte administratif à caractère normatif ou individuel que l'octroi de dédommagements, et s'il s'agit de l'annulation d'un acte administratif à caractère normatif et l'octroi de dédommagements, la décision judiciaire sera intégralement publiée, comprenant donc les deux parties du dispositif, mais, concernant les effets de cette décision judiciaire, la première partie du dispositif, par laquelle on annule l'acte administratif à caractère normatif, produira des effets *erga omnes*, tandis que la deuxième partie du dispositif, par laquelle on accorde des dédommagements, produira des effets *inter partes*.

CHAPITRE XI. LE CONTENTIEUX SUBJECTIF

11.1. En ce qui concerne les titulaires de l'action dans le contentieux administratif subjectif, une des mutations les plus importantes apportées à la Constitution révisée et à la Loi no. 554/2004, est celle concernant l'élargissement de la sphère des sujets qui peuvent saisir l'instance de contentieux administratif. Ainsi, l'action dans le contentieux administratif subjectif peut être exercée par toute personne physique ou juridique qui se considère lésée dans un droit subjectif ou intérêt légitime, par les organismes sociaux intéressés et les groupes de personnes physiques, sans personnalité juridique, le Médiateur, le Ministère Public, l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, les personnes lésées par des ordonnances ou par des dispositions des ordonnances déclarées inconstitutionnelles.

11.2. Le contentieux subjectif de pleine juridiction dans les dédommagements pour des préjudices occasionnés par des actes administratifs typiques ou par le refus injustifié des solutions des requêtes.

Ce type de contentieux administratif est consacré par l'article 52 de la Constitution et, en accord avec cette disposition constitutionnelle, les prévisions de l'article 1 de la Loi no. 554/2004, par lesquelles on confère le droit à ceux qui sont lésés dans leurs droits ou leurs intérêts légitimes par des actes administratifs illégaux ou par le refus injustifié de solution de leurs requêtes, de demander aux instances de contentieux administratif, à

côté de l'annulation de ces actes administratifs, aussi l'octroi des dommages matériels ou moraux.

Le problème de la responsabilité de l'autorité publique ou de la personne physique pour les préjudices occasionnés par des actes administratifs qui lèsent des droits ou des intérêts légitimes de certaines personnes, doit être analysé nuancé, selon la manière où le requérant formule une action en justice uniquement contre l'autorité publique, ou, en même temps, tant contre l'autorité publique, que contre la personne physique, quand la responsabilité solidaire de l'autorité publique avec la personne est engagée.

Sous cet aspect, si la requête en justice est dirigée uniquement contre l'autorité publique, la preuve de culpabilité de l'autorité publique n'est plus nécessaire, car dans cette hypothèse la responsabilité de l'autorité publique est une responsabilité objective, fondée sur l'illégalité de l'acte administratif ou sur le refus de la reconnaissance d'un droit ou d'un intérêt légitime. Dans l'hypothèse où, conformément à l'article 16 de la Loi, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, la requête en justice est dirigée aussi contre la personne physique coupable, le requérant étant tenu à prouver la culpabilité de la personne coupable.

Un des problèmes élevés a été celui de la manière de réparation des préjudices occasionnés, dans le contexte où, une des solutions que l'instance peut rendre, sur la base de l'article 18 alinéa 4 de la Loi, est celle de se prononcer, à la demande du requérant, aussi sur les dédommagements pour les dommages matériels et moraux occasionnés.

La réparation intégrale du préjudice suppose l'élimination de toutes les conséquences nuisibles d'un fait illicite et coupable, soit patrimoniaux ou non patrimoniaux, dans le but de la remise dans la situation antérieure de la victime, conformément au principe de droit *restitutio in integrum*. En ce qui concerne la fixation du quantum des dommages moraux, tel qu'il a été montré dans le contenu de la section concernant le contentieux de pleine juridiction dans les dédommagements, l'instance aura en vue que celui-ci ait les effets de compensation, ne pouvant constituer ni des amendes excessives pour les auteurs des préjudices et ni des revenus injustifiés pour les victimes de ceux-ci. Quant aux dommages moraux, car le juge ne peut pas appeler aux preuves matérielles, il est le seul qui, par rapport aux conséquences subies par la partie lésée, il appréciera une certaine somme globale qui puisse compenser le préjudice moral occasionné.

Un des problèmes débattus dans la littérature de spécialité et dans la doctrine tant de la période entre-deux-guerres que de celle actuelle, mais aussi dans le droit communautaire, est celui si on peut octroyer des dédommagements et pour les préjudices occasionnés par les autorités publiques par des actes administratifs légaux, comme c'est le cas des expropriations pour la cause d'utilité publique. Sous cet aspect il s'impose la précision que ces préjudices ne peuvent pas être considérés comme des lésions causées à certains droits des individus, qu'ils puissent opposer à l'état. Dans une telle hypothèse, le droit et le préalable dédommagement n'est pas la conséquence de la responsabilité de l'état pour les préjudices occasionnés par l'acte légal, mais, par contre, le dédommagement constitue une juste indemnisation, proportionnelle à la valeur du bien exproprié.

11.3. Le contentieux subjectif de pleine juridiction dans les dédommagements pour des préjudices occasionnés par les contrats administratifs.

Bien que du contenu de l'article 18 alinéa 4 il ne résulte pas expressément la possibilité conférée au requérant de demander des dommages matériels ou moraux aussi dans la phase antérieure à la clôture du contrat, le bénéfice de ce droit est conféré au requérant en vertu de l'article 8 alinéa 2 de la Loi, resté sans modification, quant l'instance de contentieux administratif investie avec la solution d'un litige de la phase antérieure à la clôture du contrat, obligeant les autorités publiques à l'émission de certains actes ou à la réalisation de certaines opérations antérieures, ou à l'annulation de tels actes ou opérations, oblige, à la demande du requérant, l'autorité publique aussi au paiement de certains dommages matériels ou moraux.

En ce qui concerne la nature juridique de la responsabilité de l'autorité publique dans ce cas, à la différence de la responsabilité des autorités publiques et des personnes physiques pour les préjudices occasionnés en la matière du contentieux administratif dérivant des rapports non contractuels, en la matière des contrats administratifs, tant la responsabilité exclusive de l'autorité publique, quand elle seule est intentée en jugement, que la responsabilité solidaire de l'autorité publique et de la personne physique, est une responsabilité civile délictuelle subjective, fondée sur l'idée de l'existence de la culpabilité, avec la précision que, en cette matière, la culpabilité de l'autorité publique ou de la personne

physique est présumée dans les conditions de l'article 1082 du Code civil, par la preuve faite par le requérant de l'existence du contrat et du non respect d'une obligation contractuelle.

Quant à la manière d'octroi des dommages moraux en la matière des contrats administratifs, nous apprécions que le système de réparation mixte du domaine de la responsabilité délictuelle est applicable, consistant, d'un côté, dans des moyens non patrimoniaux (l'obligation de l'autorité publique aux démentis, aux rectifications) et, de l'autre côté, aux dommages matériels octroyés aux personnes préjudiciées.

11.4. Le contentieux subjectif de pleine juridiction de la fonction publique et du fonctionnaire public.

Concernant le contentieux subjectif de pleine juridiction de la fonction publique et du fonctionnaire public, de l'économie des dispositions de la Loi no. 188/1999 concernant le statut des fonctionnaires publics, publiée à nouveau, nous détachons la conclusion conformément à laquelle cet acte normatif spécial en la matière de la fonction publique et du fonctionnaire public consacre un contentieux subjectif de pleine juridiction dans les dédommagements et la réintégration, dans le cas où le rapport de service du fonctionnaire public a cessé pour des raisons que le fonctionnaire considère mal fondées et illégales, mais aussi un contentieux subjectif de pleine juridiction dans les dédommagements, dans le cas des autres actions qui ont pour objet le rapport de service du fonctionnaire public –article 106 et article 109).

De l'autre côté, il faut noter que la nouvelle Loi du contentieux administratif, en accord avec les dispositions de l'article 22 alinéas 3-5 de la Loi no. 188/1999 publiée à nouveau, consacre un contentieux de pleine juridiction en faveur de l'Agence Nationale des Fonctionnaires Publics, à laquelle elle reconnaît la qualité processuelle active et qui apparaît à côté de la qualité de titulaire de l'action dans le contentieux objectif aussi dans la qualité de titulaire de l'action dans le contentieux subjectif en nom du fonctionnaire public.

En ce qui concerne la responsabilité des autorités publiques et la réparation du préjudice occasionné à un fonctionnaire public par la fin du rapport de service, nous apprécions que la réparation intégrale du préjudice subi par le fonctionnaire public, dans ce cas, ne peut pas être couverte par l'octroi simple des dommages matériels dans le quantum établi par le législateur, tel qu'il résulte du contenu de l'article 106 de la Loi no. 188/1999, mais aussi par l'octroi des dédommagements moraux (dommages moraux),

conclusion qui se détache aussi de l'analyse corroborée des dispositions de l'article 106 avec l'article 84 lettre a et lettre c de la Loi.

Concernant la responsabilité des autorités publiques et des fonctionnaires publics, mais aussi de la réparation du préjudice occasionné par des actes administratifs émis avec la violation de la législation de la fonction publique et du fonctionnaire public, les autorités ou les institutions publiques émettrices de ces actes administratifs pourront être obligées au paiement des dommages matériels ou moraux. La formulation d'une action directe dans le contentieux administratif contre le fonctionnaire public, en vue de son obligation solidaire avec l'autorité publique au paiement des dédommagements, est possible uniquement dans l'hypothèse prévue par l'article 16 de la Loi no. 554/2004, respectivement dans l'hypothèse où, antérieurement à la formulation de cette demande, le requérant s'est adressé à l'instance de contentieux administratif en vue de l'annulation de l'acte administratif, solution d'ailleurs concordante avec les dispositions de l'article 19 de la Loi no. 554/2004.

11.5. Le contentieux administratif subjectif dans les dédommagements dans le cas des ordonnances ou des dispositions des ordonnances déclarées inconstitutionnelles.

Ce type de contentieux administratif est réglementé en même temps que l'entrée en vigueur de la Constitution révisée, respectivement l'article 126 alinéa 6, et en application de cette disposition constitutionnelle, les prévisions de l'article 9 de la loi no. 554/2004.

Dès le début, il s'impose la précision que l'exercice de ce type de contentieux administratif est subséquent à la réussite dans le contentieux constitutionnel.

Par les dispositions légales modifiées, on a tranché aussi le problème de l'objet des actions dans le contentieux administratif contre les ordonnances ou les dispositions des ordonnances inconstitutionnelles, il résulte que l'action dans le contentieux administratif, subséquente à la réussite dans le contentieux constitutionnel, peut être tant une action dans le contentieux administratif subjectif ayant pour objet uniquement l'octroi de dédommagements pour les préjudices occasionnés par des ordonnances ou des dispositions des ordonnances déclarées inconstitutionnelles, qu'une action dans le contentieux administratif objectif, par laquelle on requiert l'annulation des actes administratifs émis sur la base de ces ordonnances,

et, selon le cas, l'obligation d'une autorité publique à l'émission d'un acte administratif ou à la réalisation d'une certaine opération administrative.

Concernant la constitutionnalité de l'article 9 de la loi, après que la Cour Constitutionnelle ait déclaré inconstitutionnel cet article, dans la mesure où celui-ci est interprété dans le sens où la personne lésée dans un de ses droits ou dans un de ses intérêts légitimes par des ordonnances ou par des dispositions peut introduire à l'instance de contentieux administratif une action, dont l'objet principal est constitué par la saisine directe de la Cour Constitutionnelle pour déclarer comme inconstitutionnels les documents mentionnés, le texte de cet article a été mis en consonance avec les dispositions constitutionnelles.

3. L'EXECUTION DES DECISIONS JUDICIAIRES ET D'AUTRES TITRES EXECUTOIRES DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, APRES LA MODIFICATION DE LA LOI NO. 554/2004 DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF PAR LA LOI NO. 262/2007

En la matière des exécutions judiciaires rendues dans les conditions de la Loi no. 554/2004, il s'impose la remarque que seules les décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles des actes administratifs ont été annulés ou on a institué dans la tâche de l'autorité publique une certaine obligation de faire, sont soumises à la procédure d'exécution réglementée par cette loi, suivant que la partie de la procédure judiciaire par laquelle des dommages matériels ou moraux ont été accordés, soit exécutée conformément au droit commun, étant nécessaire la procédure préalable et impérative d'investissement de ces décisions à formule exécutoire. Le problème analysé part du concept de titre exécutoire en la matière du contentieux administratif et l'obligation de publier les décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles des actes administratifs à caractère normatif ont été annulés, continuant avec l'obligation d'exécution de ces décisions, l'instance d'exécution et les peines applicables en cas de non-exécution de ces catégories de décisions judiciaires.

A) En ce qui concerne le titre exécutoire, d'après les modifications apportées à la Loi no. 554/2004 par la Loi no. 262/2007, du contenu du titre marginal de l'article 22, intitulé « Le titre exécutoire », il résulte que le législateur qualifie comme titre exécutoire uniquement les décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles les actions formulées conformément à cette loi ont été rejetées et des frais et dépens ont été

accordés, et non les décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles les actions formulées dans les conditions de cette loi ont été admises, comme statuaient les dispositions de l'article 22 de la Loi avant la modification de celle-ci par la Loi no. 262/2007, précitée.

Compte tenu les considérations précitées, nous apprécions que la sphère d'application des dispositions de l'article 22 de la Loi no. 554/2004, suite aux modifications de celles-ci par la Loi no. 262/2007, serait la suivante :

a) Sont encadrées dans les dispositions de l'article 22 les décisions définitives et irrévocables par lesquelles les actions formulées conformément à la Loi no. 554/2004 ont été rejetées et des frais et dépens ont été accordés à l'autorité ou à l'institution publique intimée ou aux personnes physiques ou juridiques intimées ou introduites dans l'affaire conformément à l'article 16 ou conformément à l'article 16¹ de la Loi ;

b) Ne sont pas encadrées à l'article 22 les décisions par lesquelles l'action a été rejetée, mais des frais et dépens n'ont été accordés à personne, car, dans une telle hypothèse, nous ne pouvons pas parler d'un titre exécutoire, n'ayant rien à exécuter de manière forcée ;

c) Si l'action du requérant a été admise, mais des frais et dépens ne lui ont pas été accordés, l'exécution de la décision ne se déroule pas de manière forcée, conformément au droit commun, mais par la mise en application des dispositions spéciales inscrites à l'article 23 (l'obligation de la publication) et à l'article 24 (l'obligation de l'exécution), tels que modifiés par la Loi no. 262/2007 ;

d) Si l'action a été admise et des frais et dépens ont été accordés au requérant, conformément à l'article 274 du Code de procédure civile, alors :

- concernant les frais et dépens on fait l'application de l'article 22 de la Loi ;

- concernant les dispositions données suite à la recevabilité de l'action, les normes spéciales de l'article 23 et de l'article 24 de la Loi sont mises en application, selon la rédaction donnée à ces textes par la Loi no. 262/2007.

B) En ce qui concerne l'obligation de la publication, dans le contexte de la nouvelle réglementation, nous constatons que, bien que les dispositions de l'article 23 de la Loi instituent l'obligation de la publication après la motivation, éliminant le syntagme « à la demande du requérant », la publication est conditionnée aussi dans le contexte de la nouvelle réglementation par la demande de l'instance de jugement, sans s'instituer

l'obligation de l'instance de demander la publication de ces décisions. En ce qui concerne le terme pour la publication des décisions judiciaires définitives et irrévocables par lesquelles des actes administratifs à caractère normatif ont été annulés, bien que ces décisions judiciaires produisent des effets *erga omnes* si la publication de ces décisions judiciaires après une longue période de temps de la date de leur déclaration définitives et irrévocables, est demandée, les effets *erga omnes* de ces décisions judiciaires se produisent après une longue période de temps, ce qui peut affecter la stabilité et la sécurité des rapports juridiques constitués par ces actes administratifs.

C). Concernant l'obligation d'exécution des décisions judiciaires en la matière du contentieux administratif, l'actuelle loi du contentieux administratif, tant en version initiale, qu'après la modification, a institué une procédure différente par rapport à celle du droit commun, prévoyant, à l'article 24 alinéa 1, tel que modifié par la Loi no. 262/2007, que l'exécution de ces catégories de décisions judiciaires soit faite par l'autorité publique tombée en prétentions dans le délai établi par l'instance, et par défaut d'un tel délai, dans au maximum 30 jours à compter de la date de déclaration irrévocable de la décision. Egalement, par l'alinéa 6 de l'article 18, qui vient d'être introduit par la Loi no. 262/2007, l'instance peut établir, dans toutes les situations par dispositif, à la demande des parties intéressées, un délai d'exécution de la décision, mais aussi l'amende prévue par l'article 24 alinéa 2.

Dans le cas où le délai n'est pas respecté, on peut appliquer au chef de l'autorité publique, ou, selon le cas, à la personne obligée, une amende de retard, représentant 20% du salaire minimum brut par économie pour chaque jour de retard, et le requérant a le droit aux dédommagements pour le retard, dénommés dans la littérature de spécialité et la pratique judiciaire « des dommages comminatoires ».

Il résulte donc que, dans le système de sanction réglementé par la Loi no. 554/2004, pareil que dans l'ancienne réglementation, le retard dans l'exécution des obligations *de faire* par l'autorité publique attire la mise en application cumulative des amendes comminatoires et des dommages comminatoires.

L'actuelle Loi du contentieux administratif ajoute de plus aux peines prévues par l'article 24 alinéa 2 aussi la sanction pénale, consistant à l'emprisonnement de 6 mois à 3 ans ou amende de 2.500 lei à 10.000 lei,

dans l'hypothèse de la non-exécution ou du non respect des décisions judiciaires définitives et irrévocables, dans un délai de 30 jours à compter de la date de mise en application de l'amende prévue à l'alinéa 2.

D). Quant à l'instance d'exécution, conformément à l'article 25 alinéa 1 de la Loi no. 554/2004, tant en version initiale, qu'après la modification, la mise en application et, respectivement, l'octroi des peines et des dédommagements prévus par l'article 24 alinéa 2 de la Loi, sont de la compétence de l'instance d'exécution, c'est-à-dire de l'instance qui a solutionné le fond du litige. Il résulte donc que, peu importe quelle est l'instance dont la décision a la qualité de titre exécutoire, la mise en exécution de celui-ci est faite par l'instance qui a solutionné le fond du litige de contentieux administratif, quelle que soit la solution rendue par cette instance. En ce qui concerne les mesures disposées par l'instance d'exécution, de la formule rédactionnelle du texte de l'article 25 alinéa 1 de la Loi, il résulte que l'instance d'exécution met en application, et respectivement, octroie les peines et les dédommagements prévus par l'article 24 alinéa 2 uniquement à la demande du requérant, ce qui, selon notre opinion, confère à cette disposition légale un caractère facultatif.

Concernant la voie d'attaque exercée contre la décision de l'instance d'exécution, les dispositions de l'article 25 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004, ni après la modification de celui-ci par la Loi no. 262/2007, ne confère pas au recours exercé contre la décision de l'instance d'exécution en première instance un caractère suspensif d'exécution, mettant en danger la légalité de l'incrimination, raison pour laquelle, il s'impose avec acuité la modification de l'article 25 alinéa 3 de la Loi, dans le sens des aspects précités.

E). En ce qui concerne la mise en application de la peine pénale, celle-ci intervient uniquement si les décisions définitives et irrévocables rendues par l'instance de contentieux administratif ne sont pas exécutées dans un délai de 30 jours à compter de la date de la mise en application de l'amende prévue par l'article 24 alinéa 2 de la Loi par l'instance d'exécution.

Quant au délai de 30 jours à compter de la date de la mise en application de l'amende prévue par l'article 24 alinéa 2 de la Loi, à la fin duquel la peine pénale peut être mise en application, nous apprécions que, la non corrélation aussi après la modification de la Loi, attire pour la suite

*TEZE DE DOCTORAT SUSȚINUTE - IUNIE-DECEMBRIE 2008 /
Thèses soutenues - résumés (juin-décembre 2008)*

le caractère inconstitutionnel des dispositions de l'article 24 alinéa 3 de la Loi.

Flavia Consuela FRĂȚILĂ

THE PARTICIPANTS AT THE INSOLVENCY PROCEDURES AND
THE JUDICIAL RELATIONSHIPS BETWEEN THEM

conducător științific : prof.dr. Mircea N. Costin

1. Argument

The judicial thinking operates with categories such as judicial norm, liberty, person, the right, the obligation, the liability, etc., that are recaptured in any field of law. With these categories of thinking the technical institutions of positive law are built, as well as the interpretations, test cases analysis and the individual solutions of them. Their constant presence, as constitutive elements of the judicial reality, proves that the positive law is submitted to the general judicial thinking. The positive law cannot subsist without its real support, without the social recognition of the solution that imposes to the need of the concrete judicial life. This recognition is made due to the conformity of law with the social judicial consciousness. This consciousness is composed from a complex of rational norms derived from the knowledge and living of numerous particular cases, considered by the society by repeated individual judgments, made only with reasoning. When the offered support of life manifests its deficiencies, the positive law must transform because otherwise it can be generated a violent social pressure of a revolutionary type. Maintaining the positive law and its transformation by any means are caused by repeated and numerous individual initiatives, which, in time, can be constituted in general social directions. The positive law is based on the social realities and needs of the moment, adapting to them and suffering changes along with them. This is why the law is an element of life and progress. It is constituted by a series of rational judgments that evaluates all the social acts including the need to observe the law and the entities applying it. The fundament of positive law is in rational acts of individual independent evaluation.

The economical phenomenon cannot be omitted by the incidence of judicial norms that align to the objective directions of these economical laws. The conjunction of the economy with law is made on balanced basis, in the sense that the judicial norms support economical reasoning.

The phenomenon of insolvency, just as old as the world we are living

in, always brought dissatisfactions and conflict of interests. In order to keep under control the phenomenon, the positive law implicated in the role of arbiter for conciliating the divergent and concurrent interests of creditors and to punish, to guard and even to rectify the insolvent debtor. From the primitive and infamous conception it has been reached the constructive, encouraging conception for the debtor. The explanation is also found in the economical phenomenon. If in Antiquity, in the Middle Ages and in the period of capitalism consolidation, the purpose of this procedure was the maximum recuperation and the exclusion of the debtor from the economic life, presently we cannot find the same debtor natural person, the subject of the procedure being the enterprise with its collective, with its economical relationships more extended or more reduced, with the problems that unemployment generates and the danger of over-indebtedness of families, a new conception was elaborated, that of supporting the recovery of the enterprise. Simultaneously the preventive means, the alert by forecasting accountancy and other adequate means multiplied and consolidated.

This thesis was drawn up from a new perspective, which was not used before in the published monographies, from the origins of the Romanian judicial doctrine until nowadays. This perspective stresses less the description of the procedure of insolvency in the succession of stages and specific procedural documents and analysis the phenomenon of insolvency as judicial procedure of insolvency from the perspective of the relationships of its protagonists.

According to this original conception, the thesis is structured in two titles, the first one is consecrated to the participants in the procedure of insolvency and the second to the judicial relationships between these participants. The two structures are justly balanced, having almost the equilibrium of the balance of justice without aiming this result. In the first 107 pages the participants in the procedure of insolvency are presented and in the next 150 pages the relationships between these participants.

2. Titles

The first title is formed of two chapters, the first one analyzing the agencies of justice participating in the procedure and the second the interested parts in participating in the procedure.

An important and primordial place is reserved for the syndic judge

and the Court of Appeal, as jurisdictional agencies of first and respectively last instance. After the analysis of the procedural aspects regarding the competent court under territorial and material aspect, a substantial space is reserved for the main agency of jurisdiction, which is the engine of the entire procedure, the syndic judge. The are entirely, but briefly presented the attributions of the syndic judge and the aspects concerning incompatibility and impartiality.

The commissioning by the justice for unfolding the factual and judicial aspects of implementing the procedure, it is made towards the practitioners in insolvency, judicial administrators and liquidators. The thesis presents the judicial status of these practitioners under all its aspects, as well as the way in which their responsibilities are accomplished during the procedure of insolvency. The issue of liability of these persons is not omitted in the case of committing facts that prejudice the interests of other persons.

In the second chapter there are presented the parties towards which the procedure of insolvency is developed. The creditors participate in this procedure from the beginning until the end, aiming primordially the accomplishment of receivables of each one of them in a competition environment, specific for this procedure. Among the individual actions of promoting its own receivable, they are trained in collective actions also, of common interest by this procedure. For these action of common interest, the law offers the organized environment of the committees and general meetings.

The important part that the creditors already have is revealed by the fact that the magistrates designate practitioners in insolvency in order to support the organizing, the meeting and the developing of collective forms of the creditor's actions for taking some major decisions, such as entering into bankruptcy, the approval of the plan by vote, giving responsibilities to leaders that contributed to the insolvency of the debtor, etc.

In this way, the creditors may exercise an efficient control of the procedure going from the beginning until the end. The law offers them possibilities of maximizing the recovery of receivables, bigger that the procedure of common law regularized by the Civil procedure code.

Summing up the stages transited until the present it can be ascertained that the syndic judge is the screenwriter and director of the entire procedure, so that it is up to his decision whether the procedure will be opened or not, if it continues or it stops at the first step and, as a result, if

there are chances to reach its aim, the redressing of the debtor or the liquidation of his fortune to such an extent that it will be as satisfying as possible for his creditors. The relationship with his creditors is accomplished within the limits drawn by the Law no. 85/2006, starting with the receipt of the requests for receivables and continuing with the meeting of the creditor and solving the contestations against the measures taken by the practitioner. It is obvious the part of a stabilizing factor and of arbiter in the confrontations appearing at each step between the creditors or between these and the practitioners in insolvency, or between all of the above and debtor.

Beside the agencies that implement and accomplish the procedure of insolvency, important judicial relationships are established between the other participants in the procedure.

The second title is consecrated entirely to these relationships. After an essay type presentation of the judicial relationship there are analyzed the modalities with which the syndic judge balances the divergent and concurrent directions of the creditors and, especially, the possibilities of maximizing the fortune of the debtor and of just distribution of the liquidation product with the strict observance of the legal provisions. After the first section there are presented the judicial relationships between the creditor and debtor before the opening of the procedure, it is consecrated a judicial space of the problem of insolvency, being distinguished the deficiencies that characterize it. The conclusion of this analysis is in the sense that the present definition is incorrect and it will have to be amended in order to correctly reflect the objective existence of the insolvency condition.

Next, there are being analyzed the judicial relationships between the creditor and debtor, after the end of the procedure, the right that the debtor has concerning his active participation in the procedure without paralyzing the legitimate rights of thither participants is being distinguished. In this way the debtor has the right to expose his opinion concerning the capitalization of the assets of his fortune, the right to be consulted regarding the creditor's claims and to contest their receivables. Simultaneously, there are reminded the rights of the creditors in leading the procedure under the economical aspect and especially in making major decisions concerning the orientation of the procedure towards reorganizing or towards bankruptcy.

Symmetrically, there are presented the debtor's relationships with the practitioners in insolvency, the possibilities of reconstituting the debtor's fortune by cancelling the fraudulent documents within the suspect period

and the regime of the receivables arisen after the opening of the procedure, especially of the receivables that resulted from the continuation of the debtor's activity after the opening of the procedure.

The debtor by his leading entities may be compelled to contribute from his own resources to the payment of the receivables in the situations in which there can be detained the committing the deeds described in art. 183 of Law no. 85/2006.

An important segment of the judicial relationships that the application of this procedure generates refers to the distribution of the product of the debtor's fortune liquidation and to the priority order that must be noticed in this distribution.

In the ending of the thesis there are presented the finalizing documents of the procedure and its closing.

The thesis is enclosed by a module of conclusions and proposals. The conclusions are pertinent and with critic stress observations, bringing to the attention of the reader the contributive merits of the work, and the pertinent, correct and well founded proposals concern the amelioration of the entire procedure through its neuralgic points.

3. Proposals de lege ferenda

I. Court of trial. Material jurisdiction. We consider necessary the legal consecration of maintaining the jurisdiction of the invested court, respectively the court from the debtor's headquarters even if he moves his headquarters afterwards.

II. Recourse. We consider that in order to avoid the occurrence of damages in the debtor's fortune, in the case of the four exceptions that can be found in the frame of the provisions of art. 8, 5th paragraph of the law, the recourse should be suspensive of execution, through the effect of the law and even by derogation from the common law.

III. The syndic judge's impartiality. We consider that it would be useful for the law to provide the possibility of replacing the syndic judge if he is proven not to be impartial.

IV. Special administrator. We consider that in order to bring into fulfillment the provisions of art. 28, 1st paragraph, letter h) of the law, within the law there should be explicitly provided the fact that until the designation of the special administrator, under the provisions of art. 18, 1st

paragraph of the law, the statutory administrator to represent the interests of the debtor company concerning his intention of proposing or not a reorganization plan.

V. The creditor's meeting and the creditor's committee

a. We consider that for the rapidness of the procedure and for the reduction of its costs, having as model the French legislation in the matter, a legislation which proved its efficiency, the solution of **replacing the creditor's meeting and creditor's committee** with a representative of the creditors would have a benefic effect on the procedure.

b. We consider necessary **the replacement of the request of voting the plan by the creditors** with the granting of the plan by the creditor's representative. This is the way the entire procedure will speed up.

VI. The debtor's fortune. Definition. I propose the redefining of "the debtor's fortune", so that this to cover all the patrimonial rights of the debtor, including the ones that he is gaining during the procedure of insolvency, assets that are traceable under the conditions provided by the Civil Procedure Code, not including the asset because this would artificially double the fortune's value.

VII. Legal compensation. We consider necessary the removal of art. 52 of Law 85/2006, having in view the fact that it is incompatible with the specific of the insolvency procedure, because it operates contrary with the priority order of the receivables regulated by art. 123 of the law. By compensation, the creditors that are debtors also accomplish their receivable before the creditors with priority rank.

VIII. Maintaining or denouncing the contracts in course of execution. We consider that this right of evaluation in the sense of maintaining or denouncing the debtor's contracts that are in course of execution must fall upon the creditors, this if the judicial administrator proves that the contracts in course of execution are contrary, by their effects, to the creditor's interests. In this "process" of denunciation it is obvious that the debtor is also entitled to intervene in order to explain the reason of maintaining the contracts, but the decision must finally be in the hands of the creditors.

Argument - Colecția Cultura juridică

**Pe data de 13 aprilie 2009, cu ocazia acordării burselor Stoicescu la Facultatea de Drept a Universității București, a fost lansată și colecția „Cultura Juridică”. Prima apariție în colecție este celebra ediție a treia (1931) a Cursului de drept privat roman al profesorului Constantin Stoicescu. Colecția este inițiată de Mircea Dan Bob, lector la Facultatea de Drept din Cluj-Napoca; lectura publică a Argumentului colecției a fost făcută de către dl. conf.dr. Marian Nicolae, de la Facultatea de Drept din București.*

A trecut aproape un secol și jumătate de la impresionanta operă de modernizare legislativă, ideologic datorată programului politic al generației pașoptiste și practic înfăptuită datorită voinței domnitorului Alexandru Ioan Cuza. Generațiile de juriști formate la luminile pariziene au ajuns să împământenească o tradiție juridică și au dat nume de notorietate internațională: Alexandresco, Cantacuzino, Titulescu, Matei Nicolau, Traian Pop, Djuvara, Speranția, Fițescu, Gerotta, Stoicescu, Dongoroz, Valentin Georgescu, frații Ionașcu etc. Formele - acuzate imediat după 1864/65 a nu avea fond - și-au găsit un ritm propriu. Un mod de a aborda problemele juridice s-a făurit și generalizat (bun sau rău, rămâne a se argumenta și dovedi). Adăugând la acestea accelerarea vizibilă a discuțiilor pe tema adoptării unor noi coduri, rezultă ca s-a încheiat o etapă. Nevoia de a iniția o colecție de cultură juridică poate fi și ea socotită ca un semn de maturizare a științei dreptului și a sferei publice românești.

Există și alte motive pentru care o atare inițiativă ne apare ca necesară. Confundat prea adesea cu simpla memorizare a unor texte de lege și cu aplicarea lor mecanică, învățământul nostru juridic și practica publică pe care o inspiră riscă să piardă din vedere principiile sale generale, cele care au diferențiat, în cele din urmă, civilizația europeană de restul lumii.

Colecția noastră nu încearcă să refacă pur și simplu cronologia dreptului. Nu va fi vorba de a face istorie pentru istorie: studiul unui trecut în sine nu poate fi decât repetitiv. Esențialul intenției noastre este de a restitui marelui public românesc principiile hermeneutice pe care dreptul însuși le implică; sunt principiile care jalonează locul originar de unde pornește și unde se întoarce orice inițiativă legislativă. Succesiunea - fie aceasta temporală sau juridică - ține de un principiu, iar nu de simpla cronologie a generațiilor. Trecutul sau prezentul în sine nu sunt deci interesante: contează mai degrabă posibilitatea lor comună, cea care cheamă pe legiuitori să decidă în mod responsabil asupra viitorului.

Situația României nu este una normală din acest punct de vedere. Dezbaterile în jurul acquis-ului comunitar, de pildă, s-au limitat la o mână de experți. Departele de a fi fost analizat în mod serios și în cunoștință de cauză în cele două camere ale parlamentului

și în societatea civilă, „pachetul” de legi europene a făcut mai degrabă obiectul unor ordonanțe de urgență ale guvernului. Ceea ce, juridic vorbind, este o stare de excepție... Toate acestea decurg dintr-un mimetism comod, iar nu dintr-un real parteneriat european. Prea puțini s-au întrebat și mult prea puțini au fost întrebați: ce este cu aceste reglementări? în ce context au fost adoptate și care le-a fost rațiunea? în ce măsură se potrivesc stării de lucruri de la noi? vor aduce în mod concret beneficii? ce trebuie făcut mai departe, pentru a vedea efectiv aceste beneficii?

Seria de cărți pe care o propunem spre publicare are tocmai rostul de a stimula dezbateră în domeniul științelor juridice, în acela al sferei politice și, nu în ultimul rând, în societatea civilă românească.

Nu trebuie uitat că mii de studenți participă anual la cursuri universitare de drept. Formarea acestora este responsabilitatea noastră iar viitorul va arăta în funcție de maniera în care îi vom forma.

Nu trebuie uitat că nevoia unor coduri deontologice pentru avocați, judecători și magistrați este resimțită ca o necesitate tot mai presantă și că toate rapoartele de la Bruxelles confirmă faptul că reforma justiției reprezintă nu numai o prioritate, ci chiar pivotul strategic al unei reale și așteptate schimbări în România. Punând la dispoziția profesioniștilor dreptului materiale ce constituie repere în materie, putem contribui - modest, dar esențial - la (re)construirea unei conștiințe profesionale.

Pentru ca dezbateră să fie posibilă, este nevoie deci mai întâi de toate de participanți în cunoștință de cauză. România este absentă de la luarea deciziilor și nu se impune în dispute datorită bagajului conceptual insuficient de pus la punct al juriștilor ei. Ultima jumătate de secol a văzut învățământul nostru juridic redus la un tehnicism lipsit de orizont și a deformat grav percepția cetățeanului de rând, a justițiabilului: dreptul a ajuns să fie perceput ca un set de reguli formale, făcute numai pentru a fi ocolite, reduse fiind la inutilitate de permanentele agresivități care i-au căzut pradă. Or dreptul însuși este, în primul rând, o mișcare de idei, din care juristul și simplul cetățean se puteau încă împărtăși înainte de 1945: studii în străinătate, liber acces la cele mai noi cercetări și dezbateri, respectiv traduceri ale lucrărilor importante.

Acestea sunt aspectele pe care am dori să le atingem. Biblioteca Cultura juridică propune deci publicului interesat de fenomenul juridic două direcții de acțiune: republicări și traduceri.

Este vorba de republicarea unor lucrări fundamentale apărute în România. Scopul urmărit este de a da o idee asupra nivelului atins de reflexia juridică românească, în etapele sale anterioare. Având conștiința valorii ce a caracterizat pe predecesori, ai un argument în plus pentru a păși înspre propria perfecționare. Republicărilor li se vor alătura și traduceri ale eseurilor, monografiilor și tezelor semnificative apărute

în străinătate. Două categorii vor fi vizate: lucrări mai vechi care au exercitat o influență importantă asupra fenomenului juridic și lucrări noi ce ilustrează mișcarea de idei actuală.

Maniera de lucru propusă nu are caracter de absolută noutate pentru publicistica de profil din România. Astfel, colecția *Restitutio* inițiată la Editura All în anii nouăzeci a încercat așa ceva, însă a făcut-o doar prin ediții anastatice. Cantacuzino, Djuvara, Titulescu, Istrate Micescu, Constantinescu au fost republicați cu mici actualizări de limbaj, von Jhering a fost republicat în traducere românească - însă fără ca îngrijitorii edițiilor să contribuie cu intervenții explicative detaliate. La fel s-a întâmplat la Editura Rosetti cu eleganta monografie asupra stilului judiciar a lui Radu Dimiu, unul dintre celebrii redactori și autori ai „*Pandectelor Române*”, cu lucrările lui Mircea Manolescu, Mihail Eliescu, Hans Kelsen etc., publicate în colecția *Pro jure* a Editurii Humanitas prin grija regretatului Doru Cosma.

Gestul în sine a fost în fiecare caz lăudabil și, cel puțin în cazul colegilor de la Beck, are și astăzi o continuitate: în decembrie 2008 a apărut traducerea tezei de doctorat a lui Nicolae Titulescu, deschizătoare de drumuri în materia drepturilor eventuale.

Colecția *Cultura juridică* intenționează să împingă lucrurile mai departe de atât.

Vom publica în primul rând lucrări în care aspectele strict tehnice sunt necesarmenteacompaniate de reflexia asupra fenomenului juridic.

După o lungă perioadă în care justițiabilul și specialistul în drept nu au mai avut la dispoziție materiale de referință în genul propus, este nevoie ca reeditările sau traducerile să fie însoțite de note și studii explicative. Menirea ultimelor trebuie să fie aceea de a integra respectiva lucrare în context, recuperând și actualizând noțiunile folosite de autor. Explicațiile trebuie să lămurească cititorul asupra impactului pe care îl au raționamentele autorului și să-l ajute cu trimiteri bibliografice suplimentare.

Publicul țintă îl constituie în primul rând juriștii și studenții în drept. Cărțile reținute pentru colecție se vor adresa, însă, în genere oricărui cititor preocupat de aspectele juridice ale vieții de zi cu zi, de maniera în care dreptul, instrument social și oglindă a societății, este perceput.

Aparițiile vor fi programate în funcție de două unice criterii: calitate și relevanță. Se va ține, astfel, seama de prestigiul autorului, de impactul scrierilor sale, precum și de importanța demersului său pentru societatea românească. Coordonatorul colecției se declară de la bun început deschis la propuneri, pe care le va supune unei analize de oportunitate. Aceasta va fi asigurată prin apelul la părerea unor specialiști, ale căror preocupări și experiență sunt capabile să ofere o opinie avizată.

dr. Mircea Dan BOB