

STUDIA

**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA**

**Nr. 1/2010
ianuarie-martie**

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

asist. dr. Juanita GOICOVICI

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf.dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

Tudor DRĂGANU - profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Michel GRIMALDI - profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Puncte de vedere** : Bjarne Melkevik - WHY STUDY PHILOSOPHY OF LAW? 3
- » **Studii** : Liviu-Marius Harosa - PRINCIPIILE GENERALE ALE INSTRAINARII BUNURILOR TEMPORALE ÎN BISERICA ORTODOXA ROMANA SI ÎN BISERICA CATOLICA / The General Principles of the temporal good's alienation of the Romanian Ortodox Church and Catolic Church 13
- » **Studii** : Mariève Lacroix - CONTRIBUTION ÉPISTÉMOLOGIQUE À L'ÉDIFICE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 31
- » **Articole** : Sergiu Bogdan - SOLUTII JURIDICE PENTRU DECRIMINALIZAREA CONSUMULUI DE DROGURI / Juridical solutions for the decriminalization of drug consumption 49
- » **Articole** : Emilian Cioc - HORS NORME. LA HANTISE DU NOMBRE 59
- » **Articole** : Ciprian Mihali - PLURALITE DES SOURCES D'AUTORITE, UNITE DE L'ETAT SOUVERAIN..... 86
- » **Articole** : Ionut Vida-Simiti - PROCEDURA DE STABILIRE A CAZURILOR DE RASPUNDERE CIVILA PROFESIONALA A MEDICULUI REGLEMENTATA DE LEGEA NR.95/2006 / The special procedure for establishing the professional liability of physicians, pharmacists and other health care personnel 98
- » **Articole** : Andreea Tabacu - O.U.G. NR. 9/2009 PENTRU COMPLETAREA ART. 103 DIN ORDONANTA DE URGENTA A GUVERNULUI NR.195/2002 PRIVIND CIRCULATIA PE DRUMURILE PUBLICE, O NORMA NECLARA SI ÎMPOTRIVA PREVEDERILOR CONVENTIEI EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI / Summary: G.E.O. no. 9/2009 completing article 103 of the government emergency ordinance no.195/2002 on traffic on public roads, an unclear norm, contrary to the provisions of the european convention of human rights 119
- » **Recenzii** : Tamas Notari - Studia Iuridico-philologica I. Studies in classical and medieval philology and legal history, Hungarian Polis Studies 14., Debrecen 2007, 313 p. (Mircea Dan Bob, Andrea Chiş) 132

WHY STUDY PHILOSOPHY OF LAW?

Bjarne MELKEVIK *

Abstract: *The question concerning the relevance of the philosophy of law continues to influence the perceptions and attitudes of the researchers, scholars and professionals engaged in designing the academic and practical standards of the legal profession. Though the question may assume several modalities, it often remains embedded in distrust and resistance, despite the fact that the discipline has evidently produced, and continues to deliver multiple intellectual frameworks: the sort of analytical and dialogical settings needed so as to describe the ongoing issues and controversies challenging the coherence of democracy and stressing the validity of the law. The author of this article reconsiders some of the contemporary opinions which reproduce this question, and in so doing pleads for a consideration of legal philosophy as an investment in legal modernity. In this sense, the philosophy of law reveals itself as a building trust in an open-minded reflection about law as characterised by a modern democratic society. Thus, it is an invitation to think about law in the perspective of authors engaging themselves in favour of the law. In this view, the philosophy of law is construed as an intellectual enterprise build along the path of democracy, and contributing to the development of a modern conception about law.*

Key-words: Law and philosophy; philosophy of law; legal philosophy; legal teaching; Law School.

If one puts oneself in the shoes of a law student examining the listing of course options, the following question might appear to mind: “Why choose a course in philosophy of law?” Actually, if a student has the option, he or she might reasonably ask him/herself the following questions: “How does philosophy of law relates to the practice of law? Does it contribute to the depth and skills that I need in order to become a competent and successful lawyer? Are there any reasons at all to take an interest in this field of research? Why finally study philosophy of law?”

The answers we wish to formulate to these questions reflect both our experience in teaching philosophy of law, and the understanding of the role of law in modern society¹. The former is connected to the latter like two slopes of the same mountain. In this perspective, the researcher’s conception of the philosophy of law, and the role he attaches to it, are simply mirrored in his teaching. Hence, the description of one’s experience in teaching philosophy of law is inextricably linked to the comprehension of law, society, and modernity that one defends and stands for.

Engaging distrust in the philosophy of law

The common elements of the aforesaid questions suggest that we should look more closely at the resistance, even distrust, towards philosophy of law within legal circles. This resistance/distrust appears to be transmitted “magically”, passing through law professionals to law students. However, the influence of this equation appears to be fading away, as a renewed interest in philosophy of law gains momentum within the legal milieu. Significant as this revitalized tendency appears to be, the fact remains that the impediments set up by decades of misunderstanding on the nature and role of philosophy of law, persist in academic and professional circles alike. Upon close examination, the researcher discovers that this resistance/distrust is formed by two distinct propositions. The first perceives the philosophy of law as a harmful “Schematic Reason”, and rejects it; the second describes it as being useless, and insists that today the “scientific” resources are much more relevant for the development of the skills and standards needed for both the production and the practice of contemporary law.

As for the rejection of philosophy of law due to its being a harmful “Schematic Reason,” the French philosopher of law Michel Villey provides us with a vivid outline that allows us to understand this preconception. He describes it in a confiding, revealing tone:

“I’m convinced that we, the jurists, have been harmed by the modern philosophers. I am speaking of Hobbes, Locke, Hume, as well as Leibniz, Kant, Fichte, Hegel and of virtually all the philosophers from the fourteenth up to the twentieth century. When they happen to talk about “law,” it is with an utter ignorance of the specificity of how the jurists work. What do they know? A bit of mathematics, a sociology more or less influenced by evolutionism, logic, and a little dose of ethics. Thus, they have transplanted a scientific system based on extrinsic experiments into our discipline. Their influence has disrupted our own representation of the legal phenomenon by inoculating it with legalistic or sociological positivisms”².

Here, we can observe how Villey addresses “modern” philosophy, by working out a strategic reasoning geared towards linking up modern philosophy of law with the “quasi-causal” emergence of legal positivism. His allegation of ignorance against the philosophers in question, goes straight to the point. The main thrust of his argument being that if modern philosophers of law were generally well informed about the public affairs and relevant legislation of their times, and if they had read the classical sources of rational “natural law,” they certainly do not demonstrate specific knowledge of the practical work of jurists; that is, they passed over in silence the social, political and economic issues which jurists must come to terms with in the exercise of their duties. Hence, the relevance of the charges brought against them: for allowing themselves to produce a theoretical system which purported to explain and prescribe the role of law in society, but was unable to incorporate in its content the material

conditions needed to validate its outlook; and even worst, for inviting others, through their publications, to follow the same path. Having read Villey, the obvious conclusion is that it is not worth studying the so-called modern philosophy of law. In his perspective, no one can be instructed intellectually by listening to nonsense, and no one can aspire to any kind of knowledge by falling for the enticement of ignorance³. Alternatively, Villey proposes the return to a practical conception of natural law⁴.

For others, the philosophy of law is simply useless, inefficient, and even counterproductive. For the legal philosophical mind, this second reason is particularly interesting; because its content requires the sort of research, conceptual abstraction, practical deliberation and argumentative exposition required in the methodological formulation of legal problems in philosophy of law; but the fact remains that no one comes forth with a proper articulation of such a refusal. Rather, so the argument goes, the philosophy of law brings nothing to mind that is not already within the reach of legal sciences. What is not within their reach is perforce nothing else than fleeting speculation or the metaphysical beliefs of its originator. Interestingly enough, although the adherers of such a proposition achieve nothing beyond bona fide hostility, they claim to base their arguments on the facts: legal sciences have a legitimate right to take up the place left vacant by the (forced) withdrawal of the philosophy of law. Moreover, according to this view, the philosophy of law ought to be considered as a pastime, or as a quasi-spiritual activity that each individual can cultivate as he or she pleases, adjusted to the tempo of his readings and private conversations between peers. It is thus an activity that one reserves for days of leisure or even for retirement. In short, nobody has anything against the philosophy of law; it is just that it is a pursuit that ought to be relegated to the non-active part of one's life, whereas the development of legal sciences belongs to our time and our practical needs and aims.

It is beyond our objective to rigorously evaluate these two types of resistance/distrust reasons against the philosophy of law; rather, we are interested in recording the facts. Nonetheless, we should not avoid considering that this equation is the troubled legacy of an era in which the philosophy of law, acting in a maternalistic (or paternalistic) framework, disregarded the dialogue with jurists -who had an unquestionable grasp on legal practices- and neglected the ever growing clashes between the scientific discourses of law and their aims towards achieving hegemony. This is no longer possible today, unless one reduces the philosophy of law to the role of commentary, of old books and their theories, or to the role of semantic and "systemic" exercises which simply risk turning around and around in circles of non-practicality. Be that as it may, if we synthesize these two types of rejection/distrust towards the philosophy of law, it seems that they encapsulate each in its own way, the situation in which the teaching of the philosophy of law finds itself today.

Of course, there are always some enthusiasts, for whom legal philosophy is important, and for whom no legal practice can be adequately done without a well formed legal mind. In their perspective, the philosophy of law should perform intellectually as a leader among equals discipline, capable of producing discourses and practices which come to terms with the fundamental issues that the other legal disciplines all too often pass over in silence, due to their methodological or theoretical preconceptions and limitations. It is important to keep in mind that legal environments are not only influential policy and intellectual spaces; they are also communities in which the professional distrust of jurists against discourses they view as hollow and futile, all too often produces hierarchical and ideological frameworks that determine, to the point of exclusion, what is considered to be useful and original for the study and development of law.

The philosophy of law as a theoretical-practical engagement

What we shall subsequently defend is a viewpoint granting the philosophy of law the role of a theoretical-practical engagement in favour of the modern legal project, as far as arguments and reasons are concerned⁵. Consequently, teaching philosophy of law ought to consist in understanding this role and its practical implications.

First of all, understanding the teaching of the philosophy of law in this role, involves giving up any “Schematic” comprehension whatsoever, on both the philosophical and juridical level. In fact, if one can say that the philosophy of law, often supported by those whose profession or whose calling is philosophy, can be characterised by the elaboration of an “Schematic reason” and the corresponding formulation of an “Ideal-Law” (and an Ideal-right); the philosophy of law created by jurists can on their side be viewed as based on the idea of an “Schematic Experience,” and thus by the corresponding formulation of a “True Law”, (and of True-Rights). In fact, this latter tendency does not intend to be named philosophy of law any longer. It reclaims to be known henceforth as “juristic philosophy” (or “general theory of law”), so as to underline its distance from the philosophy of law.

Although the tension between these two tendencies can be assessed and, moreover, used as a source of fruitful contest, any philosophy of law hoping today to appoint itself as “Schematic”, will all the same miss out the importance of an informed dialogue with positive (valid) law, and with the democratic dimension that should, in our view, characterize the modern legal project.

We should acknowledge the fact that the philosophy of law can no longer pretend to light-up the path of law in exclusivity and that law is also generally well enlightened by positivistic resources. For the sake of intellectual honesty and clarity, acknowledge

that legal philosophy does not possess any “wisdom”, “message”, “foundation” nor “intelligence” *a priori*, *a posterior* or *post festum* likely to contribute, “in substance” or “in principle”, to anything at all within the modern legal project. Therefore, if the philosophy of law relinquishes its “Schematic” role, all it has left is the possibility to engage –theoretically and practically- the modern legal project, so as to actively and effectively participate in the reflections, the arguments and the reasons that support democracy.

In this view, it follows that the philosophy of law does not hold any answer or recipe, but that it takes part, without monopolizing and without conceding anything, neither to established philosophy nor to legal dogmatic (or legal theory), in the activities associated to the reflection of, and intervention in, contemporary juridical complexities. This is the task we pursue. If we are right, then the philosophy of law is nothing but an in depth argumentative pursuit whose corollary is its public nature.

Openness, modernity and democratic philosophy.

As a matter of fact, the role that we can grant the philosophy of law today, particularly in the area of teaching, is that of engaging the development of arguments and reasons in and about the modern legal project. The philosophy of law should, in this respect, help us open up and universalize our convictions, our values and our preestablished ideas. It should assist us in the process of developing solid and sound arguments and valid reasons. Accordingly, the philosophy of law should provide, recognize and identify the various cultural or philosophical parameters mapping out the legal field in a reflexive and open manner. In this view, the philosophy of law should allow us to get acquainted with the various conceptions of the relationship between law and “morality,” between society and the individual, or between other subjects of the same kind. Thus, the philosophy of law does not work on the formal qualities of law; willingly leaving them to the legal sciences; and concentrates in engaging those reflections which energize the perspectives of the modern legal project.

It is by means of rationality and argumentation that the legal-philosophical reflection can open us up to the realities of modern life and contemporary society. Still, that certainly cannot happen directly, for the philosophy of law has no direct access to reality; this can only happen through a dialogue with sciences and especially with social, political and legal sciences. It is their task to provide the philosophy of law with the facts that can sustain the reflection on the modern legal project. Legal Kantianism, represented especially by Hans Kelsen, has harmed the philosophical reflection on the modern legal project by refusing a reflexive comprehension about the expectations that modern society has about the law. He wanted, perhaps against

Kant's own intention, to confine the modern legal project to a purist scientist's version, rejecting all dialogue with the political, social, moral, and religious convictions of individuals⁶, but there is today no reason for the philosophy of law to follow such a narrow and dogmatic strain. When we transcend the belief in any Schematic (or Architectonic) role for philosophy of law, the dialogue with the sciences ceases to be a form of "decline," and emerges rather as sound reasoning, as an ongoing opening up of shared epistemic possibilities and mutual alternatives.

In a similar vein, the philosophy of law can help understand legal positivism and its important role in the development of legal dogmatic and legal theories. Both are essential components in the formative process of contemporary legal students, and they constitute pivotal components in every curriculum of competent Law faculties. In this sense, a reflection about the production of legal dogmatic advances the task of articulating a philosophy of law that contributes to the understanding and communicative participation in the modern legal project. Indeed, the reductionism that so strongly characterizes legal positivism reproduces a legal culture that obviates the fact that law, in theory and in practice, concerns the legal positions defended by individuals, and even more so, that we confer the law to ourselves through mutuality. Law is surely prescriptive, in the sense that the content of these positions is written as a "possibility" that makes us the authors and the addressees of a potential realisation, within a society where "law" has acquired a modern and democratic sense. Hence, it is simply not good to be too obsessed with Texts, when our scope should be the law and the relationships and engagements it needs and spurs, so as to bring forth the democratic project.

In this vein, we can point out the fact that the Supreme courts of modern democratic states, such as the United States of America, Canada and elsewhere, take more and more into account the analysis articulated in the field of philosophy of law, the writings of the philosophers of law, and thereby, jurisprudence represents a good starting point for teaching philosophy of law⁷. We could stimulate the critical perception of students if we can show them how reflections in the field of philosophy of law influence the decision making process of the aforementioned courts, and how these reflections influence the legal result of the legal issues in question.

However, we should clarify that when judges take a stance on abortion, assisted suicide, inherent rights of Native peoples, or any other subject, it does not mean that they constitute some "ultimate solution", nor some final legal philosophical judgement⁸. If the philosophy of law must feel the pulse of today's legal reality, particularly with regard to jurisprudence, it should never be understood as the "groundwork" of various legal-philosophical positions, but just as a legally authorised stance and an opinion to be evaluated, particularly by students. Judges should not be considered as

philosophers of law, as they are implicitly and blindly treated by many contemporary philosophers of law (Dworkin)⁹, but as conversational partners worthy of interest to all of us, and even more so to a law student interested in adopting a democratic orientation, by insisting that we are always, at the same time, the authors and recipients of our positions in the legal realm.

Philosophy of law and public discourse

If we want to teach and conceive the philosophy of law solely as engaging in the arguments and reasons that are well informed and mindful with regard to the modern legal project, it follows that philosophy of law relinquishes its role of “Arbiter” in public disputes.

As a matter of fact, the philosophy of law must abandon all reference to the “philosophy of conscience” (Kant, Fichte, Hegel, etc.), that is, to the judgment that a single person can make on the modern legal project. Viewed from an argumentative angle, the philosophy of law should situate itself as a participant among others in the multitude of discourses surrounding the modern legal project. It should be considered as explicitly testing its arguments and reasons against the public space. It is within this public space that the “weight” and the “value” ascribable to each and any argument and reason must be openly debated and sorted out.

Only by taking the public space into serious consideration can we ponder over the question of rationality, and more specifically, come to grips over differences concerning legal rationality, which the modern legal project can both mobilise and stand for. As for our own preference, it can now be encapsulated in the idea of the primacy of a “communicative rationality”¹⁰. Actually, by seeing the production of arguments and reasons as the main issue of the modern legal project, the philosophy of law engages this venture with a demonstration of the fact that the practical rationality pertaining to law is embodied in public discourses. Discourse, as an inter-individual practice of legal subjects, should produce arguments and reasons, and advance them to the audience with a view to getting them evaluated and validated.

By insisting on the importance and the democratic role of the public space in legal-philosophical teaching, we should motivate the students to engage the idea that, in law, the public space is the first recipient to our reasons and arguments even before they can be presented in court. Students must understand that this public space plays an essential part in the development and maintenance of the process of the formation of will and opinion with regard to the modern legal project.

For a democratic conception of law

To situate the philosophy of law as a starting place for the communicative elaboration of in-depth arguments and an enlightened public reason is, in itself, a philosophical position. The teaching of the philosophy of law is intimately connected to a social-political will committed to revising, creating and transcending conventions, so as to contribute to the kind of practices which favour people living together through the power of building-experimenting democracy, through the ongoing development a legal modernity. Thus, the question about “what is the purpose of teaching philosophy of law?” is properly treated when the answer includes a defence in favour of modern law, of modern democracy and in favour of all the men and women who have made, and continue to make this choice. Precisely, it is this creed, emphasizing a democratic setting for all questions about law (and legal position/ rights), which is reflected in our conception about teaching legal philosophy. Thus, law without democracy is always a question of law awaiting a more appropriate symmetry between legitimacy and legality.

To understand such a democratic conception of law, it may be useful to underline the fact that this conception differs from the conception of a “liberal morality” of law, so generally taught in North American law schools. The conception of “liberal morality” is a philosophy of “law”, which has undertaken a fusion of “law and morality, justified by a range of a priori principles and rules of pre-political origin, in the belief that law ought to be conceived together with the presupposition of some “moral rights,” capable at the same time to ensure negative freedom and to censure collective activity. The teaching of the philosophy of law in North America has often taken the role of the initiation into this belief: a kind of leap of faith that grants the virtue of such liberal “institutions”, and accounts them as a moral emanation. We consider a philosopher of law like Ronald Dworkin, particularly in his book on *Freedom’s Law*, as the typical representative of this conception¹¹.

The consequence of such a “liberal natural law” theory is that the teaching of the philosophy of law has become a motivation to having faith in “our” Institutions. It trains law students, legal professionals and others, to believe that democracy is the means, the instrument for propagating and realising “liberal morality.” This has surely led to a greater “liberal morality,” a phenomenon we obviously deem positive, but which does not mean that man, to paraphrase Kant¹², has left the ranks of inferiority nor obtained private and collective autonomy. In other words, the beliefs in pre-political arrangements have always been an obstacle to mobilise a common political will, issued in and from a public space, in favour of ever growing democratic positions and arrangements.

Societies and nations struggling with their democratic development need a communicative, participatory and inclusive relationship with the law. In our view, the law is always best served by democratic openness and the broadest potential of implications, issued by an anarchic public space, where everyone has the liberty and the freedom to express their opinion, their arguments, their reason, and this without fear and constraint.

The philosophy of law as democratic practice

In our teaching experience, the democratic conception of law has a specific purpose: engaging the ever growing experience that democracy and the law constitute a day-to-day struggle. This, above all else, because democracy as law has for us a value in itself, and represents not only a means or an instrument for something else. If philosophy of law represents, as stated by Kant, man's way out of the realm of heteronomy (the arguments of authority) and a way in favour of autonomy (reasonable arguments as seen by the individual), one must at the same time assume this autonomy and raise it against philosophical (political, religious, ethnic, cultural, etc.) indoctrination.

If the modernity of law may, in our view, be epitomized in the requirement that all legal subjects must be able to see one another as authors and recipients of rights, norms, and institutions, it follows that the teaching of the philosophy of law cannot be confined to an exercise of heteronomy, albeit one of "liberal morality," but that it should make its own an option in favour of democratic modernity. The philosophy of law cannot replace the authors of law, but it must engage them and critically have the thrust in modern democracy and modern law. Hence, the philosophy of law must reflect the democratic objective of the modern legal project.

Indeed, placing the teaching of the philosophy of law within the scope of the present, entails favouring the modern legal project. In this sense, we hope to connect the practical side of law with the prospective side of philosophy: thinking, creating, debating, in short, engaging in the kind of mutuality committed to living and developing the democratic experience. Hence, the need to reconcile the modern legal project with the idea of a philosophy understood as democratic practice.

* **BJARNE MELKEVIK**, Professor in law at the Law Faculty of Laval University, Québec, Canada; bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca.

- ¹ B. Melkevik. *Horizons de la philosophie du droit*. Ste-Foy: Les Presses de l'Université Laval and Paris: L'Harmattan, 1998. p. 13-36.
- ² Michel Villey, «Préface», to Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J. ("Bibliothèque de philosophie du droit"), vol. XXIX, 1984. p. 8. The same idea is expressed in his *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris: Monchrestien, 1968, several times reissued). Cf. Alain Renaut and Lukas K. Sosoe which strongly critique this opinion, idem, *Philosophie du droit* (Paris, PUF, 1991).
- ³ Alain Renaut, in his *Kant aujourd'hui* (Paris: Aubier, 1997), p. 322, criticizes precisely Michel Villey's "contempt towards philosophers."
- ⁴ Michel Villey, «Epitome of Classical Natural Law», 1 part: Griffith Law Review (Queensland, Australia), 2000 (9) 1, and 2 part: ibid, 2000 (10) 1.
- ⁵ B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, p. 14 s.
- ⁶ H. Kelsen, *Pure theory of law*, Berkeley, University of California Press, 1970. (In French: idem, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, coll. «Philosophie du droit» n° 7, or, idem, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1973 (1re éd.), 1988 (2e éd.), coll. Etre et Penser, n° 37.).
- ⁷ B. Melkevik "La philosophie du droit: Développements récents." In Raymond Klibansky and Josiane Boulad-Ayoub (eds.) *La pensée philosophique d'expression française au Canada. Le rayonnement du Québec*, Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1998. p. 465-483.
- ⁸ See Josiane Boulad-Ayoub (ed.). *Carrefour: Philosophie et droit* (Montréal: L'ACFAS, 1995), p. 231-315: "Langage des droits et conflits des représentations ultimes," with contributions from L. Bégin, F. Blais, G. Legault, and L. Tremblay.
- ⁹ R. Dworkin. *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1986, and, id. *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977. (In French : idem, *L'empire du droit*, Paris: PUF- coll. "Recherche politique", 1994, and , idem. *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF- coll. "Léviathan", 1995).
- ¹⁰ B. Melkevik. *Horizons de la philosophie du droit*, op. cit., p 91-150.
- ¹¹ R. Dworkin. *Freedom's Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996).
- ¹² I. Kant. "Vers la paix perpétuelle, que signifie s'orienter dans la pensée ?" *Qu'est-ce que les Lumières et autres textes* (Paris: GF-Flammarion n° 573, 1991).

**PRINCIPII GENERALE ALE ÎNSTRĂINĂRILOR
BUNURILOR TEMPORALE ALE BISERICII**

Liviu-Marius HAROSA*

Abstract: *The General Principles of the Temporal Good's Alienation of the Romanian Orthodox Church and Catholic Church. The article discusses the issue of the sale of church property according to the regulations of the Romanian Orthodox Church and the catholic canon law. In both religions the alienation of temporal goods is bound by common elements, namely: the purpose of alienation, the property to be alienated, the enforcement of civil law, the alienation of property with authorization from hierarchical superiors, the assessment of the goods to be alienated. The article also addresses the issue of the priests' right of first refusal when acquiring ecclesiastical goods as well as the issue of compliance with the imperative norms of the Romanian civil law.*

Key Words: temporal goods, alienation, administration, Romanian Orthodox Church, Catholic Church.

1. Fundamente comune înstrăinărilor (în special ale vânzării) în dreptul catolic și în cel ortodox. Modalitățile de reglementare a înstrăinării bunurilor temporale ale Bisericii prezintă numeroase similitudini fundamentale între dreptul canonic ortodox și catolic, derivate în special din principiile Bisericii Creștine primare. Astfel, despre înstrăinarea averilor bisericești vorbesc canoanele 38, 40, 41 și 73 apostolic, can. 26 Sin. IV Ecumenic, can. 15 Ancira, can. 25 Antiohia, stabilind niște reguli în mare parte respectate și astăzi în legislațiile moderne canonice.

Atât Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române, din 16 ianuarie 2008 aprobat prin H.G. nr. 53 din 16 ianuarie 2008 privind recunoașterea Statutului pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române, publicat în M.Of. partea I, nr.50 din 22 ianuarie 2008 și Regulamentul pentru administrarea bunurilor bisericești, întocmit de Î.P.S Justinian, aprobat și votat de Adunarea Națională Bisericească aprobat prin Decizia nr. 32-234/29.09.1950 a Ministerului Cultelor, cât și Codex Juris Canonici (Codul de Drept Canonic al Bisericii Romano-Catolice) și Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (Codul Canonic al Bisericilor Orientale, aplicabil Bisericii Greco-Catolice)¹ au o serie de principii comune ce deosebesc înstrăinarea bunurilor temporale de normele dreptului civil.

a) *Scopul înstrăinării* va fi în directă legătură cu realizarea actului juridic în sens de negotium. Orice vânzare a bunurilor temporale va fi efectuată numai când interesele vitale ale Bisericii la justifică sau dacă o asemenea operație aduce reale avantaje Bisericii (art. 30 din Regulament). Această cerință a servirii intereselor vitale ale Bisericii se sprijină pe o justă cauză, cum ar fi o necesitate urgentă, o evidentă utilitate, rațiuni de ordin pios, caritabil, sau un alt motiv pastoral (a se vedea can. 1033 § 1 pct. 1 CCEO). Prin urmare, *causa remota* joacă un rol important în cadrul vânzării bunurilor temporale, spre deosebire de dreptul civil care dă relevanță doar cauzei proxime a contractului².

β) *Bunurile supuse înstrăinării speciale* sunt bunurile aparținând persoanelor juridice publice din Biserică, adică *bunurile ecleziastice*. Sunt excluse în principiu bunurile care sunt inalienabile, imprescriptibile și insesizabile, cum ar fi bunurile prețioase și bunurile sacre (în Biserica Ortodoxă), precum și anumite bunuri sacre în Biserica Catolică (de exemplu, sfintele relicve care nu pot fi înstrăinate cu titlu oneros, cf. can. 1190 CIC). În situații cu totul și cu totul excepționale, și numai pentru îndeplinirea unor interese superioare Bisericești, este permisă dăruirea unor bunuri prețioase sau sfințite (exemplul clasic este cel al cadourilor simbolice făcute de Patriarhul României Papei la vizita acestuia în România, dar manual constând în obiecte de cult foarte vechi).

γ) *Aplicarea legii civile* se realizează aproape integral, vânzarea fiind un caz clasic al canonizării legii civile³. Potrivit can. 1290 CIC și can. 1034 CCEO, *Normele dreptului civil în vigoare pe teritoriul unde s-a încheiat contractul, atât cele generale, cât și cele speciale, și unde s-au executat obligațiile în baza lor, vor fi respectate de dreptul canonic în materia supusă puterii Bisericii și cu aceleași efecte, dacă nu sunt contrare dreptului divin sau dacă dreptul canonic nu prevede în alt fel, rămânând aplicabile dispozițiile can. 1547*⁴.

Limitările sunt aduse numai de către încălcarea de către dreptul civil ale normelor de drept divin, sau de posibilitatea dreptului canonic de a impune condiții speciale pentru înstrăinarea unor categorii anume de bunuri. Din moment ce art. 27 alin. 1, *in fine* din Legea nr. 489/2007, legea cultelor, permite cultelor să dobândească bunuri mobile sau imobile de care să dispună în conformitate cu statutele sau codurile proprii, rezultă că, față de dreptul român, acesta a fost integralmente canonizat în materia dreptului canonic referitoare la înstrăinări.

δ) *Autorizarea înstrăinărilor de către Superiorii Ierarhici*. În ambele sisteme de drept canonic, *orice* înstrăinare a bunurilor temporale ale persoanelor juridice din Biserică trebuie autorizată de Ierarhi, de cele mai multe ori aceasta fiind o condiție *ad validitatem* a înstrăinării, fiind un element intrinsec al consimțământului valabil la vânzare sau donație.

ε) *Evaluarea (prețului) bunurilor obiect al înstrăinării* se realizează, ca o măsură anterioară și absolut obligatorie obținerii autorizării de înstrăinare, prin intermediul unei expertize (can. 1035 § 1 pct. 2 CCEO) sau al unui plan de situație cu descriere, însoțit de o evaluare apoximativă sau de un extras de carte funciară (art. 54 Regulament).

§ 1 Schimbarea, grevarea și înstrăinarea averii bisericești în Biserica Ortodoxă

2. Regimul bunurilor. Bunurile sacre și prețioase, oricăror instituții bisericești ar aparține, sunt inalienabile și imprescriptibile și ca atare nu pot fi schimbate, grevate, înstrăinate, urmărite sau sechestrate (art. 29 alin. 1 din Regulament).

Bunurile sacre de la bisericile desființate, în cazul că nu sunt de o valoare prețioasă, se vor folosi conform dispozițiilor Chiriarhului. Altfel, ele vor fi păstrate în muzeul eparhial. Bunurile prețioase trebuiesc păstrate în încăperi speciale sau săli de muzeu. În cazuri cu totul excepționale și numai pentru interesele superioare bisericești, la propunerea Chiriarhului respectiv, Sinodul Permanent poate aproba ca unele bunuri prețioase să fie dăruite.

Conform art. 30 din Regulament, care funcționează cu valoare de principiu, schimbarea, grevarea sau înstrăinarea averii bisericești imobile, cu caracter comun, sunt îngăduite numai când interesele vitale ale Bisericii le justifică și dacă astfel de operațiuni aduc avantaje reale Bisericii.

Statutul Bisericii Ortodoxe române prevede în art. 170 că bunurile sacre, respectiv cele care prin sfințire sau binecuvântare sunt destinate exclusiv și direct cultului, sunt inalienabile, insesizabile și imprescriptibile. Proprietatea asupra bunurilor sacre este exclusiv bisericească, iar cedarea folosinței poate fi acordată pe un termen de până la 3 ani, cu posibilitatea de reînnoire.

Sunt bunuri sacre cele care prin sfințire sau binecuvântare sunt destinate cultului divin, precum: lăcașurile de cult (catedrale, biserici, paraclise, capele etc.), odoarele și veșmintele bisericești, cărțile de ritual, cimitirele etc.

Sunt asimilate cu bunurile sacre și beneficiază de același regim juridic și: casa parohială, vatra parohială și mănăstirească, incinta Centrului eparhial, a Centrului patriarhal, reședințele chiriarhale, chiliile mănăstirilor și schiturilor, bunurile prețioase, cu valoare artistică, istorică sau datorită materialului din care sunt confecționate, precum: picturile, sculpturile, țesăturile artistice, miniaturile, cărțile rare, documentele, lucrările din materiale scumpe etc.

Bunurile comune sunt cele destinate întreținerii bisericilor, a slujitorilor ei, operelor culturale, de caritate și asistență socială, precum și pentru îndeplinirea celorlalte scopuri ale Bisericii.

Bunurile comune afectate întreținerii bisericilor și slujitorilor bisericești, operelor culturale, de asistență socială și filantropică, precum și pentru îndeplinirea celorlalte scopuri ale Bisericii sunt: edificiile școlilor bisericești, edificiile administrațiilor bisericești, muzeele religioase, așezămintele și instituțiile culturale, filantropice și economice, terenurile agricole, pădurile, pășunile, viile, livezile, grădinile, drepturile patrimoniale, creanțele, părțile sociale, acțiunile, fondurile, hârtiile de valoare, averea în numerar etc.

Terenurile agricole (arabil, pășune, izlaz, livadă etc.) și pădurile unităților de cult ale Bisericii Ortodoxe Române vor fi folosite conform dispozițiilor stabilite de organisme bisericești competente.

3. Procedura înstrăinării bunurilor ecleziastice la nivelul Parohiilor.

Când o parohie vrea să vândă un imobil, Consiliul Parohial va fi convocat anume în acest scop spre a delibera și hotărî asupra chestiunii cu cel puțin 2/3 din numărul membrilor care formează Consiliul Parohial (art. 59 și 62 din Statut). Această hotărâre va fi supusă aprobării Adunării Parohiale, care va fi convocată în acest scop. La Adunare vor trebui să fie prezenți numărul de membrii cerut de art. 57 din Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române⁵.

Potrivit art. 55 lit. j din Statut, Adunarea parohială are ca atribuție propunerea, spre aprobarea Consiliului eparhial, cu privire la transmiterea cu orice titlu a folosinței sau proprietății asupra bunurilor imobile parohiale (vânzare, cumpărare, închiriere, schimb etc.), precum și asupra grevării cu sarcini sau afectării de servituți a bunurilor parohiale, cu excepția bunurilor sacre, care nu pot fi înstrăinate;

Hotărârile Adunării Parohiale în ceea ce privește înstrăinarea sau grevarea bunurilor bisericești devin valabile doar după verificare și aprobarea Consiliului Eparhial (art. 55 alin.2 din Statut).

Conform art. 30 din Regulament, procesele verbale, conținând toate elementele de mai sus, se vor încheia în doua exemplare, din care unul se va păstra în arhiva parohiei, iar altul se va înainta Protoieriei respective având atașat un raport special din partea parohului, în care se va cere trimiterea lucrărilor la Consiliul Eparhial pentru aprobare.

Consiliul Eparhial, în baza art. 98 lit. k) din Statut, primind lucrările, le va examina și va hotărî asupra înstrăinării cu majoritatea absolută de voturi a membrilor care compun Consiliul Eparhial, după cum prevede art. 32 din Regulament. Hotărârea trebuie să aibă avizul Contenciosului și aprobarea Chiriarhului.

Vânzarea unui imobil bisericesc nu se poate face decât prin licitație publică, după aprobarea dată de Consiliul Eparhial, conform art. 32, arătat mai sus și potrivit condițiilor fixate de Consiliul Parohial prin procesul verbal.

Art. 34 precizează în alineatul 1 cine va constitui comisia de licitație, care va fi formată din epitropii parohiei, sub președinția parohului, tot această comisie având și atribuția de a ține licitația.

Art. 34 alin. 2 din Regulament consacră un *drept de preempțiune* în favoarea preoților din parohie, care, „la condițiuni egale, sunt preferați în primul rând, iar în al doilea rând ceilalți slujitori ai bisericii”.

Totodată, art. 176 alin. 2 din Statutul BOR arată că în cazul aprobării înstrăinării unor bunuri bisericești, unitățile bisericești ortodoxe au și ele drept de preempțiune.

În ceea ce privește dreptul de preempțiune al parohilor și al celorlalți slujitori a Bisericii, precum și acela al unităților bisericești ortodoxe, acestea se exercită numai la preț egal.

Potrivit doctrinei⁶, dreptul de preempțiune este dreptul conferit de lege unor persoane de a cumpăra cu prioritate un bun mobil sau imobil din categoria celor prevăzute de lege atunci când proprietarul său s-a hotărât să-l înstrăineze prin vânzare sau să îl valorifice prin contracte cu executare succesivă (închiriere, concesiune),

și nu se confundă cu dreptul născut dintr-un pact de preferință⁷. Dreptul prioritar la cumpărare al beneficiarului pactului de preferință se naște din convenția părților, deci are natură contractuală. Dimpotrivă, dreptul de preempțiune se naște direct din lege, fiind prevăzut într-o normă imperativă; voința vânzătorului nu are nici o contribuție la nașterea acestui drept⁸, astfel încât dreptul de preempțiune apare în toate în toate cazurile în care legiuitorul a simțit nevoia reglementării acestui drept⁹.

Ca fundament al dreptului de preempțiune¹⁰, arătăm că, într-adevăr, ceea ce se înțelege în sens larg prin drept de preempțiune este, în fapt, un complex de formalități de publicitate a ofertei de vânzare. Astfel, plecând de la definiția dreptului de preempțiune care este „dreptul titularului de a fi preferat, la preț egal, în concurs cu ceilalți cumpărători”, putem descompune următoarele prerogative ale dreptului de preempțiune¹¹: *α)* dreptul titularului dreptului de a pretinde ca bunul să nu fie vândut înainte de efectuarea procedurilor prevăzute de lege¹²; *β)* dreptul titularului de a pretinde efectuarea, în mod corespunzător, a publicității impuse de actele normative; *γ)* dreptul de a-și manifesta voința în sensul cumpărării cu preferință față de persoanele care nu au acest drept, dublată de *δ)* dreptul de a pretinde vânzătorului și persoanelor interesate în achiziționare de a nu încheia contractul de vânzare-cumpărare anterior exercitării dreptului de preempțiune¹³.

Considerăm că numai ultimele două prerogative constituie în realitate elementele unui drept potestativ, în timp ce primele două atribute presupun o acțiune a subiectului pasiv al dreptului de preempțiune¹⁴. Astfel, împărtășim opinia potrivit căreia obligația vânzătorului de a efectua formalitățile de publicitate a ofertei de vânzare este o obligație *propter rem*¹⁵. Toate elementele adiacente dreptului de preempțiune nu intră în sfera dreptului potestativ, acesta din urmă fiind format doar din ingerința pe care titularul dreptului de preempțiune o poate activa în situația juridică existentă. Așadar, dreptul de preempțiune ca drept potestativ presupune o manifestare unilaterală de voință prin care se realizează puterea titularului său asupra unei situații preexistente, cu efecte asupra persoanelor între care s-a creat situația respectivă și constă în acceptarea ofertei de vânzare a proprietarului bunului cu consecința înlăturării de la cumpărare a terților la preț egal.

Cu o excepție notabilă (dreptul de preempțiune prevăzut de Ordonanța de Urgență nr. 40/1999 care oferă o subrogare ulterioară contractului în favoarea titularului dreptului, creând astfel un mecanism de control *post rem venditam*¹⁶) drepturile de preempțiune reglementate actualmente nu oferă un adevărat control al titularului dreptului asupra înstrăinării bunurilor obiect ale dreptului¹⁷. Nici drepturile de preempțiune reglementate de art. 34 alin. 2 din Regulamentul de administrare al averilor bisericești ale BOR și de art.176 alin.2 din Statut nu fac excepție; drepturile de preempțiune legiferate în prezent se exercită în mod substanțial *ante rem venditam*¹⁸ iar în cazul aplicării sancțiunilor cel mai des utilizate în actele normative, și anume nulitatea relativă și nulitatea absolută a contractelor de vânzare încheiate cu nerespectarea dreptului de preempțiune, bunul în discuție se întoarce în patrimoniul vânzătorului iar acesta din urmă nu poate fi obligat să vândă ulterior titularului dreptului¹⁹.

În cazul dreptului de preempțiune al preoților și altor slujitori bisericești la bunurile înstrăinate de parohie, Regulamentul nu prezintă nicio sancțiune pentru încălcarea lui, așa încât considerăm că sancțiunea ar fi inopozabilitatea față de titularii dreptului de preempțiune a actelor încheiate cu încălcarea dreptului sau cu nerespectarea unui termen rezonabil (în speță cât ține ședința de licitație sau termenul prevăzut de comisia de licitație în regulamentul de desfășurare al acesteia) în care aceștia să își realizeze opțiunea²⁰.

Pentru nerespectarea dreptului de preempțiune al unităților bisericești, sancțiune este cea generală prevăzută de Statut, în art. 176 alin.3, și anume nulitatea absolută, care lovește orice act de înstrăinare încheiat cu nerespectarea prevederilor Statutului.

Este de remarcat însă necorelarea dispozițiilor Statutului cu cele, mult mai vechi, ale Regulamentului, impunându-se de lege ferenda adoptarea unui nou Regulament de administrare a bunurilor bisericești.

Este util de precizat că dreptul de preempțiune funcționează numai la preț egal în favoarea titularului. O altă variantă ar îngredi atributul de dispoziție juridică al proprietarului.

În cazul în care titularii dreptului de preempțiune nu înțeleg să opteze pentru exercitarea dreptului conferit de lege sau în cazul în care prețul oferit de ei este surclasat de oferta unui terț, proprietarul bunului supus preempțiunii este liber să înstrăineze fără opreliști bunul.

Potrivit art. 36 din Regulament, termenul de licitație va fi adus la cunoștința celor interesați, cu cel puțin 15 zile înainte de ținerea licitației, prin afișare la oficiile publice din localitate și prin publicarea datei și a condițiilor licitației într-o gazetă cotidiană răspândită. Licitația se va ține în cancelaria parohială. Procesul-verbal de ținere a licitației va cuprinde toate elementele și datele necesare unei expuneri complete a modului cum a decurs licitația și va fi semnat de paroh, de epitropi și de doi martori asistenți, aleși de preferință dintre membrii Adunării Parohiale. La procesul verbal se vor atașa toate actele în cauză.

Lucrările astfel încheiate se vor înainta Protopopului, spre a fi trimise Consiliului Eparhial. Acesta le va examina în ședință plenară și pe baza rezultatului obținut la licitație, va decide cum va găsi cu cale (art. 37 din Regulament).

Hotărârea Consiliului Eparhial se va supune aprobării Chiriarhului (art. 38); în cazul în care Consiliul Eparhial nu aprobă licitația, el va putea hotărî să se țină o nouă licitație, iar dacă după două licitații consecutive rezultatul nu este favorabil, Consiliul Eparhial va putea decide, cu aprobarea Chiriarhului, fie vânzarea prin bună învoială, fie amânarea vânzării imobilului în cauză.

Dacă Chiriarhul (care este Președintele Consiliului Eparhial potrivit art. 96 alin.2 din Statut) nu aprobă rezultatul vânzării prin bună învoială, toate formele îndeplinite mai înainte rămân fără efect.

Conform art. 39 din Regulament, în cazul când rezultatul licitației este aprobat, Consiliul Eparhial dispune încheierea contractului, care se va autentifica, fiind semnat de paroh ca președinte și de epitropi, iar art. 40 dispune ca după încheierea

contractului se va trimite o copie Consiliului Național Bisericesc, spre a se scoate imobilul respectiv din inventarul general de imobile bisericești prevăzut de Regulament.

Art. 41 prevede că schimbarea vreunui imobil parohial cu alt imobil sau grevarea lui în vreo formă oarecare se va face prin bună învoială, cu respectarea dispozițiilor cuprinse în art. 31 și 32 de mai sus (adică este necesară, pentru validitatea actului, hotărârea Adunării parohiale la propunerea Consiliului Parohial, aprobarea hotărârii de către Consiliul Eparhial, odată cu avizul serviciului de Contencios și mai ales cu aprobarea Chiriarhului).

În ceea ce privește forma de încheiere a actului de vânzare cumpărare, arătăm că discuția se articulează pe două puncte. Dacă bunul imobil supus înstrăinării este un teren cu sau fără construcții, sau este o clădire, cu sau fără destinația de locuit.

În cazul înstrăinării unui teren prin vânzare cumpărare, Titlul X al Legii nr. 247/2005 instituie o excepție de la principiul consensualismului²¹ consacrat în Codul civil. Astfel, art. 2 alin. 1 din această lege dispune: *“Terenurile cu sau fără construcții, situate în intravilan și extravilan, indiferent de destinația sau de întinderea lor, pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în formă autentică, sub sancțiunea nulității absolute”*. De asemenea, art. 2 alin. 2 din aceeași lege prevede că *„În cazul în care prin acte juridice între vii se constituie un drept real asupra unui teren cu sau fără construcție, indiferent de destinația sau întinderea acestora, dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător”*.

Trebuie să remarcăm lipsa tehnicii de redactare a textului legal. Din interpretarea strictă a alin. 2 reiese că doar în cazul constituirii unui drept real este cerută forma autentică, nu și în cazul înstrăinării acestuia. Mai mult, nu este cerută forma autentică a constituirii unui drept real asupra unei construcții în cazul în care terenul nu face obiectul aceluși act juridic.

Forma înscrisului autentic pe care trebuie s-o îmbrace orice act de înstrăinare între vii a terenurilor este o condiție intrinsecă de validitate a acestuia, deoarece este prevăzută de lege ca o cerință de valabilitate a consimțământului părților contractante²². Nerespectarea acestei cerințe se sancționează cu nulitatea absolută și totală a contractului.

Având în vedere că Legea nr. 247/2005, precum și celelalte acte normative în vigoare, cu excepția dispozițiilor Codului civil în materia contractului de donație, nu conțin nici o reglementare specială cu privire la înstrăinarea și dobândirea construcțiilor prin acte între vii, este necesar să punem în discuție problema dacă pentru valabilitatea acestor acte trebuie sau nu trebuie respectată forma înscrisului autentic. Întrebarea este pe deplin justificată, deoarece terenurile de orice fel, indiferent că sunt situate în intravilan sau extravilan, conform art. 2 din Titlul X al Legii nr. 247/2005, pot fi înstrăinate prin acte între vii numai dacă sunt încheiate *ad validitatem* în formă autentică.

În încercarea de a da răspuns la această problemă este necesar, în opinia noastră, să deosebim între două categorii de situații: când parohia este și proprietara terenului aferent acesteia și când înstrăinătorul construcției (în speță parohia) este titulara unui drept de suprafață pe terenul altuia sau stăpânește terenul cu titlu de drept real de folosință.

Pe de altă parte, trebuie decelat între faptul dacă clădirea obiect al înstrăinării este sau nu locuință sau unitate individuală, în accepțiunea Legii nr.114/1996, legea locuinței²³, republicată și modificată prin O.U.G. nr.210/2008.

Astfel, dacă construcția are destinația de locuință sau aceea de unitate individuală, se vor aplica prevederile art.10¹ din Legea nr.114/1996, care prevăd că: *Locuințele și unitățile individuale pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în formă autentică, sub sancțiunea nulității absolute. Dreptul de proprietate comună, forțată și perpetuă asupra părților comune ale unui imobil se valorifică numai împreună cu dreptul de proprietate exclusivă care poartă asupra acestuia sau a unei părți determinate din acesta.*

În accepțiunea Legii nr.114/1996, prin "locuință" se înțelege: "Construcție alcătuită din una sau mai multe camere de locuit, cu dependențele, dotările și utilitățile necesare, care satisface cerințele de locuit ale unei persoane sau familii"(art.2 lit.a), iar prin "unitate individuală", "Unitate funcțională, componentă a unui condominiu, formată din una sau mai multe camere de locuit situate la același nivel al clădirii sau la niveluri diferite, cu dependențele, dotările și utilitățile necesare, având acces direct și intrare separată, și care a fost construită sau transformată în scopul de a fi folosită, de regulă, de o singură gospodărie, pentru satisfacerea cerințelor de locuit. În cazul în care accesul la locuința individuală sau la condominiu nu se face direct dintr-un drum public, acesta se va asigura printr-o cale de acces sau servitute de trecere, menționate obligatoriu în actele juridice și înscrise în cartea funciară"(art. 2 lit.j).

Având în vedere caracterul excepțional al acestor norme, rezultă că numai pentru locuințe sau unități individuale este necesară *ad validitatem* forma actului autentic. Pentru restul construcțiilor care nu se încadrează în ipoteza arătată de Legea locuinței, se pot diseca mai multe ipoteze.

În prima ipoteză, când construcția este amplasată pe terenul aflat în proprietatea înstrăinătorului, indiferent că se transmite și dreptul de proprietate asupra acestui teren sau se transmite numai dreptul de proprietate asupra construcției, constituindu-se astfel un drept de suprafață, pentru valabilitatea actului juridic este necesară respectarea cerinței înscrise în formă autentică. Soluția se impune deoarece terenurile pot fi dobândite și înstrăinate numai prin acte vii încheiate în formă autentică. Nerespectarea acestei condiții se sancționează cu nulitatea absolută a actului de înstrăinare, după cum prevede art. 2 alin. 1 din Titlul X al Legii nr. 247/2005.

În cea de a doua ipoteză, ar părea că atunci când parohia nu este și proprietar al terenului, ci este titularul unui drept de suprafață, actul între vii de înstrăinare a construcției se încheie valabil, potrivit principiului consensualismului, adică *solo consensu*²⁴.

Cu toate acestea, față de prevederea specială care impune încheierea oricăror contracte de vânzare-cumpărare în formă autentică, considerăm că și în cazul vânzărilor-cumpărărilor care nu au ca obiect o clădire fără terenul aferent pentru care se cere procedura licitației și a autorizării Ierarhului, forma cerută *ad validitatem* este forma actului autentic.

4. Procedura înstrăinării bunurilor ecleziastice la nivelul Protopopiatelor și al Mănăstirilor. Conform art. 42 din Regulament, bunurile Protoierilor se pot înstrăina, schimba sau greva, la propunerea Protopopului, de către Consiliul Eparhial, cu respectarea dispozițiilor referitoare la schimbarea, înstrăinarea sau grevarea imobilelor eparhiale, așa cum au fost prezentate mai sus.

Conform art. 43, înstrăinarea bunurilor mănăstirești se face de către Consiliul Economic al mănăstirii, cu încuviințarea Soborului Mănăstiresc și cu aprobarea Consiliului Eparhial și a Chiriarhului respectiv. Vânzarea se face prin licitație publică, respectându-se dispozițiile prevăzute de art. 35 și 36 din Regulament.

Contractul se semnează de către stareț, după ce s-a obținut mai întâi aprobarea și viza Chiriarhului. Dacă acesta nu aprobă, toate formalitățile îndeplinite rămân fără efect.

Licitația se ține de către un delegat al Consiliului Eparhial numit de Chiriarh. Rezultatul licitației se aprobă de Chiriarh, după avizul Consiliului Eparhial, potrivit normelor prevăzute de art. 38 din Regulament sau se respinge dacă licitația nu a dat rezultat favorabil (art. 44).

Schimbările sau grevările de orice fel se fac prin bună învoială de către Consiliul Economic al mănăstirii, cu aprobarea prealabilă a Consiliului Eparhial. Contractele nu sunt valabile decât după aprobarea prețului și condițiilor de către Consiliul Eparhial și după încuviințarea Chiriarhului.

Mănăstirea care cere înstrăinarea, schimbarea sau grevarea unui imobil, trebuie să arate motivele care îndrituiesc aceasta și să dea în prealabil toate deslușirile necesare.

Dispozițiile art. 40 (*După încheierea contractului se va trimite o copie Consiliului Național Bisericesc, spre a se scoate imobilul respectiv din inventarul general de imobile bisericesti prevăzut de Regulament*) sunt obligatorii și pentru mănăstiri.

5. Procedura înstrăinării bunurilor ecleziastice la nivelul Eparhiilor. (art. 46-48 din Regulament). La Eparhii, bunurile imobile bisericesti se înstăinează, se schimbă sau se grevează după normele prevăzute pentru parohii. Hotărârea se ia, la propunerea Consilierului Administrativ Economic, de către Consiliul Eparhial, cu majoritatea absolută a voturilor membrilor care formează Consiliul Eparhial.

Potrivit art.98 lit. 1) din Statut, în cazul înstrăinării (vânzare, donație etc.) bunurilor imobile ale Centrului eparhial (clădiri sau terenuri), Consiliul eparhial propune spre aprobare Adunării eparhiale soluții statutare. Hotărârile privind înstrăinarea devin valide numai după aprobarea lor de către Sinodul mitropolitan (art. 113 lit.i) din Statut).

Consilierul Administrativ Economic va hotărî ținerea licitației, stabilind condițiile de vânzare precum și persoana delegată cu conducerea licitației. Această hotărâre se va lua cu aprobarea Chiriarhului. Rezultatul licitației se va aproba de

Chiriarh, după avizul Permanenței și al Contenciosului. În caz de neaprobare se va ține o nouă licitație, iar dacă nici după a doua licitație nu se obține un rezultat satisfăcător, Consiliul Eparhial, cu încuviințarea Chiriarhului, poate hotărî fie vânzarea prin bună învoială, fie amânarea înstrăinării bunului bisericesc propus spre vânzare.

Licitatia se va ține cu îndeplinirea formalităților prevăzute de art. 35 și 36 din Regulament, iar contractul se va încheia, autentifica și semna de către un delegat al Consiliului Eparhial, care va lucra în numele Chiriarhului, în urma cuvenitei aprobări și pe temeiul unei împuterniciri speciale din partea acestuia.

Modalitatea încheierii și semnării contractului, prevăzută în articolul de față, se aplică atât la contractele încheiate prin bună învoială, cât și la acelea făcute pe bază de licitație publică.

O copie după contractul autentificat se va ține trimite de către Eparhie Consiliului Național Bisericesc, în termen de 30 zile de la autentificare, spre a se face cuvenitele modificări în inventarul general al imobilelor bisericești.

Conform art. 48, schimbările sau grevările de imobile de la Eparhii se fac prin bună învoială, după încuviințarea prealabilă a Consiliului Eparhial, cu aprobarea Chiriarhului.

6. Procedura înstrăinării bunurilor eclesiastice la nivelul Patriarhiei (art. 49-54 din Regulament). Bunurile imobile comune ale Bisericii Ortodoxe Române, administrate de Patriarhie, nu se pot înstrăina decât cu încuviințarea Consiliului Național Bisericesc, la propunerea Permanenței sale. Hotărârile Consiliului Național Bisericesc se supun aprobării Patriarhului.

Consiliul Național Bisericesc, în virtutea art. 30 lit.f) din Statut, hotărăște asupra transmiterii cu orice titlu a folosinței sau proprietății asupra bunurilor imobile ale Patriarhiei (vânzare sau schimb), precum și asupra grevării cu sarcini sau afectării de servituți a bunurilor Patriarhiei, cu excepția bunurilor sacre, care sunt inalienabile, cu respectarea prevederilor statutare, regulamentare bisericești și legale.

Înstrăinarea acestor bunuri se face prin licitație publică, observându-se dispozițiunile art. 35 și 36 din regulament. Condițiile licitației se fixează de către Permanență. Rezultatul licitației se supune aprobării Președintelui Consiliului Național Bisericesc, care oricând poate orândui o nouă licitație, dacă rezultatul celei dintâi nu e favorabil. De asemenea, dacă nici după a doua licitație nu se obține un rezultat favorabil, președintele Consiliului Național Bisericesc, pe baza referatului Permanenței, poate hotărî vânzarea prin bună învoială sau amânarea înstrăinării imobilului în cauză.

În caz de vânzare prin bună învoială a imobilului proprietate a întregii Biserici, contractul este valabil numai după aprobarea prețului și a condițiilor de vânzare de către Consiliul Național Bisericesc, cu majoritatea absolută de voturi și cu aprobarea Patriarhului. Când licitația este aprobată, Președintele Consiliului Național Bisericesc autorizează persoana care să încheie și să semneze contractul. Contractul nu devine definitiv și nu poate fi semnat și autentificat decât după vizarea lui de Contencios și după aprobarea lui de Patriarh.

Schimbările sau grevările imobilelor proprietatea Patriarhiei se fac prin bună învoială, după încuviințarea Consiliului Național Bisericesc, cu aprobarea Patriarhului.

În cazuri de schimbări de imobile, Consiliul Eparhial pentru parohii, protoierii, mănăstiri și eparhii și Consilul Național Bisericesc pentru averea Patriarhiei, pot desemna comisiuni speciale de expertiză care vor merge la fața locului și vor stabili dacă și în ce condițiuni se pot face asemenea schimburi de imobile bisericești (art. 53 din Regulament). Cheltuielile necesare efectuării acestor expertize se suportă de părțile ce vor să facă schimbul.

Conform art. 54, odată cu înaintarea actelor spre aprobarea unei vânzări, cumpărări, schimbări sau grevări de imobile, partea componentă respectivă trebuie să trimită autorității superioare un plan de situație a imobilului, o descriere a acestuia, precum și evaluarea sa aproximativă, sau, dacă este cazul, un extras din cartea funciară.

Potrivit art. 55, înstrăinări de bunuri bisericești sacre sau de bunuri imobile cu caracter comun, pe cale de donațiuni, nu se pot face decât în mod excepțional și numai către biserici sau instituții bisericești. Aceste donațiuni vor trebui să fie încuviințate la parohii, protopopiate, mănăstiri și eparhii, de Consiliul Eparhial, cu aprobarea Chiriarhului, la Patriarhie de către Consiliul Național Bisericesc, cu aprobarea Patriarhului.

§ 2 Înstrăinarea bunurilor temporale în Biserica Catolică

7. Fundamente, Procedură. Dreptul canonic catolic nu folosește termenul de „alienare” într-un sens pur tehnic, normele codiciale și doctrina cunoscând înstrăinarea în sens larg și alienarea în sens restrâns. Înstrăinarea este tratată în can. 1291-1298 CIC și respectă principiile generale enunțate în cuprinsul acestui capitol al lucrării noastre²⁵.

În ceea ce privește vânzarea bunurilor care constituie patrimoniul stabil al persoanelor juridice, aceasta este posibilă în principiu pentru aproape toate bunurile ecleziastice, inclusiv cele prețioase sau sacre (inalienabilitatea expresă este prevăzută doar pentru sfintele relicve), dar cu respectarea unor condiții speciale, atașate scopului oricărei înstrăinări a bunurilor bisericești, și anume acela al existenței unei juste cauze și de urmărire a țelurilor finale ale Bisericii. Trebuie precizat că regulile dreptului canonic referitoare la contracte și care derogă de la prescripțiile dreptului civil sunt mai degrabă un drept administrativ al bunurilor decât o ramură a dreptului privat²⁶, și că dispozițiile de excepție privesc ori anumite bunuri sau acte, cât și anumite persoane.

Conform can. 1291 CIC, pentru înstrăinarea²⁷ validă a unui bun aparținând patrimoniului stabil al unei persoane juridice publice, și a cărui valoare excede suma fixată prin normele de drept, este necesară autorizarea autorității legal competente. Canonul 638 § 3 CIC dispune ca pentru încheierea oricărui act de alienare sau de

administrare extraordinară, sau în situația efectuării unui fapt de administrare, se cere autorizarea scrisă a superiorului ierarhic ce are în competență administrarea sau înstrăinarea bunurilor.

Deja discutată mai sus, noțiunea de patrimoniu stabil se aplică tuturor bunurilor care sunt de obicei necesare pentru atingerea scopurilor Bisericii, ținându-se cont de circumstanțele de loc și de timp²⁸. De exemplu, un amvon ar fi fost considerat în Biserica Catolică unul dintre bunurile necesare într-un mod normal pentru desfășurarea liturghiei, dar actualmente situația s-a schimbat²⁹; spre deosebire, un potir de aur, independent de faptul că este vorba despre un lucru sacru și că, nu-i așa?, aurul este aur, va constitui întotdeauna un omagiu adus divinității prin prețiosul sânge al Mântuitorului Nostru³⁰, intrând altfel în sfera patrimoniului stabil al persoanei juridice publice. În orice caz, administratorii vor avea tot interesul de a adopta o concepție îndeajuns de largă a patrimoniului stabil, din moment ce-și acesta este în definitiv cel de-al doilea criteriu – valoarea bunului va justifica sau nu obținerea autorizării competente³¹.

Or, tocmai această valoare a bunurilor va da naștere obligației de a cere autorizarea persoanelor competente, după cum precizează canonul 1292 CIC, echivalent al canonului 1037 și 1038 CCEO: în cazul în care valoarea bunurilor obiect al înstrăinării se situează între suma minimă și suma maximă stabilită de Conferința Episcopală a regiunii respective, autoritatea competentă, în cazul persoanelor juridice care nu sunt supuse autorității Episcopului diocezan, este cea determinată prin propriile lor statute; în situația în care autoritatea competentă este Episcopul diocezan, autorizarea va fi dată în consens cu consiliul pentru afaceri economice și al colegiului consultorilor din care nu pot să facă parte persoanele interesate³². Episcopul are nevoie de consensul acestor organisme și în ipoteza în care bunurile obiect al înstrăinării sunt bunurile care aparțin diocezei³³.

Pe lângă aceste cerințe, în situația în care bunurile valorează mai mult decât valoarea minimă fixată de deciziile Conferinței Naționale, se cere de către can. 1293 CIC (echivalent al can. 1034 CCEO) și îndeplinirea următoarelor condiții: o cauză justă, o evaluare scrisă o bunului stabilită de către experți, precum și respectarea altor dispoziții edictate de autoritatea competentă în scopul evitării oricărei daune aduse Bisericii (e.g. impunerea prin deciziile organelor superioare a introducerii în contract a unei clauze de indexare a prețului sau a constituirii unei garanții reale – ipotecă, gaj –, personale – fidejusiune – sau comerciale – garantarea prin emiterea de titluri de valoare, cec, cambie, bilet la ordin, pentru asigurarea executării obligației de plată de către cocontractant.

Persoanele al căror sfat, permisiune sau autorizație este cerut de lege în cazul înstrăinărilor nu pot să își exercite atribuțiile dacă sunt direct interesate, iar autorizația lor nu va fi emisă atunci când nu au fost informate cu exactitate asupra stării financiare reale a persoanei care dorește să își înstrăineze bunurile.

La fel, permisiunea nu va fi oferită în ipoteza în care conducătorii persoanei juridice canonice înstrăinătoare nu informează persoanele competente despre înstrăinările deja realizate (can. 1292 § 4 CIC, can. 1038 CCEO).

Dacă valoarea bunurilor depășește suma maximală stabilită de Conferința Episcopală națională sau regională, este necesar acordul Sfântului Scaun pentru încheierea actelor de înstrăinare, potrivit can. 1292 § 2 CIC, avizul valorând o condiție *ad validitatem* pentru înstrăinare. Autorizația Sfântului Scaun se cere și în cazul în care sunt donate Bisericii bunuri în virtutea unui ex-voto sau dacă obiect al înstrăinării îl constituie obiecte prețioase prin valoarea lor artistică sau istorică (can. 1292 § 2 raportat la can. 683 §3)³⁴. Este de notat că, în aceste cazuri, licența Scaunului Apostolic nu exclude permisiunea Superiorului Ierarhic prevăzută în can. 1292 CIC, ci este o autorizare ulterioară (*insuper*) altor autorizări, dar anterioară oricărei vânzări, donații sau grevării cu sarcini reale (ipotecă sau gaj)³⁵. Pe de altă parte, autorizarea Papei se cere și în cazul înstrăinării (numai prin donație) a unor icoane sau relicve care se bucură de o largă venerație a poporului (can. 1190 §§ 2-3 CIC).

Aceste măsuri sunt cerute nu numai în cazul înstrăinării propriu-zise (vânzare, schimb, donație), ci și în situația oricărui act juridic apt să producă o micșorare a patrimoniului unei persoane juridice publice (can. 1295 CIC).

Pentru bunurile aflate sub valoarea minimă stabilită de Conferința Episcopală, înstrăinarea se realizează prin consensul parohului cu consiliul pentru afaceri economice, cu informarea Ierarhului, în cazul parohiilor, sau prin decizia organelor de conducere ale persoanelor juridice, cu simpla informare a Superiorilor ierarhici, în scopul efectuării măsurilor de publicitate în cadrul registrelor generale de bunuri ale Bisericii³⁶. Bunurile sacre și prețioase, indiferent de valoarea lor, nu pot fi înstrăinate fără autorizarea obținută potrivit procedurilor mai sus descrise, la fel și desacralizarea lor, ca o măsură premergătoare alienării.

O regulă interesantă este stabilită prin prevederile canonului 1292 § 3 CIC, care stabilește că dacă bunul alienabil este divizibil, pentru obținerea licenței se vor indica părțile deja înstrăinate, sub sancțiunea nulității absolute. Explicația este simplă: în cazul unui bun divizibil, prin împărțirea lui pe bucăți inferioare valoric sumei minime, s-ar putea eluda dispozițiile privind autorizarea înstrăinărilor. Pe de altă parte, un bun nu trebuie să fie înstrăinat sub prețul indicat în evaluarea efectuată de experți (can. 1294 § 1 CIC).

O altă normă care este în aplicarea principiilor generale ale Bisericii referitoare la Scop general al Bisericii pe pământ este cea din can. 1294 § 2 CIC potrivit căreia sumele obținute în urma vânzărilor oneroase vor fi utilizate în mod prudent de către Biserică și numai pentru urmărirea țelurilor finale ale Bisericii³⁷.

În fine, canonul 1296 CIC 1983³⁸ pune, după parerea noastră, câteva probleme. Astfel, acest canon dispune că: „în cazul în care bunurile ecleziastice au fost înstrăinate fără respectarea formalităților (solemnităților) de drept canonic, dar actul este valid din punct de vedere civil, este de competența autorității canonice de a stabili, după ce a analizat cu atenție situația, dacă se va formula și se va introduce o acțiune și de care tip, reală sau personală, pentru a revendica drepturile Bisericii”³⁹.

În doctrină⁴⁰ se consideră că acest canon este marcat de ambiguitate față de legile civile. Într-adevăr, în afară de cazul în care normele de drept civile ar subordona validitatea înstrăinării de respectarea completă a regulilor canonice (ceea ce este rar), o acțiune în revendicare a bunului alienat în mod incorect (acțiune reală) sau a acțiune în repararea prejudiciului suferit (acțiune personală), ar avea puține șanse de câștig în fața unei instanțe laice⁴¹. Mai mult, terții laici⁴² s-ar prevala de buna lor credință și de necunoașterea normelor canonice, fapt care nu este departe de adevăr. Soluția propusă a fost aceea a introducerii în contractele de înstrăinare a unei clauze rezolutorii în cazul absenței autorizării cerute⁴³, iar, în cazul în care acțiunea în apărarea intereselor Bisericii ar eșua, o acțiune în răspundere delictuală contra persoanelor care au efectuat înstrăinarea ar fi singurul paliativ⁴⁴.

Alături de criticile aduse, arătăm că, spre deosebire de dreptul ortodox, dreptul canonic catolic nu prevede, ca un principiu general, vreo sancțiune pentru nerespectarea dispozițiilor referitoare la înstrăinări. Excepția este cea a înstrăinărilor realizate fără autorizarea Sfântului Scaun pentru bunurile sacre, prețioase sau a celor care depășesc valoric suma maximă, precum și pentru vânzările „pe bucăți” ale unor bunuri divizibile, care sunt sancționabile cu nulitatea absolută.

Pe de altă parte, aplicarea *tale quale* a prevederilor acestui canon ar semnifica faptul că legea civilă are preeminență absolută, cu lipsirea de efecte a legii canonice și cu aneantizarea prevederilor can. 1290 CIC, partea finală, text care extrage din sfera sistemului civil referitor la contracte excepțiile referitoare la normele dreptului divin și ale reglementărilor speciale ale Bisericii. Aceasta ar însemna că actul este valabil din toate punctele de vedere *ab initio* și soluția ar fi rezoluțiunea lui (dacă sunt motive de rezoluțiune).

Considerăm că, *de lege lata*, o altă interpretare se impune: nerespectarea autorizațiilor cerute de legea canonică duce, ca și în dreptul ortodox, la imposibilitatea formării consimțământului la înstrăinare din partea persoanei juridice publice canonice, ceea ce duce la nulitatea actului. Nulitatea este relativă, deoarece protejează un interes privat, bunurile obiect al înstrăinării fiind bunuri temporale de drept comun, care nu sunt scoase din raza circuitului civil⁴⁵. Or, canonul mai sus arătat se referă la posibilitatea organelor de a valorifica sancțiunea nulității, dar numai în cazul în care consideră, față de situația de fapt și prejudiciul creat, că este preferabilă introducerea unei acțiuni în anularea contractului ca vector al unei acțiuni reale (revendicare) sau al unei acțiuni personale (o acțiune în pretenții, în restituirea prestațiilor etc.).

Dacă autoritățile competente hotărăsc că nu vor demara nicio procedură legală pentru lipsirea de efecte a contractului încheiat fără realizarea condițiilor cerute de Cod, se realizează în fapt o confirmare *a nulității relative*.

Totuși credem că textul acestui canon este abscons, astfel că, *de lege ferenda*, ar fi necesară eliminarea canonului în integralitate sau modificarea lui în sensul stabilirii unei sancțiuni pentru nerespectarea cerințelor canonice de înstrăinare.

Actualmente, dreptul român, prin prevederile art. 27 alin. 1 și 2 din Legea cultelor, „civilizează” normele cuprinse în Cod care se referă la circulația juridică a bunurilor ecleziastice, așa încât orice vânzare, sub sancțiunea nulității absolute sau relative (depinde de categoria bunurilor obiect al înstrăinării și de persoana care emite autorizația), se va realiza cu respectarea normelor speciale ale dreptului canonic.

Spre deosebire de dreptul ortodox, în dreptul catolic nu există o clauză legală de preferință la înstrăinare în favoarea preoților sau a personalului bisericesc. Dimpotrivă, can. 1298 CIC, corespondent al can. 1041 CCEO, prevede că, cu excepția unor bunuri de importanță minimă, bunurile ecleziastice nu vor fi vândute sau închiriate propriilor administratori sau părinților lor, precum și rudelor consangvine sau afinilor până în al patrulea grad de rudenie, fără o permisiune specială a autorității canonice competente.

Pentru închirieri, Conferința Episcopală a regiunii are libertatea de a stabili, potrivit can. 1297 CIC, norme specifice pentru închirierea bunurilor aparținând Bisericii, cu obligația de a stabili cerința obținerii de către organele administrative ale persoanei juridice canonice care dorește să încheie un contract de locațiune a autorizării superiorilor ierarhici, dacă închirierea, prin durata sau condițiile ei, tinde să iasă din sfera actelor de simplă administrare și să intre în categoria actelor de administrare extraordinară.

§ 4 Limitări aduse de legislația laică circulației anumitor bunuri.

8. Dreptul de preempțiune pentru anumite categorii de bunuri. Pe lângă condiționările canonice și cele civile legate de forma înstrăinărilor, circulația juridică a anumitor bunuri este stabilită prin legi speciale. Astfel, potrivit art. 4 alin. 4-8 din Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice⁴⁶, monumentele istorice aflate în proprietatea persoanelor fizice sau juridice de drept privat (aici intrând, în ochii Statului, și Biserica) pot fi vândute numai în condițiile exercitării dreptului de preempțiune al Statului Român, prin Ministerul Culturii și Cultelor, sau al unităților administrativ-teritoriale, după caz, potrivit prezentei legi, sub sancțiunea nulității absolute a vânzării. Proprietarii persoane fizice sau juridice care intenționează să vândă monumente istorice vor înștiința în scris direcțiile pentru cultură, culte și patrimoniul cultural național județene, respectiv a Municipiului București. Direcțiile pentru cultură, culte și patrimoniul cultural național județene, respectiv a Municipiului București, vor transmite Ministerului Culturii și Cultelor înștiințarea prevăzută la alin. (5) în termen de 3 zile de la primirea acesteia.

Termenul de exercitare a dreptului de preempțiune al statului este de maximum 30 de zile de la data înregistrării înștiințării la Ministerul Culturii și Cultelor. Titularii dreptului de preempțiune vor prevedea în bugetul propriu sumele necesare destinate exercitării dreptului de preempțiune; valoarea de achiziționare se negociază cu vânzătorul. În cazul în care Ministerul Culturii și Cultelor nu își exercită dreptul de preempțiune în termenul de 30 de zile acest drept se transferă autorităților publice locale, care îl pot exercita în maximum 15 zile.

În situația bunurilor sacre și/sau prețioase considerate ca făcând parte din patrimoniul cultural național mobil, art. 35 din Legea nr. 182/2000 privind protecția patrimoniului cultural-național mobil⁴⁷ prevede un drept de preempțiune în favoarea Statului prin Ministerul Culturii și Cultelor la vânzarea publică a bunurilor culturale mobile proprietatea persoanelor fizice sau juridice de drept privat, care au fost clasate în tezaur.

Direcțiile județene pentru cultură și patrimoniul cultural național sunt obligate să transmită Ministerului Culturii, în termen de 3 zile de la primirea comunicării scrise a agentului economic autorizat, înregistrarea privind punerea în vânzare a unui bun cultural mobil clasat în tezaur.

Termenul de exercitare a dreptului de preempțiune al statului este de maximum 30 de zile, calculat de la data înregistrării comunicării prevăzute la alin. (2), iar valoarea de achiziționare este cea negociată cu vânzătorul sau cu agentul economic autorizat ori cea rezultată din licitația publică. Sancțiunea nerespectării dreptului de preempțiune este nulitatea absolută.

Un alt caz de prioritate legală la cumpărarea unor bunuri mobile este cel prevăzut de art. 15 alin.2 din Legea nr. 16/1996 a arhivelor naționale⁴⁸. Deținătorul care dorește să vândă documente care fac parte din Fondul Arhivistic Național al României este obligat să comunice aceasta Arhivelor Naționale sau, după caz, direcțiilor județene ale Arhivelor Naționale, care au prioritate la cumpărarea oricăror documente care fac parte din Fondul Arhivistic Național al României și care trebuie să se pronunțe în termen de 60 de zile de la data înregistrării comunicării.

* **Liviu-Marius HAROSA**, Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca;
mharosa@law.ubbcluj.ro.

¹ Aprobate prin HG nr.1218 din 01.10. 2008 privind recunoașterea Codului de Drept Canonic al Bisericii Romano-Catolice și a Codului Canoanelor Bisericilor Orientale, publicată în M.Of, nr. 798, partea I, din 27.11.2008.

² V.: Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, Paris, 2006, p. 246-249; J. Carbonnier, *op.cit.*, p. 132-137; A. Bénabent, *op.cit.*, p. 123-124.

³ V. L.M. Harosa, *Raporturile dintre norma canonică și norma civilă în domeniul patrimonial. Subsidiaritate și canonizarea legii civile*, în Revista de Drept Privat nr. 3/2009, nr.17-23.

⁴ Can. 1547 CIC dispune: „În toate procesele este admisă proba cum martori, administrată sub supravegherea instanței”.

⁵ Art. 57 : Adunarea parohială este valabil constituită în prezența preotului paroh sau a preotului delegat de către Centrul eparhial și a cel puțin o zecime din totalul membrilor înscriși în lista membrilor Adunării parohiale.

Dacă la data fixată pentru Adunarea parohială nu se întrunește numărul necesar de membri, Adunarea parohială are loc, fără vreo altă convocare, în duminica următoare, în același ioc și la aceeași oră, când aceasta este valabil constituită cu numărul de membri prezenți, dintre care nu pot lipsi două treimi dintre membrii Consiliului parohial

⁶ V. pentru detalii: L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 171-181; V. Stoica, *op.cit.*, vol. I, p. 322 și urm.

- ⁷ V.: L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 171; V. Stoica, *op.cit.*, p. 322.
- ⁸ V. Fr. Deak, *op.cit.*, p. 23.
- ⁹ V. I. Negru, D. Corneanu (I), A. G. Ilie, M. Nicolae (II), *Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preempțiune*, în „Dreptul”, nr. 1/2004, p. 22-78.
- ¹⁰ Pentru diverse teorii referitoare la natura juridică a dreptului de preempțiune, V. L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 178-181.
- ¹¹ V.: L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 180-181; A. G. Ilie, M. Nicolae (II), *op.cit.*, p. 49.
- ¹² *Idem*, p. 49; V. Stoica, *op.cit.*, p. 338.
- ¹³ V., pentru detalii, V. Stoica, *op.cit.*, p. 336; 338.
- ¹⁴ În același sens, V. Stoica, *op.cit.*, p. 338; A. G. Ilie, M. Nicolae, *op.cit.*, p. 49-53, care ajung totuși la concluzia că dreptul de preempțiune este un drept de creanță. Pentru calificarea dreptului de preempțiune ca drept potestativ, V. I. Negru, D. Corneanu (I), *op.cit.*, p. 9 și 30.
- ¹⁵ V. pentru detalii V. Stoica, *op.cit.*, p. 338.
- ¹⁶ V. St. Valory *op.cit.*, p. 171-172.
- ¹⁷ V. L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 177-178.
- ¹⁸ V. V. Stoica, *op.cit.*, p. 334.
- ¹⁹ V. în acest sens, A. G. Ilie, M. Nicolae, *op.cit.*, p. 55.
- ²⁰ V. L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 172-173.
- ²¹ Potrivit Codului civil, contractele prin care se transmite dreptul de proprietate asupra unui bun, cu excepția contractului de donație, sunt contracte consensuale, fără să fie necesară îndeplinirea vreunei formalități sau solemnități. De asemenea, nu este necesară obținerea unei autorizații de înstrăinare sau a unui aviz din partea autorităților publice locale sau centrale.
- ²² V.: D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, p. 240. În sensul că este o condiție extrinsecă de validitate a actului juridic, V. D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Cordial, Cluj-Napoca, 1994, p. 58-59, precum și D. Chirică, *lucr.cit.* vol.I, partea 1, p. 319-320.
- ²³ republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 393 din 31 decembrie 1997.
- ²⁴ V.: L. Pop, L.-M. Harosa, *op.cit.*, p. 168-169; D.Chirică, *op.cit.*, p. 320.
- ²⁵ V. *Supra.*
- ²⁶ V. A. Sériaux, *op.cit.*, p. 669.
- ²⁷ Atât vânzare, donație, cât și ipotecă, gaj.
- ²⁸ V.: A. Sériaux, *op.cit.*, p. 669; A. Vizzarri, *op.cit.*, p. 82-83; V. Palestro, *op.cit.*, p. 152-153, cu autorii acolo citați.
- ²⁹ A. Sériaux, *ibidem*. În multe Biserici catolice predica se desfășoară din fața altarului, marea majoritate a bisericilor romano-catolice construite în ultima sută de ani neavând un amvon distinct (*n.ns*).
- ³⁰ *Ibid.*
- ³¹ V. V. Palestro, *op.cit.*, p. 153.
- ³² V.: SCConc., Resol. 17 maii 1919 (AAS 11 [1919] p. 382-387); SCConc Resol., 12 iul. 1919 (AAS 11 [1919] p. 416-419); CI Resp., 24 nov. 1920 (AAS12 [1920] p.577); SCConc Resp., 14 ian. 1922 (AAS [1920], p. 160-161); PM I, 32.
- ³³ V., pentru limitele minime și maxime stabilite de Conferința Episcopală Italiană, V. Palestro, *op.cit.*, p. 150-151; pentru Franța, V. A. Sériaux, *op.cit.*, p. 669, nota 3; pentru alte state, F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 415-418.

- ³⁴ V.: A. Vizzarri, *op.cit.*, p. 83-84, cu autorii acolo citați; V. Palestro, *op.cit.*, p. 154-155; V. de Paolis, *op.cit.*, p. 191-192; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 419-423; A. Sériaux, *op.cit.*, p. 670.
- ³⁵ V.: V. de Paolis, *op.cit.*, p. 192; F. R. Aznar Gil, *op.cit.*, p. 422.
- ³⁶ V. V. de Paolis, *op.cit.*, p. 193.
- ³⁷ CI Resp. (Praesidis), 17 feb.1920; SCConc. Decl., 17 dec. 1951 (AAS 44[1952], p. 44).
- ³⁸ V. și canonul 1040 CCEO.
- ³⁹ Can. 1296 CIC: „*Si quando bona ecclesiastica sine debitis quidem sollemnitatibus canonicis alienate fuerint, sed alienation sit civiliter valida, auctoritatis competentis est decernere, omnibus mature perpensis, an et qualis actio, personalis scilicet vel realis, a quonam et contra quemnam instituenda sit ad Ecclesiae iura vindicanda.*”
- ⁴⁰ V. A. Sériaux, *op.cit.*, p. 670-671.
- ⁴¹ *Idem*, p. 671.
- ⁴² Față de un dobânditor persoană juridică sau fizică ecleziastică, o acțiune reală sau personală ar avea câștig de cauză.
- ⁴³ V.: A. Vizzarri; *op.cit.*, p. 84; V. Palestro, *op.cit.*, p. 156.
- ⁴⁴ V. A. Sériaux, *op.cit.*, p. 671.
- ⁴⁵ Astfel, dacă interesul încălcat este unul particular (al unei părți într-un contract) sancțiunea atrasă este aceea a nulității relative, iar dacă interesul este unul general, sancțiunea va fi nulitatea absolută. V.: D. Chirică, *op.cit.*, p. 61-63, p. 75, p. 226-227; A. Bénabent, *op.cit.*, p. 138-139; Y. Picod, *Nullité*, repertoire Civil Dalloz, 2001, p. 4, nr. 22; J. Huet, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, Paris, 1996, p. 131, nr. 11183; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebeque, *op.cit.*, p. 920-922; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op.cit.*, p. 16-17. La fel, și prof. Deak susținea aceeași opinie: Fr. Deak, *op.cit.*, p. 53, nr. 14.1.
- ⁴⁶ Publicată în M.Of. nr. 407 din 24 iulie 2001.
- ⁴⁷ Publicată în M.Of. nr.530 din 27 octombrie 2000.
- ⁴⁸ Publicată în M.Of. nr.71 din 9 aprilie 1996.

CONTRIBUTION ÉPISTÉMOLOGIQUE À L'ÉDIFICE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Mariève LACROIX*

Résumé : *Le concept de responsabilité civile nécessite une compréhension globale par un examen de ses fondations épistémologiques. À cet égard, l'auteure s'interroge sur la possibilité de connaître le sens et la signification juridique de la responsabilité civile, met en évidence les approches doctrinales plurielles confinant la responsabilité civile, traite de la responsabilité civile comme norme de l'ordre juridique et discute de l'application d'une telle norme dans les horizons de la modernité juridique, puis transposée en droit civil québécois.*

Abstract : *The concept of civil liability needs to be understood globally by referring to its epistemological foundations. To this effect, the author questions the possibility of discovering the meaning and legal definition of civil liability, identifies the doctrinal approaches confining it, analyses civil liability as a legal norm and finally discusses its application in the context of legal modernity and in the Quebec civil law.*

Mots clefs : responsabilité, responsabilité civile, épistémologie, normativisme

Keywords : liability, civil liability, epistemology, normativism

*« La responsabilité se présente à nous
comme une évidence psychologique et morale. [...]
L'universalité des notions qu'elle implique
l'impose en quelque sorte comme une donnée naturelle. »¹*

1. L'épistémologie renvoie à une « étude critique des principes, des postulats, des méthodes [...] et des résultats de la *connaissance* du droit »². À cet égard, nous devons impérativement nous interroger sur cette possibilité de connaître le droit et sur la volonté corrélatrice de contribuer au progrès du savoir juridique. Ce dernier objectif n'est-il pas présomptueux? Par surcroît, la poursuite de l'avancement de la science juridique nécessite la critique. Quelle est donc cette *science juridique*? N'est-ce pas un paravent, une tromperie que de tendre, comme juriste, à être scientifique³? Comment pouvons-nous connaître le droit? N'y a-t-il pas lieu de repenser notre statut : scientifique – qui connaît et produit le droit – ou technicien – qui fait le droit?

2. Dans la présente étude, nous examinons la notion de responsabilité suivant une perspective épistémologique et tentons, à cet égard, la construction d'une analyse ou d'un discours *sur*⁴ cette notion. À remarquer que nous circonscrivons essentiellement l'objet et les frontières de cette réflexion à la responsabilité inscrite dans le système de droit civil au sens large. L'avancement de la doctrine juridique, appuyé sur une typologie appropriée du langage juridique⁵, constitue, à notre avis, une finalité capitale à favoriser sur le plan intellectuel et à l'honnêteté inhérente qui doit y transparaître.

3. La responsabilité civile représente un domaine juridique des plus intéressants, non seulement en raison de sa généralité et de la multiplicité des applications qu'elle comporte, mais encore et surtout en raison des nombreuses fluctuations et des métamorphoses subies au fil du temps⁶. Or, elle revêt un caractère si riche et si accidenté que son exploration en détail apparaît utopique. La responsabilité est, en effet, intimement liée au mouvement de la vie quotidienne et se pose dans des conditions variées qu'il peut sembler prétentieux sinon inutile de l'envisager sur le plan théorique. Pourquoi vouloir recourir à un principe supérieur, probablement insaisissable, qui régisse toutes ses règles? Comment tenter l'unité et la cohérence des fondements de la responsabilité civile⁷? N'est-ce pas sombrer dans un atavisme intellectuel? L'infinie diversité de la vie se joue de toute spéculation et de toute formule. Nous n'avons toutefois pas cru bon de nous incliner devant cette fin de non-recevoir. Nous nous appliquons ainsi à la contribution d'une pierre, sinon d'un caillou, à l'édifice juridique de la responsabilité civile par des fondations épistémologiques.

4. Nous nous appuyerons sur le concept de responsabilité civile. D'emblée, nous nous interrogerons sur la possibilité de connaître la signification et le sens juridiques de la responsabilité civile (1). Sur le plan de la doctrine juridique, plus précisément, nous mettrons en évidence les approches dogmatiques plurales qui règnent au regard de la responsabilité civile (2). Par ailleurs, dans une visée théorique, nous considérerons la responsabilité civile telle une norme de l'ordre juridique (3). Enfin, nous examinerons l'application de cette norme, au sein du système juridique québécois, dans l'horizon de la modernité juridique (4).

1. La signification et le sens juridiques de la responsabilité civile

5. Loin d'être une considération adventice, la connaissance des mots employés sur le plan linguistique et sémantique nous paraît primordiale. Le langage, à titre d'instrument, règle, conditionne, canalise les espèces de discours juridiques. La langue revêt le rôle paradoxal de servante-maîtresse : « Et en vérité le langage est de lui-même *connaissance*; son vocabulaire, sa syntaxe sont une façon de penser le monde, de découper la structure du monde; de notre science, notre langage constitue la

première moitié. »⁸ Le langage est certes générateur d'un pouvoir sur la pensée, suivant la parabole de la « novlangue »⁹. En effet, il tend à exister « un rapport intime, voire divin, entre la langue employée et les idées qu'elle abrite »¹⁰. « L'idée acquiert [ainsi] un sens lorsqu'elle est incarnée dans le mot qui la contient dans son entier et dans sa diversité »¹¹. Comment pouvons-nous acquérir une connaissance de la responsabilité civile? Quelle signification et quel sens juridiques devons-nous lui attribuer¹²? Une dialectique est généralement postulée entre la signification et le sens d'un terme; si nous la supprimons, la question revêt néanmoins un intérêt purement stylistique. Ainsi libérée, nous pouvons tenter de dépasser cette dialectique et de projeter le raisonnement plus à l'avant.

6. La formulation de la responsabilité civile peut être reconsidérée, à l'instar de l'allégorie utilisée par le juriste et philosophe réaliste danois, Alf Ross, portant sur la terminologie du « Tû-Tû »¹³. Prenons appui, à titre illustratif, sur l'exemple suivant : 1) Si j'insulte mon voisin, alors j'engage ma responsabilité; 2) Si j'engage ma responsabilité, alors je pourrai être condamné à des dommages-intérêts; 3) Si j'insulte mon voisin, alors je pourrai être condamné à des dommages-intérêts. La responsabilité apparaît tel le moyen terme commun d'un syllogisme. Elle est pourtant considérée comme « un vecteur intermédiaire, ou un lien de causalité, [qui] produit des effets ou fournit la base d'une conséquence juridique »¹⁴.

7. La responsabilité civile se meut en un simple mot, un terme vide de sens. Insérée entre le fait-condition et sa conséquence, elle est en réalité un concept dénué de toute signification et dépourvu de référent. L'insulte – fait juridique – implique la possibilité d'une condamnation pécuniaire – conséquence juridique. La notion de responsabilité civile, qui est créée entre l'insulte et l'imposition d'une condamnation pécuniaire, apparaît tel un non-sens. Le juge considère ce fait et se prononce alors en faveur de la victime dans une action en réparation. La responsabilité civile, dans le langage de la dogmatique juridique, se révèle donc un instrument pour la technique de présentation, qui sert uniquement des fins systématiques du langage, soit la prescription et l'assertion. Elle puise là sa principale utilité. Voilà qui est intéressant : le mot seul engage, semble-t-il, la responsabilité civile!

8. Au surplus, il y a lieu de critiquer la responsabilité civile : ne renvoie-t-elle pas à l'écueil de la méthode nomotique, inhérente aux sciences expérimentales? Sur le présupposé que le mot est le miroir de la chose : si le mot existe, la chose doit alors exister. Or, le juriste doit faire semblant que la chose existe, en l'absence de toute possibilité de l'observer et de la reproduire dans le monde physique. De fait, existe-t-il une responsabilité civile? Il importe de scinder le monde : scientifique, d'une part, et intellectuel, d'autre part. Selon cette position nomotique, le juriste tend à s'octroyer, par une malhonnêteté intellectuelle, le titre de scientifique.

Certes, la vision séduit, car nous y trouvons un univers déjà existant, un droit immanent. La légitimité que s'attribue le juriste se traduit cependant par une supercherie et demeure au niveau de la seule utilisation des concepts. Le tout s'articule alors dans le monde des idées, à l'instar de la théorie platonicienne.

9. La responsabilité civile se révèle, en revanche, un concept d'une utilité éloquente. Elle permet, entre autres choses, de réfuter l'usage impropre du large vocable « droit », de clarifier à ce titre les termes employés et de concrétiser les débats.

10. Le concept de responsabilité a notamment été affirmé tel l'un des éléments constitutifs du quaterne juridique. Il y a lieu de se référer, à cet égard, au système d'analyse juridique de Wesley Newcomb Hohfeld, juriste américain du début du XX^e siècle. Ce dernier a tout particulièrement marqué le droit et la philosophie américaine par ses articles publiés respectivement en 1913 et en 1917 dans le *Yale Law Journal*¹⁵. Ils forment la base de son ouvrage, *Fundamental Legal Conceptions*¹⁶, qui propose un système de concepts pour analyser la notion de droit, marquée sous le sceau de l'ambiguïté dans le langage juridique courant. En effet, quatre mots compréhensibles peuvent remplacer le terme « droit » pour exprimer son contenu : le « pouvoir », l'« incapacité », l'« immunité » et la « responsabilité ». Derrière de tels concepts peuvent notamment se cacher la « liberté », le « privilège » et la « compétence ». Tous s'inscrivent sous la forme géométrique d'un carré et renvoient à une matrice de relations établies entre les individus. De fait, l'analyse hohfeldienne ne se concentre pas tant sur la définition des concepts que sur les relations qui existent entre eux. La responsabilité peut dès lors s'inscrire, au sein du quaterne juridique, dans une relation d'*opposition* au regard de l'immunité et de *corrélation* devant le pouvoir.

11. Outre le questionnement inhérent à la possibilité de connaître la signification et le sens juridiques de la responsabilité civile, nous discuterons de celle-ci suivant une démarche « sécurisante », propre à la dogmatique juridique.

2. Les approches doctrinales plurales de la responsabilité civile

12. Dans sa généralité, la doctrine juridique tend à encadrer, à définir, à interpréter et à analyser la responsabilité. À cet égard, une pluralité d'approches ont cours. Aux côtés des orientations historique et chronologique, coexistent les orientations étymologique et terminologique. Des précisions s'imposent, par surcroît, quant à la technique et à la typologie relatives à la responsabilité. À la lueur d'un tel exposé didactique, nous soulèverons diverses interrogations sur l'incidence de ces approches sur la définition de la responsabilité civile.

13. À l'instar de Michel Villey, nous tenons à esquisser l'histoire du mot « responsabilité ». De fait, « la polysémie du mot « responsable » fut l'effet de son évolution; et [...] en distinguant plusieurs couches successives de sens accumulés sur le même vocable, relevant de structures sémantiques diverses ou de divers systèmes de pensée, nous arriverons à le mettre au clair »¹⁷.

14. Plus précisément, le terme « responsable » – d'abord *responsavle* (1284) puis *responsable* (1304) comme adjectif – précède l'apparition du substantif « responsabilité » (1783)¹⁸. Il subit notamment l'influence du mot anglais *responsibility* de 1733, qui régnait en droit constitutionnel. Qu'en est-il? Cette chronologie de l'apparition des termes relatifs à la responsabilité a-t-elle un impact sur la définition de la responsabilité? Illustre-t-elle l'une des finalités essentielles de la responsabilité civile, soit la désignation de l'auteur responsable d'un acte préjudiciable? Doit prévaloir, en outre, un second dessein qui renvoie à l'attribution des conséquences de ce geste dommageable.

15. Sur le plan étymologique, le terme français « responsabilité » a pour origine latine *respondere*¹⁹. Le responsable est donc « celui qui répond ». Toutefois, dans le domaine du droit civil, ce dernier répond de quoi? de qui? Répond-il du dommage causé? de la faute commise? des biens ou des personnes qu'il a sous sa garde? Ce questionnement sous-tend incidemment que l'auteur responsable puisse répondre tant de sa propre conduite fautive que du fait illicite d'autrui ou de biens.

16. Quant à la terminologie de la responsabilité, elle diverge suivant le domaine juridique ou le sens courant visé²⁰. Dans ce dernier sens, il s'agit d'une obligation ou d'une nécessité morale, intellectuelle, de réparer une faute, de remplir un devoir, une charge, un engagement. En droit civil, plus particulièrement, c'est une obligation spécifique de réparer un dommage causé par une faute ou dans certains cas déterminés par la loi. Les conditions de la responsabilité civile renvoient conséquemment, et de façon générale, à la trinité dogmatique (mais également pratique) : « faute – lien de causalité – dommage »²¹.

17. L'exigence de responsabilité peut, par ailleurs, être confinée suivant une typologie définie²². La responsabilité *civile* est alors opposée à la responsabilité *pénale*. De plus, coexistent notamment : une responsabilité *interne* et *internationale*; une responsabilité *privée* et *publique*; une responsabilité *individuelle* et *collective*; une responsabilité *contractuelle* et *extracontractuelle*; une responsabilité *directe* et *indirecte*; une responsabilité *pour faute* et *sans faute*. La responsabilité peut également être envisagée en fonction de la qualification de l'agent, dont la responsabilité *professionnelle*. Or, ces typologies qui existent au niveau formaliste du langage trouvent-elles un écho sur le plan substantif? La juxtaposition de qualificatifs, qui se veulent descriptifs, n'illustre-t-elle pas les facettes distinctes, fluctuantes et variables de la responsabilité?

18. Par surcroît, il est possible de scinder la technique spécifique de la responsabilité civile – *ad extra* : spécificité par rapport aux autres types de responsabilités juridiques et *ad intra* : structure visant la réalisation de sa fin spécifique par les éléments de causalité et d'imputabilité. À la lueur de telles remarques issues d'un traitement doctrinal, nous traiterons, dans un cadre théorique, du positionnement de la responsabilité civile dans l'ordre juridique.

3. La théorie de la norme de responsabilité civile dans l'ordre juridique

19. La responsabilité, entendue largement, s'inscrit au sein de divers systèmes dits normatifs. Outre sa présence dans le domaine du droit, la responsabilité apparaît notamment dans les différentes morales, philosophies, éthiques et religions. Nous opérerons une translation du concept de responsabilité civile vers une norme de l'ordre juridique, sous le prisme de la théorie positiviste normativiste. Dans une visée strictement didactique, la notion d'ordre juridique exige, en premier lieu, une définition, une distinction des autres ordres normatifs et une nuance au regard des théories institutionnelle et sociologique (3.1). Sur cette assise théorique, l'examen de la responsabilité civile impose, en second lieu, une précision par rapport aux expressions connexes d'obligation et de sanction affirmées dans l'œuvre kelsénienne. Par ailleurs, la responsabilité civile peut renvoyer à une norme secondaire selon la pensée hartienne (3.2).

3.1. La notion d'ordre juridique

20. Dans la théorie normativiste kelsénienne²³, le droit renvoie à un *ensemble* de normes juridiques. Or, le droit ne doit nullement être entendu, suivant Kelsen, tel un simple ensemble statique de normes, mais comme un *ordre*. En tant qu'ordre, il est un *système* de normes juridiques qui revêt une structure hiérarchique, se traduisant par la pyramide des normes, et dynamique, c'est-à-dire un droit en mouvement qui règle sa propre création.

21. Pierre angulaire du modèle présenté par Kelsen, les normes qui composent l'ordre juridique sont des règles qui énoncent ce qui doit être (*sollen*), « non pas ce qui doit être nécessairement, mais ce qui, précisément, ne serait pas sans que la norme soit appliquée »²⁴. Plus exactement, les normes juridiques consistent en des règles qui ont essentiellement pour objet de régir la conduite humaine. Elles doivent, au surplus, être accompagnées d'une sanction. Le droit renvoie, en somme, à un ordre normatif de contrainte de la conduite humaine.

22. Kelsen illustre la différence entre le droit, ordre normatif juridique, et les autres ordres normatifs, tel l'ordre normatif religieux ou social, par le fait que la contrainte doit avoir lieu pour le droit qui en possède le monopole. Sans cette connexion normative à la sanction, le droit perd sa spécificité²⁵. Dans son ouvrage intitulé *Théorie générale des normes*, Kelsen formule sa pensée comme suit :

« Le droit et la morale se distinguent par le fait que le droit *commande* un certain comportement (et cela signifie qu'il en fait une obligation juridique) *en posant* comme obligatoire une sanction comme condition du comportement contraire, tandis que la morale commande un certain comportement et en fait ainsi une obligation morale, et attache une sanction aussi bien au comportement conforme qu'au comportement contraire. Une autre différence – et c'est une différence d'un point de vue de stricte technique juridique – tient à ce que, dans un ordre juridique techniquement avancé, des organes fonctionnant sur le principe de la division du travail – les autorités judiciaires et administratives – sont investis pour appliquer des sanctions tandis qu'un ordre moral positif habilite tout membre de la communauté qu'elle institue à exécuter les sanctions prévues par cet ordre. »²⁶

23. L'inscription de la responsabilité civile au sein de l'ordre dit normatif juridique et sa réfutation dans l'ordre moral sous-tend la distinction entre les responsabilités juridique et morale. Cette opposition illustre les concepts propres à chacune : for interne/for externe; moralité/égalité; subjectivité/objectivité. Au surplus, l'éminence, soit le rapport à un principe plus élevé – Dieu ou valeurs – s'oppose à l'imminence, soit le rapport à l'individu même. Dès lors, à un sentiment de responsabilité, soumis au tribunal intérieur de la raison, s'oppose une action en responsabilité, assujettie à la compétence du juge public. Kant énonce, à cet égard, que la responsabilité morale renvoie à « l'intériorité de la conscience personnelle », alors que la responsabilité juridique puise son sens seulement dans « l'aire de la légalité que définit la contrainte et que caractérise l'objectivité »²⁷. Il précise néanmoins qu'il ne s'agit pas d'un dualisme radical et insurmontable; la responsabilité juridique venant à tout le moins doubler, comme pour la réaliser, la responsabilité morale.

24. La théorie exposée sur la notion d'ordre juridique en tant que système normatif appelle la nuance et la critique sur le plan de l'institutionnalisme et de la sociologie juridique. À titre indicatif, la pensée de Santi Romano et celle de Max Weber s'inscrivent toutes deux dans cette perspective.

25. Au regard de l'ordre juridique, Santi Romano²⁸ dénonce l'insuffisance de la théorie du droit, qui renvoie à une norme ou à un simple ensemble de normes de conduite, et désire faire éclater le cadre trop étroit de cette vision réductrice. Il opine que le droit est perçu tel un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-

dire une institution. Les normes ne sont qu'un élément du droit. Ce dernier, dans sa totalité, est plus que les normes : il les englobe. Le concept auquel Romano se réfère afin de dépasser la définition du droit comme norme est celui d'organisation. Est donc illustré le lien qui unit les prescriptions institutionnelles à l'ordre tout entier, à l'institution dont elles sont des éléments; lien nécessaire et suffisant pour fonder leur caractère juridique. Romano favorise ainsi le concept de l'institution, marquée parfois fortement par l'empreinte sociologique. À un système prénormatif est alors postulé un système social organisé, une institution qui vit en tant que telle.

26. Pour sa part, Max Weber²⁹ précise que l'ordre juridique revêt deux sens distincts. Suivant un sens juridique strict, c'est un ensemble cohérent et logique de normes qui s'articulent comme un tout, donc un système ou un ordre. Suivant un sens juridique sociologique, Weber se détache des normes pour observer les acteurs sociaux. Aux motifs économiques, politiques, moraux et religieux qui peuvent guider l'action humaine, le droit ajoute un ensemble de motifs qui puisent leur source dans la norme. L'analyse sociologique privilégiée par Weber renvoie essentiellement à l'« agir juridique ». Il favorise, par conséquent, un « droit en action » ou un « droit vivant »³⁰.

27. Il importe désormais de confronter la responsabilité civile aux notions d'obligation et de sanction, ainsi que de considérer le positionnement de la responsabilité civile au sein de l'ordre juridique comme norme secondaire, à l'instar de l'œuvre hartienne.

3.2. La norme de responsabilité civile

28. La norme de responsabilité civile s'inscrit à l'épicentre de l'ordre juridique, en droit privé essentiellement. Rappelons que, suivant les postulats de l'entreprise kelsénienne, l'ordre juridique ne peut être conçu autrement que comme un ordre de contrainte, puisqu'il ne peut y avoir d'obligation sans détermination corrélative de la sanction de sa violation. La responsabilité civile apparaît de façon distincte, au sein de cet ordre de contrainte, et coexiste auprès des concepts d'obligation³¹ et de sanction³². Un lien direct entre la responsabilité civile et la sanction est néanmoins indissociable de celui qui existe entre cette responsabilité et l'obligation.

29. Vue donc de la dogmatique juridique, la responsabilité représente, selon Kelsen, « la relation entre l'individu contre lequel l'acte de contrainte est dirigé et le délit commis par lui ou par un autre individu »³³. Il postule que l'acte de contrainte, c'est-à-dire la sanction, n'est pas nécessairement dirigé contre l'individu même dont la conduite en est la condition. Il est également possible qu'il soit opposé à une

autre personne, celle-ci répondant alors du délit et en étant juridiquement responsable. Kelsen remarque ainsi fort justement qu'il peut y avoir confusion, en un seul et même individu, du sujet *obligé* et du sujet *responsable*. En revanche, un individu qui répond du délit commis par un autre est simplement responsable et se distingue de l'individu *obligé* : « On est obligé à une conduite conforme au droit, on est responsable d'une conduite contraire au droit. »³⁴ Est ainsi illustrée la différence entre l'individu-*sujet* de responsabilité et l'individu-*objet* de responsabilité, ce qui traduit une divergence entre la responsabilité (subjective) pour le fait personnel et la responsabilité (objective) pour le fait illicite d'autrui ou de biens.

30. Par surcroît, en ce qui concerne le langage, la distinction entre l'obligation et la responsabilité civile s'exprime éloquentement. Alors qu'une personne est *obligée à une conduite (exclusivement personnelle)*, elle peut être tenue responsable *d'une conduite (personnelle ou celle d'un autre)*³⁵.

31. La responsabilité civile étant de la sorte distinguée des notions connexes d'obligation et de sanction, il est désormais possible de scinder la perception de la responsabilité suivant qu'elle se rapporte à l'ordre juridique entier ou qu'elle est envisagée selon le sujet de droit individualisé atteint. À l'appui de cette affirmation, Pierre-Marie Dupuy formule son raisonnement comme suit :

« Perçue par rapport à l'ordre juridique tout entier, [la responsabilité] se détermine d'abord par rapport à l'atteinte à la légalité, et donc à l'obligation, dont elle sanctionne la violation. Envisagée par rapport au sujet de droit individualisé qu'elle atteint dans ses droits subjectifs, elle apparaît comme un dispositif réparatoire, dont les incidences économiques peuvent être, en pratique, déterminantes, à l'échelle individuelle ou collective. »³⁶

32. Le questionnement inhérent à la responsabilité civile, en tant que norme de l'ordre juridique, s'inscrit dès lors dans une perspective divergente : tantôt rapprochée de l'obligation, tantôt rapprochée de la sanction. La détermination de la responsabilité civile se traduit conséquemment par l'établissement d'une norme juridique primaire ou secondaire. Nous nous inspirerons, à cet égard, du modèle de la théorie hartienne.

33. Hart assouplit le modèle normativiste par l'affirmation d'une « texture ouverte » des normes, afin de faire écho aux préoccupations réalistes de ceux qui réfléchissent sur le droit et sur son évolution à partir de la pratique judiciaire³⁷. Au sein d'un ordre juridique complexe, Hart met en évidence une union de normes primaires et secondaires. Les premières posent une prescription, c'est-à-dire qu'elles imposent des obligations et établissent les comportements proscrits. Les secondes, qualifiées de « règle de reconnaissance », de « règles de changement » et de « règles

de décision », indiquent respectivement la manière de reconnaître, de produire et d'appliquer les normes précédentes³⁸.

34. La conception hartienne, qui tend à associer la responsabilité à la violation d'une obligation primaire, classe la responsabilité au rang de norme secondaire. Elle s'attache alors à établir les conséquences de la violation d'une norme primaire d'obligation. Au sein de cette norme d'obligation, les expressions « être obligé » et « avoir l'obligation » sont distinguées, bien qu'elles soient fréquemment concomitantes³⁹. La première implique un jugement d'*ordre psychologique* sur les convictions et les motifs qui justifient l'accomplissement d'un acte. La seconde illustre les *prédictions*, les calculs de probabilité d'encourir une peine ou un mal en présence d'une désobéissance, ou encore les risques de réaction hostile quant à une possible déviation. D'une part, Hart critique une vision unidirectionnelle de l'obligation relativement à la seule prédiction, vision qui séduit par son apparence positiviste et scientifique⁴⁰. D'autre part, il propose une théorie qui allie ces deux pôles de l'obligation. L'apport de l'entreprise hartienne tient donc à ceci : « vouloir dépasser la stricte description afin d'éclairer la dimension prescriptive du droit qui touche aux raisons de l'obéissance à ses injonctions »⁴¹.

35. Il est patent, d'un point de vue chronologique, que la norme de responsabilité renvoie, dans la conception hartienne, à une norme secondaire, puisqu'il ne peut y avoir responsabilité sans violation d'une règle primaire d'obligation par un sujet qu'elle oblige. Or cette secondarité ne signifie nullement que cette norme soit moins importante que la norme primaire, mais plutôt que son existence est dépendante de celle-ci.

36. La qualification de la responsabilité à titre de norme secondaire puise, en outre, sa justification sur le plan de la validité et de l'efficacité inhérentes à l'ordre juridique. Si la violation des normes primaires n'est pas assortie de conséquences destinées à la sanctionner, c'est l'efficacité sinon immanquablement la validité de ce système qui sont mises en cause. La responsabilité se trouve, à cet égard, liée au fonctionnement efficace de l'ordre juridique tout entier et à l'administration de la sanction.

37. À une telle considération de la responsabilité civile à titre de norme de l'ordre juridique, nous devons juxtaposer un discours d'application de cette norme. De nouvelles questions tendent alors à émerger, interrogations inhérentes que nous exposerons et inscrirons au sein du système juridique québécois, dans l'horizon de la modernité juridique.

4. L'application de la norme de responsabilité civile et sa transposition en droit québécois

38. Le discours d'application de la norme doit se situer dans une perspective de création du droit et non dans une application purement statique de la norme. Un tel discours se positionne, par conséquent, sur le plan de la production pratique du droit, laquelle doit être appropriée à une situation concrète donnée⁴². En d'autres termes, il importe que la norme trouve un écho au sein de la modernité juridique.

39. Pour ce faire, il convient d'exposer l'horizon de cette modernité juridique, son paradigme constitutif et ses corollaires. Le paradigme de la modernité juridique renvoie aux individus qui sont à la fois les auteurs et les destinataires des droits. L'espace juridique devient un lieu public démocratique; le droit est redonné à ses « propriétaires », c'est-à-dire aux individus⁴³. Il se confirme dans la « procéduralité », à l'égard de promesses d'impartialité et de justice, ce qui doit rationnellement sous-tendre l'autonomie des sujets de droit dans un « nous » juridique⁴⁴.

40. La modernité juridique postule une argumentation qui fait coexister l'espace judiciaire et l'espace public « comme les deux versants de la même montagne »⁴⁵ et repose essentiellement sur ce « nous » juridique⁴⁶. De façon synthétique, « il n'y a pas de norme à « appliquer », mais une norme à construire. Celle-ci se fait dans une logique de controverse argumentative à l'égard de l'horizon d'un « nous » juridique. »⁴⁷ Corrélativement, une « distanciation libératoire »⁴⁸ sinon émancipatoire s'ensuit au regard de la dogmatique juridique. Par ailleurs, le juge se voit confiner dans un rôle de « tiers invité ».

41. Nous transposerons ce discours d'application au regard de la norme de responsabilité civile plus précisément. Observons, au sein des sources légales du droit⁴⁹ civil québécois, l'article 1457 du *Code civil du Québec*⁵⁰ qui circonscrit globalement les hypothèses de la responsabilité civile extracontractuelle et coexiste – sous un même intitulé relatif aux conditions générales de la responsabilité civile – auprès des règles applicables à la responsabilité contractuelle⁵¹. La production du sens juridique de cette disposition législative ne peut nullement être tirée de sa seule interprétation. Au surplus, doit s'y juxtaposer une argumentation.

42. Il convient d'examiner la teneur de l'article 1457 du *Code civil du Québec*, lequel se lit comme suit :

« 1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde. »

43. Au regard de cette disposition législative, Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers énoncent qu'elle représente : « la règle générale de la responsabilité civile extracontractuelle fondée sur une transgression des règles de conduites sociales prévues par la loi ou les usages. Il s'agit d'une reformulation de la règle de l'ancien article 1053 C.c.B.-C.⁵², mais exprimée non plus en termes d'obligation de compensation, mais en termes de devoir général de bonne conduite. »⁵³

44. Où est donc précisée l'*interdiction légale* d'adopter un comportement susceptible d'entraîner un préjudice envers autrui? Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*⁵⁴, cette disposition législative énonce d'abord un devoir général de respecter les règles de conduite qui, suivant chaque cas d'espèce, s'imposent à chacun en vertu des lois, des usages ou des circonstances, afin de ne pas causer de préjudice à autrui. Avec l'alinéa deuxième, s'y ajoute l'exigence d'une capacité de discernement chez l'individu, ainsi qu'une précision quant à la nature du préjudice qui donne ouverture à réparation. Le législateur opère, à cet égard, une classification tripartite et renvoie aux préjudices corporel, moral et matériel. Quant à l'alinéa troisième, il mentionne le principe de la responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses, en certains cas.

45. L'article 1457 du Code civil semble n'attribuer qu'une compétence à la communauté juridique quant au sens juridique à construire, en pratique, de la responsabilité civile. Or, cette attribution de compétence sous-tend la nécessité de qualifier la situation qui engendre la responsabilité civile. Ainsi, l'article 1457, comme source légale du droit, sert de point de départ à un processus de qualification juridique de la réalité factuelle. Un tel processus apparaît essentiel à la production du sens juridique. Malheureusement, « le discours d'application des normes échoue [fréquemment] dans ce processus de qualification »⁵⁵.

46. Ainsi investis de la compétence de construire un sens juridique à la norme de responsabilité civile et tributaires de sa qualification, les individus peuvent incidemment accorder des droits et se reconnaître à la fois comme auteurs et destinataires de droits dans l'horizon de la modernité juridique. Compte tenu de cette autonomie postulée et du respect d'un « nous » juridique, qu'en est-il donc du rôle du juge?

47. Il importe de remarquer le lien qui unit le juge aux propriétaires du droit et de confiner le premier à titre de « tiers invité »⁵⁶. Maître de la procédure, il est toutefois contraint par le libre choix des individus de lui adresser certaines questions dans le contexte de débats. Le juge écoute et énonce la norme à appliquer en dernier lieu, et ce, à *partir* de la preuve soumise qui consiste en des arguments présentés par les parties. Il doit alors renoncer à interpréter sous peine de revêtir la toge du mensonge. Cette prémisse se fonde sur un plan historique, puisque les juges n'étaient aucunement des juristes, jusqu'au bousculement engendré par l'absolutisme et l'affirmation de la vision du juge, tel un « nouvel évêque », à l'intégrité morale sans faille⁵⁷.

48. Le projet juridique moderne dépend, en somme, « d'une procéduralité réelle, symbolisée par deux parties en conflit devant une tierce personne invitée à trancher en dernière instance »⁵⁸. À ce titre, investis comme auteurs et destinataires de l'application de la norme de responsabilité civile, les individus doivent agir proactivement dans le dessein de construire le chantier de la responsabilité moderne qui seul leur appartient.

CONCLUSION

49. Notre mission de sonder les fondations épistémologiques du concept de responsabilité civile est désormais accomplie. La tentative, qui se réclame de l'épistémologie juridique, nous est apparue indispensable à une compréhension globale de la responsabilité civile par une remise en perspective de ses fondements, ainsi que par un examen renouvelé de sa signification, de son sens et de son contenu. Pour ce faire, nous nous sommes interrogée sur la possibilité de connaître la signification et le sens juridiques de la responsabilité civile. Une fois ce questionnement énoncé, nous avons exposé le traitement de la responsabilité par la dogmatique juridique qui tend à en illustrer les diverses facettes. Nous avons, par ailleurs, traduit la responsabilité civile par une norme de l'ordre juridique que nous avons appliquée au sein du système juridique québécois.

50. En somme, la pierre la plus solide de tout édifice n'est-elle pas la plus basse des fondations?

51.

* Mariève LACROIX, LL. B. (Université de Montréal), LL. M. (Université de Montréal), Master 2 (Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne); doctorante, Faculté de droit, Université Laval; chargée de cours, Faculté de droit, Université de Montréal; chercheuse, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill; marieve.lacroix@umontreal.ca. L'auteure tient à remercier tout particulièrement le professeur Bjørn Melkevik pour les précieux conseils prodigués et les généreux commentaires formulés. La présente étude constitue une version modifiée –

essentiellement sur l'application de la norme de responsabilité civile extracontractuelle en droit québécois – de l'article initialement publié : « Les fondations épistémologiques de la responsabilité civile », (2009) 50 *Les Cahiers de droit* 415.

- ¹ Yan-Patrick THOMAS, « Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », *Archives de philosophie du droit* 1977.22.63, 63.
- ² Christian ATIAS, « Progrès du droit et progrès de la science du droit », *R.T.D. civ.* 1983.692, 702. Voir également : André-Jean ARNAUD et autres (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, s.v. « épistémologie juridique » par Jean-François PERRIN; Christian ATIAS, *Science des légistes. Savoir des juristes*, 3^e éd., Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 54. Au surplus, sur le circuit proposé de connaissance-influence du droit, voir : Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 168.
- ³ Deux méthodes peuvent être mises en évidence sur le plan scientifique, soit le modèle *nomotique*, dont la connaissance est fondée sur l'observation et l'expérimentation des lois de la nature, et le modèle *axiomatique* basé sur une « vérité en soi ». Or, de telles méthodes ne peuvent nullement s'appliquer au domaine juridique.
- ⁴ Il y a lieu de distinguer entre le « discours *sur* le droit » et le « discours *du* droit ». À titre indicatif, voir : Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1994, p. 281.
- ⁵ Jerzy WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », (1988) 8 *Droit et société* 15.
- ⁶ À titre indicatif, voir : Pierre BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, Lille, C Robbe, 1921; Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Paris, P.U.F., 1947; Robert BOUILLENNE, *La responsabilité civile extra-contractuelle devant l'évolution du droit*, Bruxelles, Bruylant/Paris, Sirey, 1947; Reine SPILMAN, *Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile depuis 1804*, Bruxelles, Palais des Académies, 1955; Marie-Jeanne LASSEZ, *L'évolution des idées en matière de responsabilité civile au dix-neuvième siècle*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, 1961; René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{re} série « Panorama des mutations », 3^e éd., Paris, Dalloz, 1964; Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1965; Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2005; Guillaume ÉTIER, *Du risque à la faute. Évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, coll. « Genevoise », Bruxelles, Bruylant/Genève, Schulthess, 2006.
- ⁷ À titre indicatif, voir : Raymond TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Étude de droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1901; Joseph RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle. Étude de doctrine et de jurisprudence contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1930; Géza MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile. Révision de la doctrine, essai d'un système unitaire*, Paris, Sirey, 1938; Clothilde GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2005.
- ⁸ Michel VILLEY, « Préface », *Archives de philosophie du droit* 1974.19.1. Par extension, voir : François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3 « Élaboration technique du droit positif », Bad Feilnbach, Schmidt periodicals, 2003; Jean-Louis SOURIOUX et Pierre LERAT, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F., 1975; Jacques BOUVERESSE, « Propos introductifs », dans Paul AMSELEK (dir.) avec la collab. de Zénon BANKOWSKI et autres, *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 7; Emmanuel DIDIER, *Langues et langages du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990; Philippe

- JESTAZ, « Le langage et la force contraignante du droit (ou « Des bœufs et des hommes ») », dans Léon INGBER (dir.) avec la collab. de Patrick VASSART, *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 69; Gérard CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, P.U.F., 1998; Nicolas MOLFESSIS, « La langue et le droit », dans Erik JAYME (dir.), *Langue et droit. XI^e Congrès international de droit comparé, Bristol 1998*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 177; François TERRÉ, « Droit du langage », dans Odile CHALLE (dir.), *Langue française spécialisée en droit*, Paris, Economica, 2007, p. 1. À titre indicatif, sur la linguistique juridique, voir : Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2005; Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits. Jurilinguistics : Between Law and Language*, Bruxelles, Bruylant/Montréal, Éditions Thémis, 2005.
- ⁹ Danièle BOURCIER, « La novlangue du droit ou comment rendre actifs les textes juridiques », dans Hervé GUILLOREL et Geneviève KOUBI (dir.), *Langues et droits. Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 369. L'auteure renvoie à l'ouvrage suivant : George ORWELL, 1984, trad. par Amélie Audibert, Paris, Gallimard, 1974. Voir également : Bjarne MELKEVIK, « Parler « Novdroit »! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », (2007) 6 *Revue roumaine de droit privé* 214.
- ¹⁰ Nicholas KASIRER, « Dire ou définir le droit? », dans Gérard SNOW et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *Français juridique et science du droit. Textes présentés au deuxième colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF) tenu à l'Université de Moncton, les 20 et 21 septembre 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 165.
- ¹¹ Joël MONÉGER, « Motet sur les mots du droit », dans O. CHALLE (dir.), préc., note 8, p. 7.
- ¹² Par extension, sur le questionnement inhérent à la définition du droit, voir : Lucien FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit. Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978.
- ¹³ Alf ROSS, « Tû-Tû », *Enquête, anthropologie, histoire, sociologie*, n° 7 « Les objets du droit », 1998, p. 265-270. Le texte a été initialement publié dans (1956-57) 70 *Harv. L. Rev.* 812.
- ¹⁴ *Id.*, p. 269.
- ¹⁵ Wesley Newcomb HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », (1913-14) 23 *Yale L.J.* 16; Wesley Newcomb HOHFELD, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », (1916-17) 26 *Yale L.J.* 710.
- ¹⁶ Wesley Newcomb HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, Yale University Press, 1919. Voir également : Paul-Henri STEINAUER, *La logique au service du droit. Étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1979, p. 119-140.
- ¹⁷ Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit* 1977.22.45; Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », dans Marguerite BOULET-SAUTEL et autres (dir.), *La responsabilité à travers les âges*, Paris, Economica, 1989, p. 75.
- ¹⁸ Alain REY et autres (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, p. 1785. Voir également : Jacques HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité" », *Archives de philosophie du droit* 1977.22.59.
- ¹⁹ Jean DUBOIS, Henri MITTERAND et Albert DAUZAT, *Dictionnaire étymologique & historique du français*, Paris, Larousse, 2007, s.v. « responsable » : « 1284, G., n. m.; 1309, Varin, « admissible en justice »; XIV^e s., Du Cange, sens actuel; lat. *responsus*, part. passé de *respondere*, répondre, au sens de "qui doit répondre de ses actes". » Voir également : Oscar BLOCH et Walther Von WARTBURG (dir.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 3^e éd., Paris, Quadriga/P.U.F., 2008, s.v. « responsable » : « 1304 (dès 1284 comme subst., dans un autre sens). Dér. sav. de *responsus*, part. pass. de *respondere* au sens de « se porter garant », pour servir d'adj. à *répondre* en ce sens. »

- ²⁰ Paul ROBERT, *Le grand Robert de la langue française. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2^e éd. par Alain REY (dir.), t. 5 « Orge – Roma », Paris, Dictionnaire Le Robert, 2001, p. 2024 et 2025, s.v. « responsabilité ».
- ²¹ À titre indicatif, sur les ouvrages québécois portant sur la responsabilité civile, voir : Alphonse BERNIER, *De la responsabilité civile dans les délits et les quasi-délits. Art. 1053 et 1053 du Code civil du Bas-Canada*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1887; Hyman Carl GOLDENBERG, *The Law of Delicts Under the Civil Code of Quebec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1935; George V.V. NICHOLLS, *The Responsibility for Offences and Quasi-Offences Under the Law of Quebec*, Toronto, Carswell, 1938; Pierre BEULLAC, *La responsabilité civile dans le droit de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1948; André NADEAU avec la collab. de Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971; Claude MASSE, *Cours de responsabilité civile délictuelle*, 2^e éd., Montréal, Groupe de recherche en jurimétrie, Faculté de droit, Université de Montréal, 1976; Louis PERRET, *Précis de responsabilité civile*, coll. « Bleue », Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979; Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980; Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. 1 « Principes généraux », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007; Maurice TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilités*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009; JurisClasseur Québec – Obligations et responsabilité civile, Montréal, LexisNexis Canada, mis à jour.
- ²² CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 292 et suiv.
- ²³ Nous devons distinguer, dans l'œuvre de Kelsen, la théorie de la science du droit (*Rechtsätze*), c'est-à-dire une métathéorie du droit qui porte sur le discours qu'il est possible de tenir sur le droit, et la théorie du droit (*Rechtsnormen*) proprement dite. À ce titre, voir : Michel TROPER, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 117, à la page 120.
- ²⁴ Pierre HACK, *La philosophie de Kelsen. Épistémologie de la théorie pure du droit*, coll. « Genevoise », Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 9.
- ²⁵ *Id.*, p. 9, à la note 3; Carlos Miguel HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, coll. « Diké », Québec, P.U.L., 2004, p. 33. Sur une vision contemporaine et une réception de la pensée kelsenienne, voir : Carlos Miguel HERRERA, « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », dans Carlos Miguel HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 13; Michel VAN DE KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout? », dans Gérard COHEN-JONATHAN et autres (dir.), *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 471; Carlos Miguel HERRERA, « Du rejet au succès? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca. Cahiers universitaires d'information sur l'Autriche*, n° 63, décembre 2006, p. 151.
- ²⁶ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. par Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1996, p. 175 et 176, voir également les pages 189 et 190. Sur une reprise du principe, voir notamment : Georges A. LEGAULT, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, P.U.M., 1977, p. 44.
- ²⁷ Simone GOYARD-FABRE, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *Archives de philosophie du droit* 1977.22.113, 128; Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, vol. 2 « Doctrine de la vertu », trad. par A. PHILONENKO, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1980. Voir également : Jean LAGORGETTE, *Le fondement du droit et de la morale. Fonction et genèse des idées de droit et de devoir*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1907.

- ²⁸ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT, 2^e éd. par Pierre MAYER, Paris, Dalloz, 2002, p. 19. Voir également : Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 129-132.
- ²⁹ Max WEBER, *Sociologie du droit*, trad. par Jacques GROSCLAUDE, Paris, P.U.F., 1986, p. 44.
- ³⁰ G. ROCHER, préc., note 28, p. 128.
- ³¹ L'obligation juridique renvoie à la « norme positive qui prescrit la conduite [d'un] individu en attachant à la conduite contraire une sanction ». En d'autres termes, « l'obligation, c'est l'abstention du fait délictueux de la part de l'individu dont la conduite contraire constituerait précisément le délit ». Voir : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles EISENMANN, vol. 7, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1962, p. 159 et 168.
- ³² *Id.*, p. 168: la sanction juridique est « l'acte de contrainte qu'une norme attache à une certaine conduite dont le contraire est par là même juridiquement prescrit, c'est-à-dire devient le contenu d'une obligation juridique ».
- ³³ *Id.*
- ³⁴ *Id.*, p. 164.
- ³⁵ *Id.*, p. 165.
- ³⁶ Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/P.U.F., 2003, s.v. « responsabilité » par Pierre-Marie DUPUY, p. 1341, à la page 1343.
- ³⁷ Pierre BOURETZ, « Le droit et la règle : Herbert L.A. Hart », dans P. BOURETZ (dir.), préc., note 23, à la page 41.
- ³⁸ Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, trad. par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 100 et 101.
- ³⁹ *Id.*, p. 102-110.
- ⁴⁰ Hart s'oppose à une interprétation de l'obligation comprise en termes exclusifs de prédiction et qui la subsume sous un sentiment de pression ou de contrainte : *lacunaire*, car elle occulte l'aspect interne des règles; *boiteuse*, du fait que l'obligation au regard d'une règle donnée et la prédiction de souffrir peuvent parfois ne pas coïncider; *erronée*, puisque l'obligation ne peut être identifiée essentiellement au sentiment de pression ou de contrainte.
- ⁴¹ P. BOURETZ, préc., note 37, à la page 47. Voir également : Emmanuel PICAVET, « Hart, critique de Kelsen », dans C.M. HERRERA (dir.), préc., note 25, p. 123.
- ⁴² Bjarne MELKEVIK, « Discours d'application des normes en droit : méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit », dans Lukas K. SOSOE (dir.), *La vie des normes & l'esprit des lois*, coll. « Éthikè », Montréal, L'Harmattan, 1998, p. 73, à la page 75.
- ⁴³ Bjarne MELKEVIK, « La philosophie du droit dans le tourbillon de la modernité », *Travaux et Jours*, n° 78, automne 2006 – printemps 2007, p. 152 et 156.
- ⁴⁴ B. MELKEVIK, préc., note 42, à la page 83.
- ⁴⁵ B. MELKEVIK, préc., note 43, p. 141.
- ⁴⁶ B. MELKEVIK, préc., note 42, à la page 75: sur l'élucidation du terme « nous » juridique, voir à la page 86. L'auteur réfute l'idée d'une « cité aristotélicienne » ou encore d'une « idée préconçue platonicienne ».
- ⁴⁷ *Id.*, à la page 85.
- ⁴⁸ B. MELKEVIK, préc., note 43, p. 142.
- ⁴⁹ Voir notamment : Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2005. Au regard du respect et de la concrétisation de la norme, voir : Friedrich MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. par Olivier JOUANJAN, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1996.

⁵⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

⁵¹ C.c.Q., art. 1458.

⁵² L'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* est formulé en ces termes : « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté. »

⁵³ J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, préc., note 21 no 1-3, p. 2. Dans le même sens, voir *id.*, no 1-97, p. 81

⁵⁴ *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 886 et 887. Voir également ; Claude MASSE, « La responsabilité civile (Droit des obligations III) », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2 « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235

⁵⁵ Cette illustration s'inspire de l'exemple puisé dans B. MELKEVIK, préc., note 42, aux pages 78 et 79.

⁵⁶ Cette expression se trouve abondamment employée dans les textes suivants : B. MELKEVIK, préc., note 43, p. 154-156; Bjarne MELKEVIK, « Application ou procéduralité : quelques réflexions sur le projet juridique moderne », dans André LACROIX et Alain LÉTOURNEAU (dir.), *Méthodes et interventions en éthique appliquée*, Saint-Laurent, Fidès, 2000, p. 191, aux pages 194 et 201. Voir également : B. MELKEVIK, préc., note 42, aux pages 86 et 87.

⁵⁷ À titre indicatif, voir : Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. par Élisabeth SOUBRENIE, Paris, P.U.F., 1994; Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. par Marie-Jeanne ROSSIGNOL et Frédéric LIMARE, trad. rév. par Françoise MICHAUT, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1995; Ronald DWORKIN, *Une question de principe*, trad. par Aurélie GUILLAIN, coll. « Recherches politiques », Paris, P.U.F., 1996.

⁵⁸ B. MELKEVIK, préc., note 56, à la page 201. Au regard des utopies porteuses d'un message uniforme de réaliser un « processus violent d'inclusion des individus », voir : Gérard D. GUYON, « L'utopie et l'imaginaire juridique », *Archives de philosophie du droit* 1985.30.261.

**SOLUȚII JURIDICE PENTRU DECRIMINALIZAREA
CONSUMULUI DE DROGURI¹**

Sergiu BOGDAN*

***Abstract. Juridical solutions for the decriminalization of drug consumption.** The author analyses the juridical mechanisms for the decriminalization of drug consumption, as these are used in the judicial criminal system.*

The starting point for this analysis is that a clear delimitation must be made between the necessity of incriminating drug trafficking which is hardly controversial in the international criminal doctrine, taking also into account the international conventions on this matter, on the one hand and the controversy linked to the need, utility and conceptual justification of incriminating drug consumption, seen as a self-harm action on the other.

The mechanisms used are presented along with their advantages and disadvantages, both in terms of drug prevention and from the perspective of the conceptual justification, since there are other harmful substances that have a self-harm effect on the consumer and, despite this, the criminal legislature does not intervene through the criminalization of the consumption of these (alcohol, cigarettes, chemical substances).

The author examines the issue of incriminating drug consumption related to the principle of social values legitimately protected, the principle of minimum intervention and the principle of proportionality and non-discrimination.

Subsequently, the concrete mechanisms of decriminalization used in the criminal system are discussed, in fact or in law.

The author analyses the use of the opportunity principle in the case of penal pursuit for drug consumption.

Next follows an analysis of the principle used in the Romanian criminal system, based on the premise that although consumption related activities are incriminated, in fact such acts may not have the degree of social danger specific for a crime.

Other criminal systems that are built on the idea of the existence of a minimum quantity of drugs trafficked or consumed in order to require the intervention of criminal law are also presented. In case of quantities necessary for self consumption, the conduct does not harm any social values that must be protected through the incrimination of the consumer's action.

In the end, the author analyses the decision of legalizing drug consumption, crossing the line of its non-incrimination. In this case, drug consumption would be a licit conduct, not illicit but not incriminated as it is now in Romania.

The author's conclusion is that even though conceptually drug consumption is a self-harm behavior that must not be incriminated and that the consumption of these substances is treated in a discriminatory manner in the criminal law in relation to alcohol consumption, its legalization is a step too liberal for today's Romanian society.

Keywords: Decriminalisation, Drug, Drug consumption, Self-harm behavior

Cuvinte cheie: decriminalizare, droguri, consum de droguri, comportament autolezant

De la început dorim să facem o delimitare conceptuală între traficul de droguri, comportament antisocial grav care nu lasă vreo umbră de îndoială asupra folosirii mijloacelor juridico-penale de combatere, și consumul de droguri. Din nefericire această distincție evidentă pentru juriști are o conotație diferită pentru publicul larg, care sesizează de regulă efectele negative în ceea ce privește consumatori concreți, care își trăiesc dramele personale și sociale în preajma publicului larg. Atunci când sesizezi doar efectele ești tentat să crezi că ai văzut și cauzele, respectiv decizia personală și liberă a celui în cauză de a consuma droguri, fără să vezi, atunci când este cazul, și plasa creată de traficanți în jurul consumatorului. Plasa care poate ține un consumator captiv, acesta fiind de multe ori doar o ființă exploatată prin și pentru propria slăbiciune sau vulnerabilitate.

În prezentul studiu vom analiza consumul de droguri și decizia de a interveni cu mijloace juridico-penale. Traficul de droguri nu pune probleme din perspectiva deciziei de a incrimina aceste fapte, existând în acest sens numeroase convenții, tratate internaționale sau chiar Decizii-cadru cu privire la necesitatea incriminarea traficului de droguri.

Aceste componente trebuie să fie incriminate deoarece ele speculează economic situația de vulnerabilitate și de dependență a consumatorilor. Traficul de droguri generează profituri uriașe celor implicați. Este la fel ca și o activitate comercială în care nu ai nici un concurent și publicul țintă este alcătuit din consumatori captivi ce au nevoie de acel produs la început ca o formă de dependență psihologică pentru ca mai apoi să se transforme chiar într-o dependență fizică. În plus costurile de producție a drogurilor sunt foarte scăzute raportat de prețul de comercializare, având un raport beneficiu costuri de 10-15 ori mai mare decât producerea unui gram de aur². Pentru combaterea acestui tip de trafic pe lângă intervenția dreptului penal este nevoie de cooperare internațională și o pregătire de specialitate a organelor polițienești și judiciare.

La nivel internațional pe de o parte se constată un exces de reglementare, existând Convenții ale ONU, Consiliului Europei, Uniunii Europene etc, care uneori se suprapun și creează dificultăți de aplicare, iar pe de altă parte, aceste acte de multe ori au un caracter declarativ tocmai pentru a nu impune tipuri de politici statelor în acest domeniu sensibil pentru o populație dintr-un anumit spațiu³.

Pentru a discuta despre decriminalizarea consumului de droguri trebuie să facem un demers analitic în sens invers adică să stabilim dacă acest comportament este un comportament uman normal sau unul anormal. Dacă acest comportament uman este un comportament normal trebuie ca intervenția dreptului penal să fie imediat înlăturată deoarece nu s-ar leza nici o valoare socială care să justifice o intervenție a dreptului penal, fiind un demers legislativ disproporționat de intervenție statală pe această temă. Această chestiune nu este una ușor de lămurit așa cum pare la prima vedere, fiind tentați să răspundem că acest comportament este evident un comportament uman anormal.

Dacă am accepta că acest comportament ar fi unul anormal trebuie să stabilim care sunt mecanismele de intervenție pentru a împiedica existența în concret a acestui comportament uman anormal. Mijloacele de intervenție pentru a înlătura acest comportament, pe care îl presupunem anormal, pot fi diverse, adică pot fi mecanisme medicale, psihologice, sociale sau juridice (inclusiv juridic penale).

Pentru a folosi mijloace de intervenție juridico-penale trebuie ca acest mecanism să se constituie ca o *ultima ratio*, în dreptul penal fiind cunoscut și sub numele de principiu al minimei intervenții⁴. Conform acestuia dreptul penal poate fi folosit doar atunci cât alte mijloace de reglare a conflictelor din societate ar fi insuficiente sau lipsite de eficacitate. Adică în cazul consumului de droguri doar dacă mijloacele medicale, psihologice, sociale sau juridic civile sunt în mod evident ineficiente pentru a înlătura acest comportament din societate, pe care l-am presupus ca fiind anormal.

Referitor la problematica incriminării consumului de droguri din perspectiva intervenției dreptului penal există 4 aspecte ce trebuiesc lămurite, și doar după acest moment se poate decide fără nici un risc de a greși că sistemul juridico-penal trebuie să intervină.

În dreptul penal există **principiul valorii sociale legitim protejate** (*Rechtsgueterschutzprinzip*⁵) care cere ca intervenția dreptului penal să se realizeze doar dacă poate fi identificată o valoare socială care să fie protejată prin respectivul text de incriminare. Acest demers conceptual este sau ar trebui să fie realizat de legiuitor, dar în cazul nerespectării acestui principiu se poate vorbi de un comportament abuziv al statului care folosește dreptul penal, ”ca cea mai ascuțită sabie”, cu cele mai importante efecte asupra individului într-o manieră disproporționată.

Dacă ne referim exclusiv la consumul de droguri putem constata că nu este foarte ușor de a afirma cu certitudine că decizia unei persoane de a consuma droguri lezează în mod direct societatea, efectele fiind de regulă mediate sau indirecte.

Acel consum poate să devină un stimul direct ce duce la conduite antisociale pentru satisfacerea acelei nevoi (sustrage bunuri sau se prostituează pentru a obține banii pentru droguri sau chiar se implică în activități de trafic de droguri pentru a-și obține doza zilnică). Tot o consecință este și faptul că statutul trebuie să susțină politici în domeniul sanitar și pentru aceste categorii de persoane, politici care consumă resursele financiare ale statului. Argumentul cel mai important este faptul că un consumator de droguri poate să devină un model de urmat, producând astfel efecte negative în societate.

Înainte de aceste momente, sau chiar în lipsa unor asemenea consecințe în cazul consumului ocazional recreativ, fără consecințe majore asupra societății sau sănătății individului este mai greu de identificat în ce fel este lezată societatea.

Singurul efect indiscutabil este o potențială autolezare a sănătății consumatorului. După cum se știe individul se poate autoleza și în alte modalități fără a fi sancționat penal pentru aceasta (de exemplu își asumă riscuri exagerate în anumite cazuri concrete și devine victima propriului risc asumat sau chiar în mod voit se poate autoleza fără a fii sancționat penal.

Un argument în favoarea nesancționării este tocmai faptul că, deși consumul de tutun sau de alcool produce efecte nocive asupra sănătății consumatorului de alcool sau tutun, efecte uneori extinse chiar și asupra societății, cu toate acestea, se consideră că este un evident act de autolezare iar aceste comportamente nu trebuiesc sancționate penal, deși au existat încercări în istorie în acest sens⁶.

Se pune întrebarea de ce această autolezare prin consumul de droguri trebuie sancționată penal spre deosebire de alcool sau tutun. În cazul consumului de alcool acesta este incriminat doar în ipoteze punctuale, când riscul pentru societate devine unul evident (de exemplu conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul cu o îmbibație alcoolică peste limita legală). Consumul de alcool este incriminat dacă presupune o activitate specifică și anume conducerea unui autovehicul ca sursă de pericol, doar dacă este realizată pe drumurile publice și dacă consumatorul a consumat o cantitate semnificativă de alcool. Textul de incriminare din codul rutier face referire și la împrejurarea că o persoană se află sub influența unor substanțe stupefiate. Acest lucru arată că un consumator de droguri va fi sancționat penal dacă **sub influența** unor droguri conduce pe drumurile publice un autovehicul. *Per a contrario* fapta de a consuma droguri în alte împrejurări în sistemul românesc nu are semnificație penală. Prin aceste exemple nu dorim doar să aducem argumente în sprijinul ideii că în România consumul de droguri nu este incriminat ci doar interzis⁷ ci vrem să punem în discuție principiul *in sine*, adică dacă ar trebui să fie incriminată o atare faptă. Aceasta și pentru că legea penală nu poate proteja individul de acte de autolezare. Legea penală, de principiu, nu te poate proteja ca individ prin sancționare atunci când te autolezezi.

Al doilea principiu de drept penal aplicabil este acela al **minimei intervenții**, conform căruia dacă am admis că există o valoare socială lezată în cazul consumului de droguri trebuie găsite alte mecanisme de intervenție (medical, psihologic sau social) și doar dacă acestea se dovedesc insuficiente trebuie folosit dreptul penal ca o *ultima ratio*.

Este evident că mijloacele pentru a determina o persoană să nu consume droguri sau să renunțe la ele trebuie să fie de natură medicală, psihologică sau socială. (De exemplu programe de informare, tratamente medicale, acces la consiliere psihologică etc). Dreptul penal ar putea fi teoretic folosit doar dacă celelalte mecanisme s-ar dovedi în mod evident insuficiente.

Al treilea principiu important de drept penal, aplicabil cazului analizat, este acela al **proporționalității** sancțiunii cu valoarea socială lezată. Aceasta pentru a nu se încălca principiul vinovăției (*nulla poena sine culpa*). Dacă acceptăm că există o valoare socială ce trebuie protejată prin mijloace penale în cazul incriminării consumului de droguri, sancțiunea aplicată pentru această faptă nu trebuie să fie disproporțională cu valoarea socială lezată.

Ultimul principiu, care merită a fi amintit din perspectiva temei de analiză, este chiar un principiu constituțional și anume **principiul nediscriminării**. Acest principiu merită a fi enunțat deoarece nu este permisă discriminarea între sancționarea penală a unor comportamente și nesancționarea penală a unor comportamente echivalente

ca și gravitate socială. Aici ne referim spre exemplu la neincriminarea consumului de alcool, nici ocazional și nici a celui care devine alcoolic. În aceeași categorie poate fi evidențiat și neincriminarea consumului de tutun, deși efectele nocive ale acestuia sunt subliniate prin limitarea spațiilor în care se poate fuma, interzicerea publicității sau vânzării către minori etc.

Din nefericire politica penală în acest domeniu este influențată aproape exclusiv pe recunoașterea gravității problemei, pe reprezentări, pe teamă și mituri.

În cele ce urmează vom prezenta câteva mijloacele juridice de decriminalizare a consumului de droguri.

1.Principiul oportunității urmăririi penale⁸. Respectând acest principiu acuzarea poate renunța la o procedură penală împotriva unui consumator atunci când magistratul apreciază că dimensiunea antisocială a consumului în cazul concret nu lezează societatea atât de grav sau că, deși există o lezare, beneficiile derulării unei proceduri penale împotriva celui acuzat sunt nesemnificative în raport cu costurile acelei proceduri. În acest caz procurorul decide că nu este oportună derularea unei astfel de proceduri. Un astfel de principiu există în majoritatea procedurilor penale, cu excepția procedurilor penale române. În România nu poate fi oprită o procedură penală pentru motive de oportunitate. Sistemele penale care incriminează consumul de droguri oferă procurorului și posibilitatea concretă de a nu declanșa o procedură penală împotriva unui simplu consumator, raportat la circumstanțele concrete ale speței. Acest aspect este valabil în cazul oricărei infracțiuni fără a ajunge la o aplicare abuzivă a acestui principiu procesual penal.

Atunci când un magistrat român constată că nu este oportună declanșarea sau continuarea unei proceduri penale acesta găsește pseudo-mecanisme procesuale care să aibă același efect, respectiv neînceperea sau necontinuarea procedurii penale începute, fără însă a exprima explicit motivația reală a acestei decizii. În fapt acesta în concret poate decide că cel acuzat doar a consumat și nu a și deținut în vederea consumului propriu, a primit droguri, nu a cumpărat în vederea consumului propriu etc.

2. Al doilea mecanism posibil de decriminalizare are ca temei faptul că unele fapte pot fi lipsite de gradul de pericol social al unei infracțiuni. În sistemul de drept penal român art. 18 ind. 1 C pen prevede că o faptă prevăzută de legea penală este infracțiune doar dacă prezintă în concret gradul de pericol social al unei infracțiuni. Acest sistem este mecanismul cel mai frecvent utilizat de practicienii dreptului pentru a nu sancționa penal anumite forme care vizează comportamentelor accesorii consumului de droguri. Se susține că în 90 la sută dintre cazurile de acțiuni conexe consumului de droguri se folosește acest mecanism de a aplica sancțiuni administrative în locul unei sancțiuni penale⁹.

Acest mecanism, dincolo de critica lui la nivel de principiu¹⁰, are un dezavantaj major deoarece nu permite și consumatorului, celui căreia i se adresează un text de incriminare, să aprecieze când fapta lui, în concret, prezintă gradul de pericol social concret al unei infracțiuni. În lipsa acestui element de certitudine el poate fi un infractor sau doar o persoană care nu respectă anumite conduite apreciate corecte de majoritatea societății¹¹.

De exemplu în practica judiciară română¹² s-a considerat că faptele reținute în sarcina inculpatului prezintă gradul de pericol al unei infracțiuni acesta fiind condamnat la 3 ani închisoare pentru comiterea faptelor în următoarele împrejurări.

În fapt instanța a reținut că la data de 12.09.2006 inculpatul a intrat în țară pe la punctul de frontieră Nădlac având asupra sa drog de risc, respectiv hașiș, cantitatea de 1.6 grame, iar la data de 14/15.09.2006 aflându-se în discoteca din comuna S. a propus martorilor T. Ș. J. și E. J. să fumeze o țigară de hașiș reușind să-l atragă doar pe primul, numai că au fost surprinși de organele de poliție aflate în zonă.

Această faptă a fost corect încadrată ca infracțiunea de trafic de droguri prev. de art. 2 alin. 1, art. 3 alin. 1 și art. 4 alin. 1 din Legea nr. 143/2000, întrucât a oferit martorului T. Ș. J. drogul deținut, a introdus în țară, fără drept, această substanță interzisă de lege și pe care a deținut-o pentru consum propriu, fără drept.

Nu dorim să facem o analiză din punct de vedere a temeiniciei sale juridice ci vrem să arătăm că suntem în ipoteza deținerii unei cantități reduse de droguri de risc pentru consum propriu, pe care inculpatul l-a introdus în țară venind din țara în care lucra și evident a încercat să le consume cu scop recreativ cu prietenii într-o discotecă. În puține sisteme penale europene această conduită ar fi intrat sub incidența unei sancțiuni penale, plecându-se de la premisa că este evidentă deținerea și folosirea în scop recreativ și nu poate fi relevantă dorința de a trafica droguri chiar la nivel transnațional.

La fel în cazul unui asistent medical care a fost condamnat la 2 luni pentru deținere de droguri în vederea consumului propriu și 1 lună pentru fals deoarece acesta a falsificat rețete medicale pentru a obține astfel de substanțe aflate pe lista drogurilor pe care și le-a injectat singur. Instanța a considerat că fapta prezintă gradul de pericol social concret al unei infracțiuni¹³.

Este greu de criticat dacă instanța a decis corect sau nu tocmai pentru că aprecierea gradului de pericol social concret are niște limite flexibile de apreciere. Observația pe care dorim să o facem este aceea că din perspectiva celor doi condamnați aceștia nu au știut că faptele lor au în concret gradul de pericol social al unei infracțiuni astfel încât să dorească să depășească limitele impuse de lege? Credem că ei au crezut că aceste atitudini sunt în esență doar autolezante și nu lezează semnificativ ordinea socială.

Acest mecanism este folosit în practica judiciară ca singurul care poate împiedica sancționarea penală a consumatorilor sau a faptelor asimilate consumului atunci când aceste fapte formal sunt prevăzute de legea penală.

O altă instanță¹⁴ a decis că fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni. În motivare se arată *că faptele săvârșite au fost recunoscute de inculpat, recunoaștere care s-a dovedit a fi sinceră, cantitatea infimă de drog (cannabis 3,96 gr.) găsită asupra acestuia pentru consum propriu, apreciem că, pe cât posibil alternativa terapeutică și nu cea a pedepsirii trebuie să primeze, mai cu seamă că se află pentru prima oară în conflict cu legea penală.*

Astfel, în funcție de cantitatea și calitatea drogului deținut, de circumstanțele faptei instanța a apreciat corect că sunt realizate cerințele art.18¹ Cod penal pentru fapta respectivă.

Plecând de la motivarea acestei ultime soluții vrem să arătăm că există un al treilea mecanism de decriminalizare a consumului de droguri.

3.Mecanismul prin care se face o delimitare între cantitățile de drog consumate sau chiar traficate.

Acest sistem funcționează în Germania și are ca temei o decizie a Curții Constituționale germane care a trebuit să motiveze dacă poate fi legiferat consumul de droguri ușoare. Concluzia la care ajunge Curtea este că nu trebuie legalizat consumul de droguri, dar o cantitate minimă deținută sau consumată nu lezează valorile sociale astfel încât să justifice intervenția dreptului penal.

După acest moment chiar faptele aparent de trafic de droguri (vânzarea unor cantități mici pentru a plăti propria doză) interesează dreptul penal doar dacă cantitatea de drog depășește o anumită limită. Aceste limite¹⁵ sunt diferite chiar între Landurile germane (se ține cont de tradiția juridică a acestora spre o politică mai represivă sau liberală, apropierea de zone unde consumul este chiar legalizat nu doar tolerat etc).

Această abordare a fost încurajată și de *Decizia-cadru cu privire la stabilirea dispozițiilor minime referitoare la elementele constitutive ale infracțiunilor și pedepselor din domeniul traficului ilicit de droguri*¹⁶ care prevede în art. 1 pct. 2 că scopul Deciziei nu este acela de a sancționa conduitele legate de consumul propriu de droguri.

Acest mecanism are avantajul că oferă niște criterii de intervenție relativ obiective între acte de autolezare, mai exact doar consumul, și activitățile de trafic de droguri care lezează în mod indiscutabil valori sociale ce trebuie protejate de legea penală.

Un posibil dezavantaj este folosirea acestei porțițe de către traficanți prin faptul că dețin asupra lor în vederea comercializării doar un număr mic de doze pentru a putea susține că sunt doze destinate consumului propriu și a scăpa astfel de urmărire penală¹⁷. Poate fi citat un exemplu în acest sens, deoarece Instanța supremă

germană a dispus achitarea unui suspect deoarece la telefon comandase un număr de 3 bucăți fără a se putea preciza dincolo de orice dubiu că era vorba de 3 grame, 300 de grame sau 3 kg¹⁸. Suntem în prezența principiului *in dubio pro reo* care protejează acuzatul de riscul de a fi condamnat fără a fi vinovat.

După introducerea sistemului ce impune o cantitate minimă de drog pentru a se putea interveni cu mijloace penale, nu a fost afectată eficiența intervenției poliției împotriva traficantilor de droguri dar a permis consumatorilor să folosească mecanismele statale nepenale care să îi ajute să scape de droguri sau cel puțin să nu sufere și alte victimizări urmare a stării lor de dependență.

În acest fel s-a rezolvat și chestiunea de principiu dacă autolezarea trebuie să fie incriminată sau nu. Autolezarea nu este incriminată dar trebuie descurajată prin alte mecanisme medicale, psihologice sau sociale.

Criteriul cantității este folosit și România atunci când se face delimitarea între infracțiunea de trafic de droguri și infracțiunea de deținere de droguri pentru consum propriu (delimitarea între art. 2 și art. 4 din Legea nr. 143/2000). Uneori se folosește ca și argument împrejurarea dacă există urme ale consumului de droguri și dacă cel prins cu mai multe doze asupra sa nu a consumat va fi sancționat pentru trafic de droguri și nu pentru infracțiunea de deținere de droguri în vederea consumului propriu. Efectul pervers a fost acela că oricărui vânzător stradal care are și vinde câteva doze i se cere în prealabil de către traficanți să consume și el pentru a putea susține că este consumator sau cel puțin le deține pentru consumul propriu.

4. Legalizarea consumului de droguri. Prin acest mecanism se ajunge mai departe în sensul că un astfel de comportament este apreciat de sistemul judiciar al țării respective ca fiind unul normal. Nu doar că nu este incriminat consumul dar este chiar legalizat, fiind reglementate situații în care se poate consuma licit (raportat la tipul de droguri, în anumite spații, de către anumite persoane, o anumită cantitate etc). Consumul nu mai este nici măcar interzis.

Cu privire la acest mecanism acesta este folosit de puține țări, exemplu notabil fiind cel al Olandei care deși nu sancționează consumul, a legalizat consumul de droguri ușoare în locuri speciale sau în cantități prestabilite (exemplu cinci plante de canabis crescute acasă pe an).

În țări din America latină unele droguri sunt consumate în mod tradițional fiind considerate chiar leacuri. În aceste țări nu există o societate mai liberală care tolerează aceste conduite ci se consideră în mod cutumiar ca fiind conduite licite. Nu suntem în prezența unui comportament social anormal. Dimpotrivă, în mod tradițional se foloseau acele plante fie în dietă, recreativ sau chiar cu motivații de ordin religios.

Acest motiv al exercitării dreptului libertatea conștiinței a fost invocat și în Germania, în fața instanțelor susținându-se că legalizarea consumului de marijuana ar trebui permisă pentru că altfel credinciosul care folosește droguri în timpul

meditației religioase nu ar putea practica religia în care crede, și care chiar impune consumul acestor substanțe. Agentul a susținut că respectiva biserică provine din America Latină și există de peste 60 de ani.

O astfel de abordare presupune un nivel ridicat de liberalism al societății respective și de aceea o astfel de soluție va fi dificil de implementat în lipsa unei atitudini tolerante a societății. Așa cum am arătat mai sus în România nu este incriminat consumul dar este expres interzis.

În societățile mai tradiționale se consideră că este suficientă nesancționarea penală a consumatorilor și nu trebuie mers chiar până la legalizarea acestei conduite.

În cele foarte conservatoare consumul este incriminat în orice împrejurare.

Concluzie. Consumul de droguri este în mod evident o atitudine autolezantă, dar raportat la cantitate, tip de droguri și circumstanțe poate fi considerat un comportament social normal (vezi tradiția din America Latină, exemplu Olandei etc).

Pentru România consumul de droguri este în mod evident un comportament social anormal și de aceea discuția este mutată în planul mecanismelor de intervenție deoarece dreptul penal trebuie să protejeze o anumită valoare socială ori în cazul consumului de droguri suntem în ipoteza unei autolezări a individului.

Din acest motiv legiuitorul român a preferat să nu incrimineze strict consumul de droguri, dar prin incriminarea comportamentelor prin care se poate obține un drog pentru consumul propriu (cumpărare, producere, deținere) practic taie punțile licite prin care autorul ar putea să ajungă să consume droguri. Din acest motiv încă mai există autori care susțin că în România consumul este incriminat. Publicul larg sau chiar unii specialiști¹⁹ nu fac această diferență extrem de fină dintre consum și deținere sau obținere în vederea consumului propriu.

Acest mecanism juridic satisface atât un interes pur politic și de imagine al politicianilor, deoarece se dă impresia că astfel este foarte preocupat de rezolvarea problemei din moment ce chiar "incriminează" consumul, iar, pe de altă parte, pentru juriști se oferă un răspuns problemei dacă se poate sau nu incrimina autolezarea prin consum de droguri. Răspunsul este că nu se incriminează autolezarea și aceasta indiferent de tipul drogului consumat.

Se poate afirma că nu se poate consuma un drog, fără ca el în prealabil să fie obținut sau deținut, împrejurare ceea ce atrage răspunderea penală. Din acest motiv sistemul românesc este mai represiv penal decât unul clasic în care consumul nu interesează sistemul punitiv penal dar mai puțin represiv decât sisteme penale care incriminează expres consumul de droguri.

¹ Articolul este rezultatul unui proiect de cercetare finanțat de CNCSIS (PNCDI II, ID_2280).

* **Sergiu BOGDAN**, Lector, Facultatea de Drept a UBB. sbogdan@law.ubbcluj.ro.

- ² S. Bogdan, *Criminologie*, Ed. Universul juridic, 2009, p. 97.
- ³ K. Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru, und Bolivien*, Ed. Max Plack Institut, 1993.
- ⁴ F. Streteanu, *Tratat de drept penal*, Ed. CH. Beck, 2008, p. 48-53.
- ⁵ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Vol. 1, Ed. C. H. Beck sche, Munchen, 1992, p. 9. Acest principiu a fost inclus și cadrul unui **Manifest referitor la politica penală a Uniunii Europene** (a se vedea www.crimpol.eu)
- ⁶ A se vedea legea uscată din SUA, incriminare consumului de tutun în Anglia sec XVII, etc.
- ⁷ Consumul de droguri în România este interzis, chiar dacă nu este și incriminat (art 27 din legea nr. 143/2000). În același sens a se vedea I. Gârbuleț, *Traficul și consumul ilicit de droguri*. Ed. Hamangiu, București, p. 143.
- ⁸ În sistemul românesc este consacrat expres principiul contrar adică al oficialității, G. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală*. vol. I, Ed. CH Beck, București, 2007, p. 171.
- ⁹ P. Abraham, Conferința din 16-18 octombrie 2009 organizată de Elsa Cluj (Consumul de droguri. Nu aspira iluzii).
- ¹⁰ F. Streteanu, op. cit., p. 597.
- ¹¹ I. Gârbuleț, op. cit., p. 143.
- ¹² Dec. nr. 42/2008 a C Ap. Ploiești, publicată pe site-ul www.jurindex.ro
- ¹³ Dec. nr. 19/2008 a C Ap. Suceava, publicată pe site-ul www.jurindex.ro
- ¹⁴ Dec. nr. 100/2008 a C Ap. Constanța, publicată pe site-ul www.jurindex.ro
- ¹⁵ De exemplu în cazul canabisului cantitatea minimă este de 6 grame în Berlin, Niedersachsen, ori 15 grame în Bremen, și chiar 30 g Schleswig-Holstein. Pentru detalierea tuturor activităților și a tipurilor importante de droguri a se vedea C. Schaefer, L. Paoli, *Drogenkonsum und Strafverfolgungpraxis*, Ed. Duncker&Humblot, Berlin, 2006, p.49-77.
- ¹⁶ Decizia-cadru 2004/757/JAI JO 2004 nr. L 335, p. 8.
- ¹⁷ W. Hauptmann, *Drogenpolitik ohne Strafrecht?* Ed. Oesterreich, Viena, 2000, p.23.
- ¹⁸ Decizia penală nr. 22 din aprilie 2009, Curtea Federală de Justiție, <http://www.bundesgerichtshof.de>
- ¹⁹ Într-un Raport recent (septembrie 2009) elaborate de *Comisia Prezidențială Pentru Analiza Riscurilor Sociale și Demografice*, intitulat **Riscuri și inechități sociale în România**, se propune chiar ”dezincriminarea” consumului de droguri (http://cparsd.presidency.ro/upload/CPARSD_raport_extins.pdf la p. 234.) iar această propunere a fost criticată vehement reprezentanții opiniei publice și jurnaliști.

HORS NORME. LA HANTISE DU NOMBRE¹

Emilian CIOC*

Abstract: *The ever growing complexity of practices and normative institutions came to a point where a certain disorder is almost self-evident. Disorder that questions the very foundations of the rule of law, dependent as it is of predictability and juridical security. Introducing a double principle of analysis and subsequently involving two series of documents and readings, the paper argues in favor of a distinction between normative disorder and disorder of the normative. If the quantity, through its privileged rhetoric and instrumental feature (i.e. the numbers) is relevant to a certain extent for the normative disorder, we still have to investigate the decline of normativity referring to the norms themselves. All the more so that measures taken to simplify and reinforce the law could not be considered as significant for the rehabilitation of normativity. Thus, a renewed conception of law and its normative performance involving the normative fact emerges.*

Keywords: normative disorder, normativity, hegemony, rule of law, law simplification

Mots-clés : désordre normatif, normativité, hégémonie, état de droit, simplification

Que les institutions à vocation normative, tout en connaissant une prolifération sans précédent, deviennent de plus en plus problématiques sous l'aspect de leur engendrement, de leur application tout comme de leur légitimation, c'est l'une des choses les mieux partagées au monde des sciences sociales, des politiques publiques et du sens commun². Mais que la sphère juridique et la normativité qui est la sienne soient elles-mêmes exposées au désordre, qu'elles aient leur part dans l'aggravation du désordre, voilà ce qui ne pourrait pas ne pas inquiéter. À tel point que, plus d'une fois, l'on a été porté à y voir une menace pour les fondements même de la communauté politique et de ce monde qu'on a finit par dire nôtre. Et cela ne serait-ce qu'en raison de cette promesse d'ordre, de sécurité et de prévisibilité qui en est le programme, la légitimation et la source du maintien en crédit. D'ailleurs, c'est aussi la raison pour laquelle, sans raturer ou désactiver la référence à d'autres configurations normatives de la pratique sociale ou existentielle, nous tâcherons ici de suivre la mise à mal de la normativité juridique elle-même que le syntagme *désordre normatif* semble acheminer à la parole.

Malgré tant de revendications modernes et toujours en cours, toute normativité n'est pas de nature juridique, ou, si on ose radicaliser : la normativité n'est pas *par nature* juridique. Il existe donc un régime juridique de la normativité tout comme il en existe bien d'autres, qu'ils soient religieux, moraux ou politiques. Outre la répétition de ce lieu commun, trop commun, on notera qu'il faudrait aujourd'hui rendre compte

non pas seulement des différences qui les spécifient mais avant tout du devenir-juridique de la normativité tout comme de la réversibilité de ce devenir. Cela reviendrait à sonder les conditions dans lesquelles seulement le juridique a pu capitaliser ou prétendu capitaliser la normativité en tant que telle, la normativité proprement dite. Ce serait sans doute un long et minutieux parcours historico-théorique qui excède de loin l'espace de cette étude. Sans pouvoir déplier ici ni même les présupposés d'une telle discussion, notons tout simplement et encourageant ainsi les risques de la simplification qu'il est au moins plausible que la juridicisation ait commencé à se déployer au moment où les codes normatifs – moraux, politiques, sociaux, économiques – d'ancien régime, dans un sens large, se sont vus démunis de la force obligatoire, du pouvoir configurateur et où, passant par une réorganisation de l'institution de la sanction, la seule manière d'assurer l'effectivité et l'exécutabilité de la norme a été placée dans sa recapitalisation juridique. Il arrive que, depuis un certain temps déjà, temps également d'une remise en question de la même institution de la sanction, nos mondes sont marqués par la réversibilité de ce mouvement se déployant sous la figure de la démultiplication des registres de la normativité : éthique, politique, social, économique.

De quoi au juste, dans la perspective ainsi esquissée, le désordre serait-il le nom ? Le désordre normatif, nommerait-il un incident technique pour le dépassement duquel des solutions à leur tour techniques seraient disponibles ou envisageables ? Une confusion³ temporaire, effet passager d'une malheureuse circonstance ? Ou bien serait-il opportun de penser que dans ce syntagme il y aurait encore autre chose et qui en appellerait à une réflexion plus détaillée, et donc plus spéculative que technique ? Les questions qu'annonce le syntagme même ne cessent de se multiplier. Serait-ce le désordre ce qui arrive de plus décisif à la norme aujourd'hui ? Ce que nous aurons vécu jusqu'à présent, aurait-ce été l'ordre normatif ? Et que se serait-il passé de sorte que cet ordre fondé et garanti par les normes et avant tout par les normes juridiques se soit ébranlé, en proie qu'il est au désordre ? Comment imaginer et aménager la possibilité réelle de cet autre ordre normatif que l'on peine à nommer, hésitant entre restauration, réformation ou encore construction innovatrice ?

Partons d'une présentation descriptive. « Serait ainsi constitutif du désordre normatif : l'inflation normative – plus précisément l'inflation législative – la multiplication des ordonnances, l'anarchie normative – c'est-à-dire la confusion dans la hiérarchie des normes – ou bien encore la dissociation entre acte et norme, autrement dit l'émergence d'un 'droit mou, un droit flou, un droit 'à l'état gazeux' qui s'incarne dans des textes d'affichages. »⁴ Démultiplication inflationniste, hiérarchie confuse, normativité incertaine, donc. L'expression *désordre normatif* dirait avant tout autre développement qu'entre l'ordre et la norme il y aurait eu disjonction, que le rapport qui semblait renvoyer tout naturellement l'un à l'autre, devient pour le moins incertain, en mal d'assurance. Les régimes normatifs – juridiques et autres – sont toujours capables de nombre de choses. Mais pas d'ordre, si au moins on entend par là une

projection totalisante unique, cohérente, continue, absolument homogène et régulière. Comment définir, en effet, cet ordre dont on accuse l'absentement ? Non pas seulement comme enchaînement réglé, mais comme producteur d'appartenance, de repères, de sécurité ontologique, de signification politique. Pourquoi la norme arrive-t-elle à ne plus pouvoir s'acquitter de la tâche que l'on a pensé opportun de lui assigner, c'est-à-dire celle de mettre de l'ordre dans l'expérience du monde ? Combien grave pourrait être cette séparation ? Est-elle si grave qu'elle remettrait en doute le pouvoir des normes et la possibilité pour l'ordre d'avoir un visage et une assurance juridiques ? Dans cette perspective, le désordre normatif est en fin de compte une expression explicative et non pas simplement constative. Plus précisément, l'adjectif « normatif » est censé fournir une première explication quant à la provenance et à l'issue de la crise qu'est le désordre. Quoi qu'il en soit, ce que le désordre normatif tente de désigner, c'est cette situation où deux séries de phénomènes s'affrontent obstinément, embarrassées désormais de leur affrontement même : une certaine insuffisance des régimes normatifs et une insatiable demande de toujours plus de normes. Les deux ne s'affronteraient de la manière dont elles le font si elles n'étaient pas appariées. C'est de cette inavouable complicité qu'elles sont embarrassées.

L'inconvénient du désordre n'est guère des moindres pour autant que le droit, lieu des plus communs, se revendique justement du besoin et de la vertu d'assurer l'ordre social. En ce sens, au-delà des inconvénients dans la pratique, le désordre normatif crée un malaise lié à la légitimation ou au moins à la représentation courante du droit et de la structuration juridique des institutions politiques. L'étude que le Conseil d'Etat titre en 2006 « La complexité croissante des normes menace l'État de droit » concentre parfaitement bien ce type de préoccupations. Au-delà de la définition conventionnelle, cet Etat de droit est réputé assurer la fondation du politique sur des principes juridiques, garantissant ainsi la simplification du multiple et un apaisement des différents et des différends. « Ce rythme et ce désordre normatifs créent de nombreux effets préjudiciables pour l'ensemble des acteurs de la société : ils désorientent les citoyens qui perdent leurs repères et n'ont pas le temps d'en trouver de nouveaux, ils pénalisent les opérateurs économiques et nuisent à l'attractivité de notre territoire, ils désarçonnent les autorités publiques en charge de l'application et les juges sans cesse confrontés à de nouvelles normes. »⁵

L'Etat de droit a été entre autres choses la promesse d'une société politique et d'une structuration du pouvoir politique fondées sur l'ordre et, qui plus est, sur un ordre juridique et qui ne soit pas seulement un ordre policier. En ce sens, l'Etat de droit est d'ailleurs l'appellation juridico-politique de l'espoir et du programme d'une certaine modernité de limiter le pouvoir et surtout la puissance, de réduire et de maîtriser la part de la force et de la raison du plus fort dans ses sociétés. L'ordre juridiquement conçu et mis en œuvre aurait à son tour été la promesse d'un ordre non hégémonique, légitime, rationnel ou au moins raisonnable, bénéficiaire d'une adéquation à la nature des choses. La juridicisation de la politique, dont il y va ici,

revient à suspendre l'intempérance de la politique à travers une réglementation juridique. Nous partageons à présent, semblerait-il, la peur que la prolifération désordonnée des normes ne mette en cause et même en danger cette promesse et ce programme. Si maintenant la complexité du droit menace l'Etat de droit, il semblerait que sa possibilité même dépend de l'élucidation de cette complexité menaçante. Serait-ce à dire que la possibilité de l'Etat de droit résiderait dans une simplification utile à la vie sociale, politique et économique ? Quoi qu'il en soit, il semble bien que le paradigme du simple touche à sa limite. Ce qui, dans ce contexte, ne fait que rendre les choses encore plus incertaines.

Que les temps, ces temps nôtres, soient ceux de la disjuncture, du dérèglement, du différend, de l'effondrement de l'articulation et de la cohésion, cela semble aller sans conteste.

« En ces temps de discorde, un appel aux forces imaginantes du droit peut surprendre. En l'absence d'un véritable ordre juridique mondial, le système de sécurité collective de la Charte des Nations unies a montré sa fragilité et le droit n'a pas su désarmer la force. Mais à l'inverse la force ne peut empêcher cette extension du droit, sans précédent dans l'histoire, au point qu'aucun Etat, fût-il le plus puissant, ne saurait durablement s'en affranchir. En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition de normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d'une défaite du droit, c'est d'une mutation qu'il s'agit, dans la conception même de l'ordre juridique. »⁶

Tenter d'expliquer le désordre normatif ce serait en même temps affirmer le déploiement de cette mutation du droit, et contribuer à l'élaboration de ce qui s'annonce comme un renouveau de la conception même de l'ordre et de sa détermination juridique. Ce qui veut dire néanmoins, l'épuisement de l'*ancien régime* de la réglementation juridique. Expliquer l'un sans expliquer l'autre ce serait tout simplement impossible. Encore faudrait-il essayer de comprendre cette fragilité et cette ignorance dont il est dit que le droit est le sujet et qui sont dites en rapport avec l'absence d'un ordre juridique mondial. Une deuxième remarque s'impose pourtant et dont l'évidence ne devrait pas la priver d'attention. Quelque chose comme un ordre juridique mondial s'est depuis toujours absenté. Dès lors, deux possibilités s'annoncent disponibles : soit, de par le passé y compris récent, la possibilité était ouverte de rêver d'une universalisation d'un certain droit national, voire international, à l'échelle de la planète ; soit l'absence de fait de ce véritable ordre juridique mondial n'était pas encore un problème. Dans cette mutation et dans la conception qui devrait lui assurer l'intelligibilité, quoi de l'ordre ?

Vivrons-nous donc à une époque hors pair, et qui plus est, hors norme ? Quelque chose sans précédent nous arriverait-il désormais, c'est-à-dire depuis un moment déjà ? En quoi résiderait plus précisément une telle exceptionnalité du contemporain ? Le monde serait-il encore sorti de ses gonds ? Le temps serait-il de nouveau *out of joint* ? Un temps hors norme, que serait-ce ?

« « *The time is out of joint* », le temps est *désarticulé*, démis, déboîté, disloqué, le temps est détraqué, traqué et détraqué, *dérangé*, à la fois déréglé et fou. Le temps est hors de ses gonds, le temps est déporté, hors de lui-même, désajusté. Dit Hamlet. Qui ouvrit ainsi l'une de ces brèches, souvent des meurtrières poétiques et pensantes, depuis lesquelles Shakespeare aura veillé sur la langue anglaise et à la fois signé son corps, du même coup sans précédent, de quelque flèche. Or quand Hamlet nomme-t-il ainsi la dis-jointure du temps, mais aussi de l'histoire et du monde, la disjuncture des temps qui courent, le désajustement de *notre* temps, chaque fois le nôtre ? »⁷

Si tant est qu'il fait depuis peu mais de plus en plus l'objet de commissions et de comités de toutes sortes, de groupes d'évaluation et d'action, de réunions de techniciens de l'ordre normatif, justement, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas à vrai dire coutume que le désordre normatif fasse l'objet de la réflexion conceptuelle ou de l'investigation généalogique⁸. S'il peut se trouver qu'un geste tel que l'investigation conceptuelle soit amené à prendre en compte et à essayer de rendre compte de ce désordre, cela voudrait peut-être dire qu'une hétérogénéité ou un excès commencent à faire surface, ceux de la provenance – plus que de la cause – et de la signification – plus que des incidents pratiques – de ce même désordre. À prendre en considération les échecs successifs des tentatives de rétablir l'ordre et avant tout la vocation des normes juridiques à fonder et à rétablir l'ordre social, politique ou économique, il serait inspiré de se rendre enfin à l'évidence et de reconnaître que le juridisme n'a strictement pas les moyens d'éclaircir l'avènement, le déploiement et éventuellement le dépassement de ce qu'il appelle le désordre normatif. De cette situation dont la mention ici n'est point simplement rhétorique, il serait licite de tirer une conséquence et plus précisément d'articuler un principe de distinction, de discernement. Ainsi y aurait-il deux possibilités analytiques à explorer, deux gestes discursifs possibles à déployer pour décrire et éventuellement expliquer le désordre normatif, et que l'on pourrait titrer, sous-titrer ainsi : désordre normatif et, respectivement, désordre du normatif. Cela impliquerait un double régime de lecture et d'interprétation, deux types de documents à l'appui, deux postures discursives et pragmatiques irréductibles. Pour ce qu'il en est de l'ordre du discours, de sa norme, de son ordre normatif, donc, il conviendrait d'envisager le désordre selon ce principe de discernement ou de distinction.

Faisons entrer les faits. C'est-à-dire, ici, des chiffres. « 620 pages et 912 grammes en 1970 ; 632 pages et 1022 grammes en 1980 ; 1 055 pages et 1 594 grammes en 1990 ; 1 663 pages et 2 780 grammes en 2000 ; 2 556 pages pesant 3,266 kilos en 2004. Ces chiffres sont ceux du nombre de pages (ordonnances et tables non incluses) et du poids du *Recueil des lois* publié annuellement par l'Assemblée nationale. »⁹ Pour rendre compte, littéralement, de l'inflation législative qui est dite impliquée dans le désordre normatif, rien de plus adéquat, semblerait-t-il, qu'un tel compte rendu. L'audace rhétorique de cette approche signée, comme en contrepartie, d'un pseudonyme, lui a valu bon nombre de citations. Et, comme on le verra, de

détournements. Mais au-delà des effets spéciaux de première instance, il conviendrait de saisir la norme de toutes ces approches fondées sur le nombre et plus précisément sur les chiffres. Cette norme à la fois analytique et pragmatique, Nicolas Molfessis la formule ainsi : « La masse, à nouveau, est en elle-même révélatrice. »¹⁰ Toute la question serait dès lors de savoir de quoi la masse est à nouveau révélatrice et à quoi ce renouvellement de la vocation révélatrice de la quantité est dû. Disons pour l'instant que le nombre s'avère être ici la figure rhétorique privilégiée qui exprime le désordre normatif et qui atteste de la sorte que la masse est en elle-même révélatrice pour les mésaventures des normes à l'époque contemporaine. En ce sens, le désordre serait donc un événement numéraire, surnuméraire. Numéraire serait également la solution apportée à ce problème. Le dispositif métrique du chiffre est déjà en lui-même un outil chargé de maîtriser ce qu'il détermine et d'anticiper en outre la garantie d'une maîtrise du phénomène avec lequel il faut compter. À y regarder attentivement, le chiffre doit assurer autre chose encore. Il est chargé de garantir l'aspect accidentel du désordre normatif, la limitation de la crise de la normativité, la promesse d'une solution accessible. Prendre la mesure du désordre en s'appuyant massivement sur le nombre correspondrait à l'intention programmatique d'isoler les espaces de manifestation du désordre dans la seule quantité et de soustraire ne fût-ce que dans un premier temps la dimension de la qualité à ses effets. Programme que l'article cité rend lui-même explicite :

« Faute de cela et face à une législation sans cesse plus touffue, souvent changeante et à l'application parfois incertaine, nous risquerions de voir s'enfler un thème nouveau et jusqu'à présent discret, celui des interrogations sur la qualité de la loi. Or, mesure-t-on ce que cette seule question a d'iconoclaste ? La loi, produit de la souveraineté nationale, expression de la volonté générale, est nécessairement bonne, du seul fait qu'elle est la loi. S'interroger sur sa qualité, comme on le ferait de n'importe quel produit marchand, c'est introduire le doute sur son fondement même. Décidément, tout était déjà dans Montesquieu pour qui 'les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires'. »¹¹

C'est en effet de la plus grande importance pour ce type d'approches de faire la part de l'inévitable et de ce qui est objet d'intervention et de mesures dans la multiplication proliférante des productions normatives. L'effort de saisir l'objectivité s'y range de toute évidence. « Parmi les raisons 'objectives' du foisonnement normatif figurent le développement de nouvelles sources du droit, notamment européennes et internationales, la multiplication des auteurs de normes et la propension du législateur à ne pas s'en tenir à la sphère de compétence qui lui est constitutionnellement attribuée. »¹² Que l'on ne se méprenne pas, soit dit au passage, l'affaire de la multiplication parfois conflictuelle à laquelle la construction européenne¹³ donne lieu n'est qu'un exemple de ce qui est en cause dans ce qui est désigné comme désordre normatif. Exemple guère paradigmatique, en fin de compte, en dépit du fait que, pour des raisons politiques, il occupe le devant de la scène. Il jouit tout

simplement d'une visibilité dont les autres scènes de multiplications ne semblent pas pouvoir bénéficier. Si la multiplication européenne de nouvelles sources du droit peut être exemplaire, elle l'est pour le volet « désordre normatif », mais à coup sûr elle l'est moins pour le volet « désordre du normatif ». C'est le désordre bénin, technique, administratif, sans signification autre que fonctionnaliste. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle il est évoqué avec prédilection.

Ces procédures pragmatiques et analytiques s'accompagne d'une certaine stratégie rarement mise en question et censée externaliser la provenance du désordre normatif affectant la sphère juridique. Son intention programmatique ne saurait toutefois échapper à une lecture attentive. À l'horizon, indéniablement, le même espoir d'isoler sphère de la normativité juridique, de lui sauvegarder le prestige et donc l'efficacité. De lui réassurer la possibilité d'être finalement le garant de l'ordre, de respecter ainsi sa promesse qui la légitime. « Plusieurs facteurs, de nature plus sociologique et politique que juridique, viennent s'ajouter aux causes objectives de complexité et d'instabilité normative pour en aggraver les effets. »¹⁴

Tenir le désordre pour une apparence, pour un effet de perception relève du même positionnement et de son parti pris. « L'impression de désordre tient d'abord à une production normative placée sous le signe d'une prolifération que l'on dirait volontiers anarchique, mais dont les formes restent différentes d'un domaine à l'autre : on se gardera de confondre le droit 'mou' (*soft law*), propre à l'économie, et le droit 'flou' (*fuzzy law*), qui semble caractériser le droit des droits de l'homme. »¹⁵ Or, aussi précis et juste qu'il puisse être, un tel souci de rigueur trahit en même temps un souci qui excède la rigueur. Il se peut que l'anarchie qui s'insinue dans la discussion ne soit pas simplement une question d'impression qui serait dissoute par une approche plus approfondie, plus détaillée. L'anarchie serait alors bien plus qu'une confusion, un trouble d'ordonnancement, d'agencement des normes dans le cadre d'un système. Il est tout à fait plausible que ce qui est ainsi désigné marque l'épuisement d'une représentation de la production normative, et même d'une certaine possibilité de fonder et donc d'ordonner les dispositifs normatifs. Qui plus est, de produire des normes, c'est-à-dire d'assurer dans les conditions de la légitimité pour certains énoncés la force normative.

La compréhension de cette série de phénomènes affectant la normativité et appelée désordre dans le registre du nombre nourrit l'espoir et articule le programme de la simplification, entendue à son tour dans les limites constitutives de ce registre, c'est-à-dire comme réduction, comme diminution. En ce sens, remettre de l'ordre dans les normes, rétablir la vocation ordonnatrice des normes, restaurer la normativité des actes, reviendrait toujours à une opération numéraire et cela malgré nombre de revendications et dénégations. Il semblerait qu'il faut tout simplement trouver la méthode, c'est-à-dire, ici, la formule, d'une diminution, d'un réarrangement des normes, de nombre de normes. Principe avant tout d'économie. De tous les exemples disponibles, citons en guise d'illustration, le programme de la Commission des lois :

« La commission des lois a pris l'initiative d'ouvrir un vaste chantier de simplification du droit. L'inflation des textes et la dégradation de leur qualité sont non seulement synonymes de dévalorisation et d'instabilité mais sont préjudiciables à l'attractivité et à la compétitivité de notre pays. S'inspirant du constat de Montesquieu selon lequel 'les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires', la commission des lois s'est fixée pour mission de rendre la loi plus accessible, plus lisible et plus compréhensible à la fois pour le citoyen et pour ceux qui sont chargés de l'interpréter ou de l'appliquer. »¹⁶

Abrogation, mise en cohérence et réécriture¹⁷ seraient quelques-unes des modalités concrètes de mettre en œuvre ce vaste, comment autrement, chantier. Diminution du nombre de normes, diminution du nombre de leurs relations, diminution de leur formulation : économie d'actes normatifs, économie de renvois, économie de moyens discursifs. Rien que des calculs, rien que des opérations numériques. Ainsi, avant de se livrer aux travaux de tous les chantiers ouverts un peu partout et dont on attend la simplification du droit, sa revalorisation et la réhabilitation de la normativité, ne serait-il toutefois pas raisonnable d'élucider la signification même de cette opération qui est la simplification ? Et, d'ailleurs, à supposer qu'elle ne soit pas simplement rhétorique, ne devrait-on pas dire un mot de la référence indéfectiblement reprise à Montesquieu ? Son mot promu évidence naturelle, pris comme inspiration pour la simplification, c'est-à-dire comme axiome et programme, est-ce un constat ou bien une interprétation active ? Si les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, est-ce pourtant licite de voir dans tout affaiblissement simplement l'effet accidentel de l'inutilité de quelques lois superflues et dont la suppression ne poserait à vrai dire aucun problème ? Ensuite, la simple existence de lois inutiles, ne suffirait-elle pas pour entamer le prestige que la loi doit à sa nécessité, nécessité qu'elle revendique dans son institution même ? Questions qui exigeraient sans doute des réponses élaborées, étant donné qu'il s'agit de rendre compte de rien de moins que de l'affaiblissement de la normativité. Sans pouvoir se livrer à une telle tâche ici, notons que dans la simplification nous trouvons à l'œuvre des significations, des présupposés et des contraintes qui ne se réduisent guère à un principe d'économie chargé de la suppression du superflu. Afin de jeter un jour sur ces présupposés et ces suites on devrait d'abord noter que la simplification, la réduction opérationnelle à des éléments simples, est un rêve explicitement moderne. C'est en effet et malgré l'usure de la référence avec Descartes que le phantasme de la simplicité si ce n'est de la simplification devient explicite et opérationnel. Inutile, sans doute, de reprendre ici des choses trop bien connues. Insistons, en revanche, en s'appuyant sur une très subtile lecture de Gérard Granel, sur les mutations supposées par la méthode fondée sur le simple aussi bien que sur les conséquences qu'elle engendre :

« Descartes justement souligna plus d'une fois la conscience qu'il avait de ne point parler de 'ce qui est' mais seulement de 'ce qui se peut représenter le plus aisément', substituant à l'élucidation de la nature des choses le récit méthodiquement

élaboré et consciemment fictif d'une « *fable* du Monde ». Son latin lui-même (langue maternelle, comme on sait, de sa pensée) ne lui permettait pas en effet d'oublier que la détermination du « facile », c'est-à-dire du *facile* (du « faisable »), à partir d'une méthode dont le vrai nom est *Ars*, en même temps qu'elle inaugure le devenir ingénieur de l'*ingenium* (ce que seul Vico le Napolitain semble avoir compris), installe la pensée dans un univers d'*artefacts* et transforme la connaissance en une entreprise infinie de *simulation théorique*. »¹⁸

Un texte comme celui que l'on vient de citer pourrait très bien faire partie du compliqué dossier de l'ontologie du droit avec des conséquences peut-être surprenantes. Liée qu'elle est à l'exigence d'aisance de la représentation, d'accessibilité, de lisibilité et de compréhensibilité, la simplification du droit devrait avoir conscience de ce qu'elle engage de par son programme même. La simplification du droit est-elle donc engagée dans la représentation de ce qui est ou bien de ce qui se peut représenter le plus aisément ? Cette simplification des constructions à vocation normative participerait-elle d'une nouvelle fabulation ? Une référence à un semblant d'ordre apparaît non sans surprise dans les études et dans les documents du Conseil d'Etat accusant justement le désordre du droit. « Face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne. »¹⁹ Disons-le encore une fois, la formule à bien de quoi surprendre. Serait-on vraiment prêt à dire que ce sur quoi se fonde la possibilité pour le droit d'accomplir sa mission est bien un semblant ? Serait-on disposé à assumer que l'ordre n'est qu'un simulacre ? Ce droit, celui de la simplification mais également celui à simplifier, serait-il prêt à renoncer aux prétentions ontologiques ? Ne serait-ce pas admettre par là-même l'impossibilité d'un principe un et efficient, générateur d'unité et de cohésion, de cohérence et de hiérarchie ? Serait-on prêt à assumer les conséquences qui découlent de ce dire et parmi lesquelles la moindre n'est certes pas l'affirmation que la remise en cohérence, la reconstruction de l'intelligibilité et la restauration de la suffisance normative dépendent d'une fiction, d'un simulacre ? Mais les questions troublantes que déclenchent un tel propos ne s'arrêtent pas là. À lire aussi attentivement que possible ce propos, on ne pourrait pas ne pas demander si cela revient à dire que ce que le droit accomplit maintenant serait en dehors de la mission qui est normalement la sienne ? Attention à la formule « désordre du droit » : désordre qui se serait emparé de cette machine sociale qui réclame la vocation à introduire, à garantir l'ordre, à mettre de l'ordre. Désordre créé par le droit, par la machine à ordre. Le droit serait-il devenu un producteur de désordre, porte-t-il la responsabilité pour le désordre normatif ? On ne s'abusera pas en répondant par l'affirmative, quitte à introduire des précisions supplémentaires.

Aux côtés de ces formules plus ou moins accidentelles, plus ou moins calculées, il faut noter sans attendre que la question du simple et de la simplification se trouve d'entrée de jeu dans le projet juridique de la modernité – au moins dans ce projet qui porte le nom de la codification – comme nous pouvons nous en rendre compte en relisant ce fragment du *Discours* de Portalis :

« A l'ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout. *Tout simplifier* est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir* est un but qu'il est impossible d'atteindre. »²⁰

L'opinion si généralement répandue que met en question Portalis serait ainsi porteuse d'une double injonction : celle du simple et celle de la prévoyance, de l'anticipation. Notons bien que la surdétermination porte le nom de la totalité. Tout prévoir serait, en l'occurrence, prévoir des normes pour tout ce qui est susceptible de se manifester dans l'horizon de l'expérience possible. Il faudrait voir que la vue préalable, anticipatrice est elle-même une simplification de cette expérience prise dans sa possibilité. L'outil de la simplification totale de la totalité de l'expérience possible, cette opinion le voit dans cette vue anticipatrice, dans une construction préalable qui reviendrait comme tâche au rédacteur du code, au producteur des normes. Ingénierie virtualisante de l'expérience anticipée dans sa totalité, et nous le disons en pensant y compris au propos de Granel sur le monde d'artefacts auquel la méthode du simple et du faisable à un accès à son tour total. Ce qui fait ici l'intérêt de la position de Portalis, c'est la disjonction affirmée entre le simple et l'évident. En effet, si, pour Descartes, le simple et l'évident revendique la coïncidence, Portalis se montre pour le moins prudent devant une telle équivalence. Toujours à l'encontre de la perspective cartésienne, on retiendra de la retenue surprise de Portalis que le simple n'appartient pas de par sa nature à l'ordre du faisable. La mise en ordre appartient d'autant plus à une volonté de faire, de rendre possible un faire illimité. De toute évidence, la simplification totale de la totalité dont mention est faite ne va pas de soi, n'est précisément pas une évidence. C'est tout le contraire, car le dispositif instrumental qu'est l'anticipation totale est explicitement dit impossible.

Tout simplifier en matière légale, en matière de rédaction, de mise en vigueur, d'application, serait donc aujourd'hui encore une opération sur laquelle on aurait besoin de s'entendre, et cela en dépit d'un certain activisme, de l'optimisme irréfléchi qui l'accompagne et surtout de l'intempérance qui lui est propre. Or l'entente, la compréhension et le consensus, nous le savons, prennent du temps. On pourrait aisément avancer que dans ce qui se nomme le désordre normatif, il y va d'une certaine position cartésienne ne serait-ce qu'en raison de son refus du complexe. Les deux positions partageraient quelque chose comme une décision de substituer au régime ontologique du complexe un régime méthodologique du faisable, de l'accessible. Il y va certes d'une certaine compréhension du complexe qui le range du côté du nombre, de l'inflation, d'une prolifération nuisible et superflue. Or le complexe qui fait la contemporanéité devrait être compris autrement que selon les indications du manque de clarté, du confus, du sophistiqué ou du chiffré. On ne saurait ne pas pointer en direction d'une confusion entre complexité et

multiplication ; or, il faudrait mieux distinguer les deux car de leur juste compréhension dépendent les pratiques normatives elles-mêmes. Pour en donner une indication préliminaire, notons que seule la multiplication est réversible et réductible.

En fin de compte et pour finir de compter, ne devrait-on pas voir dans la position de Portalis une remise en cause de tout programme de simplification du droit ? Mise en question de la suffisance des textes précis, concentrés, du grand art comme méthode de simplification ? Ce qui reviendrait également à une interrogation sur la justesse de la conception de la normativité juridique comme simplification de l'expérience. À suivre aujourd'hui les résultats du droit de la simplification du droit force est de reconnaître que la simplification s'avère une promesse intenable et, qui plus est, un leurre, car elle n'est pas une promesse quelconque, mais le fondement même d'une certaine modernité, sa condition de possibilité et son protocole de légitimité. Il ne serait certes pas sans intérêt de mentionner ici une autre occurrence fondatrice de cette exigence de simplicité. Et nous pensons au préambule à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lorsque, sur un ton programmatique, il y est dit que le politique se fonde « désormais sur des principes simples et incontestables ». Nous voyons de la sorte que l'exigence de simplicité, de simplification et l'impossibilité ou l'improbabilité qui l'habite ne cessent pas de se retrouver dans l'institution de code normatif à l'époque moderne, quel qu'il soit. C'est dans ce sens précisément que, sans complaisance aucune pour les programmes déclaratoires de simplification, Molfessis note que : « Des mots, on ne tire rien : accessibilité, clarté, intelligibilité du droit ne s'obtiennent pas par proclamation. Sous cet aspect, la démarche dite de simplification du droit a tout d'une grossière mascarade. N'abritant qu'un slogan, dont le sens même est obscur et ambivalent, elle est devenue l'étendard d'une action publique qui cherche à labelliser une réglementation frénétique. »²¹

Si des proclamations et de leurs mots on ne pouvait point tirer la normativité des normes ou l'assurance de l'ordre qu'elles revendiquent, certains de ces mots mériteraient toutefois une attention particulière. Ainsi, dans la proclamation-programme de la Commission des lois que nous avons citée plus haut, la référence à des « dispositions insuffisamment normatives » pourrait se prêter à une lecture non conventionnelle. Comment cette insuffisance normative pourrait-elle contribuer à la reformulation et à l'approfondissement de la thématique du désordre normatif ? Il est bien connu que la réponse automatique, la réaction réflexe à l'insuffisance normative consiste à produire d'autres normes, plus de norme, dans l'espoir de renforcer les normes existantes, de réduire les zones sans normes, de rattraper le hors norme. Mais les nouvelles normes, ces suppléments normatifs, ne font que marquer d'une manière toujours plus insistante, toujours plus indéniable, l'insuffisance que l'on a toujours plus du mal à prétendre accidentelle. Comment donc différer cette volonté de faire prise dans sa précipitation, dans son intempérance de poser de normes, de superposer de normes, d'en produire d'autres qui portent remède à celles en déclin, en perte de terrain – forcément d'application ?

Un tel programme d'investigation avec son double protocole méthodologique s'annonce d'autant plus opportun que quelque chose fait indéniablement faillite dans l'approche organisatrice pour ne pas dire gestionnaire, tout comme dans la description tautologique qui est la sienne. C'est précisément ce que donne à entendre cette notation de Nicolas Molfessis : « Reste une interrogation : quels enseignements tirer des années écoulées entre les deux rapports du Conseil d'État ? La mobilisation des esprits, la réaction des pouvoirs publics, fournissent-elles des solutions adaptées au phénomène décrit en 1991 en des termes éloquents ? C'est la pertinence même des mesures ordonnées ou suggérées qui est en cause. »²² Or, à quoi jugerait-on en dernière instance la pertinence des mesures sinon au bien-fondé des raisonnements qui les auront rendues possibles et applicables ? Et il faudrait distinguer ici encore. Une chose est de décrire le désordre, d'en énumérer les manifestations, d'en inventorier les occurrences, et, dans la foulée, de prescrire des remèdes et une tout autre de le penser, c'est-à-dire d'en éclaircir la provenance, l'enjeu et les conséquences et qui, cette fois-ci, relèvent d'un niveau plus profond de la conception. Penser, est-ce donc nécessairement et immédiatement faire ? Où, plus précisément, la question « comment penser le désordre normatif » relève de la question « que faire », quoi en faire ? Au grand désarroi des fonctionnaires du concret, et de ceux que ces idéologèmes harcellent de par leur insistante et étroite répétition, un décalage s'annonce entre la mobilisation de l'action sous la bannière de l'urgence et la réflexion patiente engagée à éclaircir et à déplier des significations plus complexes. Il semble bien qu'ici aussi la possibilité de la compréhension approfondie de ce qui est en cours dépend de la décision de suspendre un certain faire dans le penser, de le différer, de le dissuader même. Certes, il faut des normes pour le faire.

Peut-être faudrait-il penser à une explication intensive, qui reprenne les conditionnements constitutifs de toute réglementation, de toute régulation, qu'il s'agisse de la sphère juridique, de la sphère économique, politique ou éthique. Cela nous autorise à introduire ici une précision supplémentaire. Ce que le principe de discernement remet en question, c'est le bien-fondé de l'approche qui se focalise massivement si ce n'est exclusivement sur le nombre, prétendant de la sorte expliquer le désordre uniquement en s'appuyant sur l'aspect quantitatif. Remise en question inséparable du dévoilement d'une insuffisance structurelle, car, dans une telle perspective, la norme elle-même est comme isolée, sauvegardée dans sa forme et dans sa vocation. Or, il nous semble obligatoire de voir enfin que ce qui est en cause dans le désordre normatif n'est pas simplement la prolifération de normes, mais la norme elle-même prise dans sa possibilité, et dans sa vocation.

Une avancée décisive dans l'éclaircissement de la provenance du désordre normatif résiderait ainsi dans un renversement de perspective. Une telle mise au point, d'une remarquable netteté, nous la trouvons par exemple dans l'article déjà cité de Nicolas Molfessis :

« Dès lors, bien naïf celui qui contemple l'essor des règles visant à l'amélioration du droit en se réjouissant, comme si l'appel à la simplification et, plus généralement, l'invocation de la sécurité juridique étaient un signe de rédemption du système juridique. C'est parce que la règle se dégrade, que l'inflation normative augmente et que la complexité des textes est croissante, que les pouvoirs publics multiplient les interventions destinées à améliorer la réglementation, à réduire le flot des textes, à simplifier le droit, etc. Un tel dispositif marque ainsi la juridicisation d'un processus de rationalisation du droit censé restaurer le système juridique en soumettant la norme à des réquisits formels et à des tests d'efficience ou d'efficacité. »²³

Toute la question serait dès lors de savoir ce que dégradation de la norme veut dire. Ce qui présuppose connaître ce que, au-delà des définitions plus ou moins réussites, la qualité de la règle signifie vraiment. À défaut de pouvoir suivre ici toutes les voies ouvertes par une telle position, et avant tout par la nomination de ce processus de rationalisation bénéficiant de la marque du juridique, procédons prudemment. Pourrait-on avancer que la dégradation en question a trait lié à quelque chose comme l'épuisement du pouvoir normatif de cet énoncé particulier qui est la règle ? La possibilité de comprendre la dégradation de la norme comme devenir problématique de la normativité, comme épuisement de la force normative des règles, trouverait un certain appui dans sa promotion comme souci primordial du Conseil constitutionnel. « Le Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois, est désormais devenu celui de leur normativité. »²⁴ L'élaboration du questionnement approfondi sur le désordre normatif ne peut pas ne pas mener à une remise en cause de la conception de la norme, à une reformulation de cette conception de l'ordre de la norme tout comme de la norme comme ordre. Et cela non pas au sens où les lois à venir devraient respecter des standards de rédaction, par exemple, plus précis. Si cela pouvait assurer un plus d'intelligibilité, cela ne pourrait toutefois reconstruire la normativité.

Ce qui en dernière instance inquiète dans la prolifération ce n'est donc pas à proprement parler la quantité, mais l'insuffisance normative. Dans la perspective de cette contribution, l'insuffisance normative n'est pas l'une des conséquences de l'intempérance ou de la compulsion à la régulation, mais bien l'une de ses provenances. Dès lors, les positions à cet égard devraient être revues, reformulées. Car il n'est guère sûr que la maîtrise de la production normative, sa standardisation serait également une procédure capable de renforcer la portée normative des dispositifs à vocation réglementaire. Dans cette perspective ainsi ouverte, on commence à voir que ce qui, au loin et à peine consciemment, travaille la préoccupation pour le désordre normatif est l'interrogation concernant la possibilité des régimes normatifs d'assurer l'ordre, c'est-à-dire de satisfaire à l'exigence d'ordre. Les régimes normatifs, semblerait-il, ne satisfont plus à l'exigence d'ordre, ils ne sont plus – à supposer qu'ils l'eussent été – capables de mettre de l'ordre, c'est-à-dire de signifier universellement, de totaliser le divers, de synchroniser les occurrences, de rassembler les singularités. Nous nous sommes remis à la norme, et nous en sommes déçus.

Dans le nombre il y va d'autre chose encore. Excès dans l'excès. Ce qui, dans le nombre, est inquiétant, au-delà de la gêne occasionnée dans la pratique courante, c'est donc bien le spectre de l'inefficacité. C'est ce que laisse entendre cette formule de Delmas-Marty qui dit que « l'efficacité semble inversement proportionnelle au nombre »²⁵. La question du désordre recoupe celle de l'efficacité, de la dignité normative de la règle. À vrai dire le déferlement du nombre, qu'on l'appelle multiplication, prolifération, etc., n'est que la conséquence d'une mise à mal de l'efficacité. L'insistance sur le nombre, sur les chiffres, sert donc également à dédire ce qui hante – l'inefficacité. Le problème de la prolifération n'est pas tout à fait celui du pluralisme juridique si on entend par là l'éclatement du monopole étatique mis sur la production de normes juridiques. La hantise de la quantité excède donc, semblerait-il, les ressources des discours traditionnellement rassemblés sous le signe du pluralisme juridique.

Ainsi, avant de s'en affoler ou de s'insurger contre les mouvements du nombre, il serait raisonné de scruter en direction de ce qui prédispose la norme à la multiplication qui l'épuise, à la démultiplication qui la livre à la dégradation, au discrédit et à l'inefficacité. Qui l'exproprie, dirait-on dans un certain lexique. Et, par conséquent, nous quitterions, ne fût-ce que pour un temps, la question du nombre et donc du calcul, de la gestion. On fait l'économie de cette économie. Nous pourrions entrevoir ainsi que la possibilité de poser des normes nous est désormais soustraite : elle se dérobe²⁶. Cela ne veut pas dire que la production de normes aurait cessé. Tout au contraire, cela veut dire que nous sommes entrés dans la surproduction de normes. La démultiplication est le symptôme et l'effet de la dissolution de la normativité, du retrait de poser une normativité universelle, universellement valide, obligatoire.

Comment donc penser plus attentivement et dire plus rigoureusement la négativité qui s'exprime dans le *désordre* ? Plutôt que du côté du manque, de la ruine, de la désintégration ou du démantèlement, elle se trouverait du côté de l'excès, du débordement. Ce qui résulte du débordement de la norme, ce dont le hors norme est un nom d'occasion, ce n'est ni l'anarchique politiquement ou moralement compris, contenu et réprimé, ni l'anormal lui aussi moralement, psychologiquement ou médicalement accusé, diagnostiqué et traité en conséquence. Le résultat, si on peut dire, est l'énorme. En effet, ce mot pourrait pointer en direction de l'enjeu complexe, et pour cette raison, à déplier patiemment, du désordre normatif. Car, avec l'énorme, il s'agit à la fois de la démesure, d'un excès quantitatif *et* du débordement au sens d'une extraterritorialité de la norme. Dans le désordre, la norme est emportée par l'énorme. D'où parfois les énormités des situations, des décisions, des positions, celles que l'on dénonce, celles que, au nom de l'Etat de droit, de la démocratie, de la sécurité juridique, de la simplicité, on veut corriger, voire rendre impossibles. Le désordre se donnerait alors à comprendre comme excès d'ordre, ou, plus précisément, d'ordonnancement. Prolifération indéfinie d'ordonnements se superposant, se doublant, se répétant, s'encombrant les uns les autres. L'inflation normative dit l'agglomération de mises en ordre sans ordre.

Une possibilité de concevoir la négation hors norme qui affecte expériences et pratiques contemporaines, ces temps hors norme, nous le trouverons, par exemple, chez Derrida.

« Non pas d'un temps aux jointures niées, brisées, maltraitées, dysfonctionnantes, désajustées, selon un *dys* d'opposition négative et de disjonction dialectique, mais un temps sans jointure *assurée* ni conjonction *déterminable*. Ce qui se dit ici du temps vaut aussi, par conséquent ou du même coup, pour l'histoire, même si cette dernière peut consister à réparer, dans des *effets* de conjoncture, et c'est le monde, la disjoncture temporelle. »²⁷

Le lexique et la logique de la négation oppositive avec tout ce qu'elle comporte de violence et de détermination explicite ne sont pas à même de rendre compte de ce qui est en jeu. Dans le langage qui est ici le nôtre, le désordre normatif appartient à ce registre du dysfonctionnement, du désajustement. En revanche, le désordre du normatif dirait précisément l'absentement ou l'indisponibilité de quelque chose comme l'assurance ou la détermination placée dans le régime de la complétude. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la négation affectant l'ordre et la norme ne saurait être appropriée par aucune discipline déterminée. Autrement dit, la pensée du désordre normatif quelle qu'elle puisse s'avérer être s'annonce plurielle, différentielle et donc, hélas, désordonnée, en tout cas sans ordre donné d'avance.

Ainsi, la réflexion juridique sur l'ordre et le droit aujourd'hui est à son tour traversée de part en part par le souci plus ou moins explicite de dire la négativité singulière qui est celle des temps présents, celle que tente d'inscrire et de prescrire le syntagme *désordre normatif*, d'en suivre les conséquences.

« Ce qui domine le paysage, loin de l'ordre juridique au sens traditionnel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique, et trop vite unifié, voire uniformisé, par l'intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes. »²⁸

Le fragment cité ci-dessus a le grand mérite de donner à penser que la tension cruciale n'est pas tant celle entre l'anarchie présente, d'une part, et, de l'autre, l'hierarchie du passé devenue idéal régulateur ou objet de nostalgie mais plutôt entre l'anarchie et l'hégémonie. Les mots d'ordre exhortant inlassablement et comme machinalement à remettre de l'ordre, à rétablir l'ordre, à renforcer les normes, la démocratie ou encore l'Etat de droit montrent dès lors leur insuffisance si ce n'est leur aveuglement. L'institution d'un ordre surplombant les ordonnancements régionaux, conjoncturels et conjecturaux, portera toujours le stigmate de la violence faite à la multiplicité, en raison précisément de l'épuisement strict et indéniable de la possibilité de continuer à représenter et à mettre en œuvre l'ordre pensé de manière traditionnelle. Telle est l'importance décisive de la question de l'hégémonie. Dans ce « temps sans jointure *assurée* ni conjonction *déterminable* » ce qui guette, c'est le déploiement de la raison du plus fort. Déraisonnablement.

Encore faut-il comprendre les raisons pour lesquelles la production normative en est venue à se placer sous le signe de la prolifération anarchique. Il y a une hésitation évidente devant l'acceptation de ce mot dont la signification est toutefois moins celle que les pouvoirs dominants ont toujours voulu lui imposer, et plutôt celle, étymologique, d'absence de principe un, unifiant, effectif, universellement efficace. Or, « anarchique » pourrait ne pas être ici une simple description de la prolifération, autre nom du désordre, mais, bien plus fondamentalement encore, son explication. Ce n'est que pour autant que le principe normatif devient indisponible, inefficace, qu'il y a désormais prolifération de norme. La prolifération est l'attestation de l'anarchie entendue en ce sens.

L'anarchique est la condition de possibilité de l'hégémonique. Et par hégémonique il faut comprendre ici l'institution d'un Un en mal de légitimité et dont la seule force normative serait la force, c'est-à-dire la contrainte, la sanction, l'intervention quel que soit le déguisement dont il use. Ce qui délégitime l'un de l'hégémonie, c'est précisément l'anarchique, la complexité plus que la multiplicité. Comment dès lors reformuler la signification de l'ordre dans sa relation à la norme, comment réaménager sa possibilité ? « Par rapport à ce double risque, d'éclatement d'un côté, d'impérialisme et d'hégémonie de l'autre, les conceptions juridiques traditionnelles ne donnent pas de solution toute faite ; il n'y a pas de modèle préexistant. Comme à l'époque où il fallut unifier des coutumes très éclatées, mais à une tout autre échelle, voici les juristes contraints à inventer du neuf. »²⁹

S'il est bien vrai que la construction de l'ordre, de sa signification et de sa réalité, passe nécessairement désormais par l'invention du neuf, à défaut d'un modèle préexistant, et que cette construction doit compter avec des régimes d'ordre très différents, il faudrait toutefois rappeler que l'unification des coutumes à laquelle elle paraît ressembler ne s'est pas réalisée sans violence. L'unification de coutumes multiples, hétérogènes et irréductibles, ignore toute téléologie naturelle ou naturaliste. Elle est à vrai dire dépendante des violences spécifiques à l'institution étatique, dispositif à son tour hégémonique, violences que les grands récits de l'Etat-nation tentent de dissimuler, de naturaliser, justement. C'est la raison pour laquelle la différence entre l'unification des coutumes et l'ordonnement des régimes normatifs contemporains n'est pas seulement, voire avant tout, d'échelle ou de contenu. Le neuf que les juristes se verraient amenés à inventer devrait être tout simplement radical. C'est dire à quel point cette invention est incertaine. Ce qui serait important de retenir de ce propos, c'est que, même s'il ne saurait s'agir d'un modèle, le problème crucial reste le même, c'est-à-dire l'institution d'un régime normatif, juridique, en l'occurrence, et qui ne soit pas simplement local, conjoncturel, totalement démuné de vocation universalisable, et entièrement dépendant d'une décision souveraine. Comment, autrement dit, assurer à une structure énonciative les déterminations propres de la normativité ? Si la nouveauté ne réside pas uniquement ou essentiellement dans l'échelle, dans le nombre, elle résiderait dans l'indisponibilité, l'indétermination

et l'incertitude d'un principe suprême, d'une loi des lois. C'est d'ailleurs la nouveauté radicale des temps présents et qui, elle, ne relève pas de l'invention mais de la facticité même de l'expérience historique, politique, juridique. « Un temps du monde, aujourd'hui, par ces temps-ci, un nouvel 'ordre mondial' cherche à stabiliser un dérèglement nouveau, nécessairement nouveau, en installant une forme d'hégémonie sans précédent. »³⁰

Si le désordre est pris en compte, décrit, pensé, affronté, arraisonné, serait-ce en vue d'un nouvel ordre ? Serait-ce donc en vue de la restauration ou de la réinstauration d'un autre ordre ? D'un nouvel ordre normatif ? Serait-il possible d'imaginer au moins la possibilité d'un ordre autre que normatif ? D'un ordre normatif autre que juridique ? Le normatif suffirait-il à soustraire l'ordre à la force, à la raison du plus fort, à sa démesure ? Ou le juridique ? Et, finalement, qu'espérerait-on au juste de cet ordre ? Que le monde devienne ou redevienne vivable, convivial, signifiant, rassurant, humain ? Espérerait-on d'un nouvel ordre juridiquement fondé et assuré qu'il rende audible le silence du marché et qu'il fasse taire le fracas des armes ? Est-ce légitime de lui exiger une telle chose ? Tout principe ordonnant la multiplicité s'effondre et il ne saurait ne pas s'effondrer. Il ne peut pas satisfaire à l'exigence qu'il se donne, à l'exigence dont il est le symptôme. Si, comme nous avons avancé, à partir d'une certaine époque, l'Occident s'est montré fidèle, parfois sans autre vertu de la fidélité que l'inertie, à la représentation de toute normativité dans sa figure juridique, on ne saurait aujourd'hui, y compris en prenant en compte le désordre normatif, ne pas poser la question de savoir si le juridique a réellement la possibilité de fonder effectivement tout ordre sur celui qui est prétendument le sien. Le neuf qui devrait être inventé serait donc peut-être moins un nouveau principe d'unification et surtout un savoir à la hauteur de l'instabilité, du dérèglement et de la nouveauté, capable, autrement dit, de déstabiliser le devenir-hégémonique de l'ordre. Ne pas éclaircir une telle question et celles qu'elle annonce ou présuppose, voudrait dire s'aveugler devant l'avènement de quelque chose comme une hégémonie dont le seul fondement ne saurait être autre que l'absence de tout ordre fondamental, fondamentalement assuré.

La contemporanéité, avons-nous avancé, est une époque hors norme. Mais comment ça, hors norme, nous répliquera-t-on ? Maintenant que tout est objet de norme, que chaque élément et chaque séquence de l'expérience, fût-elle sociale, politique ou économique, sont sujets à des réglementations ou des régulations multiples s'entassant pour les déterminer, pour les qualifier, pour les arraisonner ? Et pourtant, aussi paradoxal que cela puisse paraître, la préoccupation liée au désordre normatif porte à croire que tout est hors norme ou au moins perçu comme tel. Que, en dépit d'une production soutenue si ce n'est frénétique et indéniablement sans précédent de normes, en dépit de leur agglutination, de leur superposition, ou précisément en raison de cela même, le normé échappe à la norme, il s'y dérobe. Ainsi commençons-nous à voir de nouveau que la norme est ce qui vient après,

plus tard, si ce n'est trop tard. Contrairement à cette perspective que nous avons été appris, formés, disciplinés à prendre pour la plus naturelle de toutes et selon laquelle la norme est le préalable, la majeure déterminant le fait qui tombe sous son incidence, il semble bien que le rapport soit plus incertain que jamais, laissant pressentir un renversement. Ce qui revient aussi à redire avec une radicalité méconnue de la plupart des positivismes insoucians affichant l'autosuffisance que toute norme est posée, positive, artificielle, fabriquée et vulnérable à sa propre absence de naturalité, à son propre manque de fondement ultime, manque qui ne cesse de l'exposer et de l'exproprier. La conception nouvelle que les mutations suivies sinon subies par le droit serait indissociable de l'affirmation de ces renversements et de ces déplacements.

La contemporanéité, devrions-nous préciser à présent, est une époque du hors norme. Époque où le hors norme refait surface menaçant d'ébranler les fondations même du faire-monde en voie de planétarisation. Il menace en tout cas la performance et la pertinence des grandes représentations dominantes jusqu'ici. Il ne serait pas dépourvu d'intérêt de rappeler ici que, face à la crise financière globale, les prises de positions ont insisté presque à l'unanimité sur une certaine insuffisance normative. Les mesures proposées, effectivement prises ou simplement annoncées, ont dans la plupart des cas visé le renforcement de la réglementation et du contrôle en matière des marchés de capitaux. Tout cela pour dire à quel point le hors norme est le réflexe du raisonnement politico-juridique. Si, par la suite, la nouvelle production normative devrait avant toute autre chose assurer la transparence, cela jette un jour sur les présupposés de ces mêmes programmes d'action, sur la conception courant du fait et de la norme. Et également sur la manière courante de concevoir la possibilité pour les pratiques – financières ici, mais on pourrait légitimement généraliser – de se dérober aux dispositifs normatifs mis en place et en vigueur.

« Ose-t-on l'évidence ? »³¹, demande Nicolas Molfensis. Question incontestablement frappante. Y aurait-il besoin de courage, d'un courage de la vérité, là où il s'agit de dire la provenance de la prolifération désordonnée des normes, le devenir toujours plus problématique de la possibilité d'assurer leur normativité, entendant par là leur force exécutoire, leur force obligatoire ? Quoi qu'il en soit, nous choisissons de placer les développements qui suivent dans le sillage de cette interrogation. Qui est-ce qui engendre donc le désordre normatif ? Non pas tant le nombre de normes mais avant toute autre choses les normes, dirions-nous, en un certain sens. Le normé, aussi, dans un autre sens, encore plus primitif. Le normé résiste à la norme, il cesse de respecter le pacte toujours hypothétique et jamais conclu avec la superstructure de la norme, avec cette superstructure que, avant et par delà tout marxisme, est la norme. Le normé, on l'a dit de multiples façons, est l'hétérogène de la norme. À cette différence près que dans cette hétérogénéité nous voyons ici la provenance même de la norme et non pas simplement son cas, le risque de sa chute. Voulant devenir réelles, voulant devenir le réel, ce plus que réel qu'est le devoir-être, les normes se font faits,

échouant ainsi dans un régime de double fictionnalité : ni normes, ni faits. Hantée par cette obsession de manquer le réel, de manquer de réel, la norme s'adonne au fait. Elle se fait fait normatif. Au lieu d'un compte de faits nous aurions affaire avec un conte de fées. À prendre en considération la préoccupation suscitée par la dimension descriptive des règles et qui souvent est tenue responsable pour la diminution de leur portée normative, il semblerait effectivement que la norme est encline à narrer un fait, à en faire la légende. La norme s'échange en fait. Mais ce fait, et c'est notre thèse centrale, la norme l'a toujours été et en dépit de tous ses grands récits, qu'ils soient naturalistes, jusnaturalistes ou positivistes. Ce qui arrive, en ce sens, à l'époque contemporaine comme entame du prestige symbolique et sacré de l'institution normative, n'est que le dévoilement d'une aporie constitutive de la loi. « Toute loi, de par la maximisation fantasmatique dont elle naît, s'inscrit en différend avec les singuliers. Toujours, donc, l'extraterritorialité envahit le continent de l'isomorphisme normatif. »³² Le singulier est l'*énorme* de la norme, cela même qui l'excède, qui l'emporte en la déjouant. S'il y a désormais énormément de normes, c'est en dernière analyse en raison de cette extraterritorialité, du singulier insoumis, et que la norme n'a plus les moyens de déguiser, de réprimer. Ce que l'on appelle désordre normatif provient en dernière analyse de l'effraction de l'extraterritorialité du singulier dans le normatif prétendument isomorphe. On ne dira toutefois pas que c'est une révolte du fait, une émancipation de la tutelle de la norme, car ces mouvements appartiennent encore à la logique de la négation oppositive, dialectique, que nous avons jugé opportun de dire ici insuffisante. Ce qui arrive s'est le déploiement de l'hétérogénéité radicale et à vrai dire infranchissable entre la norme et le fait. Ce différend entre la norme et le fait qu'elle prétend subsumer, arraisonner, connaît un nouvel éclatement mettant ainsi à mal la représentation classique. Tout comme, du même coup, du même coup de force, il fournit une explication de l'avènement de ce que l'on convient d'appeler la régulation comme nom d'occasion et certes impropre d'une nouvelle normativité. De la mise à mal de la maximisation fantasmatique dont la loi dépend et du devenir intenable de l'immaculation factuelle de la norme témoigne aussi la définition que Gérard Timsit, par exemple, donne de la nouvelle régulation :

« Le deuxième caractère de cette nouvelle normativité est ce que l'on pourrait appeler sa contextualité. Là encore, c'est une caractéristique qui découle directement du caractère dialogal de la norme. On ne saurait en effet, dans une situation de dialogue, édicter des normes qui ne tiendraient pas compte de la situation singulière qu'elles sont appelées à régir et du contexte dans lequel elles interviennent. D'où non seulement la contextualisation croissante de la normativité, mais l'émergence et la multiplication de droits que l'on accuse d'être des droits de dérogations ou d'exceptions. Manifestant la singularité de cette normativité, ils peuvent en menacer, il est vrai, la prévisibilité et la sécurité. »³³

Ce qui est hors norme est inscrit dans le régime normatif posé ou, comme on s'est habitué à le dire, il est inscrit au cœur même de la loi au sens large. Et c'est ce différend inapaisable de la norme et du singulier qu'elle tente d'arraisonner qui est en dernière instance l'origine du désordre. Du désordre *du* normatif. Le déploiement des mutations que la science et la doctrine juridiques désignent de manière intéressée comme désordre normatif atteste en fait que toute institution porte en elle-même le possible de sa propre destitution. Et cette possibilité ne peut pas ne pas se réaliser même si pendant très longtemps le dispositif normatif et la représentation justificatrice qui l'accompagne réussissent à la dissimuler, à la réprimer, à l'inhiber si efficacement qu'elles finissent par se prendre pour l'évidence la plus incontestable. Pour reprendre les mots de la citation, la déconsidération de la situation singulière, du singulier, serait devenue intenable. Devenir qui rouvre la possibilité d'affirmer la dimension dialogale de l'institution normative, l'origine factuelle de la norme dont la répression a constitué le propre du modèle légaliste.

Au tout début de ces développements nous avons cité la description quantitative sur laquelle Georges Hispalis comptait pour exposer l'inflation législative. Il faut maintenant rendre raison à cette position en citant également la suite de l'argument :

« Ainsi, si l'apparence est celle d'un recours sans cesse accru à la loi – dès qu'un problème se pose, on fait une loi, entend-on dire souvent – la réalité est celle de lois notablement moins nombreuses aujourd'hui qu'il y a trente ans, mais plus volumineuses, complexes, voire touffues qu'auparavant. L'inflation législative, ainsi définie, apparaît comme un phénomène naturel et largement partagé, dont les causes visibles ou cachées sont multiples ; en endiguer les débordements suppose une prise de conscience et un consensus sur les moyens. »³⁴

Si de cette mise au point on espère une démystification ou une dénégation du désordre normatif numériquement compris, elle n'y réussit qu'en partie. Car si les lois sont en fait moins nombreuses, il n'en reste pas moins qu'elles prolifèrent intérieurement : elles deviennent plus complexes et plus touffues justement en raison de l'incapacité où elles se trouvent de par leur constitution à arraisonner, à appréhender le fait singulier, à le déterminer complètement. Ensuite, la production législative n'est qu'une partie de ce qui est en question dans la surproduction normative. Quoi qu'il en soit, il nous semble légitime de voir dans cette redéfinition de l'inflation législative³⁵ une preuve à l'appui de l'argumentation que l'on vient d'esquisser et qui place la provenance de la prolifération normative mettant en danger l'ordre juridique dans l'éclatement du différend entre la norme et le singulier. Ce qui conduit à la remise en question du rapport entre exigence d'ordre et moyens juridiques et, pour finir, de la conception du droit dans la mesure où dans sa formulation elle est dépendante de cet impératif et de cette promesse d'ordre.

Un autre phénomène communément rattaché au désordre normatif pourrait être invoqué ici pour appuyer l'affirmation selon laquelle la relation du fait à la norme ne peut plus se représenter, à supposer que jamais elle l'eût pu, selon une

géométrie simplifiée, prétendument naturelle : « Une même situation juridique se trouve ainsi placée sous l'empire de diverses règles spéciales qui s'additionnent pour déterminer, par agglutination en quelque sorte, le droit applicable. Un contrat à durée indéterminée conclu par un consommateur, par voie électronique, et donc aussi à distance, sollicite divers corps de règles spéciales, tenant à l'objet du contrat, à la qualité du contractant, à la forme de l'acte, etc. »³⁶ Comment ne pas voir en effet dans la multiplication des empires, dans leur agglutination et leur additionnement, l'attestation du fait radical que le singulier n'est pas subsumable en soi et naturellement à une norme qui en serait la vérité, l'ordre, ce qu'il devrait idéalement et réellement être. D'un point de vue normatif, le fait est indéterminé.

Comment dès lors prendre la mesure de ces déplacements ? À en croire Delmas-Marty, « il suffit d'admettre que la déréglementation ne signifie pas 'moins de droit', mais le passage à un autre type de droit nommé 'régulation'. »³⁷ Nous nous trouverions impliqués dans une question de nomination, de nom et de nom propre. Suspendant un instant l'inertie et la commodité du conventionnalisme, cet autre type de droit, est-il toujours et à vrai dire du droit ? Admettre, procéder par hypothèse et selon un tel protocole conventionnel, est-ce suffisant ? Et à quel dessein devrait-on admettre ? Pour sauver quoi ? La même quantité de droit ? La propriété, l'adéquation du nom ? Ne serait-ce pas sauver d'autres apparences ?

Poursuivons l'investigation. « En somme, loin de réduire la part du droit, la déréglementation marque seulement l'apparition d'un nouveau processus d'engendrement des normes fondé sur l'affaiblissement du principe hiérarchique. »³⁸ De toute évidence, la part du droit ne se réduit guère. C'est tout le contraire, comme peut le prouver l'observation la plus humblement empirique ou statistique. À moins que *la part du droit* ne veuille dire autre chose encore que la présence quantitativement enregistrable de la présence du droit. Mais le problème n'est pas là. Ce qui donne à penser, c'est précisément cet affaiblissement du principe. Et, qui plus est, la fondation des nouvelles normes dans un tel affaiblissement. Qu'en serait-il alors de leur force ? Mais prenons les choses en ordre. « Principe hiérarchique », selon les exigences constitutives de la logique traditionnelle, celle à laquelle la formulation du principe appartient de plein droit, est une expression tautologique. Tout comme, et selon les mêmes exigences constitutives de la représentation des principes, l'affaiblissement d'un principe ne va pas sans la suppression de ce même principe. Pour faire bref, soit un principe est puissant et effectif, soit il n'est pas du tout. C'est pour cela que le mot « seulement » est de trop, attestant une intention distincte de la description et qui pourrait se justifier éventuellement en relation avec une volonté d'apaisement. Si le droit est structurellement lié à la puissance d'un tel « principe hiérarchique », il est légitime de se demander si les conséquences de son affaiblissement ne sont pas à rigoureusement parler plus importantes qu'un simple changement de style. Il se pourrait donc bien que le nouveau processus d'engendrement de normes soit tout simplement non principiel, sans référence à un principe, et donc

sans la projection sécurisante et légitimante d'un ordre hiérarchisant. Le nouveau statut de l'engendrement des normes est marqué par l'indisponibilité de la fondation. Par conséquent, les normes elles aussi affichent un nouveau visage et il se pourrait très bien que les vieilles descriptions des normes ne correspondent plus à ces normes produites dans les conditions d'un affaiblissement du principe, de son devenir-ineffectif.

Comme nous l'apprennent l'épistémologie et l'histoire des sciences, il n'y a pas d'apparition d'un nouveau modèle sans crise de l'ancien, sans remise en question des présupposés fondamentaux du champ de connaissance et de pratique en question. Un nouveau processus d'engendrement des normes ne ferait donc son apparition que suite au devenir-impossible de l'ancien. Un exposé de cette crise, nous le trouverons par exemple dans l'article déjà cité de G. Timsit :

« Une nouvelle normativité sociale – qui se manifeste en effet désormais au travers de phénomènes – ce sont eux que l'on appelle « la régulation » – extrêmement divers mais qui ont tous en commun de vouloir substituer, et pour combattre leurs défaillances, à la normativité spontanée du marché et à la normativité imposée de l'État, une normativité dialoguée – une normativité qui, fondée sur le dialogue de ceux et avec ceux auxquels elle est destinée, puisse retrouver et réinventer sa légitimité face à ceux, et parfois avec ceux-là mêmes qu'elle prétend régir. Deux questions se posent donc. Quel dialogue? Pour la production de quelle norme? »³⁹

Or, dans cette perspective, nous voyons bien que ce qui importe n'est point la part du droit, mais la mesure dans laquelle ce que l'on continue à appeler le droit était dépendant dans sa formulation et dans sa réalisation de cet ancien processus de production normative. Comme on a vu, le nouvel espace où se déploie le nouveau type de droit se définit précisément par l'impossibilité de renvoyer à un principe. Et c'est précisément cette impossibilité qui ouvre un tel espace qui est celui de l'anarchique, plutôt que de l'anarchie. Non seulement nous serions ainsi amenés à penser un autre droit, à penser autrement le droit du présent, mais peut-être en même temps, si nous trouvons le temps, le droit tel qu'on l'a construit, enseigné et pratiqué jusqu'à présent, ce droit des temps modernes qui aurait forgé ou aurait eu la prétention de forger la communauté politique et l'Etat de droit. Peut-on soutenir que la norme reste intacte, égale à elle-même, en dépit du fait que le processus de son engendrement change et cela de la manière la plus substantielle qui soit ?

Ainsi, la réflexion sur le désordre normatif, sur ce temps ou sur ce monde hors norme qui en accusent la frappe, ne mène pas *seulement* à la reformulation, voire au renouveau de la conception du droit et de son ordre, mais aussi à la réévaluation critique des modèles explicatifs et des dispositifs opérationnels impliqués dans l'institution normative à l'époque moderne. Nous voyons encore une fois qu'il ne saurait point suffire de tout simplement admettre qu'il y ait passage à autre chose : autre engendrement de normes, autre conception des institutions normatives – juridiques

ou autres. Le désordre normatif est également le lieu de visibilité, de manifestation des apories inscrites depuis toujours au cœur même de ces configurations. En analysant le désordre normatif, la séparation entre la norme et l'ordre, entre le singulier et la norme, nous commençons à entrevoir que la loi moderne était déjà traversée par une impossibilité, et que la représentation dominante, légaliste, de la sphère juridique était une manière de réprimer l'impossibilité interne. Désormais la représentation dominante serait à son tour devenue bavarde, simplement déclarative. Parmi les documents fondamentaux d'une telle investigation critique on comptera sans doute l'ouvrage de Reiner Schürmann qui dans ses conclusions écrit :

« Au généalogiste des représentations normatives, l'hubris philosophique se déclare dans l'acte de législation, non en des transgressions. Les arrêtés qui ont successivement servi à légitimer l'ordre en Occident se sont imposés par la même terreur que celle avec laquelle Iphigénie lance des traits de regard à ses sacrificateurs. Ces arrêtés ont été promus référents derniers pour leur époque, démesurément. »⁴⁰

L'hubris est celle de l'institution de principes fondamentaux. La démesure n'est donc pas seulement ou avant tout celle de la multiplication quantitative et numériquement enregistrable de normes. La démesure qu'il s'agit de penser est surtout celle de la fondation, de la volonté de tout puiser dans un fondement, ou dans ce que l'on appelle dans une douce ignorance les principes généraux. Dans la généalogie des institutions normatives s'annonce quelque chose comme une résistance à l'institution hégémonique ou au devenir-hégémonique des suppléments normatifs. Ce qui en appelle à un savoir capable de tempérer et de déjouer l'excès de la promesse d'un ordre total, d'un ordre mondial. Les volontés et les protestations plutôt éthiques et théologiques voulant à tout prix voir dans les lois et les normes des sens ultimes, des significations majeures et des valeurs suprêmes n'ont plus de crédit désormais. Il s'agit, avec les normes, de simples ordonnancements, d'arrangement, d'adaptations, de conventions.

La situation qui fait l'intrigue des développements précédents et d'une longue série d'écrits d'orientations et affiliations des plus diverses mais également d'une interminable suite de politiques publiques, cette situation se laisserait résumer comme suit : des normes plus nombreuses mais plus faibles, des normes trop nombreuses et trop inefficaces. À tel point qu'un désordre normatif vient déranger pratiques et représentations que l'on croyait stabilisées. D'où la question à l'allure procédurale : comment tempérer la production normative, qu'il s'agisse de réglementation ou de régulation ? Or, ce qui serait à saisir, à expliquer, ce serait précisément le devenir-problématique de la force des normes, de leur vocation ordonnatrice. Comment en rendre compte ? Sur quoi fonder et comment articuler un savoir ou un savoir-faire à même de tempérer la production normative sans se donner les moyens et le temps de la comprendre dans sa provenance, dans sa possibilité même ? De toute évidence, dans le rapport entre la prolifération et l'insuffisance ce qui est en cause c'est bien la force normative.

Au bout des analyses argumentatives suivies jusqu'ici, il s'annonce légitime de dire qu'il n'y aurait pas de désordre normatif sans désordre du normatif. Et, par conséquent, le désordre normatif ne saurait être élucidé tout comme il ne saurait être rappelé à l'ordre, remis en ordre – théorique et pragmatique –, sans l'éclaircissement de ce qui, dans le normatif, de son dedans, le livre au désordre et l'expose à la destitution, ce que, provisoirement, par improvisation, nous avons appelé désordre du normatif. Aussi opportun et correct que cela puisse être, il est nécessairement insuffisant de se résumer à accuser la demande inflationniste de lois, la production en excès de règles sans portée normative, la perte de compétence ou l'effacement des limites qui seraient appelées à assurer son propre. Dès lors, au lieu de déclamer ou de dénoncer sur un ton gai ou, bien au contraire, paniqué, une crise de la normativité – fût-elle juridique ou autre –, il serait plus approprié de se donner les moyens et avant tout le temps pour repenser ce que c'est que le pouvoir normatif, son rapport au juridique, pour repérer les pièges et les leurres, les positions devenues intenable à l'œuvre dans les conceptions traditionnelles et toujours dominantes de l'ordre, du juridique, de la loi, de la norme et pour démonter cette machine entrée en état d'intempérance⁴¹.

Parmi les effets engendrés par l'introduction du principe de discernement, le moindre n'est pas cette affirmation qui pose qu'il ne saurait y avoir de solution juridique pour le désordre du normatif. Si pour une certaine modernité la juridicisation a pu paraître fonctionner comme une telle solution, aujourd'hui elle ne peut pas cacher son obsolescence. Il y aurait certainement des moyens juridiques à mobiliser pour porter remède au désordre normatif. Mais cela ne saurait jamais restaurer une normativité forte, assurer l'inhérence de la force normative aux énoncés promulgués, signés, opposés.

Reviendrait-on dès lors non pas à Montesquieu mais à Montaigne ? À celui qui écrit : « Or les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont lois. C'est le fondement mystique de leur autorité, elles n'en ont point d'autre. Quiconque leurs obéit parce qu'elles sont justes, ne leur obéit pas justement par où il doit. »⁴² Devrait-on dire aujourd'hui que les normes se maintiennent en crédit, à défaut de quoi elles ne sauraient avoir d'efficacité autre qu'illégitime, non pas parce qu'elles ont force normative mais parce qu'elles sont normes ? Parce qu'elles sont normes, c'est-à-dire parce que nous nous accordons pour assumer cette fiction juridique, juridico-politique, qui veut que certains énoncés soient considérés comme doués de force normative ?

¹ Le texte a été élaboré dans le cadre du projet de recherche exploratoire *La pluralité des sources normatives dans la construction de l'Etat de droit postcommuniste*, projet soutenu par le CNCSIS (PN II Idei 2407). Dans une première version, le texte a été présenté lors du séminaire francophone interdisciplinaire *Comment penser le désordre normatif?*, organisé à Cluj-Napoca du 13 au 16 mars 2009 par l'Institut francophone régional d'études stratégiques – Etat de droit et société civile.

* **Emilian CIOC**, Docteur en philosophie, chercheur en philosophie du droit à la Faculté de Droit de l'Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca ; emilian_cioc@law.ubcluj.ro.

- ² « L'inflation législative et la dégradation de la qualité de la loi sont des phénomènes trop connus et trop analysés pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. » Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in *Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006*, « Sécurité juridique et complexité du droit », Paris, La Documentation française, p. 373.
- ³ La tournure qu'utilise Jean Carbonnier lorsqu'il parle de « Babylone juridique » semble bien pointer en direction d'une certaine confusion. Le désordre normatif serait-il donc le châtement que la démesure de la fierté et de la hardiesse se seraient attiré ? Cité par Mireille DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, t. I, Paris, Seuil, 2004, p. 11.
- ⁴ Laetitia GUILLOUD, « Les révisions constitutionnelles induites par l'intégration européenne : l'introduction du désordre normatif dans la Constitution de 1958 », p. 2. Consulté le 14-03-2010. URL : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/GuilloudTXT.pdf>
- ⁵ *Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006*, éd. cit., p. 272.
- ⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 7.
- ⁷ Jacques DERRIDA, *Spectres de Marx*, Paris, Galilée, 1993, p. 42.
- ⁸ « Lois de simplification, loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, circulaires relatives à la qualité de la réglementation ou à la maîtrise de l'inflation normative mais aussi et encore chartes de la qualité de la réglementation, rapports ad hoc, création de commissions spécialisées, décisions consacrant des normes constitutionnelles sur la sécurité juridique ou ses manifestations... constituent un corpus juridique en charge de la police du système juridique. » Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006*, éd. cit., p. 394.
- ⁹ Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°114, 2005, p. 101. Consulté le 14-03-2010. URL : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Pourquoi-tant-de-loi-s.html>
- ¹⁰ Nicolas MOLFESSIS, *art. cit.*, p. 395. Et l'auteur de détailler : « L'inflation normative ? Cet indicateur, généralement privilégié, est sans appel. On l'illustre de multiples façons : nombre des textes – stock ou flux –, volume des textes, nombre d'amendements législatifs, jusqu'au poids en kilos du Recueil des lois. Ce que l'on pourrait appeler le 'taux de rotation', pour désigner la vitesse à laquelle des règles changent dans un domaine juridique, mériterait sans nul doute une analyse statistique : on sait des secteurs – droit du travail en tête – frappés de réformes permanentes. » *Ibid.*, p. 393.
- ¹¹ Georges HISPALIS, *art. cit.*, p. 115.
- ¹² « Mais cela n'explique pas complètement l'évolution : des facteurs pathogènes viennent amplifier les effets de ces causes objectives et, dans une certaine mesure au moins, légitimes. » *Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006*, éd. cit., p. 231.
- ¹³ « De même, l'ordre juridique communautaire, initialement conçu sur des règles hiérarchisées qui s'incorporent directement dans les ordres juridiques nationaux, a été dénaturé dans sa cohérence. Cette altération est créatrice d'un désordre normatif qui se traduit par une désorganisation dans l'édiction des normes communautaires et par des perturbations liées à l'intégration de ces normes dans le droit interne des États membres de la Communauté. » Valérie NICOLAS, « Le désordre normatif », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°69, 1994, p. 35. Consulté le 14-03-2010. URL : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-desordre-normatif.html>
- ¹⁴ *Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006*, éd. cit., p. 254.
- ¹⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 76.
- ¹⁶ *Simplifions La Loi*. Consulté le 14-03-2010. <http://simplifionslaloι.assemblee-nationale.fr/>

- ¹⁷ « Afin de mettre en œuvre les principes et objectifs de valeur constitutionnelle de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, il lui paraît utile, dans ses domaines de compétence (droit civil, droit pénal, droit commercial, droit des collectivités territoriales, droit administratif...) : d'abroger des dispositions devenues inutiles, redondantes, obsolètes ou insuffisamment normatives ; de proposer la mise en cohérence de dispositions mal coordonnées, voire contradictoires ; de suggérer la réécriture de dispositions peu intelligibles. » Consulté le 14-03-2010. <http://simplifionslaloi.assemblee-nationale.fr/>
- ¹⁸ Gérard GRANEL, *Etudes*, Paris, Galilée, 1995, p. 72.
- ¹⁹ *Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006*, éd. cit., p. 375.
- ²⁰ Jean-Etienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Discours et Rapports sur le Code civil*, Université de Caen, 1989, p. 5-6.
- ²¹ Nicolas MOLFESSIS, art. cit., p. 396. Et parmi ces proclamations voulant l'impossible, on ne pourra pas ne pas compter celle qui vise à tirer des mots d'une phrase la normativité même de la norme. Dans son article premier, la *Proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi* statue : « Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative. » N° 1832 *Proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi*. Consulté le 14-03-2010. URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1832.asp>
- N'aurait-on pas là une situation des plus étranges, si ce n'est une position tout simplement intenable ? Quelle serait cette loi qui stipulerait une chose aussi étrange que la naturalité de la normativité ? Ne devrait-on pas se résigner à n'y voir qu'une gesticulation déclaratoire, passage à la limite d'un positivisme qui s'arroge la possibilité de faire l'impossible en posant que la nature est par nature normative ?
- ²² Nicolas MOLFESSIS, art. cit., p. 392.
- ²³ *Ibid.*, p. 395.
- ²⁴ *La Qualité de la loi*. Les Documents de Travail du Sénat. *Série Études Juridiques*, septembre 2007, p. 31. De ce déclin témoignent toutes les initiatives tendant à renforcer l'autorité de la norme. « Bien plus, les lois se laissent aller désormais au bavardage, en comportant de plus en plus de dispositions purement déclaratives, voire d'annexes descriptives comportant des objectifs et des principes d'action qui peuvent être gratifiants au niveau programmatique, mais qui n'ont rien à voir avec la responsabilité du législateur et créent même une ambiguïté sur la portée de son intervention. La loi n'a pas pour objet d'affirmer des évidences et des projets politiques, mais de fixer les normes rendant possible la mise en œuvre des objectifs poursuivis. Comme vient de le rappeler opportunément le Conseil constitutionnel : 'la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit, par suite, être revêtue d'une portée normative'. » N° 1832 *Proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi*. Consulté le 14-03-2010. URL : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1832.asp>
- ²⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 12.
- ²⁶ « L'insécurité juridique, c'est la règle qui se dérobe. » Nicolas MOLFESSIS, art. cit., p. 391.
- ²⁷ Jacques DERRIDA, *Spectres de Marx*, op. cit., p. 42.
- ²⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, t. II, Paris, Seuil, 2006, p. 7-8.
- ²⁹ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, op. cit., p. 105.
- ³⁰ Jacques DERRIDA, *Spectres de Marx*, op. cit., p. 79.
- ³¹ Nicolas MOLFESSIS, art. cit., p. 398.
- ³² Reiner SCHÜRMAN, *Des hégémonies brisées*, Mauvezin, TER, 1996, p. 64.
- ³³ Gérard TIMSIT, « Normativité et régulation », in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006 n°21, Paris, Dalloz, 2007, p. 130.
- ³⁴ Georges HISPALIS, art. cit., p. 102.
- ³⁵ « L'inflation législative n'est donc pas l'augmentation du nombre des lois nouvelles, mais celle de leur taille. » Georges HISPALIS, art. cit., p. 102.

³⁶ Nicolas MOLFESSIS, *art. cit.*, p. 392.

³⁷ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial, op. cit.*, p. 78.

³⁸ *Ibid.*, p. 83.

³⁹ Gérard TIMSIT, *art. cit.*, p. 129.

⁴⁰ Reiner SCHÜRMAN, *op. cit.*, p. 752.

⁴¹ « La force normative serait-elle si menacée que l'on se hâte à son chevet ? Ou s'agirait-il plutôt, comme le suggère l'Introduction de ce livre, d'en repérer les différentes significations dans un effort, non pour définir et délimiter donc exclure, mais pour ouvrir le débat en accueillant les questions qui aussitôt affluent, 'des plus pointues sur un plan technique aux plus amples sur le plan théorique'. Au risque de remettre en cause quelques-unes des certitudes que l'on croyait acquises, comme l'assimilation de la force normative à la force obligatoire. » Mireille DELMAS-MARTY, « *Post-scriptum* sur les forces imaginantes du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, Catherine Thibierge et alii, Paris, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 847.

⁴² MONTAIGNE, *Essais*, III, ch. XIII., « De l'expérience », Bibliothèque de la Pléiade, p. 1203.

PLURALITE DES SOURCES D'AUTORITE, UNITE DE L'ETAT SOUVERAIN

Ciprian MIHALI*

***Abstract:** The present study seeks to show that the modern political history – or the history of modern politics, or modern politics tout court – is a construction founded on a relationship of inseparability, although a tensed relationship, or even a conflictual one, between the mechanisms of sovereignty and the strategies of authority. We will therefore try to describe the manner in which “sovereignty” becomes the essential attribute of the modern nation-State, by a political, judicial or, to a larger extent, normative reduction of the sources of power, whereas, on the other hand, the monopoly of the very same State conflicts permanently with the “supplementary”, excessive, invading nature of the instances of authority, instances which cannot let themselves be subject to a mere “State control”, or to “authority”, in the institutional sense of the word.*

Keywords: sovereignty, authority, nation-state, precariousness, legitimacy, legality.

Mots-clé : souveraineté, autorité, Etat-nation, précarité, légitimité, légalité

L'étude que nous proposons ici tente de montrer que l'histoire politique moderne – ou l'histoire de la politique moderne, ou la politique moderne tout court – est une construction articulée sur un rapport d'inséparabilité, mais un rapport tendu ou même conflictuel, entre les mécanismes de la souveraineté et les stratégies de l'autorité. Nous allons essayer de décrire la manière dont la souveraineté devient l'attribut essentiel de l'Etat-nation moderne, à travers une réduction politique, juridique ou, plus largement, normative des sources de pouvoir, alors que de l'autre côté, le monopole du même Etat se heurte en permanence au caractère « supplémentaire », excessif et proliférant, des instances de l'autorité, qui ne se laisse jamais ramener au seul modèle étatique, aux « autorités » dans le sens institutionnel du terme.

L'argumentation de ce rapport suivra alors quelques points.

Dans un premier moment, nous allons présenter la construction du principe de souveraineté en théorie politique et juridique et sa fondation sur l'image de l'Un. Une deuxième partie du texte proposera une analyse philosophique du concept d'autorité, partiellement inspirée des œuvres d'Alexandre Kojève et de Hannah Arendt. Une troisième partie s'attachera à l'étude de la précarité qui définit à la fois la souveraineté et l'autorité, et ce non pas comme un déficit ou une défection moderne (sinon postmoderne) de ces concepts, mais comme un facteur constitutif de leur définition même en tant que desideratum, ce moteur de toute l'architecture conceptuelle de la politique moderne.

L'un de la souveraineté

Depuis deux siècles au moins, la souveraineté constitue le concept central de la pensée politique et juridique de l'Etat moderne. Sans cacher sa forte inspiration théologique, la souveraineté est devenue, avec l'avènement de l'Etat-nation européen, la clé de voûte de l'édifice qui s'est construit autour des et par l'intermédiaire des nouveaux acteurs de la scène politique : le peuple et/ou la nation. L'histoire pas si longue mais très riche de la souveraineté moderne nous apprend que son concept s'est décentré par des mouvements incessants de glissement des significations, avec des emprunts théologiques, reconnus ou non, en arrivant à désigner plus ou moins métaphoriquement l'étatisme même de l'Etat, l'attribut suprême de la nation, la qualité du sujet rationnel et autonome, l'indépendance du législateur, etc. L'articulation de la légitimité politique du détenteur de la souveraineté et de la légalité juridique qu'institue le souverain est la source de la légitimité dont jouit le souverain dans l'exercice de son pouvoir. Un pouvoir qui repose sur l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité de la souveraineté et qui – en tant que mécanisme inextricable – revient à l'Etat comme institution apte à mettre en œuvre l'exercice de la souveraineté. La souveraineté dans son sens moderne constitue l'Etat-nation et, réciproquement, l'Etat-nation confère un contenu nouveau à cette propriété du pouvoir qu'il hérite des régimes féodaux.

Certes, la souveraineté n'est pas née avec l'Etat moderne et encore moins avec sa déclinaison nationale. Elle est inséparable, de tout temps, de l'exercice du pouvoir et du commandement politique. Mais ce qui fait le propre du pouvoir étatique moderne c'est, d'une part, la compréhension exclusivement politico-juridique de la souveraineté, et, d'autre part, l'invention de cette figure paradoxale de l'ordre politico-juridique, qui est la souveraineté du peuple. Les deux spécificités – en tant que processus, devenir même de la société moderne – nous ramènent alors à l'idée que nous avançons ici et qui porte sur l'unité/unicité de la souveraineté. Car si, d'abord, la souveraineté est en quelque sorte sécularisée et placée formellement dans le seul espace des mécanismes politiques et juridiques, il n'en reste pas moins que le « résidu » théologique (et qui est plus qu'un résidu, à en croire Carl Schmitt et d'autres auteurs, qui est l'essence même de la politique et de la souveraineté), ce « résidu » donc contribue de manière significative à la construction du schéma unique de la souveraineté étatique. De l'autre côté, la modernité politique a inventé cette figure qu'on peut qualifier de « paradoxale » de la souveraineté du peuple, une figure qui à la fois renforce l'unité de l'Etat souverain et la mine en permanence, on lui opposant la pluralité et la diversité des membres qui compose le peuple, *un* peuple.

Du théologique dans la souveraineté

Dans son ouvrage monumental sur *Les principes philosophiques du droit politique moderne*¹, Simone Goyard-Fabre estime que le sens que nous héritons de la souveraineté est le résultat d'une triple controverse dans la pensée politique de Bodin, Grotius et

Hobbes, qui porte sur l'origine, l'étendue et les titulaires de la souveraineté. Sans reprendre ici les détails de l'analyse développée par Goyard Fabre, arrêtons-nous pour commencer à la question de l'origine de la souveraineté. Cette question, nous dit l'auteur, selon une idée communément acceptée dans la théorie politique, rend compte de la complexité du concept moderne d'Etat et de sa complicité, dans son devenir sécularisé, avec la tradition théologico-politique. La pensée anté-moderne avait mis en avant l'autorité souveraine, et donc unique, de Dieu, qui commande tout et qui permet aux puissances terrestres (rois, princes) de tenir leur pouvoir, leur autorité et leur souveraineté de Dieu seul et en tant qu'*imago Dei*. Le « scandale »² des propos de Grotius ou de Hobbes, et même de Rousseau, qui « osent » supposer que Dieu ne serait qu'une hypothèse, n'est pas tant le scandale théologique qui mettrait en doute l'existence de Dieu, mais celui qui se laisse apercevoir, à long terme et avec des conséquences que nous pouvons à peine maintenant évaluer dans toute leur portée, dans la théorie et la pratique politico-juridiques des États modernes. Car, si au début ce scandale concernait la nature et l'origine divine du pouvoir royal, il sera question, par la suite et pendant un processus qui est synonyme de la modernité politique, de l'interruption du transfert de légitimité sacré de la loi divine vers la loi terrestre, avec une prise en charge, si l'on peut dire comme ça, par la raison humaine, calculatrice et constructrice, de la mission de fabrication des lois, de l'autorité et de la souveraineté. Autrement dit, « jurisconsultes et philosophes d'accordent pour ne plus chercher l'origine de la souveraineté étatique dans le décret impénétrable d'un Dieu transcendant qui présiderait à toutes les destinées du monde humain, jusques et y compris dans ses structures juridico-politiques. Mais, en privilégiant les puissances constructrices de la raison et de la volonté humaine, ils sont encore loin de « désacraliser » le monde et d'affirmer la laïcisation radical du droit de l'État »³.

A ce point, nous partageons l'avis de Goyard-Fabre sur l'incomplète désacralisation du droit politique moderne, surtout si l'on tient compte de cet attribut de la souveraineté que nous avons mis ici en discussion, à savoir celui de l'unité et de l'unicité du pouvoir souverain. « L'affirmation de la souveraineté comme essence de l'État moderne n'implique donc pas la dé-théologisation du monde et du droit politique... L'intelligibilité du concept moderne de la souveraineté qui caractérise, en ce « monde », le pouvoir de l'État n'implique pas de rupture avec la pensée théologique traditionnelle... L'élan humaniste (ou anthropologiste) de la Modernité ne consiste pas à renier Dieu mais à penser la puissance souveraine de l'État en transposant l'idée d'omnipotence divine dans la sphère du droit public en voie de rationalisation »⁴. Tout au long donc du processus de désacralisation du monde moderne, il se passe une transformation jamais achevée ; le résidu de sacralité dont fait état parmi d'autres Carl Schmitt, se manifeste justement dans cet interstice qui se creuse entre, d'une part, une certitude de moins en moins assurée dans l'existence et l'omnipotence de Dieu et, d'autre part, une autonomie de l'homme jamais conquise entièrement. Et cette survivance du théologique, du transcendantal, devient active

lorsqu'il s'agit de revendiquer pour et par l'État non seulement son omnipotence, mais aussi et surtout son exclusivité en matière de souveraineté et de capacité à légiférer. Goyard-Fabre insiste dans son texte sur la définition de la souveraineté étatique en tant que « capacité quasiment sacrée d'être la source vive de tous les pouvoirs »⁵ ; mais ici l'attribut de sacralité renvoie moins à la divinité qu'à son image de pouvoir un et indivisible, inviolable et inaliénable.

L'histoire des États modernes, avec leur dimension nationale, et l'histoire des relations conflictuelles entre ces États, ainsi que leur manière de se rapporter aux sujets de droit, montre combien le rappel à cette exclusivité souveraine s'est emparée à la limite de la force et du monopole de la violence dite légitime lorsqu'elle a pu être contestée de l'intérieur ou de l'extérieur.

Mais sans continuer dans cette direction, nous allons traiter maintenant de l'autre dimension de la souveraineté une, renforcement et en même temps mise en cause permanente de cette exclusivité dont il est question dans la souveraineté.

Du pluriel dans la souveraineté

L'un des défis majeurs de la souveraineté moderne procède de ce que la même Simone Goyard-Fabre appelle ses « titulaires »⁶. L'idée de la souveraineté absolue des rois étant de plus en plus critiquée (et ce malgré des justifications théoriques, comme celles de Grotius ou Hobbes), une revendication se fait jour à travers les nouvelles voix de la théorie et surtout à travers des changements historiques du XVIII^{ème} siècle. Tout cela conduit à ce qu'on a pu appeler un « déplacement du lieu de la souveraineté des princes aux peuples », qui ne concerne pas tant la contestation de la souveraineté en soi, mais son appartenance. C'est Rousseau qui est la porte-parole de cette contestation au nom d'un peuple qui conclut son contrat social et qui par cet acte même exige pour soi la fondation du pouvoir souverain (même si et surtout par l'intermédiaire de ses représentants) et la référence permanente à lui. Car « si l'on l'écarte toute référence à la volonté divine ou aux « décrets de la Providence », il n'est plus d'autres solutions que de fonder l'ordre politique sur la force ou bien sur le consentement »⁷. Mais comme la force n'est qu'une solution provisoire, d'une « vertu légitimatrice faible », avec des effets d'obéissance incertaine auprès des sujets, le consentement peut être mobilisé pour obtenir sinon l'obéissance complète, au moins sa légitimation et l'intériorisation de la norme juridique. « La théorie démocratique de la souveraineté du Peuple présente donc l'incomparable mérite d'incarner, plus que tout autre, l'idée selon laquelle les gouvernés ont consenti par avance à la loi qui les régit en élisant leurs représentants »⁸.

Si la vie sociale se voit réglée à travers cette auto-imposition de la norme juridique et par l'immanéntisation de la source de la loi, il reste néanmoins le problème de la souveraineté du peuple, de son image et de sa non-dispersion. Car si sa source dans

les régimes démocratiques est désormais la multiplicité des membres du corps social, cette source reste formelle, toute aussi formelle que l'est aussi la décision « populaire », qui est le plus souvent (sauf révolution) médiatisée et récupérée par l'élite politique des représentants du peuple. Pour qu'une décision majeure du point de vue politique puisse être prise, pour qu'il y ait donc manifestation, exercice de la souveraineté, celle-ci doit toujours tendre vers ce que Julien Freund a pu appeler « monocratie »⁹. Retenons le mot, sans suivre fidèlement le raisonnement de Julien Freund, un mot qui indique qu'il est « dans l'esprit le commandement qu'il soit exercé par une autorité unique au sein d'une même collectivité politique », qu'une décision émane d'une seule instance, de l'instance la plus forte (même si sa décision peut être arbitraire), de l'instance qui a les moyens d'imposer sa décision et de la faire respecter. La monocratie décrit ce mode de fonctionnement de l'action souveraine qui tend toujours vers la pureté et l'indivisibilité, vers un règne sans partage et sans reste.

D'où alors, pour conclure avec cette partie, la rapport à la fois d'indissociabilité et de tension, de contradiction, entre souveraineté et démocratie, dans le sens étymologique de ce terme, comme *cratie* du *demos*, pouvoir du peuple, pouvoir de ceux justement qui n'ont pas le pouvoir, qui n'ont aucun pouvoir. Une tension qui se résout rarement en faveur du peuple, même si l'action souveraine ne devient pas forcément action autocratique ou répressive. Finalement, il ne s'agit pas dans ce jeu démocratique d'une opposition entre l'un et le multiple, mais du rapport entre une minorité qui gouverne et une majorité qui est gouvernée. « Les gouvernements s'exercent toujours de la minorité sur la majorité. Le « pouvoir du peuple » est donc nécessairement hétérotopique à la société inégalitaire comme au gouvernement oligarchique. Il est ce qui écarte le gouvernement de lui-même en écartant la société d'elle-même. Il est donc aussi bien ce qui sépare l'exercice du gouvernement de la représentation de la société »¹⁰.

La souveraineté reste, malgré toutes ces tensions et conflits intra-étatiques, l'attribut incontournable de l'État-nation moderne. Nous n'insisterons pas dans ce texte sur les enjeux de la souveraineté dans les rapports interétatiques, une question que nous avons traitée ailleurs¹¹. Mais si l'on ne peut pas comprendre encore aujourd'hui la souveraineté sans le recours à la forme étatique d'organisation politique, ni, inversement, l'État sans son attribut fondamental (avec tous les remaniements que la souveraineté ait pu connaître ces dernières décennies et notamment après 1990), cela ne doit pas nous empêcher d'avoir une approche critique de cette inséparabilité. C'est pourquoi, sans pouvoir dresser un bilan aussi provisoire qu'il soit de la souveraineté, nous partageons avec Jacques Derrida une analyse et un questionnement qui concernent le destin contemporain et futur de la souveraineté :

« On ne peut pas combattre, et *de front*, toute souveraineté, la souveraineté *en général*, sans menacer du même coup, en dehors de la figure état-nationale de la souveraineté, les principes classiques de la liberté et d'auto-détermination... La souveraineté état-nationale peut elle-même, dans certains contextes, devenir un rempart indispensable contre tel ou tel pouvoir international, contre telle hégémonie idéologique, religieuse ou capitaliste, etc., voire linguistique, qui, sous couvert de libéralisme et d'universalisme, représenterait encore, dans un monde qui ne serait qu'un marché, la rationalisation armée d'intérêts particuliers »¹².

et la question qui s'en suit :

« Comment décider entre, *d'une part*, le rôle positif et salutaire de la forme « Etat » (la souveraineté de l'Etat-nation), et donc de la citoyenneté démocratique, comme protection contre les violences internationales... et, *d'autre part*, les effets négatifs ou limitatifs d'un Etat dont la souveraineté reste un héritage théologique, qui contrôle ses frontières et les ferme aux non-citoyens, monopolise la violence, etc. ? »¹³

Nous privilégions cette approche interrogative, qui fait état de la nécessité de garder le concept de souveraineté, mais aussi de l'impossibilité de l'utiliser selon les déterminations héritées de la tradition théologico-politique, et non pas celle qui parle d'un « achèvement de la souveraineté »¹⁴.

Pour ce faire, dans la deuxième partie de cette étude nous ferons un détour par la question de l'autorité, de son concept et de ses déclinaisons contemporaines.

Concept et figures de l'autorité

Nous ne pourrions pas entamer l'analyse des figures de l'autorité sans deux idées majeures qui accompagnent toute réflexion autour de ce sujet : la première de ces idées est de nature lexicale et philosophique : la frontière entre l'autorité et le pouvoir n'est pas clairement définie, en sorte qu'on puisse employer indifféremment dans le langage le plus courant ces deux termes. La deuxième idée est plutôt un constat historique, mais toujours avec une racine philosophique ; c'est l'idée de Hannah Arendt, dans son texte connu sur « Qu'est-ce que l'autorité ? » et qui peut se résumer ainsi : il serait plus sage de se demander ce que fut l'autorité, car elle a disparu du monde moderne ou, du moins, elle se trouve dans une crise constante, une crise de toutes les autorités traditionnelles, qui est à la fois et plus généralement la crise de la tradition et de la religion.

Prenons ces idées l'une après l'autre et voyons d'abord comment circonscrire une définition de l'autorité en la délimitant des termes voisins, notamment le pouvoir. Cette tentative de définir l'autorité devrait nous permettre d'argumenter en faveur de sa pluralité constitutive et du jeu des autorités dans une société. Dans un deuxième moment et dans une perspective plus contextuelle, nous mettrons face à face la pluralité de l'autorité à la souveraineté une et inaliénable.

Le concept de l'autorité dans le sillage de la souveraineté

A en croire Jacques Bouveresse, les dictionnaires ne font pas une distinction très nette entre pouvoir et autorité. Ainsi, si le pouvoir peut être défini comme autorité, gouvernement d'un pays, la définition de l'autorité se ramène, à son tour, au droit ou au pouvoir de commander. Une certaine synonymie superficielle s'établit entre les deux au niveau linguistique. Mais cette synonymie, aussi superficielle qu'elle soit, doit beaucoup à une certaine compréhension politique et juridique du pouvoir et de l'autorité, qui s'est transmise dans le langage courant lorsque nous parlons indifféremment du Pouvoir (« les gens du Pouvoir ») et des autorités (les « autorités locales » ou les « autorités centrales »). A chaque fois, les mots décrivent une hiérarchie, une pyramide qui constitue la pyramide même du droit dans une société¹⁵. C'est le même type d'analyse que fait Michel Foucault dans son cours du 21 janvier 1976 au Collège de France, lorsqu'il entreprend la critique des opérateurs de domination qui s'instituent dans le jeu inséparable de la souveraineté et du pouvoir :

« La théorie de la souveraineté se donne, au départ, une multiplicité de pouvoirs qui ne sont pas des pouvoirs au sens politique du terme, mais qui sont des capacités, des possibilités, des puissances, et qu'elle ne peut pas les constituer comme pouvoirs, au sens politique du terme, qu'à la condition d'avoir entre temps établi, entre les possibilités et les pouvoirs, un moment d'unité fondamentale et fondatrice, qui est l'unité du pouvoir. Que cette unité du pouvoir prenne le visage du monarque ou la forme de l'État, peu importe ; c'est de cette unité du pouvoir que vont dériver les différentes formes, les aspects, mécanismes et institutions de pouvoir. La multiplicité des pouvoirs, entendus comme pouvoirs politiques, ne peut être établies et ne peut fonctionner qu'à partir de cette unité du pouvoir, fondée par la théorie de la souveraineté »¹⁶.

Il s'agit donc d'un schéma du fonctionnement du pouvoir, qui permet, selon l'interprétation foucauldienne, non seulement de le comprendre sous un modèle d'unité, mais aussi et surtout, dans notre hypothèse, d'assimiler dans cette unité l'autorité en tant qu'instance politico-juridique.

Jacques Bouveresse, que nous avons cité plus haut, insiste à juste titre à distinguer entre pouvoir et autorité, en faisant toujours référence aux dictionnaires, qui attribuent au pouvoir une « fonction juridique », alors que l'autorité « serait un ascendant, une influence résultant de l'estime, d'une pression morale, de jugements émis par une personne et considérés comme vrais »¹⁷. Deux logiques différentes présideraient le pouvoir et l'autorité : le premier relèverait du *droit*, public ou politique, alors que la deuxième du *fait*, comme « apanage de personnalités ou de groupes censés incarner la sagesse, le désintéressement, la compétence ; d'hommes exceptionnels dotés d'un charisme, d'un magnétisme irrésistible »¹⁸.

Mais cette distinction est plus que factuelle, elle est conceptuelle et l'ignorer nous conduit non seulement à la confusion, mais, plus profondément encore, à une compréhension toute particulière de l'organisation des relations sociales, politiques et juridiques dans une société.

Afin de déceler et de surmonter cette confusion, nous nous arrêterons brièvement sur la définition du concept d'autorité proposée par Alexandre Kojève dans son célèbre texte *La notion de l'autorité*¹⁹, pour en retenir les traits qui nous semblent décisifs pour notre propos. Et l'un de ces traits qu'il faut mettre en avant dès maintenant tient à la dimension politique, étatique de l'autorité. Car, en effet, selon Kojève, « l'Autorité de l'État est *une*, vu que l'État est un »²⁰. Mais, selon le philosophe, ce type d'autorité n'est pas simple ; l'unité/unicité de l'autorité étatique tire sa détermination de l'unité/unicité de l'État. Sauf que cette prétention politique d'exclusivité ne peut aucunement obnubiler les mécanismes sociaux, moraux qui produisent d'autres figures de l'autorité. Expliquons cette idée, en revenant au texte de Kojève.

La définition la plus simple de l'autorité peut se résumer ainsi : « l'autorité est la *possibilité* qu'a un agent d'*agir* sur les autres (ou sur un autre), sans que ces autres *réagissent* sur lui, tout en étant *capables* de le faire ». Et avec une autre version de la même définition : « En agissant avec *Autorité*, l'agent peut changer le donné humain extérieur sans subir de contrecoup, c'est-à-dire sans changer lui-même en fonction de son action »²¹. Des formules qui nous font penser toujours à Foucault et à ses descriptions du pouvoir en tant qu'action sur l'action de l'autre (et non pas sur son corps ou sur son appareil psychique), qui implique la double liberté, de celui qui commande et de celui qui est assujéti à la commande. La formulation de Kojève introduit pourtant une différence décisive : si la liberté peut se manifester de deux côtés de la relation, l'action en revanche ne se situe que du côté de l'agent ; celui qui obéit et qui reconnaît l'autorité, tout en disposant de la capacité de réagir, ne le fait pas. L'intention de Kojève est donc différente et consiste à délimiter le territoire propre de l'action de l'autorité, en la distinguant à la fois du pouvoir et de la force. En situant le pouvoir du côté de la force, il établit un rapport d'exclusion entre celle-ci et l'autorité : « non seulement exercer une autorité n'est pas la même chose qu'user de la force (de violence), mais les deux phénomènes *s'excluent* mutuellement. D'une manière générale, il ne faut *rien faire* pour exercer l'Autorité »²². Une telle exclusion est, selon Kojève, totale : si l'autorité n'a pas besoin de recourir à la force pour se faire reconnaître, car elle est *Autorité* (et il l'écrit en majuscule) tant que son action est directe et ne rencontre pas d'opposition (toujours possible, mais jamais réalisable), la force annule toute autorité, la détruit. L'action violente contre l'autorité est synonyme de sa non-reconnaissance, un triangle d'exclusion qui se complique une fois qu'on fait intervenir la question du droit et, du coup, de la « légalité » ou de la « légitimité » de l'action. Car le Droit

(lui aussi écrit avec majuscule) fait que l'action « légale » ou « légitime » puisse être une action autoritaire, pour ceux qui le reconnaissent *et* pour ceux qui ne le reconnaissent pas, mais le subissent. Le Droit supprime alors l'exclusion totale entre l'autorité et la force, pour autant que c'est lui qui détermine le légitime ou le légal, attributs que Kojève situe du côté de l'autorité, et, en même temps, peut s'emparer de la force pour imposer sa norme ou sa loi. Et l'auteur va encore plus loin, d'un pas qu'on peut estimer comme inévitable, en introduisant encore une distinction, entre légitimité et légalité. Ainsi, toute autorité est légitime, elle peut être légale aussi, mais toute légalité n'est pas nécessairement l'expression d'une autorité reconnue. Kojève va jusqu'à dire, d'une expression très forte par sa plasticité : « la Légalité est le cadavre de l'Autorité »²³. Il comprend par cette formule la réification ou la mise à mort de l'autorité dans une coquille vide qui est celle de la légalité étatique, une légalité qui peut s'éloigner de la légitimité pour un pouvoir au fur et à mesure que son autorité s'évanouit. Autrement dit, un pouvoir est légitime tant qu'il jouit d'autorité ; si celle-ci disparaît (pour des raisons que Kojève n'explicite pas mais qui se laissent facilement comprendre lorsqu'il évoque le mouvement révolutionnaire de contestation du pouvoir), le pouvoir se replie dans le légalisme.

Légitimité et légalité, ou de la précarité dans l'ordre politique

Le rapport entre autorité et souveraineté se complique dans tout ordre politico-juridique si on le décline en fonction des termes utilisés déjà par Kojève, à savoir la légitimité et la légalité.

Partons dans l'analyse de cette complication d'un constat tout simple, issu de l'observation courante, la nôtre et celle d'autres observateurs du devenir politique des sociétés modernes : au milieu du siècle passé, Hannah Arendt remarqua le fait « qu'une crise de l'autorité, constante, toujours plus large et plus profonde, a accompagné le développement du monde moderne dans notre siècle »²⁴. Une perception similaire, beaucoup moins philosophique, avait à la même époque Charles de Gaulle : « Notre temps est dur pour l'autorité. Les mœurs la battent en brèche, les lois tendent à l'affaiblir »²⁵. Un diagnostic sévère, mais pertinent, qui rend compte non seulement d'une transformation plus ou moins contingente de l'organisation politique et juridique des sociétés modernes, mais de la manière même (on dirait presque : de l'essence) dont l'ordre politique se constitue dans ces sociétés. Tel que le remarque Julien Freund, en effet, toutes les grandes idéologies modernes (sinon modernisatrices ou prétendument modernisatrices) dénoncent l'autorité et le pouvoir en place qui la détient, au nom d'un meilleur gouvernement, qu'il soit socialiste, libérale ou autre. Mais, d'autre part, il y va, une fois qu'un nouveau se met en place, de rétablir l'autorité précédemment combattue. Un double jeu donc autour de l'autorité, de contestation et de renforcement, qui mène sans doute à son affaiblissement, à sa

précarisation. Une précarité de l'autorité qui est nourrie aussi de la complication évoquée plus haut, celle entre légalité et légitimité. Le même Julien Freund introduit une distinction nécessaire dans ce contexte entre « être une autorité » et « avoir une autorité ». Si l'on tient compte de cette distinction, on s'aperçoit vite que la nostalgie qui entoure la perte de l'autorité concerne le fait d'être une autorité, plus précisément la disparition des figures charismatiques censées peupler l'espace politique. Or, il nous semble que le phénomène auquel nous assistons (et participons) aujourd'hui dans le vacillement des repères politiques est celui par lequel des figures politiques représentatives (ou devenues telles par le processus électoral) cherchent un renforcement de leur autorité moins du côté de la légitimité, que du côté de la légalité. Expliquons cette affirmation par une citation tirée de l'ouvrage de Simone Goyard-Fabre : « le concept de légitimité constitue un rempart contre le caprice ou l'anarchie, contre l'arbitraire ou l'insensé. Il répond au besoin qu'on les hommes d'assurance, de confiance et de cohérence. Parce que la légitimité traduit le refus de la fantaisie et de l'imaginaire dans la sphère de l'action quotidienne, elle est un facteur de sérieux et de crédibilité... La légitimité porte en soi la marque du juste. Elle s'accompagne donc d'autorité »²⁶. Il y a une solidarité entre les deux, sans doute ; mais cette solidarité reste précaire, jamais assurée, du fait même que l'activité politique n'arrive jamais à satisfaire en entier ce besoin de confiance et de crédibilité ; et ce, justement parce que le mode même d'organisation des régimes politiques démocratique limite (et du coup sape) le mécanisme d'une autorité sans faille, permanente et incontestable. Il intègre ce que Jacques Derrida aurait appelé une « auto-immunisation » de la démocratie, et partant une auto-immunisation de la légitimité, de l'autorité, une opération par laquelle le « corps » politique produit de son intérieur même les « virus » qui lui affaiblissent l'immunité. Une métaphore médicale qu'il convient de garder dans sa dimension expressive, mais qui a l'avantage de décrire de façon plastique le jeu fragile, inhérent à l'autorité et à la légitimité.

S'il y va alors d'un affaiblissement de l'autorité (de l'« être une autorité »), il est compensé par un renforcement dans l'autre sens, de l'« avoir une autorité », et ceci grâce à l'instrument de la légalité. Autrement dit, si « l'autorité politique a besoin de légitimité pour *être* ce qu'elle *doit être* », dans la politique moderne, « la légitimité rejoint la légalité »²⁷. La confiance et la crédibilité qui accompagnent la légitimation de l'autorité se traduisent dorénavant par une rationalisation de l'action politique et juridique, selon une exigence logique du rationnel, formulée ainsi dans le positivisme juridique. De Max Weber à Hans Kelsen ou jusqu'aux auteurs de nos jours, les études sur l'organisation politique mettent en avant la nécessité d'une régularisation du fonctionnement des institutions étatiques, avec une insistance sur leur dimension procédurale, sur la fonctionnarisation du pouvoir, sur la spécialisation des tâches, etc., ou tout ce qui fait de la bureaucratisation un complément indispensable de la légitimité, avec ce double visage de l'impersonnalité du système de la massification de la démocratie.

Avec un schéma plus simple, nous pouvons imaginer le croisement de la légitimité (qui vient d'en bas) et de la légalité (qui vient d'en haut) dans le point d'intensité de la rencontre entre autorité et souveraineté, là où l'autorité ne se résout plus (si elle l'a jamais fait) en légitimité, ni la souveraineté dans le pouvoir absolu d'une Loi.

En parlant ainsi de la précarisation de l'autorité et de la souveraineté, nous ne voulons pas marquer une simple (sinon simpliste) transformation des deux comme affaiblissement des structures du pouvoir qui existaient dans les sociétés traditionnelles. Car à les penser dans ce schéma simple d'une diminution ou d'une perte serait, au fond, garder l'image d'une involution à partir d'un modèle donné, parfait dans un temps zéro, dans un moment initial et initialique du pouvoir politique.

Il serait alors plus utile de décrire et d'essayer de comprendre le devenir de l'autorité dans le sens d'une pluralisation de ses formes et de ses contenus, d'un excès et surtout d'un déplacement de ses figures en dehors du champ politique, là où les médias, par exemples, construisent et déconstruisent (détruisent...) sans cesse et de manière impitoyable les noms, les instances appelées à occuper le devant de la scène sur laquelle se joue le spectacle de l'autorité. Dans un tel contexte, la légalité n'est qu'un dernier rempart, mais qui reste solide et nécessaire d'un type de pouvoir, politique, imaginé, conceptualisé et pratiqué selon un modèle pyramidal dans lequel l'œil souverain comprend (dans les deux sens du mot) l'ensemble hétérogène de la réalité. La pyramide est l'architecture dans laquelle souveraineté et autorité font un. Le réseau, en revanche, de l'existence humaine individuelle – éparpillée et projetée de plus en plus sur des trajectoires qui rendent difficile la sujétion comprise comme attachement d'un sujet à un lieu, à une règle – jusqu'aux sociétés et communautés soumises à des dynamiques politiques, économiques, militaires ou autres qui ne connaissent plus de frontières et qui ne respectent plus les logiques étatiques, le réseau est donc cette figure de la disjonction entre souveraineté et autorité, qui oblige à la fois les politiques, les experts, les intellectuels, à les définir et à les appliquer selon d'autres coordonnées. Une souveraineté en partage, décliné plutôt selon le critère de la responsabilité que selon celui de l'usage (légitime de la force), une autorité qui, elle-même, n'en est plus une et se nourrit des sources et des instances les plus diverses.

* **Ciprian MIHALI**, Maître de conférences, Département de Philosophie, Université « Babeş-Bolyai » Cluj-Napoca ; ciprianmihali@yahoo.fr.

¹ Paris, PUF, 1997.

² *Ibidem*, p. 131.

³ *Ibidem*, p. 131.

⁴ *Ibidem*, p. 132-133.

⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁶ *Ibidem*, p. 137.

⁷ Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997, p. 35.

⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁹ Julien Freund, *L'Essence du politique*, Dalloz, Paris, 2004, p. 131-132.

¹⁰ Jacques Rancière, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique éditions, 2005, p. 59.

¹¹ Cf. Ciprian Mihali, « La souveraineté comme responsabilité », in *Sécurité humaine et responsabilité de protéger*, Paris, Editions des Archives contemporaines.

¹² Jacques Derrida, *Voyous*, Paris, Galilée, 2003, p. 216.

¹³ Jacques Derrida, « Auto-immunités, suicides réels et symboliques. Un dialogue avec Giovanna Boradori », in *Le « concept » du 11 septembre* (avec J. Habermas), Paris, Galilée, 2003, p. 182.

¹⁴ Gérard Mairet, *op.cit.*, p. 162.

¹⁵ C'est ce que soutiennent, par ailleurs, François Ost et Michel van de Kerchove dans leur ouvrage commun, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 : « Traditionnellement, et en dépit des multiples limites que nos ordres juridiques ont toujours imposées au principe de la séparation des pouvoirs, s'est développée une conception essentiellement hiérarchique, linéaire et arborescente de la structure d'un système juridique. Largement intériorisé tant par les gouvernants que par les gouvernés, cette conception a traditionnellement dominé – et domine souvent encore – la pensée juridique dans ses formes d'expression les plus diverses... On comprendra facilement que l'image d'une pyramide, dotée d'un sommet unique, solidement assise sur sa base et stratifiée en plusieurs niveaux intermédiaires, constitue l'expression la plus parlante d'un tel modèle » (p. 43-44).

¹⁶ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* », Paris, Gallimard, p. 37-38.

¹⁷ Jacques Bouveresse, « Lieux de pouvoir, lieux d'autorité », in *L'autorité* (coord. Jean Foyer, Gilles Lebreton, Catherine Puigelier), Paris, PUF, 2008, p. 99.

¹⁸ *Ibidem*, p. 99-100.

¹⁹ Gallimard, Paris, 2004.

²⁰ *Op. cit.*, p. 139.

²¹ *Op. cit.*, p. 58 (A.K. souligne).

²² *Ibidem*, p. 61.

²³ *Ibidem*, p. 63.

²⁴ Hannah Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité ? », in *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 121.

²⁵ Charles de Gaulle, *Le fil de l'épée*, 2^e édit., Paris, 1944, p. 61, cité par Julien Freund, in *L'essence du politique*, Dalloz, Paris, 2004, p. 376.

²⁶ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 222.

²⁷ *Ibidem*, p. 229.

PROCEDURA DE STABILIRE A CAZURILOR DE RĂSPUNDERE CIVILĂ PROFESIONALĂ A MEDICULUI REGLEMENTATĂ DE LEGEA NR.95/2006

Ionuț VIDA-SIMITI*

Résumé: Cet article analyse la procédure spéciale pour établir la responsabilité professionnelle civile des médecins, des pharmaciens et des autres professionnels de santé, règlementée par art. 668-674 du Titre V de la Loi 95/2006 et l'Ordre 1343/2006.

Le non-respect de la loi engage la responsabilité juridique du médecin. Cette responsabilité peut être disciplinaire, civile, de droit du travail, ou pénale. Evidemment, il est possible, et même probable qu'une action illicite entraîne deux ou plusieurs formes distinctes de responsabilité, comme par exemple la responsabilité disciplinaire et la responsabilité civile. Toutefois, la procédure visant à établir chaque forme de responsabilité à part et l'application, en conséquence, de la sanction, est distincte. Ceci dit, le premier problème abordé est celui de la délimitation de la procédure d'établissement de la responsabilité civile professionnelle des médecins des autres formes de responsabilité juridique, notamment la procédure règlementée par les articles 442-451 de la Loi 95/2006, et respectivement la procédure d'établissement de la responsabilité prévue par les articles 267-268 du Code de Travail (Loi 53/2003).

La question suivante soulevée est la nature juridique de la procédure d'établissement de la responsabilité civile professionnelle des médecins. Malgré un apparent encadrement dans la catégorie des procédures juridictionnelles, il manque aux procédures d'établissement de la responsabilité civile professionnelle des médecins les traits inhérents à une procédure administrative (par exemple, le conflit ne se résout pas et le principe de la contradictorialité n'est pas respecté).

La troisième section de l'article analyse les règles de procédure : les participants à la procédure (la Commission de surveillance et de compétence professionnelle pour les cas de négligence), le requérant, le médecin accusé, l'employeur et l'assureur), les termes et les actes de procédure (la classification des termes et des actes), le jugement devant la commission (le document d'investissement de la commission, les séances, l'administration des preuves, la prononciation de la décision), l'accès à l'instance (le contrôle de la justice de la décision de la commission et la nécessité d'un nouveau procès).

Finalement, pour éliminer les déficiences signalées dans la troisième section, une modification de la loi roumaine est proposée, par l'adoption du système institutionnel et de la procédure françaises, brièvement décrits.

Abstract: This article aims at analyzing the special procedure of establishing the professional liability of physicians, pharmacists and other health care personnel, as specified in arts. 668-674 from Title XV, Law 95/2006 and Order no. 1343/2006.

Failure to observe the law attracts the physician's legal responsibility. This may be disciplinary, civil, labor law related, or penal. It is of course possible, even likely, that the same illicit action may entail two or several types of liability, such as both disciplinary and civil. However, the procedure of establishing each type of responsibility separately and subsequently apply the penalty is distinct. Therefore the first issue to be tackled is to delimitate the procedure of establishing professional civil liability for physicians from other procedures of liability establishment, namely the procedure of disciplinary responsibility of the physicians as specified in arts 442-451 of Law 95/2006, and the procedure of establishment labor-law-related responsibility as specified in arts. 267-268 of the Labor Code (Law 53/2003) respectively.

The next issue is the legal nature of the procedure of establishing the professional liability for physicians. Despite apparently belonging to the category of jurisdictional procedures, the procedure of establishing professional liability of physicians lacks the inherent features of an administrative procedure (e.g. the conflict is not resolved and the principle of contradictoriness is not observed).

The third section of the article analyzes the rules of the procedure: the participants in the procedure (Monitoring and professional competence commission for the malpractice cases, the petitioner, the accused physician, the employer and the insurer), the terms and documents of the procedure (classification of terms and documents), judgment before the Commission (the Commission investing document, debate sessions, submission of evidence, the verdict), access to the court of law (its control over the decision of the commission and the necessity of a new trial).

Finally, in order to avoid the deficiencies mentioned in the third section, a change of the Romanian legislation is proposed, which borrows the French institutional system and procedure, also briefly described.

Rezumat: *Prezentul articol analizează procedura specială de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici, farmaciști și alte persoane din domeniul asistenței medicale reglementată prin art. 668-674 din Titlul XV al Legii nr.95/2006 și Ordinul nr. 1343/2006.*

Nerespectarea legii angajează răspunderea juridică a medicului. Această răspundere poate fi disciplinară, civilă, de dreptul muncii sau penală. Firește, este posibil, chiar probabil, ca una și aceeași faptă ilicită să angajeze două sau mai multe forme distincte de răspundere cum ar fi de exemplu răspunderea disciplinară și răspunderea civilă. Însă, procedura de stabilire a fiecărei forme de răspundere în parte și aplicarea, în consecință, a sancțiunii este distinctă. Pentru acest considerent, prima problemă abordată este aceea a delimitării procedurii de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici de alte proceduri de stabilire a altor forme de răspundere juridică, respectiv procedura de stabilire a răspunderii disciplinare a medicului reglementată de art. 442-451 din Legea nr. 95/2006; respectiv procedura de stabilire a răspunderii de dreptul muncii prevăzută de art. 267-268 din Codul Muncii (Legea nr. 53/2003).

Următoarea problemă ridicată este aceea a naturii juridice a procedurii de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici. În pofida unei aparente încadrări în categoria procedurilor jurisdicționale, procedurii de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici îi lipsesc caracteristicile inerente unei proceduri administrative (de exemplu, nu se soluționează conflictul și nu se respectă principiul contradictorialității).

A treia secțiune a articolului analizează regulile de procedură: participanții la procedură (Comisia de monitorizare și competență profesională pentru cazurile de malpraxis, petentul, medicul acuzat, angajatorul și asiguratorul), termenii și actele procedurale (clasificarea termenilor și actelor procedurale), judecata în fața Comisiei (actul de investire a comisiei, ședințele de judecată, administrarea probelor, pronunțarea deciziei), accesul la instanță (controlul judecătoresc asupra deciziei comisiei și necesitatea unui nou proces).

În final, în scopul înlăturării deficiențelor subliniate în secțiunea a treia, se propune o modificare a legislației române prin preluarea sistemului instituțional și a procedurii franceze, descrise pe scurt.

Mots clés : *Procédure juridictionnelle – Impartialité – Contradictorialité – Accès à l’instance juridique*

Keywords: *Jurisdictional procedure – Impartiality – Contradictoriness – Access to the court of law.*

Cuvinte cheie: *procedură jurisdicțională, imparțialitate, contradictorialitate, acces la instanța de judecată.*

I. DOMENIU REGLEMENTAT

1.1. Preliminarii

Art. 668-674 din Titlul XV al Legii nr.95/2006 instituie o procedură specială de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici, farmaciști și alte persoane din domeniul asistenței medicale.

De la început trebuie subliniat faptul că această procedură vizează doar răspunderea civilă a medicului. Nerespectarea legii *lato sensu* angajează răspunderea juridică a medicului. Această răspundere poate fi disciplinară, civilă, penală în funcție de norma juridică încălcată, de prejudiciul creat și de sancțiunea aplicată în caz de angajare a răspunderii. Firește este posibil, chiar probabil, ca una și aceeași faptă ilicită să angajeze două sau mai multe forme distincte de răspundere cum ar fi de exemplu răspunderea disciplinară și răspunderea civilă. Însă procedura de stabilire a fiecărei forme de răspundere în parte și aplicarea, în consecință, a sancțiunii este distinctă.

1.2. Delimitarea de procedura de stabilire a răspunderii disciplinare

Trebuie subliniată delimitarea dintre procedură de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici reglementată de art. 668-674 din Legea nr.95/2006 și procedura de stabilire a răspunderii disciplinare a medicului reglementată de art. 442-451 din Legea nr. 95/2006. Obiectivul acesteia din urmă este de a stabili dacă medicul a încălcat legile și regulamentele profesiei medicale, codul deontologic, Statutul Colegiului Medicilor din România, Deciziile obligatorii ale organelor de conducere ale Colegiului Medicilor din România, precum și orice altă faptă săvârșită în legătura cu profesia; scopul este garantarea prestigiului și onoarei profesiei și a Colegiului Medicilor din România și nu protejarea drepturilor pacienților; finalitatea ei este aplicarea uneia dintre sancțiunile punitiv-educatorii prevăzute de art. 447 alin.(1) din Legea nr. 95/2006: mustrare, avertisment, vot de blam, amendă, interdicția de a exercita profesia sau anumite activități pe o perioadă de la o lună la un an, retragerea calității de membru al Colegiului Medicilor din România și nu repararea prejudiciului pacientului.

Deși ambele proceduri în discuție sunt reglementate de aceeași lege și în amândouă este implicat Colegiul Medicilor din România, între cele două proceduri nu există un raport drept comun (art. 442-451 stabilește o procedură comună pentru orice încălcare a legii) - drept special, derogator și aplicabil prioritar (art. 668-674 reprezintă o procedură doar pentru încălcarea legii care constituie malpraxis). Dimpotrivă, ele sunt două proceduri distincte și se pot urma în paralel sau consecutiv. Aceasta tocmai deoarece nu există o relație de interdependență (cum, de exemplu, hotărârea penală are autoritate de lucru judecat pe latură civilă în ceea ce privește existența faptei, identitatea și vinovăția făptuitorului), iar sancțiunile, care au o natură și finalitate diferită, se pot cumula fără a reprezenta o dublă sancționare.

1.3. Delimitarea de procedura de stabilire a răspunderii de dreptul muncii

Procedura reglementată de art. 668-674 din Legea nr. 95/2006 nu trebuie confundată cu cea prevăzută de art. 267-268 din Codul Muncii (Legea nr. 53/2003). Obiectivul acesteia din urmă este de a stabili dacă medicul a încălcat legile și regulamentele interne, contractul individual și colectiv de muncă, ordinele și dispozițiile conducătorilor ierarhici; scopul este garantarea drepturilor angajatorului prin îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor angajatului și nu protejarea drepturilor pacienților; iar finalitatea ei este aplicare uneia dintre sancțiunile punitiv-educatorii prevăzute de art. 264 din Codul Muncii (Legea nr. 53/2003): avertismentul scris, suspendarea contractului individual de munca pentru o perioadă ce nu poate depăși 10 zile lucrătoare, retrogradarea din funcție, cu acordarea salariului corespunzător funcției în care s-a dispus retrogradarea, pentru o durată ce nu poate depăși 60 de zile, reducerea salariului de baza pe o durată de 1-3 luni cu 5-10%, reducerea salariului de baza și/sau, după caz, și a indemnizației de conducere pe o perioadă de 1-3 luni cu 5-10%, desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă și nu repararea prejudiciului pacientului.

În această situație procedurile sunt reglementate de legi distincte, dar, din nou, pot exista confuzii pe de o parte datorită implicării în ambele proceduri a angajatorului sau, mai precis spus, a autorității ierarhic superioare angajatorului¹, iar pe de altă parte datorită obiectului investigației: încălcarea *lato sensu* a legislației în cazul procedurii de dreptul muncii, încălcarea *stricto sensu* a legii în cazul procedurii de stabilire a existenței unui caz de malpraxis.

II. PROBLEMA NATURII JURIDICE A PROCEDURII

2.1. Aparenta încadrare în categoria procedurilor jurisdicționale

Primul impuls este acela de a cataloga această procedură drept o jurisdicție administrativă specială deoarece este încredințată Comisiei de monitorizare și competență profesională pentru cazurile de malpraxis. Comisia este înființată prin lege organică pentru un scop de interes public, dar nu are personalitate juridică (legea nu îi conferă direct și expres personalitate juridică și, mai mult decât atât, deși are un scop propriu și o organizare proprie, ea nu are patrimoniu propriu-element constitutiv al personalității juridice²), motiv pentru care, practic, este subordonată Ministerului Sănătății (funcționează la nivelul autorităților de sănătate publică județene, este condusă automat de directorul adjunct al acesteia, face rapoarte anuale către Ministerul Sănătății, care îi reglementează activitatea la nivel terțiar). Art. 2 alin.(1) lit. b din Legea nr. 554/2004 arată că o autoritate publică este fie un organ de stat sau al administrației publice locale, fie o persoană juridică de drept privat cu statut de utilitate publică sau care prestează un serviciu public. Este limpede că dacă persoana de drept privat are personalitate juridică, atunci și organul de stat sau al administrației publice locale (pentru care nu se menționează

expres) trebuie să aibă personalitate juridică, deoarece el nu este un simplu departament care întocmește acte tehnice prealabile fără efecte juridice, ci este o autoritate administrativă cu voință proprie care se manifestă prin emiterea de acte cu efecte juridice. Dar, totuși, fiind subordonată Ministerului Sănătății sau autorităților de sănătate publică județene, Comisia poate fi considerată un organ de stat cu o natură sui generis, care beneficiază de o reglementare specială și derogatorie de la dreptul comun, Legea nr. 554/2004.

2.2. Lipsa caracteristicilor inerente unei proceduri administrative

Însă existența unei proceduri administrative speciale nu implică doar existența unei autorități administrative ci și o activitate conformă cu art. 2 alin.(1) lit. e din Legea nr. 554/2004, care definește jurisdicția administrativă specială ca fiind *“activitatea înfăptuită de o autoritate administrativă care are, conform legii organice speciale în materie, competența de soluționare a unui conflict privind un act administrativ, după o procedură bazată pe principiile contradictorialității, asigurării dreptului la apărare și independenței activității administrativ-jurisdicționale”*. În cazul nostru niciuna dintre aceste condiții nu este îndeplinită.

2.2.1. Nesoluționarea conflictului

Legea nu conferă Comisiei competența de a soluționa un conflict privind un act administrativ. Pe de o parte, este adevărat că de facto suntem în fața unei excepții-regulă: medicii care își desfășoară activitatea în sistemul public de sănătate și care nu prestează un serviciu medical în temeiul unui contract sau cel puțin în temeiul unui contract civil, ci în temeiul unui serviciu public asigurat de către stat, dar procedura se referă și la medicii care își desfășoară activitatea în sectorul privat într-un cabinet medical fără personalitate juridică (individual, grupat, asociat, societate civilă de medicală)³ sau într-o unitate medico-sanitară societate comercială⁴. Acesta este motivul pentru care este limpede că atribuțiile Comisiei nu se limitează la contractele administrative din sistemul de sănătate publică, asimilate actelor administrative în temeiul art. 2 alin.(1) lit. c din Legea nr.554/2004. Mai mult decât atât Comisia nu are competența de a soluționa un litigiu, ci în temeiul art.672 din Legea nr.95/2006 doar constată existența unui caz de malpraxis. Cu alte cuvinte Comisia stabilește existența faptei ilicite (actul medical defectuos în procesul de investigare, diagnosticare, tratare) și a vinovăției (neglijență sau imprudență), dar nu are competența de a cuantifica prejudiciul și de a obliga medicul sau asiguratorul la repararea lui.

2.2.2. Nerespectarea principiului contradictorialității

Procedura respectă într-adevăr principiul confidențialității încât nici măcar medicul împotriva căruia s-a făcut sesizarea nu este înștiințat. Medicului nu i se aduce la cunoștință învinuirea (încadrarea în drept și motivarea în fapt), nu se acordă un termen pentru pregătirea apărării prin prezentarea verbală sau scrisă, personală sau

printr-un avocat, a poziției sale față de acuzație, nu există nicio reglementare a modului în care el poate ridica excepții, invoca apărări pe fond, formula cereri în probațiune. Unica probă administrată o reprezintă Raportul de expertiză (el concluzionează și analiza celorlalte probe documente și declarațiile persoanelor implicate) și cu toate acestea medicul nu are reglementată modalitatea concretă de exercitare a dreptului de recuzare a expertului sau experților în temeiul art. 205 alin.(1) raportat la art. 27 C.pr.civ. sau de a solicita un expert asistent în temeiul art. 18 din OG nr.2/2000; și nu are posibilitatea de a propune obiective și de a depune înscrișuri. Simpla audiere a medicului, care nu reprezintă în niciun fel o compensare pentru încălcarea tuturor drepturilor minimale din cadrul unei proceduri echitabile, este lăsată discreționar la latitudinea expertului sau experților, ceea ce reprezintă o încălcare gravă a dreptului la apărare garantat de art. 24 alin.(1) din Constituția României⁵ indiferent de procedură sau jurisdicție.

De partea cealaltă persoana vătămată sau succesorii acesteia nu beneficiază de un organ jurisdicțional imparțial. Deoarece deși în componența Comisiei intră doar reprezentanți ai *sistemului* : 2 reprezentanți ai Colegiului Medicilor (care are ca prioritate protecția prestigiului și onoarei profesiei), 2 reprezentanți a Casei de Asigurări de Sănătate (care finanțează activitatea medicală), 2 reprezentanți ai autorității de sănătate publică județeană (care ar putea reprezenta în cazul medicilor din sistemul de sănătate publică angajatorul sau autoritatea superioară angajatorului, la rândul său potențial debitor al obligației de reparare a prejudiciului pentru o culpă directă sau în calitate de comitent), însă niciun reprezentant al său sau cel puțin al pacienților în general.

Am analizat aplicarea principiilor dreptului la apărare și al autorității imparțiale din perspectiva celor două părți, părți cu interese contrare deoarece una încearcă stabilirea unui drept potrivit față de cealaltă, motiv pentru care procedura ar trebui să fie una contencioasă. Cu toate acestea nu există o reflectare a principiului contradictorialității: punerea în discuție, exprimarea poziției și discutarea problemelor de drept (excepții sau susțineri pe fond) și a probațiunii (aspecte legate de admisibilitate, de modalitatea de administrare și interpretare, de concluzii, de dreptul la proba contrară) etc.

2.3. Caracterul alternativ al procedurii

Art.673 alin.(2) din Legea nr.95/2006 prevede expres că această procedură nu împiedică accesul la justiție potrivit dreptului comun. Reglementarea era necesară pentru trei considerente. În primul rând deoarece accesul liber la instanță este un drept garantat de art. 21 alin.(1) din Constituția României și art. 13 din Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Aceasta cu atât mai mult cu cât jurisdicțiile administrative speciale sunt în temeiul art. 21 alin.(4) din Constituție facultative. În al doilea rând pentru că este o procedură neechitabilă datorită nerespectării principiilor contradictorialității, asigurării dreptului la apărare

și independenței activității administrativ-jurisdicționale. De asemenea din punct de vedere pragmatic cel mai important motiv este lipsa ei de finalitate deoarece Decizia prin care Comisia încheie procedura medicul, unitatea sanitară sau asiguratorul nu pot fi obligați la repararea prejudiciului. Însă, nici sub aspect pur formal-procedural nu există o finalitate deoarece această procedură nu este necesar a fi urmată ca o procedură prealabilă, care să condiționeze legala investire a instanței de judecată ca și în cazul procedurilor prevăzute de art. 720 și urm. C.pr.civ. în materie comercială sau art. 7 din Legea nr. 554/2004 în materie de contencios administrativ. Nici sub aspect probatoriu nu este indispensabilă deoarece nu reprezintă o procedură specială de asigurare de dovezi derogatorie și care ar înlătura aplicarea dispozițiilor art. 235-241 C.pr.civ., iar în locul expertizei extrajudiciare efectuate în cadrul ei poate fi dispusă o expertiză judiciară de instanța de judecată.

În concluzie, procedura reglementată de art. 668-674 din Legea nr.95/2006 este una sui generis, exercitată de o entitate la rândul său *sui generis*, fără respectarea principiului dreptului a apărare și al contradictorialității, este gratuită, opțională, nu înlătură sau condiționează ca procedură prealabilă accesul direct și nemijlocit la instanța de judecată, dar lipsită de finalitate prin aceea că nu poate obliga medicul la repararea prejudiciului.

III. REGULILE DE PROCEDURĂ

3.1. Participanții la procedură

3.1.1. Comisia de monitorizare și competență profesională pentru cazurile de malpraxis

Asupra naturii juridice a Comisiei de monitorizare și competență profesională pentru cazurile de malpraxis am insistat anterior (supra.2.1.), motiv pentru care în continuare voi analiza structura, organizarea și funcționarea ei.

Comisia este compusă din 13 membrii: 2 reprezentanți ai autorităților de sănătate publică județene sau a municipiului București, după caz, dintre care unul este, obligatoriu, directorul adjunct al autorității de sănătate publică respective, numiți prin decizie a conducătorului acestor instituții; 2 reprezentanți ai casei județene de asigurări de sănătate sau a municipiului București, după caz, numiți prin decizie a președintelui-director general al casei respective; 2 reprezentanți ai colegiului județean al medicilor, numiți prin decizie a președintelui instituției respective; 2 reprezentanți ai colegiului județean al medicilor dentiști, numiți prin decizie a președintelui instituției respective; 2 reprezentanți ai colegiului județean al farmaciștilor, numiți prin decizie a președintelui instituției respective; 2 reprezentanți ai ordinului județean al asistenților și moașelor din România, numiți prin decizie a președintelui instituției respective; un expert medico-legal, numit prin decizie a conducătorului

instituției din care face parte. Prima problemă în legătură cu structura Comisiei o reprezintă *instituția* care desemnează expertul medical-legist. Aceasta deoarece legea nu individualizează precis și explicit, ca în cazul celorlalți membrii, persona juridică reprezentată, ci doar o indică generic sub denumirea de *instituția "din care face parte"*, iar instituțiile în care activează medici legiști, în temeiul art. 5 din OG nr.1/2000, sunt numeroase și cu o competență variată⁶: Institutul Național de Medicină Legală Mina Minovici și Comisia superioară medico-legală, Institutele de medicină legală din centrele universitare și Comisiile de avizare și control, Serviciile județene de medicină legală. Fiind vorba despre o Comisie județeană care funcționează la nivelul autorității de sănătate publică județeană s-ar putea susține că expertul medico-legal este numit de serviciul de medicina legală județean subordonat, din punct de vedere administrativ, direcției de sănătate publică. Însă, pe de o parte Ordinul nr.1343/2006 face expres distincția între cei doi reprezentanți ai direcției de sănătate publică desemnați în temeiul art.3 lit. a și expertul medico-legal menționat la art.3 lit.g. Pe de altă parte ce se întâmplă în situația în care în respectivul județ există un centru universitar în care funcționează un Institut de medicină legală subordonat direct Ministerului Sănătății, cine desemnează expertul direcția de sănătate publică, care are deja doi reprezentanți, sau institutul? În stadiul actual al legislației nu există un răspuns la această întrebare: art. 668 alin(2) din Legea nr.95/2006 nu indică instituția care desemnează medicul legist, iar art. 3 lit. g din Ordinul nr.1343/2006 este cel care a ridicat toate aceste probleme.

Mandatul membrilor Comisiei este de 4 ani și încetează, în temeiul art. 7 din Ordinul 1343/2006, una din următoarele ipoteze: la expirarea termenului pentru care a fost numit; prin demisie; prin revocare de către instituția/organismul profesional care l-a desemnat; în cazul imposibilității definitive de exercitare a mandatului printr-o împrejurare care creează o indisponibilizare cu o durată de 90 de zile consecutive. Nicăieri nu se prevede că membrii Comisiei sunt independenți în exercitarea mandatului lor, dimpotrivă titulatura lor, înafara expertului medico legal, este aceea de reprezentant al instituției, care are și un instrument de control asupra mandatarului: revocare necondiționată de încălcarea vreunei norme juridice. Astfel, nu avem doar o nominalizare așa cum în temeiul art. 142 alin.(3) din Constituție Camera Deputaților, Senatul și Președintele României doar numesc membrii Curții Constituționale, fără a mai avea vreun control asupra lor deoarece aceștia sunt independenți în exercitarea mandatului; și nici nu avem un mandat de natură publică ca acela de parlamentar⁷. Există deci un mandat de drept privat între membrul Comisiei și instituția pe care o reprezintă. Mergând mai departe ne punem întrebarea dacă acest mandat privat este unul civil sau de dreptul muncii. Răspunsul în găsim în art.16 alin.(1) teza II din Ordinul 1343/2006 unde se indică faptul că reprezentanții sunt "*considerați în deplasare în interes de serviciu*". Deci raportul dintre membrul Comisiei și instituția pe care o reprezintă își are izvorul într-un contract de muncă⁸. Acest aspect este foarte important deoarece de exemplu Colegiul Medicilor este constituit din medici, dar nu are angajați medici; este

condus de medici, dar acești nu își desfășoară activitatea în baza unui contract individual de muncă; poate avea angajați secretari, contabili sau casieri, juriști etc., dar nu medici în exercitarea profesiei lor deoarece nu oferă servicii medicale și atunci se pune legitima întrebare care este competența în medicină a acestor angajați aflați doar în *deplasare* în a emite judecăți de valoare de natură tehnică asupra unui act medical. Problema este accentuată de art. 6 din Ordinul 1343/2006 care enumeră condițiile ce trebuie îndeplinite de membrii Comisiei: să fie cetățeni români cu domiciliul în România; să aibă o bună reputație și pregătire profesională; să aibă cel puțin 5 ani vechime în domeniul său de activitate; să nu fi săvârșit în exercitarea profesiei un act de malpraxis stabilit printr-o hotărâre judecătorească definitivă; să nu aibă cazier judiciar, adică se cere reputație, pregătire, vechime în domeniul profesional dar nu se spune care este acesta. Mergând mai departe și presupunând că totuși reprezentanții sunt medici, pe de o parte activitatea unui medic primar nu poate fi analizată de un medic specialist și activitatea unui medic specialist în ortopedie nu poate fi analizată de un medic specialist în cardiologie; iar pe de altă parte medicul reprezentant al Colegiului Medicilor indiferent de gradul și categoria de specializare nu poate analiza dacă un act profesional al unui farmacist este sau nu un act de malpraxis în domeniul farmaceutic sau asistentul medical reprezentant al Ordinului asistenților și moșelor nu poate analiza dacă un act profesional al unui medic dentist este sau nu un act de malpraxis în domeniul stomatologic. Este adevărat că se efectuează o expertiză de către unul sau mai mulți specialiști, dar Raportul experților nu este unul conform, adică aprecierea acestei expertize o face Comisia, care nu este obligată să-și însușească sau să se supună concluziilor experților, ci exprimă propriile concluzii tehnice.

Comisia după este și denumită are două categorii de competențe: a). atribuții de monitorizare și informare a Ministerului Sănătății: întocmește un raport anual detaliat pe care îl prezintă Ministerului Sănătății Publice până la data de 1 februarie a anului următor celui pentru care se întocmește acest raport; ține evidența tuturor sesizărilor adresate comisiei și monitorizează cazurile de malpraxis stabilite prin deciziile adoptate; răspunde de respectarea reglementărilor în vigoare cu privire la asigurarea confidențialității asupra tuturor informațiilor care au legătură cu cazurile deduse judecății; și b). o competență jurisdicțională. În exercitarea acestei competențe ea emite trei categorii de acte: a). dispoziții în cadrul procedurii, prin care se obligă părțile sau terții să predea documente sau să se prezinte la audieri, b). hotărâri a căror scop sau efecte nu sunt menționate de art. 22 din Ordinul 1343/2006, care doar le prevede existență, c). decizii de finalizare a procedurii, prin care se dezinvestește și stabilește dacă există sau nu un caz de malpraxis.

3.1.2. Petentul

Părțile în această procedură sunt persoana care se consideră victimă sau succesorii persoanei decedate ca urmare a unui act de malpraxis și medicul acuzat.

Art. 670 din Legea nr.95/2006 conferă calitate *procedurală* activă la două categorii de persoane: a). persoanele care se consideră victime a unui act de

malpraxis, legea nu face nicio distincție dacă prejudiciul lor este patrimonial sau moral, dacă li s-a încălcat un drept sau un interes legitim, dacă sunt victime directe (persoana vătămată este pacientul) sau indirecte, persoane fizice sau juridice; și b). succesorilor persoanei decedate ca urmare a unui act de malpraxis imputabil unei activități de prevenție, diagnostic și tratament, nici în acest caz legea nu face distincție dacă moștenitorul are vocație legală sau testamentară, dacă este legatar universal sau cu titlu universal, dar nu ar putea fi cu titlu particular deoarece acesta nu continuă personalitatea lui *de cuius*⁹. Această a doua categorie ridică o mare problemă deoarece dacă actul de malpraxis a avut ca efect un deces înseamnă că există o infracțiune de Ucidere din culpă în formă agravată prevăzută de art. 178 alin.(2) C.pen. Este adevărat că tragerea la răspundere penală nu înseamnă repararea prejudiciului, dar începerea urmăririi penale suspendă procesul civil în temeiul art. 19 alin.(2) C.pr.pen. și art. 244 alin.(1) pct.1 C.pr.civ., cu atât mai mult ar trebui suspendată sau nici măcar inițiată o procedură extrajudiciară. Mai mult decât atât soluția instanței penale va avea autoritate de lucru judecat în ceea ce privește existența faptei, identitatea și vinovăția făptuitorului, adică exact ce trebuie să stabilească prin decizie Comisia, astfel încât reluarea procedurii nu va mai fi lipsită de interes. Totuși, în situația în care organul de urmărire penală a dispus prin rezoluție o soluție de neîncepere a urmăririi penale în temeiul art. 228 alin.(6) C.pr.pen.; de încetare a urmăririi penale în temeiul art. 243 alin.(1) C.pr.pen. pentru unul din cazurile prevăzute de art. 10 alin.(1) lit. f-h, i¹, dar nu și j (se referă la existența autorității de lucru judecat); de scoatere de sub urmărire penală în temeiul art. 249 C.pr.pen.; și acestea nu au fost atacate în instanță urmându-se procedura prevăzută de art. 278¹ C.pr.pen., procedura poate fi reluată deoarece nu mai există o urmărire penală și există interes deoarece nu există autoritate de lucru judecat a penalului asupra civilului.

3.1.3. Medicul acuzat

Calitate procedurală pasivă o are mediul împotriva căruia s-a formulat sesizarea, însă această calitate nu implică niciun drept: nu are dreptul de a se adresa Comisiei, nu are dreptul de participa la judecată (în cadrul procedurii și nu la deliberare), nu are dreptul la apărare etc. și doar două obligații: aceea de a preda documente și de a fi audiat dacă expertul sau grupul de experți consideră necesar.

3.1.4. Angajatul și asigurătorul

În mod paradoxal, deși este în interesul ambelor părți, atât al medicului cât și al petiționarului, nici angajatorul medicului (în situația în care medicul nu este titularul cabinetului medical individual, grupat sau asociat), cu care pacientul are încheiat contractul medical, dar mai cu seamă nici societatea de asigurare, cu care medicul a încheiat asigurarea de răspundere pentru cazurile de malpraxis, nu este parte în cadrul procedurii. Este adevărat că acesteia din urmă i se comunică o copie

a Deciziei Comisiei, dar ne întrebăm cum este posibil acest lucru de vreme ce pe de o parte medicului nu îi este reglementată posibilitatea de a se adresa Comisiei pentru a indica societatea de asigurare la care este asigurat, iar pe de altă parte nici Comisia nu are dreptul de a-l interoga, doar expertul sau grupul de experți îl poate audia cu privire la aspectele legate doar de actul medical.

3.2. Termenele și actele procedurale

3.2.1. Clasificarea termenelor procedurale

Procedura reglementată de art. 669-674 din Legea nr. 95/2006 și Ordinul 1343/2006 prevede trei categorii de termene: termene calculate pe zile (, care la rândul lor se subclasifică în termene calculate pe zile lucrătoare (termenul prevăzut de art.11 din Ordinul 1343/2006 pentru întrunirea Comisiei) și termene calculate pe zile calendaristice (termenul prevăzut de art.35 din Ordinul 1343/2006 pentru comunicarea Deciziei Comisiei); termene calculate în luni (termenul prevăzut de art.33 din Ordinul 1343/2006 pentru soluționarea sesizării); termene calculate în ani (termenul de prescripție de 3 ani instituit de art. 677 din Legea nr. 95/2006, la care face trimitere art. 18 alin.3 Ordinul 1434/2006).

Însă, o importanță mai mare ar avea-o clasificarea termenelor în funcție de sancțiunea procedurală aplicată în cazul nerespectării acestora. Dar majoritatea termenelor sunt prevăzute pentru a fi respectate de către Comisie, iar împlinirea lor fără a fi îndeplinite actele procedurale, prevăzut a fi efectuate înăuntrul lor, nu atrage nicio decădere¹⁰. Mai mult decât atât există un singur termen de decădere termenul de 3 ani instituit de art. 677 din Legea nr. 95/2006, la care face trimitere art. 18 alin.3 Ordinul 1434/2006, dar așa cum arăta expres acest din urmă text sancțiunea este clasarea cazului și nu decăderea.

3.2.2. Clasificarea actelor procedurale

În funcție de persoana care le îndeplinește, actele procedurale se împart în: acte îndeplinite de părți (unicul act de procedură îndeplinit de părți este sesizarea petentului, medicul nu are reglementat dreptul de a depune întâmpinare, cerere reconvențională, cerere de chemare în garanție a asiguratorului sau cel puțin un memoriu), acte îndeplinite de expert sau grupul de experți (unicul act de procedură îndeplinit de expert sau grupul de experți este Raportul de expertiză) și acte de procedură îndeplinite de Comisie (proces-verbale de ședință, dispoziții de prezentare a unor înscrisuri sau de prezentare la audiere, decizia).

Actele procedurale mai pot fi clasificate și în funcție de sancțiunea aplicată pentru nerespectarea condițiilor de valabilitate de fond și/sau de formă. Nerespectarea condițiilor de formă solicitate de art.27 din Ordinul 1343/2006 pentru actul de sesizare are ca sancțiune respingerea cauzei ca nefondată și clasarea cazului. Prevederea este una aberantă deoarece pentru nerespectarea unui aspect de

formă care face ca însăși investirea Comisiei să nu fie legală, soluția să fie una pe fond: respingerea ca nefondată, ceea ce echivalează cu constatarea inexistenței unui caz de malpraxis. Dacă este să facem o paralelă cu dispozițiile Codului de Procedură Civilă lipsa unui din Cererea de Chemare în judecată a unei cerințe prevăzute de art.112 C.pr.civ. duce la anularea cererii, motiv pentru care instanța de judecată nefiind legal sesizată nu poate să se pronunțe asupra fondului. Nerespectarea condițiilor de fond ale actului de sesizare și nerespectarea condițiilor de fond și formă ale celorlalte acte atrage sancțiunea nulității. Nulitatea este una virtuală, deoarece nu este prevăzută expres nici de Legea nr. 95/2006 și firește nici de Ordinul 1343/2006, care nu putea institui o sancțiune neprevăzută de lege. Sancțiunea se poate aplica doar de instanța de judecată, aceasta firește doar dacă s-a atacat în instanța Decizia Comisiei altfel cererea de aplicare a sancțiunii ar fi lipsită de interes.

3.3. Judecata în fața Comisiei

3.3.1. Actul de investire a Comisiei

Procedura reglementată de art. 668-674 din Legea nr.95/2006 este declanșată printr-o sesizare. Sesizarea este actul de procedură prin care persoanele, care se consideră victime ale unui act de malpraxis, sau succesorii persoanei decedate ca urmare a unui act de malpraxis, investesc Comisia cu cercetarea unui caz determinat în scopul stabilirii existenței sau inexistenței unui caz de malpraxis. Sesizarea trebuie făcută în formă scrisă și trebuie să prevadă următoarele date: numele și prenumele persoanei care formulează sesizarea; calitatea persoanei care formulează sesizarea; numele și prenumele persoanei care se consideră victima unui caz de malpraxis, în situația în care aceasta este diferită de persoana care a formulat sesizarea; numele și prenumele medicului acuzat de săvârșirea actului de malpraxis în exercitarea unei activități medicale de prevenție, diagnostic și tratament; data efectuării actului de malpraxis sesizat; descrierea faptei și a împrejurărilor acesteia; prejudiciul produs victimei actului de malpraxis sesizat.

La sesizare trebuie anexate două categorii de înscrisuri: acte doveditoare ale calității persoanei și documente medicale în dovedirea poziției de fond. Prima categorie de acte se subclasifică în acte de dovedire a calității de reprezentant (împuternicire avocațială emisă în temeiul contractului de asistență juridică dacă reprezentantul este avocat; contract de mandat dacă reprezentantul nu este avocat-pentru acesta legea specială nu prevede condiția formei autentice cerută de art. 68C.pr.civ., dar nici prezumția de mandat tacit de reprezentare între soți reglementată de art. 35 alin.2 C. fam. nu este aplicabilă deoarece mandatul tacit se referă la administrarea și folosirea bunurilor comune iar în temeiul art. 31 lit.e C.fam despăgubirile pentru paguba suferită de persoană sunt bunuri proprii -; doar certificatul de naștere dacă persoana care a formulat sesizarea este părintele victimei cu vârsta mai mică de 14 ani; decizia autorității tutelare de numire a tutorelui în temeiul art.

116 C.fam sau hotărârea judecătorească în cazul punerii sub interdicție) și acte doveditoare ale calității procedurale (dacă se consideră victimă directă persoana depune dovada faptului că a fost pacienta medicului acuzat: contractul medical, un bilet de examinare, de internare etc.; dacă se consideră victimă indirectă persoana depune dovada legăturii cu pacientul medicului acuzat: de exemplu angajatorul depune contractul de muncă al pacientului; dacă persoana face sesizarea în temeiul art. 670 lit.b Legea nr. 95/2006, adică nu aceea de victimă indirectă, de exemplu fiu prejudiciat personal de decesul pacientului ca urmare a unui act de malpraxis, ci de successor-continuator al victimei directe, de exemplu fiu neprejudiciat personal de decesul pacientului ci moștenitor al acestuia, trebuie depus un certificat de moștenitor sau o hotărâre judecătorească care stabilește calitatea de moștenitor¹¹). În dovedirea susținerilor pe fond petentul trebuie să depună înscrisuri denumite generic, de art. 27 lit. a din Ordinul nr. 1343/2006, documente medicale, categorie din care ar putea face parte biletele de trimitere, de internare de externare (de ieșire), de examinare, buletinele de analize, certificatele medico-legale, expertizele medicale (inclusiv rapoarte de autopsie) etc.

Documentele nu se depun în original, ci doar copii care nu necesită legalizare de către notarul public în temeiul art. 8 lit.i din Legea nr.36/1995 sau viza de conformitate cu originalul a avocatului în temeiul art. 3 lit.c din Legea nr. 51/1995.

3.3.2. Ședințele de judecată ale Comisiei

Judecata se desfășoară în ședințe secrete, altfel nu s-ar putea asigura confidențialitatea asupra căreia se insistă în art. 274 din Legea nr. 95/2006 respectiv art. 23-24 din Ordinul 1343/2006. Prima ședință se desfășoară după maxim 3 zile de la depunerea sesizării, iar ultima după maximum 3 luni. Ședințele sunt conduse de președintele Comisiei, adică directorul adjunct al autorității sanitare, în lipsa lui de unul dintre vicepreședinții aleși de membrii Comisiei, iar în lipsa lor de decanul de vârstă al membrilor Comisiei. Cvorumul necesar pentru luarea unei hotărâri este de trei sferturi, iar hotărârea se adoptă cu jumătate plus unu din cei prezenți. Acest cvorum nu ar trebui să cuprindă toți membrii prezenți, ci toți membrii prezenți care nu se află într-o situație de incompatibilitate. Aici există o problemă inexorabilă pe de o parte deoarece părțile nu pot recuza membrii Comisiei, aceștia pot doar formula cerere de abținere dacă conform art. 8 din Ordinul nr. 1343/2006 au o legătură directă sau indirectă familială, personală, profesională sau financiară cu persoanele implicate; pe de altă parte, nu există o procedură de soluționare a acestei declarații, adică de analizare a situației și de admitere sau respingere a acesteia.

Prima etapă o reprezintă analizarea sesizării: în temeiul art. 28 din Ordinul nr.1343/2006 se verifică dacă sesizarea respectă dispozițiile legale și regulamentare cu privire la conținut, în temeiul art. 18 alin.(1) din Ordinul nr.1343/2006 se verifică dacă autorul sesizării are calitatea cerută de lege, art. 18 alin.(3) din Ordinul nr.1343/2006 se verifică dacă nu s-a împlinit termenul de prescripție prevăzut de

art. 677 din Legea nr. 95/2006. În situația în care sesizarea nu are conținutul prevăzut de actele normative sau nu este formulată de o persoană prevăzută de art. 670 din Legea nr. 95/2006, ea este respinsă ca nefondată, adică se pronunță o soluție pe fond deși Comisia nu a fost legal investită cu analiza fondului motiv pentru care procedura se oprește în această fază preliminară fără a se aborda fondul prin prisma probelor. Astfel, în loc de o soluție pe excepție, lipsa calității procedurale sau neîntrunirea condițiilor formale (nu putem vorbi de anulare, care este sancțiunea aplicabilă cererii de chemare în judecată pentru neîndeplinirea condițiilor impuse de art.112 C.pr.civ., deoarece sancțiunea anulării poate fi aplicată doar de instanța de judecată), va exista o soluție pe fond, inexistența cazului de malpraxis, deoarece aceasta este semnificația respingerii sesizării ca nefondate. În situația în care s-a împlinit termenul de prescripție prevăzut de art. 677 din Legea nr. 95/2006, Comisia doar clasează cazul în temeiul art. 18 alin.(3) din Ordinul nr.1343/2006. Din nou o problemă deoarece art. 677 din Legea nr. 95/2006 reglementează într-un mod nefericit faptul că “*Actele de malpraxis (...) se prescriu în termen de 3 ani*”, când nu actele se prescriu ci dreptul de a solicita repararea prejudiciului. Această stare de drept se constată doar de instanța de judecată și se pronunță o hotărâre pe fond deoarece se referă la prescrierea dreptului material și nu la decăderea din dreptul de a se adresa instanței.

A doua etapă constă în administrarea probelor.

3.3.3. Administrarea probelor

Formal, ar exista două categorii de probe: înscrisurile depuse de petent, adică documentele medicale ce trebuie anexate sesizării, și expertiza medicală ce se efectuează de expertul sau experții desemnați de Comisie, în fapt însă documentele medicale vor trebui analizate în cadrul expertizei, astfel încât proba - raport de expertiză - va include celelalte probe scrise.

Proba- expertiza medicală de specialitate este obligatorie, administrarea ei nu este lăsată la latitudinea Comisiei. Aceasta stabilește numărul experților în funcție de complexitatea cazului și îi trage la sorți din lista județeană a experților în care poate fi înscris orice medic cu o vechime de 8 ani în specialitate și care are avizul Colegiului Medicilor din România. Problema nu este că se lasă la aprecierea Comisiei complexitatea cazului, deoarece acesta este atribuția ei analiza unui caz determinat, ci faptul că nu se stabilește numărul maxim de experți ce pot fi numiți sau cel puțin că nu se specifică faptul că acesta trebuie să fie impar. Conform art. 208 alin.(1) C.pr.civ. o expertiză judiciară poate fi efectuată de maxim 3 specialiști numiți de instanță, adică se exprimă mai multe păreri, dar nu se exagerează, iar numărul este impar pentru ca în caz de divergență să se poată lua o hotărâre. O altă problemă o reprezintă imposibilitatea recuzării experților de către părți și imposibilitatea solicitării de experți asistenți. Paradoxal, legea și ordinul nu prevăd posibilitatea ca expertul sau grupul de experți să efectueze un examen corporală a pacientului,

să-i facă analize, să-l supună la teste, dar au competența de a audia persoanele implicate și de a înregistra depozițiile lor, întocmai unui organ jurisdicțional sau de anchetă.

3.3.4. Decizia pronunțată de Comisie

Decizia se adoptă ca orice altă hotărâre cu votul a jumătate plus unu din numărul membrilor întruniți într-o ședință în care este întrunit cvorumul de trei sferturi din totalul membrilor. În caz de divergență votul președintelui este decisiv. Votul se acordă după deliberare asupra criteriilor stabilite de art. 34 din Ordinul 1343/2006: existența unei fapte produse în exercitarea unei activități de prevenție, diagnostic și tratament; fapta să fie cauzatoare de prejudiciu patrimonial sau moral; vinovăția făptuitorului; raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu. Din nou o problemă de terminologie cu consecințe practice deoarece acestea nu sunt criteriile de stabilire a existenței unui caz de malpraxis, ci sunt condiții ce trebuie întrunite cumulativ pentru a exista un act de malpraxis. Decizia se comunică în temeiul art. 672 din Legea nr. 95/2006 și respective art.35 din Ordinul nr.1343/2006, în termen de 5 zile calendaristice prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire tuturor persoanelor implicate. În interpretarea art. 673 alin.(1) din Legea nr. 95/2006 și respectiv art. 36 din Ordinul nr. 1343/2006, care indică persoanele care pot ataca soluția în instanță, noțiunea de persoane implicate cuprinde părțile și asiguratorul.

3.4. Accesul la instanță

3.4.1. Controlul judecătoresc asupra Deciziei Comisiei

Controlul asupra Deciziei Comisiei este exercitat de instanța de judecată. Competența materială nu aparține instanța de contencios-administrativ, ca în cazul actelor jurisdicționale, ci instanței civile; și nu conform dreptului comun, art.1-4 C.pr.civ., în funcție de valoarea prejudiciului, ci expres Judecătoriei. Competența teritorială aparține instanței de unde s-a produs actul de malpraxis. Nu există o procedură specială sau cel puțin norme derogatorii, motiv pentru care instanța va judeca contestația împotriva Deciziei Comisiei urmând procedura de drept comun de soluționare în fond a cererilor de chemare în judecată, fără a exista vreo limitare în ceea ce privește probațiunea sau motivele de desființare a Deciziei așa cum există în judecarea căilor de atac ordinare sau extraordinare împotriva hotărârilor judecătorești.

Problema este ridicată de obiectul acestui control, deoarece Decizia Comisiei nu este un act juridic de vreme ce nu produce efecte juridice dat fiind faptul că așa cum am arătat Comisia stabilește existența faptei ilicite (actul medical defectuos în procesul de investigare, diagnosticare, tratare) și a vinovăției (neglijență sau imprudență), dar nu are competența de a cuantifica prejudiciul și de a obliga medicul sau asiguratorul la repararea lui. Altfel spus instanța în controlul Deciziei se pronunță asupra

existenței sau inexistenței unei stări de fapt. Subliniez, nu este vorba despre o analiză a unei situații de fapt, făcută în considerentele hotărârii instanței de judecată, a cărei consecințe juridice se vor regăsi în dispozitivul hotărârii judecătorești, ci de însăși soluția din dispozitiv care va reprezenta constatarea existenței sau inexistenței unei stări de fapt. S-ar putea argumenta că art. 273 alin.(1) din Legea nr.95/2006 este un drept special față de art.111 C.pr.civ., dar tot ar reprezenta o aberație juridică fără nicio finalitate. Soluția ar putea fi formularea, în cadrul contestației, a unui petit de obligare la repararea prejudiciului, astfel încât instanța să fie investită cu o chestiune de drept și nu doar de fapt. Această soluție ar putea fi aplicabilă doar în situația în care contestația ar fi promovată de partea vătămată, deoarece în cazul în care Decizia este atacată de medic, asigurator, angajator aceștia nu au nicio pretenție de a da, a face sau a nu face ceva la care să fie obligată partea adversă.

4.3.2. Necesitatea unui nou proces

Trebuie subliniat că și în situația în care Comisia va constata existența unui caz de malpraxis, partea vătămată tot va trebui să se adreseze instanței de judecată. Firește, nu pentru a ataca Decizia Comisiei, dar pentru a o valorifica, tocmai deoarece aceasta nu are forța juridică de a realiza finalitatea răspunderii civile, adică repararea prejudiciului. În temeiul art. 676 din Legea nr. 95/2006, instanța competentă material, indiferent de întinderea prejudiciului, și teritorial, indiferent de domiciliul pârâtului sau de locul semnării contractului de asistență medicală, este Judecătoria în a cărei circumscripție teritorială s-a produs actul de malpraxis. Nu există o procedură specială sau cel puțin norme derogatorii, motiv pentru care instanța va judeca cererea de chemare în judecată urmând procedura de drept comun. Însă, în situația în care vor fi chemate în judecată și societăți comerciale, în calitate de angajator (cu care s-a încheiat contractul medical) sau asigurator, este aplicabil dreptul comun în materie comercială, adică art. 720¹-720¹⁰ C.pr.civ.

IV. DE LEGE FERENDA-MODELUL FRANCEZ

4.1. Preliminarii

Procedura reglementată de art. 668-674 din Titlul XV al Legii nr.95/2006 pentru stabilirea cazurilor de răspundere civilă profesională pentru medici, farmaciști și alte persoane din domeniul asistenței medicale este o încercare nereușită de transpunere în legislația română a sistemului francez de reparare a prejudiciilor apărute în cadrul serviciului medical. Codul sănătății publice (Legea nr. 303/2002) a instituit în Franța nu doar o procedură alternativă, dar fără o finalitate concretă, de stabilire a existenței sau inexistenței unui caz de malpraxis, ci un adevărat sistem menit să atingă direct scopul răspunderii civile, repararea prejudiciului. Trebuie subliniat faptul că modelul francez nu se urmărește stabilirea vinovăției (firește condiție a angajării răspunderii, dar nu scop în sine) sau exonerarea și acoperirea prejudiciului.

4.2. Sistemul instituțional francez

Art. L.1142 din Legea nr. 303/2002 reglementează în Franța funcționarea unui întreg sistem alcătuit pe de o parte din trei instituții distincte ca natură juridică, structură, funcționare și atribuții, iar pe de altă parte din proceduri specifice fiecărei etape și fiecărui obiectiv.

4.2.1. Comisia națională de accidente medicale

În primul rând există o Comisie națională de accidente medicale subordonată Ministerului Justiției și Ministerului Sănătății a cărei atribuție este asigurarea de experți în domeniul răspunderii medicale. Nu are competență jurisdicțională și nici o implicare directă în procedura jurisdicțională, în sensul că nu este organ decizional sau de control asupra deciziilor pronunțate de comisiile regionale, dar nici măcar nu efectuează ea expertizele de specialitate (așa cum fac de exemplu institutele medico-legale), ci doar organizează exercitarea profesiei de expert în acest domeniu. Comisia națională de accidente medicale este condusă de un președinte desemnat de Ministerului Justiției și Ministerului Sănătății, iar componența și regulamentul de funcționare este stabilit prin decret al Consiliului de Stat. Principalul ei atribut este acela de a evalua cunoștințele candidaților și de a decide înscrierea pe lista națională a experților. Pe această listă se pot înscrie și experții judiciari, însă doar după evaluarea cunoștințelor și activității practice conform criteriilor stabilite de Consiliul de Stat. Înscrierea este valabilă o perioadă de cinci ani și poate fi reînnoită după o nouă evaluare. De pe această listă expertul poate fi radiat fie la propria solicitare fie ca sancțiune pentru fapte contrare onoare, probității profesionale sau în situația în care nu mai poate să-și îndeplinească atribuțiile, în urma unei sesizări a unei comisii regionale sau a unei autosesizări, dar după audierea expertului care poate fi asistat de avocat. În fiecare an Comisia națională de accidente medicale comunică lista națională actualizată către Consiliul de Stat, instanțele administrative (tribunale și curți de apel), și instanțele de drept comun (Curtea de Casație, curțile de apel, tribunale) și prezintă un raport către Guvern și Parlament.

În România nu există experți cu competență expresă în domeniul accidentelor medicale, ci experți pentru diferite specialități medicale. Aceștia nu au o pregătire și nici nu sunt evaluați din punct de vedere al cunoștințelor în domeniul restrâns al accidentelor medicale. Mai mult decât atât, conform art.669 din Legea nr.95/2006 prerogativa de alcătuire a listei naționale de experți aparține Ministerului Sănătății, care nu îi poate evalua în prealabil și nici nu îi poate sancționa prin radiere. Experții primesc doar un aviz de la Colegiul Medicilor din România, organism fără o competență legală de pregătire profesională în acest domeniu și/sau de evaluare, singura condiție legală fiind vechimea de 8 ani în specializare.

4.2.2. Comisiile regionale de conciliere și indemnizare pentru accidentele medicale

Activitatea jurisdicțională este realizată de Comisiile regionale de conciliere și indemnizare pentru accidentele medicale. Însăși denumirea subliniază două aspect:

pe de o parte că nu este subordonată Comisiei naționale, cu atribuții în alt domeniu, pe de altă parte că scopul ei este repararea prejudiciului și nu doar stabilirea existenței sau inexistenței unui caz de malpraxis. La fel ca în cazul Comisiilor județene din România, și comisiile regionale din Franța au o natură juridică *sui generis*. Nu sunt autorități administrativ-jurisdicționale deoarece nu sunt organe de stat, nu sunt subordonate vreunui minister sau conduse funcționari publici, ci, dimpotrivă, este prezidată de un judecător administrativ sau judiciar (cu activitate la o instanță de drept comun), activ sau onorific. În componența ei intră reprezentanți ai bolnavilor, ai profesiilor medicale, ai unităților sanitare, ai serviciului de sănătate. Astfel încât structura și conducerea reprezintă o garanție a independenței și imparțialității procedurii ce se desfășoară înaintea ei, principiu prevăzut expres în legislația franceză la art. 1142-6 din Legea nr. 303/2002. Reglementarea componenței Comisiilor regionale reprezintă exact soluția la criticile aduse legislației din România (supra.2.2.2.), adică asigurarea imparțialității organului decizional pe de o parte prin includerea în componența sa nu doar a reprezentanților profesiei, desemnați în cazul procedurii române de instituțiile profesionale a căror scop este și acela de protejare a onoarei și prestigiului profesiei, ci și a reprezentanților bolnavilor; iar pe de altă parte prin asigurarea conducerii de către un judecător fără subordonare față de direcția sanitară, reprezentanta în teritoriul Ministerului Sănătății care coordonează unitățile sanitare publice, adică posibile părți responsabile civilmente.

4.2.3. Oficiul național de indemnizații pentru accidentele medicale

Al treilea organism este Oficiul național de indemnizații pentru accidentele medicale, instituție publică cu caracter administrativ și finanțare de la bugetul de stat, aflată sub tutela Ministerului Sănătății, având ca atribuție oferirea de indemnizații în condițiile prevăzute de Codul sănătății publice și în temeiul solidarității naționale pentru prejudiciile create în cadrul serviciului medical prin accidente medicale, infecțiilor nosocomiale, vaccinării obligatorii, infectării cu virusul imunodeficient și/sau hepatita C în timpul transfuziilor sanguine etc. Oficiul este condus de un consiliu de administrație a cărui structură și componență nominal este stabilită prin decret de Consiliul de Stat.

4.3. Procedura jurisdicțională franceză

Procedura jurisdicțională cuprinde trei faze. Prima fază este reprezentată de o informare prealabilă în funcție de care se trece la procedura propriu-zisă. Aceasta este faza care se desfășoară în fața Comisiei Regionale investită de persoana vătămată sau succesorii acesteia prin sesizare. Ultima fază este negocierea dintre societatea de asigurare a persoanei responsabile sau Oficiul național de indemnizații pentru accidentele medicale, pe de o parte, și persoana vătămată sau succesorii acesteia, care se finalizează printr-o tranzacție.

4.3.1. Informarea prealabilă

În situația unui prejudiciu generat în timpul prestării unui serviciu medical, legislația franceză prevede, în primul rând, dreptul la informare. Conținutul acestui drept este diferit de dreptul la informare recunoscut și în legislația română constând în oferirea de date la un nivel științific rezonabil cu privire la: diagnostic, natura și scopul tratamentului, riscurile și consecințele tratamentului propus, alternativele viabile de tratament, riscurile și consecințele lor, prognosticul bolii fără aplicarea tratamentului, pentru a asigura consimțământului asupra metodelor de prevenție, diagnostic și tratament, cu potențial de risc pentru pacient. Dreptul la informare în această situație constă în oferirea de date cu privire la circumstanțele în care s-a produs prejudiciul. Datele nu trebuie să fie la un nivel științific mediu deoarece pacientul are dreptul de a fi asistat de un alt medic ales personal. Informațiile trebuie oferite în maximum 15 zile de la momentul descoperirii prejudiciului sau de la solicitare și în funcție de ele pacientul sau succesorii săi vor decide continuarea procedurii.

4.3.2. Procedura în fața Comisiei regionale

Procedura în fața Comisiei regionale este similară și totuși diferită de procedura în fața Comisiilor județene românești. Comisia regională desemnează un expert sau o comisie de experți, dar nu direct ci prin mijlocirea Președintelui Tribunalului. Aceasta apropie expertiza de o expertiză judiciară sau cel puțin de procedura asigurării de dovezi. Expertul sau experții vor efectua expertiza respectând principiul contradictorialității prin luarea în considerare nu doar a poziției dar și a obiecțiunilor tehnice ale părților, cărora li se comunică în acest scop toate documentele solicitate și primite de Comisie. Un alt aspect de profesionalism este lipsa prerogativei experților de a lua depoziții, adică de a se administra probe în fața lor; și limitarea la aspectele obiective-directe-tehnice. Comisia regională dă un aviz¹² cu privire la fiecare prejudiciu, circumstanțele, cauza, natura prejudiciului, care poate fi contestat nu distinct deoarece se referă la o situație de fapt, ci în cadrul unei acțiuni de reparare a prejudiciului sau unei acțiuni subrogatorii în care instanța de judecată este investită cu soluționarea unei probleme de drept.

4.3.3. Avizul obligatoriu

Emiterea avizului marchează sfârșitul fazei jurisdicționale și nașterea obligației societății de asigurare a persoanei responsabile civilmente de a face o ofertă de reparare a prejudiciului. Oferta va trebui să se refere la fiecare prejudiciu în parte, ea putând include plata unor rente viagere reevaluabile sau chiar compensații pentru prejudicii previzibile. Acceptarea ofertei de către partea vătămată va duce la încheierea unei tranzacții. În situația în care ulterior societatea de asigurare va considera că nu asiguratul este răspunzător se va putea îndrepta împotriva persoanei considerate vinovată. În situația în care societatea de asigurare nu face o ofertă,

persoana vinovată nu este asigurată sau răspunderea aparține unității sanitare din sistemul public, oferta va fi făcută de Oficiul național de indemnizații pentru accidente medicale. Această fază finală care oferă o posibilitate reală de soluționare a litigiului prin repararea rapidă a prejudiciului persoanei vătămate, cu posibilitatea subsecventă de urmărire a persoanei responsabile, lipsește din legislația română.

* **Ionuț VIDA-SIMITI**, avocat, doctorand, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; ionut_jus@yahoo.com.

¹ Conform art.166 alin.(1) din Legea nr.95/2006 Ministerul Sănătății controlează organizarea și funcționarea Spitalelor din rețeaua proprie, adică relativ la problema discutată angajatorul care desfășoară procedura disciplinară. La nivel județean Ministerul Sănătății este reprezentat de autoritatea de sănătate publică, care are 2 reprezentanți și deține președinția Comisiei de monitorizare și competență profesională pentru cazurile de malpraxis.

² **G. Boroi**, *Drept civil. Parte Generală.Persoane*, Ed. All Beck, București, 2002,p.389

³ În temeiul Art.1 din OG nr.124/1998 privind organizarea și funcționarea cabinetelor medicale, cabinetul medical nu are personalitate juridică, al este doar o formă de exercitare a profesiei de medic.

⁴ În temeiul Art.15 din OG nr.124/1998, se pot înființa și unități sanitare cu personalitate juridică respectând prevederile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale.

⁵ Dreptul la apărare indiferent de procedură sau jurisdicție este garantat de art. 24 alin.(1) din Constituția României care nu face nicio distincție între procedura judiciară și cele extrajudiciare. Art. 6 al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale menționează expres acest drept doar în cazul proceselor în față instanțelor de judecată, deoarece dacă acest drept ar fi încălcat într-o procedură extrajudiciară persoana vătămată ar avea dreptul de a se adresa instanței de judecată, iar dacă nu poate atunci există o încălcarea a art. 13 din Convenție

⁶) **Art. 5 OG nr.1/2000** privind organizarea activității și funcționarea instituțiilor de medicina legală
“(1)Activitatea de medicina legală se realizează prin următoarele instituții sanitare cu caracter public:

a) *Institutul Național de Medicina Legală <<Mina Minovici>> București, unitate cu personalitate juridică în subordinea Ministerului Sănătății;*

b) *institutele de medicina legală din centrele medicale universitare, unități cu personalitate juridică în subordinea Ministerului Sănătății;*

c) *serviciile de medicina legală județene și cabinetele de medicina legală din orașele nereședință de județ, aflate în structura organizatorică a serviciilor de medicina legală județene, subordonate, din punct de vedere administrativ, direcțiilor de sănătate publica.*

(2) *Pe lângă Institutul Național de Medicina Legală <<Mina Minovici>> București funcționează Comisia superioară medico-legală, cu sediul la acest institut.*

(3) *În cadrul institutelor de medicina legală din centrele medicale universitare, precum și în cadrul Institutului Național de Medicina Legală <<Mina Minovici>> București funcționează comisii de avizare și control al actelor medico-legale.”*

⁷ **I.Deleanu**, *Instituții și Proceduri Constituționale*, Ed. Servo-Sat, Arad, 1999, p.406

- ⁸ Acest contract individual de muncă trebuie să prevadă locul și felul muncii, motiv pentru care desfășurare activității la o altă locație, sediul autorității județene de sănătate, exercitarea unui alt fel de activitate reprezintă o modificare a acestui contract individual de muncă. Această modificare este una unilaterală deoarece actul simetric este revocarea, adică unul unilateral al angajatorului. Însă *deplasarea în interes de serviciu* nu se încadrează într-una din cazurile expres și limitative prevăzute de Codul Muncii (Legea nr. 53/ 2003). Astfel, nu este o Delegare-instituție definită de art. 43 (“*Delegarea reprezintă exercitarea temporară, din dispoziția angajatorului, de către salariat, a unor lucrări sau sarcini corespunzătoare atribuțiilor de serviciu în afara locului său de muncă*”), deoarece o perioadă de 4 ani nu poate fi considerată temporară. Mai mult decât atât atribuții exercitate ca membru al Comisiei nu pot fi calificate ca fiind atribuțiile obișnuite de serviciu, decât dacă reprezentantul nu este angajat expres pentru exercițiul acestor prerogative, însă atunci nu ar mai putea fi revocat mandatul deoarece acesta ar reprezenta însăși contractul individual de muncă. Nu este nicio Detașare - instituție definită de art. 45 (“*Detașarea este actul prin care se dispune schimbarea temporară a locului de muncă, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia. În mod excepțional, prin detașare se poate modifica și felul muncii, dar numai cu consimțământul scris al salariatului.*”) deoarece nu se modifică angajatorul. Cu atât mai mult nu este nici o Trecere temporară în altă muncă – instituție reglementată de art. 48 (“*Angajatorul poate modifica temporar locul și felul muncii, fără consimțământul salariatului, și în cazul unor situații de forță majoră, cu titlu de sancțiune disciplinară sau ca măsură de protecție a salariatului, în cazurile și în condițiile prevăzute de prezentul cod.*”) - a se vedea **Al. Țiclea, A.Popescu, C. Tufan, M. Țichindelean, O.Ținca, Dreptul Muncii**, Ed. Rosetti, București, 2004, p.470
- ⁹ **D. Chirică, Drept civil. Succesiuni și testamente**, Ed. Rosetti, București, 2003, p.265-268
- ¹⁰ Nerespectarea termenelor prin tergiversarea soluționării sesizării sau prin efectuarea expeditivă a actelor de procedură ar putea atrage răspunderea disciplinară prevăzută de art. 267-268 din Codul Muncii (Legea nr.53/2003) pentru reprezentanții Colegiilor Medicilor, Farmaciștilor, Medicilor Dentiști, ai Ordinului asistenților și moașelor, și pentru expertul medico-legal; răspunderea disciplinară prevăzută de art. 70-75 din Legea nr. 188/1999 pentru reprezentanții autorității de sănătate publică județeană și ai casei județene de asigurări de sănătate sau a municipiului București; sau în cazuri mai grave de răspunderea penală pentru Infrațiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul.
- ¹¹ Nu trebuie confundate calitatea de victimă indirectă (fapta ilicită este suportată de pacient, iar prejudiciul este suferit de un terț, față de care se naște obligația de reparare) cu aceea de moștenitor al victimei directe (fapta ilicită este suportată de pacient, prejudiciul este suferit de pacient, dar obligația de reparare se transmite prin succesiune moștenitorului său). Comisia poate stabili existența unui prejudiciu și deci a persoanei prejudiciate, dar nu are competența de a stabili calitatea de moștenitor a persoanei prejudiciate. Aceasta deoarece un act de stare civilă (de exemplu un certificat de naștere) sau un testament, nu reprezintă dovada calității de moștenitor; stabilirea ei implică analiza acceptării moștenirii în termenul prevăzut de art. 700 C.civ., inexistența vreunui act de renunțare sau vreunei situații de decădere, iar aceasta se poate face doar de notarul public în finalul procedurii reglementată de art. 68 și urm. Legea nr. 36/1995 sau de instanța de judecată.
- ¹² **Annick Dorsner-Dolivet, La responsabilite du medicin**, Ed. Economica, Paris, 2006, p.257

**O.U.G. NR. 9/2009 PENTRU COMPLETAREA ART. 103 DIN
ORDONANȚA DE URGENȚĂ A GUVERNULUI NR. 195/2002
PRIVIND CIRCULAȚIA PE DRUMURILE PUBLICE, O NORMĂ
NECLARĂ ȘI ÎMPOTRIVA PREVEDERILOR CONVENȚIEI
EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI**

Andreea TABACU*

Summary: G.E.O. no. 9/2009 completing article 103 of the government emergency ordinance no.195/2002 on traffic on public roads, an unclear norm, contrary to the provisions of the european convention of human rights. The elaboration of a new normative act and the amendment of the already existing one must be brought about by the needs inherent in a community's existence, for the purposes of implementing public policies, of putting in practice the solutions for the economic and social development and for public functions being exerted.

*The principle mentioned above is not always concretely applied when a new law is adopted, a fact which may be the consequence of some external influences, such as the need to adopt the regulations of *acquis communautaire*, or mere internal interests.*

When passing G.E.O. No. 9/2009 amending G.E.O. No. 195/2002 on traffic on public roads, the lawmaker stated that the main reason for that was the increasing number of traffic accidents, as a result of the causes listed in the memorandum of reasons, among which getting driving licence illegally.

As a consequence, it was instituted the measure on suspending the right of driving motor vehicles, which is compulsorily ordered, without the court having any possibility to forbid it, a fact which is by no means according to the provisions of the European Convention of Human Rights and the jurisprudence concerned.

The judicial procedure of challenging the order on suspending the right of driving motor vehicles, as a result of the unclear texts of G.E.O. No. 195/2002, has been subject to a series of contradictory aspects, which must be first of all cleared, in order to avoid the cases in which the persons affected by the order issue are unfairly prejudiced.

Rezumat: *Apariția unui act normativ nou și modificarea unuia existent, trebuie să fie determinate de necesitățile pe care le relevă viața unui popor, în scopul implementării politicilor publice, pentru punerea în aplicare a soluțiilor de dezvoltare economică și socială, precum și pentru exercitarea autorității publice.*

*Principiul menționat nu se regăsește în toate cazurile în modalitatea concretă de adoptare a noii legi, care poate fi consecința unor influențe externe - necesitatea adaptării reglementărilor cu *acquis-ul* comunitar sau a unor interese pur interne.*

Adoptarea O.U.G. nr. 9/2009 pentru modificarea O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice a fost justificată de legiuitor pe creșterea numărului de accidente de circulație ca urmare a cauzelor enumerate în nota de fundamentare, printre care și obținerea nelegală a permisului de conducere.

A fost instituită ca atare măsura suspendării dreptului de a conduce autovehicule, care se dispune obligatoriu și fără posibilitatea unei cenzurări din partea instanței de judecată, ceea ce nu poate fi apreciat ca fiind în concordanță cu prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului și cu jurisprudența aferentă.

În procedura judiciară în care se atacă ordinul de suspendare a dreptului de a conduce autovehicule, datorită neclarității textelor din O.U.G. nr. 195/2002, s-au ridicat o serie de aspecte contradictorii, care se impun a fi lămurite pentru a evita prejudicierea disproporționată a persoanelor afectate de emiterea ordinului.

Keywords: suspending the right of driving motor vehicles, presumption, proportionality

Cuvinte cheie: suspendarea dreptului de a conduce autovehicule, prezumție, proporționalitate

1. Prezentarea contextului apariției O.U.G. nr. 9/2009

Activitatea de documentare în alegerea soluției legislative potrivite și corelarea actului normativ nou cu cele preexistente sunt reguli de bază pentru adoptarea legii, *lato sensu*.

Expunerile de motive, notele de fundamentare, referatele de aprobare, care se întocmesc obligatoriu în procesul de elaborare a unui act normativ nou trebuie să specifice: necesitatea intervenției legislative, finalitatea reglementării propuse, consecințele reglementării asupra actelor în vigoare.

Pentru ordonanțele de urgență legea privind tehnica legislativă¹ obligă la prezentarea elementelor obiective care justifică situația extraordinară, temei al adoptării unei reglementări imediate.

Legea cere ca motivarea fiecărui act normativ nou să cuprindă o mențiune expresă cu privire la “compatibilitatea acestuia cu reglementările comunitare în materie, determinarea exactă a acestora și, dacă este cazul, măsurile viitoare de armonizare care se impun” pentru a se putea analiza dacă soluția propusă are în vedere reglementările Uniunii Europene și tratatele internaționale la care România este parte.

În consecință, orice lege nouă trebuie să fie compatibilă cu dispozițiile normelor internaționale, obligatorii pentru România, fie că acestea se aplică direct, fie că au fost preluate în dreptul intern prin ratificare.

Se încadrează aici și Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Protocoalele adiționale, care din anul 1994 fac parte din dreptul intern, precum și jurisprudența aferentă elaborată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului de la Strasbourg. Neindicarea expresă în legea de adoptare a convenției a caracterului obligatoriu al jurisprudenței curții nu are relevanță, pe de o parte, în raport de prevederile art. 46 din Convenție, potrivit căruia statele membre se angajează să se conformeze hotărârilor în care acestea sunt părți iar pe de altă parte, față de cele reținute constant în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului².

La 18.02.2009 a fost adoptată O.U.G. nr. 9/2009 pentru completarea art. 103 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice³, în nota de fundamentare a acesteia precizându-se că legiuitorul a avut în

vedere statisticile Organizației Mondiale a Sănătății din care rezultă creșterea procentelor mortalității cauzate de accidente rutiere, precum și statisticile interne, care arată că în România numărul accidentelor a crescut cu 15% în anul 2008, față de anul precedent.

Cauzele enumerate în nota de fundamentare țin de: viteză excesivă, oboseală, consum de alcool, neatenție, neacordarea priorității în trafic, coroborate cu o necunoaștere a reglementărilor în domeniul circulației pe drumurile publice.

Distinct se arată că actul normativ este justificat de „creșterea îngrijorătoare a numărului de permise obținute cu nerespectarea prevederilor legale și necesitatea contracarării prin măsuri ferme și imediate a acestor situații, atunci când există indicii temeinice și concrete pentru sesizarea instanței de judecată cu privire la anularea permiselor de conducere astfel obținute”.

În acest context, reiese că actul normativ a fost adoptat pentru a se pune capăt unui fenomen nedorit, determinat de obținerea permiselor de conducere, prin săvârșirea unor fapte grave, de corupți.

2. Conținutul noii reglementări

Măsura dispusă de către O.U.G. nr. 9/2009 are în vedere emiterea ordinului de suspendare a exercitării dreptului de a conduce autovehicule, atunci când autoritatea emitentă a permisului de conducere a sesizat instanța de judecată potrivit art. 114 alin. (1) lit. e), pentru a se constata obținerea nelegală a permisului.

Din conținutul textului art. 103 alin. 8 din OUG nr. 195/2002⁴, rezultă că legiuitorul a reglementat un caz de suspendare de drept a exercițiului dreptului de a conduce autovehicule.

Din modul de formulare a textului și din trimiterea pe care acesta o realizează la art. 114 alin. 1 lit. e) din OUG nr. 195/2002 se determină concluzia că singura cerință legală pentru ca emitentul actului să întocmească ordinul prin care dispune suspendarea exercițiului dreptului de a conduce autovehicule, este formularea de către același emitent a unei cereri în fața instanței de judecată, prin care să se ceară constatarea obținerii permisului cu încălcarea normelor legale. Odată împlinită această cerință, ordinul de suspendare a dreptului de a conduce autovehicule trebuie emis, fără ca autoritatea administrativă să poată aprecia asupra posibilității de a întocmi respectivul ordin, precum și asupra categoriei permisului de conducere pentru care se suspendă dreptul de a conduce ori asupra perioadei în care se produc aceste efecte.

3. Neajunsurile textelor în discuție

Atât textul O.U.G. nr. 9/2009 cât și cel la care face trimitere, respectiv art. 114 alin. 1 lit. e) din O.U.G. nr. 195/2002 nu pot fi considerate ca îndeplinind cerințele art. 7 alin. 4 din L. nr. 24/2000, sus menționată⁵.

Pe lângă faptul că acuratețea și claritatea necesare în formularea textului unui act normativ lipsesc, în cazul de față nu se poate susține nici că textul se corelează cu dispozițiile normative internaționale obligatorii pentru România, determinând dificultăți de interpretare.

Ca atare, în practica judiciară au fost posibile mai multe soluții, atât în ce privește cererea, pe care emitentul actului trebuie să o formuleze la “instanța competentă” pentru a se constata obținerea permisului cu încălcarea prevederilor legale cât și asupra cenzurării ordinului de suspendare a exercițiului dreptului de a conduce autovehicule.

3.1. Obiectul cererii

În primul caz, față de formularea incertă a textului, emitentul permisului⁶ a fost pus în dificultate în privința modului de formulare a obiectului cererii. A fost sesizată judecătoria, secția civilă, cu cerere de «constatare a obținerii nelegale a permisului»⁷, precum și cu cerere de «constatare a dreptului de a anula permisul de conducere ce aparține pârâtului»⁸, ambele având același temei de drept – art. 114 alin. 1 lit. e) din O.U.G. nr. 195/2002.

Cererea prevăzută de lege se referă la constatarea unei stări de fapt, fraudă în obținerea permisului de conducere sau dobândirea acestuia cu încălcarea legii, cu ocazia susținerii examenului sau anterior, prin stabilirea locuinței într-o locație din raza teritorială a respectivului serviciu, organizator al examenului. Acțiunea în constatare trebuie să se raporteze la constatarea unei stări de drept nu a unei situații de fapt, potrivit art. 111 C.proc.civ., însă textul expres al art. 114 alin. 1 lit. e) din O.U.G. nr. 195/2002, consacră această din urmă posibilitate.

Chiar dacă se admite că față de prevederea expresă a textului este admisibilă și o cerere de constatare având ca obiect o stare de fapt, norma nu realizează o distincție între procedura administrativă, cea penală și respectiv civilă, constatarea obținerii prin fraudă a permisului fiind, pe care de consecință, posibilă în toate situațiile. Or, nu se observă necesitatea formulării unei cereri de constatare a obținerii nelegale a permisului separat de o procedură demarată ca urmare a săvârșirii unei fapte penale sau de o procedură contravențională, ori separat de cererea de anulare a permisului.

Pentru lămurirea situației, trebuie să se aibă în vedere pe de o parte faptul că toate celelalte cazuri de anulare menționate la art. 114 au în vedere existența în prealabil a unei condamnări penale⁹ iar pe de altă parte, că nu se poate susține consacrarea atributului exclusiv al organului administrativ pentru anularea permisului.¹⁰

Credem că legiuitorul a urmărit prin textul menționat, pe lângă posibilitatea sesizării instanței penale și instituirea unui caz de anulare a permisului de către instanța civilă – *lato sensu*, atunci când fapta săvârșită nu întrunește cerințele legale ale unei infracțiuni, pentru a fi posibilă o condamnare pentru aceasta, rămânând în sfera delictului civil.

Conform textului, dacă instanța constată obținerea frauduloasă a permisului, poliția rutieră dispune anularea permisului, aceasta nefiind la latitudinea instanței de judecată¹¹. Numai că în cazul de față nu se poate susține că instanța nu poate dispune anularea permisului urmare a dobândirii sale prin fraudarea examenului, competența poliției nefiind exclusivă cu atât mai mult cu cât nici în O.U.G. nr. 195/2002 și nici în regulamentul său de aplicare nu se prevede o procedură aparte în acest sens. În realitate, **anularea** permisului de către poliția rutieră se referă la operațiunea efectivă care se realizează de organul emitent, în sensul chemării titularului pentru predarea permisului, cauzele de nulitate și sancțiunea în sine fiind analizată/aplicată de instanță. Acest aspect reiese și din prevederile art. 203 din HG nr. 1391/2006¹², care se referă la existența unei hotărâri judecătorești prin care se dispune asupra acestuia aspect, deși textul este incert în sensul că utilizează termenul „dispune” și în ce privește pe șeful poliției.

3.2. Competența de soluționare a cererii

Și aspectul competenței a fost afectat de neclaritatea textului. Din acest motiv s-a ajuns ca cererea de constatare a obținerii nelegale a permisului de conducere să fie formulată la instanța civilă, iar nu la instanța de contencios administrativ, invocându-se faptul că cererea este o acțiune în constatare, dată de lege în competența judecătoreiei, deoarece nu se tinde prin aceasta la anularea unui act administrativ – permisul de conducere – ci la statuarea asupra unei situații de fapt.

Judecătoria astfel investită s-a declinat în favoarea Tribunalului secția contencios administrativ¹³ considerând că raportat la situația de fapt expusă, se are în vedere anularea permisului de conducere - act administrativ, întrucât nu au fost respectate condițiile legale necesare pentru emiterea acestuia.

Ca atare și instanțele au apreciat, corect în opinia noastră, că cererile formulate pe dispozițiile art. 114 alin. 1 lit. e) din O.U.G. nr. 195/2002 au ca obiect anularea permisului de conducere iar nu constatarea unei situații de fapt, atâta vreme cât, nu se întrevede necesitatea unei proceduri separate de constatare a unei stări de fapt, urmată de anularea permisului de către poliția rutieră, care nu are competență exclusivă în acest domeniu, deoarece legea specială (O.U.G. nr. 195/2002 și regulamentul de aplicare H.G. nr. 1391/2006) nu instituie o procedură pentru anularea acestuia, de către poliția rutieră. Și dacă s-ar fi prevăzut o procedură specială de anulare în competența poliției, cererea nu ar fi putut fi primită de instanță, potrivit art. 5 alin. 2 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, astfel că instanța ar fi rămas competentă numai în ce privește anularea actului emis de către poliția rutieră prin care se dispune asupra anulării permisului.

3.3. Limitele suspendării

Textul art. 103 alin. 8 din O.U.G. nr. 195/2002, introdus prin O.U.G. nr. 9/2009, nu realizează nicio deosebire între categoriile de permis obținute în perioade diferite, dacă este incidentă o atare situație. Astfel, dacă o categorie a fost obținută la o anumită

dată, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare la momentul respectiv, și după o perioadă relativ lungă de timp (câțiva ani), se obține și o altă categorie, însă cu încălcarea normelor legale¹⁴, se ridică întrebarea ce anume se suspendă în temeiul textului menționat?

La prima vedere rezultă că, pe fondul lipsei unei distincții în text, se suspendă dreptul de a conduce autovehicule, indiferent de modul de obținere a fiecărei categorii.

Nu se poate reține însă o asemenea soluție, atâta vreme cât sancțiunea trebuie să vizeze numai actul întocmit cu nerespectarea prevederilor legale, fondul acestuia neputând să se extindă și asupra altor acte întocmite cu respectarea legii. Permisul de conducere, ca act administrativ, poate reuni mai multe categorii, fiecare urmând reguli proprii și cerințe specifice, neîntrunirea unora neputând atrage sancțiunea nulității altora. Așadar, în situația dată se impunea ca art. 103 alin. 8 introdus în O.U.G. nr. 195/2002 să prevadă expres suspendarea dreptului de a conduce numai pentru categoria în discuție¹⁵.

3.4. Un aspect esențial în această materie este dat de compatibilitatea textului art. 103 alin. 8 din O.U.G. nr. 195/2002, introdus prin O.U.G. nr. 9/2009, cu normele constituționale și internaționale.

Norma prevede o suspendare de drept a dreptului de a conduce autovehicule, odată cu formularea, în fața “instanței competente”, a cererii de constatare a obținerii acestuia cu încălcarea normelor legale.

Textul nu conferă autorității administrative emitente a ordinului de suspendare, posibilitatea de apreciere asupra aplicării măsurii de suspendare a exercițiului dreptului de a conduce și nici nu pare să permită instanței investite cu cenzurarea acestui ordin, analizarea sa, pe alte temeuri decât cele de formă.

În ce privește posibilitatea persoanei, al cărei drept de a conduce autovehicule a fost suspendat, de a se apăra față de măsura luată, strict în temeiul textului rezultă că aceasta nu poate invoca decât chestiuni legate de procedura de adoptare a ordinului și îndeplinirea condițiilor legale în acest sens. Astfel, s-ar putea invoca faptul că cererea de constatare a obținerii permisului fără respectarea prevederilor legale nu a fost formulată la data emiterii ordinului de suspendare.

Așadar, în virtutea textului, titularul permisului este prezumat ca vinovat de săvârșirea faptelor ce i se impută, pentru emiterea ordinului de suspendare, fiind considerată suficientă depunerea cererii de constatare a obținerii nelegale a permisului, la “instanța competentă”. Sunt întrunite trăsăturile prezumției legale¹⁶ în sensul că odată ce se regăsește ipoteza textului, anume sesizarea instanței potrivit art. 114 alin. 1 lit. e) din O.U.G. nr. 195/2002, autoritatea administrativă emite automat ordinul de suspendare și nu trebuie să se facă nicio dovadă asupra vinovăției persoanei. Faptul cunoscut¹⁷ față de care se trage concluzia este sesizarea instanței potrivit textului sus menționat, fără ca legea să ceară însoțirea acesteia de minime dovezi din care

să se releve indiciile săvârșirii faptei. Astfel, faptul cunoscut rămâne la discreția autorității administrative, care nu e obligată, potrivit legii decât să sesizeze instanța.

Se poate susține că cererea de chemare în judecată trebuie însoțită de dovezi, conform art. 112 pct. 5 C.proc.civ., însă nedepunerea acestora nu atrage neprimirea cererii. Totodată, chiar dacă sunt respectate dispozițiile Codului de procedură civilă, efectul este același, deoarece instanța investită cu analiza ordinului de suspendare nu are a le analiza, articolul 103 alin. final din lege, prevăzând o suspendare de drept.

Interesează astfel caracterul prezumției, absolut sau relativ, pentru a cunoaște dacă instanța, la cererea celui interesat, poate cenzura suspendarea, aducându-se probe de nevinovăție?

În practica judiciară, față de aplicarea textului la cererile privind anularea ordinelor de suspendare a dreptului de a conduce autovehicule, s-au regăsit două soluții contrarii. Pe de o parte s-a apreciat că instanța nu poate proceda la cenzurarea actului de suspendare devreme ce este îndeplinită cerința legală a sesizării instanței competente¹⁸ iar pe de altă parte s-a apreciat dimpotrivă că instanța este chemată să analizeze textul în lumina dispozițiilor constituționale și internaționale, și să aprecieze asupra condițiilor suspendării și asupra prezumției, care poate fi răsturnată prin proba contrară¹⁹.

Temeiul pentru care instanța are această posibilitate nu este dat de textul legii ci de dispozițiile art. 53 din Constituție și de prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului și jurisprudența aferentă.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut constant în jurisprudența sa posibilitatea instanțelor interne de a realiza o analiză a textelor interne în lumina prevederilor convenției, având chiar puterea de a lăsa neaplicate textele interne pe care le găsește a fi împotriva dispozițiilor și jurisprudenței convenționale²⁰.

Ca atare, pe lângă analiza ce trebuie realizată în raport de art. 53 din legea fundamentală, instanța internă are deschisă posibilitatea verificării concordanței dispozițiilor art. 103 alin. 8 din O.U.G. nr. 195/2002 cu prevederile convenției, iar în cazul în care se constată incompatibilitatea cu aceasta, va putea trece peste text, verificând temeinicia măsurii.

Convenția și jurisprudența dezvoltată de curte în temeiul acesteia nu se opun instituirii unor prezumții de vinovăție în legislația internă a statelor membre, însă acestea nu trebuie să depășească limitele rezonabile ținând seama de gravitatea mizei și respectând dreptul la apărare²¹.

Instanțele sunt chemate astfel să efectueze și un control de proporționalitate a măsurii luate, în raport de scopul urmărit de legiuitor prin prevederea respectivă.

Din formularea textului în discuție rezultă că judecătorul nu poate cenzura suspendarea deoarece măsura este luată de lege, ceea ce contravine principiilor stabilite în convenție, dacă nu se permite persoanei afectate posibilitatea de a se apăra, de a aduce probe în sensul înlăturării prezumției.

Se constată și că în nota de fundamentare a O.U.G. nr. 9/2009 legiuitorul a considerat necesară modificarea și luarea măsurii suspendării dreptului de a conduce, doar pentru situațiile în care „există indicii temeinice și concrete pentru sesizarea instanței de judecată cu privire la anularea permiselor de conducere astfel obținute”. Așadar, legiuitorul a intenționat să se raporteze la dispozițiile legii fundamentale și ale Convenției, legând prezumția de vinovăție de existența unor indicii temeinice, dar în textul legii a omis să mai precizeze că măsura poate fi luată când există asemenea indicii și nici nu s-a raportat la eventuala posibilitate a persoanei afectate de suspendare de a se apăra cu probe contrare în scopul răsturnării prezumției.

Prin urmare, textul nu corespunde cerințelor convenției astfel că trebuie să se admită posibilitatea persoanei interesate de a contesta prezumția, de a aduce probe în sprijinul acestei apărări pentru a se verifica dacă indiciile din care se trage concluzia vinovăției sunt suficiente pentru luarea măsurii. Concret, în cazul sesizării instanței cu cerere de constatare a obținerii nelegale a permisului prin săvârșirea unor fapte grave, în ceea ce-l privește pe titularul dreptului de a conduce, instanța investită cu cererea de anulare a ordinului de suspendare a exercițiului dreptului de a conduce va trebui să analizeze dacă există indicii temeinice pentru fapta invocată de autoritatea administrativă în dosarul paralel, dacă petentul poate dovedi contrariul, respectiv obținerea în mod legal a permisului.

Proporționalitatea măsurii într-o societate democratică se va analiza de asemenea de către instanța investită cu soluționarea cererii de anulare a ordinului de suspendare.

Prin specificul său, exercițiul unui drept odată suspendat, poate să se releve într-o încălcare a art. 1 din Protocolul 1 la convenție²², sau a art. 8²³ ori art. 10 din aceasta²⁴.

De exemplu suspendarea exercițiului unei profesii poate determina consecințe grave pentru titular, măsura dispusă în temeiul unei legi clare și previzibile trebuind să se încadreze de asemenea în limite proporționale cu scopul urmărit, chiar dacă în anumite cazuri restrângerea exercițiului unor drepturi este inevitabilă²⁵.

Ca atare, dacă în speță măsura suspendării dreptului de a conduce autovehicule, apare ca justificată într-o societate democratică²⁶, este necesar și un control de proporționalitate a acesteia în raport de scopul urmărit de legiuitor, având în vedere faptul că aceeași sancțiune se aplică indiferent de natura faptei săvârșite.

Textul leagă restrângerea exercițiului dreptului de a conduce autovehicule de necesitatea sesizării instanței competente cu privire la constatarea dobândirii nelegale a permisului, fără a califica natura juridică a cererii formulate și fără a distinge între situațiile posibile. Prin dobândirea nelegală a permisului se poate înțelege atât situația în care titularul a săvârșit o faptă delictuală sau penală, încălcând legea, cât și cazurile în care nu s-a observat pur și simplu neîndeplinirea cerințelor legale, la data emiterii actului, fără intervenția persoanei solicitante²⁷.

Dintre acestea, cazurile concrete în discuție se raportează la prima ipoteză, fiind vorba despre săvârșirea de către titularul permisului a unor fapte, care trebuie să se fi petrecut **cu ocazia dobândirii** permisului. Faptele ulterioare acestui moment sunt reglementate distinct de art. 114 alin. 1, și au ca ipoteză emiterea legală a permisului, astfel că dacă se săvârșește o infracțiune, se poate ajunge la *pierderea* dreptului de a conduce în temeiul aceluși act. Până la soluționarea cauzei penale se dispune suspendarea dreptului de a conduce în ipotezele anume prevăzute de lege²⁸, în anumite cazuri, de asemenea expres prevăzute²⁹, eliberându-se titularului o dovadă de circulație. Însă și în prima situație, chiar dacă s-a săvârșit o infracțiune la regimul circulației pe drumurile publice, titularul permisului reținut fără drept de circulație poate cere procurorului sau instanței prelungirea dreptului de circulație. Astfel, chiar dacă permisul este reținut, dreptul de a conduce nu este suspendat, până când nu se efectuează cercetări din care să se desprindă concluzia săvârșirii unei fapte penale.

Însă și fapta săvârșită cu ocazia dobândirii permisului poate să fie infracțiune sau să rămână în sferă civilă.

În primul caz, dacă în dosarul penal instanța constată dobândirea nelegală a permisului poate să-l anuleze la pronunțarea hotărârii definitive. Până la acel moment, admitând posibilitatea suspendării dreptului de a conduce autovehicule în temeiul art. 114 alin. 1 lit. e) coroborat cu art. 103 alin final din O.U.G. nr. 195/2002 (după data sesizării instanței competente), este cert că aceasta se produce la un moment la care au fost deja efectuate cercetări care pot întemeia presupunerea săvârșirii faptei, sesizarea instanței penale fiind precedată în cvasimajoritatea cazurilor de faza urmăririi penale.

În cazul în care fapta nu întrunește elementele constitutive ale unei infracțiuni, suspendarea dreptului de a conduce autovehicule se dispune odată cu sesizarea instanței civile pentru constatarea dobândirii nelegale a permisului, în temeiul art. 103 alin. final din Regulament.³⁰

Se constată astfel că situația celui care nu a săvârșit o infracțiune este mai gravă decât a celui împotriva căruia au început cercetări de natură penală, pentru fapte săvârșite cu ocazia obținerii permisului.

Or, dacă fapta nu este nici cel puțin contravenție este greu de înțeles de ce legiuitorul a prevăzut suspendarea dreptului de a conduce, atât la sesizarea instanței penale cât și la sesizarea instanței civile, gravitatea situației nefiind comparabilă.

Este dificil de înțeles și de ce legiuitorul a legat suspendarea de momentul sesizării instanței civile. Dacă se invocă în instanța civilă nulitatea actului administrativ, datorită încălcării normelor care consacră cerințele pentru dobândirea permisului, privitoare la vârstă, aptitudine din punct de vedere medical și psihologic, la evaluarea cunoștințelor teoretice, practice, la existența cursurilor de pregătire³¹, până la dovedirea acestora suspendarea nu ar fi proporțională cu scopul urmărit, dacă din probele dosarului nu se poate desprinde cel puțin aparența cauzei de nulitate. Mai mult, dacă se invocă încălcarea legii prin fapte grave, de corupție, săvârșite cu ocazia examenului, nu se înțelege de ce este sesizată instanța civilă, iar nu cea penală, cum s-a întâmplat în cazul în discuție.

Comparativ cu alte materii, în care se poate dispune suspendarea exercițiului unui drept (de a exercita o profesie, suspendarea dintr-o funcție publică etc.)³², și în care de regulă legiuitorul leagă luarea măsurii de săvârșirea unei fapte disciplinare sau penale, aflată într-un stadiu avansat de cercetare, în speță suspendarea se dispune direct, la sesizarea instanței civile, fără ca anterior să se ia alte măsuri sau să se efectueze minime cercetări, pentru că textul nu prevede necesitatea existenței indiciilor temeinice.

De asemenea, măsura poate să apară ca disproportională și sub aspectul duratei sale. Dacă legea se referă la suspendarea dreptului pe o perioadă maximă de 90 de zile³³, pentru ipoteza săvârșirii unei fapte penale, pentru cazul în discuție³⁴, suspendarea se dispune până la rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești. Această perioadă este nedeterminată, iar față de celeritatea soluționării cauzelor în instanțele interne, apare și ca disproportionată, dacă nu s-ar permite reclamantului răsturnarea prezumției, măsura luată urmând să se întindă pe o perioadă lungă de timp.

4. Concluzii

Apariția textului în scopul evitării unui fenomen într-adevăr nedorit nu poate justifica lipsa de preocupare pentru concordanța necesară cu prevederile legii fundamentale, ale Convenției Europene a Drepturilor Omului și cu jurisprudența dezvoltată în temeiul acesteia.

Suspendarea exercițiului unui drept, se relevă ca o restrângere a acestuia în raport de condițiile necesare pentru luarea măsurii, de posibilitatea persoanei interesate de a se apăra, de durata măsurii sau de întinderea sa.

Cerințele art. 53 din Constituție, revizuit în sensul convenției, sunt întrunite numai în parte în privința textului introdus în O.U.G. nr. 195/2002. În mod cert există o prevedere în lege iar aceasta este necesară într-o societate democratică, deoarece tinde să elimine consecințele grave care se pot produce, respectiv vătămarea participanților la traficul rutier.

Nu se poate aprecia însă că suspendarea dreptului de a conduce, în condițiile textului, este și proporțională cu situația care a determinat-o, ci dimpotrivă riscă să aducă atingere chiar existenței dreptului.

Se impunea astfel ca art. 103 alin. 8, introdus în O.U.G. nr. 195/2002, să prevadă expres suspendarea dreptului de a conduce numai pentru categoria obținută în condiții de nelegalitate, fără afectarea celor obținute conform dispozițiilor normative.

Totodată, lipsa din textul legal a cerinței indiciilor temeinice de dobândire nelegală a permisului, din care să se desprindă concluzia vinovăției în săvârșirea faptelor aleagate și imposibilitatea contestării celor susținute în cererea de sesizare a instanței civile pentru constatarea obținerii nelegale a permisului (anularea actului administrativ), relevă disproportionalitatea măsurii față de scopul urmărit.

Ca atare, soluția este lăsarea textului neaplicat, considerarea prezumției de vinovăție ca relativă cu consecința permiterii răsturnării sale prin dovezi contrare concluziei desprinsă în virtutea acesteia.

Suspendarea dreptului de a conduce trebuia totodată prevăzută pentru o perioadă limitată, nu condiționat de data finalizării procesului civil, a cărui întindere în timp este determinată de o serie de cauze, independente de atitudinea părții. Prelungirea procesului ar putea aduce atingere existenței însăși a dreptului de a conduce autovehicule, cu atât mai mult cu cât la final instanța poate respinge cererea.

* **Andreea TABACU**, Lector univ.dr., Universitatea Pitești, andreea.tabacu@upit.ro.

¹ L. nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată în Monitorul Oficial al României nr. 777 din 25 august 2004.

² Bîrsan, C., Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentarii pe articole, vol. I, Drepturi și libertăți, Editura ALL BECK, București, 2005, p.103.

³ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 126 din 2 martie 2009.

⁴ Art. 103 alin. (8) "În situația în care autoritatea emitentă a permisului de conducere a sesizat instanța de judecată potrivit art. 114 alin. (1) lit. e), autoritatea emitentă a permisului de conducere va dispune prin ordin suspendarea exercitării dreptului de a conduce autovehicule, suspendare ce operează până la rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești. În acest caz, titularul este obligat să se prezinte la unitatea de poliție pe raza căreia domiciliază, are reședința sau, după caz, rezidența normală, în termen de 5 zile de la comunicarea ordinului, pentru a preda permisul de conducere".

⁵ « Textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce. Nu se folosesc termeni cu încărcătură afectivă. Forma și estetica exprimării nu trebuie să prejudicieze stilul juridic, precizia și claritatea dispozițiilor.»

⁶ O.U.G. nr. 50/2004 pentru modificarea și completarea unor acte normative în vederea stabilirii cadrului organizatoric și funcțional corespunzător desfășurării activităților de eliberare și evidență a cărților de identitate, actelor de stare civilă, pașapoartelor simple, permiselor de conducere și certificatelor de înmatriculare a vehiculelor aprobată prin L. nr. 520/2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 1.153 din 7 decembrie 2004, cu modificările ulterioare.

⁷ Dosar nr. 7449/280/2009, aflat pe rolul Judecătoriei Pitești.

⁸ Dosar nr. 4157/280/2009, aflat pe rolul Judecătoriei Pitești.

⁹ Art. 114 - (1) Anularea permisului de conducere se dispune în următoarele cazuri:

a) titularul permisului de conducere a fost condamnat printr-o hotărâre judecătorească rămasă definitivă pentru o infracțiune care a avut ca rezultatuciderea sau vătămarea corporală a unei persoane, săvârșită ca urmare a nerespectării regulilor de circulație;

b) titularul permisului de conducere a fost condamnat printr-o hotărâre judecătorească rămasă definitivă pentru infracțiunile prevăzute la art. 85, art. 86 alin. (2), art. 87 alin. (1), (2), (4) și (5), art. 89 alin. (1) și (2), art. 90 alin. (1) și la art. 92 alin. (3);

c) *** Abrogată de O.U.G. Nr. 63/2006

d) titularului permisului de conducere i s-a aplicat, printr-o hotărâre judecătorească rămasă definitivă, pedeapsa complementară a interzicerii exercitării profesiei sau ocupației de conducător de vehicule, prevăzută la art. 64 lit. c) din Codul penal;

e) permisul de conducere a fost obținut cu încălcarea normelor legale, situație constatată de instanța competentă;

f) permisul de conducere a fost obținut în perioada în care titularul era cercetat sau judecat în cadrul unui proces penal pentru săvârșirea unei infracțiuni la regimul circulației pe drumurile publice, atunci când acesta a fost condamnat printr-o hotărâre judecătorească rămasă definitivă.

¹⁰ Art. 203 din HG nr. 1391/2006

(1) Anularea permisului de conducere, în cazurile prevăzute la art. 114 alin. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se dispune: a) de șeful serviciului poliției rutiere pe raza căruia a fost constatată fapta, în baza hotărârii judecătorești rămase definitivă, dispusă de o instanță din România.

¹¹ Art. 97 alin 5 din OUG nr. 195/2002 prevede că „, Anularea permisului de conducere se dispune de către poliția rutieră pe a cărei rază de competență s-a produs una dintre faptele prevăzute la art. 114.”

¹² Regulamentul de aplicare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice.

¹³ Sentința nr. 4995 din data de 03.07.2009, pronunțată de Judecătoria Pitești în dosarul nr.6567/280/2009, irevocabilă prin decizia nr. 1791/17 Noiembrie 2009 a Tribunalului Argeș. În același sens, sentința nr. 3607 din 19 mai 2009 pronunțată de Judecătoria Pitești, în dosarul nr. 4157/280/2009, irevocabilă prin decizia nr.1436/R/20 Octombrie 2009.

¹⁴ Inclusiv fraudă sau săvârșirea unei infracțiuni de corupție, or numai neîndeplinirea cerințelor prevăzute de art. 33 din HG nr. 1391/2006 – vârsta minimă, lipsa unei condamnări sau trecerea anumitor termene de la condamnare, aptitudinea din punct de vedere medical și psihologic.

¹⁵ Decizia nr. 1209/18.11.2009 pronunțată de Curtea de Apel Pitești în dosarul nr. 1465/109/2009 sau decizia din 13.01.2010 în dosarul 1566/46/2009 al aceleiași instanțe.

¹⁶ Ciobanu, V.M., *Tratat Teoretic și practice de procedură civilă*, vol. II, Editura Național, București, 1997, p.214-216. Leș, I., *Tratat de drept procesual civil*, Ediția 4, Editura C.H.Beck, București, 2008, p. 559.

¹⁷ Art. 1199 C.civ.

¹⁸ Decizia nr. 1185/R/Cont/13 noiembrie 2009 pronunțată de Curtea de apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 1977/109/2009, cu opinie separată.

¹⁹ Decizia nr. 1214/R/Cont/18.11.2009 pronunțată de Curtea de apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 1975/109/2009.

²⁰ Dumitru Popescu împotriva României, hotărârea din 26.04.2007, paragraf 104. Pentru posibilitatea analizării corespondenței textului intern cu Convenția și jurisprudența aferentă, Chiriță, R., *Dreptul la un proces echitabil*, tomul I, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 16-17.

²¹ Salabiaku împotriva Franței, paragraf 28.

²² Suspendarea dreptului de a desfășura activitate comercială, aspect care a determinat o jurisprudență bogată la nivelul Curții Constituționale, art. 14 din O.U.G. nr. 28/1999. A se vedea în acest sens, Militaru, I., *Suspendarea activității operatorilor economici, utilizatori ai aparatelor de marcat electronice fiscale, aplicată în baza art.14 din O.U.G. nr. 28/1999, republicată*, Dreptul nr. 2/2009, p. 88-104.

²³ Gnahore împotriva Franței, paragraful 59; Sabou și Pârcălab împotriva României, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 484 din 8 iunie 2005, paragraf 44-49.

²⁴ Cauza Băcanu și Societatea Comercială "R" - S.A. împotriva României, publicată în: Monitorul Oficial Nr. 484 din 13 iulie 2009 paragraf 85-98. I. Dalban împotriva României, publicată în: Monitorul Oficial Nr. 277 din 20 iunie 2000, paragraf 46-52.

²⁵ Calmanovici împotriva României, publicată în Monitorul Oficial Nr. 283 din 30 aprilie 2009. S-a reținut că „,orice procedură penală presupune anumite efecte asupra vieții private și de familie a individului dar care nu încalcă articolul 8 al Convenției atât timp cât acestea nu trec dincolo de consecințele firești și inevitabile ce se produc în situații similare. Curtea a apreciat ca este inevitabilă restrângerea unor drepturi atunci când s-a pus în mișcare acțiunea penală împotriva unei persoane pentru săvârșirea unor fapte incompatibile chiar cu profesia sa.”

²⁶ Pentru evitarea creșterii mortalității determinate de accidentele rutiere.

²⁷ Nu au fost urmate cursurile, nu este împlinită vârsta, nu există testarea psihologică etc.

- ²⁸ Intitulată în lege reținerea permisului fără drept de circulație. Este cazul : punerii în circulație sau conducerii pe drumurile publice a unui autovehicul sau tramvai, cu numere false de înmatriculare sau de înregistrare – art. 85; conducerii pe drumurile publice a unui autovehicul sau tramvai de către o persoană al cărei permis de conducere este necorespunzător categoriei sau subcategoriei din care face parte vehiculul respectiv sau al cărei permis i-a fost retras sau anulat ori căreia exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată – art. 86 alin. 2 ; conducerii pe drumurile publice a unui autovehicul sau tramvai de către o persoană care are o îmbibație alcoolică de peste 0,80 g/l alcool pur în sânge, sau care se află sub influența unor substanțe ori produse stupefiante sau medicamente cu efecte similare acestora ; refuzului de a se supune recoltării probelor biologice sau testării aerului expirat ; părăsirii locului accidentului din care a rezultat uciderea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane ori dacă accidentul s-a produs ca urmare a unei infracțiuni, fără încuviințarea poliției etc.
- ²⁹ Când permisul prezintă modificări, ștersături sau adăugări ori este deteriorat, când perioada sa de valabilitate a expirat, la punerea în circulație a unui autovehicul neînmatriculat sau neînregistrat ori pentru săvârșirea contravențiilor prevăzute la art. 100 alin. (3), la art. 101 alin. (3) și art. 102 alin. (3) lit. b) și e).
- ³⁰ Nu este în discuție situația în care cerințele legale ale obținerii permisului nu au fost respectate (vârsta, cursuri de pregătire, incompatibilități pentru persona condamnată).
- ³¹ Art. 23 din OUG nr. 195/2002 și art. 33 din HG nr. 1391/2006.
- ³² Art. 47 alin. 1 din L. nr. 188/2000 privind executorii judecătorești arată că „În cazul în care împotriva executorului judecătoresc s-a luat măsura arestării preventive sau în cazul în care s-a pronunțat o hotărâre judecătorească de condamnare la o pedeapsă privativă de libertate, în primă instanță, ministrul justiției, din oficiu sau la propunerea Consiliului Uniunii Naționale a Executorilor Judecătorești, va lua măsura suspendării din funcție a acestuia până la soluționarea procesului penal, potrivit legii”.
- Art. 62 din L. nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor arată că „Judecătorul sau procurorul este suspendat din funcție în următoarele cazuri: a) când a fost pusă în mișcare acțiunea penală împotriva sa prin ordonanță sau rechizitoriu; b) când suferă de o boală psihică, care îl împiedică să-și exercite funcția în mod corespunzător.”
- Art. 74 din L. nr. 51/1995 prevede că “În caz de abatere evidentă și gravă, instanța disciplinară poate lua măsura suspendării avocatului din exercițiul profesiei până la judecarea definitivă a cauzei.”
- Art. 86 alin. 2 din L. nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici arată că „În cazul în care funcționarul public este trimis în judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni de natura celor prevăzute la art. 54 lit. h), persoana care are competența legală de numire în funcția publică va dispune suspendarea funcționarului public din funcția publică pe care o deține.”
- ³³ Art. 214 din HG nr. 1391/2006 și art. 103 lit. c) din O.U.G. nr. 195/2002.
- ³⁴ Sesizarea instanței civile și ulterior de contencios administrativ.

Tamás Notári: *Studia Iuridico-philologica I. Studies in classical and medieval philology and legal history*, Hungarian Polis Studies 14., Debrecen 2007, 313 p.

Culegerea de studii a lui Tamás Notári, conferențiar la Universitatea „Károli Gáspár” din Budapesta, a fost publicată în anul 2007. Selecția cuprinde un număr de douăsprezece lucrări, publicate anterior pe parcursul a zece ani, ce nu sunt ușor accesibile în format individual, permițând studierea lor împreună și, astfel, familiarizarea cu munca și preocupările autorului. Volumul prezintă lucrările într-o succesiune cronologică, un număr de opt tratând problemele dreptului roman și ale filologiei clasice, o altă unitate tematică cuprinzând patru studii asupra chestiunilor medievale.

1) *The Scales as the Symbol of Justice in the Iliad*¹. Idiomul balanței justiției este binecunoscut și larg utilizat, justiția putând fi frecvent văzută cu balanțe în mâna ei, în diferite reprezentări. Balanța, ca simbol al justiției și al administrării justiției, apare în numeroase lucrări din literatura greacă. În „Iliada”, poate fi remarcată o scenă prezentată în context, care, astfel, se pretează la o analiză mai profundă, în care Zeus împarte dreptatea eroilor, utilizând balanța. Studiul clarifică mai întâi conceptul de lege și justiție, așa cum acestea apar în epopeea homerică, pentru ca apoi, printr-o analiză structurală și comparativă a unor pasaje din cea mai importantă scenă, reprezentând partea decisivă a luptei dintre Ahile și Hector, să facă unele remarci asupra originii și înțelesului conceptului de balanță a justiției.

2) Materialul intitulat *Hesiod und die Anfänge der Rechtsphilosophie*² pune în lumină câteva concepte utile pentru istoria dreptului și analiza filosofică, folosind extracte din „Theogonia” și „Erga kai hemera”, principalele lucrări ale lui Hesiod, ce a trăit la turnura secolelor VIII și VII î.Hr.. Cea mai valoroasă parte a studiului îl reprezintă examinarea prezenței și rolului conceptului de *dike* în epopeea homerică și în „Erga” lui Hesiod, acest concept fiind unul dintre cele mai interesante ale istoriei antice a dreptului.

3) *Numen³ and Numinosity⁴ – On Some Aspects of the Roman Concept of Authority⁵*. Lucrarea analizează variate aspecte ale *numen*-lui, unul dintre cele mai importante fenomene ale religiei romane și etimologia lui, instituția *thriumphus*-ului, un fenomen ce pare să fie relevant din acest punct de vedere și funcția lui *flamen Dialis*, unul dintre cele mai „numinoase” fenomene ale religiei romane, iar apoi conceptul de *numen Augusti*, ce încorporează aceste elemente ale sferei religioase în legitimarea a puterii. Studiul lui Notari analizează cu o exemplară rigurozitate aspectele religioase, politice și de drept public ale conceptului roman de autoritate, separând în mod foarte clar conceptele fundamentale referitoare la subiect, dar care adesea cauzează dificultăți în interpretare, cum sunt acelea de *auctoritas*, *numen*, *genius* and *imperium*.

4) *Summum ius summa iniuria – The Historical Background of a Legal Maxim⁶*. Cicero a citat acest *proverbium*, larg răspândit încă de la începutul Republicii, ce a rămas în uz în aceeași formulare până azi, *summum ius summa iniuria⁷*, însemnând că o aplicare strictă a legii conduce la cea mai mare injustiție. În această lucrare, Notari aduce adagiul latin în atenția noastră din perspectiva logicii juridice, ca mijloc al interpretării legii, trecând în revistă prezența lui în surse literare antice, respectiv în lucrările lui Terence, Columella, iar apoi la Cicero. În această ultimă formulare, sensul maximei devine cel mai clar cristalizat, semnificând o practică legală excesivă, de rea credință în cursul *interpretatio iuris*, ce denaturează sensul ei, într-un scop voit, întorcând litera legii împotriva spiritului ei. Aforismul celsian *ius est ars boni et aequi* formulează unul dintre cele mai generale și cuprinzătoare principii de bază ale interpretării legii, destinat să ofere protecție împotriva unui prea strict interpretat și aplicat *summum ius*. Deși juriștii nu au definit niciodată foarte clar sensul noțiunii de *aequitas*, aceasta a devenit un foarte important mijloc al avansării dreptului, în calitatea ei de concept izvorând din interacțiunea dintre jurisprudență și elocință. Prezentând pasaje relevante din *Adagia* lui Erasmus de Rotterdam ca exemple tipice ale persistenței *paroemia*-ei *summum ius summa iniuria*, articolul ilustrează modul în care un proverb se transformă într-o *regula iuris* – separat de aplicarea sa directă – devenind parte integrantă a fondului de cunoștințe juridice actuale.

5) *Die Lanze als Macht- und Eigentumssymbol im antiken Rom.⁸* Această lucrare lămurește rolul pe care îl joacă *hasta* în ceremonia intitulată *legis actio sacramento in rem*. În Roma antică, *hasta* a fost arma cu care, în cursul unei lupte, se puteau obține pradă de război, recunoaștere și prin aceasta putere, nefiind de mirare că, în scurt timp, a devenit simbolul puterii. Aceasta rezultă și din definiția dată de Verrius Festus: „*hasta summa armorum et imperii est*”, iar referirea la *imperium*, în special în legătură cu lancea, reamintește unul din caracterele sale religioase, aparținând sferei sacralului. Nu este o întâmplare faptul că expresia *subhastatio* semnifică vânzarea bunurilor inamice, în special a prizonierilor, obținuți în urma unei lupte armate cu inamicul, mai târziu dobândind sensul de vânzare în general.

6) *Remarks on the Origin of the legis actio sacramento in rem*⁹, subiect ce a rămas unul dintre cele mai dezbătute în literaturia de specialitate. Studiul lui Notări pune în lumină mai multe aspecte ale ceremoniei. Caracterul sacru al procedurii *legis actio* este dovedit de adeziunea aproape nevrotică la cuvintele ce trebuiau rostite, același fenomen fiind exemplificat în descrierea lui Plinius despre *dedicatio* adus Templului lui Ops Opifera. Urme ale răzbunării private și acțiunilor arbitrare se regăsesc în originea termenului *vindicatio*, precum și de bățul folosit în procedură în locul lăncii. Mai mult decât atât, Gaius, de asemenea, explică aceasta prin faptul că romanii considerau ca fiind cu adevărat ale lor bunurile luate de la inamic, adică obținute prin luptă. Structura lui *ius fetiale*, ce reglementa legea războiului și păcii în epoca veche, un exemplu tipic de întrepătrundere a elementelor pașnice și războinice, precum și *rerum repetio*, la fel ca și *clarigatio*, prezintă o remarcabilă asemănare cu *legis actio sacramento in rem*.

7) *Remarques sur le ius vitae necisque et le ius exponendi*¹⁰. *Ius vitae ac necis*, autoritatea penală a lui *pater familias* asupra copiilor săi adulți *in potestate*, a rămas în ființă până în sec. al IV-lea Î.Hr. Această conferea tatălui dreptul de a-și ucide propriul copil, dar exercițiul acestui drept era restricționat și păstrat în anumite limite. Deci, *pater familias* trebuia să conducă procedura numită *iudicium domesticum*, când *consilium necessariorum* examina cauza și acorda pârâtului posibilitatea de a răspunde acuzațiilor (*cognita et audita causa*). În cazul în care crima părea să merite pedeapsa capitală (*iusta causa*), *consilium*-ul lua decizia asupra vinovăției cu majoritate de voturi. Verdictul era obligatoriu pentru *pater familias*. *Ius exponendi*, puterea lui *pater familias* de a-și expune copilul, a rămas în ființă până în anul 374 Î.Hr. Existau două motive pentru care un nou născut putea fi expus. Unul dintre aceste motive avea o motivație religioasă – *procuratio prodigii* – și nu putea fi clar distins de uciderea unui nou născut. În celălalt caz, *pater familias* își expunea copilul pentru că nu voia să-l crească, însă nu intenționa să-l ucidă. El conta pe faptul că cineva va găsi copilul și-l va adopta. Dacă intervenea această din urmă situație, se ridica problema legală referitoare la *status libertatis* a copilului. Reglementarea privitoare la status a fost foarte diferită în cursul secolelor, până când împăratul Iustinian a garantat libertatea aproape oricărui copil expus și adoptat.

8) *Comments on Bishop Virgil's Activity in Bavaria*¹¹. Virgil, episcopul de origine irlandeză al Salzburgului (749-784), a deschis un nou capitol în istoria episcopatului său. El a compilat lucrările istoriografice anterioare referitoare la orașul Salzburg: *Gesta sancti Hrodberti confessoris*, *Libellus Virgilii* și *Liber confraternitatum*. Tot el a construit Catedrala Rupert, ce a fost terminată în anul 774 și a extins drepturile episcopiei și ale Mănăstirii Sf. Petru din Salzburg. Această lucrare tratează trei aspecte ale activității lui Virgil, stareț și episcop de Salzburg, și anume: conflictul dintre acesta și Bonifacius, determinarea datei numirii acestuia în funcție și disputele pentru bunurile și drepturile Mănăstirii Sf. Petru și ale Episcopiei Salzburgului, ce au fost consemnate de Virgil în *Libellus Virgilii*.

9) *Tasilo III's Dethronement – Remarks on an Early-Medieval Show Trial*¹².

Crearea de către Carol cel Mare a unui imperiu unificat a cerut un număr mare de victime, unul dintre acestea fiind Tasilo al III-lea, ultimul duce al dinastiei Agilolfingilor, dinastie ce a condus Bavaria timp de două secole. Monarhul franc l-a detronat nu doar înfruntându-l într-un război sângeros, ci și printr-un proces judecat în anul 788. Acuzația principală adusă lui Tasilo a fost *infidelitas*, adică lipsă de loialitate față de senior, respectiv *harisliz* – părăsirea armatei regale fără permisiune (dezertare din armata regală), deși aceasta din urmă s-a întâmplat cu un sfert de secol înaintea procesului. Lucrarea își propune să aducă lumină asupra bazei legale a acestui caz relativ opac, prin conturarea contextului istoric în care a avut loc. Notări examinează mai întâi domnia lui Tasilo și contextul istoric în care a avut loc procesul, iar apoi investighează conflictul franco-bavarez și *sacramenta fidelitatis* al lui Tasilo. În final, după ce aduce în atenție lămurște conceptele de *infidelitas* și *harisliz*, autorul analizează procesul în sine.

10) *The Trial of Methodius in the Mirror of the Conversio Bagoariorum et Carantanorum*¹³. Acest studiu tratează activitatea lui Methodius, cunoscut ca apostol al slavilor și conflictul său cu Arhiepiscopia Salzburgului și cu episcopii săi diocezani. La Conciliul din Regensburg, ce a avut loc în anul 870, cu participarea lui Ludovic Germanul, Adalwin, arhiepiscopul Salzburgului și episcopii săi au adoptat o hotărâre cu privire la Methodius, un misionar din Bizanț, iar apoi legat papal și arhiepiscop al Sirmiumului, deoarece ei au considerat că, prin activitatea sa de misionariat desfășurată în Pannonia, Methodius a încălcat jurisdicția Salzburgului, exercitată asupra acestui teritoriu timp de 75 de ani, iar, după aceasta, l-au ținut în captivitate timp de doi ani și jumătate. Nu poate fi clarificat dacă acest proces, referitor la *Conversio Bagoariorum et Carantanorum* a fost conceput ca un act de acuzare sau pentru a legitima procesul ulterior. Autorul subliniază mai întâi contextul istoric în care s-a desfășurat conflictul dintre Methodius și episcopii Bavariei, schițând procesul creștinării Carintiei, Avariei și Bulgariei. Apoi, lucrarea investighează activitatea lui Methodius în Pannonia și Moravia și rațiunile procesului ținut la Regensburg, ce a dus la rușinoasa captivitate a lui Methodius.

11) *Die Geschichte des Ingo bei Enea Silvio Piccolomini*¹⁴. Studiul descrie contextul istoriei lui Ingo în lucrarea lui Enea Silvio Piccolomini, „De Europa”. Piccolomini, mai târziu devenit Papa Pius al II-lea (1458-1464), asemenea lui Iohannes Victoriensis, a interpretat greșit descrierea misiunii din Carintia în *Conversio Bagoariorum et Carantanorum*. Notări analizează procesul ce a dus la „crearea” ducelui carintian Ingo.

12) *Portrait zweier ungarischer Mediävisten, Gyula Kristó und Samu Szádeczky Kardoss*¹⁵. Ultima lucrare din volum, un studiu ce ridică un monument în memoria scolasticilor de renume internațional Samu Szádeczky Kardoss și Gyula Kristó, este un valoros tribut adus de fostul student Tamás Notári maestrilor săi, nu doar prin această evocare, ci, probabil, prin cuprinsul întregului volum.

Mircea Dan BOB, Andrea CHIȘ

- ¹ *Balanța ca simbol al justiției în Iliada*, Notări op. cit. p. 9-20.
- ² *Hesiod și începuturile filosofiei dreptului*, Notări op. cit. p. 21-44.
- ³ Cuvânt de origine latină, semnificând un spirit sau putere divină ce veghează asupra unui loc. A se vedea „Oxford Dictionary and Thesaurus” Edited by Maurice Waite, Oxford University Press, Second edition 2007, p. 705.
- ⁴ Cuvânt de origine latină, provenind din cuvântul latin *numen*, semnificând ceva cu un puternic caracter religios sau spiritual. Ibidem.
- ⁵ *Numen și numinousity – despre anumite aspecte ale conceptului roman de autoritate*. Notări op. cit., p. 45-74.
- ⁶ *Summum ius summa iniuria – explicația unui adagiu legal din perspectivă istorică*. Notări op. cit., p. 75-96.
- ⁷ Cicero, *De officiis* 1, 33.
- ⁸ *Lancea ca simbol al puterii și al proprietății în Roma antică*. Notări, op. cit., p. 97-128.
- ⁹ *Remarci asupra lui „legis actio sacramento in rem”*. Notări, op. cit., p. 129-152.
- ¹⁰ *Remarci asupra „ius vitae necisque” și „ius exponendi”*. Notări, op. cit., p. 153-178.
- ¹¹ *Comentarii referitoare la activitatea episcopului Virgil în Bavaria*. Notări, op. cit., p. 192-202.
- ¹² *Detronarea lui Tasilo al III-lea – remarci asupra procesului spectacol din Evul Mediu timpuriu*. Notări, op. cit., p. 203-232.
- ¹³ *Procesul lui Methodius din perspectiva Conversio Bagoariorum et Carantanorum*. Notări, op. cit., p. 233-282.
- ¹⁴ *Povestea lui Ingo de Enea Silvio Piccolomini*. Notări, op. cit., p. 283-304.
- ¹⁵ *Portretul a doi medievști maghiari, Gyula Kristó și Samu Szádeczky Kardoss*. Notări, op. cit., p. 305-313.