

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 1/2011**  
**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

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf. dr. Florin STRETEANU

## REFERENȚI:

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

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

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

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoît MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

## CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» <b>ANUNT / Annonce / Announcement - IN MEMORIAM TUDOR DRAGANU</b> .....	3
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Iolanda Boti, Victor Boti - CODUL CIVIL DIN QUEBEC : SURSA DE INSPIRAȚIE ÎN PROCESUL DE RECODIFICARE A DREPTULUI CIVIL ROMÂN / <i>Le Code civil du Québec - source d'inspiration dans le processus de recodification du droit civil roumain</i> .....	5
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Rena Van den Bergh - COMMUNICATION AND PUBLICATION OF THE LAW IN ROME .....	20
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Radu Chirita - PRIVATIZAREA BUNURILOR DEVENITE PROPRIETATEA STATULUI PRIN NAȚIONALIZARE (UN COMENTARIU AL HOTĂRĂRII MARIA ATANASIU C. ROMÂNIA PRONUNȚATĂ DE CEDO) / <i>The Privatization of the Nationalized Public Properties (Commentary on Maria Atanasiu vs. Romania)</i> .....	31
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Linda Hamid - TAXELE JUDICIARE DE TIMBRU ȘI ACCESUL LA JUSTIȚIE / <i>Stamp Duty and the Right of Access to Court</i> .....	40
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Gheorghe-Iulian Ionita - O ANALIZĂ COMPARATIVĂ A MODULUI ÎN CARE AU FOST IMPLEMENTATE, ÎN LEGISLAȚIILE NAȚIONALE, UNELE DINTRE MĂSURILE PREVĂZUTE DE CONVENȚIA PRIVIND CRIMINALITATEA INFORMATICĂ / <i>A Comparative Analysis Regarding the Implementation of Some CoE's Convention on Cybercrime Provisions in the National Legislations</i> .....	58
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Eugenia Iovanas - ADMISIBILITATEA ACȚIUNILOR ÎN CONTENCIOS ADMINISTRATIV AVÂND CA OBIECT ACORDAREA DREPTURILOR SALARIALE SUPLIMENTARE ACORDATE FUNCȚIONARILOR PUBLICI ȘI PERSONA- LULUI CONTRACTUAL DIN INSTITUȚIILE PUBLICE BUGETARE ÎN BAZA CONTRACTULUI COLECTIV DE MUNCĂ / <i>The Admissibility of the Actions in Executor Litigation Having as Cause the Payment of Additional Wages to Clerks and to the Contractual Personnel from Public Institutions Stipulated by the Collective Labor Agreement</i> .....	89
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Bjarne Melkevik - CRITIQUES D'UN TEXTE MYTHIQUE : RÉFLEXIONS SUR « L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ET LA REPRODUCTION DES HIÉRARCHIES. UNE POLÉMIQUE AUTOUR DU SYSTÈME » DE DUNCAN KENNEDY .....	99
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Andreea Pop - LE MED-ARB, MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES CONFLITS, DANS LE DROIT COMPARE .....	129
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Paul Popovici - INCOMPATIBILITATEA DE A EXERCITA COMERȚUL. REVIZUIREA UNUI CAZ / <i>The Incompatibility of Trade Activities. Revising a Case</i> .....	141
» <b>In memoriam Tudor Draganu</b> - Paul Vasilescu - PROPOS A BATONS ROMPUS SUR LES REGIMES MATRIMONIAUX ROUMAINS .....	148



## **In memoriam Tudor Drăganu**

**Numerele 4/2010 și 1/2011 sunt dedicate memoriei  
profesorului Tudor Drăganu.**

**Les numéros 4/2010 et 1/2011 sont dédiés à la mémoire  
du professeur Tudor Drăganu.**

**The issues n° 4/2010 and 1/2011 are dedicated to the memory  
of Professor Tudor Drăganu.**



**CODUL CIVIL DIN QUEBEC : SURSĂ DE INSPIRAȚIE  
ÎN PROCESUL DE RECODIFICARE A DREPTULUI CIVIL ROMÂN**

**Iolanda BOȚI\***  
**Victor BOȚI\*\***

**Résumé :** Le Code civil du Québec – source d’inspiration dans le processus de recodification du droit civil roumain. Après sa recodification en 1994, le Code civil du Québec a eu un impact important auprès de plusieurs systèmes juridiques de droit dans le monde entier. Les auteurs présentent les influences subies par le nouveau Code civil de la Roumanie, de la part du Code québécois.

*En Roumanie, comme au Québec, la réforme concerne, non seulement la modernisation des règles de droit et du langage, l’intégration des diverses lois dans le système national de droit, mais aussi l’intégration de certaines règles étrangères.*

*En Roumanie, on peut constater que les influences législatives québécoises sur le Code civil sont dans les matières concernant le droit de la personne, le droit de la famille, l’institution d’administration des biens d’autrui, les garanties. La Roumanie a bénéficié ainsi, de l’expérience pratique dans l’application des règles prévues dans le Code québécois depuis son entrée en vigueur, mais aussi de toutes les corrections qui lui ont été apportées depuis. Des analyses de droit comparé à ce sujet sont amplement développées dans l’article, le Code civil du Québec en représentant un bon instrument de travail, autant théorique que pratique.*

*Quant à son impact au point de vue juridique, les auteurs considèrent que le travail en droit comparé doit perpétuer une fois le nouveau Code roumain entré en vigueur et qu’il faudrait continuer à étudier la jurisprudence et la doctrine québécoise pour découvrir l’application des notions empruntées, de préférence les nouvelles notions.*

*En somme, dans cet article, les auteurs mettent en valeur la contribution du droit comparé à l’élaboration du droit positif, en présentant les influences du droit québécois lors de la réforme du droit civil en Roumanie.*

**Mots clés :** code civil, Québec, Roumanie, réforme, droit comparé.

**Cuvinte cheie :** cod civil, Quebec, Romania, reforma, drept comparat.

Așa cum s-a subliniat chiar de către legiuitorul nostru<sup>1</sup>, opera de recodificare a dreptului civil român s-a realizat cu sprijinul legislațiilor moderne de natură civilistă existente la acest moment în lume. Printre acestea se numără: Codul civil francez, Codul civil al provinciei Quebec, precum și Codurile civile italian, spaniol, elevțian, german, brazilian.

În ceea ce privește Codul civil din Quebec, acesta, după momentul intrării sale în vigoare, în 1994, a constituit o sursă de inspirație pentru o parte din codurile civile enumerate mai sus.

În acest sens, în cadrul Colocviului internațional « *Le Code civil du Québec: 15 ans après: Constats, perspectives et influences* », organizat în aprilie 2009<sup>2</sup>, în provincia Quebec, de către Université de Montréal în colaborare cu Association du Barreau Canadien, profesori din diferite țări au prezentat lucrări prin care au pus în evidență contribuția Codului civil din Quebec la realizarea reformelor de drept civil în lume. Astfel, profesorul David Lametti, vice-decan și profesor la Facultatea de drept a Universității McGill din Montreal, în calitatea sa de fost director al proiectului privind reforma Codului civil din Rusia, a prezentat conferința intitulată „*Droit et personnes: l'influence des juristes et du droit civil québécois dans la réforme du code civil russe*”.

Elena Lauroba, profesor la Universitatea din Barcelona, a prezentat conferința intitulată „*Le Code civil du Québec et le Code catalan*”, prin care a subliniat influențele pe care Codul civil catalan, intrat în vigoare în 2006, le-a avut din partea Codului civil din Quebec.

Cu această ocazie, Mircea-Dan Bob, profesor la Universitatea Babes Bolyai a prezentat conferința „*La refonte du Code civil roumain et le Code civil du Québec*” având ca subiect central prezentarea contribuției specialiștilor din provincia canadiană, în perioada 1999-2004, la reforma dreptului civil din țara noastră, precum și analiza modelului din Quebec și locul său în cadrul acestei reforme.

Putem observa că, în opera de recodificare din țara noastră au fost luate în considerație modele de coduri ce au suferit la rândul lor, influențe mai mari sau mai mici din partea aceluiași Cod civil din Quebec.

În 2004, Jacques Auger, profesor la Université de Sherbrooke și fost membru al Commission du droit du Canada și consultant în reforma Codului civil din România, menționa că : « *Le Québec est le seul endroit que je connaisse où une réforme complète fut instaurée.(...) Cela démontre toute la complexité de l'opération.* »<sup>3</sup>

Codul civil din provincia Quebec este considerat de către doctrină<sup>4</sup> ca fiind o autentică recodificare și nu o simplă aducere la zi a legislației existente până la acel moment. Se reține că în anumite cazuri au fost codificate soluții jurisprudențiale, iar în altele acestea au fost înlăturate.

Ne propunem ca în cadrul acestui material să facem o analiză comparativă între anumite dispoziții normative în vigoare în acest moment în Codul civil al provinciei Quebec și cele existente în Noul Cod civil român în forma în care se prezintă acesta în Legea nr. 287 din 17 iulie 2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial nr. 511 din 24 iulie 2009. Apreciem că această privire comparativă ne va permite să reținem și să înțelegem în mod concret influențele pe care Codul civil din Quebec le-a avut în opera de recodificare a Codului civil din România.



Așa cum se reține și în literatura de specialitate<sup>5</sup>, Codul civil din Quebec, era, la momentul formării Comisiei de elaborare a noului Cod din țara noastră, cel mai recent cod civil: „*on le voyait donc comme le dépositaire des plus nouvelles tendances vouées a la modernisation et a l’uniformisation de la législation civile*”.

1. Personal, considerăm că în România, ca și în Quebec, reforma a privit nu numai modernizarea regulilor de drept și a limbajului folosit, dar și integrarea diferitelor legi civile și curente jurisprudențiale existente deja în sistemul național de drept, inclusiv a unor reglementări străine<sup>6</sup>.

**Concepția monistă** reprezintă principalul aspect care a fost urmărit atât de legiuitorul din Quebec, cât și de legiuitorii din celelalte țări care au preluat ca model reforma din Quebec.

Pentru a sublinia acest lucru, vom proceda la o prezentare a structurii noului nostru Cod civil, care este în principiu aceeași cu cea a Codului civil din Quebec, structură pe care o găsim și în celelalte coduri care au optat pentru o concepție monistă în cadrul reformelor de recodificare.

Început cu un titlu preliminar intitulat „Despre legea civilă” prin care sunt stabilite dispozițiile generale, aplicarea legii civile, interpretarea și efectele acesteia și publicitatea drepturilor, a actelor și a faptelor juridice, Codul civil stabilește repere în timp și spațiu ale aplicabilității dispozițiilor sale.

Cartea a I-a intitulată în ambele coduri „Despre persoane”, cuprinde alături de dispozițiile generale, reglementări privind persoana fizică: capacitatea de folosință și de exercițiu, respectul drepturilor inerente acesteia, inclusiv respectul datorat după deces, elementele privind identificarea persoanei fizice, cum sunt numele, domiciliul, actele de stare civilă, precum și cele privind tutela și curatela. Prima Carte continuă cu dispoziții privind persoana juridică.

Familia reprezintă subiectul central al Cărții a II-a din ambele coduri civile. Sunt prevăzute dispozițiile referitoare la încheierea căsătoriei, drepturile părților ce alcătuiesc o familie, desfacerea căsătoriei, precum și filiația și adopția.

Noul Cod civil român continuă cu Cartea a III-a intitulată „Despre bunuri”. Cartea a III-a din Codul civil din Quebec se referă la succesiuni, iar Cartea a IV-a la bunuri. Cu privire la bunuri, Codul nostru vorbește despre bunurile și drepturile reale în general, despre proprietatea privată, inclusiv despre proprietatea comună și proprietatea periodică, dar și de dezmembrămintele dreptului de proprietate privată. Sunt prezentate în continuare dispozițiile privind proprietatea publică, cartea funciară și posesia. În cadrul acestei Cărți se găsesc două instituții noi pentru dreptul românesc, fiducia, preluată după modelul civil francez și administrarea bunurilor altuia care reprezintă o preluare integrală și aproape fidelă a instituției consacrate în Codul civil din Quebec. De asemeni, trebuie să spunem că echivalentul dispozițiilor privind Cartea funciară formează în cadrul Codului civil din Quebec subiectul Cărții a IX-a intitulată „*De la publicité de droits*”.

În noul nostru Cod civil, succesiunile formează subiectul Cărții a IV-a intitulată „Despre moștenire și liberalități” și cuprinde dispoziții referitoare la moștenirea legală și la liberalități.

„Despre obligații” este titlul Cărții a V-a, ca și în Codul civil din Quebec. Sunt prezentate dispozițiile generale despre obligații, izvoarele acestora și responsabilitatea civilă, modalitățile obligațiilor, executarea lor, transmiterea și stingerea lor, precum și restituirea prestațiilor.

Așa cum s-a arătat și în Expunerea de motive referitoare la Legea privind Codul civil<sup>7</sup>, legiuitorul român a renunțat la dualismul Cod civil – Cod comercial, astfel încât, ca și în Codul civil din Quebec, în categoria contractelor speciale sunt incluse și contracte ce au fost considerate apanajul exclusiv al comercianților. Găsim astfel contractul de vânzare, contractul de împrumut, de închiriere, contractul de transport, contractul de societate, de mandat, contractul de antrepriză, contractul de asigurare, de depozit, de rentă, tranzacția, jocul și pariul.

Privilegiile și garanțiile reale ce se află în noul Cod civil ca și capitol distinct în cadrul Cărții despre obligații, formează, în Codul civil al provinciei Quebec Cartea a VI-a „*Des priorités et des hypothèques*”. Reglementările sunt în principiu aceleași.

Prescripția constituie în fiecare dintre coduri subiectul unei Cărți distincte.

Reglementările privind dreptul internațional privat, chiar dacă au surse diferite de preluare, sunt guvernate de aceleași principii și formează subiectul ultimei Cărți în ambele coduri.

## **2. Administrarea bunurilor altuia<sup>8</sup>**

2.1. În ceea ce privește instituția denumită generic „Administrarea bunurilor altuia”, în noul Cod, este consacrată în articolele numerotate de la 792 la 857, cuprinse în Titlul V al Cărții a III-a.

Aceasta reprezintă o veritabilă contribuție a Codului civil al provinciei Quebec la reforma dreptului civil din țara noastră, datorită preluării de către legiuitorul nostru, am putea spune, integrale, a textelor legislative. Apreciem că această contribuție la crearea legislației va trebui completată cu prezentări ale doctrinei și jurisprudenței în materie, din această provincie, aspecte ce vor fi realizate însă, în deplină concordanță cu caracteristicile vieții sociale și juridice ale României, tocmai pentru a fi adaptate acestor realități.

Instituția numită „*Administration du bien d'autrui*” este creația juriștilor din Quebec. Nu o întâlnim în alte legislații ca și instituție de sine stătătoare, cu reglementare proprie. Doctrina provinciei canadiene apreciază că aceste articole reprezintă principii generale a căror aplicabilitate este deseori modelată în funcție de circumstanțele proprii anumitor categorii de administrări<sup>9</sup>.

În acest sens, legiuitorul român menționează că „dispozițiile în această materie se vor aplica în fiecare situație în care nu există reglementări speciale privitoare la administrarea bunurilor unei alte persoane, precum și în completarea eventualelor reglementări speciale.”<sup>10</sup> Acest caracter general este consacrat prin articolele 792, alineatul 3 și 794<sup>11</sup> din noul Cod.

Alături de reglementările generale, legiuitorul român face referiri directe la „administrarea bunurilor altuia”, în diferite materii cum ar fi: fiducia, tutela minorului, curatela.

2.2. În cazul **tutelei minorului**, administrarea bunurilor minorului se va face conform articolului 142 care menționează că tutorele are îndatorirea de a administra cu bună-credință bunurile acestuia, acționând în calitate de administrator însărcinat cu simpla administrare.

2.3. În ceea ce privește **curatela**, legiuitorul român prevede că atunci când aceasta se instituie, se vor aplica regulile de la mandat, cu excepția cazului în care, la cererea persoanei interesate ori din oficiu, instanța de tutelă va hotărî că se impune investirea curatorului cu drepturile și obligațiile unui administrator însărcinat cu simpla administrare a bunurilor altuia, conform articolului 183 alineatul 1, caz în care apreciem că este vorba despre calitatea de administrator al curatorului.

2.4. În cadrul **executării ipotecii mobiliare**, creditorul, care are o ipotecă asupra bunurilor unei întreprinderi, sau o altă persoană desemnată de acesta sau de instanța de judecată poate prelua bunurile ipotecate în vederea administrării, conform articolului 2468 din noul Cod. Apreciam astfel că ne aflăm în fața unui veritabil administrator, în lumina articolului 2470 care menționează, în mod expres, că persoana ce răspunde de administrarea bunurilor are calitatea de administrator al bunurilor altuia însărcinat cu administrarea deplină, conform dispozițiilor articolelor 800 și 801 din același nou Cod românesc.

2.5. În ceea ce privește **legatul**, legiuitorul român, prin articolul 792, îl consideră izvor al regimului juridic al administrării bunurilor altuia. Însă, atunci când vorbește despre legate, în articolele 1054 și următoarele, legiuitorul nu face nici o precizare referitoare la regimul administrării.

2.6. **Fiducia**, este o instituție nouă, de sine stătătoare, independentă de cea a administrării bunurilor altuia și este preluată din Codul civil francez. Ea face obiectul titlului IV al Cărții a III-a<sup>12</sup> din noul nostru Cod civil. Fiducia este definită în articolul 773, iar fiduciarul are o consacrare de sine stătătoare, recunoscută de

către lege. Acestuia, fără a fi administrator al bunurilor altuia și nici beneficiar al administrării, i se aplică doar anumite reglementări privind „administrarea bunurilor altuia” în cazurile menționate expres de către legiuitor român.

2.7. După modelul Codului civil din Quebec, în cadrul instituției administrării bunurilor altuia, legiuitorul nostru prevede reglementarea obligațiilor administratorilor cu privire la **plasamentele considerate sigure**, astfel încât, oricine are calitatea de administrator al bunurilor altuia, însărcinat cu simpla administrare, trebuie să se supună acestor reguli cu privire la investirea sumelor de bani. Sunt reglementate obligația administratorului de a-și arăta calitatea, plasarea sumelor de bani de către administrator, menținerea plasamentelor anterioare, obligația de reparare a prejudiciului pentru plasamentele nesigure.

### 3. În domeniul dreptului familiei

3.1. În ceea ce privește noțiunea de **autoritate părintească**, guvernul României, în Hotărârea privind aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege – Cod civil, statuează că „va fi consacrată noțiunea de autoritate părintească după modelul Codului civil francez și al celui al provinciei Quebec din Canada, iar ca elemente de noutate se va prevedea că, în principiu, părinții vor exercita împreună această autoritate, chiar și atunci când sunt divorțați; va fi definită noțiunea de locuință a copilului și va fi stabilit regimul juridic al administrării bunurilor copilului”<sup>13</sup>.

Autoritatea părintească este prevăzută, în noul Cod, în Titlul IV din Cartea a II-a „Despre familie”; este definită, în articolul 483 alineatul 1, ca fiind „ansamblu de drepturi și îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți”.

Conținutul autorității părintești, care este prevăzut în articolul 487 și explicat și prin articolul 488 din noul Cod, este mult mai detaliat decât conținutul prevăzut în Codul civil din Quebec în articolul 599. Acesta din urmă prezintă într-o manieră mult sintetizată reglementările realizate de legiuitorul român.

Însă, articolele 503 alineatul 1 și 507 din noul Cod român reprezintă o preluare fidelă a dispozițiilor articolului 600, alineatul 1 și 2 din Codul civil din Quebec. Ne referim la faptul că părinții exercită împreună autoritatea părintească, iar în cazul în care unul dintre soți nu o poate exercita, din motivele prevăzute expres, celălalt părinte exercită singur autoritatea părintească.

De asemeni, legiuitorul român, prin articolul 503 alineatul 2, preia conținutul articolului 603 din Codul civil din Quebec, stabilind o prezumție legală față de terții de bună credință în exercițiul autorității de către unul dintre părinți.

3.2. În strânsă legătură cu această noțiune<sup>14</sup> este menționat **principiul interesului superior al copilului**, consacrat în articolul 263 din noul Cod. Legea prevede că orice măsură privitoare la copil, indiferent de autorul ei, trebuie să fie luată cu respectarea interesului superior al copilului, prin copil înțelegându-se, conform aliniatului ultim, „persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nici nu a dobândit capacitatea deplină de exercițiu, potrivit legii”.

În aliniatul 2 se prevede că pentru « rezolvarea cererilor care se referă la copii, autoritățile competente sunt datorate să dea toate îndrumările necesare pentru ca părțile să recurgă la metodele de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă », deschizându-se astfel calea medierii, ca și în legislația din provincia canadiană.

Procedurile referitoare la relațiile dintre părinți și copii trebuie să garanteze că dorințele și interesele părinților privind copiii lor pot fi aduse la cunoștința autorităților și că aceste autorități țin cont de ele în hotărârile pe care le iau.

Totodată, aceste proceduri trebuie să se desfășoare într-un timp rezonabil, astfel încât interesul superior al copilului și relațiile de familie să nu fie afectate.

În România, înainte de dispozițiile exprese ale noului Cod civil, întâlnim consacrată noțiunea de interes superior al copilului într-un pachet de legi ce reglementează domeniul adopțiilor, protecția și drepturile copilului, în deplină concordanță cu Convenția cu privire la drepturile copilului, adoptată de Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 20 noiembrie 1989 și intrată în vigoare în septembrie 1990, Convenție la care România a aderat încă din 1990<sup>15</sup>. În acest sens amintim Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției și următoarele, Legile 274 și 275, în același domeniu<sup>16</sup>.

Prin noul Cod civil, legiuitorul statuează acest principiu, după modelul legislațiilor moderne, prinzându-l în opera de codificare, ca principiu de bază a societății românești, extinzând sfera de reglementare, depășind cadrul în care vorbim despre copilului aflat în dificultate.

Cu privire la conținutul concret al acestui principiu, apreciem că se va analiza doctrina și jurisprudența existente până la acest moment în România și care fac vorbire, direct sau indirect de noțiunile care stau la baza acestui principiu. Apreciam că acest principiu se va raporta întotdeauna la societatea în cadrul căreia va fi analizat, chiar dacă vom încerca să prezentăm comparativ diferite legislații ce îl consacră.

Având în vedere totuși studiul comparativ pe care l-am propus, putem spune că legiuitorul din provincia Quebec consacră acest principiu în cadrul Codului său civil, prin articolele 32, 33 și 34, într-un capitol distinct intitulat „*Du respect des droits de l'enfant*”. Interesul superior al copilului este cunoscut sub denumirea de „*le meilleur intérêt de l'enfant*”. Jurisprudența este cea care a fost principala sursă de analiză

și dezvoltare a acestui principiu. Aplicabilitatea cea mai mare a acestui principiu o întâlnim în cazurile de stabilire a modalităților de încredințare a copilului în cazul în care părinții se separă.

### **3.3. Dreptul la compensație și prestația compensatorie**

Noul Cod civil reglementează în materia familială, așa numitul drept la compensație, în cadrul articolului 328. În baza sa, „soțul care a participat efectiv la activitatea profesională a celuilalt soț poate obține o compensație, în măsura îmbogățirii acestuia din urmă, dacă participarea sa a depășit limitele obligației de sprijin material și ale obligației de a contribui la cheltuielile căsătoriei.”

Dreptul la compensație prevăzut de articolul 328 este diferit de dreptul la prestația compensatorie prevăzut în articolele 390-395 din Noul Cod.

Primul se referă la dreptul pe care îl are unul dintre soți în timpul căsătoriei, conform reglementărilor privind drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților, iar prestația compensatorie are în vedere un eventual dezechilibru semnificativ pe care divorțul l-ar determina în condițiile de viață ale celui care poate astfel să solicite prestația.

Conform aceluiași principii, sub titulatura de „*prestation compensatoire*”, Codul civil din Quebec crează în articolul 427 bazele celor două drepturi. În aliniatul 1 vorbește despre compensația ce poate fi primită în moment de divorț, separare sau nulitate a căsătoriei, iar în aliniatul al doilea reglementează prestația compensatorie fondată pe baza contribuției regulate a unuia dintre soți la activitatea celuilalt.

Apreciem deosebit de utilă prezentarea din partea legiuitorului român a celor două noțiuni, în cadrul a două categorii distincte de articole, ceea ce conduce la evitarea confuziilor ce s-ar putea crea.

**3.4. Reproducerea umană asistată medical cu terț donator** este reglementată în articolele 441 – 447 din noul Cod civil, în cadrul capitolului destinat filiației.

În articolele 441 și 442, legiuitorul român a preluat dispozițiile existente în Codul civil francez, așa cum se prezintă ele în articolele 311-19 și 311-20<sup>17</sup>.

Însă, în ceea ce privește conținutul articolului 443 din noul Cod, legiuitorul român a avut ca sursă de inspirație Codul civil din Quebec, articolul 539. În acest sens, se reține că nimeni nu poate contesta filiația copilului pentru motive ce țin de reproducerea asistată medical, cu excepția soțului mamei care nu a consimțit la reproducerea asistată.

Totodată, au fost preluate și dispozițiile articolului 542 din Codul civil din Quebec. Astfel, legiuitorul român, în articolul 445 consacră confidențialitatea informațiilor în cadrul reproducerii umane asistată medical cu terț donator.

În cadrul aceluiași articol, după modelul reglementărilor din Quebec, se prevăd expres anumite excepții. Menționăm, în primul rând, cazul în care, din lipsa unor informații considerate confidențiale, există riscul creării unui prejudiciu grav pentru sănătatea unei persoane astfel concepute sau a descendenților acesteia, situație în care instanța poate autoriza transmiterea informațiilor confidențiale medicului sau autorităților competente. De asemeni, legea prevede și faptul că oricare dintre descendenții persoanei astfel concepute poate să se prevaleze de acest drept, în situația în care faptul de a fi privat de informațiile pe care le cere poate să prejudicieze grav sănătatea sa ori pe cea a unei persoane care îi este apropiată.

Legiuitorul român prevede în mod expres necesitatea exprimării unui consimțământ în formă autentică, după modelul legislației franceze. În Quebec, această cerință nu este reglementată expres însă, reproducerea asistată este consacrată ca un *projet parental commun*. Personal, apreciem că cele două reglementări s-ar putea completa, răspunzând în acest fel, și mai bine cerințelor pe care le implică un act de o asemenea responsabilitate atât pentru viitorii „părinți”, cât și pentru terțul donator. Considerăm că legislația specială și practica ar putea aprecia că ne aflăm în fața unui proiect, cu tot ceea ce implică el.

**3.5. Diverse alte reglementări în domeniul familial** consacrate în Codul civil al provinciei Quebec, le regăsim și în noul Cod civil român.

3.5.1. Principiul pluralității regimurilor matrimoniale consacrat de articolele 312 și următoarele îl găsim în Codul civil din Quebec. Regimurile nu sunt aceleași, însă reglementarea legală și convențională urmează principiul comun. Este pentru prima dată în România când un cuplu, fără nici un alt artificiu de convenții anterioare sau posterioare momentului căsătoriei, acte ascunse sau nu, poate hotărâ destinul său financiar.

3.5.2. Convenția de mariaj este consacrată în articolele 329 și următoarele din noul Cod, pornind de la aceleași principii existente și în Codul civil din Quebec, cu excepția „clauzei de preciput” consacrată prin articolul 333 care nu există în legislația provinciei canadiene, fiind preluată de legiuitorul român din Codul civil francez.

În principiu, apreciem că puterea de lege și libertatea convenției părților vor crea bogată jurisprudență în România, așa cum există în toate țările în care există convenție de mariaj, printre care se numără și provincia Quebec.

3.5.3. Mandatele convențional și cel judiciar dat de un soț celuilalt soț și prevăzute de articolele 314 și 315 prezintă o nouă abordare în legislația din țara noastră dată fiind complexitatea raporturilor financiare dintre soți. Aceste mandate sunt prevăzute expres în cadrul secțiunii destinate regimurilor matrimoniale, la fel ca și în cadrul Codului civil din Quebec.

Cu privire la mandatul convențional, dispozițiile articolului 314 din noul Cod civil sunt identice cu dispozițiile articolului 443 din Codul civil din Quebec.

În ceea ce privește mandatul judiciar, acesta se stabilește în aceleași condiții reținute și de legiuitorul din Quebec, în articolul 444. Astfel, în cazul în care unul dintre soți nu-și poate manifesta voința, instanța va încuviința reprezentarea în administrarea regimului matrimonial.

În plus, conform articolului 315 aliniatul 2 din noul Cod, mandatul va înceta de plin drept și în momentul în care este numit un tutore sau un curator, așa cum este prevăzut în mod expres și în Codul civil din Quebec, din articolul 445 aliniatul 2.

Însă, în plus față de cele două mandate special prevăzute pentru regimurile matrimoniale, Codul civil din Quebec prevede în mod specific și mandatul domestic în articolul 397, precum și mandatul tacit prezumat, consacrat în articolul 398, în cadrul unei alte secțiuni destinate în general drepturilor și obligațiilor soților ca efecte ale căsătoriei. Aceste mandate au în vedere toate actele pe care soții le pot îndeplini în viața de familie, nu numai cele ce privesc regimurile matrimoniale.

3.5.4. Noțiunii de locuință a familiei îi este rezervată o întreagă secțiune, începând cu articolul 321 din noul Cod, după modelul Codului civil din Quebec, unde aceasta poartă denumirea generică de „*residence familiale*”. Sunt stabilite reguli privind regimul unor acte juridice cu privire la locuința familiei, precum și cu privire la bunurile mobile care se află în această locuință. Articolului 322 din noul Cod îi corespunde, în principiu, articolul 401 din Codul civil al provinciei Quebec. Sunt stabilite și drepturi speciale cu privire la locuința familiei închiriată și atribuirea beneficiului contractului de închiriere.

Notarea locuinței familiei în cartea funciară este echivalentul „*déclaration de résidence familiale*” prevăzută în articolul 407 din Codul civil din Quebec.

#### **4. În domeniul tutelei și curateleii**

4.1. În noul Cod civil român întâlnim reglementări noi privind aplicabilitatea contractului de mandat, și anume: contractul ce poate fi redactat în baza articolului 166, cu privire la tutelă și cel ce poate fi redactat conform articolului 180 alineatul 2, cu privire la curatelă.

Articolul 166 prevede că orice persoană care are capacitatea deplină de exercițiu poate desemna prin act juridic unilateral sau prin contract de mandat, încheiate în formă autentică, persoana care urmează a fi numită tutore pentru a se îngriji de persoana și bunurile sale în cazul în care ar fi pusă sub interdicție judecătorească.

În Canada, Quebec-ul a fost prima dintre provincii care a permis unei persoane să-și redacteze un astfel de mandat<sup>18</sup>. Astfel, în Codul său civil, în articolele 2166 la 2174, legiuitorul reglementează prin reguli specifice acest mandat de protecție ca



și contract. În doctrina din Quebec, el este definit ca fiind contractul de mandat prin care mandantul conferă mandatarului puterea de a realiza orice acte juridice raportate la afacerile mandantului, cuprinzând protecția persoanei sale și administrarea bunurilor sale, în caz de inaptitudine a mandantului.<sup>19</sup>

În Codul civil francez, acest act juridic este un mandat căruia i se aplică regulile de la contractul de mandat plus regulile specifice prevăzute în articolele 477 - 494, care îl și prevăd.

În noul nostru Cod civil, consacrarea sa se face în cadrul dispozițiilor privind persoana fizică și protecția acesteia, fără nici o altă precizare suplimentară. În aceste condiții, considerăm că vor fi aplicate dispozițiile generale de la contractul de mandat, așa cum este el reglementat în noul Cod.

În legislația franceză, acest mandat poartă denumirea de „*mandat de protection future*”.

În legislația din Quebec, el este denumit „*mandat donné en prévision de l'inaptitude*”, iar în doctrină este întâlnit ca „*mandat d'inaptitude*” sau „*mandat de protection*”, denumiri care au fost preluate și de jurisprudența din această provincie.

Pornind de la acestea și având în vedere că legiuitorul român nu a consacrat acest tip de mandat sub o denumire specifică, ne-am propus să-l numim generic: „mandat în caz de inaptitudine”.<sup>20</sup>

4.2. O altă aplicare a reglementărilor privind contractul de mandat este prevăzută și în articolul 180 aliniatul 2 din noul Cod, ce crează posibilitatea numirii unui curator de către o persoană interesată. Curatorul poate fi astfel desemnat, prin act unilateral sau prin contract de mandat, încheiate în formă autentică. În acest caz, persoana desemnată va fi numită cu prioritate în momentul în care vor fi îndeplinite condițiile prevăzute de cod pentru instituirea curatelei, conform articolului 180.

Apreciem că vor primi aplicabilitate regulile aceluiași tip de mandat, numit și în acest caz „mandat în caz de inaptitudine”.

## 5. În domeniul succesiunilor

În ceea ce privește **nedemnitățile și efectele ei** reglementate în articolele 958 – 962 din noul Cod civil român, guvernul român, prin hotărârea pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege – Codul civil, reține că, „urmându-se norma similară din Codul civil francez și din cel al provinciei Quebec din Canada, vor fi reglementate cazurile de nedemnități absolute și nedemnități judiciare, efectele nedemnității, precum și faptul că aceste efecte pot fi înlăturate prin manifestarea expresă a voinței defunctului;”<sup>21</sup>

Înlăturarea efectelor nedemnității este prevăzută în cadrul articolului 961 din noul Cod. Efectele nedemnității de drept sau judiciare pot fi înlăturate expres prin testament sau printr-un act autentic notarial de către cel care lasă moștenirea. Fără o declarație expresă, nu constituie înlăturare a efectelor nedemnității, legatul lăsat nedemnului după săvârșirea faptei care atrage nedemnitățile. În aliniatul al doilea se menționează că efectele nedemnității nu pot fi înlăturate prin reabilitarea nedemnului, amnistie intervenită după condamnare, grațiere sau prin prescripția executării pedepsei penale.

În Codul civil din Quebec aceste dispoziții sunt prevăzute în articolul 622. Se reglementează situația moștenitorului care nu este considerat nedemn dacă persoana care a lăsat moștenirea, cunoscând cauzele de nedemnitățile nu și-a modificat actul prin care a lăsat această moștenire deși ar fi putut-o face.

## 6. Tipuri de contracte

În cadrul Secțiunii a 2-a a capitolului intitulat „Contractul” în Titlul II din Cartea a V-a „DESPRE OBLIGATII”, legiuitorul, atunci când prezintă diferite tipuri de contracte, amintește, printre altele, și contractul de adeziune și contractul de consumație. Apreciem că introducerea în Codul civil a acestor contracte reprezintă o dovadă a abandonării dualismului Cod civil – Cod comercial.

6.1. **Contractul de adeziune** este definit în articolul 1175 din noul Cod civil ca fiind contractul în care „clauzele sale esențiale sunt impuse ori sunt redactate de una dintre părți, pentru aceasta sau ca urmare a instrucțiunilor sale, cealaltă parte neavând decât să le accepte ca atare.”

În cadrul analizei comparative pe care o realizăm, amintim că în Codul civil din Quebec, acest contract este prevăzut în articolul 1379 și este numit „*le contrat d'adhésion*”. Dispozițiile legale au aceeași esență: « *les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées* ».

Având în vedere similaritatea dispozițiilor mai sus menționate, apreciem interesant de observat jurisprudența și doctrina și din provincia Quebec, pentru a analiza condițiile în care vorbim despre un contract de adeziune. Cunoaștem din practică cât de subtilă poate fi câteodată limita dintre un contract de adeziune și un contract negociabil dar nenegociat, așa încât criteriile reținute de colegii noștri din Quebec ar putea fi utile.

6.2. În ceea ce privește **contractul încheiat cu consumatorii**, acesta este prevăzut în articolul 1177 în noul Cod civil român ca fiind supus legilor speciale în completarea dispozițiilor acestui cod.

În cadrul Codului civil din Quebec în articolul 1384 întâlnim acest tip de contract ca fiind « *le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite.* »

Observăm că legiuitorii ambelor coduri crează doar cadrul legal al consacrării acestui contract, lăsând locul legislației speciale să îl detalieze.

**7.** În cadrul executării bunurilor mobile corporale, **procedura de preluare a bunului în vederea administrării**, este prevăzută în articolele 2468 – 2473 din noul Cod.

Conform reglementărilor consacrate și de Codul civil al provinciei Quebec, creditorul care are o ipotecă asupra bunurilor unei întreprinderi poate prelua bunurile ipotecate în vederea administrării dacă notifică hotărârea sa persoanelor prevăzute de lege și înscrie la arhivă un aviz de executare.

Preluarea bunurilor se face temporar, cel mult până la satisfacerea creanței pentru care s-a constituit garanția. Preluarea bunului în deplină administrare nu poate aduce atingere drepturilor dobândite anterior de locatar. Așa cum am arătat mai sus, în cadrul secțiunii 2.4. din prezentul material, persoana ce răspunde de administrarea bunurilor are calitatea de administrator al bunurilor altuia însărcinat cu administrarea deplină, conform dispozițiilor din noul Cod.

**8.** În Fișa tehnică a Proiectului Codului civil se reține că în ceea ce privește **asigurarea protecției drepturilor și libertăților civile fundamentale inerente personalității umane**, o atenție specială a fost acordată reglementărilor internaționale importante, enumerându-se Codul civil francez și Codul civil al provinciei Quebec. Trebuie să precizăm însă că, în legislația din Quebec, drepturile și libertățile fundamentale sunt grupate într-un act normativ distinct cu rol de constituție, intitulat „*Charte des droits et libertés de la personne*”. Acestea sunt completate cu dispoziții cuprinse în Codul civil cu privire la respectul reputației și vieții private, precum și la respectul corpului după deces.

În cadrul capitolului destinat respectului la viață privată, sunt prevăzute, în ambele coduri, atingerile aduse vieții private, în articolul 36 din Codul civil din Quebec, respectiv articolul 74 din noul nostru Cod. Menționăm însă că, dispozițiile prevăzute la literele d, f și g din articolul 74 nu se regăsesc în articolul corespondent din Codul civil din Quebec. Dar, subiectul prevăzut de litera g, considerat foarte important, este reglementat pe larg în cadrul mai multor articole și consacră principiul accesului la informație privată, amplu prevăzut și în legislație specială.

Tot în cadrul acestui domeniu, putem aminti și respectarea voinței persoanei decedate cu privire la propriile funeralii și la corpul său, conform articolului 80 din noul Cod care reia dispozițiile articolului 42 din Codul civil din Quebec.

În ceea ce privește prelevarea în scop terapeutic sau științific de organe sau țesuturi de la persoanele decedate, aceasta se poate realiza numai în baza acordului scris exprimat în timpul vieții sau în lipsa acestuia, cu acordul persoanelor enumerate în articolul 81 din Codul nou, care preia ideea reținută de legiuitorul din Quebec în primele aliniate a articolelor 43 și 44.

## CONCLUZII

În cadrul acestei analize ne-am propus să realizăm un studiu comparat al noțiunilor și instituțiilor din Proiectul Codului civil din țara noastră și al celor existente în Codul civil din Quebec ce constituie, incontestabil, o sursă a reformei din România. Personal, apreciem că, în continuare, jurisprudența și doctrina din provincia Quebec vor avea un cuvânt de spus în opera de edificare a noului drept civil în țara noastră.

În acest sens, ne aducem aminte de cuvintele lui Gil Rémillard, participant la reforma Codului civil român în calitatea sa de fost Ministru al Justiției din Quebec, responsabil de finalizarea reformei în dreptul civil din această provincie. Domnia sa menționa, în 1993, în una din lucrările<sup>22</sup> destinate implementării dispozițiilor noului Cod civil al provinciei canadiene, că un cod civil „este baza pe care se clădește structura socială”. Suntem în total acord că doctrina și jurisprudența, penetrate de spiritul general al legilor, vor interpreta noul Cod civil în respectul și continuitatea valorilor de libertate și democrație ale societății.

---

\* **Iolanda BOȚI**, Doctor în drept, avocat, Baroul Iași și Barreau du Québec ; [iolanda.boti@botilaw.ca](mailto:iolanda.boti@botilaw.ca).

\*\* **Victor BOȚI**, Doctor în drept, avocat, Baroul Iași și Barreau du Québec ; [victor.boti@botilaw.ca](mailto:victor.boti@botilaw.ca).

<sup>1</sup> Expunere de motive, în „Noul Cod civil 2009 – Legea nr. 287-2009 (M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009)”, ed. Hamangiu, București, 2009, p.33 ; Hotărârea nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil publicată în M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009.

<sup>2</sup> « *Le Code civil du Québec: 15 ans après: Constats, perspectives et influences* » Pentru detalii a se vedea programul conferinței la adresa : [http://www.cba.org/CBA/canadian\\_bar\\_review/pdf/Colloquerev.pdf](http://www.cba.org/CBA/canadian_bar_review/pdf/Colloquerev.pdf) (ultima consultare 7 octombrie 2010).

<sup>3</sup> *Le Code civil du Québec à dix ans* în Journal du Barreau, volum 36, nr. 1, Montréal, 15 ianuarie 2004.

<sup>4</sup> *Introduction* în « Code civil du Québec annoté », Tom 1, Livres 1 à 4, art. 1à 1370, 2009, Ediția a 12-a, Ed. Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, p. XII.

- <sup>5</sup> Mircea Nicolae, Mircea-Dan Bob, *La recodification du droit civil roumain en quête de modèle*, Studia Iuresprudentia, nr.2/2008 <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=123>.
- <sup>6</sup> Pentru mai multe detalii a se vedea Iolanda Boti, Victor Boti, *Code civil du Québec et ses influences dans la réforme du Code civil roumain*, Buletin Științific nr. 19/ 2010 al Universității Mihail Kogălniceanu, Iași, 2010, pp.52 și următ.
- <sup>7</sup> „Expunere de motive”, în *Noul Cod civil 2009 – Legea nr. 287/2009 (M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009)*, ed. Hamangiu, București, 2009, p.22.
- <sup>8</sup> Pentru detalii a se vedea Iolanda Boți, Victor Boți, *Administrarea bunurilor altuia în noul Cod civil român*, în revista Dreptul nr. 11/2010, București, 2010.
- <sup>9</sup> M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Editura Yvon Blais Inc., Cowansville, 2000, p. 137.
- <sup>10</sup> Hotărârea nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil, publicată în M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009.
- <sup>11</sup> Articolul 792 din noul Cod civil român, în alineatul 3, dispune că prevederile acestui titlu sunt aplicabile oricărei administrări a bunurilor altuia. Legiuitorul instituie și o excepție la această regulă, și anume în cazurile vizate prin lege sau actul constitutiv sau împrejurări concrete ce impun aplicarea altor reguli de administrare.
- <sup>12</sup> La redactarea textului a fost avut în vedere modelul Legii nr. 2007-211 din 19 februarie 2007, prin care a fost introdus, în Codul civil francez, Titlul XIV, „Despre fiducie”. A se vedea în acest sens „Expunere de motive” în *Noul Cod civil ...*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 13.
- <sup>13</sup> Hotărârea nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil, publicată în M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009.
- <sup>14</sup> Conform articolul 483 alin.2 din noul Cod.
- <sup>15</sup> Legea nr. 18 din 27 septembrie 1990, pentru ratificarea Convenției cu privire la drepturile copilului, republicată ca urmare a constatării unor diferențe de traducere din limba engleză în limba română în conținutul convenției în M.Of. nr. 314 din 13 iunie 2001.
- <sup>16</sup> Dan Luțescu, Observații privind unele criterii jurisprudențiale de apreciere a interesului superior al copilului aflat în dificultate, la luarea unei măsuri de protecție specială față de acesta, material ce poate fi consultat la adresa: [http://www.uab.ro/reviste\\_recunoscute/reviste\\_drept/anales\\_10\\_2007/lutescu\\_ro.pdf](http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/anales_10_2007/lutescu_ro.pdf) (7 octombrie 2010).
- <sup>17</sup> Aceste două articole au fost modificate prin Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 și 7 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006.
- <sup>18</sup> În 1990 a intrat în vigoare Legea curatorului public care a creat un instrument juridic specific, ca un fel de procura. Principiile acestui mandat au fost preluate în noul Cod civil al Québec-ului, care a intrat în vigoare în 1994.
- <sup>19</sup> Laurence Charest, *La réforme des régimes de protection au majeur*, Montréal, Chambre des Notaires au Québec, 1990, pg.2.
- <sup>20</sup> Iolanda Boti, Victor Boti, *Mandatul în caz de inaptitudine în noul Cod civil*, susținut în cadrul Sesiunii științifice anuale „Provocările societății post-comuniste. Dimensiunile politico-juridice, instituționale și culturale”, a XVIII-a ediție, 21-22 mai 2010, „Universitatea Mihail Kogălniceanu”, Iași.
- <sup>21</sup> Hotărârea nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil publicată în M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009.
- <sup>22</sup> *Le Code civil du Québec*, tome 2, Ed. Publications du Québec, Québec, 1993, coperta a IV-a.

**COMMUNICATION AND PUBLICITY  
OF THE LAW IN ROME<sup>1</sup>**

**Rena van den BERGH\***

**Abstract:** *In this article various ways and means of communication and publicity of the law (Roman roads, the Roman state post, rescripta and codification) are discussed in order to determine in how far it contributed towards the development of a shared law in the Roman Empire. My research led me to the conclusion that all of the above-mentioned forms of communication contributed largely towards a shared or communal law. Although the extension of the Roman legal system was not planned, local law in the various parts of the Roman Empire was influenced by Roman law. One may say that there was a slow dispersal of Roman law, that local law gradually mutated and that it was replaced to larger or smaller extent. This was a logical and natural extension flowing forth from historical events and legal development.*

**Keywords:** communication; publicity; codification; roads; *cursus publicus*; *rescripta*; imperial messengers; imperial legislation; imperial officials; “Romanisation”; Roman citizenship; local law; law schools.

**1. Introduction**

On his return from Rome to Gaul, Rutilius Claudius Namatianus<sup>2</sup> sang the praises of Rome in a poetical itinerary entitled *De reditu suo*: “Hear me, o magnificent queen of the *world subject to thy laws*, O Rome, ... .”<sup>3</sup> One may now well ask how it came about that the “world” became subject to, or accepted, the law of Rome. Von Hagen, in his book entitled *The Roads that Led to Rome*, also states that Roman roads gave to the world a “shared law”.<sup>4</sup> Per definition a “shared law” would be a legal system adhered to jointly by various peoples and countries.

In this paper I will discuss how it came about that the legal system of Rome came to be shared with her conquered peoples. In doing so I will discuss various means of communication in the Roman world: first, and most importantly, I will pay attention to the magnificent network of Roman roads; secondly, I will discuss the state post (*cursus publicus*); thirdly, I will concentrate on imperial legislation; and lastly codification will be considered. By means of the roads and postal system, Rome was able to communicate and circulate Roman law to the whole of the

Roman Empire. Emperors, governors, administrators, jurists, teachers and imperial messengers all travelled along these roads and by executing their duties, they carried Roman law to the furthest ends of the Empire.

## 2. Roman roads

Roads played an important role in the definition of both space and place: the phrase “*tota Italia*” implies a specific unity of geographical space that had been created from a disunited past or a fragmented space.<sup>5</sup> This change in the spatial structure was probably as important as that of granting citizenship to the population of Italy.<sup>6</sup> A united Italy constituted a means for the organisation of state power and the extension of Rome’s control over the Italian city states.<sup>7</sup>

By building roads and founding new colonies, Rome distributed the Roman/Latin population across the Italian peninsula, whilst simultaneously retaining a connection with them. The dispersed nature of Rome’s territory meant that a system of communication was required between the magistrates in Rome and the citizens resident in the Italian city states. This was accomplished by building roads and establishing governmental centres. To a large extent Roman culture and social identification depended on the existence of a means of transport between places which then tended to become increasingly uniform in response to each other.<sup>8</sup> Without a road system to promote cohesiveness, the Roman world could have fragmented into a number of independent city states.

During the first two centuries of the Empire there were many good roads in Italy as well as in the various provinces of the Empire along which communications were carried. From the Forum, where the “Golden Milestone” recorded the distances between Rome and the main cities of the Empire, twenty paved roads led to every province.<sup>9</sup> During the time of Diocletian, Rome was administering 372 roads over approximately 85 000 kilometres.<sup>10</sup> They constituted strings of civilisation which linked the Empire<sup>11</sup> and secured ease and safety of communication. The roads were primarily built for strategic and political purposes,<sup>12</sup> but the emperors often converted existing trade routes into arteries of communication, thus unifying places that were naturally disunited. The road was a device of power that produced a distinctly Roman space across Europe and along the Mediterranean.<sup>13</sup>

Roman emperors largely governed over long distances. Those who stayed at home relied on the efficient operation of official channels,<sup>14</sup> whilst a travelling emperor functioned as a kind of moving capital within the Empire. Justice remained part of his functions when he visited the provinces where he could receive petitions in person.<sup>15</sup> After the first century, when imperial journeys, except within Italy, were relatively infrequent, the imperial court travelled progressively more. Advisers,

secretaries and assistants accompanied the emperor on his journeys to sustain the burden of his extensive communications with cities and individuals throughout the Empire.<sup>16</sup>

Emperors, and others, went to great lengths to publicise and advertise the law in order to strengthen the authority thereof. It has often been said that laws were in many cases repeated because previous enactments had been ineffective, ignored, forgotten or lost. However, it should be kept in mind that initially much of Roman law was issued not for purposes of social control, but for the regulation of legal relationships between Roman citizens and that it was up to the litigants to decide whether they wanted to make use of it.<sup>17</sup> Many laws were issued in response to approaches from provincials, either directly or through the offices of governors and prefects. This meant, first, that laws were requested in the expectation that they would assist the self-interest of the petitioner, and, second, that laws would be repeatedly asked for since enforcement was likely to prove more effective when backed by a recent law which could not be challenged on grounds of obsolescence or a new emperor.<sup>18</sup> Repetition of laws thus added strength to the law,<sup>19</sup> and emperors repeated laws because they understood the public need for reassurance. Citizens of the Empire wanted to know what the present state of the law was and found it reassuring to learn that there was a recent enactment relevant to their case, and that emperors had more than once reached the same decision.<sup>20</sup> Rescripts dating from the time of Caracalla, drew attention to the frequency of their repetition by the use of such *formulae* as “*saepe rescriptum est*”<sup>21</sup>, “*iam pridem rescriptum/decretum est*”<sup>22</sup> or “*saepe constitutum est*”<sup>23</sup>. Reiteration was built into the rescript system, which provided responses to multiple individual queries, but it also extended to the more generalised formats of the edict and the official letter where the existence of numerous previous laws lent authority to new enactments. When the legislator made repetition explicit, it served as a way of advertising and sanctioning precedents, of confirming the validity of past laws while also affirming their continued validity in the present.<sup>24</sup> Repetition of laws was therefore usually not occasioned by disobedience or the ignoring of previous legislation, but by a combination of factors which prove the opposite.

### 3. Roman post

It is obvious that the vastness of the Roman Empire necessitated extensive linkage and communication. Centralisation of government and jurisdiction required uninterrupted services between every province and its capital, and also with Rome. The governors were constantly corresponding with the emperors, as is shown by Pliny’s correspondence as consular legate of Bythinia from A.D. 111 to A.D. 113.



Procurators and imperial officials in the provinces were continuously in communication with departments in Rome or with the emperor himself.<sup>25</sup> This was made possible by the road system and furthermore by the *cursus publicus* (imperial state post) which was established by Augustus. From Suetonius's discussion of the creation of the state post, it is clear that it served as a government information service in which safety counted more than speed.<sup>26</sup>

Although the main highways were used by various kinds of travellers, the chief administrative function these roads served was that of the imperial posting-service, and for this reason messengers employed by the *cursus publicus* received special treatment.

#### **4. Rescripta**

In a long letter addressed to Marcus Aurelius, Cornelius Fronto mentions among the duties and functions of emperors that they were to correct the injustices of the law and to send letters to all parts of the world.<sup>27</sup> The correspondence between the emperor and provincial governors, and in particular the developing pattern of governors regularly consulting the emperor by letter on judicial matters, was indeed an important element of the emperor's duties.

Two kinds of letters, namely *epistulae* (letters from officials and public bodies, issued by the office *ab epistulis*), and *libelli* (letters from private persons, issued by the office *a libellis*), were addressed to the emperor.<sup>28</sup> A *rescriptum* was technically an answer to a letter by which the advice of the emperor was sought, but the word soon came to be used for the Princeps' letter itself.<sup>29</sup> *Rescripta* were considered to be imperial constitutions.<sup>30</sup> These letters of the emperors to governors or private individuals, containing answers on legal issues,<sup>31</sup> constituted an important form of communication.

*Rescripta* contained instructions on administrative or judicial matters. A rescript which dealt with judicial matters might settle a doubtful point of law by showing, or extending, the application of an existing principle to a new case.<sup>32</sup> It was the most powerful instrument of law-making wielded by the Princeps.<sup>33</sup> The definiteness of its form gave the opinion an authority which, once accepted by a successor, could not easily be questioned. Further, the immense area over which these letters of advice were sent, kept the emperor in touch with the whole provincial world and resulted in his being regarded by the provincials as the greatest and most authentic interpreter of the law.<sup>34</sup>

Roman citizens regarded rescripts as free legal advice.<sup>35</sup> It was in the citizen's interest to obtain a rescript, even on a well-known point of law, if he could so bring pressure to bear on a powerful opponent, or on a reluctant provincial governor

to grant him his right. By means of rescripts, which were consistent in style and content and took precedent into account, the government tried to maintain a uniform application of the law<sup>36</sup> and jurists treated rescripts as of high persuasive authority.<sup>37</sup>

From the second century onward the legal content of rescripta became more important for the development of private law. Judges were bound by *rescripts* and the decisions created a binding precedent for future decisions if the facts alleged were correct. If an emperor's decision in a particular case was confirmed and made public, it acquired a general, quasi-statutory validity (*legis vicem*) which was not limited to the duration of the life of the emperor who published it. He saw this as a serious responsibility, considering the legal position and consulting about the issue at hand.<sup>38</sup> Literary sources suggest that emperors spent a considerable amount of time answering petitions from private individuals, and papyri and inscriptions provide proof of this.<sup>39</sup>

### 5. Codes as means of communication

Imperial enactments increased in numbers, covering the whole range of law. At first it lacked any system of official compilation or distribution and because of difficulties of communication and imperfect methods of promulgation they were often not readily available.<sup>40</sup> The increasing complexity of imperial administration made the issuing and control of rescripts difficult. It was practically impossible to check their authenticity and it was hard to verify the use of a rescript in an analogous case.<sup>41</sup> Laws were routinely issued with the proviso that they were valid in as far as they were not *contra ius* and Roman judges had to consider whether or not rescripts cited in their courts conformed to existing law.<sup>42</sup> This created serious problems for legal practitioners, and one way to improve this situation was to clarify and strengthen the *ius* by codifying it.<sup>43</sup> Acceptance of rescripts as being general in practice, would have justified the collection as a "code" of rescripts from Hadrian to Diocletian by Gregorius in the 290s, and the continuation of the collection by Hermogenianus. Authoritative codes would have made it possible to respond to an opponent's rescript with an equally authoritative statement of *ius* and made legislation widely available in an accessible form.

The above-mentioned codes were not codes in the legal sense of the word: they were published privately and they were not granted the force of law. But, they brought some relief, disseminating knowledge of a large number of legal texts more widely than before.<sup>44</sup> Although private collections, they seem to have been accepted as authoritative and constituted the source from which later compilations derived earlier imperial legislation.<sup>45</sup> Two other codes, the *Codex Theodosianus* (A.D. 438) and the *Corpus Iuris Civilis*, were also conceived as, *inter alia*, a contribution

to the practice of the law courts<sup>46</sup> where its supreme authority was intended to result in shorter and simpler lawsuits.<sup>47</sup>

Since the main purpose of the codes was to facilitate practice in courts of law and to provide legal certainty, one may assume that they would have been distributed as widely as possible throughout the Roman Empire. The imperial roads and post would have been major vehicles of communication and publicity in such distribution and thus largely contributed to the facilitation and improvement of the practice of law.

## 6. Roman citizenship

During the late Republic and the Principate, the principle of the personal application of laws was still in vogue and only Roman citizens, wherever they resided, lived according to the Roman *ius civile*.<sup>48</sup> However, with the expansion of the Roman Empire the sphere of application of Roman law grew steadily and continuously, and in A.D. 212 Caracalla, with the *constitutio Antoniniana*, conferred the Roman *civitas* on almost the entire free population of the Empire.<sup>49</sup> Roman law was thus converted from the local law of one particular city community into the law of an empire.

Extension of Roman citizenship threatened the existence of every other law in the Empire, including Greek law which still flourished in the East. However, this did not mean that in future only Roman law, either the *ius civile* or the *ius gentium*, would be applied.<sup>50</sup> It is difficult to determine to what extent the provincials had been "Romanised".<sup>51</sup> Apart from administrative organisation, the imperial government made almost no effort to impose uniformity by supplanting local languages, religions, customs, and even laws by those of Rome.<sup>52</sup> Rome did not attempt to make Roman law the law of the land in the Empire. In fact, she sometimes borrowed legal institutions from her more sophisticated Greek-speaking subjects.<sup>53</sup> In the provinces, especially the eastern part of the Empire, an uninterrupted legal tradition prevailed based on the pre-Roman legal system and consisting mainly of local elements.<sup>54</sup> Roman citizens and armies carried Roman law to these provinces where contact with local legal institutions, especially those of Hellenistic law in the eastern provinces, had an influence on it.<sup>55</sup>

Caracalla's grant of citizenship simplified judicial administration. It also expedited the process by means of which Roman law ultimately developed into the legal system of Justinian's codification which promoted unity in the Empire.<sup>56</sup> As early as the middle of the second century A.D., and especially after the end of it, so-called "Roman jurists" appeared in the provinces. They advised parties and judges and drew up documents according to Roman law. The imperial laws<sup>57</sup> of the third century A.D., and in particular the numerous surviving constitutions of

Diocletian, show that this was also the case in the Greek half of the Empire.<sup>58</sup> The emperors received questions which could in many cases only be understood by reference to the notions of the Greco-Hellenistic legal world of the East, and they urged the principles of Roman law and the decisions which Roman law provided upon these people. However, Roman law was probably only applied where the judges were actually familiar with it; and in the East this meant that it happened only in the Roman governor's court.<sup>59</sup>

Local law consequently continued to exist legally. But, by means of the way that the emperors had practiced and created the law, they had created a uniform law, thus emphasising their absolute power.<sup>60</sup> The imperial officials who were, like the emperor, acting *extra ordinem*, gradually became delegates of the emperor and thus officials of the imperial monarchy.<sup>61</sup> By the time of Diocletian, the Roman state was definitely established on a bureaucratic basis with a hierarchy of officials. The entire administration of the law was henceforth conducted *extra ordinem* in the name of the emperor.<sup>62</sup>

## 7. Conclusion

In conclusion, it needs to be mentioned that during the third and fourth centuries, the great commentaries were carefully studied and interpreted in the flourishing law schools, especially in Rome.<sup>63</sup> In the law schools of the Eastern Empire a fixed curriculum existed, consisting of a study of the imperial constitutions and classical literature.<sup>64</sup> But, jurists' law (*ius*) contained in classical literature and the imperial legislation (*leges*), which theoretically formed the books of the post-classical period, were not easily accessible, and even the commentaries were only available in a few places. Although publication of the codes probably improved the situation, historical studies based on sources found in the provinces indicate that local rules and customs remained prominent.<sup>65</sup> Tuori suggests that the purpose of the drafting and circulation of law books and legal manuals and the founding of law schools was to educate the administration and the new citizens about Roman law.<sup>66</sup>

Rome's written tradition supported an emphasis on centralised bureaucratic administration.<sup>67</sup> This caused Rome to become dependent on the army, territorial expansion and the law. According to Innis, the history of empires is determined to a large extent by their means of communication. In this article I have argued that certain means of communication relied on by the Romans contributed to dispersing Roman law to the furthest ends of the Empire, gradually introducing it into previously independent provinces. Further, private rescripts and imperial letters to the provincial governors as well as the publication of law codes and manuals also contributed to the extension of Roman law across the whole Empire.<sup>68</sup> There it slowly mutated

and replaced local legal principles and rules. This unplanned extension of the Roman legal system was a logical and natural extension flowing from historical events and legal development. A number of technological aspects (roads, postal system, written documents), in combination with the emperor executing his duties, were combined to communicate and publicise the law to all inhabitants of the Roman Empire. This, in the end, resulted in a common law shared – to a greater or lesser degree – in the Roman Empire.<sup>69</sup>

<sup>1</sup> This article is based on a paper read at the 64th Session of the Société Internationale “Fernand de Visscher” pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité on “Communication et Publicité dans l’Antiquité: Profils, Juridiques, Sociaux, Économiques” (Barcelona, Spain, 28 September – 2 October 2010). An expanded article on the same topic entitled “A shared law” was published in 2010 (16-1) *Fundamina* 443-458.

\* **Rena van den BERGH**, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa

<sup>2</sup> The author of *De Reditu Suo*. He was of Gallo-Roman extraction and held the offices of *magister officiorum* (A.D. 412) and *praefectus urbi* (A.D. 414). See also Pliny the Elder, declaring that “Roman power has given the world unity. All must recognise the services she has made to men, by improving their contacts and making it easier for them to enjoy in common the benefits of peace” (*Historia Naturalis* 14.2).

<sup>3</sup> My italics.

<sup>4</sup> See V.W. Von Hagen *The Roads that Led to Rome* Weidenfeld & Nicholson, London (1967) p. 13. Cf. also Polybius *The Histories* 3.58-59; Strabo 5.3.8.

<sup>5</sup> R. Laurence *The Roads of Roman Italy. Mobility and Cultural Change* Routledge, London (1999) p. 162.

<sup>6</sup> The Social War (91-87 B.C.) was waged by Rome’s Italian allies against her predominance. Rome finally gained a victory by granting citizenship to the enemy.

<sup>7</sup> Laurence (*supra* n. 5) p. 177.

<sup>8</sup> *Idem* p. 199.

<sup>9</sup> In 20 B.C., Augustus was appointed commissioner for all roads in the neighbourhood of Rome and as such set up the Golden Milestone: see Dio Cassius 54.8.4.

<sup>10</sup> See Von Hagen (*supra* n. 4) at p. 8 stating that “Rome became a mobile civilisation and the mistress of the world because of her systematic control of world space through her roads”.

<sup>11</sup> Cf L. Friedländer *Roman Life and Manners under the Early Empire* Vol. 1 George Routledge & Sons Limited, London (*s d*) at p. 270: “This elaborate network of roads increased public security, made agriculture more secure, facilitated touring and commerce, eased the working of the administrature, made settlements possible, and quickened the spread of culture.”

<sup>12</sup> See H.S. Jones *Companion to Roman History* Clarendon Press, Oxford (1912) at p. 40: “[T]hey were, as it were, the meshes of a net in which the subject-countries were held by the central government.”

<sup>13</sup> Laurence (*supra* n. 5) p. 199. See also K. Tuori “Legal pluralism and the Roman empires” in J.W. Cairns & P. du Plessis (eds.) *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World* Edinburgh University Press, Edinburgh (2007) p. 40.

<sup>14</sup> J. Harries *Law and Empire in Late Antiquity* Cambridge University Press, Cambridge (1999) p. 88.

<sup>15</sup> F. Millar *The Emperor in the Roman World (31 BC-AD 337)* Duckworth, London (1977) p. 529.

- <sup>16</sup> *Idem* ch. 3 and 5 *passim*.
- <sup>17</sup> Harries (*supra* n. 14) p. 80.
- <sup>18</sup> *Idem* pp. 82-81, and note (at 83) that in A.D. 440 Valentinian stated that it was worse to disobey a recent law because a new or recent constitution was more effective than an old one.
- <sup>19</sup> *Idem* p. 86.
- <sup>20</sup> *Idem* p. 86.
- <sup>21</sup> *Eg.*, *Codex* 1.54.2 (228); *Codex* 2.43.3 (244).
- <sup>22</sup> *Eg.*, *Codex* 5.51.5 (Gordian); *Codex* 7.64.7 (285).
- <sup>23</sup> *Eg.*, *Codex* 4.44.3 (Martian).
- <sup>24</sup> Harries (*supra* n. 14) p. 86.
- <sup>25</sup> Friedländer (*supra* n. 11) p. 299.
- <sup>26</sup> *Augustus* 49.3. See also R. Chevallier *Roman Roads* University of California Press, Berkeley (1976) p. 181-182.
- <sup>27</sup> Fronto *Ad M Antonium de Eloquentia* 2.7.
- <sup>28</sup> *Cf.* W.W. Buckland *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian* University Press, Cambridge (1963) pp. 18-19; H.F. Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* University Press, Cambridge (1954) pp. 378-379; W. Kunkel (trl. by J.M. Kelly) *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History* Clarendon Press, Oxford (1975) pp. 128-129.
- <sup>29</sup> A.H.J. Greenidge "Historical Introduction" in *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius* Clarendon Press, Oxford (1925) p. xlvii.
- <sup>30</sup> "Constitutions" was the generic name for legislative enactments by Roman emperors which were issued in different forms: *edicta*, *decreta*, *rescripta* and *mandata*: see Gaius 1.5; *D* 1.4.1, Ulpian *libro primo institutionum*.
- <sup>31</sup> The emperor's judicial decisions might be on first instance or on appeal; they were not necessarily made in formal surroundings: see Pliny *Epistolae* 6.31; F. Millar "Emperors at work" 1967 (57) *J of Roman Studies* pp. 9-19; O.F. Robinson *The Sources of Roman Law. Problems and Methods for Ancient Historians* Routledge, London (1997) pp. 35-36.
- <sup>32</sup> Greenidge (*supra* n. 29) p. xlvii.
- <sup>33</sup> They were not primarily designed for legislative acts: it was only gradually and incidentally that some of them served this purpose, and they became important only after the suppression of the reform through the praetor's Edict. Sometimes a rescript definitely stated that it was laying down a new rule for future cases, but often it did not: see W.W. Buckland *A Manual of Roman Private Law* University Press, Cambridge (1939) p. 13. Of all the forms in which the population of the Empire could address the Emperor and receive responses from him, by far the most fully attested is the presentation of *libelli* on legal matters and the promulgation of subscriptions in answer to them.
- <sup>34</sup> Greenidge (*supra* n. 29) p. xlviii.
- <sup>35</sup> *D*. 1.2.2.49, Pomponius *libro singulari enchiridii*. See, too, T. Honoré *Emperors and Lawyers* Duckworth, London (1981) p. 26.
- <sup>36</sup> *Idem* pp. 32-33.
- <sup>37</sup> See, *eg.*, *D*. 5.3.7*pr.*, Ulpianus *libro quarto decimo ad edictum*.
- <sup>38</sup> *Cf.* *D*. 37.14.17, Ulpianus *libro undecimo ad legem Iuliam et Papiam*.

- <sup>39</sup> The evidence of the *Codex*, the *Digest* and minor legal collections has now substantially been supplemented by papyri: see Turpin "Imperial subscriptions and the administration of justice" 1991 (81) *J of Roman Studies* 101; Millar (*supra* n. 15) 537.
- <sup>40</sup> Buckland (*supra* n. 33) pp. 20-21. The difficulty of access to such documents, or doubt as to their general application, perhaps appears in Gaius 2.221: "quae sententia dicitur diui Hadriani constitutione confirmata esse."
- <sup>41</sup> In A.D. 398 the Emperor and his advisers in Constantinople declared that rescripts sent in response to legal queries would in future only apply to those cases for which they have been issued: see *Codex Theodosianus* 1.2.11 (Dec. 398).
- <sup>42</sup> Turpin "The purpose of the Roman law codes" 1987 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung) p. 627.
- <sup>43</sup> *Idem* p. 628.
- <sup>44</sup> See S. Corcoran *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324* Clarendon Press, Oxford (1996) p. 294.
- <sup>45</sup> Buckland (*supra* n. 33) p. 21. See also Harries ("Roman law codes and the Roman legal tradition" in Cairns & Du Plessis (eds.) *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World* Edinburgh University Press, Edinburgh (2007) pp. 88-89) who confirms that a law code must carry authority to be effective, but then states that "authority" is an "elusive" concept. Although these two "codes" were not official publications, the *Codex Hermogenianus* was published repeatedly and "continued" long afterward because it was a recognised point of reference.
- <sup>46</sup> Theodosius II published this code in A.D. 438. It contained imperial legislation only from the time of Constantine. Cf. also Turpin (*supra* n. 42) p. 620.
- <sup>47</sup> *C Haec* 3: "Haec igitur ad vestram notitiam ferre properavimus, ut sciatis quanta nos diuturna super rerum communi utilitate cura sollicitet, studentes certas et indubitatas, et in unum codicem collectas esse de caetero constitutiones: ut ex eo tantummodo sub felici nostro nomine nuncupando Codice, recitatio constitutionum in omnibus ad citiores litium decisiones fiat iudiciis."
- <sup>48</sup> Kunkel (*supra* n. 28) p. 77.
- <sup>49</sup> See Grant *History of Rome* Weidenfeld & Nicholson, London (1996) p. 291 who states that the main purpose of this legislative measure was to increase the numbers of those people who had to pay the indirect dues on inheritance and the emancipation of slaves since only Roman citizens were liable for these taxes. The ostensible aim of the *Constitutio* was to increase the numbers of worshippers for the Roman gods, who would then favour the Roman people more.
- <sup>50</sup> Kunkel (*supra* n. 28) p. 78.
- <sup>51</sup> "Romanisation ... is the umbrella term for complex and centuries-long phenomena of cultura exchange that created a diverse but recognisably similar Mediterranean world by AD 250": Meyer "Diplomatics, law and Romanisation in the documents from the Judaeen Desert" in Cairns & Du Plessis (eds) *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World* p. 53. According to the author ancient legal documents and their physical forms can shed light on this process. After having discussed some documents found in the Judaeen desert (p. 54ff.), she concludes that there was an enormous amount of room within its frame for personal choice of documentary form, of the law followed, and of court (at pp. 81-82). This provides a model of how voluntary Romanisation worked.
- <sup>52</sup> W.G. Sinnigen & A.E.R. Boak *A History of Rome to A.D. 565* Macmillan, New York (1977) p. 350.
- <sup>53</sup> J.A. Crook *Law and Life of Rome* Thames & Hudson, London (1967) p. 29. He further states (at pp. 283-284) that most of our evidence in this regard comes from Egypt and that the effect of the *Constitutio Antoniniana* is rather controversial. Cf. also Jolowicz (*supra* n. 28) pp. 357-358; Tuori (*supra* n. 13) pp. 41-43.

<sup>54</sup> Kunkel (*supra* n. 28) p. 78.

<sup>55</sup> N. Lewis & M. Reinhold *Roman Civilization. Selected Readings* Vol. II *The Empire* Columbia University Press, New York (1990) p. 498.

<sup>56</sup> *Idem* pp. 498-499. See also Sherwin-White *The Roman Citizenship* Clarendon Press, Oxford (1973) p. 168: "... and the extension of the citizenship becomes the sign of the Empire within one abiding system of law."

<sup>57</sup> These laws are predominantly "rescripts", that is legal opinions given by the Emperors in concrete cases in answer to inquiries of private persons or of officials or judges in those areas.

<sup>58</sup> Kunkel (*supra* n. 28) pp. 78-79.

<sup>59</sup> *Idem* p. 79.

<sup>60</sup> R. Sohm *The Institutes. A Textbook of the History and System of Roman Private Law* (trl. by J.C. Ledlie) Clarendon Press, Oxford (1935) pp. 110-111.

<sup>61</sup> *Idem* p. 111.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Kunkel (*supra* n. 28) p. 147.

<sup>64</sup> *Idem* p. 152.

<sup>65</sup> *Cf* Tuori (*supra* n. 13) p. 39.

<sup>66</sup> *Idem* p. 47.

<sup>67</sup> H.A. Innis *Empire and Communications* University of Toronto Press, Toronto (1972) p. 107.

<sup>68</sup> *Cf.* Corcoran (*supra* n. 44): "The tetrarchic emperors remained highly approachable and the system served even those of traditional low status in the ancient world, such as women and slaves" (at p. 293) and "Governors could now undertake the task of administration and justice in their smaller provinces with the codes clutched in one hand and a sheaf of imperial letters, both solicited and unsolicited, in the other" (at p. 295).

<sup>69</sup> Innes (*supra* n. 67) pp. 85-115 *passim*. See also Tuori (*supra* n. 13) p. 51 with reference to Stolte ("The impact of Roman law in Egypt and the Near East in the third century AD: The documentary evidence. Some considerations in the margins of the Euphrates Papyri (P Euphr)" in De Blois *Administration, Prosopography and Appointment Policies in the Roman Empire: Proceedings of the First Workshop of the International Network Impact of Empire (Roman Empire, c 27 BC-AD 406)* (2001) p. 167, pp. 176-178) saying that Roman law was never consciously introduced and that Roman elements of law coexisted with local law. The understanding of Roman law and its application varied with time and place. It is also difficult to determine what was actually Roman law and what was merely an attempt to conclude an agreement under local law whilst considering Roman law.



**PRIVATIZAREA BUNURILOR DEVENITE PROPRIETATEA STATULUI  
PRIN NAȚIONALIZARE (UN COMENTARIU AL HOTĂRÂRII  
MARIA ATANASIU C. ROMÂNIA PRONUNȚATĂ DE CEDO)<sup>1</sup>**

**Radu CHIRIȚĂ\***

**Abstract.** *With the occasion of passing the Maria Atanasiu Judgment, the European Court of Human Rights underlined the existence of a structural shortcoming in Romania whereas the issue of handing back of nationalized properties in the communist period is concerned. The noted deficiency occurred because of the inefficient and incoherent legislation in this area that led to major uncertainties regarding the solutions given by the authorities to the former owners for their claims. Through the judgment passed on behalf of article 46 in the Convention, the Court set out an obligation for Romania. Namely, the Court clearly stated that Romania must carry out a wide process of passing public goods into private ownership in 18 months, in order to finally end the refunding issue. This article firstly indicates the shortcomings of this judgment, namely the fact that by setting out an 18 months term, the Court did nothing else but prologue the waiting for a large number of people who have received nothing so far. Secondly, the article offers a perspective for the interpretation of the judgment, giving the fact that the Romanian courts of law cannot from this point reject the owners' claims of their rights on behalf of the 18 months term. On the contrary, the courts must pass an efficient solution, on behalf of the Romanian fundamental law.*

**Cuvinte cheie:** Curtea europeană a drepturilor omului, hotărâre pilot, imobile naționalizate, Legea nr. 10/2001

**Keywords:** European Court of Human Rights, pilot judgment, nationalized properties, Act no. 10/2001

**Text**

La 12 octombrie 2010, Curtea europeană a drepturilor omului a pronunțat două hotărâri pilot cu prilejul judecării a două cauze privitoare la procesul de retrocedare a caselor naționalizate din România, în afacerile *Maria Atanasiu* și *Smoleanu*<sup>2</sup>. Hotărârea este cea mai importantă dintre hotărârile pronunțate la Strasbourg în cauzele românești, fiind pentru prima dată când Curtea europeană dă indicații destul de precise statului român, impunându-i niște obligații certe pentru perioada următoare. Ele au ca obiect trecerea în proprietate privată a bunurilor obținute de stat pe calea naționalizării.

## 1. Hotărârea Curții

Reclamantele sunt succesori ai proprietarilor unor bunuri imobile naționalizate. 15. În baza dispozițiilor Legii nr. 112/1995, antecesoarea reclamantelor a solicitat comisiei locale pentru aplicarea acestei legi, restituirea imobilului. Cererea a rămas fără răspuns. Prin contracte încheiate în baza Legii nr. 112/1995, întreprinderea care administra imobilul a vândut locatarilor cele nouă apartamente din care era compus. Printr-o acțiune introdusă în noiembrie 1999, reclamantele au revendicat imobilul în fața jurisdicțiilor interne, pretinzând că naționalizarea fusese ilegală. Printr-o hotărâre din 24 martie 2000, Tribunalul București a admis acțiunea, iar ulterior reclamantele au obținut restituirea tuturor apartamentelor din imobil, cu excepția unuia dintre ele, care a făcut obiect al plângerii în fața CEDO.

În 2001, reclamantele au sesizat Tribunalul București cu o acțiune în revendicare a apartamentului, cerând anularea contractului de vânzare-cumpărare încheiat în 1996. În recurs, ICCJ a respins acțiunea ca inadmisibilă. ICCJ a considerat că reclamantele au introdus acțiunea după intrarea în vigoare a Legii nr. 10/2001, astfel că după aceasta dată ele nu mai puteau să ceară restituirea apartamentului în cauza decât în condițiile și conform procedurilor impuse de această nouă lege. Între timp, reclamantele formulară și o notificare în temeiul Legii nr. 10/2001. În lipsa unui răspuns în termenul legal, reclamantele au introdus, la 26 iulie 2002, o acțiune contra Primarului. Prin hotărârea din 10 noiembrie 2003, Curtea de apel București a admis acțiunea și a obligat Primarul să emită o dispoziție prin care să se pronunțe asupra notificării. În ciuda acestei hotărâri, procedura administrativă de despăgubire nu se finalizase la data judecării plângerii.

Invocând încălcarea dreptului lor de proprietate și a dreptului de acces la justiție, reclamantele au sesizat CEDO, care a admis plângerea. În raport de încălcarea dreptului de acces la justiție, Curtea de la Strasbourg a constatat o dublă încălcare a acestuia. Pe de o parte, Curtea a constatat că hotărârea instanțelor prin care Primarul era obligat să emită dispoziția de restituire prin echivalent a rămas neexecută, iar jurisprudența constantă a Curții a stabilit că refuzul de pune în executare hotărâri judecătorești contravine dreptului de acces la justiție. Pe de altă parte, Curtea a constatat că acțiunea în revendicare a reclamantelor a fost respinsă ca inadmisibilă, pe motiv că avea posibilitatea de a uza de căile deschise de Legea nr. 10/2001. Or, Curtea a observat că reclamantele au uzat de aceste căi, fără succes, astfel încât respingerea ca inadmisibilă a acțiunii lor în revendicare este lipsită de orice justificare proporțională cu scopul vizat.

În raport de violarea dreptului de proprietate, Curtea constată că reclamantele nu au avut niciodată un drept de proprietate asupra apartamentului în discuție, după data ratificării Convenției de către România, în condițiile în care niciun act administrativ

și nicio hotărâre judecătorească nu au stabilit faptul că imobilul a fost trecut abuziv în proprietatea statului. În schimb, Curtea a constatat că reclamantele aveau un drept cert de a primi despăgubiri pentru apartamentul în discuție. Omisiunea statului de a plăti acele despăgubiri, fără a putea anticipa data la care statul își va executa obligația a fost socotită de Curte ca fiind contrară dispozițiilor art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție.

În plus, constatând că în situația reclamantelor se mai găsesc câteva mii sau zeci de mii de persoane, Curtea a considerat că sunt incidente dispozițiile art. 46 din Convenție, astfel că se impune pronunțarea unei hotărâri pilot. Potrivit acesteia, România are obligația ca în termen de 18 luni de la data pronunțării hotărârii să ia măsuri de ordin administrativ și legislativ pentru a remedia efectele încălcării drepturilor fundamentale ale acestor persoane, prin instituirea unui sistem de retrocedare prin echivalent eficace. Curtea a luat act cu interes de propunerea avansată de Guvern în planul său de acțiune care vizează stabilirea unor termene obligatorii pentru ansamblul etapelor administrative. Curtea a afirmat că o asemenea măsură, sub condiția să fie realistă și dublată de un control jurisdicțional eficient, ar putea avea un impact pozitiv asupra eficacității mecanismului de despăgubire. În același timp, Curtea a apreciat că alte exemple de bune practici și măsuri de ajustare legislativă, care respectă principiile enunțate de Convenție, oferite de alte state semnatare ale Convenției, ar putea constitui o sursă de inspirație pentru România. Curtea a considerat că revizuirea legislației, care să conducă la niște norme de procedură clare și simplificate, ar face sistemul de despăgubire mai previzibil în aplicarea sa, spre deosebire de sistemul actual, ale cărui dispoziții sunt împărțite între mai multe legi, ordonanțe și hotărâri. Limitarea despăgubirilor și eşalonarea lor pe o perioadă mai mare ar putea reprezenta de asemenea măsuri posibile pentru menținerea unui just echilibru între interesele foștilor proprietari și interesul general al societății române.

## **2. Soluțiile ce se întrezăresc din hotărârea Curții**

Curtea a insistat pe larg în cuprinsul hotărârii sale pe ambiguitățile procedurii de retrocedare și pe lipsa unei legislații coerente în materie, sugerând necesitatea unei noi legi care să eficientizeze sistemul. Personal, nu cred că legislația în materie a fost atât de neclară și ambiguă pe cât sugerează judecătorii de la Strasbourg, chiar dacă dispozițiile în cauză au fost cuprinse într-o sumedenie de legi, ordonanțe și hotărâri. În realitate, în opinia mea, suma aceasta de norme juridice a avut un unic obiectiv: să amâne la nesfârșit procedura de retrocedare. Inițial a lipsit voința politică pentru a retroceda rapid bunurile trecute fraudulos în posesia de fapt a statului, ulterior a lipsit capacitatea administrativă și financiară de a demara și finaliza un

astfel de proces. Nu cred că o hotărâre pilot a CEDO va schimba ceva semnificativ din acest punct de vedere. Adoptarea unei noi legi în domeniu va necesita probabil reluarea procedurilor de la început. Stabilirea unor termene ferme pentru realizarea diverselor operațiuni administrative ar putea fi o soluție într-un stat în care astfel de termene se respectă. În condițiile în care administrația nu este niciodată sancționată pentru depășirea unor termene, altfel decât pe calea unor eventuale hotărâri judecătorești pe care oricum le ignoră, stabilirea unor astfel de termene este praf în ochi. Nu trebuie uitat că și Legea nr. 10/2001 stabilea anumite termene, și Legea nr. 18/1991, fără ca autoritățile administrative să fi fost deranjate de depășirea cu ani de zile a acestora.

Limitarea despăgubirilor și eşalonarea plății ar putea trece drept soluții realiste în condițiile în care statul pare secătuit din punct de vedere financiar, iar cele câteva sute de milioane de euro care ar trebui achitate ar atârna greu și ar da naștere unor dezbateri politice dificile în condițiile recentelor reduceri salariale și ale pensiilor ori ale concedierilor din sistemul bugetar. Pe de altă parte însă, la o privire mai atentă, astfel de măsuri ar crea discriminări pe care Curtea de Strasbourg nu ar trebui să le accepte. Nu trebuie pierdut din vedere că o parte din foștii proprietari au obținut retrocedarea în natură. Nu trebuie pierdut din vedere că o parte dintre cei care nu au putut beneficia de retrocedarea în natură au încasat contravaloare de piața a imobilului, fără nicio limitare și fără nicio eşalonare pe o perioadă lungă sau foarte lungă în timp. Este vădit nejustificat ca cei care au fost victime ale unei a doua naționalizări odată cu înstrăinarea imobilului ce le aparține de drept să fie puși într-o situație mai grea decât cei care au avut șansa ca statul să nu le vândă imobilul. În mod identic, după cum atât de frumos a explicat Curtea de Strasbourg în hotărârea Buchen și alții c. Cehia, stabilirea unui alt regim juridic pentru persoane aflate în aceeași situație, dar ale căror proceduri administrative sunt întârziate, este un act care contravine principiului interdicției discriminării, stabilit în art. 1 din Protocolul nr. 12 la Convenție și în art. 16 din Constituția română.

După părerea mea, statul român are obligația să rezolve rapid problema despăgubirilor, fără niciun fel de limitare a sumei sau eşalonare a plății. E adevărat că ar fi o povară asupra bugetului, dar nu trebuie uitat filmul rezumat al istoriei acestor bunuri. Ele au aparținut unor persoane care au muncit o viață pentru ele. Statul român le-a luat în perioada comunistă folosind uneori forța brută, alteori forța brută cosmetizată în spatele unor norme juridice. Oricum ar fi, luarea unui bun al unei persoane este o formă de furt, care implică măcar obligația de a restitui lucrul însușit pe nedrept. Poate că statul român va sărăci dacă va plăti despăgubiri tuturor persoanelor îndreptățite, însă pierdem din vedere faptul că s-a și îmbogățit din aceste bunuri. Iar lipsa resurselor financiare nu poate constitui o scuză la peste 20 de ani

de la data la care procedura de restituire trebuia demarată. De aceea, cred că foștii proprietari imobilelor naționalizate s-au trezit odată cu hotărârea pilot a Curții puși în fața unei duble nedreptăți: aceea de a-și vedea amânate speranțele cu încă 18 luni și aceea de a anticipa restituirea unor despăgubiri limitate din punct de vedere al sumei și la o dată care este mai greu de anticipat decât cea stabilită prin Legea nr. 10/2001 sau Legea nr. 247/2005.

### **3. Efectele hotărârilor CEDO asupra sistemul juridic român**

Instanța de contencios constituțional a precizat că „în urma ratificării de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale, acesta a devenit parte a dreptului intern și se impune ca, în examinarea excepției de neconstituționalitate, să se aibă în vedere prevederile sale precum și practica Curții Europene în aplicarea și interpretarea convenției menționate”<sup>3</sup>.

La un moment dat, însă, legiuitorul a încercat să modifice actuala stare a lucrurilor și să oblige instanțele de judecată să acorde o atenție sporită jurisprudenței Curții Europene prin introducerea unui nou motiv de recurs în anulare, atât în procedura penală, cât și în materie civilă. Astfel, dacă Curtea Europeană a Drepturilor Omului a pronunțat o hotărâre de condamnare a statului român, procurorul general putea solicita Curții Supreme de Justiție să caseze decizia judecătorească care a stat la baza plângerii introduse la Strasbourg. Ulterior, odată cu desființarea recursului în anulare ca și cale extraordinară de atac, dispoziții asemănătoare au fost reglementate în cadrul prevederilor privind revizuirea. Potrivit dispozițiilor procedurale, se poate cere, de către partea procesului, revizuirea unei hotărâri judecătorești, în urma unei hotărâri a Curții europene, prin care se constată faptul că acea hotărâre a instanței române contravine drepturilor prevăzute în Convenție.

În opinia mea, jurisprudența Curții are un caracter obligatoriu pentru orice instanță română, pentru mai multe rațiuni, pe care le voi prezenta pe larg. Înainte de aceasta, vreau însă să subliniez că întreaga doctrină română în materie afirmă exact același lucru, subliniind caracterul absolut obligatoriu al jurisprudenței CEDO, indiferent dacă hotărârile în cauză sunt pronunțate contra României sau a altui stat european<sup>4</sup>.

În primul rând, caracterul obligatoriu al jurisprudenței CEDO rezultă din interpretarea art. 20 din Constituție. Acesta obligă toate autoritățile române, în special instanțele de judecată, să aplice și să interpreteze orice normă juridică de drept intern prin raportare la tratatele internaționale în materia drepturilor omului, ratificate de către statul român. Mai mult, în baza aceleiași dispoziții, aceste tratate trebuie aplicate cu prioritate față de orice altă normă juridică internă. În consecință, dispozițiile Convenției europene, ratificată de România în 1994, prevalează față de orice altă dispoziție legală. Or, potrivit art. 32 din Convenție, Curtea europeană este unicul interpret al Convenției. În consecință, combinând aceste dispoziții, rezultă

că orice hotărâre a CEDO se impune ca obligatorie oricărei instanțe române. Explicația este logică. În baza Constituției, instanțele române trebuie să aplice Convenția cu prioritate față de o altă normă juridică. Pentru aceasta ele trebuie să interpreteze prevederile Convenției, însă, cum CEDO este unicul interpret al Convenției, instanțele române sunt ținute de interpretarea dată acestuia oferită de către instanța europeană în jurisprudența sa.

Tocmai de aceea, trebuie subliniat că și Curtea Constituțională română aplică și interpretează prevederile legii noastre fundamentale tot printr-o raportare permanentă la jurisprudența CEDO. Mai mult, există și numeroase situații în care instanța noastră constituțională a înțeles să își modifice propria jurisprudență anterioară, astfel încât să o pună în conformitate cu jurisprudența europeană în acea materie. De aici, nu poate rezulta decât faptul că dispozițiile constituționale române impun un efect obligatoriu al jurisprudenței pronunțate de către Curtea Europeană.

Pe de altă parte, acest efect obligatoriu rezultă și din prevederile art. 408<sup>1</sup> C. proc. pen. care prevăd că, atunci când un judecător a pronunțat, cu rea-credință sau din neglijență, o hotărâre judecătorească care ulterior a fost sancționată de către CEDO ca fiind contrară Convenției, statul are acțiune în regres împotriva acesteia pentru a recupera sumele de bani pe care statul a fost obligat să le plătească reclamantului în urma procedurii de la Strasbourg. Or, cât timp codul de procedură penală impune posibilitatea răspunderii unui magistrat pentru deciziile care contravin Convenției, nu se poate afirma decât că aceste prevederi acordă jurisprudenței CEDO un efect obligatoriu. Atunci când CEDO are deja o jurisprudență stabilă, indiferent dacă hotărârile sunt pronunțate împotriva României sau a altui stat, ignorarea acesteia de către un magistrat român sesizat cu o problemă ce a fost deja judecată la Strasbourg în alte cauze asemănătoare nu se poate datora decât relei sale credințe ori neglijenței magistratului. Atunci când magistratul cunoaște jurisprudența CEDO într-un domeniu și refuză să o aplice în situațiile deduse judecății sale, acesta riscă să fie supus unor sancțiuni pecuniare, astfel încât are obligația de a se conforma jurisprudenței Curții.

În fine, caracterul obligatoriu al jurisprudenței CEDO rezultă inclusiv din dispozițiile Convenției. Acestea stabilesc, în art. 19 și art. 46 caracterul obligatoriu al jurisdicției Curții. Or, câtă vreme România a ratificat Convenția, ea și-a asumat obligația ca, prin toate organele sale, să asigure respectarea prevederilor acesteia. În consecință, caracterul obligatoriu al jurisdicției Curții, la care fac referire art. 19 și art. 46 din Convenție, obligă autoritățile oricărui stat ce a ratificat tratatul european să acorde deplină punere în practică a regulilor impuse în hotărârile CEDO.

De altfel, de multă vreme, în imensa parte a statelor europene această problemă nici măcar nu se mai pune, în condițiile în care întreg aparatul judiciar acceptă, fără rezerve, supremația jurisprudenței Curții față de orice prevedere de

drept intern<sup>5</sup>. O astfel de tendință de normalizare a raporturilor între jurisprudența internă și cea europeană, precum și de acceptare a rolului acesteia din urmă, ce prevalează asupra legislației interne, se poate identifica, în ultimii ani, și în România. Există instanțe care, în baza jurisprudenței CEDO în materie, au refuzat să mai aplice anumite prevederi legale interne, în ideea asigurării rolului corect al jurisprudenței CEDO în ierarhia izvoarelor de drept.

În consecință, cred că, fără puțință de tăgadă, la acest moment, jurisprudența Curții europene este obligatorie pentru orice agent al statului român și pentru orice instanță de judecată.

#### **4. Consecințele hotărârii Maria Atanasiu în dreptul român**

De la pronunțarea acestei hotărâri s-au exprimat o sumă întregă de idei cu privire la consecințe în dreptul român ale acestei hotărâri<sup>6</sup>. Unele opinii au mers în sensul în care Curtea a extins aplicabilitatea art. 1 din Protocolul nr. 1 și la alte situații decât cele existente anterior, incluzând în această noțiune și dreptul de a încasa despăgubirile ori dreptul la restituire asupra unui bun naționalizat ilegal<sup>7</sup>. Cred că discuția este inutilă dacă ne raportăm la dreptul intern, în condițiile în care legislația internă stabilește cu certitudine existența unui drept la restituire a foștilor proprietari ori succesorii acestora. În consecință, indiferent de poziția instanței europene, care nu are competența de a diminua nivelul de protecție a unui drept fundamental în dreptul intern, este până la urmă indiferent dacă art. 1 din Protocolul nr.1 la Convenție include și dreptul la restituire sau nu.

Ceea ce este relevant este faptul că Legea nr. 10/2001 a creat acest drept, fără ca statul să își fi îndeplinit obligațiile pe care și le-a asumat singur. De la 12 octombrie 2010 are la dispoziție 18 luni să înlăture efectele naționalizărilor, pe calea unui proces invers de privatizare a bunurilor obținute prin abuz în perioada comunistă cred că este important a fi subliniată ideea după care Convenția europeană are un caracter subsidiar față de legislația internă și că prevederile sale se aplică cu prioritate față de dreptul intern, numai în măsura în care acesta din urmă nu conține dispoziții mai favorabile. Acest fapt rezultă, fără îndoială, din dispozițiile art. 53 din Convenție care dispune că „*nicio dispoziție din prezenta convenție nu va fi interpretată ca limitând sau aducând atingere drepturilor omului și libertăților fundamentale care ar putea fi recunoscute conform legilor oricărei părți contractante sau oricărei alte convenții la care această parte contractantă este parte*”. Cu alte cuvinte, dacă în mod obișnuit, prevederile Convenției prevalează asupra altor dispoziții legale de drept intern, așa cum se întâmplă și în cazul României, urmare a precizărilor conține în dispoziții art. 20 din Constituție, prin excepție, autoritățile naționale ale statelor vor aplica cu prioritate prevederile de drept intern ce conțin

o garantare mai largă a drepturilor omului decât Convenția. Logica acesteia dispoziții este evidentă. În condițiile în care scopul Convenției și al Curții este acela de a oferi un standard minim de respectarea și garantare a drepturilor fundamentale în statele europene, nimic nu oprește statele să stabilească prin reglementări interne norme care să depășească acest standard minim. Or, în aceste condiții, este evident că prevederile Convenției nu pot limita incidența acestor dispoziții de drept intern<sup>8</sup>.

În consecință, până la data la care va fi adoptată noua lege pe care instanța europeană a impus-o în sarcina autorităților române, procesul de retrocedare trebuie să își urmeze cursul în baza legislației în vigoare la acest moment. Instanțele de judecată nu pot să respingă acțiunile în revendicare sau de altă natură privitoare la bunuri imobile naționalizate pe motiv că România trebuie să adopte o altă lege și nici nu pot suspenda judecarea cauzelor pe perioada celor 18 luni de „liniște” stabilite de la Strasbourg. În mod similar, autoritățile administrative – precum Autoritatea Națională pentru restituirea proprietăților ori Guvernul – nu sunt în drept să suspende procedurile administrative de aplicare a dispozițiilor Legii nr. 10/2001.

Scopul pronunțării hotărârii Maria Atanasiu nu a fost acela de a oferi un binemeritat răgaz statului român după eforturile depuse pentru retrocedarea proprietăților, ci acela de a asigura rapid și echitabil finalizarea acestor proceduri. În consecință, tot astfel cum naționalizat rapid proprietățile private în perioada comunistă, după care le-a mai naționalizat a doua oară în 1995-1996 vânzându-le, statul român are obligația să le privatizeze rapid. Această obligație nu trebuie raportată neapărat la biciul care pocnește la Strasbourg, ci la obligația fundamentală a statului de a asigura respectarea drepturilor fundamentale ale propriilor cetățeni.

---

<sup>1</sup> This work was supported by CNCIS – UEFISCSU, project number PNII – IDEI 921/2009, code 2432/2008.

\* **Radu CHIRIȚĂ**, Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; [radu@raduchirita.ro](mailto:radu@raduchirita.ro).

<sup>2</sup> Hotărârea a fost publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 778 din 22 noiembrie 2010.

<sup>3</sup> C.C., dec. nr. 349 din 19 decembrie 2001, publicată în M. Of. nr. 240 din 10 aprilie 2002.

<sup>4</sup> A se vedea, în principal, I. Deleanu, *Obligativitatea hotărârilor Curții europene a drepturilor omului și a ale Curții de justiție a Comunităților Europene*, în *Dreptul* nr. 2/2007, p. 28-35; C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, Vol. II. Procedura în fața Curții. Executarea hotărârilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 608 și urm.

<sup>5</sup> Pentru zeci de exemple din statele occidentale, a se vedea C. Silvestre, *Le rôle régulateur de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits pénaux internes*, teză, Marseille, 1995, p. 128 și urm.



- <sup>6</sup> A se vedea <http://www.juridice.ro/128707/observatii-pe-marginea-noii-viziuni-a-curtii-europene-a-drepturilor-omului-cu-privire-la-restituirea-imobilelor-confiscate-in-perioada-comunista.html>; <http://www.juridice.ro/127621/atanasiu-vs-romania-schimba-cu-ceva-solutiile-actiunilor-aflate-pe-rolul-instantelor.html>.
- <sup>7</sup> Nu vreau să insist aici asupra subiectului, pentru că excede scopurilor acestui comentariu de jurisprudență, însă merită subliniat că instanța europeană stabilise deja demult o astfel de soluție, cel puțin de la hotărârea *Viașu c. România* încoace.
- <sup>8</sup> Spre exemplu, o astfel de ipoteză apare în dreptul român în legătură cu dreptul la un proces echitabil. Art. 6 din Convenție, ce consacră dreptul al un proces echitabil este aplicabil doar unor tipuri de proceduri, în timp ce alte litigii sunt scoase de sub garanțiile procedurale oferite de art. 6. Pe de altă parte, art. 21 din Constituția română, care reglementează dreptul la un proces echitabil este aplicabil oricărui tip de litigii, astfel încât oferă o protecție mai largă în cazul drepturilor procesuale ce vizează toate procedurile judiciare. Tot astfel, dacă art. 7 din Convenție nu obligă statele să stabilească regula retroactivității legii mai favorabile, mulțumindu-se să interzică retroactivitatea legii penale mai puțin favorabile, multe state, inclusiv România, au consacrat un astfel de drept în legislația internă. Exemplele ar putea continua, însă ideea care trebuie reținută este destul de simplă: nici o prevedere a Convenției nu poate aduce atingere unor drepturi recunoscute prin alte acte juridice normative.

## **TAXELE JUDICIARE DE TIMBRU ȘI ACCESUL LA JUSTIȚIE**

**Linda HAMID\***

**Abstract:** *One of the cornerstone principles of the rule of law in a democratic society is the right to a fair trial. An inherent aspect of the right to a fair trial is represented by the right of access to court, understood as an individual's prerogative to institute proceedings before courts in civil matters. Albeit the almost absolute wordings of article 21 of the Romanian Constitution and article 6, para. 1 of the European Convention on Human Rights, the jurisprudence of the European Court of Human Rights has generally recognized that the right of access to court has a non-absolute character.*

*Therefore, some restrictions or limitations may be imposed, provided that they observe the requirements of legitimate scope and proportionality. Among the possible limitations, the ECtHR also included restrictions of a financial nature, such as the payment of certain taxes when lodging an action to court. In Romania, the tax levied on claims and requests filed with courts is referred to as judicial stamp duty and failure to pay normally results into the annulment of the action brought to court. Although these taxes are extensively regulated by national legislation and have become habitual, in certain circumstances, this particular mechanism impairs the very right of access to court.*

*To this end, the following article addresses the issue of compatibility between judicial stamp duty and the right of access to court and attempts to find solutions for the mitigation of the negative effect of financial limitations on the right to a tribunal. As such, the article contains a brief presentation of national legislation on judicial stamp duty and an extensive analysis of the right of access to court by means of review of constitutional provisions, the conditions imposed by article 6, para.1 of the ECHR and notably relevant case law.*

**Key words:** *judicial stamp duty, the right of access to court, compatibility, legitimate scope, proportionality.*

**Cuvinte-cheie:** *taxă judiciară de timbru, drept de acces la justiție, compatibilitate, scop legitim, proporționalitate.*

### **1. Considerații introductive**

Chestiunea taxelor judiciare de timbru este, în aparență, una banală. Taxele de timbru se datorează în legătură cu activitatea instanțelor de judecată și reprezintă, alături de celelalte taxe și impozite, venituri bugetare. Până aici, nimic ieșit din comun. Însă, în momentul în care o cerere în justiție este anulată din pricina neplății sumei stabilite ca taxă judiciară de timbru se poate pune problema încălcării unui

principiu imanent al oricărui stat de drept: accesul liber la justiție. Prin urmare, acest subiect nu preocupă doar sfera dreptului financiar, ci prezintă în mod evident legături cu cel puțin alte două domenii juridice: dreptul procesual civil și dreptul constituțional. Mai mult, în măsura în care se analizează compatibilitatea unor asemenea taxe cu dreptul de acces la justiție, se iau în considerare o serie de instrumente internaționale, dintre care cel mai relevant este Convenția Europeană a Drepturilor Omului (C.E.D.O.).<sup>1</sup> În acest sens, se poate afirma că problema taxelor judiciare de timbru interesează și din punct de vedere al normelor internaționale supraleghislativă ce privesc domeniul drepturilor omului.

Așadar, deși materia taxelor judiciare de timbru nu este una dintre cele mai controversate probleme de drept, în contextul actual al unui sistem juridic mult prea preocupat de fiscalitate și de litera legii, reprezintă o chestiune ce merită studiată, în special sub aspectul compatibilității cu dreptul de acces la justiție. În consecință, acest articol își propune o analiză a conținutului dreptului de acces la justiție, astfel cum este consacrat în art. 21 al Constituției României și în art. 6, para. 1 al C.E.D.O., prin prisma prevederilor privind taxele judiciare de timbru și a situațiilor concrete în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a determinat că obligația de plată a unei taxe judiciare de timbru a fost, pentru justițiabilii în cauză, un adevărat impediment, depozându-i de dreptul și de posibilitatea recunoscută oricărei persoane de a introduce o acțiune în justiție.

## **2. Aspecte generale privind taxele judiciare de timbru**

În vederea realizării obiectivului acestui articol, anume acela de a stabili dacă taxele judiciare de timbru sunt sau nu compatibile cu dreptul de acces la justiție, se impune în primul rând o trecere în revistă a câtorva chestiuni relevante cu privire la aceste taxe. Din rațiuni ce țin în esență de economia textului, referirile vor privi, pe scurt, următoarele aspecte: noțiune; obiect; mod de stabilire; caracter anticipat și sancțiune pentru neplată.

### *a) Noțiune*

Art. 1 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru precizează că „acțiunile și cererile introduse la instanțele judecătorești, precum și cererile adresate Ministerului Justiției și Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție sunt supuse taxelor judiciare de timbru, prevăzute de prezenta lege și se taxează diferențiat, după cum obiectul acestora este sau nu evaluabil în bani, cu excepțiile prevăzute de lege”.

Așadar, taxele judiciare de timbru se datorează pentru acțiunile și cererile introduse la instanțe ca singure organe de stat abilitate prin lege să înfăptuiască justiția, pentru cereri adresate Ministerului Justiției și Libertăților Cetățenești ca

organ al administrației publice centrale care contribuie la buna funcționare a sistemului judiciar și la asigurarea condițiilor îndeplinirii justiției ca serviciu public, precum și pentru cererile adresate Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, în domeniile date în competența sa.

#### *b) Obiectul taxelor judiciare de timbru*

A pune în mișcare o acțiune civilă presupune inițiativa celui care va avea calitatea de reclamant, printr-o *cerere introductivă de instanță*. Potrivit art. 112 C. proc. civ., cererea de chemare în judecată trebuie să cuprindă mai multe elemente, printre care se numără și stabilirea „obiectului cererii și valoarea lui, după prețuirea reclamantului, când prețuirea este cu puțință”.<sup>2</sup> Prin obiectul cererii de chemare în judecată se înțelege pretenția concretă a reclamantului, obiectul trebuind să fie licit, posibil și determinat sau determinabil.<sup>3</sup> În legătură cu cea din urmă cerință, se impune precizarea că este nevoie de o determinare cât mai exactă cu puțință a obiectului cererii de chemare în judecată deoarece acest reper are multe semnificații, dintre care, cea mai importantă, în sensul acestui articol, se referă la faptul că obiectul cererii de chemare în judecată este cel care determină un anumit quantum al taxei judiciare de timbru.<sup>4</sup>

În consecință, obiectul impozabil este reprezentat de dreptul subiectiv dedus judecății, care, așa cum tocmai am menționat, trebuie derivat din petitul cererii sau al acțiunii și din economia actului în sine, constituind, în fapt, acele probleme asupra cărora judecătorul trebuie să se pronunțe prin hotărâre.<sup>5</sup>

#### *c) Stabilirea taxei judiciare de timbru*

Taxele judiciare de timbru sunt stabilite în mod diferențiat de lege, după cum obiectul cererii sau al acțiunii este sau nu evaluabil în bani. Astfel, acțiunile și cererile sunt împărțite în trei categorii, după modul de taxare, existând cele evaluabile în bani, cele neevaluabile pecuniar, precum și cele pentru care legea prevede un regim distinct de taxare.<sup>6</sup>

Pentru cererile și acțiunile evaluabile în bani, taxa se calculează pe baza unui tarif de impunere ce se constituie într-o cotă fixă și o cotă procentuală, stabilite în funcție de valoare,<sup>7</sup> iar pentru cererile și acțiunile cu un conținut nepatrimonial, se determină prin aplicarea unei sume fixe, dar diferite, în funcție de complexitatea obiectului acestora.<sup>8</sup> Cererile pentru exercitarea apelului și recursului sunt supuse unei taxe de timbru egală cu jumătate din quantumul taxei percepute pentru acțiunea la prima instanță, indiferent de conținutul lor patrimonial sau nepatrimonial.

Taxa de timbru aferentă cererilor în justiție se determină, în toate cazurile, de instanța competentă să judece cauza. Criteriul pe care instanța îl folosește pentru a stabili încadrarea în tarif și mărimea taxei este natura cererii, așa cum reiese din redactarea ei, iar valoarea la care se calculează taxele judiciare de timbru este cea prevăzută în acțiune sau cerere.<sup>9</sup> În cazul în care această valoare este considerată

de instanță ca fiind derizorie, evaluarea se va face potrivit normelor metodologice elaborate în acest sens de către Ministerul Finanțelor, prin expertiză, dispusă din oficiu sau la cererea oricărei părți, taxa calculându-se la valoarea stabilită ulterior prin expertiză.<sup>10</sup>

#### *d) Caracterul anticipat și sancțiunea neplății taxei judiciare de timbru*

Potrivit art. 20, alin. 1 din Legea nr. 146/1997, „taxele judiciare de timbru se plătesc anticipat”. De asemenea, în art. 35 din Normele metodologice pentru aplicarea legii privind taxele judiciare de timbru se face precizarea că prin noțiunea de *anticipat* se înțelege „înainte de primirea, efectuarea sau eliberarea actelor taxabile sau înainte de prestarea serviciilor”. Așadar, din prevederile legale se poate deduce că, neplătindu-se anticipat taxele de timbru, instanța este obligată să nu primească cererile și acțiunile ce îi sunt adresate, întrucât, în lipsa unei plăți anticipate, nici serviciile solicitate nu pot fi prestate.<sup>11</sup>

Timbrarea cererii de chemare în judecată trebuie să se facă până la termenul stabilit, altminteri aceasta va fi anulată în conformitate cu art. 20 alin. 3 din Legea nr. 146/1997, dispoziții incidente și în cazul neachitării timbrului judiciar.<sup>12</sup> Sancțiunea anulării este una procedurală, iar excepția de netimbrare sau insuficientă timbrare, fiind o excepție de ordine publică, poate fi ridicată și de instanță din oficiu, cu întâietate față de altele, deoarece constituie un fine de neprimire.<sup>13</sup>

Totuși, este o astfel de sancțiune rezonabilă, sau ar fi fost indicat ca legiuitorul să stabilească o reglementare legală care să asigure respectarea cerinței proporționalității între caracterul și natura pricinii, condiția nerestricționării accesului la justiție și gravitatea sancțiunii aplicate? Înainte de a răspunde la această întrebare, în vederea contextului deja conturat, este necesară analizarea dreptului de acces la justiție, atât din punct de vedere al reglementărilor naționale, cât și în lumina art. 6, para. 1 al C.E.D.O., așa cum a fost interpretat de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

### **3. Sfera și conținutul dreptului de acces la justiție**

În literatura de specialitate,<sup>14</sup> vorbindu-se despre liberul acces la justiție, s-a cristalizat opinia conform căreia accesul la justiție asigură persoanelor atât facultatea nestânjenită de a introduce, după libera apreciere, o acțiune în justiție, fie ea chiar nefondată în fapt sau în drept, cât și obligația corelativă, pentru tribunalul competent, de a se pronunța în fond asupra unei astfel de acțiuni și, în consecință, să o admită sau să o respingă.

Ideea că accesul la justiție implică obligația corelativă a instanțelor judecătorești de a se pronunța asupra fondului cauzei reiese și din faptul că, atât art. 10 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, art. 14 al Pactului Internațional privind Drepturile Civile și Politice, precum și art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului

consacră dreptul persoanelor la un proces echitabil. Un proces poate fi considerat echitabil atunci când, instanța judecătorească, sesizată printr-o acțiune, procedează la abordarea ei în fond și o soluționează ținând seama de susținerile părților și de probele prezentate de acestea.<sup>15</sup>

Totuși, regula evidențiată suferă un număr de excepții ca urmare a faptului că există anumite împrejurări ce indică încă din primul moment al declanșării procesului că acțiunea reclamantului nu va putea fi admisă. Așadar, se pot stabili, și inevitabil se stabilesc, anumite condiții pentru sesizarea instanței,<sup>16</sup> condiții a căror neîndeplinire poate fi constatată de instanța judecătorească competentă, fără a mai fi necesar ca aceasta să treacă la verificarea temeiniciei dreptului invocat în acțiune.<sup>17</sup> Tocmai pentru că liberului acces la justiție, în accepțiunea sa de drept căruia îi corespunde obligația corelativă a instanței competente de a soluționa în fond litigiul cu care a fost sesizată, îi pot fi opuse anumite condiții prealabile de admitere a acțiunii, el nu poate fi considerat ca fiind un drept absolut.<sup>18</sup>

La nivelul legislației naționale există, la această oră, două norme care garantează dreptul de acces la justiție: art. 21 din Constituția României și art. 6 para. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, text care face parte din dreptul intern odată cu ratificarea sa de către Parlament. În cele ce urmează, le voi trata, în linii mari, pe amândouă.

#### *a) Dreptul de acces la justiție în contextul art. 21 din Constituția României*

Accesul la justiție beneficiază, aproape peste tot în Europa, de o valoare constituțională, fiind prevăzut, alături de alte drepturi și libertăți fundamentale, în legile supreme ale majorității statelor. În acest context, legea constituțională română consacră, la rândul ei, accesul liber la justiție, nu numai ca drept fundamental recunoscut fiecărei persoane, dar, mai presus de toate, ca principiu imanent al sistemului de garanții a drepturilor și libertăților cetățenești.<sup>19</sup>

Astfel, potrivit art. 21 din Constituție, „(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. (2) Nicio lege nu poate îngradi exercitarea acestui drept”. Prin urmare, în conformitate cu legea supremă, liberul acces la justiție se analizează ca o facultate de voință recunoscută și garantată persoanelor de a se adresa instanțelor judecătorești în vederea soluționării în fond a litigiilor lor, facultate căreia îi corespunde obligația acestor organe de a desfășura activitatea prevăzută de lege.<sup>20</sup> Termenii larg cuprinzători, utilizați de Constituție pentru definirea liberului acces la justiție duc totodată la presupunerea că acest drept ar fi unul absolut,<sup>21</sup> nefiind supus niciunei condiții de exercitare, însă, așa cum vom vedea în continuare, acesta are totuși un caracter non-absolut.<sup>22</sup>

Mai mult, în doctrină s-a încercat fundamentarea unui principiu care să asigure realizarea în practică a regulii accesului liber la justiție. Este vorba despre *principiul gratuității justiției*, care ar consta în aceea că părțile nu trebuie să plătească judecătorii care le soluționează cauzele și nici procurorii, grefierii ori executorii judecătorești, deoarece, în esență, toți aceștia îndeplinesc un serviciu public, sunt funcționari, salariați ai statului.<sup>23</sup>

Gratuitatea justiției nu este consacrată ca atare, și, deși unii autori consideră că acest principiu este neîndoielnic real,<sup>24</sup> sunt de părere că, atâta timp cât mijloacele procesuale folosite pentru a ajunge la soluționarea litigiului sunt de cele mai multe ori oneroase, nu putem vorbi despre o justiție gratuită. Într-adevăr, există anumite situații care par să legitimizeze un astfel de principiu: sumele avansate de către una dintre părțile procesului pot fi restituite, în tot sau parțial, de către partea care cade în pretenții, sub forma cheltuielilor de judecată;<sup>25</sup> prin lege sunt reglementate unele privilegii, anume scutiri de la plata taxelor judiciare de timbru, reducerea acestora, absolvirea unor categorii de cereri de obligația timbrării ori restituirea în întregime sau în parte a taxei de timbru.<sup>26</sup> Totuși, deși în practică există astfel de posibilități, consider că acestea nu reușesc decât să atenueze în anumite circumstanțe consecințele nefaste ale caracterului adesea oneros al dreptului la o instanță, nicidecum să ridice gratuitatea justiției la nivel de principiu ce guvernează procesul civil.

Chestiunea taxelor judiciare de timbru a fost dezbătută în literatura juridică<sup>27</sup> pornindu-se de la ideea gratuității justiției, până la suportarea acestor taxe de către cei care recurg la serviciile justiției sau de către toți contribuabilii.<sup>28</sup> De asemenea, s-a susținut că taxele judiciare de timbru sunt necesare pentru a-i stăvili pe aceia care se adresează justiției fără un temei anume, sau că taxele de timbru sunt o sancțiune pecuniară, prin aceea că persoana care pierde procesul suportă cheltuielile de judecată, deci și taxele judiciare de timbru. În plus, s-a afirmat că, făcând parte din *impozitul pe justiție*, taxele de timbru sunt o necesitate publică, deoarece, atâta vreme cât justiția este o sarcină a statului, și statul este în drept a percepe impozitele sau taxele pe care le consideră necesare pentru îndeplinirea funcțiilor sale.<sup>29</sup> Cu toate că nu s-a ajuns la un consens cu privire la felul în care ar trebui reglementate taxele judiciare de timbru, s-a atras atenția asupra faptului că stabilirea taxelor judiciare de timbru trebuie să se facă cu deosebită atenție, deoarece taxele prea mari transformă justiția într-un adevărat lux, inaccesibil celor lipsiți de mijloace materiale.<sup>30</sup>

*b) Dreptul de acces la justiție în contextul art. 6, para. 1 al C.E.D.O.*

Consacrând dreptul la un proces echitabil, art. 6, para.1 al C.E.D.O. prevede următoarele: „Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială,

instituită prin lege, care va hotărî fie asupra contestațiilor privind drepturile și obligațiile sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptată împotriva sa”. Deși la prima vedere această dispoziție pare a consacra doar garanții de natură procedurală menite să asigure soluționarea justă a cauzei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat, în hotărârea *Golder c. Marea Britanie*, că art. 6 nu se limitează doar la recunoașterea acestui drept în privința proceselor aflate în curs de judecare, ci instituie un drept material efectiv, și anume, acela de acces la o instanță.<sup>31</sup>

În aceeași hotărâre, Curtea a arătat că „pot fi aduse restricții exercițiului acestui drept întrucât dreptul de acces, prin chiar natura sa, cere o reglementare din partea statului, reglementare care poate varia în timp și spațiu, în funcție de resursele comunității și nevoile indivizilor”.<sup>32</sup> Subliniind caracterul non-absolut al dreptului de acces la justiție, Curtea de la Strasbourg a mai precizat că limitările care îl afectează nu sunt altceva decât aplicații particulare ale unor restrângeri caracteristice pentru orice alte tipuri de drepturi subiective.<sup>33</sup> Astfel, ca orice altă libertate, și dreptul de liber acces la justiție poate suferi limitări din partea puterii de stat, cu scopul salvărdării altor interese, fiind de neconceput ca statele să fie obligate să permită un acces la justiție necondiționat de anumite aspecte de formă ori de fond. Mai mult, existența unor limitări derivă în mod natural din exercitarea dreptului în cauză, ca atare, ea este recunoscută atât în jurisprudența europeană cât și în cea internă.<sup>34</sup>

Totuși, limitările astfel aduse trebuie să respecte câteva principii. În primul rând, ele trebuie să urmărească un scop legitim și să nu afecteze însăși substanța dreptului. De asemenea, este necesară asigurarea unui raport rezonabil de proporționalitate între scopul urmărit și mijloacele alese.<sup>35</sup> Conform principiului proporționalității, atunci când un stat condiționează sau limitează anumite drepturi individuale, trebuie să creeze un echilibru concret între interesele generale ale comunității și obligația de a respecta drepturile și libertățile fundamentale ale persoanelor, iar un astfel de echilibru nu poate fi atins dacă dreptul persoanei în cauză a fost viciat într-un mod excesiv ori disproporționat în urma intervenției statului.<sup>36</sup>

În plus, dacă dreptul de acces la justiție poate da naștere anumitor limitări implicite admise, atunci statelor trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere a măsurilor concrete pe care le iau pentru a reglementa problema accesului la o instanță. Marja de apreciere presupune că organelor legislative și judiciare ale unui stat le este permis să interpreteze normele privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului, în principiu, deoarece, într-o societate democratică, organele de stat sunt în general considerate a fi într-o mai bună poziție decât judecătorul internațional atunci când vine vorba de aprecierea unor factori complecși ori echilibrarea conflictelor între interesele publice și private.<sup>37</sup> De asemenea, dată fiind apartenența dreptului de acces la justiție sferei principiilor de *jus cogens* din dreptul internațional, marja de apreciere permisă statelor va fi mai redusă decât în alte domenii reglementate de Convenție.<sup>38</sup>



Prin urmare, statele pot să impună anumite condiții și limitări<sup>39</sup> pentru introducerea unei acțiuni judecătorești. În general, acestea sunt condiții de formă, condiții privind termenele, condiții cu privire la plata unor taxe de timbru ori alte sume de bani necesare deschiderii procedurii, condiții relative la existența unor imunități de jurisdicție, condiții cu privire la obligativitatea unor proceduri prealabile, și altele.<sup>40</sup> În secțiunea următoare voi analiza dreptul de acces la justiție prin prisma condiției ce se referă la obligația plății taxelor judiciare de timbru, așa cum a fost interpretat de Curtea Constituțională și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

#### 4. Jurisprudența Curții Constituționale în materia taxelor judiciare de timbru

Curtea Constituțională a fost sesizată cu numeroase excepții de neconstituționalitate a prevederilor Legii nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru, considerată neconstituțională pentru că, prin excesivitatea cuantumului acestei taxe, este limitat liberul acces la justiție. Curtea a respins în mod ferm excepțiile de neconstituționalitate invocate în legătură cu prevederile Legii nr. 146/1997, concluzionând că orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor sale, dar că aceasta nu înseamnă nicidecum că accesul la justiție ar trebui să fie gratuit.<sup>41</sup>

De asemenea, conform Curții Constituționale, regula o constituie timbrarea acțiunilor în justiție, iar excepțiile sunt posibile doar în măsura în care sunt stabilite de legiuitor.<sup>42</sup> Între considerentele soluțiilor constante de respingere a excepțiilor de neconstituționalitate, Curtea a reținut, între altele, faptul că, „întrucât legea fundamentală nu prevede gratuitatea justiției, legiuitorul e liber să stabilească taxe judiciare de timbru, acoperind pe calea aceasta o parte din cheltuielile efectuate pentru funcționarea serviciului public al justiției, obligație impusă de altfel de art. 56 alin. 1 din Constituție, potrivit căruia cetățenii au obligația să contribuie, prin impozite și taxe, la cheltuielile publice”.<sup>43</sup>

În literatura de specialitate<sup>44</sup> s-a criticat linia de argumentare adoptată de Curtea Constituțională, deoarece aceasta ar induce concluzia potrivit căreia taxele judiciare de timbru reprezintă un *impozit pe justiție*. De fapt, partea care a adresat cererea instanței doar avansează cheltuielile de judecată în care este inclusă și taxa de timbru, urmând ca apoi, pe baza art. 274 alin. 1 C. proc. civ., cel aflat în culpă procesuală, să cadă în pretenții. Într-adevăr, acesta este un mod specific de angajare a răspunderii, în aplicarea principiului general de răspundere consacrat de art. 998 din C. civ., însă, atâta timp cât una dintre părți, indiferent care, achită sumele ce s-au constituit sub forma taxelor judiciare de timbru, înseamnă că în practică există, așa cum susține instanța constituțională, o *taxă pe justiție*.<sup>45</sup>

## 5. Jurisprudența C.E.D.O. în materia taxelor judiciare de timbru

După cum am văzut, Curtea Constituțională a României a consacrat în cuprinsul deciziilor sale regula timbrării acțiunilor în justiție, argumentând că dreptul de acces la justiție nu este unul absolut, putând fi supus unor limitări chiar de natură fiscală. Într-adevăr, accesibilitatea justiției nu înseamnă caracterul gratuit al acesteia, condiția privind plata unei taxe judiciare de timbru fiind acceptată îndeosebi deoarece vizează un serviciu prestat de către stat.

Deși, în principiu, soluțiile Curții Constituționale nu pot fi contestate, în spiritul jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, se impune, totuși, o observație. Astfel, chiar dacă instanța de la Strasbourg admite dreptul statului de a institui anumite condiții pentru sesizarea unei instanțe, inclusiv plata unei taxe de timbru, aceasta verifică întotdeauna în ce măsură aceste condiții sunt rezonabile.<sup>46</sup>

În acest context, poate fi notat faptul că judecătorii Curții Constituționale nu s-au preocupat niciodată cu verificarea rezonabilității sumelor ce trebuie plătite, în condițiile în care o taxă de timbru exorbitantă poate ridica serioase probleme sub aspectul accesului liber la justiție. *Per a contrario*, Curtea europeană a verificat, în toate cauzele ce i-au fost supuse spre soluționare, dacă limitările aplicate nu au restrâns dreptul de acces al persoanei la o instanță într-o manieră sau într-o măsură în care acesta să fie atins chiar în substanța sa.<sup>47</sup> Altfel spus, limitările de natură financiară se conciliază cu prevederile art. 6, para. 1 al Convenției doar în măsura în care acestea vizează un scop legitim și există un raport de proporționalitate între mijloacele utilizate de stat și scopul vizat de acesta.<sup>48</sup>

În legătură cu scopul legitim urmărit prin instituirea taxelor judiciare de timbru, Curtea de la Strasbourg a considerat că, în principiu, acestea vizează buna administrare a justiției și au ca obiectiv atât descurajarea justițiabililor de a formula cereri abuzive, cât și asigurarea de fonduri pentru funcționarea justiției.<sup>49</sup>

Pe de altă parte, principiul proporționalității impune considerarea unui echilibru între interesele generale ale societății și obligația de a proteja drepturile fundamentale ale omului. Altfel spus, este nevoie de o relație rezonabilă de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul legitim ce se dorește a fi realizat.<sup>50</sup>

Pentru aprecierea proporționalității restricției ce se referă la stabilirea unor taxe judiciare de timbru, Curtea de la Strasbourg are în vedere un număr de factori: cuantumul sumei ce trebuie plătită de reclamant raportată la veniturile sale; stadiul procesual în care intervine restricția; garanțiile procedurale de care se bucură reclamantul; miza procesului; scopul în care este impusă; claritatea și previzibilitatea stabilirii și achitării taxelor.<sup>51</sup> În continuare, în lumina hotărârilor pronunțate împotriva României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, voi face referire, în mod distinct, la fiecare dintre acești factori.

*a) Cuantumul sumei ce trebuie achitată ca și taxă judiciară de timbru*

În cauzele aduse împotriva României, factorul invocat cel mai adesea pentru examinarea efectivității accesului la justiție a fost cuantumul taxei judiciare de timbru, raportat la veniturile reclamantului.<sup>52</sup> În esență, în majoritatea acestor hotărâri, Curtea europeană a afirmat că sistemul român este contrar art. 6, para. 1 al Convenției, deoarece cuantumul taxei judiciare de timbru este determinat prin aplicarea unui procent la valoarea litigiului, fără a ține seama de situația particulară a reclamantului sau de veniturile acestuia.<sup>53</sup>

*b) Stadiul procesual în care intervine limitarea*

Analizând cauzele în care s-a stabilit o încălcare a dreptului de acces la justiție din pricina limitărilor de ordin financiar, se poate observa că stadiul procesual în care intervine o asemenea restricționare prezintă o importanță vădită în viziunea Curții europene. În acest sens, Curtea a apreciat că atât restrângerile intervenite în fața primei instanțe<sup>54</sup> cât și cele intervenite într-o cale de atac<sup>55</sup> pot reprezenta încălcări ale dreptului de acces la justiție. Așadar, se pot constitui într-o atingere a dreptului de acces la un tribunal nu doar restricțiile intervenite într-o fază inițială a procesului, ce împiedică verificarea pe fond a acțiunii, ci și cele intervenite în apel, după ce reclamantul beneficiase deja de un grad de jurisdicție. Cu privire la acest aspect, Curtea a indicat faptul că acele state membre care au instituit instanțe de apel și de recurs sunt obligate să asigure aceleași garanții procedurale și în căile de atac.

*c) Garanțiile procedurale de care se bucură reclamantul*

Cu privire la garanțiile procedurale de care trebuie să se bucure orice reclamant, instanța europeană a indicat în câteva dintre hotărârile sale împotriva României o serie de lipsuri și cu privire la acest aspect. Astfel, Curtea a apreciat că procedura prevăzută pentru contestarea cuantumului și pentru solicitarea de scutire de la plata taxei judiciare de timbru nu prezenta garanțiile cerute de art. 6, para. 1 al Convenției,<sup>56</sup> deoarece competența privind asistența judiciară aparținea unei autorități administrative, anume Ministerul Finanțelor Publice, iar prin lege nu se prevedea o procedură de acordare a scutiților, reducerilor, eșalonărilor sau amânărilor și nici vreo cale de atac împotriva deciziilor Ministerului Finanțelor Publice. În acest context, autoritățile naționale au remediat neajunsul constatat de instanța europeană, iar prevederile legale actuale stabilesc că deciziile cu privire la asistența judiciară sunt de competența instanțelor de judecată, consacrand, în același timp, posibilitatea formulării unei cereri de reexaminare împotriva unor astfel de decizii.<sup>57</sup>

De asemenea, în cuprinsul unora dintre hotărârile împotriva României, se menționează și faptul că instanțele interne nu s-au folosit îndeajuns de principiul rolului activ al judecătorului, cu precădere în ceea ce privește sarcina aprecierii

elementelor de probă prezentate în vederea determinării capacității reclamanților de a plăti taxa de timbru<sup>58</sup> și cea a informării reclamantului cu privire la consecințele neplății taxei sau a faptului că acesta poate beneficia de o exonerare de la plata taxei judiciare de timbru.<sup>59</sup>

*d) Miza procesului*

În ceea ce privește aprecierea proporționalității unei restricții a dreptului de acces la justiție prin prisma aceluși criteriu ce se referă la miza procesului, în cauza *Iordache c. România*, Curtea de la Strasbourg a criticat faptul că instanțele naționale nu au ținut cont de natura acțiunii și importanța acesteia pentru reclamant, și anume, în cazul de față, dorința reclamantului deținut de a obține un drept de vizită al minorului aflat în custodia mamei, apelul și recursul introduse de acesta fiind anulate pentru neplata taxelor judiciare de timbru.

*e) Scopul stabilirii taxelor judiciare de timbru*

În sfârșit, în legătură cu scopul stabilirii taxelor judiciare de timbru, instanța europeană a apreciat că restricția dreptului de acces urmărește un scop legitim, vizând, în esență, buna administrare a justiției.<sup>60</sup> Mai mult, în ceea ce privește problema clarității și previzibilității stabilirii și achitării taxelor, s-a admis faptul că dreptul național român prevede cu claritate ipotezele în care este datorată taxa de timbru, modalitățile sale de calcul și consecințele în caz de neplată, reclamantul putându-se aștepta, în mod rezonabil, ca aceste reguli să fie aplicate.<sup>61</sup>

## **6. Propuneri de *lege ferenda***

Considerând principalele probleme relevate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, se poate accepta ideea că materia taxelor judiciare de timbru trebuie reformată în așa fel încât să asigure accesul efectiv la o instanță.<sup>62</sup> Pentru un asemenea demers trebuie considerate, în primul rând, criteriile de apreciere stabilite de instanța de la Strasbourg prin hotărârile în care s-a pronunțat împotriva României. În acest sens, pentru a obține un sistem ce corespunde pe deplin cerințelor impuse de art. 6, para. 1 al Convenției, pot fi avute în vedere mai multe soluții, pe care le voi evidenția în cele ce urmează.<sup>63</sup>

*a) Stabilirea unui plafon maxim al taxelor judiciare de timbru*

Prin stabilirea unei limite maxime a taxelor de timbru, s-ar putea evita situațiile în care, datorită unei valori extrem de ridicate a obiectului litigiului, reclamantul ar fi pus în situația de a plăti o taxă de timbru exorbitantă, calculată prin aplicarea unui procent din valoarea litigiului. În acest context, pot fi amintite modele legislative din Lituania ori din Germania. Astfel, dacă în Lituania există un

plafon maxim al taxei de timbru, ce nu poate fi depășit în nicio circumstanță,<sup>64</sup> în Germania, taxele judiciare de timbru pentru cererile evaluabile în bani sunt stabilite pe praguri valorice și taxe fixe.<sup>65</sup>

*b) Raportarea nivelului taxelor de timbru la veniturile efective ale justițiabililor*

În acest sens, sunt de părere că instanțele de judecată competente să stabilească taxa de timbru în litigiile ce le sunt supuse spre soluționare trebuie să țină cont de situația personală a reclamantului, ori altfel spus, trebuie să aibă în vedere veniturile materiale efective de care acesta dispune. Pentru atingerea unui asemenea obiectiv, se poate impune regula ca taxa de timbru să nu depășească un anumit procent din veniturile realizate de justițiabil într-o perioadă determinată de timp. De altfel, la un nivel mai general, consider că legiuitorul ar trebuie să aibă în vedere și posibilitățile materiale reale de care dispun cetățenii României.<sup>66</sup>

*c) Posibilitatea de a se trece la judecată fără plata taxelor judiciare de timbru*

O asemenea soluție presupune ca președintele instanței ce judecă litigiul să fie abilitat în a decide că se poate proceda la judecată, chiar și în absența plății sumei stabilite ca taxă de timbru, deoarece justițiabilul nu poate suporta taxa de timbru. Pentru o astfel de apreciere, se pot lua în considerare natura și șansele de succes ale acțiunii reclamantului.<sup>67</sup>

*d) Achitarea taxelor de timbru la finalul procedurii*

Având în vedere faptul că legislația națională prevede principiul culpei procesuale, soluția achitării ulterioare a taxelor de timbru se prezintă ca fiind relativ ușor de pus în practică. Astfel, niciuna dintre părți nu va avansa cheltuielile judiciare, urmând ca acestea să fie suportate, la sfârșitul demersurilor procesuale, de partea care a căzut în pretenții. De altfel, o atare soluție este prevăzută și în legislația Finlandei, taxele plătindu-se doar la sfârșitul procesului.<sup>68</sup>

*e) Instituirea gratuității procedurilor judiciare civile*

În Franța, prin Legea nr. 77/1468 din 30 decembrie 1977, s-a instituit gratuitatea acțiunilor în justiție în fața instanțelor civile și administrative, iar în Spania și Suedia, procedurile judiciare sunt de asemenea gratuite.<sup>69</sup> Totuși, consider că, în privința materiei taxelor judiciare de timbru, sunt mai potrivite soluțiile de mijloc, moderate, care presupun modificarea legislației în conformitate cu cerințele impuse de Convenția europeană și de instanța de la Strasbourg, deoarece, așa cum însăși Curtea a admis, taxele judiciare de timbru au, în principiu, un scop legitim, și anume, buna administrare a justiției.

## 7. Concluzii

Taxele judiciare de timbru beneficiază de o reglementare legislativă complexă și nuanțată. În general, instanțele naționale, aflate în fața unor cereri ori acțiuni în privința cărora se solicită taxă de timbru, interpretează și aplică legislația în materie într-o manieră extrem de riguroasă. Ca atare, în practica judiciară, nu puține au fost situațiile în care justițiabilii nu au putut beneficia de examinarea pe fond a acțiunii pe care au dedus-o judecării din cauza neîndeplinirii condiției prelabile și obligatorii a plății taxei de timbru solicitate pentru serviciile prestate. Într-un asemenea context, s-a pus problema efectivității dreptului de acces la justiție.

Accesul la justiție constituie un principiu fundamental al organizării oricărui sistem judiciar democratic, fiind consacrat atât la nivel constituțional, cât și într-un număr important de instrumente internaționale și se traduce prin facultatea oricărei persoane de a introduce, după libera sa apreciere, o acțiune în justiție, implicând astfel și obligația corelativă a statului, ca prin instanța competentă, să soluționeze aceste acțiuni. Totuși, dreptul de acces la o instanță nu are un caracter absolut, el putând fi supus unor condiționări, însă doar în măsura în care esența sa nu este înfrântă, adică, numai și numai în acele situații în care o atare restrângere urmărește un scop legitim și este proporțională cu acesta.

La începutul acestei lucrări am afirmat că obiectivul demersului meu este acela de a stabili dacă taxele judiciare de timbru sunt compatibile cu dreptul de acces la justiție. În urma analizării tuturor circumstanțelor relevante: legislație națională, legislație internațională și jurisprudență, concluzia la care am ajuns nu este una neechivocă.

În ceea ce mă privește, accesul la justiție poate fi supus unor limitări, fie și acestea de natură financiară. Așadar, sunt de părere că, în mod abstract, dreptul de acces la un tribunal este compatibil cu instituirea de taxe judiciare de timbru. Totuși, jurisprudența Curții europene a relevat că o atare compatibilitate devine discutabilă în momentul în care legislația privind taxele de timbru este aplicată în mod practic. Astfel, este evident faptul că legislația națională privind taxele judiciare de timbru, deși foarte complexă, nu prezintă suficiente garanții procedurale în vederea asigurării efectivității dreptului de liber acces la o instanță. Mai mult, înclinația excesivă spre fiscalitate și lipsa orientării spre individ și situația particulară a acestuia, cuplată cu rigurozitatea instanțelor naționale în aplicarea prevederilor legale, a dus adesea la încălcarea flagrantă a aceluși drept care, în esență, constituie piatra de temelie a oricărui sistem juridic: accesul la un tribunal.

Prin urmare, sarcina de a armoniza practica judiciară cu principiile abstracte de drept revine atât legiuitorului, cât și instanțelor naționale. De aceea, consider că doar în urma unei reforme legislative ce va avea în vedere atât condițiile impuse

de Convenția Europeană a Drepturilor Omului cât și considerentele enumerate de către instanța de la Strasbourg în pricinile contra României, se va putea vorbi despre o compatibilitate reală între dreptul la o instanță și taxele judiciare de timbru.

---

\* **Linda HAMID**, Absolventă a Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai, promoția 2010, în prezent student masterand în Drept Internațional Public la Universitatea Utrecht, Olanda; [l.hamid@students.uu.nl](mailto:l.hamid@students.uu.nl).

<sup>1</sup> Convenția Europeană a Drepturilor Omului a fost semnată la 4 noiembrie 1950 de 13 din cele 15 state membre ale Consiliului Europei, la acea dată, intrând în vigoare la 3 septembrie 1950.

<sup>2</sup> A se vedea art. 112, pct. 3, C. proc. civ.

<sup>3</sup> M. Tăbârcă, *Drept procesual civil*, vol. I, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 384.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> A. Cotuțiu, *Unele aspecte referitoare la timbrarea acțiunilor și cererilor introduse la instanțele judecătorești*, în revista *Dreptul*, nr. 10/1999, p. 63.

<sup>6</sup> Potrivit art. 28 alin. 1 al Legii nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 173 din 29 iulie 1997, modificată și completată ulterior, Guvernul este împuternicit ca, în funcție de rata inflației, să actualizeze periodic taxele judiciare de timbru prevăzute de lege. De asemenea, trebuie menționat faptul că, pe lângă cele trei categorii enumerate, potrivit art. 15, 16 și 17 din Legea nr. 146/1997 și art. 24, 25 și 26 din Normele metodologice, există anumite cereri și acțiuni care sunt scutite de la plata taxelor judiciare de timbru.

<sup>7</sup> Pentru modalitatea de calcul, a se vedea art. 2 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru.

<sup>8</sup> *Idem*, art. 3.

<sup>9</sup> C. Diaconu, *Taxele judiciare de timbru*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 19.

<sup>10</sup> Potrivit art. 3<sup>1</sup> din Legea nr. 146/1997 „(1) Cererile introduse la instanțele judecătorești, prin care se solicită pronunțarea unei hotărâri judecătorești care ține loc de act autentic de înstrăinare a unor bunuri imobile, se taxează potrivit prevederilor art. 2 alin. (1), la valoarea imobilului. (2) Taxarea cererilor prevăzute la alin. (1) se face la valoarea imobilului declarat de părți. În cazul în care valoarea declarată de părți este inferioară valorii orientative stabilite prin expertiza întocmită de camerele notarilor publici, taxarea cererilor se va face la această din urmă valoare. (3) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică în mod corespunzător și la taxarea cererilor în materie de moștenire. (4) Instanțele de judecată vor solicita la începutul fiecărui an camerelor notarilor publici expertizele privind stabilirea valorilor orientative ale bunurilor imobile din circumscripția teritorială a instanței”. În legătură cu acest aspect, consider că, prin practicarea unor taxe judiciare de timbru impuse direct de Camera Notarilor Publici, prin evaluările stabilite de aceasta, fără cenzura instanței și a plătitorului de taxă, se ajunge atât la încălcarea art. 124 alin. 3 din Constituție, conform căruia „judecătorii sunt independenți și se supun numai legii” cât și la îngrădirea accesului liber la justiție, care, într-o atare situație, poate presupune și posibilitatea de a se determina de către instanță valoarea la care urmează a fi stabilit timbrajul.

<sup>11</sup> În decizia Curții Constituționale nr. 62/2001, publicată în M. Of., nr. 188 din 12 aprilie 2001, s-a afirmat, în acest sens, că prestarea serviciilor judiciare nu este gratuită.

<sup>12</sup> Potrivit prevederilor legale, „Neîndeplinirea obligației de plată până la termenul stabilit se sancționează cu anularea acțiunii sau a cererii”, așadar, suntem în prezența unei nulități necondiționate, întrucât nu se pune problema vătămării procesuale.

<sup>13</sup> C. Diaconu, *op. cit.*, p. 25.

<sup>14</sup> A se vedea T. Drăganu, *Liberul acces la justiție*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 7.

<sup>15</sup> În acest sens, a se vedea I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 87.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Autorul susține, pe bună dreptate, că astfel de condiții sau limitări trebuie să fie rezonabile și proporționale cu scopul urmărit și să nu aducă atingere însăși substanței dreptului.

<sup>17</sup> T. Drăganu, *op. cit.*, p. 9.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> A se vedea decizia Curții Constituționale, nr 64/1994, publicată în M. Of., nr. 177 din 12 iulie 1994.

<sup>20</sup> T. Drăganu, *op. cit.*, p. 17.

<sup>21</sup> În filosofia drepturilor omului se face o delimitare între drepturi absolute și drepturi relative. Astfel, potrivit acestei clasificări, drepturile relative sunt acele drepturi ce sunt incidente persoanelor ca membrii ai societății, pe când, cele absolute, se definesc printr-un sens primar, fiind drepturi de care fiecare individ este îndreptățit să se bucure, atât în societate, cât și în afara ei. În acest context, a se vedea W. Blackstone, J. F. Hargrave, J. L. Wendell, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Ed. Harper & Brothers, New York, 1850, p. 122-123.

<sup>22</sup> T. Drăganu, *Considerații critice cu privire la caracterul absolut atribuit dreptului de liber acces la justiție de legea de revizuire a Constituției din 21 noiembrie 2003*, în revista *Pandectele Române*, nr. 4/2004, p. 113.

<sup>23</sup> V. Pătulea, *Natura și regimul juridic al taxei judiciare de timbru, raportate la principiul constituțional al egalității în fața justiției*, în revista *Dreptul*, nr. 3/2004, p. 78.

<sup>24</sup> I. Deleanu, *op. cit.*, p. 29.

<sup>25</sup> Potrivit art. 274 C. proc. civ., cheltuielile de judecată au caracterul de sancțiune procedurală, iar ca fundament răspunderea civilă delictuală și culpa procesuală a părții care a căzut în pretenții.

<sup>26</sup> I. Deleanu, *op. cit.* p. 30.

<sup>27</sup> C. Diaconu, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>28</sup> Într-o opinie, s-a sugerat că taxele judiciare de timbru ar trebui suportate nu doar de cei care recurg la serviciile justiției, adică justițiabilii care beneficiază de aceste servicii, ci de toți contribuabilii, deoarece cei care luptă pentru dreptul lor, luptă în același timp pentru securitatea generală. Pentru mai multe detalii, a se vedea V. Pătulea, *op. cit.*, p. 78.

<sup>29</sup> C. Diaconu, *op. cit.*, p. 18.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> D. Micu, *Garantarea Drepturilor Omului*, Ed. All Beckk, București, 1998, p.72.

<sup>32</sup> C.E.D.O., hotărârea *Golder c. Marea Britanie*, din 21 februarie 1975.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 153.

<sup>35</sup> *Ibidem*. În acest sens, trebuie amintite și prevederile art. 53 (2) din Constituția României, conform căroră „Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau libertății”.

<sup>36</sup> C.E.D.O., hotărârea *James și alții c. Marea Britanie* din 21 februarie 1986.

<sup>37</sup> M. Sepúlveda, G. D. Guðmundsdóttir, C. Chamoun, W. J. M van Genugten, *Human Rights. Reference Handbook*, ediția a IV a, Ed. The Icelandic Human Rights Centre, Reykjavik, 2009, p. 145.



- <sup>38</sup> *Ibidem*. De exemplu, în cazul dreptului la liberă exprimare, atunci când în cauză se ridică probleme de moralitate, un concept ce poate varia de la un stat la altul, Curtea de la Strasbourg va permite o marjă de apreciere mult mai largă decât în acele situații care privesc anumite concepte asupra cărora exista o viziune europeană comună.
- <sup>39</sup> Limitarea dreptului de acces la justiție se poate face doar printr-o lege sau printr-un act asimilabil legii. Într-adevăr, potrivit art. 53 (1) din Constituția României, „Exercițiul unor drepturi și libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav”.
- <sup>40</sup> R. Chiriță, *op. cit.* p. 259.
- <sup>41</sup> În acest sens, a se vedea decizia Curții Constituționale nr. 30/1999, publicată în M. Of., nr. 178 din 26 aprilie 1999. Curtea Constituțională a mai argumentat că în general, sumele ce se constituie în taxe de timbru fiind modice, accesul liber la justiție nu este îngrădit. Totuși, în vederea argumentului Curții, consider că de cele mai multe ori, nu cuantumul sumei datorate cu titlu de taxă de timbru este cel care trebuie avut în vedere, ci circumstanțele concrete ale litigiului dedus judecătării și mai ales, posibilitățile materiale concrete ale părții ce se vede obligată la plata taxelor judiciare de timbru.
- <sup>42</sup> A se vedea decizia Curții Constituționale nr. 46/2010, publicată în M. Of., nr. 219 din 8 aprilie 2010.
- <sup>43</sup> Pentru mai multe lămuriri, a se vedea deciziile Curții Constituționale nr. 499/2004, publicată în M. Of., nr. 99 din 31 ianuarie 2005 și nr. 42/2005, publicată în M. Of., nr. 206 din 10 martie 2005.
- <sup>44</sup> I. Deleanu, *op. cit.*, p. 329.
- <sup>45</sup> Curtea Constituțională, în decizia nr. 427/2006, publicată în M. Of., nr. 582 din 5 iulie 2006, s-a oprit și la o altă explicație, anume că „justițiabilii care trag un folos nemijlocit din activitatea desfășurată de autoritățile judecătorești, să contribuie la acoperirea cheltuielilor acestora”. Totuși, argumentul Curții își pierde rațiunea de a fi în situația în care cheltuielile sunt suportate de partea care cade în pretenții.
- <sup>46</sup> C.E.D.O., hotărârea *Airey c. Irlanda* din 9 octombrie 1979.
- <sup>47</sup> C.E.D.O., hotărârea *Kreuz c. Polonia* din 19 iunie 2001; C.E.D.O., hotărârea *Iorga c. România* din 5 ianuarie 2007; C.E.D.O., hotărârea *Adam c. România* din 3 noiembrie 2009.
- <sup>48</sup> A se vedea C.E.D.O., hotărârea *Weissman c. România* din 24 mai 2006; C.E.D.O., hotărârea *V.M. c. Bulgaria* din 8 iunie 2006; C.E.D.O., hotărârea *Beian c. România* din 7 februarie 2008; C.E.D.O., hotărârea *Rusen c. România* din 8 ianuarie 2009.
- <sup>49</sup> C.E.D.O. hotărârea *Rusen c. România* din 8 ianuarie 2009. Totuși, având în vedere faptul că în România sumele obținute din taxele judiciare de timbru nu ajung direct la prestatorul serviciului taxabil, ci sunt colectate la bugetele locale, obținerea de fonduri pentru funcționarea sistemului juridic nu se poate înscrie în rândul obiectivelor impunerii unei taxe pe justiție. Potrivit art. 295 alin. 11 lit. b) din Codul fiscal, taxele judiciare de timbru se constituie ca venituri la bugetele locale, însă, în opinia mea, rațiunea acestei reglementări este discutabilă în condițiile în care taxele judiciare de timbru ar putea fi mai bine utilizate în scopul eficienței administrării a justiției, inclusiv în ceea ce privește aspectele de ordin financiar, de natură să constituie garanții ale autonomiei și independenței instanțelor, în situația în care s-ar constitui în venituri ale autorității judecătorești și nu în venituri ale bugetelor locale. O astfel de soluție mi se pare absolut pertinentă, în condițiile în care aceste venituri ar fi mai apoi folosite pentru cheltuieli administrative, cheltuieli de procedură, publicații de specialitate sau cheltuieli de capital, precum renovarea sau construirea de sedii noi pentru instanțe și parchete. Desigur, o atare finanțare poate fi atât integrală, cât și parțială, altfel spus, se poate recurge la trecerea în întregime a taxelor

judiciare de timbru de la bugetele locale la cele ale instanțelor judecătorești, cât și la o trecere procentuală, în funcție de nevoile concrete și reale ale instanțelor de judecată. De asemenea, în legătură cu acest aspect se mai poate pune problema utilității unei gestiuni directe a procesului de colectare a taxelor judiciare de timbru de către autoritatea judecătorească, în condițiile în care aceasta ar exercita practic activități specifice puterii executive, încălcându-se astfel principiul constituțional al separării puterilor în stat. În acest sens, o soluție de compromis ar putea fi reprezentată de trecerea sumelor ce se constituie în taxe de timbru de la bugetele locale, la bugetul Ministerului Justiției și al Libertăților Cetățenești, care conform unui program prestabilit, să folosească aceste sume în scopul finanțării activității instanțelor de judecată.

<sup>50</sup> M. Sepúlveda, G. D. Guðmundsdóttir, C. Chamoun, W. J. M. van Genugten, *op. cit.*, p. 144.

<sup>51</sup> D. Bogdan, *Procesul civil echitabil în jurisprudența CEDO . Vol. I. Accesul la justiție*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p.45.

<sup>52</sup> C.E.D.O., hotărârea *Weissman c. România* din 24 mai 2006; C.E.D.O., hotărârea *Iorga c. România* din 25 ianuarie 2007; C.E.D.O., hotărârea *Beian c. România* din 7 februarie 2008; C.E.D.O., hotărârea *Larco și alții c. România* din 7 februarie 2008; C.E.D.O., hotărârea *S.C. Marolux SRL și Jacobs c. România*, din 21 februarie 2008; C.E.D.O., hotărârea *Nemeti c. România* din 1 aprilie 2008; C.E.D.O., hotărârea *Rusen c. România* din 8 ianuarie 2009.

<sup>53</sup> În scopul aprecierii cuantumului taxei, trebuie considerate circumstanțele particulare ale unei cauze, solvabilitatea reclamantului și faza procesuală în care este impusă taxa respectivă constituindu-se în factori ce trebuie avuți în vedere pentru a stabili dacă acesta s-a bucurat de dreptul de acces la justiție sau dacă, din pricina cuantumului taxei, accesul la o instanță a fost îngrădit atât de mult încât dreptul a fost atins chiar în esența sa. Pentru a determina dacă este vorba despre un quantum ridicat al taxei, Curtea europeană folosește, în general, o dublă raportare: subiectivă și obiectivă. Cu privire la aspectul subiectiv, instanța europeană ține cont de situația personală a reclamantului, raportând cuantumului taxei la veniturile lunare ale acestuia. De asemenea, în vederea aprecierii posibilității reale a reclamantului de a plăti suma respectivă, Curtea ia în considerare și nevoile sale personale, sau a celor pe care îi are în întreținere. Din punct de vedere obiectiv, testul proporționalității implică, în mod inevitabil, și compararea veniturilor reclamantului cu veniturile medii sau minime lunare, cum ar fi, de exemplu, salariul minim brut ori pensia medie (D. Bogdan, *op. cit.*, pp. 45-48).

<sup>54</sup> C.E.D.O., hotărârea *Weissman c. România* din 24 mai 2006.

<sup>55</sup> C.E.D.O., hotărârea *lordache c. România* din 14 octombrie 2008.

<sup>56</sup> C.E.D.O., hotărârea *Iorga c. România* din 25 ianuarie 2007; C.E.D.O., hotărârea *Beian c. România* din 7 februarie 2008; C.E.D.O., hotărârea *S.C. Marolux SRL și Jacobs c. România*, din 21 februarie 2008; C.E.D.O., hotărârea *Nemeti c. România* din 1 aprilie 2008;

<sup>57</sup> În acest sens, a se vedea art. 18 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru și art. 11 din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă, aprobată cu modificări prin Legea nr. 193/2008, publicată în M. Of. nr. 327 din 25 aprilie 2008.

<sup>58</sup> C.E.D.O., hotărârea *Rusen c. România* din 8 ianuarie 2009.

<sup>59</sup> C.E.D.O., hotărârea *lordache c. România* din 14 octombrie 2008.

<sup>60</sup> C.E.D.O., hotărârea *Weissman c. România* din 8 ianuarie 2009.

<sup>61</sup> C.E.D.O., hotărârea *Iorga c. România* din 25 ianuarie 2007.

<sup>62</sup> De altfel, în C.E.D.O., hotărârea *Notar c. România* din 20 aprilie 2004, Guvernul s-a angajat „să inițieze un proces de reformă a legislației în materia taxelor judiciare de timbru”.

<sup>63</sup> Pentru soluții în vederea reformării sistemului taxelor judiciare de timbru, a se vedea M. Ș. Minea, C. F. Costăș, *Dreptul finanțelor publice*, vol. II, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 368.

<sup>64</sup> A se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, p. 329.

<sup>65</sup> De exemplu, în cazul unui litigiu evaluabil la 10.000 de euro, se va plăti o taxă fixă de 196 de euro.

<sup>66</sup> În acest context, poate fi avut în vedere principiul constituțional consacrat în art. 52 alin. (2) al legii supreme, și anume, justa așezare a sarcinilor fiscale. Cu privire la acest aspect, Curtea Constituțională, în decizia nr. 3/1994, publicată în M. Of., nr. 145 din 8 iunie 1994, a afirmat că „fiscalitatea trebuie să fie nu numai legală, ci și proporțională, echitabilă, rezonabilă și să nu diferențieze impozitele pe criteriul grupelor sau categoriilor de cetățeni”.

<sup>67</sup> Din acest punct de vedere este relevant și principiul rolului activ al judecătorului, care, conform C.E.D.O., hotărârea *Rusen c. România* din 8 ianuarie 2009, ar trebui să fie pus mai des în practică.

<sup>68</sup> I. Deleanu, *op. cit.*, p. 329.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

**O ANALIZĂ COMPARATIVĂ A MODULUI ÎN CARE AU FOST  
IMPLEMENTATE, ÎN LEGISLAȚIILE NAȚIONALE,  
UNELE DINTRE MĂSURILE PREVĂZUTE DE CONVENȚIA  
PRIVIND CRIMINALITATEA INFORMATICĂ**

**Gheorghe-Iulian IONIȚĂ\***

**Abstract.** *A comparative analysis regarding the implementation of some CoE's Convention on Cybercrime provisions in the national legislations. What is the role of the CoE's Convention on Cybercrime? Have the provisions of the Convention been transposed into the national legislations of the signatory parts? Can we discuss about a harmonization of those provisions? What are the repercussions of this process?*

*Trough the present study I am trying to present some answers to those questions.*

**Rezumat.** *Care este rolul Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică? Au fost implementate, în legislațiile naționale ale statelor semnatare, măsurile prevăzute de Convenție? Se poate vorbi de o armonizare a acestor dispoziții? Care sunt repercusiunile acestui proces?*

*Prin prezentul studiu încerc să formulez răspunsuri la aceste întrebări.*

**Keywords:** *cybercrime, convention, provisions, transpose, national legislations, harmonization.*

**Cuvinte cheie:** *criminalitate informatică, convenție, măsuri, implementare, legislații naționale, armonizare.*

## **1. Introducere**

Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică<sup>1</sup> este inspirată de convingerea că noul fenomen al a criminalității informatice, luând în considerare dimensiunea transnațională a acestuia, poate fi contracarat eficient doar prin armonizarea legislațiilor naționale<sup>2</sup>.

Cu toate criticile<sup>3</sup> aduse procesului de elaborare și adoptare, Convenția rămâne cel mai important instrument internațional utilizat în lupta împotriva criminalității informatice, chiar dacă, din nefericire, ea stabilește doar anumite standarde și permite ca acestea (standardele) să fie „ajustate” conform necesităților fiecărui stat.

Din acest motiv, *nu toate țările au implementat-o în același mod*. Astfel, se observă că unele dintre reglementările naționale sunt în concordanță cu dispozițiile Convenției, în timp ce altele sunt încă departe de acest deziderat.

Prezenta analiză este parte a tezei de doctorat „Criminalitatea informatică” (susținută, în iulie, 2009, la Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”) <sup>4</sup> și a fost realizată pe baza profilurilor legislative <sup>5</sup> și studiilor oferite de Consiliul Europei, dar și a legislației, doctrinei și jurisprudenței din țările incluse în studiu.

## **2. Analiza comparativă a modului în care au fost definiți termenii utilizați**

*Potrivit art. 1 din Convenție,*

„În sensul prezentei convenții:

a) expresia sistem informatic desemnează orice dispozitiv izolat sau ansamblu de dispozitive interconectate ori aflate în legătură, care asigură ori dintre care unul sau mai multe elemente asigură, prin executarea unui program, prelucrarea automată a datelor;

b) expresia date informatice desemnează orice reprezentare de fapte, informații sau concepte sub o formă adecvată prelucrării într-un sistem informatic, inclusiv un program capabil să determine executarea unei funcții de către un sistem informatic;

c) expresia furnizor de servicii desemnează:

(i) orice entitate publică sau privată care oferă utilizatorilor serviciilor sale posibilitatea de a comunica prin intermediul unui sistem informatic;

și

(ii) orice altă entitate care prelucrează sau stochează date informatice pentru acest serviciu de comunicații sau pentru utilizatorii săi;

d) datele referitoare la trafic desemnează orice date având legătură cu o comunicare transmisă printr-un sistem informatic, produse de acest sistem în calitate de element al lanțului de comunicare, indicând originea, destinația, itinerarul, ora, data, mărimea, durata sau tipul de serviciu subiacent”.

De precizat că părțile nu sunt obligate să adopte în legislația internă aceleași definiții ca cele prezentate în Convenție, având puterea de a decide modul în care implementează aceste concepte. Totuși, conceptele formulate în legislațiile interne trebuie să fie consecvente principiilor fixate prin acest articol 1 din Convenție.

Paradoxal, în literatura de specialitate <sup>6</sup>, se ridică problema că definirea conceptelor utilizate este prea amplă și neclară față de conduita la care se referă aceasta.

Nu toate țările care au ratificat Convenția au introdus în întregime/părți din definițiile acestor termeni; spre exemplu: Albania, Armenia, Croația, Estonia, Franța, Ungaria, Lituania, fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei, Ucraina, Slovacia.

Sunt foarte puține țări care definesc toate conceptele ce se regăsesc în art. 1 din Convenție, *aliniindu-și* complet *dispozițiile interne*; spre exemplu: Austria<sup>7</sup>, Bulgaria<sup>8</sup>, Cipru<sup>9</sup>, Sri Lanka<sup>10</sup>.

Unele țări ca Italia<sup>11</sup>, Republica Cehă<sup>12</sup>, definesc doar conceptul de „date” sau „trafic de date”.

Mai mult, legiuitorul german<sup>13</sup> definește noțiunea de „date” ca fiind „acelea care sunt stocate sau transmise electronic sau magnetic sau prin alte mijloace de o manieră care nu este imediat perceptibilă”, o definiție chiar mai apropiată decât aceea a noțiunii de „date informatice” adoptată de Convenție.

O definiție a sistemului informatic a fost introdusă în legislația internă a majorității statelor, spre exemplu: Austria<sup>14</sup>, Bulgaria<sup>15</sup>, Cipru<sup>16</sup>, Portugalia<sup>17</sup>, SUA<sup>18</sup>.

În alte state, ca Italia, Franța sau Australia, o astfel de definiție legală lipsește.

Acest fapt creează dificultăți în determinarea tipurilor de dispozitive care pot fi incluse; ca exemplu, telefoanele mobile moderne (care oferă acces la Internet) sau alte sisteme de procesare, dispozitive optice, dispozitive de procesare de viteză mare, etc. În același context, ar trebui definite și alte concepte tehnice folosite, ca, spre exemplu, „măsurile de siguranță”. De asemenea, ar trebui clarificate unele aspecte cum ar fi: „intenționat”, „neautorizat”, „fără drept”, „fără încuviințare”, etc.

### **3. Analiza comparativă a modului în care au fost incriminate infracțiunile împotriva confidențialității, integrității și disponibilității datelor**

Infracțiunile definite în articolele 2-6 din Convenție sunt menite să protejeze confidențialitatea, integritatea și disponibilitatea sistemelor informatice sau datelor, și nu de a incrimina activitățile legitime și obișnuite inerente în proiectarea rețelelor, ori activitățile de operare legitime și obișnuite și practicile comerciale<sup>19</sup>.

#### **3.1. Accesarea ilegală**

*Potrivit art. 2 din Convenție,*

„Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri considerate necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, accesarea intenționată și fără drept a ansamblului ori a unei părți a unui sistem informatic. O parte poate condiționa o astfel de incriminare de comiterea încălcării respective prin violarea măsurilor de securitate, cu intenția de a obține date informatice ori cu altă intenție delictuală, sau de legătura dintre încălcarea respectivă și un sistem informatic conectat la alt sistem informatic”.

Această recomandare de incriminare reprezintă<sup>20</sup> infracțiunea de bază care include amenințările periculoase/atacurile la adresa/împotriva securității (de exemplu, confidențialitatea, integritatea și disponibilitatea) sistemelor informatice și a datelor. Nevoia de protecție reflectă interesele organizațiilor și persoanelor fizice de a gestiona, opera și controla propriile sisteme liber și netulburat. Simpla pătrundere neautorizată (adică „hacking”, „cracking” sau „pătrunderea în calculator”) ar trebui, în principiu, să fie ilegală, în sine, întrucât poate genera impedimente pentru utilizatorii legitimi ai sistemelor și datelor și poate provoca alterarea sau distrugerea acestora, cu costuri ridicate pentru reconstrucție. De asemenea, astfel de pătrundere poate conferi acces la date confidențiale (incluzând parole, informații despre sistemul de țintă) și secrete, poate conduce la utilizarea sistemului fără plată sau poate chiar încuraja hackerii să comită forme mai periculoase de infracțiuni în legătură cu utilizarea calculatorului, cum ar fi fraudă sau falsul.

Cu toate acestea, așa cum s-a subliniat în literatura de specialitate<sup>21</sup>, nu ar trebui incriminate activitățile obișnuite legate de utilizarea Internetului, activitățile inerente realizării rețelelor sau operațiunile comerciale obișnuite cum ar fi: trimiterea de mesaje electronice fără a fi solicitate de către destinatar, accesarea unei pagini web sau a unui protocol de transfer al fișierelor care a fost creată pentru accesul public, utilizarea legăturilor hipertext sau utilizarea programelor de tip “cookies” sau “bots” pentru a localiza sau a obține informații prin care anumite programe să fie filtrate sau respinse de server-ul primitor.

Sunt câteva țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 2 din Convenție; spre exemplu: Brazilia<sup>22</sup>, Cipru<sup>23</sup>, Estonia<sup>24</sup>, Franța<sup>25</sup>, Italia<sup>26</sup>, Lituania<sup>27</sup>, Mexic<sup>28</sup>, Portugalia<sup>29</sup>, Slovacia<sup>30</sup>, Ungaria<sup>31</sup>, SUA<sup>32</sup>.

Din nefericire, niciuna dintre țări nu definește conceptele de „acces”, „fără autorizație” și „măsuri de siguranță”. Această situație generează probleme grave în practică, în special cu privire la locul și timpul comiterii infracțiunii.

Sunt câteva state<sup>33</sup> din cadrul SUA care definesc termenul de „acces”. Trei dintre definițiile sunt mai comune: „a iniția, a comunica cu”; „a stoca datele în, a recepționa date de la”; „a utiliza orice resurse ale unui calculator, sistem informatic sau rețea informatică”.

Potrivit art. 2, par. 2 din Convenție, statele membre pot condiționa incriminarea de:

- „violarea măsurilor de securitate”, cum este, de exemplu, cazul Austriei<sup>34</sup> („măsuri specifice de securitate în cadrul sistemului informatic”), Ciprului<sup>35</sup> („măsuri de securitate”), Estoniei<sup>36</sup> („cod, parolă sau alte măsuri de protecție”), Germaniei<sup>37</sup> („mecanisme de securitate a accesului”), Lituaniei<sup>38</sup> („măsuri de securitate”), Mexicului<sup>39</sup> („mecanism de securitate”), Ungariei<sup>40</sup> („sistem sau echipament de protecție al calculatorului”). Cu toate acestea, nici una dintre țări, nu oferă o definiție a acestui concept.

- „intenția de a obține date informatice sau altă intenție delictuală”, cum este, spre exemplu, cazul Portugaliei<sup>41</sup> și Slovaciei<sup>42</sup>.

- „legătura dintre încălcarea respectivă și un sistem informatic conectat la alt sistem informatic”, care, până în prezent, se pare că nu a fost încă reglementată.

Multe legislații naționale conțin, în prezent, reglementări cu privire la infracțiuni de hacking sau cracking; ceea ce diferențiază aceste incriminări sunt elementele obiective și subiective, care diferă considerabil de la o țară la alta.

Astfel, unele țări ca Belgia<sup>43</sup>, Franța<sup>44</sup>, Italia<sup>45</sup>, și în conformitate cu Recomandarea Consiliului Europei nr. R (89) 9, nu incriminează doar accesul într-un sistem informatic, ci și rămânerea în aceste sisteme.

Mai multe țări au urmat o abordare mai restrânsă reclamând, suplimentar, mai multe circumstanțe calificate.

Câteva țări, ca Armenia<sup>46</sup> și Austria<sup>47</sup>, au mers chiar dincolo de reglementările Convenției atacând elemente diferite. Codul penal armean, de exemplu, în art. 251 alin. 1 incriminează chiar „neglijența care cauzează schimbarea, copierea, modificarea, izolarea informației sau stricarea echipamentelor informatice, a sistemelor informatice sau alte pagube semnificative”.

Unele țări nu fac referire la accesarea ilegală a întregului calculator sau a unei părți a acestuia, ci, în general, la resursele unui calculator, care stabilesc nivelul incriminării. Spre exemplu, Armenia<sup>48</sup> pedepsește „accesarea (penetrarea) informațiilor stocate într-un sistem informatic”, Bulgaria<sup>49</sup> pedepsește „accesul la resursele unui calculator”, Croația<sup>50</sup> pedepsește „accesul la date sau programe informatice”, Regatul Unit<sup>51</sup> pedepsește „accesul neautorizat la materialele informatice”.

Câteva dintre *dispozițiile* legislațiilor interne care au fost *armonizate* cu dispozițiile art. 2 din Convenție:

- Art. 4 din Legea cipriotă nr. 22(III)/2004 sancționează „orice persoană care intenționat și fără autoritate accesează un sistem informatic prin încălcarea măsurilor de securitate”.

- Art. 323-1 alin. 1 din Codul penal francez, pedepsește „accesarea sau menținerea, în mod fraudulos, în sau într-o parte dintr-un sistem informatic de procesare automată a datelor” iar potrivit alin. 2, pedeapsa este mai gravă dacă „accesarea determină eliminarea sau modificarea datelor conținute în sistem sau alterarea funcționării acelu sistem”.

- Art. 615-ter („Accesarea abuzivă a unui sistem informatic și de telecomunicații”) din Codul penal italian incriminează „pătrunderea abuzivă într-un sistem informatic sau de telecomunicații protejat de măsuri de siguranță”, dar și „menținerea împotriva voinței exprese sau tacite a celui care are dreptul de excludere”.

De precizat faptul că legislatorul italian a introdus ideea inedită, de „domiciliu informatic”, norma mai sus citată (art. 615-ter din Codul penal italian) făcând parte din grupa infracțiunilor contra inviolabilității domiciliului (Dei delitti contro



la inviolabilità del domicilio). În același sens pronunțându-se și Curtea Supremă de Casație italiană, Camera a Șasea Penală, care prin decizia nr. 3067 din 04 octombrie 1999, a statuat că prin dispozițiile art. 615-ter din Codul penal italian introdus prin Legea nr. 547 din 23 decembrie 1993 legislatorul a asigurat protecția „domiciliului informatic” în calitate de loc ideal (fizic, în același timp, unde sunt conținute datele informatice) care se încadrează în sfera individuală<sup>52</sup>.

### **3.2. Interceptarea ilegală**

*Potrivit art. 3 din Convenție,*

„Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri considerate necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, interceptarea intenționată și fără drept, efectuată prin mijloace tehnice, a transmisiilor de date informatice care nu sunt publice, destinate, provenite sau aflate în interiorul unui sistem informatic, inclusiv a emisiilor electromagnetice provenind de la un sistem informatic care transportă asemenea date. O parte poate condiționa o astfel de incriminare de comiterea încălcării respective cu intenție delictuală sau de legătura dintre încălcarea respectivă și un sistem informatic conectat la alt sistem informatic”.

Această recomandare de incriminare urmărește<sup>53</sup> să protejeze dreptul la confidențialitatea comunicațiilor de date. Ea reprezintă aceeași încălcare a confidențialității comunicațiilor ca tradiționala înregistrare a convorbirilor telefonice între persoane, aplicând acest principiu la toate formele de transfer electronic de date, indiferent că se realizează prin telefon, fax, e-mail sau transfer de fișiere.

Exemple de țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 3 din Convenție: Austria<sup>54</sup>, Croația<sup>55</sup>, Cipru<sup>56</sup>, Germania<sup>57</sup>, Italia<sup>58</sup>, Portugalia<sup>59</sup>, Slovacia<sup>60</sup>, Sri Lanka<sup>61</sup>.

În unele state, interceptarea ilegală nu se referă numai la transmiterea privată a datelor, ci și la toate modalitățile de comunicare.

De asemenea, multe țări folosesc o gamă variată de expresii care nu sunt în perfectă armonie cu prevederile Convenției. De exemplu, Bulgaria<sup>62</sup>, folosește expresia „mesaj” în loc de „transmitere a datelor informatice”; Portugalia<sup>63</sup> face referire la „toate tipurile de comunicare din cadrul unui sistem informatic”; SUA<sup>64</sup> iau în calcul „orice comunicare orală, prin cablu sau electronică”.

O cerință a art. 3 este ca interceptarea să fi fost făcută „fără drept” și prin „utilizarea unor mijloace tehnice”. Totuși, nu toate legislațiile țărilor care au ratificat Convenția solicită în mod explicit că interceptarea ilegală trebuie comisă utilizând instrumente tehnice (ex. utilizarea de parole sau programe); spre exemplu: Armenia<sup>65</sup>,

Croația<sup>66</sup>, Cipru<sup>67</sup>, Estonia<sup>68</sup>, Lituania<sup>69</sup>. Doar câteva din aceste legislații solicită ca infracțiunea să fie comisă cu intenție; spre exemplu Austria<sup>70</sup>. În plus, nicio legislație nu solicită ca infracțiunea să se realizeze în legătură cu un sistem informatic conectat la un altul, așa cum se menționează în art. 3, alin. 2 din Convenție.

Astfel, nu toate țările care au ratificat Convenția au implementat complet art. 3; spre exemplu art. 226-15, alin. 2 din Codul penal francez incriminează, comiterea cu rea-credință: „interceptarea, deturnarea, utilizarea sau divulgarea corespondenței emise, trimise sau primite prin telecomunicație sau instalarea dispozitivelor concepute să permită astfel de interceptări”.

Exemple de *dispoziții* ale legislațiilor interne care au fost *armonizate* cu dispozițiile art. 3 din Convenție:

- Art. 223 alin. 4 din OG. croată 105/04, incriminează pe „Oricine interceptează sau înregistrează o transmisie privată de date electronice către, între sau de la un sistem informatic, care nu îi este destinată, incluzând transmisiile electromagnetice a datelor în sistemele informatice, sau oricine care permite unei persoane neautorizate să acceseze aceste date”.

- Art. 5 alin. 1 din Legea cipriotă nr. 22(III)/2004 incriminează „orice persoană care, cu intenție și fără autoritate, interceptează transmisiile private de date informatice de la sau între calculatoare”.

- Sect. 202b („Interceptarea datelor”) din Codul penal german prevede că „oricine, fără autorizație și cu ajutorul mijloacelor tehnice, obține pentru sine sau pentru altă parte accesul la date ce nu îi sunt adresate (Secțiunea 202a, subsecțiunea (2)) de la transmisiuni private de date sau de la emisiile electromagnetice ale echipamentelor de procesare a datelor”.

- Art. 617-quarter („Interceptarea, împiedicarea sau întreruperea ilicită de comunicații informatice sau telecomunicații”), art. 617-quinquies („Instalarea de echipamente de interceptare, împiedicare sau întrerupere a comunicațiilor informatice sau telecomunicațiilor”), art. 617-sexies („Falsificarea, alterarea sau eliminarea conținutului comunicațiilor informatice sau telecomunicațiilor”) și art. 623bis („Alte comunicații și conversații”) din Codul penal italian se aplică tuturor tipurilor de comunicații, fără diferențiere între transmisiile de date private sau publice. Art. 617-quinquies din același cod sancționează și „instalarea, în afara cazurilor permise de lege, a dispozitivelor adaptate să intercepteze, împiedice sau să întrerupă comunicarea între sisteme informatice sau de telecomunicații”.

Pentru a evita incriminarea excesivă, este recomandabil ca țările să incrimineze numai interceptarea transmisiilor de date informatice care nu sunt publice (incluzând aici și emisiile electromagnetice), realizată prin intermediul unor dispozitive tehnice.

### **3.3. Afectarea integrității datelor**

*Potrivit art. 4 din Convenție,*

„1. Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri considerate necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, fapta comisă intenționat și fără drept de a distruge, șterge, deteriora, modifica sau elimina date informatice.

2. O parte va putea să își rezerve dreptul de a condiționa incriminarea comportamentului descris la paragraful 1 de producerea unor daune grave”.

Scopul<sup>71</sup> acestei propuneri de incriminare este de a furniza datelor și programelor informatice o protecție similară celor de care beneficiază obiectele corporale împotriva prejudicierii intenționate. Interesul legal protejat este integritatea și corecta funcționare sau utilizare a datelor informatice stocate sau programelor de calculator.

Partea a doua a propunerii de incriminare (art. 4, paragraful 2 Convenție) permite statelor părți să incrimineze numai conduita ce cauzează „prejudicii grave”. Fiecare stat parte având posibilitatea să definească în mod autonom măsura în care prejudiciul provocat poate fi considerat „grav”, în baza propriilor criterii ale legislației interne<sup>72</sup>.

Exemple de țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 4 din Convenție: Austria<sup>73</sup>, Croația<sup>74</sup>, Cipru<sup>75</sup>, Germania<sup>76</sup>, Italia<sup>77</sup>, Slovacia<sup>78</sup>, Sri Lanka<sup>79</sup>.

Unele state precum Bulgaria<sup>80</sup>, Estonia<sup>81</sup>, Lituania<sup>82</sup>, incriminează afectarea integrității datelor numai în cazuri semnificative, solicitând, ca respectiva conduită să aibă drept consecințe prejudicii grave.

În unele țări precum Croația<sup>83</sup>, Slovacia<sup>84</sup>, Turcia<sup>85</sup>, reglementările sunt implementate integral cu excepția elementelor „intenționat” sau „fără drept”. Suplimentar, alte state precum Armenia<sup>86</sup>, incriminează nu numai comiterea intenționată, dar și „neglijența care a cauzat consecințe grave”.

Nu toate reglementările naționale acoperă toate formele de afectare a integrității datelor informatice. Spre exemplu, art. 323-3 din Codul penal francez acoperă doar „introducerea frauduloasă de date într-un sistem automat de procesare sau suprimarea ori modificarea frauduloasă a datelor pe care acesta le conține”.

Unele state nu folosesc, în legislația internă, aceiași termeni ca cei folosiți în art. 4 din Convenție, ci numai o expresie generică precum „imixtiune în orice fel”<sup>87</sup>, „ștergere, izolare și inutilizare”<sup>88</sup>, „accesare, modificare, deteriorare”<sup>89</sup>, „acțiuni neautorizate”<sup>90</sup>, și, din aceste motive, ar putea fi îndoielnic, în anumite cazuri, dacă aceste expresii pot include toate actele de distrugere, ștergere, deteriorare, modificare sau eliminare, așa cum sunt reglementate de art. 4 din Convenție.

Alte state precum Slovacia<sup>91</sup>, Ucraina<sup>92</sup>, nu incriminează imixtiunea în datele informatice, ci asupra „informațiilor”.

Exemple de *implementare integrală* în legislația internă a dispozițiilor art. 4 din Convenție:

- Art. 233, par. 3 din OG croată nr. 105/04 incriminează pe „Oricine prejudiciază, alterează, șterge, distruge sau face în vreun alt fel inutilizabile sau inaccesibile date electronice sau programe informatice ale altcuiva”.

- Potrivit art. 6 din Legea cipriotă nr. 22(III)/2004, infracțiunea este comisă de către „Orice persoană care, în mod intenționat și fără autoritate, distruge, șterge, alterează ori suprimă (ascunde) date informatice”.

- Secț. 303a („Alterarea datelor”) din Codul penal german pedepsește pe oricine care „în mod ilegal șterge, suprimă, face inutilizabil sau alterează datele informatice (secțiunea 202a subsecțiunea (2))”.

Aproape toate statele au reglementări ce corespund parțial sau total cu prevederile art. 4 din Convenție.

O diferență majoră apare între diferitele tipuri de infracțiuni la nivel național privind descrierea actelor de imixtiune.

### **3.4. Afectarea integrității sistemului**

*Potrivit art. 5 din Convenție,*

„Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri care sunt necesare pentru a incrimina ca infracțiune, în conformitate cu dreptul intern, afectarea gravă, intenționată și fără drept a funcționării unui sistem informatic, prin introducerea, transmiterea, periclitarea, ștergerea, deteriorarea, alterarea sau suprimarea datelor informatice”.

Propunerea de incriminare vizează<sup>93</sup> o împiedicare intenționată a utilizării licite a sistemelor informatice, inclusiv a instalațiilor de telecomunicații, prin utilizarea sau influențarea datelor informatice. Interesul legal protejat este interesul operatorilor și utilizatorilor de sisteme informatice sau sisteme de telecomunicații de a le avea în bună stare de funcționare. Textul este formulat într-un mod neutru, astfel încât toate tipurile de funcții să poată fi protejate.

Sunt câteva țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 5 din Convenție; spre exemplu: Austria<sup>94</sup>, Cipru<sup>95</sup>, Franța<sup>96</sup>, Germania<sup>97</sup>, Italia<sup>98</sup>, Slovacia<sup>99</sup>, Sri Lanka<sup>100</sup>.

Unele state precum Austria<sup>101</sup>, Croația<sup>102</sup>, Portugalia<sup>103</sup> exemplifică infracțiunile utilizând expresii ca „a interfera cu un sistem” sau „a face inutilizabil”.

Alte state, cum ar fi Franța, incriminează (art. 323-2 C.pen.) simpla „împiedicare sau interferare în funcționarea unui sistem de procesare automată a datelor”; „suprimarea sau modificarea datelor” iar „accesarea sau rămânerea într-un sistem de procesare automată a datelor” este incriminată (în art. 323-1C.pen.) ca infracțiune de sine stătătoare.

Astfel, aceste reglementări sunt mai cuprinzătoare decât art. 5 din Convenție deoarece acoperă toate încercările de imixtiune și nu doar „afectarea gravă”.

Fiecare stat parte are libertatea de a determina un nivel minim al prejudiciului cauzat ce poate fi definit ca „grav” și, în funcție de nivelul prejudiciului (parțial, total, temporar), ar putea alege o sancțiune administrativă, civilă sau penală.

Incriminarea producerii unui „prejudiciu grav” este adecvată întrucât se evită supra-incriminarea. Spre exemplu, transmiterea unui mesaj de poștă electronică nesolicitat (tip „spam”) ar putea cauza un disconfort destinatarului însă ar putea să nu prejudicieze calculatorul. Situația este diferită în cazul în care transmiterea unui astfel de mesaj ar fi însoțită de un cod malițios sau când s-ar transmite un număr foarte mare de mesaje nesolicitate care ar putea cauza întreruperea unui sistem informatic și, în consecință, astfel de situații ar trebui pedepsite.

Exemple de *implementare integrală* în legislația internă a dispozițiilor art. 5 din Convenție:

- Art. 7 din Legea cipriotă 22(III)/2004 incriminează pe „Orice persoană care în mod intenționat și fără autoritate cauzează împiedicarea gravă a funcționării unui sistem informatic, prin introducerea, transmiterea, distrugerea, ștergerea, alterarea, adăugarea ori suprimarea datelor informatice”.

- Sect. 303b („Sabotarea calculatoarelor”) din Codul penal german incriminează pe „(1) Oricine interferează cu procesarea datelor care sunt deosebit de importante pentru afacerea sau întreprinderea unei alte părți sau pentru o autoritate publică prin: 1. comiterea unui act prevăzut în secțiunea 303a subsecțiunea (1); sau 2. distrugerea, deteriorarea, compromiterea, ștergerea sau alterarea sistemelor de procesare sau de transport a datelor”.

Așa cum se poate constata, foarte multe țări nu incriminează afectarea gravă a funcționării sistemelor informatice.

### **3.5. Abuzurile asupra dispozitivelor**

*Potrivit art. 6 din Convenție,*

„1. Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri necesare pentru a incrimina ca infracțiuni, conform dreptului său intern, atunci când se comit în mod intenționat și fără drept:

a) producerea, vânzarea, obținerea pentru utilizare, importarea, difuzarea sau alte forme de punere la dispoziție:

(i) a unui dispozitiv, inclusiv un program informatic, conceput special sau adaptat pentru a permite comiterea uneia dintre infracțiunile stabilite în conformitate cu art. 2-5;

(ii) a unei parole, a unui cod de acces sau a unor date informatice similare care să permită accesarea în tot sau în parte a unui sistem informatic, cu intenția ca acestea să fie utilizate în vederea comiterii uneia dintre infracțiunile vizate la art. 2-5; și

b) posesia unui element vizat la subparagrafele a) (i) sau a) (ii) sus-menționate, cu intenția de a fi utilizat în vederea comiterii uneia dintre infracțiunile vizate la art. 2-5. O parte va putea solicita, în conformitate cu dreptul intern, ca un anumit număr dintre aceste elemente să fie deținute pentru a fi atrasă răspunderea penală.

2. Prezentul articol nu va fi interpretat în sensul impunerii unei răspunderi penale atunci când producerea, vânzarea, obținerea pentru utilizare, importarea, difuzarea sau alte forme de punere la dispoziție, menționate la paragraful 1 din prezentul articol, nu au ca scop comiterea unei infracțiuni stabilite în conformitate cu art. 2-5, cum ar fi situația testării sau protecției autorizate a unui sistem informatic.

3. Fiecare parte își va putea rezerva dreptul de a nu aplica paragraful 1 al prezentului articol, cu condiția ca această rezervă să nu privească vânzarea, distribuția sau orice altă formă de punere la dispoziție a elementelor menționate la paragraful 1 subparagraful a) (ii) din prezentul articol”.

Această dispoziție propune<sup>104</sup> ca infracțiune separată și independentă, săvârșirea intenționată a actelor ilegale specifice, cu privire la anumite dispozitive sau date de acces, pentru a fi utilizate în mod abuziv în scopul comiterii infracțiunilor descrise mai sus (art. 2-5 Convenție) împotriva confidențialității, integrității și disponibilității sistemelor sau datelor informatice. Întrucât comiterea acestor infracțiuni necesită adesea posesia mijloacelor de acces („instrumente de hacker”) sau alte instrumente, există un puternic stimulent pentru dobândirea acestora în scopuri criminale care pot duce apoi la crearea unui fel de piață neagră pentru producerea și distribuirea lor. Pentru a combate astfel de pericole mai eficient, legea penală ar trebui să interzică actele specifice potențial periculoase la sursă, înainte de comiterea infracțiunilor prevăzute la articolele 2 - 5.

Această propunere de incriminare a fost una dintre cele mai controversate<sup>105</sup>. Organizațiile internaționale care militează pentru libertatea pe Internet<sup>106</sup> au insistat asupra faptului că propunerea de incriminare și conceptul folosit/folosită nu este

suficient de clar/clară pentru a garanta că nu va deveni o bază propriu-zisă pentru investigarea persoanelor angajate în activități legale și că descurajează dezvoltarea unor noi instrumente de securitate, conferind guvernului un rol impropriu de poliție a inovațiilor științifice.

Exemple de țări care au *reglementări* introduse în legislația internă în concordanță cu dispozițiile art. 6 din Convenție: Austria<sup>107</sup>, Croația<sup>108</sup>, Italia<sup>109</sup>, Sri Lanka<sup>110</sup>.

Multe dintre prevederile naționale nu acoperă toate acțiunile ilegale incriminate de art. 6 din Convenție; spre exemplu art. 323-3-1 din Codul penal francez incriminează „importul, deținerea, oferirea, cedarea sau punerea la dispoziție, fără motive legitime, a unui echipament, instrument, program informatic sau date concepute sau adaptate special pentru comiterea uneia sau mai multor infracțiuni prevăzute la articolele 323-1 la 323-3”.

Nu toate statele asigură incriminarea tuturor „uneltelor” specifice folosite de infractori; marea majoritate incriminează numai producerea sau vânzarea de programe informatice, nu și deținerea de dispozitive de acces.

Exemple de *alinieri complete* a dispozițiilor legislațiilor interne cu prevederile art. 6 din Convenție:

- Secț. 126c („Utilizarea abuzivă a programelor informatice pentru accesarea datelor”) din Codul penal austriac, prevede:

„(1) Oricine produce, importă, distribuie, vinde sau face accesibil în vreun fel

1. un program informatic sau un echipament comparabil care a fost evident creat ori adaptat datorită naturii sale particulare pentru a comite un acces ilegal la un sistem informatic (secț. 118a), o încălcare a secretului telecomunicațiilor (secț. 119), o interceptare ilegală a datelor (secț. 119a), o deteriorare a datelor (secț. 126a) sau o interferare cu funcționarea unui sistem informatic (secț. 126b), sau

2. o parolă, un cod de acces sau date similare care fac posibil accesul la un sistem informatic sau la o parte a acestuia, cu intenția de a fi utilizate pentru comiterea oricăreia din infracțiunile menționate la par. 1 ...

(2) O persoană nu va fi pedepsită conform prevederilor par. (1) dacă voluntar previne folosirea în scopurile menționate în paragraful 118a, 119, 119a, 126a sau 126b a programului informatic menționat la par. (1) sau echipamentul comparabil ori parolei, codului de acces sau datelor similare. Dacă nu există pericolul unei astfel de utilizări sau dacă a fost înlăturat fără vreo acțiune a infractorului, acesta nu va fi pedepsit în cazul când, inconștient de acest lucru, face de bună voie un efort serios pentru înlăturarea pericolului”.

- Art. 223, par. 6 din OG croată 105/04 incriminează pe: „Oricine, fără autorizație, produce, procură, vinde, deține ori pune la dispoziție altei persoane dispozitive speciale, echipamente, programe informatice sau date electronice create sau adaptate pentru săvârșirea infracțiunilor menționate în paragrafele 1, 2, 3 și 4 ale acestui articol ...”.

- Art. 615-quarter („Deținerea și difuzarea abuzivă de coduri de acces la sistemele informatice sau de telecomunicații”) alin. 1 din Codul penal italian incriminează pe „Oricine, în scopul obținerii unui profit pentru sine sau pentru altul sau producerii altuia unui prejudiciu, în mod abuziv procură, reproduce, difuzează, comunică sau livrează coduri, parole, chei sau alte mijloace pentru accesarea sistemelor informatice sau de telecomunicații, protejate prin măsuri de siguranță, sau orice fel de indicații sau instrucțiuni adecvate acestui scop”; în art. 615-quinquies incriminează pe „Oricine, în scopul deteriorării ilicite a unui sistem informatic sau de telecomunicații, a informațiilor, datelor sau programelor conținute de acestea sau care le aparțin, sau în vederea întreruperii, totale sau parțiale, sau alterării funcționării acestuia, procură, produce, reproduce, importă, difuzează, comunică, livrează sau pune la dispoziție în orice fel altor persoane, echipamente, dispozitive sau programe informatice”.

Este recomandabil ca toate țările să prevadă expres că dispozitivele trebuie să fie special create sau adaptate pentru comiterea infracțiunilor prevăzute de Convenție la art. 2-5, pentru evitarea unei supra-incriminări.

#### **4. Analiza comparativă a modului în care au fost incriminate infracțiunile informatice**

Articolele 7-10 se referă la infracțiunile obișnuite care sunt frecvent comise prin intermediul unui sistem informatic. Cele mai multe state au incriminat deja aceste infracțiuni obișnuite, iar legile lor existente pot/nu pot fi suficient de cuprinzătoare pentru a acoperi și situațiile care implică rețele de calculatoare (de exemplu, legile existente care incriminează pornografia infantilă din unele state nu pot acoperi și situațiile în care imaginile sunt în format digitale). Prin urmare, în cursul implementării acestor articole, statele trebuie să-și analizeze legile existente pentru a stabili dacă acestea se aplică la situațiile în care sistemele informatice sau rețelele sunt implicate iar în cazul în care infracțiunile existente acoperă deja un astfel de comportament, nu există nicio obligație de a modifica infracțiunile existente sau de a adopta altele noi.<sup>111</sup>

##### **4.1. Falsificarea informatică**

*Potrivit art. 7 din Convenție,*

„Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, introducerea, alterarea, ștergerea sau suprimarea intenționată și fără drept a datelor informatice, din care să rezulte date neautentice, cu intenția ca acestea să fie luate în considerare sau utilizate în scopuri legale ca și cum ar fi autentice, chiar dacă sunt sau nu sunt în mod direct lizibile și inteligibile. O parte va putea condiționa răspunderea penală de existența unei intenții frauduloase sau a unei alte intenții delictuale”.



Scopul<sup>112</sup> acestei propuneri de incriminare este de a crea o infracțiune paralelă cu falsificarea de documente tangibile pentru acoperirea lacunelor în dreptul penal legate de falsificarea tradițională, care necesită lizibilitatea unui text încorporat într-un document și care nu se aplică datelor stocate pe suport electronic. Manipularea acestor date cu valoare probatorie poate avea aceleași consecințe grave ca și actele tradiționale de fals în cazul în care o terță parte este astfel indusă în eroare. Falsificarea în legătură cu utilizarea calculatorului implică crearea sau modificarea neautorizată a datelor stocate, astfel încât acestea să dobândească o valoare probatorie diferită în cursul operațiunilor juridice care se bazează pe autenticitatea informațiilor conținute în date și face obiectul unei înșelăciuni. Interesul legal protejat constă în securitatea și fiabilitatea datelor informatice care pot avea consecințe pentru relațiile juridice.

Conceptul de falsificare informatică variază destul de frecvent în legislațiile naționale. Pot fi evidențiate două concepte diferite de falsificare informatică: primul se bazează pe autenticitatea autorului documentului, în timp ce al doilea se bazează pe veridicitatea conținutului documentului. Oricum, elementul de bază comun trebuie să fie legat de alterarea autenticității și veridicității conținutului datelor.

Sunt câteva țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 7 din Convenție; spre exemplu: Austria<sup>113</sup>, Croația<sup>114</sup>, Cipru<sup>115</sup>, Italia<sup>116</sup>, Macedonia<sup>117</sup>, Portugalia<sup>118</sup>, Slovacia<sup>119</sup>.

Multe dintre legislațiile naționale ale unor state ca Albania<sup>120</sup>, Armenia<sup>121</sup>, Bulgaria<sup>122</sup>, Estonia<sup>123</sup>, Turcia<sup>124</sup>, Ucraina<sup>125</sup> nu acoperă toate activitățile ilegale, așa cum sunt descrise în art. 7 din Convenție; totuși, majoritatea cazurilor de falsificare informatică pot intra sub incidența prevederilor tradiționale.

Unele țări incriminează nu numai modificarea sau alterarea datelor dar și a programelor. Această deosebire nu pare să fie necesară deoarece programele sunt o parte a conceptului mai larg de date, conform art. 1 lit. b din Convenție

Foarte puține țări incriminează actul comis cu o intenție calificată; spre exemplu, secț. 269 („Falsificarea datelor juridice relevante”) din Codul penal german incriminează „stocarea sau modificarea datelor juridice relevante”, în scopul „înșelării în relațiile juridice” printr-un „document contrafăcut sau falsificat”.

Modele de *dispoziții naționale aliniate* la dispozițiile art. 7 din Convenție:

- Secț. 225a „Falsificarea datelor”, din Codul penal austriac incriminează „(1) O persoană care produce date false prin introducerea, alterarea, ștergerea ori suprimarea datelor ori falsifică date autentice cu intenția de a le utiliza în scopuri juridice ca dovadă a unui drept, relație sau fapt juridic ...”.

- Art. 223a din OG croată 105/04 incriminează pe „(1) Oricine, fără autorizație, dezvoltă, instalează, alterează, șterge sau face inutilizabile date ori programe care sunt de însemnătate pentru relațiile juridice în scopul de a fi folosite ca autentice, sau oricine folosește astfel de date sau programe”

- Art. 379a „Falsificarea informatică”, din Codul penal macedonean incriminează, în par. (1), pe „Acela care fără autorizație va produce, introduce, schimba, șterge sau face inutilizabile, cu intenția de a le utiliza ca fiind reale, date ori programe informatice care sunt determinante sau potrivite pentru a servi ca dovadă a faptelor cu importanță pentru relațiile juridice ori acela care va folosi astfel de date sau programe ca reale”; în par. (2) al aceluiași articol este prevăzută o agravantă „Dacă infracțiunea stipulată la paragraful (1) este săvârșită asupra datelor sau programelor informatice care sunt folosite în activități ale autorităților statului, instituțiilor publice, întreprinderi sau alte persoane fizice sau juridice care desfășoară activități de interes public sau în relații juridice cu țări străine sau dacă se produc prejudicii grave prin utilizarea lor”.

Până acum câțiva ani, o mare parte a documentelor aveau o natură tangibilă, dar dezvoltarea noilor tehnologii a determinat, atât în sectorul public cât și în cel privat, o creștere exponențială a documentelor electronice, majoritatea legislațiilor naționale recunoscând aceeași relevanță juridică ca cea a documentelor tradiționale.

Pentru a garanta o desfășurare sigură și corectă a relațiilor economice, sociale și juridice, este recomandabil ca țările care până în prezent nu au o reglementare specifică împotriva falsificărilor informatice, să introducă infracțiuni conform celor prevăzute în art. 7 din Convenție.

De remarcat că, înainte de anul 2001, așa cum a reținut și Curtea Supremă de Casație italiană, Camera a Cincea Penală, prin decizia nr. 11930 din 25 martie 1999<sup>126</sup>, în lipsa unei reglementări speciale, instanțele italiene au extins dispozițiile de drept comun existente (care incriminau falsul) pentru a acoperi situațiile de falsificare a unor documente sau arhive electronice.

#### **4.2. Frauda informatică**

*Potrivit art. 8 din Convenție,*

„Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, fapta intenționată și fără drept de a cauza un prejudiciu patrimonial unei alte persoane:

a) prin orice introducere, alterare, ștergere sau suprimare a datelor informatice;  
b) prin orice formă care aduce atingere funcționării unui sistem informatic, cu intenția frauduloasă sau delictuală de a obține fără drept un beneficiu economic pentru el însuși sau pentru altă persoană”.

Scopul<sup>127</sup> acestei propuneri de incriminare este de a incrimina orice manipulare nejustificată în cursul prelucrării datelor cu intenția de a efectua un transfer ilegal de proprietate. Odată cu revoluția tehnologică, oportunitățile pentru

comiterea infracțiunilor economice, cum ar fi fraudă (inclusiv fraudă cu cărți de credit), s-au multiplicat. Activele reprezentate sau administrate de sistemele informatice (fonduri electronice, depozite de bani) au devenit ținta manipulărilor ca formele tradiționale de proprietate. Aceste infracțiuni constau în principal în manipulări de intrare (în cazul în care datele incorecte sunt introduse în calculator) sau prin manipulări de program și alte interferențe cu cursul de prelucrare a datelor.

Exemple de țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 8 din Convenție: Austria<sup>128</sup>, Cipru<sup>129</sup>, Germania<sup>130</sup>, Italia<sup>131</sup>, Portugalia<sup>132</sup>, SUA<sup>133</sup>.

Unele țări ca Albania, Armenia<sup>134</sup>, Bulgaria<sup>135</sup>, Croația<sup>136</sup>, Estonia<sup>137</sup>, Lituania<sup>138</sup>, Macedonia<sup>139</sup>, Ucraina<sup>140</sup>, Ungaria<sup>141</sup>, cu toate că au ratificat Convenția, nu au acoperit sau implementat adecvat dispozițiile art. 8 din Convenție. Spre exemplu, Codul penal francez nu prevede o incriminare specifică a fraudei informatice. Actele incriminate prin art. 8 din Convenție pot fi încadrate (în parte) în prevederile altor infracțiuni incriminate conform Convenției (cartea III, titlul II, cap. III „Atentatele la sistemele de procesare automată a datelor” art. 323-1 – 323-4 C.pen.) și (în parte) în prevederile altor infracțiuni de drept comun (cartea III, titlul I, cap. III, secț. 1 „Escrocheria” art. 313-1 și 313-2 C.pen.).

Nu toate țările care au introdus infracțiuni privind fraudă informatică incriminează toate formele de manipulare comise în cursul procesării datelor. În plus, unele legislații nu reclamă ca actele frauduloase să fie comise „fără drept”.

Exemple de *reglementări* din legislațiile naționale *aliniat* dispozițiilor art. 8 din Convenție:

- Secț. 148a „Abuzul fraudulos de procesare a datelor” din Codul penal austriac incriminează: „O persoană care, cu intenția de a se îmbogăți pe sine sau altă persoană în mod ilegal, cauzează un prejudiciu economic proprietății unei alte persoane prin influențarea rezultatelor procesării automatizate a datelor prin modificarea programului, introducerea, alterarea sau ștergerea datelor (secț. 126a, par. 2) ori prin alte interferențe în cursul procesării datelor”.

- Art. 10 din Legea cipriotă 22(III)/2004 incriminează „Orice persoană care intenționat și fără autoritate și cu intenția de a înșela cauzează pierderea de proprietate altei persoane prin a. orice introducere, alterare, ștergere ori suprimare a datelor informatice; b. orice interferență cu funcționarea unui sistem informatic; cu intenția de a obține fără drept un beneficiu economic pentru sine sau pentru altă persoană”.

- Prin alin. (1) din secț. 263a „Frauda informatică” a Codului penal german este pedepsită „Orice persoană care, cu intenția de a obține un beneficiu material ilegal, pentru sine sau pentru o terță persoană, prejudiciază bunurile altuia prin

influențarea rezultatelor unei operațiuni de procesare a datelor prin configurarea incorectă a unui program, utilizarea unor date incorecte sau incomplete, utilizarea neautorizată a datelor sau altă influențare neautorizată a ordinii evenimentelor”.

- Art. 640-ter „Frauda informatică” din Codul penal italian, incriminează pe „Oricine, alterează în orice mod funcționarea unui sistem informatic sau de telecomunicații sau intervine fără drept în orice mod asupra datelor, informațiilor sau programelor conținute într-un sistem informatic sau de telecomunicații și prin aceasta obține pentru sine sau altul un profit injust în dauna altuia”.

Și de această dată, de punctat faptul că, încă din anul 1999, aceiași Curte Supremă de Casație italiană, Camera a Șasea Penală, prin decizia nr. 3065 din 14 decembrie 1999<sup>142</sup>, a stabilit că este infracțiune de înșelăciune și atunci când activitatea frauduloasă nu se răsrânge asupra unei persoane, care nu este indus în eroare, ci asupra unui sistem informatic al unei persoane, prin manipularea frauduloasă a acelui sistem, infracțiunea consumându-se în momentul obținerii avantajului injust și producerii prejudiciului.

Este recomandabil, dat fiind caracterul transnațional al acestei infracțiuni (în special), dar și frecvența comiterii, ca statele să implementeze în legislațiile naționale prevederile art. 8 din Convenție, pentru a incrimina, în mod unitar, fraudă informatică.

## **5. Analiza comparativă a modului în care au fost incriminate infracțiunile referitoare la pornografia infantilă**

*Potrivit art. 9 din Convenție,*

„1. Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, următoarele comportamente, atunci când acestea sunt comise în mod intenționat și fără drept:

a) producerea de materiale pornografice având ca subiect copii, în vederea difuzării acestora prin intermediul unui sistem informatic;

b) oferirea sau punerea la dispoziție de materiale pornografice având ca subiect copii, prin intermediul unui sistem informatic;

c) difuzarea sau transmiterea de materiale pornografice având ca subiect copii, prin intermediul unui sistem informatic;

d) fapta de a-și procura sau de a procura pentru alte persoane materiale pornografice având ca subiect copii, prin intermediul unui sistem informatic;

e) posesia de materiale pornografice având ca subiect copii, într-un sistem informatic sau într-un mijloc de stocare de date informatice.

2. În sensul paragrafului 1 sus-menționat, termenul materiale pornografice având ca subiect copii desemnează orice material pornografic care reprezintă într-un mod vizual:

- a) un minor care se dedă unui comportament sexual explicit;
- b) o persoană majoră, prezentată ca o persoană minoră, care se dedă unui comportament sexual explicit;
- c) imagini realiste reprezentând un minor care se dedă unui comportament sexual explicit.

3. În sensul paragrafului 2 sus-menționat, termenul minor desemnează orice persoană în vârstă de mai puțin de 18 ani. Totuși o parte poate solicita o limită de vârstă inferioară, care trebuie să fie de cel puțin 16 ani.

4. O parte își va putea rezerva dreptul de a nu aplica, în totalitate sau parțial, paragraful 1 subparagrafele d) și e) și paragraful 2 subparagrafele b) și c)".

Propunerea de incriminare caută<sup>143</sup> să consolideze măsurile de protecție pentru copii, inclusiv protecția acestora împotriva exploatării sexuale, prin modernizarea dispozițiilor de drept penal pentru a circumscrie mai eficient utilizarea sistemelor informatice în comiterea infracțiunilor sexuale împotriva copiilor. Această dispoziție incriminează diferite aspecte ale producției, deținerea și distribuirea de materiale de pornografie infantilă electronice. Majoritatea statelor incriminează deja producția tradițională și distribuția fizică a pornografiei infantile, dar cu utilizarea tot mai mare a Internetului ca instrument principal de tranzacționare a unor astfel de materiale, s-a resimțit tot mai puternic că dispoziții specifice într-un instrument juridic internațional sunt esențiale pentru a combate această nouă formă de exploatare sexuală și punere în pericol a copiilor. Se consideră că astfel de materiale și practici on-line, cum ar fi schimbul de idei, fantezii și consiliere în rândul pedofililor, joacă un rol în sprijinirea, încurajarea sau facilitarea infracțiunilor sexuale împotriva copiilor.

În literatura de specialitate sunt, de asemenea, exprimate păreri<sup>144</sup> conform cărora nu era necesară o asemenea propunere de incriminare întrucât distribuția și posesia de materiale pornografice cu minori sunt deja infracțiuni în majoritatea țărilor iar definițiile utilizate în legătură cu pornografia infantilă sunt prea generale, deoarece incriminează posesia de imagini a căror producție nu implică copii reali.

Exemple de țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 10 din Convenție: Austria<sup>145</sup>, Cipru<sup>146</sup>, Franța<sup>147</sup>, Italia<sup>148</sup>, Spania<sup>149</sup>, SUA<sup>150</sup>.

Nu toate statele care au ratificat deja Convenția au acoperit sau implementat în mod adecvat art. 9 din Convenție.

În legislațiile unor țări ca Albania<sup>151</sup>, Armenia<sup>152</sup>, Croația<sup>153</sup>, Franța<sup>154</sup>, Lituania<sup>155</sup>, Slovacia<sup>156</sup>, Turcia<sup>157</sup> nu sunt definiți termenii „pornografie infantilă” și „minor”.

Unele state ca Estonia<sup>158</sup>, Germania<sup>159</sup>, Portugalia<sup>160</sup>, stabilesc, pentru ca o persoană să fie considerată minor, vârsta de 16 ani sau mai mică.

Cu toate că art. 9 din Convenție acoperă o listă mai largă de acte care ar trebui incriminate, și precizează în mod expres ca acestea să fie comise prin intermediul unui sistem informatic, doar câteva legislații naționale solicită în mod expres ca infracțiunea să fie comisă prin intermediul acestuia.

Modele de *dispoziții naționale aliniate* la dispozițiile art. 9 din Convenție:

- Art. 227-23 din Codul penal francez, incriminează în primele două alineate „distribuirea, fixarea, înregistrarea sau transmiterea imaginii sau reprezentării unui minor în cazul în care această imagine sau reprezentare are un caracter pornografic” dar și „oferirea, punerea la dispoziție sau distribuirea unei astfel de imagini sau reprezentări, prin orice mijloace”; în alin. 3 și 6 sunt incriminate două forme agravate „atunci când a fost folosită, pentru transmiterea imaginii sau reprezentării unui minor la un public nedeterminat, o rețea de comunicații electronice” și „atunci când sunt comise în bande organizate”. Prin alin. 5, incriminarea depășește scopul art. 9 din Convenție, sancționând chiar și „consultarea obișnuită a unui serviciu de comunicare on-line care pune la dispoziție sau deține prin orice mijloace a unei astfel de imagine sau reprezentări”.

- Sect. 184b („Răspândirea, procurarea și deținerea de materiale pornografice implicând minori”) din Codul penal german pedepsește în primele două subsecțiuni pe „(1) Oricine în legătură cu materiale pornografice (secțiunea 11, subsecțiunea (3)) ce au ca obiect abuzuri sexuale ale copiilor (secțiunile 176 și 176b) (materiale pornografice implicând minori): 1. răspândește; 2. afișează public, postează, prezintă ori fac în vreun fel accesibile; ori 3. produce, obține, furnizează, stochează, oferă, anunță, comandă sau se angajează să le importe sau să le exporte, pentru a le folosi sau face copii ale acestora în înțelesul numerelor 1 și 2 ori face posibilă o astfel de utilizare de către altcineva” și pe „(2) Oricine se angajează să obține posesia pentru altcineva a materialelor pornografice implicând copii ce reproduc un eveniment real sau adevărat”. În subsecțiunea (3) este incriminată o formă agravată „când autorul acționează pe o bază comercială sau ca membru al unei bande care le-a combinat pentru comiterea neîntreruptă a unor astfel de acte și materiale pornografic implicând copii ce reproduc un eveniment real sau adevărat”.

- Art. 600-ter („Pornografia infantilă”) din Codul penal italian pedepsește, în alin. 1 și 2, pe „Oricine realizează spectacole pornografice sau produce materiale pornografice utilizând minori de optsprezece ani sau provoacă minorii de optsprezece ani să participe la spectacole pornografice” și pe „cei care comercializează materialele pornografice”; în următoarele două alineate (alin. 3 și 4) sunt incriminate două forme atenuate „Oricine ... prin orice mijloace, chiar și prin telecomunicații, distribuie,

divulgă, difuzează sau face publice materiale pornografice ... distribuie sau difuzează știri sau informații finalizate cu ademenirea sau exploatarea sexuală de minori de optsprezece ani” și „Oricine ... oferă sau cedează altora, chiar și cu titlu gratuit, materiale pornografice”. Prin art. 600-quater („Deținerea de materiale pornografice”) din același cod, este pedepsit „Oricine ... conștient procură sau deține materiale pornografice realizate utilizând minori de optsprezece ani”. Potrivit dispozițiilor art. 600-quater.1 („Pornografia virtuală”) din același cod, dispozițiile mai sus citate (art. 600-ter și 600-quater) „se aplică chiar și atunci când materialele pornografice reprezintă imagini virtuale realizate utilizând imagini de minori de optsprezece ani sau parte din acestea”. Prin art. 600-quinquies („Inițiative turistice în scopul exploatării prostituției infantile”) din același cod, legislația italiană depășește scopul art. 9 din Convenție incriminând pe „Oricine organizează sau face propagandă pentru călătorii finalizate cu activități de prostituție în dauna minorilor”.

Este de dorit ca toate țările să adopte o definiție comună pentru termenii de „minor” și „pornografie infantilă”.

În plus, ar trebui luată în considerație și incriminarea posesiei, ofertării, punerii la dispoziție, distribuirii, transmiterii sau procurării de materiale pornografice care descriu „o persoană ce pare a fi minor angajată în activități sexuale” sau „imagini realiste reprezentând un minor angajat în activități sexuale”.

## **6. Analiza comparativă a modului în care au fost incriminate infracțiunile referitoare la atingerile aduse proprietății intelectuale și drepturilor conexe**

*Potrivit art. 10 din Convenție,*

„1. Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, atingerile aduse proprietății intelectuale, definite de legislația acestei părți, în conformitate cu obligațiile pe care le-a subscris în aplicarea Actului de la Paris din 24 iulie 1971 care revizuieste Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice, a Acordului privind aspectele comerciale ale drepturilor de proprietate intelectuală și a Tratatului OMPI privind proprietatea intelectuală, cu excepția oricărui drept moral conferit de aceste convenții, atunci când astfel de acte sunt comise deliberat, la scară comercială și prin intermediul unui sistem informatic.

2. Fiecare parte va adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, potrivit dreptului său intern, atingerile aduse drepturilor conexe definite de legislația acestei părți în conformitate cu obligațiile pe care le-a subscris în aplicarea Convenției internaționale pentru protecția artiștilor interpreți sau executanți, a producătorilor de fonograme și a

organismelor de radiodifuziune (Convenția de la Roma), a Acordului privind aspecte comerciale ale drepturilor de proprietate intelectuală și a Tratatului OMPI privind interpretările și fonogramele, cu excepția oricărui drept moral conferit de aceste convenții, atunci când astfel de acte sunt comise deliberat, la scară comercială și prin intermediul unui sistem informatic.

3. O parte va putea, în circumstanțe bine delimitate, să își rezerve dreptul de a nu impune răspunderea penală în baza paragrafelor 1 și 2 ale prezentului articol, cu condiția ca alte recursuri eficiente să fie disponibile și cu condiția ca o astfel de rezervă să nu aducă atingere obligațiilor internaționale care incumbă acestei părți în aplicarea instrumentelor internaționale menționate la paragrafele 1 și 2 ale prezentului articol”.

Încălțări ale drepturilor de proprietate intelectuală, în special a dreptului de autor, sunt printre cele mai frecvente infracțiuni comise pe Internet, care produc îngrijorare atât pentru titularii drepturilor de autor și celor care lucrează cu rețele de calculatoare. Reproducerea și difuzarea pe internet a operelor protejate (literare, fotografice, muzicale, audio-vizuale, etc.), fără acordul deținătorului drepturilor de autor, sunt extrem de frecvente. Ușurința cu care pot fi făcute copii neautorizate datorită tehnologiei digitale și amploarea reproducerii și difuzării în cadrul rețelelor a făcut necesară includerea unor dispoziții în dreptul penal și consolidarea cooperării internaționale în acest domeniu<sup>161</sup>.

Cu toate acestea se susține<sup>162</sup> în literatura de specialitate că acest articol (art. 10 din Convenție) nu-și are locul aici, întrucât protecția proprietății intelectuale este o problemă complicată care atinge ambele probleme, libera exprimare și viața privată, și în care legea este încă în curs de dezvoltare; în plus, există alte foruri internaționale, în care aceste aspecte sunt abordate într-un mod mai corespunzător.

Exemple de țări care au introdus în legislația internă *reglementări în concordanță* cu dispozițiile art. 10 din Convenție: Albania<sup>163</sup>, Armenia<sup>164</sup>, Cipru<sup>165</sup>, Franța<sup>166</sup>, Germania<sup>167</sup>, Italia<sup>168</sup>, SUA<sup>169</sup>.

Reglementările interne pentru protecția drepturilor de autor și a drepturilor conexe nu fac trimitere la sistemul informatic, ca mijloc de comitere a infracțiunilor. Doar câteva țări, ca Armenia<sup>170</sup>, Cipru<sup>171</sup>, prevăd în legislația internă, în mod expres, ca aceste infracțiuni să fie comise prin intermediul unui sistem informatic. Cu toate acestea, folosirea unor expresii generale ca „în vreun fel” sau „în orice alt mod”, în legislația internă a unor țări ca, Bulgaria<sup>172</sup>, Croația<sup>173</sup>, Turcia<sup>174</sup>, Ungaria<sup>175</sup>, ar putea extinde aplicabilitatea prevederilor și acoperi (astfel) dispozițiile art. 10 din Convenție.

Însă, nici o țară nu pare să condiționeze conduita, ca acestea să fie comise la scară comercială. Doar Germania, spre exemplu, prevede în art. 108a („Exploatarea neautorizată la scară comercială”) din Legea cu privire la drepturile de autor și drepturile conexe, ca o variantă agravantă, situația „când persoana comite actele



la care se referă secțiunile 106-108 la scară comercială”. Alte țări, ca Cipru<sup>176</sup>, Estonia<sup>177</sup>, Lituania<sup>178</sup>, condiționează incriminarea de comiterea acestor acte „în scopuri comerciale”.

Exemple de *dispoziții* ale legislațiilor naționale *în concordanță* cu prevederile art. 10 din Convenție:

- Sect. 106 („Exploatarea neautorizată a lucrărilor protejate”) din Legea germană cu privire la drepturile de autor și drepturile conexe, incriminează pe „(1) Oricine reproduce, distribuie ori comunică public o lucrare sau o adaptare ori transformare a lucrării, într-o altă manieră decât cea permisă de lege și fără permisiunea deținătorului drepturilor” iar sect. 108 („Încălcarea drepturilor conexe”) din aceeași lege, incriminează pe „(1) Oricine, într-o altă manieră permisă de lege și fără permisiunea deținătorului drepturilor:

1. reproduce, distribuie ori comunică public o ediție științifică (secțiunea 70) sau o adaptare ori transformare a unei astfel de ediții
2. exploatează o operă postumă sau o adaptare ori transformare a unei astfel de opere contrar secțiunii 71
3. reproduce, distribuie ori comunică public o fotografie sau o adaptare ori transformare a fotografiei ...
5. exploatează o înregistrare audio contrar secțiunii 85
6. exploatează o difuzare contrar secțiunii 87
7. exploatează un film ori o înregistrare video și audio contrar secțiunii 94 sau secțiunii 95 coroborată cu secțiunea 94
8. folosește o bază de date contrar secțiunii 87b (1)”.

Sect 108b („Interferența neautorizată cu măsurile tehnice de protecție și informații necesare managementului drepturilor”) din aceeași lege incriminează pe (1) Orice persoană care,

1. cu intenția de a permite accesul la ori utiliza o operă protejată de această lege sau alte materii protejate de această lege, eludează o măsură tehnică efectivă fără permisiunea deținătorului drepturilor sau

2. cu bună știință fără autorizație

- a) elimină sau modifică informațiile de management a drepturilor provenite de la titularii de drepturilor, dacă oricare din aceste informații este aplicată reproducerii unei opere ori altei materii protejate sau este publicată în legătură cu o comunicare publică a unei astfel de opere sau materii protejate, sau

- b) diseminează, pregătește diseminarea, transmite, comunică public sau face disponibil publicului o operă sau altă materie protejată când informațiile de management a drepturilor au fost eliminate sau modificate fără autorizație și astfel cel puțin prin imprudență induce, permite, facilitează ori ascunde încălcarea drepturilor de autor

sau drepturilor conexe, dacă infracțiunea nu a fost comisă pentru uzul privat exclusiv al făptuitorului ori persoanei asociată personal cu făptuitorul sau nu este legată de o astfel de utilizare

(2) ... orice persoană care, încălcând secțiunea 95a subsecțiunea (3), produce, importă, diseminează, vinde ori închiriază un echipament, produs ori component în scopuri comerciale

(3) Când o persoană comite actele la care se referă subsecțiunea (1) la scară comercială”

- Art. 12, alin. 1 din Legea cipriotă 22(III)/2004, incriminează „Orice persoană care înfăptuiește intenționat în scopuri comerciale orice act prin intermediul unui sistem informatic care potrivit Legii privind proprietatea intelectuală și drepturile conexe din 1976 încalcă dreptul de proprietate intelectuală sau drepturile conexe”.

- Art. 171-bis din Legea italiană nr. 633/1941 pedepsește pe „1. Oricine în mod abuziv multiplică, pentru profit, programe sau în același scop importă, distribuie, vinde, deține în scop comercial sau de afaceri ori leasing programe conținute pe suporturi nemarcate de Societatea italiană a autorilor și editorilor (SIAE) ... prin orice mijloace urmărește doar permiterea sau facilitarea eliminării arbitrare sau eludarea funcționării dispozitivelor pentru protejarea unui program ... 2. Oricine, pentru profit, pe suporturi care nu sunt marcate de SIAE reproduce, transferă pe un alt suport, distribuie, comunică, prezintă sau expune în public conținutul unei baze de date încălcând dispozițiile articolelor 64-quinquies și 64-sexies, sau efectuează extragerea ori reutilizarea bazei de date încălcând dispozițiile articolelor 102-bis și 102-ter, sau distribuie, vinde sau închiriază o bancă de date”. Art. 171-ter din aceeași lege incriminează

„1. ... atunci când fapta este comisă pentru uzul nepersonal ... în scop lucrativ:

a) în mod abuziv multiplică, reproduce, transmite ori distribuie în public prin orice mijloc, în tot sau în parte, o operă intelectuală destinată televiziunii, cinematografilei, vânzării ori închirierii, discuri, casete ori suporturi analoge sau orice alte suporturi care conțin înregistrări audio sau video a operelor muzicale, cinematografice ori audiovizuale asimilate sau secvențe de imagini în mișcare

b) în mod abuziv reproduce transmite sau difuzează în public, prin orice mijloc, opere ori părți din opere literare, dramatice, științifice ori didactice, muzicale ori dramatico-muzicale, sau multimedia, chiar dacă sunt incluse în opere colective ori compuse sau în bănci de date

c) ... introduce pe teritoriul țării, deține pentru vânzare ori distribuie, sau distribuie, pune în vânzare, închiriază sau dispune în orice alt mod cu orice titlu, proiectează în public, transmite prin intermediul televiziunii prin orice mijloc, difuzează audio în public multiplicările ori reproducerile abuzive menționate la literele a) și b)

d) deține pentru vânzare sau distribuire, pune în vânzare, vinde, închiriază sau dispune cu orice titlu, proiectează în public, transmite prin intermediul radioului sau televiziunii prin orice mijloc, casete video, casete audio, orice suport care conține înregistrări audio ori video ale operelor muzicale, cinematografice ori audiovizuale sau secvențe de imagini în mișcare, sau alte suporturi pentru care este prevăzută, în sensul prezentei legi, aplicarea marcajului Societății italiene a autorilor și editorilor (SIAE), lipsite de același marcaj ori cu marcaje falsificate sau modificate

e) în lipsa unui acord cu distribuitorul legitim, retransmite sau difuzează prin orice mijloace un serviciu criptat recepționat prin intermediul aparatelor sau părților din aparatele pentru decodarea transmisiunilor cu acces condiționat

f) introduce pe teritoriul țării, deține pentru vânzare ori distribuire, distribuie, vinde, închiriază sau dispune cu orice titlu, promovează, instalează dispozitive ori elemente de decodificare speciale care să permită accesul la un serviciu criptat fără plata taxei datorate

f-bis) produce, importă, distribuie, vinde, închiriază, dispune cu orice titlu, promovează pentru vânzare ori închiriere, sau deține în scopuri comerciale, echipamente, produse ori componente sau prestează servicii ... eludarea măsurilor tehnologice eficiente prevăzute la art. 102-quarter sau sunt proiectate, produse, adaptate ori realizate în scopul de a permite și facilita eludarea unor astfel de măsuri ...

h) în mod abuziv elimină sau modifică informațiile electronice prevăzute la articolul 102-quinquies, sau distribuie, importă pentru distribuire, difuzează prin radio ori televiziune, comunică sau pune la dispoziția publicului opere ori alte materiale protejate de la care au fost eliminate sau modificate aceleași informații electronice

2. ... oricine

a) reproduce, multiplică, transmite ori difuzează abuziv, vinde sau introduce în alt mod în comerț, dispune cu orice titlu ori importă abuziv peste cincizeci de copii sau exemplare de opere protejate de drepturi de autor sau alte drepturi conexe

a-bis) prin încălcarea art. 16, în scop lucrativ, comunică publicului printr-un sistem de rețele telematice, prin intermediul conexiunilor de orice fel, o operă protejată de dreptul de autor, sau o parte din aceasta

b) exercită sub formă de afacere a reproducerii, distribuirii, vânzării ori comercializării, importării operelor protejate de drepturi de autor sau de drepturi conexe ...

c) promovează sau organizează activitățile ilicite menționate la alineatul 1”.

Este de dorit incriminarea penală a încălcării drepturilor de autor prin intermediul sistemelor informatice în maniera propusă de art. 10 din Convenție deoarece s-ar putea evita incriminarea reproducerii fișierelor făcută de utilizatorii

privați de Internet. În aceste cazuri ar putea fi aplicate sancțiuni mai ușoare – cum ar fi sancțiunile civile sau administrative – sau ar putea fi implementate remedii eficiente – cum ar fi mecanisme tehnice noi – în scopul prevenirii copierii și difuzării ilegale a acestor reproduceri.

## 7. Concluzii

Armonizarea dispozițiilor privind infracțiunile din sfera criminalității informatice, pe de o parte, oferă autorităților naționale de aplicare a legii, puterea și instrumentele necesare pentru investigarea și urmărirea penală a acestor infracțiuni, și, pe de altă parte, permite organizarea unui sistem internațional de cooperare rapid și eficient.

Așa cum se poate observa din analiza prezentată, unele dintre reglementările naționale sunt în concordanță cu dispozițiile Convenției, în timp ce altele sunt încă departe de acest deziderat.

Această stare de fapt pune sub semnul întrebării însuși procesul de armonizare a legislației penale deoarece doar aderarea la/ratificarea și implementarea Convenției, de un număr cât mai mare de țări, ar permite o armonizare globală efectivă (nu la nivel declarativ) a legislației cu privire la infracțiunile din sfera criminalității informatice.

Această armonizare ar fi utilă nu numai pentru autoritățile de aplicare a legii, ci și pentru sectorul public și privat.

---

\* **Gheorghe-Iulian IONIȚĂ**, Lector, Universitatea Româno-Americană, Avocat, Baroul București; [ionita.gheorghe.iulian@profesor.rau.ro](mailto:ionita.gheorghe.iulian@profesor.rau.ro)

<sup>1</sup> Council of Europe, *Convention on Cybercrime* (CETS no: 185), disponibilă la: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm> (ultima dată accesat la 24.08.2010)

<sup>2</sup> A se vedea și Galdieri, P., *Crimini informatici: un passo avanti con la ratifica della Convenzione*, disponibil la: [http://www.interlex.it/regole/galdieri2.htm#\\*](http://www.interlex.it/regole/galdieri2.htm#*) (ultima dată accesat la 28.08.2010)

<sup>3</sup> A se vedea și Akdeniz, Y., *Cyber-Rights & Cyber-Liberties, An Advocacy Handbook for the Non Governmental Organisations: The Council of Europe's Cyber-Crime Convention 2001 and the additional protocol on the criminalisation of acts of a racist or xenophobic nature committed through computer systems* (updated and revised in May 2008), p. 7-9 disponibil la: [www.cyber-rights.org/cybercrime/coe\\_handbook\\_crcl.pdf](http://www.cyber-rights.org/cybercrime/coe_handbook_crcl.pdf) (ultima dată accesat la 30.08.2010)

<sup>4</sup> Ioniță, G.I., 2009, *Criminalitatea informatică*, teză de doctorat (nepublicată), București, Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”.

<sup>5</sup> Aceste profiluri legislative au fost elaborate în cadrul de lucru al Proiectului Consiliului Europei asupra criminalității informatice, având în vedere schimbul de informații cu privire la legislația criminalității informatice și evaluarea stadiului actual de implementare a Convenției privind criminalitatea infor-

- matică în legislația națională; sunt disponibile la: [http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/CountryProfiles/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/CountryProfiles/default_en.asp) (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>6</sup> A se vedea și Hopkins. S., *Cybercrime Convention A Positive Beginning to a Long Road Ahead*, disponibil la: <http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/jhlt/publications/V2N1/SHOPKINSV2N1N.pdf> (ultima dată accesat la 30.08.2010)
- <sup>7</sup> Sect. 74 par. 1-2 Cod penal austriac (Strafgesetzbuch) disponibil la: [http://www.i4j.at/gesetze/bg\\_stgb2008.htm#§\\_145](http://www.i4j.at/gesetze/bg_stgb2008.htm#§_145). (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>8</sup> Art. 93 pct. 21-23 Cod penal bulgar (Наказателен Кодекс) disponibil la: [http://www.mvr.bg/NR/rdonlyres/74A62C79-FBBE-4619-9854-7897B24638D2/0/NK\\_BG.pdf](http://www.mvr.bg/NR/rdonlyres/74A62C79-FBBE-4619-9854-7897B24638D2/0/NK_BG.pdf) (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>9</sup> Art. 2 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004 (Ο περί της Σύμβασης κατά του Εγκλήματος μέσω του Διαδικτύου (Κυρωτικός) Νόμος του 2004 (22(III)/2004)) disponibil la: <http://www.police.gov.cy/police/police.nsf/All/F68C2910055AE565C22574C9002FA68B?OpenDocument> (ultima dată accesat la 29.08.2010)
- <sup>10</sup> Art. 38 Legea sri lankeză nr. 24/2007 (Computer Crime Act) disponibil la: <http://www.documents.gov.lk/Acts/2007/Computer%20Crime%20-%20Act%2024/Act%20No.%2024E.pdf> (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>11</sup> Sect. 4 pct.1 lit. b-e și n și sect. 2 lit. h DL italian 196/2003 (Dlgs. 196/2003 Codice della Privacy) disponibil la: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=6355> (ultima dată accesat la 28.08.2010)
- <sup>12</sup> Sect. 90(1) Legea cehă nr. 127/2005 (Electronic Communications Act) disponibil la: [http://www.rrtv.cz/en/static/laws/Electronic\\_Communications\\_Act.pdf](http://www.rrtv.cz/en/static/laws/Electronic_Communications_Act.pdf) (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>13</sup> Sect. 202a(2) Cod penal german (Strafgesetzbuch) disponibil la: <http://bundesrecht.juris.de/stgb/index.html> (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>14</sup> Sect. 74 par. 1 pct. 8 și par. 2 Cod penal austriac
- <sup>15</sup> Art. 93 pct. 21-23 Cod penal bulgar
- <sup>16</sup> Art. 2 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>17</sup> Art. 2 Legea portugheză nr. 109/1991 (Lei nº 109/91 - Sobre a criminalidade informática) disponibilă la: [http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei\\_10991.htm](http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_10991.htm)
- <sup>18</sup> Titlul 18 partea I cap. 47 § 1030(e) Cod penal federal american (US Code) disponibil la: <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/> (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>19</sup> Council of Europe, Convention on Cybercrime (ETS No. 185) *Explanatory Report*, pct. 33, disponibil la: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm> (ultima dată accesat la 29.08.2010)
- <sup>20</sup> Idem, pct. 44
- <sup>21</sup> A se vedea și Baron, R., *A Critique of the International Cybercrime Treaty*, 2002, CommLaw Conspectus: Journal of Communication Law and Policy, vol. 10, p. 268
- <sup>22</sup> Art. 154A-B Cod penal brazilian (Código Penal) disponibil la: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>23</sup> Art. 4 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>24</sup> Art. 217 Cod penal eston (Penal Code) disponibil la: <http://www.legaltext.ee/text/en/X30068K8.htm> (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>25</sup> Art. 323-1 Cod penal francez (Code pénal) disponibil la: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>
- <sup>26</sup> Art. 615-ter Cod penal italian (Codice penale) disponibil la: <http://www.altalex.com/index.php?tag=Y&q=codice+penale> (ultima dată accesat la 24.08.2010)

- <sup>27</sup> Art. 198 și 198-1 Cod penal lituanian (Kriminällikums) disponibil la: [http://www.ttc.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/The\\_Criminal\\_Law.doc](http://www.ttc.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/The_Criminal_Law.doc)
- <sup>28</sup> Art. 211bis 1-2 și 4 Cod penal federal mexican (Código Penal para el Distrito Federal) disponibil la: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Distrito%20Federal/wo29085.pdf> (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>29</sup> Art. 7 Legea portugheză nr. 109/1991
- <sup>30</sup> Art. 247 (1) Cod penal slovac (Trestný Zákon) disponibil la: [http://www.minv.sk/swift\\_data/source/policia/finpol/300\\_2005.pdf](http://www.minv.sk/swift_data/source/policia/finpol/300_2005.pdf) (ultima dată accesat la 24.08.2010)
- <sup>31</sup> Art. 300/C (1) Cod penal ungar (a Büntető Törvénykönyvről) disponibil la: [http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid=97800004.TV](http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=97800004.TV) (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>32</sup> Titlul 18, partea I, cap. 47, § 1030(a)(1)-(5) Cod penal federal american
- <sup>33</sup> Alabama, Arkansas, Connecticut, Delaware, Iowa, Kansas, New Hampshire
- <sup>34</sup> Sect. 118a Cod penal austriac
- <sup>35</sup> Art. 4 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>36</sup> Art. 217 Cod penal eston
- <sup>37</sup> Sect. 202a Cod penal german
- <sup>38</sup> Art. 198(1) Cod penal lituanian
- <sup>39</sup> Art. 211 bis1 Cod penal federal mexican
- <sup>40</sup> Art. 300/C(1) Cod penal ungar
- <sup>41</sup> Art. 7 Legea portugheză nr. 109/91
- <sup>42</sup> Art. 247(1) Cod penal slovac
- <sup>43</sup> Art. 550-bis §1 Cod penal belgian (Code penal) disponibil la: <http://www.ejustice.just.fgov.be/wet/wet.htm> (ultima dată accesat la 25.08.2010)
- <sup>44</sup> Art. 323-1 Cod penal francez
- <sup>45</sup> Art. 615-ter Cod penal italian
- <sup>46</sup> Art. 251 Cod penal armean (Criminal Code of the Republic of Armenia) disponibil la: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=eng> (ultima dată accesat la 25.08.2010)
- <sup>47</sup> Sect. 118a Cod penal austriac
- <sup>48</sup> Art. 251 Cod penal armean
- <sup>49</sup> Art. 319a Cod penal bulgar
- <sup>50</sup> Art. 223(1) OG croată 105/04
- <sup>51</sup> Art. 1 Legea abuzului asupra calculatorului (Computer Misuse Act 1990 c.18) disponibil la: [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga\\_19900018\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900018_en_1.htm) (ultima dată accesat la 25.08.2010)
- <sup>52</sup> A se vedea și Sarzana C., *Aperçu des stratégies normatives italiennes de droit matériel au sujet de la lutte a la cybercriminalité et des applications jurisprudentielles correspondantes. Comparasion avec les dispositions contenues dans la Convention de Budapest*, Octopus Interface Conference, Strasbourg 11-12 June 2007, p. 2-3, disponibil la: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20activity%20interface2007/567%20if-pres%20sarzana.pdf> (ultima dată accesat la 31.08.2010)
- <sup>53</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, op. cit., pct. 51
- <sup>54</sup> Sect. 119 și 119a Cod penal austriac

- <sup>55</sup> Art. 223 par. 4 OG croată 105/04
- <sup>56</sup> Art. 5 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>57</sup> Sect. 202b Cod penal german
- <sup>58</sup> Art. 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 623-bis Cod penal italian
- <sup>59</sup> Art. 8 Legea portugheză nr. 109/1991
- <sup>60</sup> Art. 247(2) Cod penal slovac
- <sup>61</sup> Art. 8 Legea sri lankeză nr. 24/2007
- <sup>62</sup> Art. 171(1) Cod penal bulgar
- <sup>63</sup> Art. 8 Legea portugheză nr. 109/1991
- <sup>64</sup> Titlul 18, partea I, cap. 119, § 2511 Cod penal federal american
- <sup>65</sup> Art. 254(1) Cod penal armean
- <sup>66</sup> Art. 223(4) OG croată 105/04
- <sup>67</sup> Art. 5 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>68</sup> Art. 137 Cod penal eston
- <sup>69</sup> Art. 198 Cod penal lituanian
- <sup>70</sup> Sect. 119a Cod penal austriac
- <sup>71</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, op. cit., pct. 60
- <sup>72</sup> Idem, pct. 64
- <sup>73</sup> Sect. 126a Cod penal austriac
- <sup>74</sup> Art. 223 par. 3 OG croată 105/04
- <sup>75</sup> Art. 6 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>76</sup> Sect. 303 a Cod penal german
- <sup>77</sup> Art. 635-bis și 635-ter Cod penal italian
- <sup>78</sup> Art. 247(1)b Cod penal slovac
- <sup>79</sup> Art. 5(a) Legea sri lankeză nr. 24/2007
- <sup>80</sup> Art. 319b Cod penal bulgar
- <sup>81</sup> Art. 206 Cod penal eston
- <sup>82</sup> Art. 196 Cod penal lituanian
- <sup>83</sup> Art. 223(3), OG croată 105/04
- <sup>84</sup> Art. 247(1)b Cod penal slovac
- <sup>85</sup> Art. 244(2) Cod penal turc (Türk Ceza Kanunu) disponibil la: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html> (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>86</sup> Art. 253 Cod penal armean
- <sup>87</sup> Art. 192/b Cod penal albanez (Kodi Penal I Republikës Së Shqipërisë) disponibil la: [http://www.mpcs.gov.al/dpsbh/images/stories/files/kodet/3.3.5. Kodi\\_Penal.pdf](http://www.mpcs.gov.al/dpsbh/images/stories/files/kodet/3.3.5. Kodi_Penal.pdf) (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>88</sup> Art. 253 Cod penal armean
- <sup>89</sup> Art. 477.1 și art. 477.2 Cod penal australian
- <sup>90</sup> Art. 362 alin.1. Cod penal ucrainean
- <sup>91</sup> Art. 247(1) b Cod penal slovac

- <sup>92</sup> Art. 362(1) Cod penal ucrainean (Кримінальний Кодекс України) disponibil la: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2341-14> (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>93</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, op. cit., pct. 65
- <sup>94</sup> Sect. 126b Cod penal austriac
- <sup>95</sup> Art. 7 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>96</sup> Art. 323-2 Cod penal francez
- <sup>97</sup> Sect. 303b Cod penal german
- <sup>98</sup> Art. 635-quater și 635-quinquies Cod penal italian
- <sup>99</sup> Art. 247(1) Cod penal slovac
- <sup>100</sup> Art. 5a Legea sri lankeză nr. 24/2007
- <sup>101</sup> Sect. 126b Cod penal austriac
- <sup>102</sup> Art. 223(3) OG croată 105/04
- <sup>103</sup> Art. 5 și 6 Legea portugheză nr. 109/91
- <sup>104</sup> Explanatory Report, op. cit., pct. 71
- <sup>105</sup> A se vedea și Baron, R., *op. cit.*, p. 269
- <sup>106</sup> A se vedea și Global Internet Liberty Campaign, *Global Internet Liberty Campaign Member Letter on Council of Europe Convention on Cyber-Crime*, disponibil la: <http://gilc.org/privacy/coe-letter-1000.html> (ultima dată accesat la 30.08.2010)
- <sup>107</sup> Sect. 126c Cod penal austriac
- <sup>108</sup> Art. 223 alin. 6-7 OG croată 105/04
- <sup>109</sup> Art. 615-quater și 615-quinquies Cod penal italian
- <sup>110</sup> Art. 9 Legea sri lankeză nr. 24/2007
- <sup>111</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, op. cit., pct. 79
- <sup>112</sup> Idem, pct. 81
- <sup>113</sup> Sect. 225a Cod penal austriac
- <sup>114</sup> Art. 223a OG croată 105/04
- <sup>115</sup> Art. 9 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>116</sup> Art. 491-bis Cod penal italian
- <sup>117</sup> Art. 379-a Cod penal macedonean (Кривичниот законик) disponibil la: <http://www.mlrc.org.mk/zakoni/Z1996033.htm> (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>118</sup> Art. 4 Legea portugheză nr. 109/91
- <sup>119</sup> Art. 247(1)d Cod penal slovac
- <sup>120</sup> Art. 186-189 Cod penal albanez
- <sup>121</sup> Art. 252 Cod penal armean
- <sup>122</sup> Art. 319b și 319c Cod penal bulgar
- <sup>123</sup> Art. 344 Cod penal eston
- <sup>124</sup> Art. 244 par. 2 Cod penal turc
- <sup>125</sup> Art. 362(1) Cod penal ucrainean
- <sup>126</sup> A se vedea și Sarzana C., *op. cit.*, p. 10



- <sup>127</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, *op. cit.*, pct. 86
- <sup>128</sup> Sect. 148a Cod penal austriac
- <sup>129</sup> Art. 10 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>130</sup> Sect. 263a Cod penal german
- <sup>131</sup> Art. 640-ter Cod penal italian
- <sup>132</sup> Art. 221 Cod penal portughez (Código Penal) disponibil la: [http://www.aacs.pt/legislacao/codigo\\_penal.htm](http://www.aacs.pt/legislacao/codigo_penal.htm) (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>133</sup> Titlul 18 partea I cap. 47 § 1030(a)(4) și § 1343 Cod penal federal american
- <sup>134</sup> Art. 252 Cod penal armean
- <sup>135</sup> Art. 212a și 319b(2) Cod penal bulgar
- <sup>136</sup> Art. 224a Cod penal croat
- <sup>137</sup> Art. 213 Cod penal eston
- <sup>138</sup> Art. 182, 196 și 197 Cod penal lituanian
- <sup>139</sup> Art. 251(4-5) Cod penal macedonean
- <sup>140</sup> Art. 190(3) Cod penal ucrainean
- <sup>141</sup> Art. 300/C și 300/E Cod penal ungar
- <sup>142</sup> A se vedea și Sarzana C., *op. cit.*, p. 12
- <sup>143</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, *op. cit.*, pct. 91 și 93
- <sup>144</sup> A se vedea Taylor, G., *The Council of Europe Cybercrime Convention A civil liberties perspective*, disponibil la: [http://www.crime-research.org/library/CoE\\_Cybercrime.html](http://www.crime-research.org/library/CoE_Cybercrime.html) (ultima dată accesat la 28.08.2010)
- <sup>145</sup> Sect. 207a Cod penal austriac
- <sup>146</sup> Art. 12(1) Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>147</sup> Art. 227-23 Cod penal francez
- <sup>148</sup> Art. 600-ter, 600-quater, 600-quinquies Cod penal italian
- <sup>149</sup> Art. 189 Cod penal spaniol (Código Penal) disponibil la: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html) (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>150</sup> Titlul 18, partea I, cap. 110, § 2252 Cod penal federal american
- <sup>151</sup> Art. 117 Cod penal albanez
- <sup>152</sup> Art. 263 Cod penal armean
- <sup>153</sup> Art. 197 OG croată 105/04
- <sup>154</sup> Art. 227-23 și 227-24 Cod penal francez
- <sup>155</sup> Art. 162 și 309 Cod penal lituanian
- <sup>156</sup> Sect. 368-370 Cod penal slovac
- <sup>157</sup> Art. 226 Cod penal turc
- <sup>158</sup> Art. 177 Cod penal eston
- <sup>159</sup> Sect. 184b Cod penal german
- <sup>160</sup> Art. 172 Cod penal portughez
- <sup>161</sup> Council of Europe, *Explanatory Report*, *op. cit.*, pct. 107
- <sup>162</sup> A se vedea Taylor, G., *op. cit.*

- <sup>163</sup> Art. 148-149 Cod penal albanez art. 13 și 75-83 Legea albaneză cu privire la drepturile de autor și drepturile conexe (Ligj nr. 9380, dată 28.04.2005 për të drejtën e autorit dhe të drejtat e tjera, të lidhura me të) disponibil la: <http://www.zshda.gov.al/kuadrilgijor/ligji.doc> (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>164</sup> Art. 158 Cod penal armean
- <sup>165</sup> Art. 12 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>166</sup> Art. L112-1 și L112-1 Cod proprietate intelectuală francez (Code de la propriété intellectuelle) disponibil la: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414> (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>167</sup> Secț. 106 Legea germană cu privire la drepturile de autor și drepturile conexe (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte) disponibil la: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/index.html> (ultima dată accesat la 26.08.2010)
- <sup>168</sup> Art. 171-bis, 171-ter, 171-octies, 174-ter Legea nr. 633/1941 (Legge 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio) disponibil la: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=12&idnot=34610> (ultima dată accesat la 28.08.2010)
- <sup>169</sup> Titlul 17, cap. 5, § 506 și titlul 18, partea I, cap. 47, § 2319 Cod penal federal american
- <sup>170</sup> Art. 158 Cod penal armean
- <sup>171</sup> Art. 12 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>172</sup> Art. 172a Cod penal bulgar
- <sup>173</sup> Art. 230 OG croată 110/97
- <sup>174</sup> Art. 72-73 Legea nr. 5846/1951 (Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu) disponibil la: <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.5846&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=> (ultima dată accesat la 28.08.2010)
- <sup>175</sup> Art. 329/A și 329/C Cod penal ungar
- <sup>176</sup> Art. 12 Legea cipriotă nr. 22(III)/2004
- <sup>177</sup> Art. 223 și 225 Cod penal eston
- <sup>178</sup> Art. 192 Cod penal lituanian

**ADMISIBILITATEA ACȚIUNILOR ÎN CONTENCIOS ADMINISTRATIV AVÂND  
CA OBIECT ACORDAREA DREPTURILOR SALARIALE SUPLIMENTARE  
ACORDATE FUNCȚIONARILOR PUBLICI ȘI PERSONALULUI CONTRACTUAL  
DIN INSTITUȚIILE PUBLICE BUGETARE ÎN BAZA CONTRACTULUI  
COLECTIV DE MUNCĂ**

**Eugenia IOVĂNAȘ\***

**Abstract:** *The admissibility of the actions in executor litigation having as cause the payment of additional wages to clerks and to the contractual personnel from public institutions stipulated by the collective labor agreement. The intimation made at the Court of Accounts regarding the establishment of the civil responsibility of the clerks and of the personnel from the Budgetary Public Institutes having as subject the payment of additional salary rights stipulated in the Collective Labor Agreement of every organization.*

*The legal problem subjected to the debate is the payment of additional salary rights given to the clerks and to the personnel working in the Budgetary Public Institutes according to the Collective Labor Agreements concluded between the employees, clerks and personnel from the organization of the public administration authority, which are represented by the Union and the audited public authority.*

*In the jurisprudence of the Courts there is no unitary point of view regarding this problem, divergent opinions existing regarding the solutions of acceptance or rejection of the actions expressed by the complainants against the documents of intimation concluded by the Court of Accounts, through which the illegality of the payments was observed.*

*The author of the working shares the point of view according to which, on the basis of art. 12 of Law no. 130/1996, the Collective Agreements can be concluded for the employees of the budgetary institutes.*

*Throughout these agreements there cannot be negotiated clauses regarding rights of which award and amount are established through legal provisions.*

**Rezumat:** *În practica instanțelor de judecată s-au conturat două opinii cu privire la problema acordării unor drepturi suplimentare funcționarilor publici din instituțiile publice bugetare în baza contractului colectiv de muncă încheiat între angajator și reprezentanții sindicali ai funcționarilor publici.*

*Într-o primă opinie se consideră că în urma controlului de audit exercitat de Curtea de Conturi la instituția publică auditată, aceasta nu poate cenzura legalitatea unor acte juridice valabil încheiate între părțile contractante.*

*În accepțiunea opiniei majoritare se consideră că este de esența regimului juridic al drepturilor salariale ale personalului bugetar, funcționari publici că drepturile salariale se stabilesc exclusiv prin lege, nu se pot negocia clauze referitoare la drepturile ale căror acordare și quantum sunt stabilite prin dispoziții legale.*

**Keywords:** *Collective Labor Agreements, public administration authority, Court of Accounts, Budgetary Public Institutes.*

**Cuvinte cheie:** *funcționar public, instituție publică auditată, Curtea de Conturi, contract colectiv de muncă, drepturi salariale.*

Potrivit alin. 1 din art. 72 „Autoritățile și instituțiile publice pot încheia anual, în condițiile legii, acorduri cu sindicatele reprezentative ale funcționarilor publici sau cu reprezentanții funcționarilor publici, care să cuprindă numai măsuri referitoare la: a) constituirea și folosirea fondurilor destinate îmbunătățirii condițiilor la locul de muncă; b) sănătatea și securitatea în muncă; c) alte măsuri decât cele prevăzute de lege, referitoare la protecția celor aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale.”

Problema de drept supusă dezbaterii a fost soluționată în mod neunitar de către instanțele de contencios administrativ sesizate.

Într-o primă opinie s-a susținut că aceste drepturi se impune a fi acordate întrucât sunt rezultatul convenției părților, convenție ce nu a fost desființată în niciun mod care are și viza Inspectoratului teritorial de Muncă iar în cazul autorităților locale și a consiliilor județene sau locale.

Cu ocazia efectuării auditului financiar al contului de execuție pe anul 2008 la Consiliul Județean Satu-Mare Camera de Conturi Satu-Mare a constatat că, în cursul anului 2008, entitatea audiată a acordat salariaților săi o serie de drepturi salariale prevăzute în contractele colective de muncă încheiate pe anul 2008, respectiv drepturi speciale pentru menținerea sănătății și integrității muncii și pentru refacerea capacității de muncă în cuantum de 200 lei net lunar, acordarea către fiecare salariat a sumei de 300 lei net pe trimestru pentru achiziționarea de ținute.

Prin plățile efectuate în baza art. 10 și art. 20 din Contractul colectiv de muncă organul de control a apreciat că s-a cauzat un prejudiciu în patrimoniul Consiliului Județean în cuantum de 1.149.000,58 lei.

Împotriva acestei decizii entitatea auditată, reclamanta a formulat contestație în condițiile art. 92 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități, aprobat prin Hotărârea nr. 1/04.02.2009 a Plenului Curții de Conturi a României, contestație prin care a solicitat revocarea în parte a măsurilor dispuse prin decizie cu privire la drepturile salariale acordate funcționarilor publici și personalului contractual cu titlu de drepturi speciale pentru menținerea sănătății și integrității muncii în cuantum de 200 lei/lună/persoană, respectiv a sumei de 300 lei net acordate lunar pentru achiziționarea de ținute.

Contestația entității auditate a fost respinsă de către Comisia de Soluționare a Contestațiilor a Curții de Conturi a României prin încheierea nr. VI.22/27.08.2009.

Dreptul special pentru menținerea sănătății și integrității muncii în cuantum de 200 lei/lună/persoană, respectiv a sumei de 300 lei net acordate lunar pentru achiziționarea de ținute, cu privire la care se solicită anularea Deciziei nr. 3/2009, respectiv a încheierii de soluționare a contestației formulată împotriva acesteia, au fost negociate de către salariații și funcționarii publici din aparatul de specialitate

al Primarului Comunei Bârsău prin Contractul Colectiv de Muncă nr. 363/2008, respectiv prin Acordul Colectiv de Muncă nr. 362/2008, ambele înregistrate la Direcția de muncă și protecție socială a județului Satu Mare.

Prin acțiunea investită pe rolul Tribunalului Satu-Mare, prin contestația formulată cu ocazia îndeplinirii procedurii prealabile sesizării instanței și prin acțiunea în contencios administrativ, reclamanta a chemat în judecată Camera de Conturi invocând nelegalitatea măsurilor adoptate de către aceasta, principalul argument juridic al acesteia fiind reprezentat de valabilitatea contractului/acordului colectiv de munca, a actelor juridice în baza cărora s-au angajat cheltuielile bugetare a căror recuperare a fost dispusă, nulitatea acestor acte juridice nefiind constatată de către o instanță judecătorească în principal, în condițiile art. 12 ale Legii nr. 130/1996.

În motivarea acțiunii reclamanta a evidențiat că raportat la contractul colectiv de muncă nr. 478/2007 în care sunt stipulate drepturile salariale, Decizia Camerei de Conturi este inadmisibilă din punct de vedere legal deoarece prin Decizia atacată, care valorifică aspectele constatate în procesul-verbal, în esență obligă instituția auditată să încalce prevederile contractului colectiv de muncă, în condițiile în care nici unul din actele atacate nu contestă conformitatea modului în care s-a procedat cu respectivul acord comun.

Reclamanta a mai arătat că este apanajul exclusiv al conducerii instituției bugetare ca în limita fondurilor disponibile să negocieze cu reprezentanții personalului instituției acordarea prin contract colectiv de muncă și a altor drepturi de natură socială în limitele legii, cu atât mai mult cu cât instituția în discuție realizează și venituri proprii. Instanțele de judecată sunt singurele abilitate să se pronunțe asupra legalității contractelor și acordurilor colective, la cererea uneia dintre părțile contractante sau a unei alte părți interesate. Orice presupusă neconcordanță cu legea a contractului colectiv de muncă poate fi constatată exclusiv de către instanța judecătorească, în condițiile art.24 raportat la art.8 alin.1 din Legea nr.130/1996 nicidecum de către Curtea de Conturi.

În condițiile în care contractul colectiv de muncă a fost astfel convenit de reprezentanții instituției și ai angajaților, fiind înscris la Inspectoratul Teritorial de Muncă, și nici o instanță judecătorească nu a constatat neconformitatea sa cu legea, reclamanta susține ca este inadmisibilă obligarea instituției publice auditate de către Curtea de Conturi la încălcarea dispozițiilor sale.

Reclamanta a mai precizat că reținerile organelor de control din cadrul Curții de Conturi sunt vădit neîntemeiate, și rezidă într-o interpretare profund eronată a prevederilor legale din cadrul legislației muncii.

Reclamanta a învederat instanței că acordarea drepturilor bănești de care au beneficiat salariații – funcționari publici și personal contractual nu este nelegală de vreme ce nu există un text de lege care să o interzică.

Dimpotrivă, reclamanta a evidențiat că, potrivit art. 12 alin. 1 sus-indicat, „contracte colective de muncă se pot încheia și pentru salariații instituțiilor bugetare. Prin aceste contracte nu se pot negocia clauze referitoare la drepturile ale căror acordare și quantum sunt stabilite prin dispoziții legale”, astfel că, drepturile stabilite prin lege constituie un minim dincolo de care, în raporturile juridice dintre părți, intervine principiul liberei negocieri. Iar susținerea organului de control conform căreia nu există teme legal pentru acordarea unor drepturi suplimentar pentru personalul din instituțiile bugetare, nu poate fi primită, consideră reclamanta întrucât contractul colectiv negociat este legal încheiat și înregistrat, ca lege a părților, deci restricția cuprinsă în art. 12 alin. 1 din Legea nr. 130/1996 nu se aplică.

Prin Întâmpinare, pârâta Camera de Conturi a solicitat respingerea acțiunii, invocând în esență că actele administrative emise de aceasta sunt legale, legalitate susținută prin argumente, apărările formulate fiind doar apărări personale de fond care susțin legalitatea actelor administrative contestate.

S-a precizat mai întâi, că instanța de contencios administrativ a fost legal sesizată să se pronunțe asupra legalității actelor administrative care au stat la baza angajării cheltuielilor bugetare reprezentând drepturi salariale acordate personalului bugetare din cadrul reclamantei.

În considerarea acestor susțineri, instanța a solicitat pârâtei să precizeze dacă prin argumentele de drept invocate prin întâmpinare solicită instanței de judecată să se pronunțe aceasta asupra legalității actelor juridice în discuție sau aceste argumente sunt formulate doar pentru susținerea legalității actelor administrative întocmite de către pârâtă prin care în mod unilateral a apreciat aceleași acte juridice ca fiind nelegale.

De asemenea, instanța a pus în vedere pârâtei ca, în situația în care apărările sale tind la constatarea și de către instanța de judecată a nelegalității invocate să-și exprime poziția procesuală sub forma unui act de procedură sau a unei excepții care să îndeplinească condițiile unui act de sesizare al instanței.

Prin Sentința Civilă nr.91 din 10 februarie 2010, Tribunalul Satu-Mare a admis acțiunea reclamantilor și a dispus anularea actelor administrative emise de către Camera de Conturi.

Instanța de contencios administrativ a constatat că, în privința drepturilor salariale ale personalului contractual din sectorul bugetar stabilite printr-un contract colectiv de muncă nu a fost sesizată cu o cerere din partea părții interesate, în speță din partea pârâtei, de constatare a nulității parțiale a contractului, cerere care putea fi formulată fie pe calea unei cereri incidentale, fie pe calea unei excepții.

S-a precizat ca, în acest context, incidental, instanța de contencios administrativ constată că asupra legalității unui contract colectiv de muncă este chemată să se pronunțe doar instanța de judecată specializată în soluționarea conflictelor de muncă și nu instanța de contencios administrativ.

De asemenea în privința drepturilor salariate stabilite în favoarea funcționarilor publici din cadrul unei autorități publice în baza unui Acord colectiv de muncă, instanța apreciază că, pentru verificarea legalității acestui act administrativ emis în legătură cu raportul de serviciu al funcționarilor publici este necesară sesizarea instanței de contencios administrativ fie pe cale directă, fie prin invocarea excepției de nelegalitate al acestuia, în condițiile art. 4 din Legea nr. 554/2004.

În condițiile în care, potrivit art. 125 alin. 1 și art. 130 alin. 1 din Constituția României raportat la art. 2 alin. 1 și 2 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, instanțele judecătorești sunt chemate să înfăptuiască Justiția în numele legii care este unică, imparțială și egală pentru toți, reprezentarea intereselor generale ale societății și apărarea ordinii de drept, precum și a drepturilor și libertăților cetățenilor fiind atributul Ministerului Public, actele juridice invocate de părțile unui litigiu pentru justificarea drepturilor conferite părților prin acestea nu sunt vădit nelegale (în sensul că prin acestea s-ar încălca în mod evident și fără putința de tăgadă ordinea de drept, ar avea o cauză imorală sau un scop ilicit), pentru ca o instanță de judecată să poată fi îndreptățită a invoca din oficiu nulitatea unui act juridic.

Instanța de contencios administrativ sesizată a apreciat că pentru verificarea unor apărări de fond cum sunt cele invocate în prezenta cauză de către pârâtă este necesară o dezbatere argumentată din partea ambelor părți asupra motivelor de nulitate/nelegalitate invocate, într-un cadru procesual corect stabilit în fața unei instanțe competente din punct de vedere material;

Mai mult decât atât, instanța a reținut că în condițiile în care Camera de Conturi și-a manifestat în mod expres poziția prin care aceasta declară că nu înțelege să invoce vreo excepție de nulitate sau de nelegalitate în cauză, reținând și cele de mai sus, instanța de contencios administrativ constată că, apărărilor de fond privind nelegalitatea cheltuielilor bugetare angajate de către reclamantă, invocate de către Curtea de Conturi prin rapoartele de audit pot fi reținute ca argumente de legalitate a actelor administrative întocmite de aceasta doar în cazul în care acestea nu sunt contestate de către entitatea auditată. În fața unei instanței judecătorești însă, enumerarea unor argumente de drept pentru nelegalitatea unui act juridic nu poate fi reținută ca suficientă pentru înlăturarea unor acte juridice, declararea nulității/nelegalității unui act juridic fiind atributul exclusiv al instanței judecătorești sau al unui organ cu activitate jurisdicțională și nu al unei autorități publice, indiferent de atribuțiile legale ale acesteia. Cu alte cuvinte, organele de auditare nu pot declara în mod unilateral ca nelegale acte juridice încheiate de către terțe persoane, ci, în măsura în care actele sale administrative în care s-au reținut aceste motive de nelegalitate sunt contestate și dorește constatarea legalității acestora trebuie să solicite constatarea nelegalității de către instanță.

Pe de altă parte în baza aceluiași dispoziții legale despre care s-a făcut vorbire instanța a reținut că reclamanta a făcut dovada că efectuarea cheltuielilor privind drepturile salariale către personalul bugetar din cadrul acesteia s-a realizat

în baza contractului colectiv de muncă și a acordului colectiv de muncă înregistrate la autoritățile publice competente, acte juridice care prin necontestarea acestora au dobândit putere de lege pentru părțile contractante și a căror respectare în condițiile nedeclarării nulității acestora este garantată de dispozițiile art. 41 alin. 5 din Constituția României.

Cu alte cuvinte, s-a concluzionat de către instanță față de actul de control al Camerei de Conturi că angajarea cheltuielilor bugetare de către reclamantă reprezentând drepturi salariale către angajații instituției publice, funcționari publici și personal contractual, angajarea acestor cheltuieli având ca bază legală contractul/acordul colectiv de muncă încheiat între autoritatea publică reclamantă și salariații acesteia.

Instanța a soluționat litigiul reținând ca valabile și necontestate legal actele juridice invocate de reclamantă.

Cu privire la problema de drept, supusă dezbaterii și anume dacă acordarea unor drepturi suplimentare funcționarilor publici și personalului contractual din instituțiile bugetare în baza contractului colectiv de muncă au sau nu temei legal, în jurisprudența instanțelor de judecată s-a conturat și opinia potrivit căreia astfel de acțiuni sunt admisibile.

Prin Sentința Civilă nr. 812 din 28 aprilie 2010 pronunțată de Tribunalul Arad în dosarul nr. 237/108/2010, s-a respins acțiunea formulată de reclamantul Consiliul Județean Arad în contradictoriu cu pârâtele Curtea de Conturi a României București și Camera de Conturi a județului Arad.

Instanța de contencios administrativ sesizată a apreciat că art. 12 alin. 1 din legea nr.130/1996 republicată privind contractul colectiv de muncă prevede posibilitatea încheierii contractelor colective de munca și pentru salariații instituțiilor bugetare, cu obligația respectării interdicției negocierii de clauze referitoare la drepturile ale căror acordare și quantum sunt stabilite prin dispoziții legale.

Pe de altă parte, instanța a reținut că aplicarea contractului colectiv de muncă se poate face doar cu respectare celorlalte dispoziții legale incidente în materia salarizării și anume legea nr. 188/1999 în privința funcționarilor publici și a Legii 273/2006, argument susținut și de art. 9 al contractului colectiv de muncă unic la nivel național pe anii 2007. 2010 înregistrat la Ministerul Muncii Solidarității Sociale și Familiei cu nr. 2895/29.12.2006, ce prevede obligația pentru sindicate și ministere de a purta negocieri cu Guvernul pentru stabilirea fondurilor aferente personalului instituțiilor finanțate de la bugetul de stat și pentru constituirea surselor înainte de adoptarea bugetului de stat, precum și în vederea modificării ulterioare a acesteia, în scopul salarizării și acordării celorlalte drepturi prevăzute în contractul mai sus menționat.

S-a mai arătat în motivarea sentinței referitor la susținerea entității audiate că sumele acordate personalului au fost prevăzute prin contractul colectiv de muncă, contract care reprezintă acordul părților și a fost încheiat în baza unor prevederi



legale exprese, că potrivit art. 12 din Legea 130 /1996 instituțiile publice bugetare nu pot prevedea în contractul colectiv de muncă drepturi ale căror acordare sunt stabilite prin dispoziții legale.

Este incontestabil că aceste sume de bani acordate personalului sunt drepturi de natură salariată, așa cum au fost de altfel și prevăzute în contractul colectiv la capitolul „Salarizare și alte drepturi bănești”.

Este lipsit de orice echivoc că aceste drepturi suplimentare nu sunt prevăzute prin actele normative care reglementează sistemul de salarizare în instituțiile publice.

După cum este la fel de bine știut și faptul că, contractul colectiv de muncă, încheiat între reprezentantul salariaților bugetari și angajatorul acestora are un regim juridic special, determinat atât de situația personalului bugetar, cât și de situația specială a veniturilor din care se face plata drepturilor salariale sau asimilate acestora. Astfel, cheltuielile necesare pentru personalul bugetar sunt suportate de la bugetul de stat ori de la bugetele locale. În acest sens sunt și dispozițiile art. 137 alin. 1 din Constituție, care prevăd că formarea, administrarea, întreținerea și controlul resurselor financiare ale statului, ale unităților administrativ teritoriale și ale instituțiilor publice sunt reglementate prin lege.

Ca atare, se impune ca și drepturile salariale sau drepturile asimilate acestora să fie stabilite prin lege, în limite precise, drepturi ce nu pot constitui obiect de negociere și care nu pot fi acordate/modificate prin convenții colective.

În acest sens, salarizarea funcționarilor publici pe anul 2007 este reglementată de Ordonanța Guvernului nr. 6/2007<sup>1</sup>, iar a personalului contractual de Ordonanța de Urgență nr. 24/2000, cu modificările și completările ulterioare.

Potrivit dispozițiilor art. 72 lit.b al.1 din Legea nr. 188/1999, text de lege care are în vedere numai condițiile de la locul de muncă respectiv condițiile de muncă efective, eventuale materiale de protecție și alte elemente de aceeași natură, în măsură să contribuie la sănătatea și securitatea funcționarilor publici, autoritățile și instituțiile publice pot încheia anual, în condițiile legii, acorduri cu sindicatele reprezentative ale funcționarilor publici sau cu reprezentanții funcționarilor publici, care să cuprindă numai măsuri referitoare la:

a) constituirea și folosirea fondurilor destinate îmbunătățirii condițiilor la locul de muncă;

b) sănătatea și securitatea în munca;

c) programul zilnic de lucru;

d) perfecționarea profesională;

e) alte măsuri decât cele prevăzute de lege, referitoare la protecția celor aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale.

Rezultă astfel că în cazul funcționarilor publici nu se pot încheia contracte colective de muncă, ci acorduri astfel cum prevăd dispozițiile art. 78 din Legea nr.

188/1999 care să cuprindă măsurile expres și limitativ enumerate în articolul de lege precitat.

Cum drepturile salariale ale funcționarilor publici din unitățile bugetare sunt stabilite prin dispoziții legale, nu se putea negocia de către părți acordarea unor drepturi suplimentare, reprezentând drepturi bănești „pentru menținerea sănătății, securității muncii și asigurarea protecției salarității”, respectiv drepturi de reprezentare.

Așadar, nici funcționarii publici nu pot negocia prin acordurile încheiate clauze referitoare la acordarea de drepturi salariale, acestea fiind strict determinate de lege.

Susținerea pârâților, cum că drepturile acordate nu sunt de natură salarială, este nefondată, având în vedere că sumele au caracter de continuitate, fiind acordate lunar și nu se circumscriu măsurilor de protecție a sănătății și securității în muncă la care se referă art. 72 din Legea nr. 188/1999.

Atât actele normative care reglementează salarizarea funcționarilor publici, cât și cele care reglementează salarizarea personalului contractual nu prevăd însă acordarea de drepturi salariale de natura celor plătite de entitate sub formă de "sume de reprezentare"<sup>2</sup>.

Prin acordarea nelegală a acestor indemnizații au fost încălcate prevederile art. 14(3) și 23(1) din Legea nr. 273/2006, privind finanțele publice locale, potrivit cărora nici o cheltuială nu poate fi înscrisă în buget și nici nu poate fi angajată și efectuată din aceste bugete dacă nu există bază legală pentru respectiva cheltuială, iar ordonatorii de credite au obligația de a angaja și a utiliza creditele bugetare numai în limita prevederilor și destinațiilor aprobate, pentru cheltuieli strict legate de activitatea instituțiilor publice respective și cu respectarea dispozițiilor legale.

Referitor la motivațiile prezentate atât în opinia formulată de reclamantă ca instituție publică auditată, cât și a considerentelor invocate de către instanța de contencios administrativ, considerăm că se impun a fi formulate următoarele concluzii:

Astfel, este de precizat mai întâi că prevederile contractului colectiv de muncă de care s-au prevalat reclamantii în acțiunea formulată, nu pot produce față de aceștia efectele preconizate prin demersul judiciar inițial, întrucât potrivit dispozițiilor imperative ale art. 12 alin. 1 din legea nr. 130/1996, privind contractul colectiv de muncă, prin contractele colective nu se pot negocia clauze referitoare la drepturile ale căror acordare și quantum sunt stabilite prin dispoziții legale, precum în cauză.

Altfel spus și în deplin acord cu art. 7 din legea nr. 130/1999, privind Contractul colectiv de muncă, numai contractele colective de muncă, încheiate cu respectarea dispozițiilor legale constituie legea părților, or drepturile salariale ale funcționarilor publici și personalului contractual din instituțiile bugetare se suportă din fondurile alocate special de la bugetul de stat, în principal și de la bugetul local, iar dispozițiile legale în materia salarizării acestui personal, sunt dispoziții speciale cu

caracter imperativ care derogă de la dispozițiile generale, sunt de strictă interpretare și aplicare și nu pot face obiectul negocierilor la încheierea contractelor colective de muncă și tocmai de aceea nu pot fi incidente în cauza ce a făcut obiectul dezbaterii, prevederile art. 10 și art. 20 din Contractul colectiv de muncă, referitor la drepturile suplimentare constând în drepturi speciale pentru menținerea sănătății și integrității muncii și pentru refacerea capacității de muncă acordate, respectiv stipulate în acesta, câtă vreme acestea au caracter general și nu pot înfrânge dispozițiile speciale deja enunțata ce se circumscriu art. 72 alin. 1 din legea nr. 188/1999 și a dispozițiilor art. 14 alin. 2 și alin. 3 din legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale.

Nu în ultimul rând și Codul Muncii stabilește cu valoare de principiu la art. 157 alin. 2 că sistemul de salarizare a personalului din autoritățile și instituțiile publice finanțate integral sau în majoritate de la bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetele locale și bugetele fondurilor speciale se stabilește prin lege, cu consultarea organizațiilor sindicale reprezentative.

În acest sens este și jurisprudența Curții Constituționale, care statuează asupra competenței exclusive a legiuitorului de a stabili drepturile salariale convenite personalului contractual și funcționarilor publici din sistemul bugetar, inclusiv sporurile și adaosurile, prin lege sau prin acte normative cu forță juridică similară legii, respectiv ordonanțe ale Guvernului, simple sau de urgență.

Pentru identitate de rațiune considerăm că în mod nelegal se invocă prevederile contractului colectiv de muncă la nivel național nr. 2895 încheiat pentru anii 2007-2010, întrucât în materia drepturilor de natură salarială ale personalului din sistemul bugetar, stabilirea lor este atributul exclusiv al legiuitorului.

Ca atare, în lipsa unei dispoziții legale exprese care să reglementeze în vreun fel acordarea drepturilor salariale sub forma drepturilor speciale pentru menținerea sănătății și integrității muncii și pentru refacerea capacității de muncă, la negocierea contractului colectiv de muncă între instituțiile bugetare și reprezentanții organizației sindicale, partenerii sociali angajatori și-au asumat o obligație pur potestativă.

Mai mult, cu privire la resursele financiare din care aceste drepturi salariale suplimentare ar urma să fie plătite, partenerii sociali care le-au negociat și încheiat au obligația legală de a face dovada sursei de finanțare din care instituțiile publice bugetare vor plăti reclamațiilor drepturile solicitate.

În concluzie considerăm că prin contractul colectiv de muncă, obiect al negocierii dintre autoritatea publică și funcționarul public, părțile contractante și-au arogat competențe care țin de sfera puterii legiuitoare, reglementând prin clauze contractuale drepturi salariale pentru angajații bugetari fiind astfel încălcat atât principiul supremației legii cât și principiul separației puterilor în stat, ceea ce împiedică îndeplinirea prerogativelor legale, a atribuțiilor constituționale ale autorităților publice.

## **Bibliografie:**

Legea nr.273/2006 privind finanțele publice locale

Legea nr.215/2001 a administrației publice locale

Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi

Legea 188/1999 privind statutul funcționarilor publici

Legea nr. 53/2003 – Codul Muncii

Legea nr. 130/1996 privind contractul colectiv de muncă

Sentința Civilă nr. 812 din 28 aprilie 2010 rămasă definitivă și irevocabilă prin Decizia CAT la data de 26 octombrie 2010

Sentința Civilă nr. 91 din 10 februarie 2010 pronunțată de Tribunalul Stau Mare dosar nr. 42/83/2009

---

\* **Eugenia IOVĂNAȘ**, Lector dr., Univ. Aurel Vlaicu, Facultatea de Științe Umaniste; [iovanaseugenia@yahoo.com](mailto:iovanaseugenia@yahoo.com).

<sup>1</sup> OG nr. 6/2007 privind unele măsuri de reglementare a drepturilor salariale și a altor drepturi ale funcționarilor publici până la intrarea în vigoare a legii privind sistemul unitar de salarizare și alte drepturi ale funcționarilor publici, precum și creșterile salariale care se acordă funcționarilor publici în anul 2007, în forma modificată prin OG nr. 9/2008 reglementează drepturile salariale și alte drepturi ale funcționarilor publici până la intrarea în vigoare a legii privind sistemul unitar de salarizare și alte drepturi ale funcționarilor publici, precum și modul de acordare a creșterilor salariale ale funcționarilor publici în anul 2007, cu precizarea că sistemul de salarizare cuprinde salariile de bază, sporurile, premiile, stimulentele și alte drepturi (art. 1). Această ordonanță se aplică funcționarilor publici numiți în temeiul Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată (art. 2)

<sup>2</sup> OG nr. 10 din 30 ianuarie 2008 privind nivelul salariilor de bază și al altor drepturi ale personalului bugetar salarizat potrivit OUG nr. 24/2000 privind sistemul de stabilire a salariilor de bază pentru personalul contractual din sectorul bugetar și personalului salarizat potrivit anexelor nr. II și III la Legea nr. 154/1998 privind sistemul de stabilire a salariilor de bază în sectorul bugetar și a indemnizațiilor pentru persoane care ocupă funcții de demnitate publică, precum și unele măsuri de reglementare a drepturilor salariale și a altor drepturi ale personalului contractual salarizat prin legi speciale (la publicare) prevede majorarea salariilor de bază (art. 1), salariile de bază ale personalului contractual și alte drepturi de natură salarială (salariu de merit, premii, spor de confidențialitate, spor pentru condiții vătămătoare, spor pentru condiții periculoase, spor pentru munca suplimentară, spor de vechime, indemnizația de concediu)

**CRITIQUES D'UN TEXTE MYTHIQUE : RÉFLEXIONS SUR « L'ENSEIGNEMENT  
DU DROIT ET LA REPRODUCTION DES HIÉRARCHIES. UNE POLÉMIQUE  
AUTOUR DU SYSTÈME » DE DUNCAN KENNEDY**

**Bjarne MELKEVIK\***

***Résumé :** Il s'agit d'une « critique » qui ne l'est pas, puisqu'en soumettant le texte mythique de Duncan Kennedy « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies » à une relecture attentive et critique, c'est une image démagogique et sophiste qui se dégage. Ce texte légendaire, qui pendant des décennies a servi de justification à une politique érigée de la « rectitude politique » dans les facultés de droit, n'est en fin de compte qu'un sursaut contre-culturel sans contenu véritable. L'article analyse soigneusement l'utilisation que Duncan Kennedy fait de la « hiérarchie » pour démontrer comment le mot est construit en tant qu'un « attrape-mouche » pour capter l'insécurité et le désarroi des étudiants. Soumettant le modèle contre-culturel de Duncan Kennedy et sa politique de pouvoir à une critique, l'auteur de l'article insiste sur l'impasse aussi bien politique que démocratique qui s'en dégage. La critique débouche sur la proposition de plutôt penser le mod jus-facultaire selon des critères démocratiques et à considérer la vocation d'enseigner dans le contexte d'un droit moderne et démocratique.*

***Mots clefs :** Duncan Kennedy; Critical Legal Studies Movement (CLS); politique contre-culturelle; rectitude politique; enseignement du droit; faculté de droit.*

Il s'agit d'un texte mythique<sup>1</sup>, une prise de position fondationnaliste, lue et répétée oralement pendant les années soixante-dix et quatre-vingt, pour enfin être publiée pour la première fois en 1983 et ensuite reprise à de multiples occasions<sup>2</sup>. Il s'agit surtout d'un texte de contre-idéologie – en tout cas en apparence – comme le confirme son titre « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système ». L'auteur, Duncan Kennedy, est un des professeurs étoilé de la Faculté de droit de l'Université Harvard, titulaire de la Chaire Carter de théorie générale du droit et certainement l'un de ses professeurs le plus connu mondialement. À le croire, il n'appartient ni à l'oligarchie ni à l'élite, mais à un club chic et sélect (dont l'adhésion repose sur un serment de fidélité et de soumission) qui lutte contre les « hiérarchies » et dont les membres font carrière sur ce thème!

C'était l'époque! Le temps de cerises! Quand le monde était nouveau et la lune au zénith et quand la bataille idéologique était ressentie dans tous les pores de la peau, pareille à une libération contre-culturelle absolue et instantanée. Si quelqu'un avait le culot de chuchoter malicieusement l'aveuglement et l'idiotie, personne n'avait le temps de s'attarder à de tels propos et encore moins à des analyses fastidieuses concernant le monde réel ou les situations sociales existantes ou à leurs dynamiques complexes et compliquées. Dans l'euphorie idéologique de l'époque, seul le « mouvement » comptait, dans son sens proprement physique et biologique, de même qu'une conscience en feu imaginant que le monde changeait, tambour battant, au rythme des pulsions freudiennes propres à la tribu identitaire de référence ou encore à la secte politique auxquelles on adhérait. Duncan Kennedy était (et reste) l'idéologue de ces baby-boomers et il est, tant à cette époque lyrique qu'aujourd'hui, leur porte-parole attitré pour véhiculer leurs aspirations idéologiques et de pouvoir au sein des facultés de droit; bref, c'est sans doute le chef-boomer par excellence pour s'accaparer le « pouvoir » et le « control » dans les Faculté de droit tant aux États-Unis qu'ailleurs.

Retrouver et redécouvrir ce texte fondamental (et fondationnaliste) qu'est indubitablement « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système », représente ainsi une opportunité unique qu'il ne faut pas laisser échapper, pour re-réfléchir l'idéologie contre-culturelle dans le domaine du droit. Que se passait-il dans la brouille idéologique et politique de l'époque? Qu'étaient les enjeux de cette lutte de contre-culture à l'assaut des Facultés de droit et de cette sacralisation élégiaque en faveur du Pouvoir de l'Un, à savoir d'une soi-disant « gauche » (qui n'était peut-être pas de « gauche » du tout!) ou encore de l'imposition de l'idéologie du « politiquement correct » que chacun pouvait définir tout seul et à son propre bénéfice? De telles questions laissent songeur et pour répondre, modestement bien entendu, il faut, tel est notre objectif, analyser critiqueusement le texte de Duncan Kennedy, une génération plus tard et surtout l'évaluer rationnellement quant à son sens et sa portée. Peut-être s'agit-il là d'un devoir intellectuel!

Re-réfléchissons donc! Il s'agit de soumettre, à notre tour, ce texte légendaire aux dents de la critique à la lumière distanciée que procure le temps écoulé, le démystifier autant que faire se peut. Cet exercice nous semble relever d'une exigence intellectuelle profitable de clarification des enjeux et bien sûr un rejet du cul-de-sac que représente Duncan Kennedy. Car si Hegel a raison et que "la chouette de Minerve ne prend son envol qu'à la tombée de la nuit"<sup>3</sup>, le fait que la chouette de Duncan Kennedy s'égarait dans l'ombre pour mourir épuisée et exsangue dans les limbes, nous permettra de soumettre le texte mentionné à une analyse de lucidité critique. Si Duncan Kennedy a bien la réputation de ne jamais accepter la critique,

risquons ce défi en ouvrant ce texte tant littéralement que philosophiquement, soit-il « magique », « prophétique » et intouchable, pour le considérer de plus près et surtout l'évaluer critiqueusement. Nous procéderons à cette analyse en privilégiant les « thèses » centrales de son livre; commençons donc par l'autojustification de son auteur, pour ensuite, étape par étape, analyser «les mises en images discursives» qui le constituent.

### ***Le « moi » et la justification de tout***

Soulignons que le plus important dans le discours de Duncan Kennedy est Duncan Kennedy lui-même. C'est le point de départ et le pont d'arrivée, l'alpha et l'oméga, – et surtout l'épreuve ultime que son discours (voir sa « doctrine idéologique») est juste et politiquement correct en ce qui concerne la politique de pouvoir dans une faculté de droit. Avant d'élucider davantage ce point de vue, quelques précisions sur la naissance et le développement du *Critical Legal Studies Movements* (abrégié en CLS) aux États-Unis nous seront utiles.

C'est la prestigieuse Faculté de droit de Yale University, qui se désigne, idéologiquement, en tant que berceau du CLS dans les années 60 et 70<sup>4</sup>. Ici deux récits sont envisageables: un récit romantique et héroïque (et certainement celui que Duncan Kennedy préfère<sup>5</sup>), d'une part, et un autre un peu plus réaliste, qui ne possède guère le charme d'être « idéologiquement et politiquement correct », d'autre part.

Quant au récit romantique, c'est la turbulence universitaire et étudiante des années 60 et 70, caractérisée par la contestation contre l'engagement des États-Unis dans la guerre en Viêt-Nam, contre le service militaire obligatoire, contre la « distribution » (sic!) inégale des richesses dans la société États-Unienne, etc., qui en constitue la trame. Le monde universitaire et les étudiants, de même que les jeunes apprentis professeurs et chercheurs en droit, deviennent ici le symbole et les protagonistes dans une lutte de pouvoir social et politique élargie. Mieux, le centre contre-culturel de cette lutte réside, à les croire, dans le monde académique et dans la «reproduction des hiérarchies» qui se font et se perpétuent sous les colonnes des athéniums. Résumer toutes les issues des années héroïques des étudiants contestataires à Yale risque toutefois de nous éloigner de notre objectif; disons uniquement que c'était initialement une réforme universitaire qui était voulue et cela dans le sens d'un communautarisme inclusif et subjectiviste. Il s'agissait, concrètement, de briser le pouvoir des professeurs en faveur d'un « communautarisme subjectiviste»<sup>6</sup>, en forgeant une alliance idéologique entre étudiants, professeurs et professionnels de la faculté (secrétaires, appariteurs, etc.) en vue d'une cogérance et surtout d'une réorientation du curriculum des études en droit.

S'agissant du récit plus réaliste, c'est l'avènement d'une nouvelle élite, de même qu'un élargissement des lieux de recrutement des élites, qui se mettent en place dans les années 60 à 80. Vus de cette façon les événements universitaires dans le monde des privilégiés – en notant que les étudiants universitaires nient avec véhémence et cela depuis des millénaires une telle vérité – s'expliquent par des clivages et des tensions culturelles en raison de la transformation de l'université initialement réservée à une élite présélectionnée, à une université de masse incapable de fournir à tout le monde une place assurée et certaine au sein des différentes élites. « Surfant » sur la transformation d'une université restreinte à l'université de masse, les baby-boomers pouvaient avec confiance rêver de voir le pouvoir tomber entre leurs mains, mais l'assurance certaine de trouver une place garantie dans les élites leur échappait complètement et irréductiblement. Le tsunami démographique connu sous l'étiquette du « baby-boom » - les personnes nées entre 1944 et 1966 - ne pouvait plus garantir une place au soleil à tous les étudiants universitaires et la lutte compétitive (voir : « la lutte de tous contre tous ») avait pour conséquence de laisser planer une certaine incertitude traumatisante dans le système de reproduction des élites – et surtout quant à l'accès au haut niveau élitare et au recrutement vers les strates les plus convoitées des hiérarchies sociales! L'idée, voire la consécration, de faire partie de l'élite devient, vers 1970, aléatoire, même problématique, et surtout troublée par des outsiders, ces personnes intelligentes, honnêtes et intègres qui profitent de cette ouverture pour prendre une place! Une menace qui ne peut être compensée que par la maîtrise et le contrôle de la sélection de l'élite et donc logiquement le désir d'une mainmise politique et idéologique accrue sur l'Université; une mainmise qui peut, certes, être de « gauche », de « droite » ou de « centre », mais surtout soumise au risque de la « dénaturalisation » et de la « marchandisation » de cette même Université.

Et Duncan Kennedy dans tout cela ? En fait, nous le retrouvons d'abord recevant un Bachelor en économie de Harvard en 1964 avant de rejoindre la CIA la même année. Son affectation en tant qu'agent de la CIA vise à infiltrer les associations étudiantes, les contrôler et établir « des listes de noms » et les influencer, voire les noyauter.

Duncan Kennedy quitte la CIA en 1966 pour aussitôt entrer à la Faculté de droit de Yale. En 1970, il reçoit sa licence et agit alors comme *clerk* (i.e. auxiliaire de « recherche ») auprès du Juge Potter Stewart de la Court Suprême des États-Unis, pour ensuite faire carrière comme professeur de droit à Harvard Law School. Il est reconnu comme l'un des professeurs le plus médiatisé et comme marqueur idéologique éminent de cette Faculté dans sa compétition épique avec Yale en vue de gagner le classement du numéro 1 des Law School aux États-Unis permettant



ainsi de la qualifier comme lieu par excellence formant l'élite du pays! Il s'agit sans aucun doute d'une carrière remarquable où Duncan Kennedy a forgé sa place dans l'oligarchie universitaire et sociale.

Duncan Kennedy fonde, avec Karl Klare, Mark Kelman, Roberto Unger et d'autres encore, le «*Critical Legal Studies Movements*» (CLS), début 1977, lors d'un Congrès à l'Université de Wisconsin à Madison. Il ne s'agissait guère d'une « école théorique » ou encore d'une « organisation unifiée » mais plutôt d'un « mouvement » (ou groupe d'affinités) qui se constituait pour des considérations largement idéologiques et où il n'existait guère de vrais consensus ou d'agenda, si ce n'était que de représenter un lieu politique de changement contre-culturel. Ce manque de consensus idéologique est facile à étudier chez Roberto Mangabeira Unger qui avait une vision philosophique très classique (issue d'une philosophie catholique très « sociale »)<sup>7</sup> et qui avait très peu en commun avec un « brasseur d'images esthétiques » comme l'est Duncan Kennedy. Sauf que les deux (et le *Critical Legal Studies Movement* – CLS - en général) témoignent amplement d'une nostalgie à l'égard du très classique « *Sociological Jurisprudence* ». Même plus, le CLS cherche fébrilement à obtenir une légitimité en se présentant (plutôt en illégitimité) comme le successeur, voire l'héritier, de l'École dite « *Sociological Jurisprudence* ».

Insistons sur ce dernier point puisqu'il est important pour comprendre les idées juridiques américaines. L'école du « *Sociological Jurisprudence* » meurt en tant que lieu actif de recherche doctrinale dans les années 60s<sup>8</sup>, d'une mort tout à fait naturelle et en soi non-problématique, où les grands noms de l'école quittent la scène théorique et où les jeunes s'investissent ailleurs et autrement. En tant que philosophie du droit la « *sociological jurisprudence* » demeure pourtant disponible en tant que réservoir théorique (i.e. un lieu « passif ») toujours là et qui ouvre ainsi la possibilité pour des « germes » philosophiques qui se concrétisent dans d'autres théories qui prendront alors la relève. C'est ainsi que naît une pluralité de « *néo-sociological jurisprudence* » où l'aspect sociologique sera de plus en plus dominant aux dépens de la dimension « juridique » souvent réduite à une formalité dite opportunément « normative »<sup>9</sup>. Or, tant que le *Critical Legal Studies Movement* n'arrivait pas à présenter une charpente théorique adéquate ou acceptable sur le plan académique, l'héritage de la « *Sociological Jurisprudence* » est simplement là comme un réservoir théorique orphelin qui peut être utilisé pour obtenir une légitimité. Les partisans du CLS n'ont pu résister à la tentation de s'emparer stratégiquement du « *Sociological Jurisprudence* » pour ainsi obtenir la légitimité qui leur était refusée sur la base de leurs propres résultats doctrinaux. De là la prétention des partisans du CLS, largement partagée et de toute évidence fautive, de reprendre et de poursuivre l'héritage de cette école théorique (quoique illégitimement, avec maladresse et avec une surcharge de l'idéologie qui renie l'enseignement spécifique

obtenu par le *Sociological Jurisprudence*). Constaté que tous les universitaires du CLS se réfèrent assidument à l'école *Sociological Jurisprudence* est d'ailleurs un indice de cet attrait de récupération idéologique gratuite et de la nécessité d'établir, de l'extérieur, une généalogie et une justification aux thèses particulières du CLS<sup>10</sup>.

C'est surtout la lutte contre l'idée que l'éducation « juridique » est « neutre » qui sera le noyau dur du CLS. Qu'il enfonce joyeusement les portes, d'ailleurs grandement ouvertes depuis fort longtemps, ne le préoccupe guère, car il s'agit là du sous-marin idéologique à introduire, à savoir l'opinion que l'enseignement du droit ne relève de rien d'autre que d'un « perspectivisme » (à la façon de Nietzsche) et donc que si une forme de perspectivisme est acceptable, une autre doit l'être également. Certes, il s'agit ici d'un illogisme, d'une tautologie pour les naïfs, mais surtout d'une autojustification immédiatement réinvestie en faveur d'un « perspectivisme » opérationnel afin de faire mainmise sur le pouvoir universitaire et facultaire. Et là le « perspectivisme » devient imbattable puisqu'il est immunisé contre toute argumentation ou tout raisonnement contraires; il ne peut que servir à écraser l'infâme, à savoir anéantir celui qui ose s'opposer, critiquer ou encore penser par lui-même. Bref, le « mouvement » devient la « Raison idéologique » et l'adhérence au mouvement, une assurance (quoique sans contenu) d'œuvrer dans la bonne direction. C'est un paradoxe qu'avec un tel point de départ, largement anti-théorique – nous reviendrons sur cette question –, le CLS devienne ainsi le lieu de naissance, dès 1977, d'une avalanche d'articles et de livres<sup>11</sup> tous bâtis d'une manière fondationaliste sur le perspectivisme propre à chaque auteur!

En ce qui concerne concrètement Duncan Kennedy deux choses s'ajoutent et doivent être soulignées.

D'abord, Duncan Kennedy n'a jamais reçu de formation scientifique et théorique en droit. Il n'a jamais fait une thèse ou une œuvre qui peut être qualifiée de « scientifique ». L'absence (voire la négligence) de méthodologie juridique et surtout une brume épistémologique juridique déficitaire et défaillante (ou simplement non-existante) sont frappantes dans tout ce qu'il a écrit. Pour faire bref, Duncan Kennedy est avant tout un brasseur d'images esthétiques, un professeur qui « surf » sur des images qu'il invente sur le « droit » (son propre Idéo-droit). Qu'il s'agisse de ses autres ouvrages, tels que « Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination »<sup>12</sup> ou de « A Critique of Adjudication (fin de siècle) »<sup>13</sup>, Duncan Kennedy crée littéralement des images qu'il colle sur un « Idéo-droit » propre à lui et qui lui obéit au doigt et à l'œil. Tel un artiste (un art esthétique dans l'assemblage) il se confirme, de ce fait, en tant que « pluridisciplinaire » en utilisant de manière ludique tout ce qui lui plaira pour faire ses tableaux dits, toujours inopinément, du « droit ».

Ensuite, en ce qui concerne la question de la « théorie » et de la « pratique », soulignons, en droite ligne avec ce que nous venons d'affirmer, que Duncan Kennedy a une étrange relation autant avec l'une qu'avec l'autre. Il récuse plutôt les deux et il le fait toujours d'une façon bizarroïde en reniant toute valeur propre à la pratique du droit sauf si celle-ci sert en tant que confirmation (ou démenti) des paramètres idéologiques qu'il invente. Il fait de même avec la « théorie », laquelle est systématiquement enclavée dans un sens idéologique pour ainsi mieux la mythologiser en tant qu'image artificielle et manipulable. Le résultat est toujours que ni la « pratique » ni la « théorie » n'a de sens propre et surtout qu'une imagerie de l'Idéo-droit, brossée par Duncan Kennedy, remplace les deux. Retenons que la mise en image de cette Idéo-droit relève d'une rationalité esthétique et qu'il est rationnellement impossible de justifier comment l'image brossée par Duncan Kennedy peut avoir une quelconque relation avec le droit existant en tant que possibilité dans des sociétés spécifiques.

Si Duncan Kennedy n'a obtenu aucune formation « méthodologique » ou « épistémologique », il a par contre suivi un entraînement qui ne se prête en rien à la science juridique mais qui l'a pourtant placé existentiellement! Ceci nous oblige à revenir sur sa formation en tant qu'agent de CIA.

### ***Le « moi » et la C.I.A.***

De 1965 (ou 1964) à 1966, Duncan Kennedy travaille en tant qu'agent de la CIA, affecté au renseignement, au noyautage, à l'infiltration et au contrôle auprès des organisations étudiantes, dans une perspective mondiale.

Concrètement, il fera de l'infiltration pour le compte de la CIA dans l'Association Nationale des Étudiants (i.e. National Student Association/NSA). Après son initiation au travail de la NSA aux États-Unis, il sera ensuite stationné à Paris, en 1965, en tant que *Overseas representative* pour la NSA (ce qui explique sa maîtrise élégante de la langue française, sa connaissance de la French Theory<sup>14</sup> et son habilité à parler de façon savante des juristes et des théories françaises du droit au « tournant 1900 ») pour ainsi rapporter des noms et des renseignements sur les « activités » du monde universitaire parisien, de même que l'identité d'étudiants réfugiés ou politiciens qui ont fait de Paris leur lieu de refuge, fuyant ainsi les régimes militaires ou totalitaires de l'Amérique du Sud, de l'Afrique, de l'Asie ou de l'Europe!

Duncan Kennedy quitte officiellement la NSA en 1966 et, prétend-il, la CIA. Il intègre alors une firme de consultation en management, la Intercontinental Research Co. Inc. Il est à noter que Laura Kalman, historienne de la faculté de droit de Yale, se questionne sur ce poste de consultant et sur cette compagnie, en suggérant

ouvertement qu'il s'agit là, peut-être, d'une couverture pour la CIA et donc d'une autre assignation pour Duncan Kennedy<sup>15</sup> qu'il ne semblait pas apprécier autant que le monde universitaire.

Si Duncan Kennedy prétend avoir quitté la CIA en 1966, et qu'il ne revient jamais sur ce sujet pendant près de 35 ans, il se voit forcé d'intervenir en ces termes, en 2001, en raison des informations publiés par l'historienne de Yale, Laura Kalman<sup>16</sup> :

«J'ai travaillé pour la CIA pendant deux ans, dans l'opération qui a financé et contrôlé les activités à l'étranger d'une organisation appelée l'Association Nationale des Étudiants. Je justifiais ce que je faisais sur le principe bizarrement Schmittien d'un conflit de 'modes de vie' et nos activités trompeuses étaient dans la norme des prix à payer pour contenir les Soviétiques. J'étais un « libéral de la Guerre Froide »: quelqu'un avec un penchant pour les réformes de gauche (mais anti-communistes) partout dans le monde. Mon non-libéralisme a débuté en 1966 (juste avant que l'opération ne soit découverte) lorsque j'ai commencé à sentir que la menace soviétique n'était pas assez sérieuse pour justifier ce que nous faisons et que les réformes gauchistes ne se matérialiseraient jamais. J'ai quitté l'opération et ensuite j'ai pensé être déployé vers ce que la classe gouvernante en grande majorité libérale faisait au Vietnam, mais ne faisait pas pour répondre aux émeutes des ghettos noirs, sans me soucier pendant une seconde que la vraie menace venait du communisme.

J'ai été surpris quand l'enquête de l'Église a révélé les complots d'assassinats de la CIA, parce que j'avais naïvement imaginé une telle conduite extrêmement peu probable ainsi qu'injustifiée et stupide dans les circonstances, plutôt que parce que je la jugeais catégoriquement mal même dans certaines circonstances. En rétrospectif, j'ai pris la mauvaise décision en joignant la CIA (analysant faussement la situation stratégique, et trop fortement influencé par l'offre d'un report de mon appel sous les armes); c'était une décision mauvaise en les circonstances plutôt que catégoriquement.»<sup>17</sup>

Hélas l'explication se révèle trop naïve et politiquement correct pour être crédible! Existe-t-il vraiment quelqu'un sur la terre qui croit qu'on s'engage dans la CIA parce qu'on a fait une mauvaise estimation de la situation? Peut-on se permettre de croire une personne qui s'engage librement en tant qu'agent de la CIA, qui commence à travailler auprès des associations étudiantes pour les espionner et les influencer, et tout cela en même temps qu'elle clame être déjà de « gauche » mais avec le défaut (!) de n'être pas assez « antilibéral »? Le fait demeure que la

CIA recrute, en règle générale, dans l'Université avant l'obtention d'un diplôme, qu'elle donne une première « formation » pendant les années universitaires, que tout nouvel agent de la CIA reçoit ensuite une formation élargie avant d'être envoyé sur le terrain, que la CIA travaille en équipe et en réseaux, et surtout qu'on ne quitte pas si facilement ses rangs à un point tel que les contrats standards exigent une connexion à la Boîte, en silence et en fidélité, après des années de service. De toute évidence Duncan Kennedy prend ses lecteurs (et ses admirateurs) pour des tartes!

Tentons une autre explication beaucoup plus probable! Comme Duncan Kennedy nous le confirme candidement, c'est en 1966, quand la « couverture » de l'opération de noyautage de la CIA a été révélée au public, que tout change. Cela impliquait que l'identité de Duncan Kennedy comme agent de CIA était compromise et qu'il était inapte au travail sur le terrain pour une certaine période; en fait il aurait pu être affecté à un travail de bureau, au bas de l'échelle, ou encore comme simple agent-fonctionnaire dans une quelconque affectation. Pour quelqu'un qui vient de la bourgeoisie aisée et qui a fréquenté Harvard, cela représente-il un idéal? Au lieu d'être au milieu de l'échelle, n'aurait-il pas été plus tentant pour lui de grimper plus haut et de faire des études en droit? C'est justement le choix qu'il a fait en intégrant la faculté de droit de l'élite des États-Unis! Et s'il était un activiste étudiant au compte de la CIA, il n'avait qu'à récidiver comme activiste travaillant pour son propre compte! Il savait quoi faire!

Une pensée effleure notre esprit! Si la CIA est bien une organisation légitime qui fait un travail formidable pour assurer la paix et la sécurité dans le monde, qu'en était-il du travail qu'effectuait Duncan Kennedy? A-t-il présenté des excuses aux réfugiés étudiants qui venaient de partout dans le monde et qui ont pu se retrouver sur les listes de la CIA grâce à Duncan Kennedy? Des listes qui ont pu circuler partout, au risque de tomber dans des mains malveillantes. Des étudiants de la Grèce des colonels, du Brésil des généraux et tant d'autres pays encore! Ont-ils eu des problèmes avec leurs visas, leurs bourses, leurs vies? Ont-ils été mis en prison dès leur retour dans leur pays? Qu'en est-il de leurs familles, de leurs amis et de leurs collègues? Tant de questions qui demeurent sans réponse et desquelles, faute de faits, on ne saura jamais tirer la vérité.

### **Le « moi » et la narration.**

Retenons que celui qui cherche à introduire « une image idéologique », que celle-ci soit de l'Idéo-droit ou de la « hiérarchie », doit le faire par le poids de sa propre autorité. C'est la condition même d'un artiste, voire sa damnation, car cette autorité ne peut s'obtenir que par la séduction, une mise à nu (i.e. la création

d'un « nom » d'artiste par la « provocation » ou par la « controverse » à la façon par exemple d'un Andy Warhol ou encore Marcel Duchamp), où l'artiste joue sa personnalité dans un vis-à-vis avec le monde pour ainsi voir estimer sa propre valeur marchande. Ainsi Duncan Kennedy a dû se mettre sur le marché lui-même pour avoir une autorité marchande et dessiner, à sa façon, la question de « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies ». Ici la valeur marchande s'estime en mettant l'emphase sur le fait que :

« Je suis beaucoup plus convaincu de la véritable nature des types de réactions que je viens de décrire que de celle des attitudes envers la hiérarchie qui les accompagnent. Ma propre position au sein du système de classe, de sexe et de race (je suis un homme blanc, de la classe moyenne supérieure), ainsi que mon rang dans la hiérarchie professionnelle (je suis professeur à Harvard) me font percevoir la hiérarchie comme étant omniprésente et extrêmement importante, alors même que je passe mon temps à la condamner. Cela demande une imagination bien plus féconde que celle que je peux avoir étant donné mon intérêt dans le système. Il est difficile pour moi de savoir s'il m'est possible de comprendre les attitudes qu'ont envers la hiérarchie les personnes noires ou les femmes, ou encore les personnes nées de parents de la classe ouvrière, ou bien les avocats indépendants qui gagnent tout juste leur vie avec la signature de contrats immobiliers.

Les membres de ces groupes sous-entendent parfois que la particularité de leur expériences de l'oppressions ne peut être compris par des personnes étrangères aux groupe, mais parfois aussi que l'incapacité de la comprendre est personnelle plutôt qu'inévitable. Il me semble quant à moi que tout le monde a affronté des expériences analogues à celles éprouvées par des personnes opprimées par la hiérarchie, même par celles qui s'avèrent être les plus favorisés par le système. Le collier est tout aussi serré quand on est au bout de la laisse, que celle-ci mesure trois mètres ou qu'elle en mesure quinze. De l'autre côté, il paraît évident que la hiérarchie crée des fossés qui ne seront jamais comblés.»<sup>18</sup>

Il est aisé de constater que Duncan Kennedy est passé maître en sophisme. Dans notre perspectif, attirons l'attention sur le fait qu'il se forge en autorité en affirmant deux choses : (1) que je suis une victime comme vous autres et (2) que «je suis quelqu'un d'autre ». Examinons donc la valeur « marchande » de ses deux affirmations.

Quant à la première se rapportant à sa victimisation, notons que Duncan Kennedy insiste qu'il n'y a pas de différence entre une laisse de trois ou quinze mètres lorsque le « collier est tout aussi serré ». Nous sommes donc tous des victimes nonobstant tout statut ou social, race ou sexe, puisque la différence se constitue sur le plan de celui qui sait et de celui qui refuse de savoir, ou encore de celui qui profite de la situation ou de celui qui ne profite que peu ou pas du tout. Nous n'avons de ce fait pas besoin, défend Duncan Kennedy, des théories compliquées ou encore des analyses ringardes ou qui suivent un schème marxiste, mais plutôt d'une mise en scène sincère de « ma propre position » en tant que victime. Bien évidemment, une telle mise en scène sincère révèle que nous avons réussi à prendre conscience de notre situation dans les hiérarchies, à débusquer les forces « hiérarchiques » qui y agissent, à les éloigner (autant que possible) de notre pratique quotidienne et surtout à faire acte public de combattre les dites « hiérarchies ». Il faut, insiste-t-il, identifier le « mal » et acquérir la force idéologique (issue du « politiquement correct ») de le combattre.

Bref, dans un monde de « victimes », ce qui prévaut est la compréhension de notre statut de victime : «Le problème ne consiste pas à savoir si la hiérarchie existe ou non. Il s'agit plutôt de comprendre comment la hiérarchie fonctionne et de saisir ses implications pour s'aligner sur une politique bien précise. »<sup>19</sup> Bref, il faut s'aligner sur une politique dessinée par les Duncan Kennedy de ce monde!

Constatons donc que nous ne savons pas véritablement quel est le sens que Duncan Kennedy attribue au mot « hiérarchie ». Selon nous, il s'agit du « péché » et le « péché » ne se définit pas! Le « péché », autant que la « hiérarchie », se révèle dans la lutte en suivant la politique sur laquelle on « s'aligne »! De la même façon d'ailleurs que toute opposition à cette lutte (et à ses justes et bienveillants guerriers luttant ardemment contre le « péché » et contre les « hiérarchies ») révèle, pour sûr, l'existence, l'étendue et le pouvoir du « péché » autant que de la « hiérarchie » dans notre monde. Il faut croire! Il faut avoir la foi! Il faut avoir à l'esprit l'esquisse d'un éventuel tableau de messianisme fou et politico-théologique<sup>20</sup> où l'engagement dans la lutte justifie tout à partir d'une politique « d'alignement »<sup>21</sup>!

Quant à la deuxième assertion de Duncan Kennedy, à savoir la prétention que « je suis quelqu'un d'autre », il dévoile du même souffle ce dessin d'une politico-théologique de croyance aveugle. Son point de départ est que mon être empirique, voire mon statut social et professionnel, et surtout mon statut de privilège dans la hiérarchie (et dans l'oligarchie), n'a guère d'importance. Que Duncan Kennedy se réclame d'être un « traître à sa classe sociale » et qu'il se construise ainsi une image confortable et esthétique d'un transfuge qui a adopté « en conscience » et « en moral » la position des autres victimes, n'est ici qu'un

symbole de ce « je suis quelqu'un autre ». À savoir que « je suis quelqu'un autre » et donc que je suis vrai et véridique par mon discours et par mon adhérence à ma doctrine politico-théorique.

Il s'ensuit que le « je suis quelqu'un d'autre » est avant tout un bouclier qui sert à faire bifurquer, neutraliser et «mettre en échec» toute tentative ou tentative de critique qui peut lui être adressée. Cela sert à s'assurer qu'aucun jugement (dans un sens pratique ou théorique), aucun examen, aucune analyse, aucune évaluation, etc., ne peut être fait sur cette prétention. Bref, que toute interrogation intellectuelle doit être écartée du revers de la main et surtout que toute tentative de critique devrait être cataloguée en tant qu'«attaque», «blâme», «censure», «contrôle», «manipulation», ou simplement de «contre-attaque de l'Empire» (pour évoquer le film : la Guerre des Étoiles) ou en tant que péché. Pourquoi? Parce que si « je suis quelqu'un d'autre », personne n'a le privilège (ou encore la liberté!) de me critiquer ou encore d'écrire des réflexions non-autorisées sur mon compte. Cela relève, à suivre un tel raisonnement tordu, d'une attaque personnelle où ce qui est en jeu est mon statut de « victime », ma propre personne, à savoir qu'on m'attaque parce que je suis une femme, un noir (ou jeune, rouge, « cuivre », latino et Dieu sait quoi encore!), où parce que je suis un professeur « contestataire », ou quelqu'un qui n'aime pas les « hiérarchies » (ou encore le gavage des oies!). Dans cet ordre d'idée, cela prouve que « j'ai » vu « juste » et que ceux qui m'attaquent sont des machistes et misogynes, des racistes ou des vrais (ou de faux) suprématistes, des oppresseurs et des discriminateurs, et ainsi de suite, suivant les litanies tristement connues du politiquement correct. Bref, elles sont dans le péché. Bien sûr cela peut aussi, dans certains cas, être considéré d'une façon bénigne et dans ce cas la critique ne sera cataloguée que comme le soupir d'un égaré ou encore comme la détresse d'une « victime » qui, hélas, n'a pas encore vue la lumière!

Bref, Duncan Kennedy, en s'insérant dans une telle imagerie de « je suis quelqu'un d'autre », a ainsi produit une bulle narrative d'immunité qui exige d'être « vrai » par la sincérité de sa propre personne. Ce qui, *in petto*, n'est pas une position universitaire mais plutôt une position du politiquement correct ou encore aristocratique.

Tout se résume en fin de compte à une mode d'exposition : je me narre et quand je me narre je dis la « vérité » et quand je dis la « vérité » c'est la « vérité » de toutes les victimes qui sera narrée par moi! Duncan Kennedy met ainsi en orbite un univers narrative où ce qui compte est l'esthétisme de l'image que l'artiste brosse idéologiquement au profit de ceux qui sont supposément exclus de la « hiérarchie » ou simplement qui ne profitent pas adéquatement de leur existence, de leur position de victime.



## **Le moi et les images de « la hiérarchie ».**

L'autorité de Duncan Kennedy ainsi établie, ce sont maintenant les images de « la hiérarchie » et surtout de « la reproduction des hiérarchies » qui doivent être mises en lumière. Conformément à la pratique de Kennedy, il faut semer des images pour former un tableau complet de la « hiérarchie » existante dans les facultés de droit (et ailleurs). Il faut surtout le faire comme l'artiste qui, de l'inspiration à l'esquisse, de l'épure à la finition, utilise les traits et les couleurs pour séduire et se faire admirer par les éventuels acheteurs. Au-delà des modes de composition qui peuvent subséquemment osciller du pur naturalisme (l'art imitant la nature) à la pure abstraction (l'art s'imaginant sa propre « nature »), le tableau de la « hiérarchie » et de la « reproduction des hiérarchies » s'effectue, par Duncan Kennedy, à la façon d'une abstraction purement esthétique, tant que « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies » regorge de telles abstractions, telle une caverne à l'Ali-baba. Afin de comprendre son « œuvre », nous devons nous restreindre aux images brossées par Duncan Kennedy en ce qui concerne d'abord l'enseignement et ensuite la « vie » facultaire vue du côté de l'étudiant.

En ce qui concerne, de prime abord, l'enseignement de la doctrine du droit dans une faculté de droit, il se révèle, pour celui qui accorde foi à Duncan Kennedy, que le dit enseignement confirme un archétype de la « reproduction des hiérarchies », à savoir le modèle par excellence de la « hiérarchie ». Selon lui la situation actuelle est la suivante :

« Dire que la faculté de droit est engagée dans une idéologie revient à dire que ce que les professeurs enseignent, parallèlement aux techniques élémentaires, n'est pas ce qu'il faut enseigner, que c'est une blague compte tenu de la véritable nature du droit et de son fonctionnement. Cela revient à dire que l'idée que l'on se fait de la nature de la compétence juridique et de son partage entre les étudiants est trompeuse, que c'est une blague. Cela revient à dire aussi que les débouchés éventuels que les étudiants en droit croient pouvoir trouver sont illusoire, que c'est une blague »<sup>22</sup>.

Autrement dit, seul un partisan du CLS connaît la vraie nature du droit! Les autres ne font que de la « technique » ou encore un enseignement professionnel. Toute faculté de droit est donc divisée en deux : d'un côté, ceux qui savent, de l'autre ceux qui ne savent rien! Cela n'est pourtant pas une hiérarchie (!), car Duncan Kennedy affirme qu'elle est ailleurs :

«que l'enseignement du droit installe une hiérarchie dans le système juridique. L'enseignement du droit la confirme par analogie, l'engage dans une idéologie totalitaire qui la rend légitime en justifiant les règles qui la sous-tendent et lui fournit une idéologie particulière en

faussant le processus du raisonnement juridique. L'enseignement du droit agence le bassin des futurs avocats de telle sorte que leur classification hiérarchique leur semble inévitable. Il leur enseigne méthodiquement à ressembler, à penser et à se comporter comme tous les autres avocats dans le système »<sup>23</sup>.

«Les facultés de droit apprennent très peu aux étudiants et le font de façon maladroite. Ainsi, de la façon dont elles sont actuellement constituées, elles sont incapables de préparer les étudiants à choisir plus qu'une seule carrière au sein du barreau. La raison de cette incapacité se trouve dans le fait que les facultés de droit recouvrent l'apprentissage d'habiletés d'un écran de fumée d'absurdités et qu'elles consacrent le principal temps d'enseignement à transmettre une foule de règles mal assimilées »<sup>24</sup>.

Autrement dit, les professeurs de droit savent finalement peu de choses! Ce sont des ignorants et des « innocents »! Des personnes qui ne maîtrisent pas le « sous-courant » idéologique qui existe dans la profession juridique et qui, en conséquence, ont besoin d'être rééduquées par des gens qui savent!

S'agissant de la hiérarchie vue par les étudiants, Duncan Kennedy brosse l'image qu'en :

« général, les étudiants apprennent que les relations humaines dans le milieu de travail dépendent du bon vouloir des supérieurs, et non des besoins humains et de la justice sociale »<sup>25</sup>.

Ce qui signifie que la faculté de droit est bien un endroit de déprivation humaine! Comment se fait-il que les parents ne protestent pas ? Qu'ils n'interdisent pas à leurs enfants de fréquenter de tels lieux de perversion où ne règne que le « bon vouloir » hiérarchique, le péché, et où les exigences de justice et d'humanité, pour rien dire des « besoins humains », soient bafouées, écrasées sous les pieds des ignorants! Mystère!

À suivre Duncan Kennedy, lesdits parents ont raison d'être inquiets pour la morale de leurs enfants. Comme il l'affirme :

«la plupart des étudiants croient ce qu'on leur dit explicitement ou implicitement au sujet du monde dans lequel ils entrent, ils agissent de façon à réaliser les prédictions que le système fait à leur sujet et au sujet de ce monde »<sup>26</sup>.

Et si les parents savaient! Car, dans les salles de classe, les étudiants :

«apprennent à encaisser d'une humeur égale afin de tolérer d'être interrompu au milieu d'un phrase, d'accepter la moquerie, les attaques personnelles, les petits apartés, les questions tellement vaques

qu'il est impossible d'y répondre mais pour lesquelles il est impossible de donner la mauvaise réponse, les fins de non-recevoir et le manque d'encouragements (même si ces pratiques ne sont pas toujours ni partout la norme »<sup>27</sup>.

La conclusion qui s'impose est donc simple et claire : les parents des étudiants en droit ont sacrifié leurs enfants! Ils ont abandonné leurs enfants à un bande de scélérats qui se moquent de ceux-là, leur inculquent de fausses valeurs, leur donnent des fausses informations et qui, de surcroît, ne connaissent pas le « vrai droit » non plus! Bref, les professeurs réduisent les enfants en victime, sans que personne ne proteste. Ou peut-être que les parents (et les étudiants eux-mêmes) possèdent-ils assez de bon sens pour ne jamais généraliser à partir de concepts ou encore des mots « attrape-mouche »!

Or, à suivre Duncan Kennedy, cette situation déplorable ne s'arrête pas là car il s'ensuit également que les professeurs de droit sont coupables de « hiérarchie » partout dans la profession juridique; autant en ce qui concerne le barreau, les cabinets d'avocats, la profession d'avocat, les juges et ainsi de suite, car le message idéologique est, selon Duncan Kennedy, sans appel. Avec aplomb Duncan Kennedy écrit ce qui suit :

« les professeurs de droit doivent porter la responsabilité de l'existence de la hiérarchie juridique en générale, et pas seulement de celle du système de l'enseignement du droit »<sup>28</sup>.

Et comme il est « un autre », il peut ainsi conclure esthétiquement qu' :

« il faut la dénoncer même lorsqu'on profite de ses avantages et elle représente un argument militant contre un mode de vie qui nécessite ce type d'avantages »<sup>29</sup>.

Si le tableau idéologique est clairement dessiné, évaluons maintenant sa probité, son autorité. Deux observations méritent d'être soulignées : la vision manichéenne du monde jus-facultaire et la banalité même du contenu.

En fait, tout se résume à une rejection des « ils », des « autres », qu'il faut combattre sans peur et sans reproche. Comme il le dit : « Le système se perpétue uniquement parce qu'ils le recréent chaque jours »<sup>30</sup>, et il s'ensuit donc logiquement qu'il faut impérativement mettre les « ils » en échec, les battre, les écraser! D'où la constatation que Duncan Kennedy crée artificiellement (et idéologiquement) une exception pour lui-même (et pour les « siens »!). De même, bien sûr, que cela justifie une guerre sans merci contre « l'ennemi », à la façon des théories du constitutionnaliste-juriste nazi Carl Schmitt et que la « gauche » d'aujourd'hui adore de plus en plus<sup>31</sup>.

En effet, Duncan Kennedy arrive à créer une exception pour les « purs », pour eux qui n'enseignent pas des « blagues » (sic!) ou de la « hiérarchie » (sic!), qui connaissent la « vraie nature du droit » (sic!), qui respectent les étudiants (sic!) et surtout les minorités ethniques (sic!), etc., qui enseignent le vrai fonctionnement du droit (sic!), qui œuvrent au bénéfice de la « justice sociale » (sic!) et la transformation sociale (sic!), et *tutti quanti*. Bref, il crée une autre hiérarchie! Une autre hiérarchie encore plus brutale et fasciste, idéologique et sans issue. Car il y a désormais, pour celui qui accepte le tableau idéologique de Duncan Kennedy, une « hiérarchie » forgée en fer entre ceux qui ont compris et ceux qui en profitent en conscience ou en aveuglement volontaire du système. Projetons-nous ainsi dans le monde d'Orwell :

«Tous les animaux sont égaux, mais certains sont plus égaux que d'autres »<sup>32</sup>.

Il existe donc des professeurs de droit qui, tels « les cochons » dans le roman *La ferme des animaux* d'Orwell, sont plus « égaux » que les autres. Qui, comme « plus égaux », ont ainsi obtenu, par la magie et par l'imagerie propres à Duncan Kennedy, une « légitimité » (quoique uniquement « animalière »!), une « autorité » leur permettant de monopoliser, autant que possible à leur avantage, le pouvoir et ainsi écraser les « ils » qui leur font obstacle. Mais surtout, des professeurs qui ont obtenu une exception de pureté pour eux-mêmes pour mieux décrier « les autres », ces « autres » qui osent critiquer ceux qui font semblant de « critiquer »!

Or, sous-jacente à une telle conception manichéenne de la vie universitaire se trouve rien d'autre qu'une banalité, à savoir la constatation de Duncan Kennedy, tout à fait ordinaire, non-controversée et partagée par une majorité absolue et écrasante de professeurs de droit, à savoir que « les facultés de droit sont de véritables arènes politiques »<sup>33</sup> et que les questions de droit s'insèrent dans des enjeux et des considérations fortement politiques. Il s'agit là d'une évidence ! Il est facile d'être en accord avec cette assertion, on peut même faire de la surenchère en ajoutant que ces considérations politiques se conjuguent avec des considérations sociales, économiques, culturelles, historiques, religieuses, morales et éthiques. Depuis des millénaires, des juristes (et des professeurs de droit) ont, avec vigueur, martelé le message que le droit est un produit de la société et qu'il convient, avec lucidité et intelligence, de comprendre l'activité juridique et judiciaire dans une dialectique ouverte et réfléchie avec les forces réelles qui agissent dans une société qui a fait du « droit » l'horizon symbolique de son avenir.

Or Duncan Kennedy, en forçant des portes béantes et en mystifiant à outrance l'enseignement du droit, transporte une mission idéologique unique derrière ses propos, à savoir faire accepter une position particulière et idéologique de ce qu'il considère tout seul (et avec l'assentiment de son troupeau) comme étant « la

politique unique» à imposer; plus précisément : l'idéologique du moralement et politiquement correct telle que conçue par les partisans de l'académique de « gauche » (si ce n'est pas de « droite », tout simplement!).

### **Mon moi et mon « gauche ».**

Duncan Kennedy jure qu'il est de «gauche » et que tout ce qu'il écrit l'est également! Il nous implore de lui faire confiance et nous invite à utiliser cette étiquette! Or, comment s'en convaincre? S'agit-il d'une question de « foi »? Une « foi » qu'un auteur croit posséder et qu'il veut faire respecter, voire imposer? Ou encore une « foi » qui a plus de valeur marchande sur le marché culturel dit de « gauche », puisqu'elle procure à l'auteur un bouclier idéologique de protection? Ne s'agit-il pas plutôt d'une question de «carte de membre » – d'adhésion culturelle à un club politiquement correct, à une secte! - qui trouve sa juste valeur marchande dans la chaleur des cercles intellectuels opportunément proclamés de «gauche », ou encore, comme on le dit aux États-Unis, qui s'inscrit dans la « left-academica »?

Puisqu'il s'agit d'une question importante qui transcende le cas limité de Duncan Kennedy, un *a parte* d'éclaircissements s'impose dès à présent.

Constatons tout d'abord qu'être de « gauche » sur l'échelle politique était, jusqu'à 1960, largement tributaire d'une dialectique sur l'axe de « l'économie » et de « l'État ». Ainsi, ce qui caractérise « gauche » et « droite » se rapportait au rôle à attribuer à l'État (dans le domaine économique), à la question de la liberté (ou de contrainte) des acteurs (également dans le domaine économique), au degré, modes et finalités de «redistribution » des ressources pécuniaires au bénéfice d'individus jugés « en besoin » (ce qui a justifié l'avènement de l'État-providence), et ainsi de suite. C'était en somme une dialectique entre politique et économie qui reflétait, à sa façon, l'entrée des « classes économiques » dans le jeu démocratique élargi et contemporain (à partir d'environ 1850 dans les pays occidentaux).

Les artistes ou les intellectuels pouvaient certes, à partir de cette dialectique (qui donne donc une préexcellence absolue aux acteurs de l'économie et de la politique, à savoir les organisateurs ouvriers et leurs partis, et réciproquement au monde patronale et leurs soutiens politiques) montrer leurs affinités politiques en faveur de la « gauche » ou de la « droite », mais ils ne pouvaient, qu'avec illégitimité et fausseté, caractériser leur propre « produit » (ou encore leur « existence ») comme étant l'un ou l'autre. En d'autres mots, aucune philosophie ou aucune doctrine ou théorie n'était, en soi, de « gauche » ou de « droite »; elle pouvait plutôt être jugée telle (à partir de l'extérieur) selon les critères de la dialectique entre « politique » et « économique ». Un roman, ou n'importe quel produit culturel et intellectuel, ou encore universitaire, - prenons comme exemple Zola et son chef d'œuvre « Le

Germinal » - se méritait l'étiquette de « gauche » que suivant l'appréciation politique qu'une multitude de lecteurs lui avait accordée. En soi, le livre de Zola n'est ni de « gauche » et ni de « droite »!

Certes, il existe de grandes zones d'ombre dans l'analyse si modeste que nous venons de faire et cela s'accroît surtout quant aux « mouvements totalitaires » du vingtième siècle (quoique nous les retrouvons également à l'œuvre dans le 21<sup>ème</sup> siècle comme l'atteste le « islamo-fascisme »), et qui, littéralement, brouille la distinction entre « gauche » et « droite ». Le totalitarisme « bolchévique, léniniste ou stalinien », ou aujourd'hui islamo-fascisme, était-il de droite ou de gauche? Le nazisme n'avait-il pas la réputation dans les années 1920 d'être de « gauche »? Et cela n'a-t-il pas poussé, historiquement parlant, des individus qui se réclamaient de « gauche » à se faire les partisans de la « droite »? Ou encore, le mouvement « fasciste » de Mussolini en Italie ne pouvait-il pas, surtout dans les années 20, combiner une rhétorique de « gauche » pour mieux séduire et gouverner à « droite »? D'autres exemples peuvent aisément être ajoutés. Soulignons surtout que l'ambiguïté et la particularité du fait d'obtenir une marchandisation culturelle par l'utilisation du mot « gauche » a poussé beaucoup de personnes à rejeter un tel langage et que d'autres en ont escompté une valeur marchande immédiate lors de son utilisation notamment en matière de liberté publique et individuelle.

Quoiqu'il en soit, soulignons maintenant que l'utilisation des étiquettes de « gauche » et de « droite » n'avait visiblement pas de raison d'être en ce qui a trait aux produits culturels, artistiques ou intellectuels (autrement que comme étant des étiquettes en faveur d'une politique située ailleurs!) Or, tout cela change dans les années 60 – et donc nous voilà de retour dans l'univers d'imageries idéologiques de Duncan Kennedy – où soudainement un revirement contre-culturel s'effectue. Subitement, les produits culturels, les philosophies, les théories, les peintures, la poésie, les films, obtiennent, par l'incursion de la magie dans l'histoire, le statut d'être de « gauche ». Et cela ne s'arrête pas là, puisque soudainement le même statut était attribué à des individus qui, du jour au lendemain, obtenaient l'épithète de « gauche », de parler à « gauche », de penser à « gauche » et d'écrire « à gauche ». Comprendons bien que l'étiquette de « gauche » était le bouclier, ou encore la valeur marchande, qui pouvait ou non protéger un individu. Il s'agit également d'un terrible piège intellectuel (et moral)! Sartre (ou encore Foucault, Agamben, Negri, etc.) est-il de « gauche »? Le dilemme est que, pour répondre et pour dire qu'il (i.e. Sartre) s'agit d'un romancier génial, avec une conscience politique nulle et qui disait n'importe quoi sans trop réfléchir, il faut sortir de la « gauche » et faire confiance à son propre jugement. Or, cela ne peut se faire que dans une « non-foi » à ce qui est consacré en tant que « gauche » et relève donc de la trahison, du péché. Puisque la trahison dite idéologique n'a guère de valeur, surtout à « gauche », il fallait

donc que tout produit culturel consacré comme « à gauche » soit « à gauche », et d'en faire son univers de référence voire même son univers idéologique, en opposition à la « droite ». Que le juriste-constitutionnaliste nazi Carl Schmitt, nous l'avons déjà souligné, devienne subitement l'homme fétiche de la « gauche » - comme le reconnaît d'ailleurs Duncan Kennedy<sup>34</sup> - n'est donc pas si surprenant après tout, car en mettant l'emphase sur la lutte contre ennemi (i.e. la « droite » ou plus précisément tout ce que n'est pas consacré comme étant de « gauche ») comme l'ultime justification de la « gauche », cette dernière n'a subitement plus besoin de se légitimer ou de s'expliquer, sinon de se confirmer dans une situation culturelle où tout ce qui se dit « à gauche » (et qui dit n'importait quoi!) est « à gauche » et est donc légitime.

Cela nous renseigne également sur le fait que Duncan Kennedy ne veut rien savoir de la gauche historique aux États-Unis, ni de sa lutte, de ses victoires et de ses défaites, car pour lui la « gauche » est un produit, « une marchandise », culturelle et intellectuelle à la façon des années 60. Voilà donc l'opportunité qui lui est offerte pour introduire sa « gauche » à lui, car :

« Il ne s'agit pas de dégager l'essence de notre situation globale à partir de laquelle nous pourrions formuler des propositions particulières. Il s'agit plutôt de la projection sur un écran panoramique des idées et des images qui surgissent au cours d'actions à contre-courant que nous mourons d'envie de raccorder au grands courant de pensée. Ce qui suit est une tentative d'élaboration de cette sorte de théorie générale d'un point de vue existentiel-marxiste, anarcho-syndicaliste et moderniste (tout en reconnaissant que cet amalgame d'étiquette ne signifie pas grand-chose).»<sup>35</sup>

Or, par cette version très « politiquement correct » du mythe de la caverne de Platon<sup>36</sup>, il arrive que Duncan Kennedy et Platon affirment la même chose : il faut démasquer les fausses idées projetées sur la paroi de la caverne (ou sur l'écran panoramique) pour que, dans le feu de l'action de l'Un (i.e. l'élite ou le « mouvement » des élus et les initiés), soit diffusé, à contrecoup, le vrai message. Quant au contenu de cette projection abstraite, il se réfère, nous le constatons, à un amalgame d'étiquettes qui se contredisent les unes et les autres, témoins d'une confusion philosophique et idéologique frôlant l'imbécillité absolue; mais surtout la confiance absolue et sans restriction que la production abstraite des « idées » et des « images » peut se subsumer en réalité (et à la véracité d'une vie dans une société partagée en commun avec les autres) et comme *placebo* de circonstances, s'imposer en tant que « vision des choses » et comme un « mode de résistance par des radicaux engagés dans le processus d'enseignement du droit à la grandeur du pays »<sup>37</sup>.

Bref, vous êtes de « gauche » si vous le croyez, si vous avez la foi et que vous ne voulez pas vivre dans le péché! Il faut donc en conséquence le croire avec véhémence pour ainsi écraser celui qui ne respecte pas votre foi si laïque et tellement idéologique soit-elle!

### ***Le « moi » et la gérance du « politiquement correct ».***

Une règle générale existe dans la vie pratique: si vous voulez que rien ne change, il faut simplement formuler l'objectif de l'action de façon telle qu'elle sera si « abstraite », si éloignée de toute réalité, que sa réalisation soit impossible (voire absurde), en la projetant dans un avenir « utopique » à venir, *sine die*. Ainsi, si sa réalisation est impossible, il n'en va pas de même du bénéfice qu'un individu, ou encore un groupe d'individus, peut en retirer à l'égard du « pouvoir » et du « statut social » (i.e. sur l'échelle de la hiérarchie!). Eux peuvent avec facilité faire « le plein », tellement la séduction même du concept attire, séduit et engage. C'est ainsi que Duncan Kennedy peint un tableau de la « hiérarchie » dans les professions juridiques (et dans les Facultés de droit) qui se condamne dès le début à aboutir à rien, à aucun changement, à aucune « réforme! », sinon à une mobilisation perpétuelle de non-satisfaction! Rappelons, si besoin est, que la notion abstraite de « l'égalité » a mobilisé des millions d'opprimés pour (sans exception) aboutir du pareil au même, sinon au pire, à savoir à davantage d'inégalités et d'oppressions. On a qu'à se remémorer les mots de Karl Marx qui ironisait sur la devise de « égalité, liberté et fraternité » en n'y voyant là que de l'« infanterie, cavalerie, artillerie »<sup>38</sup>. On se retrouve ainsi dans le domaine du « politiquement correct » et surtout face au privilège (« hiérarchique » !) de le gérer.

Nous l'avons déjà indiqué, Duncan Kennedy est un idéologue fervent du « politiquement correct ». Puisqu'il n'existe pas de définition officielle - d'autant plus que l'expression demeure controversée - un éclaircissement exploratoire se révèle nécessaire. Définissons donc l'idéologie du politiquement correct comme se rapportant à l'opinion, la croyance ou encore le postulat que:

1. Les opinions (et les problématiques, les mots, les références, etc.) qui n'entrent pas dans mon cadre idéologique ne peuvent pas être prononcées *en* ou *avec* liberté. Des mots, des produits culturels ou intellectuels, qui m'offusquent doivent être interdits, empêchés d'exister ou noyés dans le bruit des protestations. Comme de telles choses n'ont pas raison d'être, tous les moyens d'intimidation, de désinformation et de mots *ad hominum* sont permis.

2. Tout est discutable et relatif et il n'y a pas de « vérité » à l'exception de la vraie vérité que nous défendons et cherchons à imposer (pour votre bien!). Nous sommes donc très tolérants (à la façon d'une tolérance répressive selon Herbert Marcuse<sup>39</sup>) et nous sommes prêts à vous corriger, éduquer et guider (pour votre bien!).



3. Des individus issus des minorités (ethniques, raciales, sexuelles, etc.) sont des mineurs qui ne connaissent pas leur bien et le bien que nous souhaitons faire pour eux. Ils n'attendent que nous pour les guider, les libérer, les dévictimiser! En conséquence, nous sommes en faveur de toutes politiques de discriminations et de sacrifices sociaux et intellectuels que nous jugeons bien pour eux et la société. Nous défendons qu'il faille de l'inégalité et de la discrimination (« positive » bien entendu!) pour aboutir, un jour (!), à l'égalitarisme.

4. Le monde est manichéen : d'un côté nous trouvons le mal et le péché et de l'autre, le nôtre bien sûr, nous retrouvons le bien, la justice, le bonheur, de même que la « vérité » vraie. Nous sommes donc légitimés et justifiés d'utiliser tous les moyens nécessaires pour combattre nos ennemis identifiés au « politiquement incorrect » (suivant le mode ou l'humeur de nos « penseurs »).

Satisfaisons-nous de cette esquisse! Observons, froidement, qu'elle peut servir autant la « gauche » que la « droite » - selon la formule que personne n'a (heureusement) le monopole de la bêtise! Même si notre analyse critique se rapporte uniquement au livre de Duncan Kennedy, et nullement au syndrome du « politiquement correct » en général dans le monde intellectuel, qu'il nous soit permis d'ajouter qu'au centre du mouvement du « politiquement correct » se retrouve l'idéologie du soupçon (ou encore de suspicion!)<sup>40</sup> Une idéologie du soupçon qui tourne à la folie, à la sottise et qui, en sanctifiant le dit « suspicion » en tant que « théorie », ouvre grande la porte à toutes les manipulations et à la désinformation qui se limitent à se satisfaire d'arguments superficiels, et à l'assimilation facile qui nécessite guère d'analyse rigoureuse des complexités sociales. Le mouvement du « politiquement correct » représente de cette façon le cancer (ou le SIDA) de la pensée intellectuelle et critique car, en attaquant et en détruisant le système immunitaire, il laisse l'intellectuel ou l'universitaire dans un état de béatitude, prêt à croire n'importe quoi, incapable de se défendre en pensée.

Duncan Kennedy correspond du tout au tout aux quatre exigences susvisées. Son discours est manichéen; il est pour un monde inégalitaire et de discrimination au profit des uns et au sacrifice des autres; il parle sur la mode de « vérité » (à un point tel qu'il témoigne en son âme et conscience de cette (soi-disant) vérité) et il n'a aucun respect pour l'opinion des autres même s'il se prétend « tolérant » (!), mais à la façon élitiste.

En ce sens, le politiquement correct est l'exact opposé du « critique ». C'est même remarquable que rien, absolument rien, dans « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies » de Duncan Kennedy puisse être assimilé à la critique comprise de façon normalement acceptable au niveau intellectuel! Car là où la pensée critique commence avec soi-même pour soumettre cette instance de l'agir

et à l'être dans le monde, à une interrogation sans merci quant à sa « construction intellectuelle » et à ses capacités de « compréhension », voire à l'empathie et aux valeurs autotéliques. Duncan Kennedy n'a introduit que la foi dans l'imagerie qu'il a inventée suivant ses propres idiosyncrasies. Que l'ultime instance de la rectitude soit donc la nécessité d'un « mouvement » en tant que l'ultime confirmation, comme l'aurait dit Nietzsche (et qui, disons-le en passant, était l'un des maîtres fondateurs de l'idéologie contemporaine de soupçon), de la volonté de puissance, n'est qu'un signe de cette « non-critique ».

### **Le moi et mon « mouvement ».**

En fin de compte, c'est donc au « mouvement » qu'aboutit Duncan Kennedy! C'est par le « mouvement » que le monde bouge et surtout le petit monde just-facultaire! Il faut en conséquence une organisation organisée, un « mouvement », qui peut actualiser et imposer le politiquement correct dans les facultés de droit. Entendons que c'est imposé pour leur bien et qu'il n'y a rien à discuter ou à négocier! Le modèle que Duncan Kennedy propose – impose - est en fait le très classique « entrisme » à la mode dans les années 70, lorsqu'il travaille pour la CIA avec, toutefois, un doigt de sauce hippie et postmoderne pour atténuer le tout.

Insistons d'abord sur le modèle de l'entrisme en rappelant, si besoin est, qu'il s'agissait du mode d'organisation privilégié des trotskistes et des marxistes-léninistes (et staliniens purs et durs) – sinon également de l'organisation du SDS (i.e. Students for a Democratic Society) aux États-Unis - en vue de gagner en crédibilité et obtenir une adhésion élargie des indécis ou insatisfaits au-delà du noyau idéologique ferme et déjà endoctriné. Comme Duncan Kennedy l'affirme il faut donc commencer par le « groupe d'étude ».

«Le groupe d'études de gauche devrait constituer le cœur de toute stratégie d'organisation à la faculté de droit. Il suffit de se lever un jour à la fin d'un cours et de dire : «Les personnes intéressées à former un groupe d'études de gauche pour discuter de questions concernant ce qui se passe à la faculté et pour créer des liens avec d'autres personnes impliquées dans des activités et des projets juridiques de gauche sont invités à participer à une réunion ce soit. » Ou encore, on peut inscrire l'invitation sur le tableau de la salle de cours ou distribuer un tract. »<sup>41</sup>

Il faut donc commencer en tout innocence pour discuter « ce qui se passe à la faculté »! Puisqu'il se passe très peu de chose dans une faculté de droit, sauf que les étudiants ont de difficultés à se réveiller le matin (après des heures de

cuites tardives), qu'ils n'ont pas fait leurs lectures obligatoires avant de se présenter en classe (car la drague bouffe trop de temps), que les cours magistraux sont trop difficiles et abstraits (d'autant plus de raisons pour travailler davantage et pour être à la hauteur, pour ne rien dire sur le bienfait de fréquenter la bibliothèque du droit!), la phrase « ce qui se passe à la faculté » dit tout! Il doit se passer des choses effrayantes à la faculté! Rien d'autre qu'un complot sournois et dans l'ombre du péché— et qu'il faut un ancien de la CIA pour comprendre – qui constitue la reproduction de la «hiérarchie»!

Toute la vérité ne peut pas être révélée tout de suite - elle est réservée aux initiés - et il faut que les recrues fassent leurs preuves. Encore une fois une analogie à la question du « péché » nous sera utile, en ce sens qu'il faut que les recrues dans la cellule d'étude découvrent par eux-mêmes l'existence de celle-ci et son terrible effet sur la société et le petit monde jus-facultaire! La vérité ne peut venir que par l'implication, par le fait d'étudier le « péché » dans des livres saints (sic!) qui en parlent, ou encore de la recevoir par la clameur de la lutte et la foi. À Duncan Kennedy donc d'affirmer que :

«Il est probable que peu de personnes assistent à la réunion, mais il se peut que *quelques-unes* y soient. Ces personnes risquent fort bien d'avoir en commun un sentiment de vive indication envers le style autoritaire d'au moins un des professeurs de première année et d'éprouver un malaise encore vague concernant le fait que le programme d'études de la première année soit profondément idéologique même si personne réussit à expliquer pourquoi il en est ainsi. De plus, ces personnes risquent de partager le sentiment que d'étudier le droit implique nécessairement une certaine capitulation et qu'il faut donc trouver une activité en dehors de l'apprentissage du droit qui leur permettra de rester fideles à leurs idéaux »<sup>42</sup>.

L'ambigüité de cette affirmation saute aux yeux. Ce que Duncan Kennedy affirme c'est qu'il faut exploiter le désarroi tout à fait réel qui existe effectivement chez les étudiants de première année d'étude du droit. L'objectif du groupe d'étude est de leur fournir une *weltanschauung* (i.e. une idéologie de soupçon). Avec des personnes ainsi recrutées, la deuxième étape à suivre, selon Duncan Kennedy, est de transformer le « groupe d'étude » en une organisation structurée:

«Un groupe de personnes partageant vaguement des sentiments comme ceux-ci se transforme en une organisation structurée en discutant de leur expérience à la faculté de droit, en lisant des textes ensemble et en tentant d'appliquer ces textes à leur situation institutionnelle. On peut trouver une littérature critique assez substantielle

pourtant sur le programme d'études de la première année. Des ouvrages comme *The Politics of Law* ou bien *Transformation of American Law* de Horwitz peuvent être de bons points de départ pour alimenter les discussions. Ce type de textes donne au groupe un aperçu des plus pertinent de la vie des tous les jours de l'étudiants en droit. Il est toutefois également utile de lire des textes qui traitent de la théorie sociale générale de gauche, que ce soit Marx concernant la question juive, Genovese sur le droit de l'esclavage ou le livre de E. P. Thompson pourtant sur la légalité en Angleterre au XVIIe siècle. »<sup>43</sup>

La phrase importante ici est lorsque Duncan Kennedy affirme qu'il faut lire « des textes ensemble »! Car le modèle en est un de « protestantisme de lecture » destiné à un club de rectitude politique. Un club qui ne connaît rien sur le monde et sa complexité, autre que le tableau de « rectitude » imposé par le maître des céans par lectures interposées.

Or, s'il s'agissait uniquement pour Duncan Kennedy d'ajouter plus de lectures de droit ou encore d'autres lectures non-juridiques, il aurait sans doute rencontré l'unanimité des professeurs de droit qui auraient, avec bienveillance et intérêt, encouragé de telle formation des « groupes d'études » privés dans une faculté de droit. Ça aurait même était fantastique car il faut encourager, autant que possible, les étudiants en droit à lire plus et les intéresser à l'histoire, à l'anthropologie, à la sociologie, à l'économie, au mangement, à la géographie, etc., pour ne rien dire sur les questions et doctrines juridiques qui ne trouveront pas leur place dans un curriculum juridique modéré et équilibre. Bien sûr que certains professeurs auraient certainement profité de l'occasion pour souligner qu'il ne faut pas pour autant s'aveugler en lisant uniquement un courant idéologique, qu'il faut faire preuve d'intelligence et s'ouvrir à une pluralité de lectures et débats concernant le droit dans un société moderne. Plusieurs professeurs de droit auront certainement avec plaisir pu ajouter d'autres livres à lire et auraient certainement attiré l'attention des étudiants vers des œuvres précises à lire. Mais tout cela n'est pas dans l'objectif de Duncan Kennedy car si les « groupes d'études » ont l'apparence d'une auto-initiative des étudiants, la réalité est plutôt qu'ils servent de prolongement au pouvoir d'un professeur (ou encore d'un groupe de professeurs)! En fait, ils deviennent leur milice – ou encore leur *Stürmabteilung* (i.e. Section d'assaut) - privée. Un « groupe d'assaut » qui peut être utilisé contre d'autres professeurs en vue de rendre leur vie misérable!

Il se confirme en fait que le groupe d'étude (ou encore l'organisation organisée) n'est qu'un club de « pouvoir » à la disposition des « Duncan Kennedy » de ce monde! Les textes lus ensemble, ou encore la haute lutte contre la soi-disant

« hiérarchie » dans une faculté de droit, se limitent en fin de compte à un club de « pouvoir » en vue de plus de « pouvoir ». Et l'ambiguïté avec ce club de pouvoir est qu'il est finalement « vide » de contenu, terriblement vide, sans l'idéologie de rectitude politique qui est finalement son seul secours et son salut. De l'aveu même de Duncan Kennedy, le groupe d'étude n'est qu'une stratégie en vue de dévoiler « les présuppositions idéologiques cachées de la vie institutionnelle »<sup>44</sup>. Qu'il n'existe rien de caché dans la vie institutionnelle dans une faculté de droit n'effleure guère l'esprit de Duncan Kennedy car avec un tel postulat, aidé par un illogisme de suspicion, c'est toujours le contraire qui est « vrai »; il y a simplement quelque chose qu'« ils » nous « cachent ».

Notons donc que c'est le (ou la) professeur(e) « politiquement correct » qui initie les étudiants pour que le groupe accomplisse, aux dires de Duncan Kennedy, « un certain acte de résistance à l'autorité dans la salle de cours »<sup>45</sup>, ce qui équivaut à encourager la perturbation de l'enseignement des collègues qu'ils (ou elle) n'aiment pas, en vue surtout d'imposer un message idéologique issu des « lectures privées » du groupe d'études aux autres étudiants. Ou simplement d'utiliser les paramètres idéologiques issus de l'idéologie du politiquement correct pour éviter ou empêcher toute pensée critique contraire à la lecture privée du club. Il faut intimider, abhorrer toute pensée critique, en visant, comme le confesse candidement Duncan Kennedy, un « mélange de rébellion et de calcul »<sup>46</sup>, avec comme restriction typiquement petit-bourgeoisie qu'il ne faut pas se faire expulser de la faculté à défaut de quoi on ne pourra pas obtenir de travail comme juriste à la fin de nos études!

Mais comment réagiront les autres collègues professeurs dans une faculté de droit face au fait qu'un(e) de leur collègue (ou un groupe de leurs collègues) dispose d'un « groupe d'étude » qui, à tout moment, peut être activé pour perturber leur enseignement, les ridiculiser, les réduire à « néant », sinon les harasser et les discriminer? Seront-ils contents et motivés pour poursuivre leur enseignement? Défendront-ils le principe de liberté de parole et de l'enseignement? Auront-ils la force de s'opposer au « politiquement correct »? Ou renonceront-ils en choisissant l'exil intérieur? Que peut-on finalement faire face au mouvement (et aux idées) totalitaire?

### **Cela ne se passera pas! No pasarán!**

Avouons finalement, sans surprise, que nous n'avons aucune sympathie pour le projet idéologique et si « non-critique » de Duncan Kennedy. Nous estimons qu'il s'agit en fait d'un cul-de-sac de pouvoir et de contrôle sur les autres qui ne mène nulle part, sauf à répandre le politiquement correct en tant que

cancer (ou SIDA) attaquant le jugement et la critique pour mener à l'aviilissement. Dans son sillage, c'est la désolation de la vie intellectuelle, la terreur sur les autres qui osent penser par et pour eux-mêmes et la sacralisation de la bêtise! S'il existe des personnes qui raffolent de cela, avouons que dans un sol souillé et détruit rien ne pousse, rien ne prend racine, et dans la stérilité des lieux c'est la laideur et l'obscénité de la rectitude politique (et morale) qui règne en maître. Cela n'est pas pour nous! Cela n'est simplement pas une politique saine et prometteuse pour une faculté de droit et ceux qui se jettent dans un tel abîme ne trouveront rien d'autre que l'enfer à la mesure de leurs propres phantasmes. Plutôt que de suivre les idiosyncrasies de Duncan Kennedy, nous avons tout intérêt à lui tourner le dos et nous engager tous ensemble dans une politique d'ouverture et de démocratie concernant l'enseignement d'un droit moderne vue à partir d'une faculté de droit.

En ce sens, il n'y a rien d'étrange ou de surprenant à constater qu'il y a quelques perspectives et quelques mots qui n'existent pas dans le livre de Duncan Kennedy. Le mot de « dialogue démocratique » brille par son absence! « Communication démocratique » également. Rien sur « l'espace public » et la nécessité d'un flux sans limite d'informations et d'opinions qui, sans crainte et sans restriction (ce que l'idéologie de « rectitude politique » abhorre!), appellent l'esprit moderne. Sont également absents des expressions telles que « modernité juridique » ou encore la modernité du droit dans une société ouverte et démocratique. Nous ne trouvons rien non plus quant aux « sujets de droit » ou encore quant à l'exigence tant démocratique que rationnelle pour que les individus puissent se considérer mutuellement comme des auteurs et des destinataires d'un droit à leur mesure. Peut-être que ces absences ne sont qu'un indice de la conception du « droit », à savoir de l'Idéo-droit à la façon de Duncan Kennedy, n'est en fin de compte qu'un abysse profondément réactionnaire et à la limite improductif, si on le compare, *a contrario*, à l'horizon que nous ouvre de tels mots et surtout leur défense concrète et populaire dans tout contexte démocratique.

À l'opposé de Duncan Kennedy, ce sont de telles avenues qui nous semblent les plus fructueuses, plus heureuses et plus adéquates pour une société évoluée et ouverte, pour un droit moderne et démocratique. Là, nous plaillons autant pour une théorie qu'une pratique, et autant en droit que dans le domaine de l'enseignement (et de recherche<sup>47</sup>), qui fait sien une conception moderne et démocratique du droit avec une option en faveur d'un droit démocratique, qui insiste sur la modernité juridique et le rôle non négociable des propriétaires du droit en chair et en os. Mais à ce stade, il ne nous reste qu'à nous référer à nos autres écrits qui justement explorent le paradigme d'un droit moderniste à notre mesure<sup>48</sup>.

\* **Bjarne MELKEVIK**, Faculté de droit, Université Laval; [bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca](mailto:bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca).

<sup>1</sup> Duncan Kennedy, « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système », Montréal, Lux Éditeur, 2010.

<sup>2</sup> Duncan Kennedy, « Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System », Cambridge, Mass., Afar, 1983; repris en juillet 2004 par New York University Press (avec des commentaires de plusieurs idéologues éminents du Critical Studies Movement) et en mars 2007 également par NYUP.

<sup>3</sup> George W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'État en abrégé* (1821), Paris, Vrin, 1982, page 58-59 : « Pour dire encore un mot sur la prétention d'enseigner comment doit être le monde, nous remarquons qu'en tout cas, la philosophie vient toujours trop tard. En tant que pensée du monde, elle apparaît seulement lorsque la réalité a accompli et terminé son processus de formation. Ce que le concept enseigne, l'histoire le montre avec la même nécessité : c'est dans la maturité des êtres que l'idéal apparaît en face du réel (Wirklichkeit) et après avoir saisi le monde dans sa substance le reconstruit dans la forme d'un empire intellectuel. Lorsque la philosophie peint sa grisaille dans la grisaille, une manifestation de la vie achève de vieillir. On ne peut le rajeunir avec du gris sur le gris, mais seulement la connaître. Ce n'est qu'au début du crépuscule que la chouette de Minerve prend son envol. »

<sup>4</sup> Voir l'histoire de la Faculté de droit de l'Université Yale: Laura Kalman, « Yale Law School and the Sixties: Revolt and Reverberations », Chapel Hill, The University of North Carolina Press, coll. *Studies in Legal History*, 2009. Un résumé, Laura Kalman, "The Dark Ages" se retrouve dans Anthony T. Kronman (dir.), *History of the Yale Law School. The Tercentennial Lectures*, New Haven, Yale University Press, 2004, p 154-213. Cf. également Laura Kalman, "Legal Realism at Yale, 1927-1960", Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1986 (Reprinted 2002 by The Lawbook Exchange).

<sup>5</sup> Cf. Duncan Kennedy « *Critical Legal Studies* », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, page 135-139.

<sup>6</sup> L'expression vient de Laura Kalman, *Yale Law School and the Sixties*, op.cit. page 2, 3 et 5. Elle définit le "communautarisme subjective" ainsi: "Communitarian subjectivism fused disapproval of authority; distrust of the Establishment; alienation from the system; attack on the hegemony of the power elite; scepticism about the neutrality and objectivism; enthusiasm for egalitarianism, individual creativity, and passion; a focus on the emancipator power of both "doing one's own thing" and co-operation; with a sense that "mind" could remake the "reality" believed to exist largely in the mind's eye" (ibid, page 4).

<sup>7</sup> Cf. Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.), Harvard University press, (1983) 1986. Voir, idem, *Politics: A Work in Constructive Social Theory*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1987, in 3 Vols: Vol 1 - *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Vol 2 - *Social Theory: Its Situation and Its Task - A Critical Introduction to Politics: A Work in Constructive Social Theory*; Vol 3 - *Plasticity Into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success*. Voir également: idem, *What Should Legal Analysis Become?*, London & New York, Verso, 1996.

<sup>8</sup> Voir, Laura Kalman, *Legal Realism at Yale 1927 – 1960*, op.cit.

<sup>9</sup> Des nouvelles écoles théoriques comme « criminologie critique », « criminologie de déviances », etc., peuvent exemplifier ce jugement.

<sup>10</sup> Sur la nostalgie (et le désir d'effectuer une récupération idéologique) du CLS, consulter Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, London, MacMillian, 1978, et Peter Fitzpatrick & Alan Hunt (dir.), *Critical Legal Studies*, Oxford, Blackwell, 1987.

Avec une orientation différente, comparer avec Françoise Michaut, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010 (publié ensemble avec deux textes de Frank Michelman).

<sup>11</sup> Voir, Harvard Law School Association (dir.) "Essays on Critical Legal Studies. Selected from the Pages of the Harvard Law Review, Cambridge (Mass.), The Harvard Law School Association (editor), 1986, p 1986.

<sup>12</sup> Duncan Kennedy, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, Paris, Flammarion, coll. Champs essais no 843, 2008.

<sup>13</sup> Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin du siècle)*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997.

<sup>14</sup> Voir, François Cusset, *French Theory: Foucault, Derrida, Deleuze, & Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, Paris, La Découverte, Paris, 2003. Notons que le livre de Cusset est enthousiaste et non-critique.

<sup>15</sup> Laura Kalman, *Yale Law School and the sixties: revolt and reverberations*, op. cit., page 384, note 6.

<sup>16</sup> Laura Kalman, *Yale Law School and the sixties: revolt and reverberations*, op. cit., page 70 s. Notons que Laura Kalman a interviewé Duncan Kennedy sur ses années de service dans le CIA.

<sup>17</sup> Duncan Kennedy, « Symposium : Afterword, A Semiotics of Critique, *Cardozo Law Review*, vol. 22, 2001, p 1147, à page 1166-1167.: "I worked for two years for the CIA, in the operation that funded and controlled the foreign activities of an organization called the National Student Association. I justified what I was doing on the quite uncannily Schmittian ground that there was a conflict of "ways of life" and our deceptive activities were within the range of acceptable costs of containing the Soviets. I was a "cold war liberal," a person who favored left-wing but anticommunist reforms all around the world. My nonliberalism began in 1966 (just before the operation's cover was blown) when I began to feel that the Soviet threat was not serious enough to justify what we were doing, and that the leftwing reforms would never materialize. I quit, and after that I thought I could be reoccupied with what the overwhelmingly liberal American ruling class was doing in Vietnam, and failing to do in response to the black ghetto riots, without worrying for as much as a second that the real threat was from communism.

I was surprised when the Church investigation revealed CIA assassination plots, because I had naively believed such conduct extremely unlikely as well as unjustified and foolish under the circumstances, rather than because I thought it was categorically wrong regardless of the circumstances. As I now see it, I made the wrong decision when I signed up (misassessing the strategic situation and too strongly influenced by the offer of a draft deferment), wrong under the circumstances rather than categorically". (Notre traduction). Notons que la référence de Duncan Kennedy à l'Église, date de 1975: Nicholas M. Horrock, *Church Says C.I.A. Actually Tried to Slay Castro*, NY. TIMES, Oct. 6, 1975, at A1.

<sup>18</sup> Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, op. cit., p 92.

<sup>19</sup> Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, op. cit., p 94.

<sup>20</sup> Notons dans ce sens l'origine religieux du mot « hiérarchie », voir Alexis Rosenbaum, « L'ordre sacré. Les représentations hiérarchique en philosophie », Paris, Desclée de Brouwer, 1999, p. 9 : « Une hiérarchie est d'abord une *représentation*. L'acception du terme « hiérarchie » qui prévaut aujourd'hui renvoie certes à la subordination des pouvoirs dans une institution, par exemple une administration. Mais cette acception est relativement récente, puisqu'elle date du XVIIIe siècle, et le terme est en réalité d'origine religieuse. Il apparaît au Ve siècle de notre ère pour désigner le mode d'organisation des anges, dont le principe d'échelonnement, de dépendance et de *commandement* est alors désigné comme sacré (*hier-arkhia*) ».



- <sup>21</sup> Sur le retour (et le refus d'un retour à un politico-théologique dit opportunément de « gauche »), voir Bjarne Melkevik, « L'abîme et « l'exception » : Schmitt, Agamben et le Schmittisme », dans *Mirandum*, (Sao Paulo, Brésil), vol 20, 2009, p 5 – 22.
- <sup>22</sup> Duncan Kennedy, «L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies », op. cit., p 8.
- <sup>23</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 87.
- <sup>24</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 41.
- <sup>25</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 75.
- <sup>26</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 8.
- <sup>27</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 76.
- <sup>28</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 88.
- <sup>29</sup> Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, op. cit., p. 96.
- <sup>30</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 57.
- <sup>31</sup> Voir, Carl Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, coll. Champs n° 259, 1992. Il existe quatre éditions de ce « livre », voir la préface de Julien Freund, dans C. Schmitt, *La notion de politique*, op. cit., p. 17, note 2. Pour une critique de Carl Schmitt, voir Bjarne Melkevik, « Pour en finir avec Carl Schmitt : Habermas devant le hobbisme juridico-politique », dans idem, *Habermas, droit et démocratie délibérative*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, à paraître (2010/2011), et idem, « L'abîme et « l'exception » : Schmitt, Agamben et le Schmittisme », op. cit.
- <sup>32</sup> Georges Orwell (i.e. Eric Blair), *La ferme des animaux*, Paris, Gallimard, coll. Folio, (1983) 2005, p. 144.
- <sup>33</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 7
- <sup>34</sup> Duncan Kennedy, « Symposium : Afterword, A Semiotics of Critique », *Cardozo Law Review*, vol. 22, 2001, p 1147, pp. 1166-1167.
- <sup>35</sup> Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, op. cit., p. 101.
- <sup>36</sup> Platon, *La République*, Livre VII, traduit par Robert Baccou, sans pagination, reproduit à partir du site : <http://hermanubis.com.br/Artigos/FR/ARFRILaCavernedePlaton.htm> Voir, également Platon, *La République*, traduction Robert Baccou, Paris, GF-Flammarion, 1966, pp. 273 – 276.
- <sup>37</sup> Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, op. cit., p. 101.
- <sup>38</sup> Karl Marx: «Chaque fois que, pendant ces vacances, le bruit confus du *Parlement* s'éteignait et que son corps se dissolvait dans la nation, il apparaissait clairement qu'il ne manquait qu'une chose pour parachever le visage véritable de cette République : rendre ses vacances permanentes et remplacer sa devise : liberté, égalité, fraternité par les termes sans ambiguïté: Infanterie, Cavalerie, Artillerie! »; dans idem, *Œuvres IV Politique I*, (édition par Maximilien Rubel), Paris, Gallimard, coll. Pléiade, 1994, p. 475 (Le 18 brumaire de Louis Bonaparte).
- <sup>39</sup> Herbert Marcuse, *Tolérance répressive suivie de quelques conséquences sociales de la technologie moderne*, Paris, Homnisphères, coll. Horizon critique, 2008.
- <sup>40</sup> Voir, Paul Ricœur, *Freud and Philosophy. An essay on Interpretation*, New Haven, Yale University Press, 1970, pp. 33 – 36., idem, *De l'interprétation: Essai sur Freud*, Paris: Éditions du Seuil, 1965 (édition de poche : 1995), pp. 40 – 50. Ricœur, en identifiant l'école de soupçon aux noms de Marx, Nietzsche et Freud, donne la définition suivante (page 41): « Si l'on remonte à leur intention commune, on y trouve la décision de considérer d'abord la conscience dans son ensemble comme conscience « fausse ». Par là ils reprennent, chacun dans un registre différent, le problème du doute cartésien, pour le porter au cœur même de la forteresse cartésienne. (.....) Après le doute sur la chose, nous sommes entrés dans le

doute sur la conscience. (.....). Mais ces trois maîtres du soupçon ne sont trois maîtres de scepticisme; ce sont assurément trois grands « destructeurs »; et pourtant cela même ne doit pas nous égarer; la destruction, dit Heidegger dans *Sein une Zeit*, est un moment de toute nouvelle fondation (.....) « À partir d'eux, la compréhension est une herméneutique : chercher le sens, désormais, ce n'est plus épeler la conscience, mais en déchiffrer les expressions. Ce qu'il faudrait donc confronter, c'est non seulement un triple soupçon, mais une triple ruse. Si la conscience n'est pas telle qu'elle croit être, un nouveau rapport correspondrait à celui que la conscience avait institué entre l'apparence et la réalité de la chose. La catégorie fondamentale de la conscience, pour eux trois, c'est le rapport caché-montré ou, si l'on préfère, simulé-manifeste » (page 42).

D'où irrationalisme et « idéologisme », car la conscience a perdu ses bornes et se trouve dans une position de « surconscience » planant au-dessus du monde tel qu'un inquisiteur à partir d'une « vérité » déjà acquise. Ce qui est également détruit dans une telle impasse de soupçon c'est la possibilité d'un « sens » à partir des ressources communicatives issues d'un espace public et critique.

<sup>41</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 127.

<sup>42</sup> Duncan Kennedy, op. cit., pp. 127-128.

<sup>43</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 128. Les références bibliographiques suivantes sont plus exactement : David Kairys (dir.), *The Politics of Law : A Progressive critique*, Jackson (Tn), Basic Books, 3<sup>ème</sup> édition, 1998; Morton J. Horwitz, *Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 1977; Karl Marx: La question juive, dans Karl Marx, *Œuvres*, sous la rédaction de M. Rubel, Paris, Gallimard, coll. Pléiade; Eugene D. Genovese, *L'économie politique de l'esclavage*, Paris, Maspero, 1968; E. P. Thompson, *La formation de la classe ouvrière anglaise*, Paris, Gallimard, 1988.

<sup>44</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 139.

<sup>45</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 129.

<sup>46</sup> Duncan Kennedy, op. cit., p. 131.

<sup>47</sup> Voir, Bjarne Melkevik, « Scolies sur l'avenir des facultés de droit », dans *Studia Universitatis Babes-Bolyai – series Iurisprudentia*, no. 2/2007, pp. 3 – 10 (<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=173>).

<sup>48</sup> Voir, Bjarne Melkevik, *Philosophie du droit*, Volume 1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2010.

**LE MED-ARB, MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES CONFLITS,  
DANS LE DROIT COMPARE**

**Andreea POP\***

**Résumé:** *L'étude ci-dessous présente un nouveau mode de résolution des litiges, la médiation suivie par l'arbitrage en divers législations, en relevant des systèmes de droit qui admettent que la même personne accomplisse la fonction de médiateur et celle d'arbitre et des réglementations qui ne reconnaissent pas la possibilité de réunir ces deux fonctions dans une seule personne. En dépit du fait que la procédure de med-arb a ses racines dans le droit anglo-saxon, dans les dernières décennies, elle s'est développée dans nombreux pays de l'Europe continentale et d'Asie. La célérité, l'économie du temps, les coûts réduits et l'imminence d'une solution au conflit en question constituent les plus importants avantages de cette institution.*

**Mots clés:** modes alternatives de règlement des conflits, médiation, arbitrage, med-arb, droit comparé, avantages de la procédure de med-arb.

**I. Introduction**

Récemment les litiges se réglaient exclusivement devant les juridictions, mais en tenant compte que le procès a mauvaise réputation, en faisant l'objet des critiques concernant sa durée trop longue, dévorant aussi beaucoup de temps et d'argent.

De plus, le contexte de judiciarisation croissante de nos sociétés modernes, de globalisation, d'augmentation du nombre de litiges et de frais judiciaires ainsi qu'une certaine perte de confiance des justiciables dans le système judiciaire a permis l'élaboration d'un espace dans lequel pourront s'épanouir d'autres modes de résolution des litiges, des modes de résolution autres que le procès, parmi lesquels on mentionne la médiation, l'arbitrage et le med-arb.

Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (M.A.R.C.), appelés *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.) dans les pays anglo-saxons, représentent des moyens économiques et rapides pour solutionner les conflits, en dehors des juridictions, auxquels les entreprises et non seulement peuvent recourir.

En dépit du fait qu'aujourd'hui les plus fréquentes méthodes de résolution des conflits restent celles traditionnelles, on peut remarquer une croissance de l'intérêt de solutionner les différends par les modes alternatives. Les modalités

traditionnelles se caractérisent par l'imposition d'une solution aux parties impliquées dans le conflit, en revanche la nouveauté de celles alternatives réside dans l'implication des parties dans la résolution du conflit.

## **II. Le med-arb**

### **La médiation**

Le terme "médiation" provient du latin : "*mediare*". La racine *med* a le sens de réfléchir, qui peut se traduire par *aider au diagnostic pour résoudre* et se retrouve également dans le mot *médecine*. Apparu dans l'encyclopédie française de 1694, le mot est identifié aux environs du XIII<sup>ème</sup> siècle. L'ancienneté de ce terme et de l'institution<sup>1</sup>, son importance et le fait qu'il continue à être d'actualité explique sa constance dans l'histoire.

Conformément à une partie de la doctrine<sup>2</sup>, la médiation représente «un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel une tierce personne - indépendant, impartial, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité qui lui reconnaissent les médiateurs- favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause».

Pour nous approcher de notre sujet, la médiation comme institution juridique, on va rappeler la définition issue du séminaire de Créteil: « Processus de création et de réparation du lien social et de règlementation des conflits de la vie quotidienne, dans lequel, une tierce personne impartiale, neutre et indépendante tente, à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions, de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose.»<sup>3</sup>

On peut aussi définir la médiation comme une procédure volontaire par laquelle une personne spécialisée(médiateur), aide les parties d'un conflit à le transformer dans un accord. Cette procédure peut être engagé, voire s'il y a déjà un procès sur le rôle des instances de justice.<sup>4</sup>

Tout d'abord, on précise qu'il n'y a pas des différences essentielles entre la procédure de conciliation et celle de médiation. Dans la doctrine, ces deux termes sont souvent considérés synonymes.

### **L'arbitrage**

L'arbitrage est une procédure d'origine contractuelle qui consiste à soumettre un différend à un ou trois arbitres (le tribunal arbitral) qui tranche(nt) le litige comme le ferait un juge. On a pour résultat une sentence définitive, qui fait application du droit et des usages du commerce (international le cas échéant), parfois en incorporant des considérations d'équité, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage en amiable composition.<sup>5</sup>

### **Définition du med-arb**

À travers le temps, les praticiens anglo-saxons ont proposé et développé des nombreux modes de résolution des conflits hybrides. On précise parmi les plus célèbres, à la croisée de l'arbitrage et de la médiation : le med-arb (*stricto sensu*), l'arbitrage post médiation (*med-then-arb*), l'arbitrage-médiation (*arb-med*), la médiation-fantôme (*shadow mediation*), le co-med-arb, le med-arb simultanés.<sup>6</sup>

Le med-arb est l'abréviation pour médiation-arbitrage qui désigne, *lato sensu*, toutes les procédures qui mélangent les deux méthodes alternatives de résolution des conflits, la médiation et l'arbitrage.<sup>7</sup>

Cette forme hybride de solutionner les litiges est un processus à deux brochures, «habituellement» en commençant par la médiation suivie par l'arbitrage.

Au sens restreint, l'arbitrage médiat/medié (« mediated arbitration ») peut représenter une modalité alternative de règlement des conflits dont la médiation se transforme en arbitrage, si les parties n'arrivent pas à un accord. Si elles ne parviennent pas, en tout ou partie, à un accord amiable, le litige ou les points restant en litige peuvent être soumis à l'arbitrage, le médiateur devenant arbitre, et les parties étant liées par la sentence à venir ou une autre personne sera nommée arbitre, selon le cas.

À la procédure de med-arb simultanés lui est consacrée expressément une réglementation entière, le Règlement de med-arb simultanés du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (C.M.A.P.) de 2006<sup>8</sup>, comme son nom l'indique, elle se caractérise par la mise en place concomitante d'une médiation et d'un arbitrage.

### **III. La réglementation du med-arb dans le droit comparé**

*Il y a des systèmes de droit qui admettent que la même personne accomplisse aussi la fonction de médiateur et celle d'arbitre et des législations qui ne reconnaissent pas la possibilité de réunir ces deux fonctions dans une seule personne.*

*Parmi les systèmes qui consacrent la possibilité que la même personne accomplisse aussi la fonction de médiateur et celle d'arbitre, on mentionne le droit italien, roumain, australien, brésilien, chinois, singapourien et la réglementation du centre d'Arbitrage et de Méditation de l'Organisation Mondiale de la propriété Intellectuelle.*

Le Règlement d'Arbitrage de la Chambre Nationale et Internationale de Milan prévoit parmi les pouvoirs du Tribunal Arbitral la compétence de celui-ci à tenter de concilier les parties du litige.<sup>9</sup> L'arbitre bénéficie d'une certaine liberté, il a le droit d'apprécier l'opportunité de la conciliation avant l'arbitrage ou il peut décider s'il va passer directement à l'arbitrage pour trancher le conflit en question.

En Australie, la loi d'arbitrage commercial de 1990 du Queensland permet aux parties à un accord d'arbitrage d'autoriser un arbitre d'agir comme médiateur, avant ou après qu'il a procédé comme arbitre et sans avoir importance si l'arbitrage se déroulera ou non.<sup>10</sup>

La loi sur l'arbitrage commercial de 1984 de la Nouvelle Galles du Sud, d'Australie établit également que les parties à une convention d'arbitrage peuvent autoriser un arbitre à agir comme médiateur si, avant ou après il a procédé à l'arbitrage, et sans avoir importance si l'arbitrage se poursuivra. L'art. 27 de la Loi sur l'arbitrage commercial de 1984 de la Nouvelle Galles du Sud<sup>11</sup> est formulé d'une manière identique avec celle de la loi d'arbitrage commercial de 1990 du Queensland. L'explication réside dans le fait qu'en Australie s'applique l'Acte Uniforme d'Arbitrage Commercial.

L'alinéa 1 de l'art. 17 des Règles de Médiation du Centre Australien d'Arbitrage Commercial International dispose que *les parties s'engagent à ne pas lancer, au cours de la procédure de médiation, toute procédure arbitrale ou judiciaire à l'égard d'un différend qui fait l'objet de la procédure de médiation*. L'interdiction du déroulement concomitant de la procédure arbitrale ou judiciaire et celle de la médiation souligne l'autonomie et l'indépendance de ces procédures.

En Brésil, la loi qui régit l'arbitrage établit que l'arbitre au début de la procédure essayera à médier les litiges entre les parties dans l'espoir d'arriver à un règlement qui peut devenir le fondement d'une sentence arbitrale.

Un tribunal arbitral, avec le consentement des parties, peut essayer à médier le litige, avant de prendre une décision, et puis si la médiation échoue, il rendra une décision dans un délai court, affirment les lois de la République Populaire de Chine.

Les Règles d'arbitrage de la Commission Economique et du Commerce international de Chine (C.E.C.I.C., CIETAC en anglais) disposent qu'un tribunal arbitral peut concilier les litiges d'une manière qu'il juge appropriée, et si la conciliation échoue, il procédera à l'arbitrage.<sup>12</sup>

Un arbitre, avec le consentement des parties, peut agir comme conciliateur et il va divulguer les renseignements reçus dans la phase de médiation qu'il considère nécessaires pour la procédure arbitrale, conformément à la Loi sur l'arbitrage international de Singapour.

Le Règlement de médiation du Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle<sup>13</sup> (O.M.P.I.) encourage le médiateur à promouvoir le règlement du différend, et en cas d'échec, à proposer des procédures y compris le recours à l'arbitrage par le médiateur.

L'art. 13<sup>14</sup> de ce Règlement, intitulé *le rôle du médiateur*, prévoit que le médiateur favorise le règlement des questions en litige entre les parties de la manière qu'il estime appropriée, mais il n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties. S'il estime que les questions en litige entre les parties ne sont pas de

nature à être réglées par voie de médiation, le médiateur peut proposer à l'examen des parties les procédures ou moyens qui, compte tenu des particularités du litige et des relations d'affaires pouvant exister entre les parties, lui paraissent offrir les meilleures chances d'aboutir au règlement le plus efficace, le moins coûteux et le plus fructueux de ces questions. En particulier, le médiateur peut proposer le recours à l'arbitrage; la communication des dernières offres de règlement de chaque partie et, à défaut de règlement par la médiation et sur la base de ces dernières offres, le recours à un arbitrage dans lequel le rôle du tribunal arbitral se limite à décider laquelle de ces dernières offres doit prévaloir; ou le recours à un arbitrage dans lequel le médiateur, avec l'accord exprès des parties, agit en tant qu'arbitre unique, étant entendu que le médiateur peut, dans la procédure arbitrale, prendre en considération des renseignements qui lui ont été communiqués pendant la procédure de médiation.

En plus, l'art. 20 prévoit que sauf sur injonction d'un tribunal ou autorisation écrite des parties, il est interdit au médiateur, à aucun autre titre que celui de médiateur, intervenir dans une procédure judiciaire, arbitrale ou autre, en instance ou à venir, liée à la question en litige.

En Roumanie, même s'il n'y a pas une réglementation expresse de la procédure de med-arb, on considère qu'elle peut être déduite en réunissant les dispositions de la Loi no. 192/2006 et celles concernant l'arbitrage interne, prévues par le Code de procédure civile.

L'objet de med-arb peut être déduit de l'art. 2 alin. 4 de la Loi no. 192/2006 et de l'art. 340 du Code de procédure civile. Même si la doctrine s'est exprimé dans le sens que les litiges de la compétence exclusive des instances judiciaires (par exemple, le divorce) ou ceux pénales ne constitue pas l'objet de l'arbitrage, en réalité, ces types de litiges sont ceux qui sont les plus fréquents rencontrés dans les causes de médiation. En effet, la sphère des litiges susceptibles d'être soumises à la médiation est plus large que celle des différends arbitrables.

Avant la rédaction d'une clause de med-arb, on doit analyser le caractère arbitral du litige. Si l'objet du différend n'est pas arbitral, mais il est médiable, la clause de med-arb sera nulle en ce qui concerne l'arbitrage, mais elle reste valable en ce qui concerne la médiation. Donc, il s'agit d'une nullité partielle.<sup>15</sup> Le litige peut être soumis à toutes les deux procédures de manière successive, si son objet ne l'interdit pas.

Ensuite, on va analyser la possibilité d'exercer le med-arb par un seul tiers neutre ou par des personnes différentes. On mentionne que l'art. 2 alin. 3 de la Loi no. 192/2006 prévoit la possibilité d'exercer la médiation dans le cadre des procédures arbitrales obligatoires et facultatives.

L'art. 341 alin. 2 du Code de procédure civile offre aux parties la liberté d'établir le cadre processuel arbitral, inclusivement du déroulement d'une conciliation préalable, en respectant l'ordre public, les bons mœurs et les normes impératives.

Donc, l'arbitre peut exercer les pouvoirs d'un conciliateur relatif au litige existant entre les parties.

Dans le cas où l'arbitre est médiateur en même temps dans le même conflit, les parties peuvent convenir que celui-ci tranche une partie du conflit par la médiation, et l'autre partie par l'arbitrage, ou que ce qui ne sera pas solutionné par la médiation, sera soumis à l'arbitrage. Dans ce dernier cas, l'arbitrage est une procédure complémentaire<sup>16</sup> à la médiation, et pas une voie d'attaque.

Concernant la possibilité d'un médiateur autorisé d'accomplir la fonction d'arbitre dans le même litige, la loi no. 192/2006 ne l'interdit pas. Donc, la profession de médiateur est compatible avec celle d'arbitre. Les parties sont libres de choisir son médiateur ou/et arbitre, en vertu du principe de l'autonomie de volonté, même si n'est pas une solution désirable, en tenant compte de la mission du médiateur de chercher les solutions, et pas de les imposer, car l'impartialité de l'arbitre pourrait être affecté.

Dans le cas où les fonctions de médiateur et d'arbitre sont exercées par la même personne dans le même litige, sa neutralité et impartialité risquent d'être affectées. On croit que s'est souhaitable que ces fonctions soient exercées par des personnes différentes pour assurer le succès de la procédure de med-arb. Mais si les parties décident que ces deux attributions reviennent à la même personne, puis elles ne seront pas en mesure de demander la récusation, car l'art. 351 ind. 1 alin. 2 C. proc. Civ. prévoit que l'arbitre peut être récusé seulement pour des motifs survenus après sa désignation.

En Roumanie, le med-arb est possible au moins dans le cas où la médiation et l'arbitrage se succèdent.

La procédure de med-arb doit aussi respecter la Loi relative à la médiation et le Code de Procédure Civile.

Pour avoir accès à cette procédure mixte, les parties premièrement vont conclure une convention de med-arb qui respecte les conditions de forme et de contenu, établis par les normes qui régissent la convention de médiation et d'arbitrage, spécialement celles sanctionnées par la nullité absolue. Les deux procédures permettent la forme d'une clause insérée dans un contrat principal ou la rédaction d'une convention distincte.<sup>17</sup>

La convention de med-arb exclue la compétence des instances judiciaire pour le règlement du conflit.<sup>18</sup> Le médiateur-arbitre devrait informer les parties sur cet aspect, car la convention de médiation ne produit pas cet effet, conformément à l'art. 2 alin. 5 de la Loi de médiation.

Dans la situation où les deux procédures se trouvent dans la charge des personnes différentes, il serait souhaitable l'existence d'une clause de confidentialité entre les procédures. Elle devrait porter sur l'interdiction d'utiliser comme moyens de preuve dans l'arbitrage les documents, les prétentions usitées dans la médiation et sur les motifs de l'échec de la médiation.



Lorsque le med-arb présente des éléments spécifiques vis-à-vis des procédures d'où il dérive, le médiateur-arbitre ou le médiateur et l'arbitre, selon le cas, devrait informer les parties sur les éléments essentiels à l'occasion de la clôture du contrat de médiation ou à l'introduction de la demande d'arbitrage. Cette obligation d'information existe de manière expresse dans la Loi de médiation.<sup>19</sup>

Dans l'hypothèse où le conflit est résolu par la médiation, les parties vont conclure un accord, conformément aux art. 58-59 de la Loi de médiation. Si les parties n'ont pas réussi à régler le conflit par la voie de médiation ou elles sont arrivées seulement à un accord partiel, chaque d'elles peut saisir le tribunal arbitral. Le tribunal va prononcer une sentence arbitrale, conformément aux art. 358 et suivants du Code de proc. Civ. On doit retenir qu'après l'arbitrage, les parties peuvent saisir les instances judiciaires seulement dans les cas prévus par la loi. L'accord de médiation peut être attaqué pour des motifs concernant son existence, en revanche, la sentence arbitrale peut être attaquée pour les raisons limitatives prévus dans l'art. 364 du Code de proc. Civ.<sup>20</sup>

*Le Canada, le Hong Kong, la Suisse et les pays de droit anglo-saxon ne reconnaissent pas la possibilité de réunir la fonction de médiateur et d'arbitre dans la même personne.*

Le Règlement National d'Arbitrage de l'Institut de M.A.R.C. de Canada prévoit dans son article 43<sup>21</sup> que l'instance peut encourager le règlement du différend et, avec l'accord écrit des parties, peut imposer/ordonner que la médiation, conciliation ou d'autres procédures soient utilisées par les parties à tout moment pendant la procédure d'arbitrage pour encourager le règlement.

Si, au cours de la procédure d'arbitrage, les parties règlent le différend, le tribunal doit, sur réception de la confirmation du règlement ou de la détermination qu'il y a un règlement, mettre fin à la procédure et, si les parties le demandent, constate le règlement sous la forme d'une sentence arbitrale par l'accord parties.

Les provinces canadiennes ont des statuts qui régissent l'arbitrage commercial international. Ces lois ont des sections semblables à l'art. 3 de la Loi d'Ontario qui prévoit que *pour faciliter le règlement d'un différend, un tribunal arbitral peut, avec l'accord des parties, utiliser la médiation, la conciliation ou d'autres procédures à tout moment pendant la procédure d'arbitrage, et, avec l'accord des parties, les membres du tribunal arbitral ne sont pas exclus de reprendre leurs rôles d'arbitres en raison de la médiation, de conciliation ou d'autres procédures.*

Cet article paraît à permettre un processus de médiation-arbitrage avec le consentement des parties.

Malgré l'approbation qualifiée de med-arb dans les lois régissant l'arbitrage commercial international, les provinces canadiennes ont adopté des lois, pour régler l'arbitrage interne, qui contiennent la suivante disposition: «Les

membres d'un tribunal arbitral ne doivent pas conduire aucune partie de l'arbitrage comme une médiation qui peut compromettre ou qui paraît à compromettre la capacité des tribunaux d'arbitrage de trancher le litige de façon impartiale". Bien que cette section n'interdit nécessairement le med-arb, il prévoit clairement que l'arbitre, après qu'il a arbitré le litige, n'a pas le droit à jouer le rôle de médiateur traditionnel. Bien sûr, il faut reconnaître que les parties peuvent choisir à déroger expressément à cette disposition, s'ils le souhaitent.

La loi d'Ontario relative à l'arbitrage international adopte la Loi type, qui est plus appropriée à la pratique internationale. La question reste dans un arbitrage interne quant à savoir si l'ordre public d'Ontario interdit aux parties pleinement informées de convenir qu'un arbitre nommé prendre le rôle d'un médiateur.

L'Acte régissant les relations de travail en Ontario, dans son art. 50 alinéa 1 confère aux parties le droit de renvoyer un différend, en vertu d'une convention collective, à un médiateur-arbitre pour sa résolution. Bien que cette réglementation est dans le contexte des relations de travail, la section semble représenter une forte approbation législative de med-arb en Ontario.

Dans le monde, la négociation, la conciliation et la médiation ont été historiquement le processus de règlement des différends par choix. Les arbitres ont été invités à faciliter le règlement avant de recourir à la détermination de droits juridiques. Le processus d'arbitrage devient souvent un med-arb informel dont le neutre règle le différend après que les efforts de règlement ont échoué.

Les règles de médiation du Centre International d'Arbitrage de Hong Kong<sup>22</sup> permettent à l'arbitre de procéder à la médiation, si les deux parties sont d'accord.<sup>23</sup>

L'art. 12 relatif à la confidentialité prévoit qu'aucune information découlant de la procédure de médiation ne serait pas utilisée dans le cadre d'un arbitrage ou procédure judiciaire subséquente, susceptible de préjudicier ou d'affecter les droits des parties.

Les dispositions de l'art. 14 relatif au rôle de médiateur dans la procédure subséquente prévoient que les parties s'obligent à ne pas désigner le médiateur comme arbitre ou représentant, conseil, témoin ou expert dans une procédure ultérieure d'arbitrage ou judiciaire qui découle de la médiation ou de tout autre litige ayant le même objet.

Les Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (C.S.M.C.) prévoient dans son art. 8 la possibilité de recourir après la médiation à un arbitrage. On peut déduire cela du corpus de l'art. intitulé *la confidentialité* qui prévoit que les parties s'engagent à ne pas utiliser, comme moyens de preuve ou d'une autre manière, les propos échangés pendant la médiation, dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

En général, la loi Suisse ne permet pas au médiateur d'avoir aussi la qualité d'arbitre dans le même litige. Mais, les parties peuvent déroger à cette règle par accord exprès.<sup>24</sup>

Le Règlement de médiation de l'Association Internationale pour la résolution des conflits (CIDRA) de Chicago<sup>25</sup> prévoit que si le différend est finalement déféré à l'arbitrage, le médiateur ne doit pas servir comme arbitre, sauf si les parties et le médiateur en conviennent autrement par écrit (art. 20 lettre q.). Autres méthodes alternatives de règlement du litige sont prévues par l'art. 23, en statuant que dans le cas où une résolution du différend n'est pas atteint par la médiation, le médiateur doit discuter avec les parties la possibilité d'appeler par son accord à un arbitrage, une "dernière offre" ou une autre forme de règlement extrajudiciaire des différends.

Le Règlement d'Arbitrage Commercial de l'Association Américaine d'Arbitrage (A.A.A.)<sup>26</sup> statue qu'à n'importe quel stade de la procédure, les parties peuvent convenir d'organiser une médiation, en vertu des procédures de médiation commerciale pour faciliter le règlement. Le médiateur ne doit pas être un arbitre nommé dans l'espèce. Lorsque les parties à un arbitrage en cours soient d'accord de médier leur litige sous le règlement de l'A.A.A., des frais administratifs supplémentaires ne sont pas nécessaires pour engager la médiation.

Aussi, les Règles de procédure de l'arbitrage commercial international du Centre Commercial Internationale de la Colombie-Britannique<sup>27</sup> prévoient dans l'art. 11, intitulé Motifs de récusation alin. 3: *Si une convention d'arbitrage prévoit a. pour la nomination d'un conciliateur ou un médiateur, et b. que le conciliateur ou le médiateur doit aussi agir comme arbitre dans le cas où la conciliation ou la médiation échoue à produire un règlement, une partie ne doit pas s'opposer à la nomination d'un conciliateur ou médiateur comme arbitre au seul motif que la personne a agi comme conciliateur ou médiateur relatif aux certains ou à l'ensemble d'aspects visés par l'arbitrage.*

Ensuite, l'alin. 4 statue: *lorsqu'une personne est nommée conciliateur ou un médiateur en vertu d'une convention d'arbitrage et refuse ensuite d'agir comme arbitre, une autre personne nommée à titre d'arbitre n'est pas tenu à agir premièrement comme conciliateur ou médiateur.*

En fin, les lignes directrices de l'I.B.A. (International Bar Association) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international contient des dispositions expresses concernant la procédure de med-arb.<sup>28</sup>

Certains pays ont réglementé de manière expresse des garanties de l'indépendance, de neutralité, impartialité du médiateur et de confidentialité du processus de médiation, c'est le cas d'Australie, de la Suisse, du Hong Kong. En Australie, les parties et le médiateur aussi s'engagent que le médiateur ne va pas agir comme arbitre ou comme représentant ou conseil d'une partie dans une procédure

arbitrale ou judiciaire à l'égard d'un différend qui fait l'objet de la procédure de médiation. Les parties s'obligent également à ne pas citer le médiateur comme témoin dans une telle procédure.<sup>29</sup> Ces dispositions visent à garantir l'indépendance du médiateur et la confidentialité de la procédure de médiation. La réglementation suisse prévoit que les parties doivent s'obliger de manière expresse à ne pas citer le médiateur en qualité de témoin dans une procédure judiciaire, d'arbitrage ou autre portant sur le même conflit. Ces obligations sont corrélatives à l'interdiction du médiateur de ne pas témoigner dans une procédure ultérieure judiciaire ou arbitrale portant sur le même conflit. Des dispositions similaires on retrouve dans la législation du Hong Kong, aucune partie n'ayant pas le droit de demander à un médiateur d'être témoin dans un arbitrage ou procédure judiciaire ultérieure qui découle du même contrat.

### **Les avantages et les inconvénients du med-arb. Conclusions**

Pour conclure, contraction des termes «médiation» et «arbitrage», le med-arb a été développé pour tirer profit des avantages complémentaires de ces deux modes de résolution de conflits. Il permet de maximiser les possibilités de règlement grâce à la médiation tout en donnant l'assurance que le litige sera tranché par arbitrage dans un délai préétabli. Le med-arb donne aux parties la certitude d'obtenir une solution négociée ou tranchée à leur différend dans un délai précis.

Ce processus permet aussi d'épargner temps et argent. Ainsi, si le dossier se rend à l'arbitrage, la médiation aura servi à éliminer beaucoup de points en litige, à faire une liste d'admissions et de questions à trancher, dans le cas où les législations permettent que la même personne soit aussi médiateur qu'arbitre. Il n'y aura pas de pertes d'énergie à nommer et à renseigner un nouveau professionnel sur le dossier. Le médiateur-arbitre pourra procéder à l'arbitrage plus rapidement et trancher le dossier de façon efficace.<sup>30</sup> Donc, le med-arb est un mode alternatif de règlement des conflits, caractérisé par son efficacité concernant le temps et le coût. Dans les systèmes de droit, qui admettent que la même personne peut accomplir les deux fonctions de médiateur et d'arbitre, si la médiation échoue, les parties ne sont pas obligées à engager un autre tiers neutre pour prononcer la sentence arbitrale, mais elles continuent la procédure d'arbitrage avec le médiateur qui déjà connaît la plupart des informations nécessaires pour rendre la sentence.

À travers le med-arb, les parties s'impliquent sincèrement et avec bonne foi dans le litige, car elles savent que si elles n'arriveront pas à un accord par voie amiable, puis elles perdent le contrôle sur le litige. Il y a des études qui prouvent que les parties ont l'intention de se concilier et sont moins hostiles pendant le med-arb que seulement à la médiation.

Puis, la caractéristique essentielle du med-arb est que le conflit sera réglé d'une manière ou d'autre, soit par l'accord des parties, soit par une sentence arbitrale.

Parmi les avantages retenus dans la doctrine, on mentionne l'économie du temps, des coûts relativement réduits par rapport aux procédures arbitrales et judiciaires classiques, un contrôle élevé des parties sur le destin du conflit, en offrant des pouvoirs restreints au tiers neutre, spécialement à l'arbitre.

Le plus important inconvénient est l'alternance de la neutralité et de l'impartialité du tiers qui assiste les parties. Ainsi, dans le cas où la procédure de med-arb se déroule devant le même tiers, il peut apparaître la suspicion que l'opinion formée sur le cas pendant la médiation influence d'une manière partielle la sentence arbitrale rendue. Donc, c'est préférable que les deux étapes du med-arb reviennent à un autre tiers neutre dans chaque étape.

La manipulation du procès représente un désavantage, car une des parties peut complément refuser à collaborer ou négocier, fait qui force le passage de la médiation à l'arbitrage.

Certains États connaissent une réglementation expresse de l'institution (c'est le cas de la France), en temps qu'autres non, mais cela ne signifie pas nécessairement qu'on doit exclure son application dans la mesure où il existe des textes juridiques qui ne l'interdit pas (le cas de la Roumanie).

Même si la procédure de med-arb est à l'origine et traditionnellement anglo-saxonne, on observe que récemment, dans les dernières décennies, elle s'est développée dans nombreux pays de l'Europe continentale (France) et d'Asie (Japon, Chine, Hong Kong, Singapour). En dépit de cet aspect, les législateurs ont su à l'adapter à leurs systèmes de droit, en tenant compte de ses caractéristiques. Autrement dit, le med-arb n'est pas réglé de manière unitaire dans le monde, mais il y a des grandes ressemblances en certaines législations.

---

\* **Andreea POP**, Etudiante en master Droit privé comparé, UBB Cluj-Napoca ; andreeaelite@yahoo.com

<sup>1</sup> Michele Guillaume – Hofnung - Que sais-je? *La médiation*, édition P.U.F., Paris 2007, p. 3

<sup>2</sup> Ibidem., p 71

<sup>3</sup> Actes du Séminaire de Créteil, Délégation interministérielle à la Ville, 2001, p. 128

<sup>4</sup> Şuşac Zeno, Ignat Claudiu, *Modalităţi alternative de soluţionare a conflictelor (ADR) (Modalités alternatives pour la solution des conflits ADR)*, Ed. Universitaires, Bucarest, 2008, p. 62.

<sup>5</sup> <http://www.mediationetarbitrage.com/interne.php?page=58&niveau=1>

<sup>6</sup> Adeline Antoine, *Arbitrage et médiation, les preuves fatigant de la vérité*, Journal des sociétés no. 35/2006, [http://www.cmap.fr/pdf/Articles\\_Hammonds\\_Hausmann.pdf](http://www.cmap.fr/pdf/Articles_Hammonds_Hausmann.pdf)

<sup>7</sup> Flavius George Pancescu, *Procedurile mediere-arbitraj şi mini-proces în România (Les procédures médiation-arbitrage et mini-procès en Roumanie)*, Courrier Judiciaire no. 6/2009, p. 319

<sup>8</sup> <http://www.mediationetarbitrage.com/interne.php?page=26&niveau=1>

- <sup>9</sup> Art. 25 (1): *Le Tribunal Arbitral peut, a tout moment de la procédure, tenter de concilier les parties au litige.*, Version en vigueur a compter du 1 janvier 2004, [http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam\\_reglement-arbitrage\\_2004.pdf](http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam_reglement-arbitrage_2004.pdf), p. 37. Le Règlement d'Arbitrage de la Chambre Nationale et Internationale de Milan a été modifié en 2010, l'ancien art. 25 est devenu l'art. 22, en ayant la suivante formulation: *Le Tribunal Arbitral peut, a tout moment de la procédure, tenter de concilier les parties au litige, au besoin en les invitant a une tentative de médiation offerte par le Service de Médiation de la Chambre Arbitrale de Milan.* [http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam\\_reglement-arbitrage\\_2010.pdf](http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam_reglement-arbitrage_2010.pdf), p. 13
- <sup>10</sup> Art. 27 *Règlement des différends autrement que par voie d'arbitrage (1) Les parties à une convention d'arbitrage - (a) peuvent rechercher un règlement d'un différend entre eux par médiation, conciliation ou un autre moyen similaire, ou (b) peuvent autoriser un arbitre ou juge-arbitre d'agir comme un médiateur, conciliateur ou d'autres intermédiaires arbitral entre eux (impliquant ou non une conférence pour être effectué par l'arbitre ou juge-arbitre); que ce soit avant ou après la procédure d'arbitrage, et n'important si l'arbitrage se poursuivre ou non.* s. 27 Commercial arbitration Acte 1990, version actualise en 2002 <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/CommArbA90.pdf>
- <sup>11</sup> Par rapport à la Loi sur l'arbitrage commercial de 1984 de la Nouvelle Galles du Sud en vigueur en décembre 2007, version 024, Acte No. 10167 of 1984
- <sup>12</sup> <http://www.cietac.org/index.cms>
- <sup>13</sup> <http://www.wipo.int/amc/fr/mediation/rules/index.html>
- <sup>14</sup> Version en vigueur à compter du 1-er octobre 2002, [http://www.wipo.int/freepublications/fr/arbitration/446/wipo\\_pub\\_446.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/fr/arbitration/446/wipo_pub_446.pdf)
- <sup>15</sup> L'art. 343 alin. 2 Code de procédure civile prévoit l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat où elle a été insérée.
- <sup>16</sup> Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siiriainen, *Droit du commerce international*, 1re édition, Ed. Dalloz, Paris, 2007, p. 350
- <sup>17</sup> Flavius George Pancescu, *Legea privind medierea si organizarea profesiei de mediator (La loi relative à la médiation et à l'organisation de la profession de médiateur)*, Ed. C.H. Beck Bucuresti, 2008
- <sup>18</sup> Art. 343 ind. 3 C. proc. Civ.
- <sup>19</sup> Art. 29 alin 1 L. 192/2006
- <sup>20</sup> Flavius George Pancescu, *Procedurile mediere-arbitraj și mini-proces în România (Les procédures médiation-arbitrage et mini-procès en Roumanie)*, Courrier Judiciaire no. 6/2009, p. 319 - 322
- <sup>21</sup> <http://adrcanada.ca/resources/documents/RulesasamendedOctober2008withGST.pdf>
- <sup>22</sup> [http://www.hkiac.org/documents/en\\_mediation.pdf](http://www.hkiac.org/documents/en_mediation.pdf), version en vigueur a compter du 1-er août 1999
- <sup>23</sup> Claude Thomson, *Med-arb: a fresh look*, [http://www.claudethomson.com/docs/Med-Arb\\_A\\_Fresh\\_Look.pdf](http://www.claudethomson.com/docs/Med-Arb_A_Fresh_Look.pdf)
- <sup>24</sup> Art. 8 (3) Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale: *Le médiateur ne peut intervenir ultérieurement en qualité d'arbitre dans le cadre d'une procédure d'arbitrage portant sur le même conflit qu'avec l'accord exprès de toutes les parties.* <http://www.skwm.ch/index-fr.php?page=168&frameset=2>
- <sup>25</sup> Version en vigueur à compter du 20 février 1998, [http://www.cidra.org/pdf/M\\_Rules.pdf](http://www.cidra.org/pdf/M_Rules.pdf)
- <sup>26</sup> Règle no. 8 "Médiation", Version en vigueur à compter du 1 juin 2009, <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>
- <sup>27</sup> Version en vigueur au 1 janvier 2000, [http://www.bcicac.com/bcicac\\_ica\\_rules.php](http://www.bcicac.com/bcicac_ica_rules.php)
- <sup>28</sup> Art. 4 lettre d) Version en vigueur à compter du 22 mai 2004, <http://www.int-bar.org/images/downloads/guidelines%20text.pdf>, p. 12-13
- <sup>29</sup> Art. 20 [http://www.acica.org.au/mediation\\_rules.html#\\_Toc171764364](http://www.acica.org.au/mediation_rules.html#_Toc171764364)
- <sup>30</sup> <http://www.mediationsophilex.ca/fr/medarb>

**INCOMPATIBILITATEA DE A EXERCITA COMERȚUL.  
REVIZUIREA UNUI CAZ**

**Paul POPOVICI\***

**Abstract: *The Incompatibility of Trade Activities. Revising a case.*** Trading activities have been prohibited for the clergy members belonging to the Eastern Christian Church, including the Romanian ones. This prohibition was formulated during the first Christian centuries; in the particular case of the Romanian Orthodox Church, this fact has been renewed through various disciplinary regulations, such as those from the years 1884 or 1949. Recently, in 2008, a new statute of the Romanian Orthodox Church was adopted. Through its provisions, the normative framework related to the forbidding of the trade activities for the priests is being significantly modified. To be more exact, the regulations allow the subjects to carry on commercial activities, but only under some specific conditions. Although the restrictions do not depend on any preliminary agreement from the part of the ecclesiastic authority, they are nonetheless framed by the exercising of such trade acts that "do not infringe upon the Christian morality and the interests of the Church". This provision indicates the presence of a different perspective in the area, which can have as a starting point the hypothesis of an ecclesiastic answer addressed to the problems of nowadays society (starting from people's poor state of living, some clergy members included, and up to the need of a Christian meaning conveyed to some practices that have a neutral essence in themselves). Whatever the motivation, it is worth remembering that even the apostle Paul had exercised some activities with a commercial character, without raising through them the contempt of his community. The author analyses diachronically the prohibition regarding the exercising of trade activities by the Eastern Church clergy members, emphasizing the issues that are allowed and / or forbidden according to the present Christian Orthodox Church legislation.

**Keywords:** *commerce, canonical tradition, ecclesiastical regulation, incompatibility, limited permission*

**Liminarii.** Din punct de vedere etimologic, vocabula „comerț”, după cum atestă lingviștii, provine din limba latină și constituie o alăturare a două cuvinte – *cum* și *merx* –, calificând o operațiune cu mărfuri<sup>1</sup>. Ulpian definea comerțul *emendi vendendi invicem jus*<sup>2</sup>; așadar, prin *commercium* romanii înțelegeau „comerț, negoț, schimb, cumpărare și vânzare”<sup>3</sup>. Privite inițial doar ca operațiuni de interpunere în schimb, activitățile comerciale au fost întotdeauna interzise clericilor de confesiune

creștin-ortodoxă<sup>4</sup>, dispoziții canonice sau nomocanonice bizantine<sup>5</sup> instituind o incompatibilitate între exercitarea sacerdoțiului și desfășurarea de operațiuni comerciale (prevederi care actualmente sunt încorporate în regulamentul disciplinar).

Organizarea cultelor presupune astăzi atât un cadru legal extern (adică o lege a cultelor), cât și un cadru normativ intern (alcătuit dintr-un statut, cu valențe generale sau de constituție ecleziastică, precum și din regulamente, prin care să se detalieze reglementarea anumite aspecte ale raporturilor specifice acestora: disciplină, patrimoniu etc.), acceptat de stat. Astfel, în conformitate cu dispozițiile legale<sup>6</sup>, BOR și-a alcătuit un la un moment dat un regulament disciplinar, aflat și astăzi în uz, cu modificări.

**Incongruențe legislative.** Noul *Statut al Bisericii Ortodoxe Române (BOR)*<sup>7</sup> oferă, în raport cu anumite prevederi ale regulamentelor bisericești, o redactare ușor diferită în privința anumitor chestiuni, cum sunt cele privind disciplina bisericească.

În concret, *Regulamentul de procedură al instanțelor disciplinare și de judecată ale BOR* (citat în continuare *Regulamentul de procedură*) dispune că: „fără a atinge îndatorirea preoților de a conlucra și la promovarea stării materiale a poporului, prin muncă cinstită și la organizarea vieții lui economice, le este oprit preoților și diaconilor de a se îndeletnici cu afaceri incompatibile cu chemarea lor și care i-ar împiedica de la împlinirea cu succes a îndatoririlor misiunii lor. Astfel, ei nu pot exercita *nici un fel de comerț* (sublin. ns., P. P.), nici pe numele lor, nici pe numele soției sau prin persoane interpușe; nu pot participa în societăți comerciale, în locurile care implică responsabilitatea personală, cum ar fi de exemplu: administratori-delegați, directori sau casieri”<sup>8</sup>.

Textul, mai recent, al Statutului BOR prevede că „În BOR, statutul de preot, diacon și călugăr este incompatibil cu exercitarea oricăror activități personale (private) cu caracter economic, financiar și comercial, care contravin moralei creștine și intereselor Bisericii”<sup>9</sup>.

Întrebările generate de această incongruență sunt două. Prima privește raportul dintre textul statutar și cel regulamentar, iar a doua se referă la posibilitatea desfășurării de preoți și diaconi a unor activități comerciale care nu contravin moralei creștine și intereselor ecleziale; cu alte cuvinte, în conformitate cu *Statutul BOR*, clericii sunt sau nu loviți de interdicția de a exercita acte sau fapte de comerț?

**Primatul statutului.** La a doua întrebare răspunsul este unul cât se poate de elementar. În logica ierarhiei actelor normative, împărțite și de *Statutul BOR*<sup>10</sup>, regulamentele au o forță juridică inferioară și prin urmare dispozițiile acestora trebuie corelate cu cele ale normei-cadru, fiind considerate ca abrogate tacit cele care intră în coliziune cu normele statutare. Iată de ce aparenta contradicție dintre statut și regulament se tranșează în favoarea celui dintâi.



**Este permisă desfășurarea comerțului?** Răspunsul la a treia întrebare este însă unul care trebuie nuanțat în funcție de mai multe sisteme ocurente. Dreptul bisericesc este construit la intersecția teologiei cu dreptul, de unde dubla sa condiționare. În fond, izvoarele principale ale acestuia sunt în primul rând Biblia și Tradiția ecleziastică, ceea ce înseamnă că o perspectivă fie și sumar-diacronică ar fi lămuritoare asupra legislației și consuetudinii ecleziastice în materia interdicției de a exercita comerțul în general.

**Sacerdoțiul și alte profesii.** Exercițarea sacerdoțiului a fost condiționată întotdeauna de un statut aparte în societate, concretizat în privilegii și imunități, dar și de obligații morale cel puțin teoretic pe măsură. Iată de ce, încă de la începuturile sale, Biserica a privit cu maximă reticență anumite profesii care presupuneau săvârșirea unor acte aflate în contradicție cu învățătura morală (maximală) pe care o propaga.

**Beneficiile clericilor; istoric.** Activitatea de cleric, ca orice funcțiune în societate, presupunea și existența unei surse de venituri. Acestea au fost denumite „beneficiile clericilor” și ele nu constituie invenție a creștinismului, ci sunt preluate din iudaism<sup>11</sup>, perpetuându-se regula care dispune că „cei ce slujesc altarului, de la altar să se hrănească”<sup>12</sup>. Acest canon însă nu face decât să reia și să întărească o practică ecleziastică din primele secole ale creștinismului, atestată nou testamentar<sup>13</sup>.

**Principii specifice creștinismului.** Creștinismul a impus anumite principii specifice în legătură cu ofrandele care puteau fi aduse de credincioși în locașurile de cult. Dispozițiile canonice au fost completate de reguli determinate de caracterul cultului creștin, fiind permisă aducerea doar a *anumitor* produse la altar, unele pentru utilizare liturgică (vin, ulei, tămâie), iar altele pentru a se face o scurtă slujbă asupra lor (grâu sau struguri).

Desigur că existența nu poate fi asigurată doar cu cele enumerate mai sus, însă primirea la biserică (scil. la altar) a darurilor de altă natură a fost interzisă; acestea însă puteau fi trimise direct „acasă, pârgă episcopului și presbiterilor”<sup>14</sup>. Mai târziu, plecându-se de la o situație particulară, s-a dispus cu titlu de regulă generală, ca preoții să *nu pretindă* ofrande de la credincioși, ci acestea pot fi primite numai prin libera voință a dăruitorului<sup>15</sup>.

**Venituri licite și morale pentru preoți.** Desigur că a se întreține din propovăduirea Evangheliei este un beneficiu peren pentru sacerdoți<sup>16</sup>, însă el nu se poate realiza uneori în practică, mai cu seamă în comunitățile paupere, în care clericilor și familiilor acestora lor nu au cum să le fie îndestulătoare respectivele beneficii. Prin urmare, a fost nevoie ca aceștia să presteze anumite activități lucrative

din care să poată obține nu doar venituri licite, ci și conforme cu statutul lor social-ecclesial (cu alte cuvinte compatibile cu exercitarea sacerdoțiului<sup>17</sup>). Asemenea situații sunt și astăzi întâlnite în parohiile sărace, precum și în țările în care statul nu are nici o contribuție financiară în privința funcționării cultelor religioase<sup>18</sup>.

Problema activităților lucrative licite și conforme cu statutul clerical are o rezolvare printr-un model biblic, apostolul Pavel dând propriul său exemplu comunităților creștine și anume muncind pentru a se întreține<sup>19</sup>. El nu introduce o regulă nouă sau derogatorie de la practica din primele secole amintită mai sus (și care consfințea faptul că preotul are ca sursă de venituri cele dobândite la altar), ci vine să regleze o anumită stare de fapt din Tesalonic.

**Afaceri lumești.** Pentru ca slujitorii cultului să nu se abată de la menirea spirituală și echidistantă pe care trebuie să o aibă, Biserica a interzis prin canoane ca „episcopul sau presbiterul sau diaconul să nu ia asupra sa purtări de grija lumești; iar de nu, să se caterisească”<sup>20</sup>. Formularea lapidară a textului obligă la o explicarea sintagmei așa cum este înțeleasă și aplicată vreme de 1600 de ani.

Ea denumește exercitarea demnităților publice<sup>21</sup>, precum și orice alte ocupații care nu erau compatibile cu exercitarea sacerdoțiului din motive morale<sup>22</sup>, desfășurarea lor împiedicând slujirea clericală: activități speculativ-financiare<sup>23</sup> sau militare<sup>24</sup>, arendășia sau administrarea de afaceri<sup>25</sup>; cu atât mai mult dintr-o asemenea înșiruire nu putea să fie omisă cămătăria<sup>26</sup>. Exemplificările au doar un caracter enumerativ<sup>27</sup>.

S-a observat totuși că „Biserica nu s-a opus niciodată categoric angajării clericilor într-o activitate laică atunci când a fost necesar”. Însă întotdeauna a fost prohibită clericilor orice îndeletnicire „care incumbă o largă operațiune comercială sau financiară”<sup>28</sup>.

Prohibirea activităților comerciale este atestată bunăoară în perioada modernă astfel: „nu este permis a ținea cărciume pe socoteala lor, nici a lua moșii în posesiune, nici a administra moșii și averi străine, afară numai când ar fi chemați la aceasta prin legi, precum și la caz de administrație de averi orfanicești etc.”<sup>29</sup>

**Motivația excluderii comerțului din rândul activităților permise.** Care a fost totuși rațiunea internă pentru care comerțul a beneficiat de o reflecție negativă? Pentru antichitatea romană bunăoară, comerțul era o îndeletnicire inferioară, rezervată claselor de jos. Creștinismul a moștenit această percepție și a indexat-o ca atare<sup>30</sup>. Mai mult decât atât, deseori comerțul a fost însoțit de practici amendabile, regăsite și astăzi și nu mai puțin imorale (între acestea, înșelăciunea)<sup>31</sup>. De unde necesitatea disocierii absolute de o profesie care putea presupune sau favoriza înclinații cupide.

**Înnoirea adusă de Statut.** În sens literal, textul statutului deschide o altă perspectivă asupra exercitării comerțului de către clerici. Se observă, dincolo de concizia redactării, o precizare care nuanțează prevederile canonice și regulamentare, fiind interzise doar acele „activități [...] cu caracter economic, financiar și comercial, care contravin moralei creștine și intereselor Bisericii (sublin. ns., P. P.)”. *Per a contrario*, exercitarea comerțului este permisă în limite morale adecvate statutului sacerdotal; cu alte cuvinte aceasta să nu pună într-o lumină nefavorabilă dignitatea eclezială.

Posibile explicații pentru această permisivitate, radical diferită față de dispozițiile anterioare, pot porni de la necesitatea unui răspuns eclezial la provocările societății contemporane (de la starea de pauperitate și până la imperativul unei asumări creștine a unor practici în sine neutre<sup>32</sup>). În cele din urmă, chiar și apostolul Pavel desfășurase activități cu caracter comercial<sup>33</sup>, fără ca prin aceasta să își atragă oprobiul comunității din care făcea parte.

Dar tocmai dimensiunea morală pe care trebuie să o aibă clericul poate contribui în cele din urmă la exercitarea unui comerț chiar în limitele prevăzute de statut<sup>34</sup>. *Mutatis mutandis*, această înnoire legislativă poate fi comparată din punctul de vedere al efectelor pe care le poate genera, cu hotărârea luată la Sinodul I ecumenic de la Niceea de a se permite căsătoria sacerdoților înainte de hirotonie?

**Ce rămâne prohibit?** Statutul precizează la modul cel mai general (nici nu se putea altfel) că sunt interzise activitățile comerciale „care contravin moralei creștine și intereselor Bisericii”. Exemplificativ, vor fi sancționate în continuare desfășurarea următoarelor activități: comerțul cu produsele din tutun (4617, 4621, 4635, 4639 cod CAEN) sau de servire a băuturilor alcoolice (baruri)<sup>35</sup> (5630 cod CAEN).

**Concluzii.** Chiar dacă este privită ca o activitate eminentemente speculativă, desfășurarea comerțului ca interpunere în schimbul de mărfuri poate fi permisă astăzi acelor clerici care *nu* au mijloacele de întreținere oferite de sistemul ecleziastic. Câtă vreme actele și faptele de comerț se circumscriu în limita practicării cu bună-credință a activităților comerciale, ele nu mai pot fi pedepsite disciplinar<sup>36</sup>. Dispozițiile sancționatoare rămân în continuare în vigoare și vor fi incidente situațiilor în care conduita celor implicați se va abate de la limitele exercitării comerțului conform Statutului BOR<sup>37</sup>.

---

\* Paul POPOVICI, Lect. dr., Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” – Facultatea de Drept din Cluj-Napoca; paul.popovici@pedagogia.ro.

- <sup>1</sup> L. Ramshorn, *Lateinische Synonymik: Nach Gardin-Dumesnil's synonymes Latins*, Baumgärtner, Leipzig, 1833, p. 238; É. Benveniste, J. Lallot, *Indo-European Language and Society*, trad. E. Palmer, University of Miami Press, 1973, p. 114.
- <sup>2</sup> T. Swinburne Carr, *A Manual of Roman Antiquities*, A. Spottiswoode, Londra, 1836, p. 175.
- <sup>3</sup> Gh. Guțu, *Dicționar latin-român*, Edit. Humanitas, București, 2003, p. 236.
- <sup>4</sup> A se vedea, între alții, P. L'Huillier, *Dreptul bisericesc la Sinoadele ecumenice I-IV*, trad. pr. Al. I. Stan, Edit. Gnosis, București, 2000, p. 344.
- <sup>5</sup> Pentru problema nomocanoanelor, a se vedea J. M. Hussey, *The Orthodox Church in the Byzantine Empire*, Oxford University Press, 1990, p. 304-334.
- <sup>6</sup> Art. 8 din Decretul nr. 177 din 4 august 1948 pentru regimul general al cultelor religioase, publicat în M. Of., nr. 178/4 august 1948 (astăzi abrogat de noua lege a cultelor). Prevederile acestuia au fost înlocuite de art. 14 alin. 2, art. 23 alin. 2, art. 24 alin. 2, art. 28 alin. 1 din Legea 489 / 28 decembrie 2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor, publicată în M. Of., Partea I, nr. 11 din 8 ianuarie 2007.
- <sup>7</sup> Recunoscut prin HG nr. 53 / 16 ianuarie 2008 și publicat în M. Of., partea I, nr. 50 din 22 ianuarie 2008 și publicat ca anexă a acestui act normativ.
- <sup>8</sup> Aprobate de către Sfântul Sinod la 8 iunie 1949, publicat în „Biserica Ortodoxă Română”, nr. 1 / 1950. Textul a cunoscut modificări și îl reproducem după *Legiuirile Bisericii Ortodoxe Române. Extras*, Edit. Institutului Biblic și de Misiune al BOR, București, 2003.
- <sup>9</sup> Art. 123 alin. 9 din *Statutul BOR*.
- <sup>10</sup> Art. 205 din *Statutul BOR*.
- <sup>11</sup> *Numerii* 18: 8–19, 21, 24; *Deuteronomul* 18: 1–5. În fond, după cum s-a remarcat, „**nu există nimic esențial în creștinism care să nu-și aibă rădăcinile în iudaism**” – C. von Schönborn, *Oamenii, Biserica, Țara. Creștinismul ca provocare socială*, trad. T. Petrache, R. Nețoiu, Edit. Anastasia, București, 2000, p. 191.
- <sup>12</sup> Canonul 41 *apostolic*.
- <sup>13</sup> *1 Corinteni* 9: 9–13.
- <sup>14</sup> Can. 3, 4 *apostolic*, can. 8 al *Sf. Teofil al Alexandriei*.
- <sup>15</sup> Can. 99 al Sinodului *V-VI ecumenic (Trulan)*.
- <sup>16</sup> *1 Corinteni* 9: 14. Problema veniturilor suplimentare credem că poate fi discutată doar în situațiile în care beneficiile clericilor nu pot susține economic existența acestora.
- <sup>17</sup> Can. 15 al Sinodului al *VII-lea ecumenic*.
- <sup>18</sup> Pentru amănunte asupra problematicei, a se vedea J. T. S. Madeley, Z. Enyedi (ed.), *Church and state in contemporary Europe: the chimera of neutrality*, Frank Cass, London – Portland, Or, 2003, *passim*, J. Fox, *A World Survey of Religion and the State*, Cambridge University Press, 2008, p. 27 etc.
- <sup>19</sup> „Nici n-am mâncat de la cineva pâine în dar, ci, cu muncă și cu trudă, am lucrat noaptea și ziua, ca să nu împovăram pe nimeni dintre voi” – *2 Tesaloniceni* 3: 8. Într-alt loc informează pe cititori că „Nu ne-am folosit de dreptul acesta [de a fi susținut material], ci toate le răbdăm, ca să nu punem piedică Evangheliei lui Hristos” *1 Corinteni* 9: 12.
- <sup>20</sup> Can. 6 *apostolic*, reluat și de can. 81 *apostolic*. A se vedea și can. 10 de la *Sinodul al VII-lea ecumenic*, precum și can. 11 al Sinodului local de la *I-II Constantinopol*.
- <sup>21</sup> Can. 7 *IV ecumenic*, can. 11 *I-II Constantinopol*. Biserica a interzis implicarea propriilor ei slujitori în administrație întrucât până la Edictul de la Milano (313) aceasta implica săvârșirea de acte cultice păgâne, *id est* apostazie – arhid. I. N. Floca, *Canoanele Bisericii Ortodoxe. Note și comentarii*, ed. a III-a îmbunătățită, Sibiu, 2005, p. 12, N. Milaș, *Canoanele Bisericii Ortodoxe însoțite de comentarii*, vol. I, partea I, (*Introducere, Nomocanonul în XIV titluri și Canoanele apostolice*), trad. N. Popovici, U. Kovincici, Tipografia Diecezană, Arad, 1930, p. 201, 308-310.

- <sup>22</sup> „Nici să-și agonisească hrana din vreun lucru rușinos sau necinstit” – can. 16 *Cartagina*.
- <sup>23</sup> *Novella* 123: 6; *Constituțiile apostolice* II: 6.
- <sup>24</sup> Can. 83 *apostolic*, can. 7 al Sinodului al IV-lea ecumenic.
- <sup>25</sup> Can. 16 *Cartagina*, can. 11 *I-II Constantinopol*.
- <sup>26</sup> Can. 44 *apostolic*, can. 17 al Sinodului I ecumenic, can. 10 *Trulan*, art. 35 *Regulamentul de procedură*.
- <sup>27</sup> Can. 3 al *IV ecumenic*.
- <sup>28</sup> P. L'Huillier, *op. cit.*, p. 344. A se vedea și A. de Șaguna, *Compendiul de dreptul canonic al unei sânteii sobornicești și apostolești biserici*, ed. a III-a, Edit. tipografiei arhidiecezane, Sibiu, 1913, p. N. Milaș, *Dreptul bisericesc oriental*, trad. Dim. I. Cornilescu, V. Radu, rev. de I. Mihălescu, Tipografia „Gutenberg”, Joseph Göbl, București, 1915, p. 205, N. Popovici, *Manual de drept bisericesc oriental cu privire specială la dreptul particular al Bisericii ort. Române (inclusiv noua lege pentru organizarea bisericească din anul 1925*, vol. I, partea I și II, Tiparul Tipografiei Diecezane Ort. Rom., Arad, 1925, p. 114.
- <sup>29</sup> Art. 7 din *Regulamentul pentru buna conduită a clerului în genere*, sancționat prin Decretul regal nr. 1797 din 9 iunie 1884, publicat în M. Of. nr. 55 din 13 iunie 1884.
- <sup>30</sup> J. H. D'Arms, *Commerce and Social Standing in Ancient Rome*, Harvard University Press, 1981. A se vedea și Neville Morley, *Trade in Classical Antiquity*, Cambridge University Press, 2007, p. 79 și urm.
- <sup>31</sup> M. L. Stackhouse, *Business, economics and Christian ethics*, în R. Gill (ed.), „The Cambridge Companion to Christian Ethics”, Cambridge University Press, 2005, p. 232.
- <sup>32</sup> T. Jarvis Gorringer, *Invoking: Globalization and Power*, în S. Hauerwas, S. Wells (ed.), „The Blackwell Companion to Christian Ethics”, Blackwell Publishing, 2004, p. 353.
- <sup>33</sup> Este neîndoielnic că activitatea de confecționare a corturilor pe care a desfășurat-o împreună cu soții Acvila și Priscila a impus și comercializarea bunurilor produse, altfel producția fiind fără finalitate economică. A se vedea *Faptele Apostolilor* 18: 2, 3.
- <sup>34</sup> M. L. Stackhouse, *op. cit.*, p. 233.
- <sup>35</sup> Can. 9 *Trulan*.
- <sup>36</sup> Sancțiunea nerespectării acestor dispoziții este una variabilă, după caz, de la dojană, depunere și până la caterisire – can. 6, 81, 83 *apostolic*, can. 3, 7 *IV ecumenic*, art. 30 raportat la art. 16 *Regulamentul de procedură*.
- <sup>37</sup> Este de notat că în Biserica Catolică desfășurarea activităților comerciale, în mod direct sau prin interpuși, de către preoți este permisă cu aprobarea autorității ecleziastice competente (can. 286 din Codul de Drept Canonic / *Codex Juris Canonici*) sau este legală pentru diaconii permanenți, dacă nu există reglementări locale contrare (can. 288 CIC). În ceea ce privește Bisericile orientale care fac parte din Biserica Catolică, prevederile sunt cvasiidentice: „Clericilor le este interzis să facă, prin ei sau prin alții, afaceri sau activități neguțătorești, în beneficiul lor sau al altora, exceptând cazul în care le este permis de autoritatea determinată de dreptul particular al propriei Biserici sui iuris sau de către Scaunul Apostolic” (can. 385 din Codul Canoanelor Bisericilor Răsăritene / *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*).

**PROPOS A BATONS ROMPUS SUR  
LES REGIMES MATRIMONIAUX ROUMAINS<sup>1</sup>**

**Paul VASILESCU\***

***Résumé.** Plus ingénus que les autres, les Roumains acceptent à peine de parler (voire de réglementer) de leurs rapports patrimoniaux issus du mariage : ce qui compte c'est l'âme des époux, pas l'estomac ; donc tous les problèmes soulevés par ces relations sont encore cloués au droit général de la famille, sans que l'on reconnaisse leur individualité. Par conséquent, on se propose – tout au long des lignes suivantes, un aperçu sur le droit actuel applicable en la matière (II), sans oublier le nouveau Code civil de 2009 (III), tout en rendant hommage au droit français où se trouvent encore nos racines juridiques modernes. Alors, un tour de ... faiblesse juridique pour faire remonter le moral de tous : le meilleur est toujours à venir !*

***Mots clé :** régime matrimonial roumain ; communauté matrimoniale ; code civil roumain de 2009 ; code roumain de la famille de 1954 ; convention matrimoniale ; liberté*

**(I) Les Français... nos ancêtres modernes (1865-1954)**

Tout effort dont le but est de moderniser une société débute avec l'observation de la modernité normative des Etats qui ont réussi de remplacer leur dispositif légal traditionnel par un rationnel. Un certain tropisme imitateur des normes venues d'ailleurs il nous est permis à remarquer même au sein des sociétés politiques censées génératrices des systèmes légaux. D'autant plus que le même processus de copiage soit aussitôt explicable pour des sociétés ayant voulu se débarrasser d'un passé traditionnel, mais sans bénéficier d'un mouvement social intrinsèque qui débouche d'emblé sur la modernité juridique. Tel est aussi le cas de la société roumaine qui a voulu revêtir le vêtement de la modernité (y compris celle juridique) tout en empruntant à la garde-robe française les survêtements normatives les plus chic du temps. Ainsi en faisant table rase de son ancien droit, les Principautés roumaines ont mis en vigueur leur Code civil le 1-er décembre 1865, code qui ne fut qu'une traduction plus ou moins fidèle à son original français : le Code Napoléon. Sans qu'on puisse passer ici en revue l'entier contenu, ainsi que les modifications intervenues aux fils des années de ce code civil, il convient pour autant de tracer dans les lignes qui suivent les caractéristiques des régimes matrimoniaux tel que ce code roumain les a prévu.

Pour garder un certain équilibre normatif entre la tradition du droit écrit et les solutions imposées par la coutume, le Code Napoléon a prévu un régime légale de communauté (des meubles et acquêts) et un régime dotal dont la nature était séparatiste; la société d'acquisition s'ajoutant à la liste de régimes énumérés par ledit code français, bien que le dernier fût pratiquement le moins fréquenté. Alors le paysage juridique français de l'époque se présentait divisé entre un régime légal communautaire et l'un conventionnel séparatiste (la dot). Le code roumain civil n'a pas suivi de près l'original parce que ses auteurs ont préféré la séparation comme régime légal dont la dot faisait une figure exemplaire à laquelle s'ajoutait un régime conventionnel de communauté (la société d'acquisition). L'établissement du régime séparatiste en régime légal marquait une continuité en la matière, car l'ancien droit roumain (*jus valachicum*) était de nature dotale, mais il y avait un régime légal opposé au model original français qui restait sur la communauté comme régime légal. Malgré cela, le plus important fait à signaler c'était que le code roumain ne prévoyait aucun texte spécial qui consacre la séparation en régime de droit commun, expression préférée à l'époque à celle de régime légal. Sous les libellés des articles 1223 et 1227 du C.civ.ro les traditionalistes – toujours partisans de la dot, ont trouvé la consécration du régime dotale comme régime légal, tandis que leurs adversaires, sans nier une prétendue continuité de l'ancien droit civil, ont ricané tout en soulignant que la dot ne puisse être un régime légal en raison de l'immobilisation des biens dotaux dont l'essence juridique était. La dispute s'est éteinte suite à des décisions judiciaires qui ont établi que le régime légal est un de séparation et que la dote il n'y en ait qu'une application conventionnel particulière. Pratiquement les conventions de dot étaient les plus répandues notamment dans le milieu aisé, alors que les gens ordinaires pratiquaient une séparation légale, et le régime conventionnel de communauté (uniquement contractuelle) se présentait en *rara avis*.

Afin de mieux caractériser dans son ensemble les régimes matrimoniaux prévus par le Code civil, on peut dire que la loi roumaine mit à l'œuvre un système qui reconnaissait la liberté du choix du régime (les ar. 1223 et 1224 C.civ.ro), la séparation étant le régime légal. Mais dès que le régime contractuel était établi – évidemment avant la célébration du mariage, les conjoints ne pouvaient plus modifier leur convention matrimoniale durant le mariage, ainsi que la dot était (matériellement) fixe et (juridiquement) immuable (l'ar. 1228 C.civ.ro). A l'opposé de son model, le Code civil roumain n'a pas repris les dispositions françaises concernant le divorce et la séparation de corps, parce que traditionnellement le divorce était permis (sous le haut contrôle judiciaire séculaire ou ecclésiastique selon le cas et les âges), et en conséquence la séparation de corps ne trouvait aucun sens dans le dispositif légal. Moins logique, le Code civil roumain a gardé la séparation judiciaire de biens

(les ar. 1256-1270 C.civ.ro), quoique le régime légal fût un séparatiste. La séparation judiciaire valait en réalité la déchéance du mari – par le biais d’un jugement judiciaire, des pouvoirs d’administration qu’il avait sur les biens dotaux de la femme, lorsque l’époux s’avérait maladroit ou négligeant envers le patrimoine dotal de la famille.

Enfin, il y eut aussi des figures juridiques mort-nées, même prévues par le Code civil roumain (les ar. 1287-1293), donc presque jamais appliquées: la société d’acquisition en guise de régime de communauté. Ce régime matrimonial d’inspiration communautaire fut caractérisé par une masse de biens communs dont le contenu était déterminé par les épargnes et les gains des époux. Alors, ladite société, dont la nature juridique révélait de la société civile - d’après la doctrine dominante de l’époque, s’appuyait sur une masse de biens qui constituaient un surcroît patrimonial, parce que les revenus des conjoints étaient d’abord affectés aux charges du ménage et s’il en restait quelque chose c’est ce qui formait un bien commun. Pour que la situation soit plus étrange, la pratique et la doctrine considéraient que la société d’acquisition se greffait naturellement sur le régime de dot qui était un séparatiste... En outre, parce que le Code civil roumain n’a prévu aucune règle relative à la gestion de ce régime de communauté réduite, toujours la pratique et la doctrine ont forgé – sous l’emprise de la loi française, un mécanisme juridique d’administration de la communauté dont la règle essentielle était la prééminence du rôle du mari, règle déduite de sa puissance maritale, ainsi que la possibilité offerte à la femme commune en bien de renoncer au bénéfice de la communauté.

Pour mieux comprendre l’atmosphère et le cadre juridique roumains de l’époque, notamment tout en faisant un parallèle avec le droit français dont il est issu le premier, encore faut-il ajouter quelques détails. Ainsi l’incapacité de la femme mariée fut calquée sur le modèle français, les théoriciens considérant que celle-ci n’est qu’un complément naturel du pouvoir matrimonial dont le titulaire se trouvait le mari. La nature juridique de cette incapacité spéciale était l’une d’exercice, puisque la femme mariée, capable d’ailleurs avant le mariage, avait besoin que ses actes juridiques de disposition soient autorisés par son mari ; tant que pour les actes judiciaires la femme mariée devait exiger ladite autorisation quel que soit leur contenu. Cette incapacité de la femme était analysée en une qui ressemblait à celle du mineur émancipé, ce qui plaçait le statut de la femme mariée entre celui-ci et un majeur ; l’acte du mariage en la dégradant sur l’échelle juridique de la capacité. Toutefois la pratique judiciaire ne s’est pas montré très sévère, car à l’époque les procès ayant comme objet le manquement de la femme mariée à son devoir de demander à son mari l’autorisation pour qu’elle puisse conclure des actes juridiques furent assez rares. En fin de compte faut-il souligner que la capacité réduite de la femme mariée s’est appliquée dès la mise en vigueur



du Code civil roumain (le 1-er décembre 1865) jusqu'au 20 avril 1932, quand elle fut explicitement supprimée, par l'abrogation<sup>2</sup> de l'article 199, ainsi que par la modification de l'article 1285 du Code civil roumain. Il est permis de rappeler que cette institution qui touchait la femme mariée tomba en désuétude dès l'adoption de la Constitution roumaine de 1923, alors que le législateur français procéda à l'abrogation de cette incapacité maritale en 1938.

On ne peut boucler ce volet historique sans rappeler que le Code civil roumain de 1865 a également repris le régime juridique français des testaments et des libéralités (toujours en vigueur), y compris celles matrimoniales. Ainsi l'Ordonnance D'Aguesseau (1731) s'est vu transposée dans un système de droit qui auparavant reconnaissait y compris les donations *mortis causa*, ainsi que les testaments nuncupatifs. Alors, le législateur roumain de l'époque a pareillement rattrapé l'institution contractuelle (les ar. 821, 826, 933-934 C.civ.<sup>3</sup>), un mécanisme juridique inconnu au droit antérieur roumain et impossible à appliquer en raison de l'article 826 du Code civil, texte qui n'est qu'une traduction avortée de l'article 947 du Code civil français. L'effet essentiel fut que les libéralités matrimoniales se réduisaient aux donations ordinaires faites lors de la célébration du mariage par l'un des époux ou par un tiers moyennant la convention matrimoniale ou à l'aide d'un autre acte juridique distinct.

Pour finir, on pourrait retenir que, pour la période 1865-1954, le Code civil des Français servit de modèle aux régimes matrimoniaux roumains dont le système était un qui permettait le libre choix du régime concret avant la célébration du mariage et que – à l'encontre du modèle originel, mais conservant la tradition du *jus valachicum*, le Code civil roumain établit un régime légal de séparation de biens, ainsi que le régime conventionnel pratiquement dominant était toujours un régime matrimonial séparatiste : la dot dont les traits furent ceux prévus aussi en droit français de l'époque, bien que la dot française fût imaginée comme un régime qui se greffait ou évinçait une communauté matrimoniale (légale).

## **(II) Le droit stalinien d'aujourd'hui (de 1954 à nos jours)**

Juridiquement, le régime communiste s'est installé en Roumanie le 30 décembre 1947 lors de la proclamation de la république suite à l'abdication forcée du roi Michel de Roumanie. Au-delà de la transformation juridique du droit public ayant pour but d'assurer l'assise normative d'une « république populaire », le nouveau régime politique a également démarré un processus dont le but crucial fut de transformer aussi le droit privé. Par conséquent, le 1-er février 1954 on a abrogé le premier livre du Code civil roumain de 1865 (« des Personnes ») tout en mettant en vigueur un nouveau dispositif normatif parmi lequel se trouvait une loi

spéciale, baptisée le Code de la famille<sup>4</sup>. Le code communiste de la famille socialiste de 1954 est toujours en vigueur en 2010 et il a marqué un changement du cap compas en la matière. Ainsi les régimes matrimoniaux furent abolis et remplacés par un seul régime légal impératif n'ayant rien avoir avec la tradition séparatiste encore vivante à l'époque et réglée par le Code civil de 1865.

Les 8 articles<sup>5</sup> du Code de la famille (C.fam.) suffisaient à décrire un régime matrimonial unique, caractérisé par une communauté réduite aux acquêts. Le régime est un légal, de droit étroit, fixe et immuable, égorgeant toute liberté du choix du régime, car toute convention matrimoniale est expressément interdite, sous peine de nullité absolue (l'ar. 30 C.fam.).

Quant à la nature juridique de ce régime, la plus part de la doctrine s'accorde sur ce que représenterait la masse commune de biens (les acquêts) : une propriété indivise entre les époux, mais une sans parts indivises, copropriété qu'on peut appeler une promiscue, parce que les conjoints ne vont connaître leurs contributions respectives qu'au moment de la mort de cette indivision, à savoir au jour du partage. La suppression de la copropriété conjugale n'a lieu qu'après la dissolution du mariage quel que soit son motif concret. A titre d'exception, l'article 36 du Code de la famille permet d'envisager un partage (seulement judiciaire !) durant le mariage et uniquement « pour des raisons graves » dont l'appréciation est toujours du ressort du juge. En fin de compte, les conjoints n'ont point la possibilité de modifier leur régime matrimonial, pas non plus les règles prévues et mises à la portée des époux pour que ceux-ci puissent administrer leurs acquêts. Ainsi au-dessous du libellé de l'article 35 du Code de la famille se déroberait un prétendu « mandat légal tacite réciproque » existant entre les époux dont le sens juridique est d'assurer la liberté de la gestion des biens communs et qui trouve sa limite dans les actes juridiques de disposition dont l'objet est « un terrain ou une construction faisant partie des acquêts » (*ibidem*).

Concernant les moyens utilisés légalement pour cerner le côté actif (à savoir les biens) de la masse commune, l'article 31 du Code roumain de la famille fait valoir tous les critères habituels. Ainsi, il convient d'observer la date d'acquisition – parce que les biens acquis avant le mariage quel que soit le titre restent des propres ; le titre de l'acquisition, car en règle générale les transmissions à titre gratuit, ainsi que la succession *ab intestat*, n'augmentent pas les acquêts ; l'affectation des biens, puisque la règle c'est que les biens utilisés par l'un des époux dans l'exercices de son métier (*lato sensu*) demeurent toujours des propres, sans rendre recours à des récompenses que le droit roumain ne connaît pas ; enfin, la subrogation réelle joue toujours pour préserver le sort juridique initial du bien remplacé aussi pour le remplaçant (commun ou propre, selon le cas). Encore faut-il préciser que la loi roumaine de la famille ne comprend aucune règle spéciale pour le partage post-matrimonial,

étant à observer en l'occurrence les règles communes en matière, à savoir les dispositions qui s'appliquent aussi pour le partage successoral empruntées (pour l'essentiel) au droit français.

Pour renforcer la communauté légale, le législateur a préféré que les dettes communes soient expressément prévues par la loi (cf. l'ar. 32 C.fam.), tout en établissant aussi que les créanciers personnels de l'un des époux ne peuvent en principe saisir les acquêts (l'ar. 33 C.fam.), tandis que les créanciers communs des conjoints ont ouverte la possibilité de saisir les propres de ceux-ci, mais après avoir épuisé la saisine des biens communs (l'ar. 34 C.fam.). Alors, faut-il rappeler le mécanisme utilisé par la loi roumaine de famille pour engendrer et renforcer la communauté : la présomption de communauté fonctionne en tout état de cause, sauf pour les biens dont la nature de propres est expressément prévue par la loi. Tout cela en jumelage avec la désignation légale explicite et restrictive des dettes communes qui peuvent ouvrir une voie à l'exécution forcée des acquêts.

Certes le régime matrimonial unique et rigide prévu depuis 1954, qui peut être aussi confondu ou réduit (selon le droit français) à un régime primaire impératif, ne convient plus à une société ouverte et entreprenante qu'on trouve aujourd'hui en Roumanie. Pour cela, un impératif législatif majeur fut - dans les dernières années, la modification du Code de la famille en accord avec les réalités sociales qui imposent plus de dynamisme patrimonial, aspect presque accompli par l'adoption d'un nouveau code civil en 2009.

### **(III) Le prosaïque du droit post-moderne (à venir)**

Avant qu'on passe en revue l'essentiel de la réglementation en matière de régimes matrimoniaux ainsi que le nouveau code roumain civil le propose, il convient de préciser que le Code civil de 2009 se présente comme une loi déjà adoptée<sup>6</sup> mais qui n'est toutefois pas encore en vigueur<sup>7</sup>. Le législateur roumain a préféré que la mise en œuvre de la loi se fasse séparément moyennant une loi spéciale d'application, car - d'un côté, le nouveau code rassemble plusieurs matières antérieurement étant du ressort de toute sorte de lois spéciales, qui rend ainsi très épais le code (au total il y a 2664 articles), et de l'autre côté, les dispositions du code de 2009 doivent être mises en accord avec les prescriptions et les institutions du nouveau code de procédure civile à paraître. La conséquence pratique c'est qu'à ce moment<sup>8</sup> il y a – en matière de régimes matrimoniaux, une loi à appliquer pour l'avenir (le Code civil de 2009) et une loi applicable effectivement depuis 1954 (le Code de la famille). Dans les lignes suivantes on va se concentrer sur les nouveautés apportées par le Code civil de 2009 (C.civ.09) et sur les modifications qu'on envisage uniquement en matière de régimes matrimoniaux.

Tout d'abord, il convient de noter l'ampleur de la réglementation, par rapport à des 8 articles du Code de la famille, dont les régimes matrimoniaux jouissent : 61 articles. Outre le législateur roumain est retombé sur la solution classique, dès lors que le droit de la famille, dans son intégralité, fut englobé dans le même corpus législatif. Ainsi, on a abandonné l'idée d'avoir un code de la famille distinct du code civil, tout en consacrant à la famille un livre entier du code civil (le 2-eme « de la Famille »). Les régimes matrimoniaux trouvent donc leur place dans un chapitre distinct (le 6-eme « des Droits et des obligations patrimoniaux des époux », comprenant les articles 312-372), faisant partie du deuxième titre (« le Mariage ») du deuxième livre du Code civil de 2009.

Techniquement, le chapitre du Code civil de 2009 dédié aux régimes matrimoniaux se divise en cinq sections : la première concerne des dispositions communes, la deuxième règle le régime légale communautaire, la troisième s'intéresse à la séparation de biens, la quatrième est relative à la communauté conventionnelle et, enfin, la dernière section se consacre à la modification du régime matrimonial. Puis le 6-ème chapitre, des régimes matrimoniaux, est placé avant celui consacré à la dissolution du mariage et après le cinquième chapitre relatif aux droits et aux devoirs extrapatrimoniaux des époux<sup>9</sup>. Linguistiquement, il convient d'observer que le législateur aime encore la périphrase, puisqu'il a intitulé ce 6-ème chapitre « des Droits et des obligations patrimoniaux des époux », continuant la tradition lexicale du Code de la famille de 1954 et en évitant le syntagme « régime matrimonial »<sup>10</sup> bien que celui-ci se retrouve dans le libellé des articles qui le compose. Intellectuellement, on a du mal à déterminer une seule influence législative dominante, une seule et certaine source d'inspiration pour les dispositions du nouveau code civil, tout cela en dépit (ou bien en raison !) du fait que la commission qui a proposé le projet de la loi s'est copieusement inspirée – parmi d'autres, du droit français, québécois, italien, brésilien et suisse.

Si l'on regardait les sources d'inspiration utilisées, on pourrait constater leur diversité et moins un souci d'assurer une homogénéité intellectuelle. Le code de 2009 n'a plus repris en bloc un seul modèle législatif étranger, ainsi qu'on a procédé il y a 150 ans ; la commission chargée de la rédaction du projet du code a opté pour un mosaïque dont le résultat est un puzzle à la fois normatif et conceptuel. C'est pour cela qu'à la question si la tradition juridique française se retrouve-elle encore au cœur de ce code, il est bien difficile à répondre ! Il va de soi que beaucoup de solutions législatives ponctuelles d'origine française peuvent encore s'apercevoir même au sein des régimes matrimoniaux, mais il nous semble que l'esprit français s'est entièrement égaré dans un dédale décrit par toute sorte de détails normatifs plus ou moins utiles... Alors, l'une des victimes collatérales du Code civil de 2009 paraît être même la cohérence garantie par la reprise et le façonnement d'un seul modèle normatif (étranger).

Concernant le regain de l'ancienne tradition roumaine en matière de régimes matrimoniaux, il ne saurait ignorer que le nouveau code de 2009 n'est remonté plus jusqu'à ses racines de 1865. La tradition séparatiste fut donc enterrée, ainsi que la large liberté dont l'esprit était imbu l'ancien code civil de 1865 en matière de conventions matrimoniales. Plus simplement, la seule tradition (sic !) juridique prise en compte fut celle communiste, dès lors que la communauté fut préférée en régime légal par le code civil de 2009. Et ce processus de comprimer toute l'histoire (juridique ou pas !) et toute tradition à ce qui s'est uniquement passé sous communisme semble être l'un des traits distinctifs qui fait figure de récupération dialectique du passé entier...

Structurellement, le Code civil de 2009 est forgé à l'instar de toute loi moderne en matière de régimes matrimoniaux, parce que le dispositif juridique nous propose des règles générales ayant formé ce qu'on appelle le régime primaire impératif suivies des dispositions réglant le régime légal de communauté et des articles concernant les régimes conventionnels. Mais, avant qu'on jette un coup d'œil sur les solutions légales choisies, la question principale est-elle de caractériser dans son ensemble cette armature normative. Ainsi on peut dire que ce code nous propose un système juridique flexible, qui permet à la fois le choix et la mutation du régime matrimonial durant le mariage, dont le régime légal est une communauté réduite aux acquêts. La malléabilité du système est due à l'article 312 C.civ.09<sup>11</sup> qui consacre la liberté du choix du régime matrimonial, bénéficie énorme par rapport à l'état des lieux d'aujourd'hui, même s'il s'agit d'une liberté limitée légalement par le libellé de l'article 312. Il en est ainsi, car les futurs époux ne pourront effectivement choisir qu'entre un régime de communauté et l'un de séparation. De plus, le choix entre les deux communautés (légale et conventionnelle), il y en a un faux : la nature et les mécanismes pratiques de ces régimes communautaires sont semblables et leurs effets respectifs presque identiques. Sur ce point, il convient de rappeler que le Code civil de 1865 permettait toute combinaison conventionnelle et non pas non plus un simple choix entre la séparation et la communauté matrimoniales.

Nous sommes tenté de considérer cette limite de la liberté du choix comme une limitation effective, car elle concerne à la fois la substance du régime et ses effet, outre elle s'additionne à d'autres limitations légales classiques, telles que le respect dû au régime légal impératif, l'ordre successoral, l'égalité des époux etc. Toutes ces dernières limitations peuvent être considérées comme extérieures aux régimes matrimoniaux dont le but est d'assurer l'insertion des rapports patrimoniaux matrimoniaux dans le dispositif normatif décrit par le Code civil de 2009. Tous les errements conventionnels par lesquels on essaie à élargir la liberté réelle des époux seront punis par la nullité absolue. Cette conception restrictive est aussi renforcée par l'article 359 C.civ.09<sup>12</sup> dont l'effet est d'assurer la pureté communautaire

du régime légal, mais pareillement d'assimiler la communauté conventionnelle à celle légale, parce que la seule différence notable entre ces deux types de régimes de communauté demeure uniquement leur source respective (contrat *versus* loi). Cette idée s'impose malgré la lettre de l'article 368<sup>13</sup>, car le début du libellé légal est contredit par l'article 312 C.civ.09 qui rend impossible une éventuelle combinaison de règles qui arrive à un régime matrimonial mixte. De ce point de vu, l'article 368 transforme à part entière la communauté légale dans le siège légal de tout régime matrimonial conventionnel communautaire qui, dans le silence du contrat, doit être comblée des dispositions légales en matière. Conclusion : le Code civil de 2009 permet la liberté de choisir le régime applicable, mais il la réduit au choix qui doit être fait entre les régimes déjà prévus par la lettre de la loi civile.

Quant au régime primaire impératif (les articles 312-328 C.civ.09), encore faut-il noter que sa place se trouve en-tête des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, mais celles-ci ne sont pas systématisées, tout en mêlant des règles applicables au régime légal (de communauté) avec les normes qui classiquement constituent le noyau dur du régime impératif. Dans la première catégorie entreraient des règles comme : le mandat conventionnel (l'ar. 314) et celui judiciaire des époux (l'ar. 315), le choix du régime matrimonial, à savoir la conclusion et la publicité de la convention matrimoniale (les ar. 329-338), la dissolution et la liquidation du régime matrimonial (l'ar. 319, 320) et la clause de préciput (l'ar. 333). Quelques dispositions sont effectivement sans aucune raison, car le droit commun des obligations et l'existence des contrats spéciaux suffisaient, à titre d'exemple on peut reproduire l'article 314 : « Le mandat conventionnel. Un des époux peut donner mandat à l'autre conjoint pour qu'il le représente dans l'exercice de ses droits issus du régime matrimonial ». Alors que dans la deuxième catégorie se trouveraient les dispositions relatives à des questions telles que le logement de la famille (les ar. 321-324), le principe de l'indépendance patrimoniale des époux (l'ar. 317), les charges du mariage (l'ar. 325) et la conclusion des actes de disposition qui mettent gravement en péril l'intérêt de famille (l'ar. 316).

Tous les désaccords qui peuvent intervenir entre les conjoints, quel que soit leur régime matrimonial applicable, sont du ressort du juge de tutelle, organisme nouveau prévu par le Code civil de 2009, sous la compétence duquel tombent toutes les affaires de la famille et dont la création procédurale est due au nouveau code de procédure civile, tandis qu'aujourd'hui la compétence familiale demeure partagée entre le tribunal ordinaire (juge judiciaire) et l'autorité tutélaire, fonction spéciale du conseil local de la municipalité (une institution alors de nature administrative). Enfin, la substance de la réglementation du régime primaire impératif est assez près du système français, à coup sûr moins développée mais avoisinée, donc il n'est pas le cas d'y insister, mais l'une de ces dispositions pourrait sauter aux yeux.

Il s'agit de l'article 318 C.civ.09<sup>14</sup> qui prévoit un prétendu droit à l'information, dont la source d'inspiration paraît être le droit suisse. En mettant de côté le débat sur la raison de ce droit, ainsi que sa nature juridique, il est permis d'observer que l'exercice dudit droit à l'information ne peut résulter que d'un manque de communication entre les conjoints issu d'une discorde existant déjà entre les époux. Puis, dans un pays où le souvenir d'un passé, dans lequel la délation fit tant de victimes, est encore assez vif, prévoir légalement que l'employeur soit tenu à fournir des renseignements à un tiers c'est ressusciter une noire histoire de mouchards. L'article 318 C.civ.09 sera applicable quel que soit le régime matrimonial concret, ce qui met en doute l'assise de la séparation de biens, la confiance légitime qui doit exister entre les conjoints, ainsi que la raison de la communauté matrimoniale. Enfin, le refus du conjoint de livrer les informations qui portent sur ses revenus peut être interprété comme instituant une présomption de mauvaise foi, ce qui peut avoir des conséquences juridiques peu désirées aussi en d'autres matières.

Quant au régime légal, ainsi qu'on a déjà remarqué, le législateur a privilégié la continuité de la solution introduite en 1954 par le Code de la famille : la communauté. Un régime de communauté légale qui va s'appliquer à défaut de toute convention matrimoniale<sup>15</sup> et qui se différencie de l'actuel régime communautaire par cela que le code de 2009 permet le changement du régime soit conventionnellement<sup>16</sup> soit judiciairement<sup>17</sup>, mais les raisons et les mécanismes de ces deux communautés demeurent presque identiques.

Le contenu de la communauté légale (les acquêts) est déterminé principalement par les biens acquis par les conjoints durant le mariage (l'ar. 339 C.civ.09) et cette qualité spéciale d'acquêt est censée légalement (l'ar. 343). C'est pour cela que la loi se concentre sur les biens propres des conjoints dont l'énumération légale peut être considérée de droit étroit<sup>18</sup>. Si l'on analyse l'article 340, on pourrait observer que le législateur fit l'application de tous les critères possibles (et acceptables en matière de régime communautaire) afin de délimiter l'assiette des biens communs, c'est ce qui veut dire que les enseignements générales, tirés du droit français par exemple, sont à observer aussi à l'égard de ceux-ci. La communauté est renforcée aussi par cela que la loi ne prévoit que quelques dépenses comme communes<sup>19</sup>, le reste étant réputé que n'engage que les propres des conjoints. Outre un mécanisme pour la responsabilité personnelle (engageant les propres) mais subsidiaire pour les dettes communes est également envisagé légalement. Ainsi, dans la mesure où les obligations communes n'ont pas été payées en saisissant les acquêts, les époux sont, quant à leurs propres, tenus solidairement. Dans ce cas-là, l'époux *solvens* de la dette commune se subroge aux droits du créancier pour ce qu'il a payé en outrepassant la part qui lui reviendrait si la liquidation se faisait au jour du paiement de la dette. Le conjoint qui a payé la dette commune, selon la thèse ci-dessus, a un droit de rétention<sup>20</sup> sur des biens de l'autre conjoint jusqu'à la concurrence du paiement intégral des créances dues (cf. l'ar. 352 C.civ.09).

Si sur les propres chaque conjoint a et préserve tout droit d'en jouir, de les administrer et d'en disposer librement (l'ar. 342 C.civ.09), les actes juridiques ayant pour objet un acquêt ou la masse commune de biens se voient soumis à des règles différentes selon la nature de l'acte concret. Donc, les actes conservatoires, de jouissance et d'administration obéissent à ce qu'on peut appeler l'indépendance en gestion, parce que les époux sont libres de les accomplir, chaque époux ayant le droit de jouir d'un bien commun, sans le consentement explicite de l'autre conjoint. Néanmoins, le changement de l'affectation du bien commun ne peut se faire qu'avec l'accord des époux. De même, chacun des époux peut conclure seul des actes de conservation et d'administration concernant tout bien commun, ainsi que des actes d'acquisition des acquêts (cf. l'ar. 345). Toutefois lorsque les intérêts liés à la communauté ont été préjudiciés, le conjoint qui n'a pas consenti à la conclusion de l'acte ne peut demander que des dommages et intérêts, sans nuire aux droits acquis par les tiers de bonne foi (*idem*). Tandis que les actes graves réclament le consentement conjoint des époux, parce que les actes de disposition ayant pour objet des acquêts ne peuvent être conclus qu'avec l'accord commun exprès des époux (l'ar. 346). Cependant, l'un ou l'autre des époux peut disposer seul, à titre onéreux, des biens meubles communs, dont l'aliénation n'est pas soumise, selon la loi, aux formalités de publicités (*ibidem*). Malgré l'effort de la doctrine, l'inobservation de ces règles n'est pas l'inopposabilité de l'acte conclu, mais son annulabilité<sup>21</sup>.

Les charges du mariage sont ainsi réglementées que les mêmes règles doivent s'appliquer quel que soit le régime concret établi entre les époux (les ar. 325-328 C.civ.09). Les conjoints étant égaux, la règle générale est qu'ils sont tenus à contribuer, à proportion de leurs facultés respectives, aux charges du mariage, à moins que la convention matrimoniale ne stipule autrement (l'ar. 325). Toutefois, une convention qui stipule que les charges du mariage sont aux dépens d'un seul conjoint est réputée non écrite (*ibidem*). Probablement à cause du fait que beaucoup de gens mariés ne sont pas embauchés, le législateur a ressenti le besoin de régler juridiquement la situation des travaux domestiques rendus par l'un des époux, parce que ces travaux et l'activité d'élever les enfants, pratiqués par chacun des époux, sont censés proprement dits des contributions patrimoniales aux charges du mariage (l'ar. 325). Ensuite, chaque époux est libre d'exercer une profession et de disposer à son gré de ses revenus, mais la loi dispose que ses rémunérations professionnelles, bien qu'ils fassent parti des acquêts, sont tout d'abord affectées à l'accomplissement de sa contribution respective aux charges du mariage. Outre le code a règle aussi un droit à la compensation, toujours en marge des charges du ménage. Ainsi le conjoint qui a vraiment contribué à l'activité professionnelle de l'autre conjoint peut obtenir une compensation, dans la limite de l'enrichissement du dernier, si sa contribution a dépassé son obligation de participer aux charges du mariage (l'ar. 328). Il nous est permis de noter que le mot « compensation » est



employé par le législateur roumain dans un autre sens que celui que la législation française utilise en la matière.

Le régime de la communauté conventionnelle obéit en règle générale aux dispositions prescrites pour le régime légal. Néanmoins cette communauté contractuelle s'applique lorsque, dans les conditions et les limites des articles 399-368 C.civ.09, on déroge, par la convention matrimoniale, aux dispositions relatives au régime de la communauté légale (l'ar. 366 C.civ.09). Lesdites dérogations concernent soit l'étendue de la communauté, soit le régime concret de certains actes juridiques<sup>22</sup> ; mais il faut souligner que la loi exclut la communauté universelle, ainsi que le texte de l'article 367 peut être interprété comme impératif, c'est ce qui limite la marge de manœuvre juridique des conjoints.

Le régime conventionnel de la séparation de biens ne jouit que de peu d'articles (360-365 C.civ.09), ce qui trahit une certaine réticence à l'égard de ce type de régime matrimonial. L'essence de ce régime c'est que chacun des époux est (et reste) propriétaire exclusif des biens acquis avant la célébration du mariage, ainsi que des biens acquis à son nom après cette date (l'ar. 360 C.civ.09) et que les conjoints gardent toute la liberté sur ces biens. Pour le cas où il y a des biens acquis conjointement par les époux ceux-ci appartiennent en propriété commune, selon l'ar. 362 ; il s'agit d'une présomption légale relative ce qui vaut que les époux peuvent y déroger par leur accord. Toujours pour le système probatoire, la loi prévoit l'obligation des conjoints de se présenter devant « le notaire <qui> dresse un inventaire des meubles appartenants à chacun d'entre eux, indifféremment de leur mode d'acquisition » (l'ar. 361). À défaut de tout inventaire, le droit de propriété exclusive se présume, jusqu'à la preuve contraire, au bénéfice du conjoint possesseur (*ibidem*). Concernant l'hypothèse de la jouissance des biens appartenant à l'autre conjoint, l'époux qui jouit d'un bien de l'autre conjoint, sans que le dernier s'y ait été opposé, a les obligations de l'usufruitier, sauf l'application des articles 723, 726 et 727 C.civ.09. Il ne doit restituer que les fruits qui existent au jour de la demande de leur rétrocession ou, le cas échéant, au jour de la dissolution ou du changement du régime matrimonial (l'ar. 363). Mais, si l'un des époux conclut seul un acte par lequel il acquiert un bien, tout en employant des biens appartenants à l'autre conjoint, le dernier peut choisir, proportionnellement aux propres employés à son insu, entre demander pour lui la propriété du bien acquis et réclamer des dommages et intérêts au conjoint acquéreur. La propriété ne peut être revendiquée qu'avant que le conjoint acquéreur ne dispose du bien acquis, à moins que le tiers acquéreur n'ait connu que le bien avait été acquis par le conjoint vendeur moyennant les biens de l'autre conjoint (*ibidem*). La séparation subsiste aussi pour les dettes des époux, la solidarité de ceux-ci étant assurée par le jeu des dispositions relatives au régime primaire impératif et aux dettes ménagères, à la fois.

Il est certes que la convention matrimoniale représente le plus gros gain du nouveau Code civil de 2009. Paradoxalement ou pas, l'application du code de 2009 marquera le retour à la liberté des régimes matrimoniaux tant chasé par le Code de la famille de 1954, liberté qui fut – en revanche, l'une des caractéristiques cardinales du Code civil de 1865. Et le paradoxe consisterait dans le fait que le progrès législatif se trouve dans un retour, dans un regain des solutions déjà pratiquées avant que la loi actuelle de famille (de 1954) soit mise en vigueur. Aussi dans les termes du code de 2009, le choix du régime se fait par la conclusion d'une convention matrimoniale dont la loi consacre un bloc de quelques articles (329-338 C.civ.09). Mais avant tout, il convient d'observer qu'on ne peut déroger par la convention matrimoniale aux dispositions légales concernant le régime matrimonial, sous peine de nullité absolue, sauf dans les cas expressément prévus par la loi, ainsi que la convention matrimoniale ne peut porter atteinte à l'égalité des époux, à l'autorité parentale ou à la dévolution successorale légale (cf. l'ar. 332).

Sous peine de nullité absolue, la convention matrimoniale est conclue par acte notarié authentique, avec le consentement de toutes les parties, exprimé personnellement ou par mandataire muni d'une procuration authentique, spéciale et à contenu déterminé. La convention matrimoniale passée avant le mariage ne produit d'effets qu'à partir du jour de la célébration du mariage. La convention conclue durant le mariage prend effet à partir du jour prévu par ses parties ou, à défaut, du jour de sa conclusion (cf. l'ar. 330). Pour être opposable aux tiers, les conventions matrimoniales sont soumises à l'inscription sur le Registre national notarial des régimes matrimoniaux, tenu électroniquement, selon la loi (l'ar. 334). Sur demande des époux et compte tenu de la nature des biens, les conventions matrimoniales sont soumises à la notation au livre foncier, à l'enregistrement au registre du commerce et à d'autres registres de publicité prévus par la loi. Dans tous les cas, l'inaccomplissement des formalités spéciales de publicité ne peut être comblé par l'inscription sur le Registre national prévu ci-dessus. Toute personne, sans être tenue à justifier un intérêt, peut consulter le registre spécial consacré aux conventions matrimoniales, et il se peut demander des copies certifiées, selon la loi (*ibidem*). La convention matrimoniale ne peut être opposée aux tiers, pour l'acte conclu par les tiers avec l'un des époux, que si les formalités de publicité prévues par l'article 334 ont été accomplies ou les tiers ont connu autrement la convention matrimoniale. De même, la convention matrimoniale ne peut être opposée aux tiers, pour les actes conclus par les tiers avec l'un des époux, avant la célébration du mariage (cf. l'ar. 335).

Concernant l'inefficacité de la convention, la loi ne consacre que deux hypothèses. La première, au cas où la convention matrimoniale est nulle, entre les époux s'applique logiquement le régime de la communauté légale, sans que les droits acquis par les tiers de bonne foi soient nuis (cf. l'ar. 338). Ensuite, quant à la simulation de la convention matrimoniale, le Code civil de 2009 nous enseigne

que l'acte secret par lequel on a choisi un autre régime matrimonial ou l'on a modifié le régime matrimonial pour lequel sont accomplies les formalités légales de publicité produit ses effets seulement entre les époux et la contre-lettre ne peut être opposée aux tiers de bonne foi (l'ar. 331).

La modification du régime matrimonial<sup>23</sup> durant le mariage peut être faite par le biais de la convention, ou judiciairement. Pour qu'on puisse modifier conventionnellement un régime déjà en place, faut-il respecter l'article 369 C.civ.09: « Un an au moins après la célébration du mariage, les époux peuvent, à leur gré, remplacer le régime matrimonial existant avec un autre ou le modifier, tout en observant les conditions légales prévues pour la conclusion de la convention matrimoniale. » La séparation judiciaire de biens, prévue à l'article 370, nous est présentée comme la deuxième modalité de changement d'un régime déjà fonctionnel, ainsi « Si le régime matrimonial est celui de la communauté légale ou conventionnelle, le juge, à la demande de l'un des époux, peut prononcer la séparation de biens, lorsque l'autre conjoint conclut des actes qui mettent en péril les intérêts de la famille. »

Ainsi qu'on le connaît depuis toujours, tout régime matrimonial pend du sort du mariage et la dissolution de celui-ci entraîne aussi la fin du régime applicable. Outre un régime matrimonial peut entrer en dissolution suite à des causes particulières. Toutefois, le Code civil de 2009 ne consacre que deux articles de principe (319<sup>24</sup> et 320) aux problèmes soulevés par la dissolution du régime matrimonial. Donc, lors de sa dissolution ou de son changement, le régime matrimonial se liquide à l'amiable ou, en cas de désaccord, par voie judiciaire, selon la loi. La décision judiciaire définitive ou, selon le cas, l'acte notarié constitue l'acte de liquidation (cf. art. 320 C.civ.09). Pour le régime légale de communauté la liquidation vaut partage (les ar. 357 et 358) où il convient d'observer le droit commun semblable à celui français en la matière. Et l'on s'arrête là avec notre bref exposé...

Question finale: à quoi bon la plus tardive réforme du droit patrimoniale de la famille d'un ancien membre de la famille des ex-Etats du camp de l'Est ? Notons d'abord que le dernier pays frère procédant à la modification de sa législation socialiste de famille fut la Bulgarie qui en 2009 adopta un nouveau Code de la famille qui s'applique d'ores et déjà. Quant à la réforme roumaine, malgré toute critique qu'on puisse apporter à une solution choisie par la loi ou à un certain texte légal, encore faut-il souligner que le bénéfice énorme du nouveau Code civil adopté en 2009 c'est la reconquête d'un *bien* à part : la liberté des gens mariés!

### **Bibliographie sélective**

- A. Colomer – Droit civil. Régimes matrimoniaux, ed. Litec, Paris-2000
- M. Grimaldi (coord.) – Droit patrimonial de la famille. Dalloz Action, ed. Dalloz, Paris-2001
- E. Florian – Dreptul familiei, ed. C.H. Beck, București-2010
- C. M. Nicolescu – Regimurile matrimoniale convenționale, th., București-2010
- P. Vasilescu – Regimuri matrimoniale. Parte generală, ed. Universul Juridic, București-2009

**Annexe**

**CODE roumain DE LA FAMILLE<sup>25</sup>**

- extrait -

**Section 2: Droits et obligations patrimoniaux des époux**

**L'article 29** Les époux sont tenus à contribuer, selon leurs moyens respectifs, aux charges du ménage.

**l'ar. 30** Les biens acquis durant le mariage, par l'un ou l'autre des conjoints, sont, à partir de leur acquisition, des biens communs (acquêts<sup>26</sup>) des époux.

Toute convention contraire est nulle.

La qualité de bien commun ne doit pas être prouvée.

**l'ar. 31** Ne sont pas des acquêts, mais des biens propres de l'un des époux :

- a) les biens acquis avant la célébration du mariage ;
- b) les biens acquis durant le mariage par succession, legs ou donation, à moins que le disposant n'ait prévu autrement ;
- c) les biens d'usage personnel et ceux affectés à l'exercice d'une profession ;
- d) les biens acquis à titre de prix ou de récompense, les manuscrits scientifiques ou littéraires, les ébauches et projets artistiques, les projets d'inventions et d'innovations, ainsi que d'autres biens similaires ;
- e) les indemnités d'assurance ou les dédommagements obtenus suite à des préjudices subis par la personne ;
- f) la valeur qui représente et remplace un bien propre ou le bien dans lequel est passée cette valeur.

**l'ar. 32** Les époux sont tenus avec leurs biens communs (acquêts) :

- a) aux dépenses faites pour gérer tout bien commun ;
- b) aux obligations que les époux ont contractées ensemble ;
- c) aux obligations contractées par chacun des époux ayant comme but les besoins ordinaires du ménage ;
- d) à la réparation du préjudice causé par l'appropriation par l'un des époux des biens en propriété socialiste, si par cela les biens communs ont augmenté.

**l'ar. 33** Les acquêts ne peuvent être saisis par les créanciers personnels de l'un des époux.

Néanmoins, après avoir saisi les biens propres du conjoint débiteur, son créancier personnel peut demander le partage des acquêts, mais uniquement pour qu'il se fasse ainsi payer.

Dans ce dernier cas, les biens attribués par voie de partage deviennent des biens propres.

**l'ar. 34** Les créanciers communs peuvent aussi saisir les biens propres des époux, mais uniquement après avoir saisi les acquêts.

**l'ar. 35** Les époux administrent et utilisent conjointement les acquêts et en disposent pareillement.

Chacun des époux, en exerçant seul lesdits droits, est censé avoir aussi le consentement de l'autre. Néanmoins, un conjoint ne peut aliéner et non plus grever un terrain ou une construction faisant partie des acquêts, s'il n'a pas le consentement exprès de l'autre époux.

**l'ar. 36** À la dissolution du mariage, les acquêts se partagent entre époux à leur gré. À défaut d'accord entre les époux sur le partage des acquêts, c'est le juge qui en décidera.

Pour des raisons graves, les acquêts peuvent être partagés, entièrement ou pas, par voie judiciaire également pendant le mariage. Les acquêts ainsi partagés deviennent des propres. Les biens non partagés, ainsi que ceux ultérieurement acquis, sont des acquêts.

---

<sup>1</sup> Studiu finanțat dintr-un grant CNCIS, competiția 2008, proiect IDEI, cod. 2442, coordonator conf. dr. Dan Andrei Popescu, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca.

\* **Paul VASILESCU**, Faculté de droit de l'Université Babeș-Bolyai de Cluj, Roumanie ; vpaul@law.ubbcluj.ro

<sup>2</sup> v. le Décret no. 1412 du 19 avril 1932, publié dans le Moniteur Officielle du 20 avril 1932, par lequel on a promulgué la loi relative à la levée de l'incapacité de la femme mariée.

<sup>3</sup> Formellement, ces textes du Code civil n'ont été jamais abrogés, mais le régime actuel matrimonial exclu la convention de mariage et laisse sans substance l'institution contractuelle.

<sup>4</sup> v. la Loi no. 4 du 4 janvier 1954, mise en vigueur le 1-er février 1954, republiée dans le Bulletin Officiel de la République Populaire de Roumanie no. 13 du 18 avril 1956.

<sup>5</sup> v. l'annexe de l'étude.

<sup>6</sup> La loi no. 287 de 2009 publiée dans le Moniteur Officiel de la Roumanie no. 511 du 24 juillet 2009.

<sup>7</sup> Au 1-er janvier 2011. On préconise l'entrée en vigueur du Code civil de 2009 au 1-er janvier 2012.

<sup>8</sup> Le 01 janvier 2011.

<sup>9</sup> L'obligation d'entretien existant entre les époux jouit d'un titre à part, le 5-ème placé toujours dans le même livre (« du Mariage »), aux articles 513-534 C.civ.09. Il en résulte que les régimes matrimoniaux ne s'en occupent pas.

<sup>10</sup> Celui-ci fut chassé de la législation communiste sous le mot qu'il rappellerait le droit bourgeois !

<sup>11</sup> « L'Article 312 – Régimes matrimoniaux. (1) Les futurs époux peuvent choisir comme régime matrimonial: la communauté légale, la séparation de biens ou la communauté conventionnelle. (2) Quel que soit le régime matrimonial choisi, on ne peut déroger aux dispositions de la présente section, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

- <sup>12</sup> « L'Article 359 – Les conventions contraires à la communauté légale. Toute convention contraire aux dispositions de la présente section est nulle de nullité absolue, dans la mesure où elle n'est pas compatible avec le régime de la communauté conventionnelle. »
- <sup>13</sup> « L'Article 368 – Dispositions diverses. Si la convention matrimoniale ne stipule pas autrement, le régime juridique de la communauté conventionnelle obéit aux dispositions légales concernant le régime de la communauté légale. »
- <sup>14</sup> « (1) Chacun des époux peut demander à l'autre époux de lui fournir des renseignements concernant ses biens, ses revenus et ses dettes et, en cas de refus injustifié, il peut s'adresser au tribunal de tutelle. (2) Le juge peut obliger que le conjoint du requérant, ou tout autre tiers, fournisse les renseignements demandés, en les prouvant. (3) Les tiers peuvent refuser de fournir les renseignements demandés, au cas où ceux-ci sont légalement classés en secret professionnel. (4) Au cas où les renseignements demandés par l'un des époux peuvent être légalement obtenus uniquement à la demande de l'autre conjoint, le refus du dernier de le demander fait engendrer la présomption relative que les allégations du conjoint requérant soient réelles. »
- <sup>15</sup> « L'Article 329 – La convention matrimoniale. Le choix d'un autre régime matrimonial que celui de la communauté légale se fait par la conclusion d'une convention matrimoniale. » Il est permis d'observer que le législateur a préféré la déduction à un texte qui proclame directement la communauté comme régime légal. De surcroît la même déduction peut être faite de l'intitulé de la 2-ème section « Le régime de la communauté légale » dont le premier article (339) porte le titre « les Acquêts ».
- <sup>16</sup> « L'Article 369 – Conditions. (1) Un an au moins après la célébration du mariage, les époux peuvent, à leur gré, remplacer le régime matrimonial existant avec un autre ou le modifier, tout en observant les conditions légales prévues pour la conclusion de la convention matrimoniale. (...) »
- <sup>17</sup> « L'Article 370 – La séparation judiciaire de biens. (1) Si le régime matrimonial est celui de la communauté légale ou conventionnelle, le juge, à la demande de l'un des époux, peut prononcer la séparation de biens, lorsque l'autre conjoint conclut des actes qui mettent en péril les intérêts de la famille. (...) »
- <sup>18</sup> « L'Article 340 – Les propres. Ne sont pas des acquêts, mais des biens propres de l'un des époux : a) les biens acquis par succession, legs ou donation, à moins que le disposant n'ait prévu qu'ils seraient des acquêts ; b) les biens à usage personnel ; c) les biens affectés à l'exercice d'une profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient des éléments d'un fonds de commerce faisant partie de la communauté ; d) les droits patrimoniaux de propriété intellectuelle de ses créations et ainsi que les droits des signes distinctifs enregistrés ; e) les biens acquis à titre de prix ou de récompense, les manuscrits scientifiques ou littéraires, les ébauches et les projets artistiques, les projets d'inventions et d'innovations, ainsi que d'autres biens similaires ; f) les indemnités d'assurance et les réparations obtenues suite à d'un dommage corporel ou moral ; g) les biens, les sommes d'argent ou tout autres valeurs qui remplacent un bien propre, ainsi que les biens acquis en échange de ceux-ci ; h) les fruits des propres. »
- <sup>19</sup> « L'Article 351 – Les dépenses communes des époux. Les époux sont tenus avec leurs biens communs : a) aux obligations issues de la conservation, l'administration ou l'acquisition des acquêts ; b) aux obligations contractées ensemble ; c) aux obligations contractées par l'un des époux ayant comme but les besoins courants du mariage ; d) à la réparation du préjudice causé par l'appropriation, par l'un des époux, des biens appartenant aux tiers, dans la mesure où les acquêts ont ainsi augmenté. »
- <sup>20</sup> La technique du droit de rétention fut utilisée aussi pour la séparation de biens : « L'Article 365 – Le droit de rétention. À la dissolution du régime de la séparation de biens, chacun des époux a un droit de rétention sur les biens de l'autre jusqu'au paiement intégral des dettes qu'ils ont l'un envers l'autre. »

- <sup>21</sup> « L'Article 347 – La nullité relative. (1) L'acte conclu sans le consentement de l'autre conjoint, lorsqu'il est nécessaire selon la loi, est frappé de nullité relative. (2) Le tiers acquéreur qui a fait diligence de se renseigner sur la nature du bien est exempt des effets de la nullité. Les dispositions de l'alinéa (4) de l'article 345 restent applicables. »
- <sup>22</sup> « L'Article 367 – L'objet de la convention matrimoniale. La convention matrimoniale instituant la communauté conventionnelle peut concerner un ou plusieurs des aspects suivants: a) l'élargissement de la communauté conventionnelle à des biens propres acquis avant ou après la célébration du mariage, à l'exception de ce que prévoit l'article 340 les lettres b) et c) ; b) la réduction de la communauté à des biens expressément déterminés dans la convention matrimoniale, qu'ils soient acquis avant ou pendant le mariage ; c) l'accord obligatoire des époux en vue de la conclusion de certains actes d'administration ; dans ce cas, si l'un des époux se trouve dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté ou s'il s'y oppose abusivement, l'autre conjoint peut passer seul l'acte, mais uniquement après avoir obtenu l'autorisation judiciaire respective; d) l'inclusion d'une clause de préciput ; l'exécution de la clause de préciput aura lieu en nature ou, s'il est impossible, par équivalent, de la valeur nette de l'actif de la communauté ; e) les modalités de la liquidation de la communauté conventionnelle. »
- <sup>23</sup> Prévues en principe même à l'article 319 C.civ09.
- <sup>24</sup> « L'Article 319 – La dissolution du régime matrimonial. (1) Le régime matrimonial se dissout par la nullité et par la dissolution du mariage. (2) Durant le mariage, le régime matrimonial peut être modifié dans les conditions prévues par la loi. »
- <sup>25</sup> Le Code roumain de la famille (ainsi qu'on appelle la Loi no. 4 du 4 janvier 1954) a été mis en vigueur le 1-er février 1954 et republié maintes fois. La présente traduction en français ne représente pas une version officielle, elle étant due à l'auteur de cette étude.
- <sup>26</sup> On considère le syntagme « biens communs » et le mot « acquêt(s) » comme synonymes absolus.