

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1 / 2014
Ianuarie – Martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

prof.dr. Mircea Ștefan MINEA

prof.dr. Paul VASILESCU

REFERENȚI:

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

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

Liviu POP - profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Paul Vasilescu, COUP D’ŒIL SUR LE REGIME ROUMAIN DE LA RESPONSABILITE CIVILE.....	5
» Studii: Elena Sferlea, L’IMPORTANCE DU STATUT CONSTITUTIONNEL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ROUMAINES ET FRANÇAISES.....	19
» Articole: Stela Botnaru, CAUZELE CARE ÎNLĂTURĂ SAU DIMINUEAZĂ DISCERNĂMÂNTUL PERSOANEI (PSYCHIATRIC DEFENCES) ÎN SISTEMUL COMMON LAW: ABORDARE JURIDICO-PENALĂ	40
» Studii: Horia Ciurtin, DILEMELE AUTONOMIEI DREPTULUI ÎN MODERNITATEA TÂRZIE	49
» Articole: Carmen Lazăr, CONSIDERAȚII ASUPRA DECIZIEI CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI NR.206/2013 REFERITOARE LA ART. 414 ⁵ ALIN. 4 DIN CODUL DE PROCEDURĂ PENALĂ.....	56
» Studii: Ovidiu Podaru, CONTENCIOSUL ADMINISTRATIV „RĂSTURNAT” ÎNTRE RETROGRAD ȘI VIZIONAR	60
» Articole: Ovidiu Podaru, LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF „RENVERSÉ” ENTRE RETROGRADE ET VISIONNAIRE	71
» Articole: Igor V. Ponkin, DYSFUNCTIONAL STATE AND FAILED STATE	83
» Articole: Răzvan Cosmin Roghină, PARAMETRII RAȚIONALI ȘI IRAȚIONALI AI TRANSPLANTULUI CONSTITUȚIONAL DE LA 1866	89

STUDII

COUP D'ŒIL SUR LE REGIME ROUMAIN DE LA RESPONSABILITE CIVILE

Paul VASILESCU *

Résumé: Nous avons tenu à diviser notre discours de la responsabilité en deux parties, la première veut rendre hommage à l'ancien code civil roumain, sous le titre « Au feu code, le législateur méconnaissant (I) ». Donc, à l'époque où le code civil roumain de 1865 n'était que le pastiche du libellé napoléonien de 1804, deux différences marquaient l'écart existant entre les deux systèmes respectifs de droit. Le premier était de nature légale, car le code roumain comprenait un article établissant la solidarité de ceux qui ont conjointement causé le préjudice, l'autre était de nature fonctionnelle (voire jurisprudentielle) : le juge roumain s'avérait plus sceptique à l'égard des innovations qu'il aurait pu engendrer en la matière. Alors, du point de vue de sa source normative, la responsabilité civile applicable sur le sol roumain n'était qu'un diminutif du système français, voire une responsabilité qui connaissait tous les cas de figure français mais à une moindre échelle. La deuxième partie de notre discours va cibler le nouveau Code civil (II) et elle ne peut comprendre qu'un bref aperçu normatif de la responsabilité (1) et quelques aspects liés à la responsabilité contractuelle (2). Ainsi, le code civil roumain de 2011 consacre au moins 50 articles à la responsabilité tout en préservant certaines caractéristiques existant déjà auparavant. Ce qui nous intéresse là c'est de dénouer le sens des textes de ce code civil roumain afin de déceler si ces écrits forment effectivement un système normatif. La tâche est assez lourde, parce que le faisceau légal comprend à la fois des dispositions concernant différents types de responsabilité et des textes applicables à titre général quelle que soit la nature de la responsabilité. Loin de nous l'idée de résoudre tous les problèmes soulevés par la nouvelle loi civile, mais de tenter à mettre en ordre des divers aspects. Pas maintes fois les lois d'aujourd'hui ne laissent l'arrière-goût d'un amalgame normatif démunie de tout fil conducteur. Le dépeçage d'un texte légal en normes applicables à des cas d'espèce, sans pouvoir y puiser des règles générales, nous évoque l'approche féodale de la normativité et c'est à nous tous d'y réfléchir et d'observer dans quelle mesure cette façon de faire la loi marque un (grand) bond en avant ou un (éventuel) recul pour la normativité postmoderne. C'est d'ailleurs pour cela que nous allons nous pencher maintenant sur des questions comme le rapport établi entre la responsabilité délictuelle et celle contractuelle ; la règle du cumul des responsabilités ; les espèces de responsabilité civile ; les cas généraux d'exonération, pour ainsi surprendre le spécifique de la nouvelle réglementation, s'il y en a un.

Mots clés : responsabilité civile ; responsabilité délictuelle ; responsabilité contractuelle ; cumul des responsabilités

(I) Au feu code, le législateur méconnaissant. Le 1^{er} décembre 1865 marque l'entrée d'une nation dans le concert de celles qui s'accordent sur le fait que la modernité

juridique se bâtit sur des fondements sûrs, tel que le code Napoléon. L'enjeu crucial de la société roumaine en train d'éclorre, au début du XIX^e siècle, c'était de choisir un modèle juridique et politique digne d'être suivi pour ainsi garantir la sortie culturelle de la zone orientale, à savoir ottomane. Régler l'activité sociale et modifier ainsi les fondements de la vie privée imposèrent l'emprunt des recettes déjà vérifiées. Ainsi s'explique le choix roumain – parmi d'autres – pour la constitution belge de 1830 et pour le code civil des Français ; mais seulement le dernier nous intéresse là. Ce qu'il convient d'être souligné c'est que le choix fut à la fois politique et juridique, mais l'impact fut également culturel. Élever une nouvelle société suppose un échafaudage institutionnel apte à transformer l'Etat en un mécanisme moderne, à l'instar de ce qui existait à l'époque en Occident ; en effet, il est impossible de changer de cap politique sans modifier les institutions publiques, donc, la rupture avec le passé fut totale : une principauté moderne naît dès 1866 et remplace un voïévodat médiéval, même avant que celui-ci proclame son indépendance politique de la Sublime Porte (1877). Au côté de la modification de la structure étatique, la société elle-même a besoin des nouveaux bien-fondés. A cette fin, on met en vigueur le 1^{er} décembre 1865 le code civil des Roumains, une œuvre législative largement inspirée du Code français de 1804 ; évidemment d'autres lois ont complété la panoplie normative de la jeune Principauté, des lois d'inspiration notamment française et italienne régissant les plus importants éléments de la vie politique et civile.

Pas question d'analyser maintenant la structure technique de cette législation ayant inauguré une nouvelle structure sociale, mais ce qu'il faut faire c'est de se concentrer sur un aspect crucial de la rupture qui initia une nouvelle aube : le code civil et son impact. D'abord, le code civil roumain resta en vigueur dès 1865 au 1^{er} octobre 2011, évidemment avec maintes modifications, passées notamment en matière des personnes et du droit du mariage ; un nouveau code de la famille étant mis en œuvre le 1^{er} février 1954. La deuxième idée c'est que la matière de la responsabilité civile fut réglée un siècle et demi par les mêmes textes. Il s'agit des articles 998-1003 du code civil, articles qui reprennent pour l'essentiel le libellé du code français (ses articles 1382-1386). La seule différence à noter entre les deux codes était l'article 1003. Cet article roumain disposait que « Lorsque le délit ou le quasi-délit est imputable à plusieurs personnes, celles-ci sont tenues solidairement à payer l'indemnité ». Ce dernier texte explique d'ailleurs pourquoi à la fois la doctrine et la jurisprudence roumaines ne se sont pas occupées en l'occurrence de l'obligation *in solidum*. Sans considérer que l'article 1003 représenterait un atout du code roumain, c'était à nous de souligner la seule différence qui existait textuellement entre la loi roumaine et le code français d'origine.

De plus, on sait que, pour l'essentiel, la responsabilité est une matière réservée par excellence aux juges. Autrement dit, c'est la pratique judiciaire qui a fait avancer les choses, la doctrine marchant sur les pas de la jurisprudence ; ainsi, si l'on comparait la jurisprudence française en matière de responsabilité avec celle belge, on pourrait observer comment des textes identiques ont inspiré des solutions assez différentes. Mais il n'est pas question de passer ici en revue les différences pratiques qui existaient entre les deux juridictions nationales

respectives. Notons pourtant que la doctrine roumaine¹ fut toujours influencée par ce qui se passait en droit français et, en conséquence, presque tous les débats doctrinaux français eurent un certain écho aussi en droit roumain. Par rapport au droit français, celui roumain resta toutefois plus attaché au pied de la lettre du code, la jurisprudence roumaine n'osant pas autant que son équivalent appliqué en Hexagone. Cela dit que le droit roumain de la responsabilité civile a connu les cas de figure classiques de la responsabilité du droit continental, mais consacrés directement par le libellé du code civil national.

De ce point de vue, appelons les traits essentiels du droit de la responsabilité applicables durant la période 1865-2011. Premièrement, pour le droit privé roumain, la responsabilité était un principe conducteur, mais également une institution régie par principe, concrétisée dans l'idée maîtresse que tout préjudice causé indûment ouvre la voie de la réparation juridique. Donc, la typicité du fait dommageable ne caractérisa pas le système. Peut-être la seule exception de la réglementation par principe de la responsabilité fut celle prévue à l'article 1002 qui prévoyait la responsabilité du propriétaire pour les dommages causés par la ruine de l'édifice ; figure assez étrange et critiquée, mais qui a survécu aussi au nouveau code civil de 2011². Deuxièmement, le code civil constituait le droit commun pour le droit privé en son ensemble et, par voie de conséquence, la responsabilité civile régie par le code se présentait à son tour comme un droit commun de la responsabilité juridique. De plus, parce qu'il y en avait beaucoup, la responsabilité civile de facture subjective fut prise en droit commun par rapport à d'autres types de responsabilités, prévues (ou pas) par le code civil. Néanmoins, tout cela n'excluait point l'existence d'autres cas de responsabilités civiles fixés par des lois distinctes du code civil, ainsi que des responsabilités civiles spéciales, réglés par le même code, mais au sein des différents contrats spéciaux. Troisièmement, la source intellectuelle du système de la responsabilité était bien décelable, parce que le code civil français fut le modèle reconnu pour tout le droit civil, pas seulement pour le droit de la responsabilité.

Evidemment, l'ancien code civil roumain reste loin d'être à l'abri de toute critique, ainsi que la responsabilité qu'il a mise en œuvre. En fait, toutes les critiques soulevées en droit français, on aurait pu les projeter aussi sur le code roumain. Abstraction faite de toute critique ponctuelle, l'ancien code roumain a pourtant engendré un système juridique de la responsabilité cohérent, souple et simple dont l'évolution très lente et moins ample, opérée au fil des siècles par le juge roumain, illustre bien l'appétence bien réduite (voire l'indifférence) pour une refonte du droit de la responsabilité civile. Mais ce qui représente l'essentiel dans cette discussion c'est que le code civil de 1865 fut toujours un repère intellectuel dont la source la plus intime était manifeste : le droit français. De ce point de vue, abroger le code civil français des Roumains c'est rompre d'avec la tradition ayant fait possible toute la modernité juridique roumaine, c'est déraciner entièrement l'arbre de la connaissance juridique.

En définitive, pourquoi certains semblent être en proie à la mélancolie de l'ancien code civil roumain ? Qu'est-ce que l'on regrette effectivement, si l'on le fait réellement ? Ou bien, en d'autres termes, la source d'une loi, comme le code civil, a-t-elle une telle importance que sa perte mérite d'être déplorée ? Pas question d'un sentimentalisme plus ou

moins naturel, mais d'autre chose ! L'ancien code civil roumain avait une origine identifiable certainement ! Et le regret (tant qu'il existe !) ne vise (paradoxalement) ni les solutions du code, ni même son libellé, mais son esprit. Plus exactement le rationalisme identifiable à sa source, la cohérence du système normative et encore une chose assez difficile à avouer : la promesse d'une certitude, celle que la vérité existerait et qu'il n'y en aura qu'une seule. C'est cela que l'on a perdu. Et cela déboussole tout juriste qui sait et espère que le droit ne soit pas toutefois que la loi. A cet égard, l'ancien code était à la fois la preuve et la garantie que le monde juridique est nonobstant rationnel ; qu'il y avait un sens des choses à découvrir, sens caché outre le pied de la lettre d'un texte quelconque, restant à nous de le saisir et de le livrer au monde. Humaniser le droit, le comprendre et y retrouver un abri intellectuel, voilà c'est ce qu'était l'ancien code. Et tout cela reposait sur un soubassement solide : une grande culture qui a pu faire naître le modèle du code, qui a engendré d'ailleurs toute la modernité juridique elle-même : le droit français. Donc, déposer le code, c'est perdre la tête du droit civil.

(II) Code nouveau, nouveaux soucis. Le code civil de 2011 qui abroge et remplace l'ancien code de 1865 consacre lui aussi des textes à la responsabilité civile. Alors, de 6 on est passé à plus de 50 ; il s'agit des articles³ dédiés à la matière qui nous intéresse là, sans compter les textes de la responsabilité spéciale dont la place se trouve dans la partie du même code dédiée aux contrats spéciaux. Donc, observons d'emblée le rapide normatif : agitée et accélérée, la norme civile se dirige vers le circuit civil en menaçant de déborder tout : l'analyste et le praticien. Vu le nombre des textes consacrés à la responsabilité, la question qui se pose d'abord c'est d'opérer un tri, de choisir une problématique à débattre maintenant, tout en éloignant le risque d'ennuyer ou de s'égarer dans ce dédale nominal. Ce faisant, deux questions essentielles feront l'objet de notre discours : d'abord on va tenter d'offrir une image panoramique **(1)** sur la responsabilité, tel que le législateur roumain a réglé l'objectif normatif du code, puis on va essayer de dire quelques mots sur la responsabilité contractuelle **(2)**, sa nature et les rapports respectifs avec le dispositif normatif générale de la responsabilité civile. De plus, on va borner notre propos à ce qui existe dans le code de 2011, en ignorant d'autres sources de responsabilité de droit privé. De ce point de vue, une première note vise la responsabilité du fait des produits défectueux⁴ qui reste du ressort d'une législation spéciale tout en échappant au code civil (l'ar. 1349 al. 4)⁵.

(1) Aperçu normatif de la responsabilité. Le siège général de la responsabilité quel que soit son statut se trouve dans un chapitre à part, comprenant les articles 1349-1395, dont l'intitulé est même suggestif : la « Responsabilité civile ». La topographie légale nous décrit, après une définition de la responsabilité (l'ar. 1349), une section dédiée à des causes ayant un effet exonératoire (les ar. 1351-1356) suivie des sections réglant différents types de responsabilité (les ar. 1357-1380), et d'une grosse partie concernant la réparation du préjudice, quelle que soit sa source (les ar. 1381-1395).

Le code civil roumain pratique formellement la distinction entre la responsabilité délictuelle et celle contractuelle, la dernière étant légalement réduite à l'inexécution des

obligations issues d'un contrat valable, et le rapport d'entre les deux étant figé par la règle du non-cumul des responsabilités (l'ar. 1350). Outre, toujours des dispositions générales, on peut en déduire que le principe qui gouverne la matière de la responsabilité c'est la réparation du préjudice causé par toute atteinte aux « droits et intérêts légitimes d'autres personnes » (l'ar. 1349 (1)). Le mot « droit » ne soulève aucun point d'interrogation, puisque on peut envisager tout droit subjectif que ce soit patrimonial ou pas. En revanche, « l'intérêt légitime » n'est qu'une consécration légale d'une idée véhiculée déjà par la doctrine roumaine, selon laquelle tout intérêt manifestement sérieux, licite et perpétué ouvre lui-même la voie de la réparation au moment où il est touché. Donc pas question de renvoyer à la doctrine de Ihering sur le droit subjectif, mais de souligner que le dommage peut naître aussi d'une atteinte à une situation de fait qui mérite une protection indirecte, par l'allocation des dommages et intérêts. Observons que la générosité du législateur l'emporte sur la précision scientifique, parce que l'article 1349 efface toute importance entre l'atteinte à un droit et l'une à un certain état de fait jugé *ad hoc* digne d'être défendu. Mieux encore, l'indifférence entre le droit et l'intérêt sérieux jouait pratiquement en quelques cas, régis déjà par le code actuel. Ainsi, ce cas-ci sont aujourd'hui couverts par l'hypothèse de la victime par ricochet (l'ar. 1391 (2)), par celle de la victime de la cessation de l'obligation alimentaire suite à un fait dommageable (l'ar. 1390). Mais ces hypothèses que le législateur avait en esprit, étant empruntées à la pratique antérieure, sont maintenant réglées expressément par le code civil, c'est ce qui soulève encore des points d'interrogation sur l'utilité de la réglementation par principe, qui prévoit que l'intérêt lui-même puisse justifier une action en responsabilité civile.

Avant que l'on s'attaque à quelques détails sur la responsabilité civile, juste une petite remarque sur l'exonération de responsabilité dont le code civil nous parle assez largement (les ar. 1351-1356). L'ambition du législateur fut d'établir des textes applicables à tout type de responsabilité⁶, et l'on y retrouve des cas dont l'effet est indiscutablement exonératoire, mais aussi des situations, des hypothèses légales qui intéressent évidemment la responsabilité mais sans avoir toujours un effet libératoire d'obligation de réparation civile. Apercevons d'un clin d'œil le spécifique de ces articles ayant un but exonératoire ! Tout d'abord, on pourra y inclure la force majeure et le cas fortuit, dont les traits doivent être retrouvés aussi dans deux autres hypothèses – le fait de la victime et le fait du tiers – pour qu'elles aient à leur tour un effet libératoire de responsabilité. A vrai dire, ces derniers faits, commis par la victime ou par un étranger à la responsabilité, n'ont pas d'effet exonératoire qu'ils aient les traits de la force majeure ou du cas fortuit, ce qui est trop et bien difficile de juger en pratique ; le lien au fait générateur de préjudice suffisait, selon notre sens. En outre, différencier la force majeure du cas fortuit tout en suivant les critères proposés par le code civil, ce n'est pas une chose très facile à faire, bien que théoriquement ce nous semble simple comme bonjour. Ainsi, la loi nous apprend que la force majeure est un « événement extérieur, imprévisible, absolument invincible et inévitable », tandis que le cas fortuit reste l'événement qui « ne peut être prévu ni empêché par le responsable si l'événement ne s'était pas produit » (l'ar. 1351 (2) et (3)). Ce qui importe c'est que le noyau de ces cas

ayant un effet exonératoire n'est qu'une situation de fait, un événement, et non pas un pur artefact intellectuel dont la définition théorique demeure bien difficile ; par conséquent, mieux vaut éviter de le définir légalement, en plaçant tout fardeau explicatif sur les épaules de la doctrine et de la pratique. Enfin, délimiter les deux causes exonératoires ne trouve l'importance que l'on a affaire à une responsabilité objective où seulement la force majeure écarte l'obligation de réparation. Mais pour contredire en quelque sorte le caractère spécial (sinon même spécieux) de la différence existant entre la force majeure et le cas fortuit, l'article 1352 utilise la notion de force majeure comme critère du fait de la victime (et du tiers), car uniquement le fait de la victime ayant les traits de la force majeure exonère d'une responsabilité objective (l'ar. 1380).

Encore trois idées faut-il articuler, toujours liées au droit commun de l'exonération civile. Ainsi, selon l'article 1354, la victime d'un préjudice causé lors d'un service rendu à titre gratuit n'a pas de droit à la réparation, à moins qu'elle ne prouve la faute intentionnelle du responsable civil. Le texte a comme but de mettre un terme à toute discussion sur le bien-fondé de la responsabilité au cas où le dommage advient suite à l'une activité bénévole, bien que la pratique roumaine ne se soit pas affronté à de tels cas. Le texte du code reste applicable quel que soit le type de la responsabilité, qu'il y en ait une subjective ou une objective, du fait personnel ou d'autrui, du fait de la chose ou de l'animal etc. Retenons qu'aussi pour la responsabilité objective, celle-ci ne peut être écartée que l'on prouve la « faute intentionnelle, ou non-intentionnelle mais grave, de celui qui, selon la loi, devrait en répondre » (*idem*). Le deuxième texte à rappeler là concerne les clauses relatives à la responsabilité (l'ar. 1355).

Ainsi, l'article indiqué ci-dessus fait la différence entre le préjudice matériel et celui corporel, également à des fins exonératoires. La règle établie *de lege lata* c'est la liberté de toute convention ou déclaration unilatérale ayant comme effet la limitation de la réparation du dommage matériel, tandis que les préjudices causés à l'intégrité physique ou psychique ou à la santé ne peuvent être ni écartés, ni diminués, qu'en suivant les dispositions légales (*idem* (3)). Ce semble montrer une normalité normative, parce que la loi veut renforcer la protection de la vie et de la santé des personnes, mais pratiquement on va avoir du mal à déterminer l'effet d'une clause de limitation du montant de l'indemnité due suite à des blessures causées lors d'un sport jugé dangereux (*e.g.* un de contact). Le même article, sans départager le préjudice corporel de celui matériel, régit le sort d'une déclaration d'acceptation du risque qui – selon la loi – ne vaut pas une « renonciation de la part de la victime à son droit d'obtenir le paiement de la réparation » (*idem* (4)). Si l'on combine les deux derniers articles, tout en les appliquant aux dommages corporels, il y a le risque d'aboutir à l'idée que les clauses de non-responsabilité seraient illusoires chaque fois qu'il s'agit de la réparation du préjudice corporel. Soulignons que ce n'est pas le rempart normatif soulevé autour du corps humain qui puisse gêner, mais la portée pratique d'une telle disposition légale, car toutes les activités impliquant des risques pour la santé se déroulent sur une base conventionnelle⁷.

Enfin, la troisième question regarde les annonces sur la responsabilité (l'ar. 1356). Pour l'essentiel, sur le terrain contractuel, nulle annonce n'a d'effet que si son contenu fut

connu par la victime (*idem* (1)). On pourrait juger inutile une telle disposition légale, il en est ainsi par la force de l'évidence et par l'application des règles de la responsabilité contractuelle, puisque l'acte dont les obligations furent inobservées doit comprendre aussi les clauses⁸ de non-responsabilité censées être connues par toutes les parties du contrat. Sur le terrain délictuel, une annonce de non-responsabilité n'a aucune conséquence exonératoire, toutefois une « telle annonce peut avoir la valeur d'un avertissement de péril, étant applicables, selon le cas, les dispositions du premier alinéa de l'article 1371 » (*idem* (2)). L'effet de cet avertissement serait même l'exonération, lorsque l'on prouve que la victime a intentionnellement ignoré l'avis de péril. Cette logique serait applicable quand le fondement de la responsabilité est subjectif, car la loi voit – dans une telle occurrence – une faute commune, à partager entre le responsable et sa victime, selon l'article 1371⁹. Reste moins clair si l'hypothèse décrite à l'article 1356 (2) va aussi s'appliquer au cas où la responsabilité soit objective, car la fameuse compensation des fautes sera presque impossible.

Quant à la structure légale de la responsabilité délictuelle, le nouveau code civil roumain n'innove guère, parce qu'il conserve les cas de la responsabilité existants déjà dans l'ancien code. Ainsi, l'on a affaire à une responsabilité subjective (du fait personnel) et à une objective, à une responsabilité du fait des choses (animées ou pas), à une responsabilité du propriétaire pour la ruine de l'édifice, et à la responsabilité du fait d'autrui. Ce qu'il faut nécessairement rappeler là c'est un type de responsabilité spéciale, que l'on peut considérer subjacente à celle objective du fait des choses, prévue à l'article 1379. Ce texte ouvre la voie d'une action que l'on peut appeler de *effusis et dejectis*, car le responsable est « celui qui occupe un immeuble, même sans titre », lui étant tenu à indemniser tout préjudice « causé par un objet qui tombe ou est jeté d'un immeuble » (*idem* (1)). Pour la loi roumaine, la victime d'un tel dommage venu des cieux à une option, parce qu'elle peut agir soit sur le fondement de la responsabilité du fait des choses tombées ou jetées, soit s'appuyant sur l'article dont il est question là. A notre sens, l'*actio de effusis et dejectis* n'est qu'une application (obsolète, voire inutile) de la responsabilité du fait des choses dont la place, dans un code des années 2010, n'est pas aisément à expliquer, comme toute chose en trop. Rappelons-nous brièvement maintenant quelques détails que les figures classiques de la responsabilité délictuelle comportent dans le code civil roumain de 2011.

Pour la responsabilité du fait personnel (les ar. 1357-1371), le code actuel a conservé la différence ayant antérieurement existé entre le fait dommageable et la faute. Ainsi, en droit civil roumain, la notion de « faute » ne regarde que l'attitude psychologique du responsable à l'égard de ses actions illicites ; la faute étant une sorte de partie subjective des conditions de la responsabilité civile que le code définit à l'article 16, tout en reprenant les dispositions du code pénal roumain de 1968 qui sera remplacé en 2014 par une loi déjà existante. Tandis que la notion de « fait illicite », ayant engendré causalement le dommage pour lequel on répond, ne comprend que l'activité inique objective, matérielle et extérieure, du sujet responsable civilement. Donc, le code civil de 2011 consacre et perpétue une interprétation roumaine traditionnelle issue des articles 998-999 de l'ancien code civil¹⁰. Puis, le code actuel régit l'effet des certains cas exonératoires, tels que la légitime défense, l'état de nécessité, le secret

commercial, et l'exécution d'un droit ou l'obéissance à un ordre, qui s'ajoutent d'ailleurs aux causes générales libératoires de responsabilité dont on a parlé plus haut. Retenons toutefois que la légitime défense et l'état de nécessité n'ont pas toujours un effet d'exonération totale. Dès lors, la légitime défense peut laisser subsister une certaine « indemnité adéquate et équitable » à payer, si l'on outrepassé les limites de la légitime défense, à la charge de la victime de l'agression illégitime (l'ar. 1360 (2)). En outre, celui qui agit sous la contrainte de l'état de nécessité peut être pourtant tenu à une réparation « selon les règles applicables à l'enrichissement sans cause » (l'ar. 1361). La seule énigme à trancher est si ces textes ont effectivement un effet d'exonération, ou bien ils transfèrent la discussion de la responsabilité vers les quasi-contrats, ce faisant, pour éviter la question plus épineuse de la mise en œuvre des articles 1360 et 1361. Enfin, le code roumain a aussi consacré la capacité délictuelle de la personne physique, ce qui veut dire qu'une personne âgée de 14 ans accomplis est légalement censée être consciente des suites de ses actions et, en conséquence, on la juge responsable pour les dégâts qu'elle puisse produire (l'ar. 1366 (2)). Néanmoins le mineur qui « n'a pas 14 ans accomplis, ainsi que l'interdit judiciaire¹¹, n'est pas tenu à réparer le préjudice qu'il a causé, à moins que l'on ne prouve son discernement au jour où le préjudice est survenu » (*idem* (1)). On y retrouve une seule nouveauté, à l'article 1368, qui prévoit une obligation subsidiaire de réparation à la charge de la personne sans capacité délictuelle, qui sera tenue à payer à la victime une indemnisation dont « le montant sera équitable, compte tenu de l'état patrimonial des parties » (*idem* (2)). De quoi s'agit-il là : d'une réparation sans responsabilité, ou d'une responsabilité distributive, issue de la justice synonyme et pas non plus de l'application des règles de la réparation pour la faute ?

La responsabilité du fait d'autrui (les ar. 1372-1374) prend concrètement corps dans celle spéciale pour le fait du mineur et de l'interdit, et encore dans celle du commettant, la dernière sorte de responsabilité ne comportant pas des modifications essentielles par rapport à sa figure d'origine¹². Certains détails furent toutefois apportés à la responsabilité des parents (et leurs assimilés) et des tuteurs des interdits pour faiblesse d'esprit. Premièrement, signalons que la loi roumaine nous parle clair du devoir auquel sont tenus les responsables civils : « l'obligation de surveillance » (l'ar. 1372 (2)). Deuxièmement, observons la charge qui pèse aujourd'hui sur les épaules des tuteurs qu'il s'en agisse des mineurs ou des interdits et, enfin, regardons le système à part entière des règles qui permet l'éloignement de la responsabilité. Dès lors, celui qui est « tenu à surveiller n'est exonéré de responsabilité que s'il prouve ne pas avoir pu empêcher le fait préjudiciable. Les parents ou les tuteurs, selon le cas, ne s'exonèrent qu'en prouvant que le fait de l'enfant soit la suite d'une autre cause que la manière d'exercer l'autorité parentale » (*idem* (3)). Pour (finir et) mettre la cerise sur le gâteau, faut-il lire l'article 1374. Celui-ci dénoue l'éventuel concours entre la responsabilité des parents et celle des commettants, tout en consacrant le truisme que la responsabilité des parents sera chassée par celle spéciale des commettants quand le préposé est mineur. En effet, l'idée la plus large c'est que la responsabilité des parents est subsidiaire et évincée par toute autre responsabilité fondée sur une obligation spéciale de surveillance, lorsqu'une de ces dernières (*e.g.* du commettant, du professeur) peut s'engager concrètement dans l'espèce.

La responsabilité du fait des choses (les ar. 1375-1380) comprend les espèces classiques (celle pour les choses proprement-dites, celle du fait des animaux, celle du propriétaire pour les dégâts causés par la ruine de la construction), et aussi deux nouveaux cas de figure. Le premier, prévu à l'article 1379, concrétise les conditions nécessaires pour engager une *actio de effusis et dejectis* dont on a déjà parlé ; le deuxième est relatif aux accidents de la route dont le dénouement se trouvait auparavant dans l'application des diverses règles de la responsabilité de droit commun (subjective, objective etc.). L'article 1376 (2) nous explique que les dispositions établies en matière de la responsabilité du fait des choses seront applicables ainsi qu'en « cas de collision des véhicules ou en d'autres cas similaires. Néanmoins, dans un pareils cas, l'obligation de réparation de tous les préjudices n'incombera qu'à celui dont la faute puisse être considérée comme une force majeure à l'égard de tous ceux impliqués en accident ». Sans pénétrer là les détails, il convient de dire que le texte du code ne consacre pas à vrai dire une nouvelle espèce de responsabilité objective, mais c'est lui qui réclame deux mises au point à faire. La première, en cas de collision (des véhicules à moteur ou pas, des skis, des vélos etc.), on peut appliquer les règles de la responsabilité du fait des choses, mais sans aucune spécificité par rapport au droit commun, parce qu'un véhicule (même à moteur) n'est qu'une chose parmi d'autres, et sans savoir si ces règles-ci l'emporteraient *de lege lata* sur celles de la responsabilité subjective du fait personnel. La deuxième, on entérine¹³ l'option du législateur roumain, selon lequel, uniquement la force majeure pourrait exonérer de responsabilité, même si l'événement qui concrétise cette force n'était qu'une faute personnelle.

A côté des normes consacrées à des différents genres de responsabilités, le code civil roumain comprend aussi une section dédiée à la « réparation du préjudice en cas de responsabilité délictuelle » (les ar. 1381-1395). C'est là que le législateur a fait glisser des notions et situations hétérogènes, les unes assez classiques, voire indispensables (e.g. la solidarité des débiteurs responsables, le principe de la réparation intégrale, l'action récursoire), d'autres inédites. A cet égard, l'article 1385 (4) nous parle – pour la première fois en droit roumain – de la « perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter une perte », quand la « réparation sera proportionnelle à la probabilité d'obtenir l'avantage ou, selon le cas, d'éviter le dommage, compte tenu des circonstances concrètes et de l'état de la victime ». Ainsi que l'article 1391 (2) qui ajoute, toujours en première, que le juge « peut également accorder une indemnisation à des ascendants, descendants, frères et sœurs, et aussi au conjoint, ainsi qu'à toute personne, pour le chagrin éprouvé à cause de la mort de la victime ». En l'occurrence, le droit à l'indemnité établi selon l'article 1391 « ne passe pas aux héritiers. Ceux-ci peuvent l'exercer seulement si l'action judiciaire fut intentée par le défunt » (*idem* (4)). Donc, il nous semble avoir affaire à un droit patrimonial, issu de l'atteinte d'un droit extrapatrimonial, dont le transfert serait bien limité comme s'il était un droit extrapatrimonial. Toujours comme élément de nouveauté, appelons l'article 1394, dont l'essence est de prolonger le délai civil de la prescription extinctive pour le droit à la réparation au délai pénal de prescription, si ce dernier est plus long que celui civil et le fait dommageable s'avère une infraction réprimée par la loi pénale.

(2) De la responsabilité contractuelle. Le code civil de 1865 (à l'instar d'ailleurs de son modèle français de 1804) n'en soufflait mot, ce qui n'a pourtant pas empêché l'apparition d'une littérature et d'une pratique importantes sur les traits de ce genre de responsabilité civile. A l'opposé, le code roumain de 2011 consacre *in terminis*, tel que l'on a déjà vu, les deux types de responsabilité civile, la preuve littérale étant l'article 1350 dont l'intitulé est même la « responsabilité contractuelle ». Mais au-delà de tout nominalisme normatif, on ne peut pas ne pas s'interroger si le code roumain actuel est resté fidèle à lui-même en développant, à travers ses dispositions, une différence substantielle du binôme délictuel-contractuel, en matière de la responsabilité. A coup sûr, l'article 1350 contient (au moins) trois idées : la première, c'est que toute personne « doit exécuter les obligations qu'elle a contractées » (*idem* (1)) ; la deuxième, c'est que la partie du contrat qui manque inexcusablement à une de ses obligations¹⁴ conventionnelles sera « responsable pour le préjudice causé à l'autre partie, étant obligée à le réparer, selon la loi » (*idem* (2)). Enfin la troisième idée c'est qu'aucune « des parties ne peut écarter les règles de la responsabilité contractuelle afin qu'on applique d'autres règles plus favorables » (*idem* (3)). Bien que l'article 1350 siège dans la section du code appelée la « responsabilité civile », pourtant tout au long de cette partie on ne trouve plus aucun texte légal dédié à la responsabilité issue du contrat. C'est pour cela qu'il faut rejoindre aussi d'autres articles (1516 et s.), groupés par le code dans un autre chapitre spécial, sous l'intitulé l' « Exécution forcée des obligations ». Puisqu'il nous est impossible de passer maintenant en revue tous les détails contenus par les normes respectives, bornons-nous uniquement à accentuer quelques aspects.

D'abord, il est certain que le chapitre l' « Exécution forcée des obligations » comprend aussi d'autres articles que ceux-là dédiés à la responsabilité. Ainsi, c'est là que l'on trouve des dispositions intéressant la mise en demeure du débiteur¹⁵ (les ar. 1521-1526) ; les arrhes (les ar. 1544-1546) ; la résolution et la résiliation (les ar. 1549-1554) et les causes justificatives d'inexécution des obligations contractuelles¹⁶ (les ar. 1555-1557). Le premier constat qui en résulte c'est que la loi roumaine considère la responsabilité contractuelle une sorte d'exécution forcée des obligations. En plus, dans le chapitre dont nous parlons, il y a un article qui sème de confusion de plus. Il s'agit de l'article 1518 (1) qui nous dit que le « débiteur répond personnellement pour l'exécution de ses obligations, à moins que la loi ne prévoie autrement ». Ici le sens du mot « responsabilité » est légalement réduit à l'idée d'engager les biens du débiteur, en formant ainsi le gage général du chirographaire. Dans un sens identique, le terme « responsabilité » est employé également dans l'article 2324 (1) ayant consacré la « garantie commune des créanciers », à savoir – selon le vocabulaire classique – le gage général des créanciers chirographaires. Alors, on peut utiliser le mot « responsabilité » soit pour désigner l'idée générale que le débiteur est tenu à titre personnel d'accomplir ses obligations, (sinon le créancier a le droit de poursuivre et d'exécuter tout bien appartenant au débiteur défaillant), soit pour révéler une obligation spéciale : celle de réparer au cas où le préjudice est arrivé. Notons, donc, que l'article 1518 (1) envoie au gage général, tandis que l'article suivant (1519) régit la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, en en résultant un quiproquo parfait !

Ensuite, autre choix législatif inconsciemment manqué c'est celui de la netteté de la différence proposée entre l'exécution forcée des obligations (conventionnelles) et la responsabilité contractuelle, bien que le code nous en parle au libellé de l'article 1337. Celui-ci nous apprend que la preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle « n'exonère pas le créancier d'apporter la preuve du préjudice » qu'il a subi de ce fait. Cela dit qu'il en y a deux choses différentes : l'inexécution et le préjudice, et que chacune de ces deux doit être prouvée séparément, à moins que la loi ne dispose autrement. Il en résulte que toute inexécution d'une obligation contractuelle n'engendre pas automatiquement un préjudice et que, pour que l'on puisse parler d'une telle responsabilité, on est tenu à prouver le dommage à réparer. Malgré la lettre de l'article 1537, toute la section qui s'en occupe laisse l'impression que, en effet, l'inexécution s'identifie au préjudice et que la responsabilité contractuelle n'est qu'un synonyme de l'exécution forcée des obligations volontaires. Sans prendre parti maintenant d'une conception ou d'une autre, il convient de remarquer que lorsque l'on fabrique une nouvelle loi, c'est au législateur de couper toutefois les nœuds plus au moins gordiens ayant auparavant suscité tant de disputes, ce qui ne se passe guère avec le code civil roumain qui s'avère moins tranchant.

Pour poursuivre, observons que l'article 1537 trouve – dans la quête législative de la différence spécifique d'entre la responsabilité contractuelle et l'exécution forcées des obligations – son opposé dans l'article 1530. Ce dernier dispose que le créancier a le « droit à des dommages et intérêts pour la réparation du préjudice que le débiteur lui a causé, préjudice ayant été la conséquence directe et nécessaire de l'inexécution sans justification ou, selon le cas, fautive des obligations ». Cela nous dit, parmi tant d'autres, que les dommages-intérêts ne représentent que l'indemnisation due pour l'inexécution du contrat, à savoir une exécution par équivalent des obligations primitives issues de l'acte juridique dont l'exécution fut manquée. C'est d'ailleurs ce que suggère l'intitulé de la section du code qui commence à l'article 1530. Souvenez-vous, donc, si l'article 1537 fait formellement la différence entre l'inexécution et le préjudice, en revanche, l'article 1530 semble mettre le signe d'égalité entre ces deux catégories juridiques. Il peut en résulter un match nul entre les partisans des différences qui existeraient entre la responsabilité contractuelle et l'exécution forcée du contrat et ceux qui soutiennent l'identité de ces deux catégories.

En revenant au rapport existant entre les deux espèces de responsabilités, encore faut-il répéter que le code civil roumain consacre la règle du non-cumul des responsabilités, afin que l'on puisse ainsi renforcer le contrat, sa force obligatoire, et également pour que l'on assure un régime spécial et dérogoire à la responsabilité contractuelle. De ce point de vue, une différence majeure entre cette dernière et la responsabilité délictuelle peut être traditionnellement décelée au niveau du préjudice. Ainsi, le caractère prévisible du dommage fut toujours considéré comme une marque de la responsabilité contractuelle, un caractère dû à l'origine de cette espèce de responsabilité. Alors, bien que cette différence retrouve formellement sa place dans le code (l'ar. 1533), si l'inexécution est de facture intentionnelle, l'obligation du débiteur va outrepasser celle de réparer le préjudice prévisible, quoique l'indemnisation ne puisse comprendre que « ce qui est la conséquence directe et nécessaire de

l'inexécution de l'obligation » contractuelle (*idem*). Faisons seulement deux remarques, occasionnées par cet article. D'un côté, le texte légal préserve *ad litteram* l'exigence de la prévisibilité du préjudice en matière de responsabilité contractuelle, nonobstant l'article se tait sur un autre aspect important. Ainsi, la loi ne nous indique pas si la responsabilité préserve sa nature contractuelle, ou elle change d'essence, en devenant une délictuelle, lorsque l'inexécution du contrat est à coup sûr intentionnelle. D'un autre côté, pouvons noter que l'expression « conséquence directe et nécessaire » est inappropriée pour que l'on puisse utiliser comme critère certain de la prévisibilité du préjudice, tel que le code le fait à l'article 1533 *in fine*.

Enfin, voyons la disposition inédite contenue à l'article 1519. A cet égard, après avoir prêché le principe de la responsabilité contractuelle du fait personnel, le code nous fournit une exception : la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. C'est ce que nous dit l'article 1519 : « le débiteur répond des préjudices causés par la faute de celui qui devait exécuter les obligations contractuelles, si les parties n'ont pas convenu autrement ». Toute sous-traitance ordinaire peut illustrer la situation décrite ci-dessus, mais elle est pour la première fois prévue par une loi roumaine. Donc, ce n'est pas la peine d'étendre les règles de la responsabilité délictuelle (du fait d'autrui) en matière contractuelle, parce qu'il y a un texte spécial qui autorise ce genre de responsabilité indirecte aussi en matière contractuelle. Observons de plus que la responsabilité contractuelle du fait des choses (en général) n'est plus réglementée par le nouveau code civil ; donc, la règle du non-cumul doit y être observée, elle étant la clef de la solution concrète dans un cas d'espèce. Ensuite, toujours à propos de la responsabilité contractuelle pour autrui, une question assez épineuse demeure à résoudre, celle de son fondement juridique. A cet égard, si l'on admet qu'en matière délictuelle, la responsabilité du commettant soit une objective, la même solution s'impose-t-elle d'emblée en matière contractuelle aussi ? Il nous est permis d'en douter ! Ainsi, l'article 1548 présume la conduite coupable du débiteur ayant manqué à ses obligations volontaires, d'où l'on peut déduire que la responsabilité contractuelle du fait personnel est, par principe, une subjective. La caractéristique subjective de cette responsabilité civile ne change pas, même si l'on parle d'une responsabilité du fait d'autrui ; en le sens que le tiers, que l'on a fait substituer pour qu'il exécute le contrat, doit être dans son tort pour qu'il y ait responsabilité. En conséquence, il faut appliquer la même présomption légale de faute (de l'ar. 1548) aussi pour le tiers chargé à l'exécution du contrat, avec le résultat qu'aussi la responsabilité contractuelle du dernier soit toujours subjective.

Conclusions ? Bornons-nous exclusivement à la matière de la responsabilité, et c'est là que l'on pourrait marquer que le nouveau code civil introduit des catégories et figures juridiques inexistantes auparavant, inspirées tant de l'évolution de la jurisprudence française que des solutions législatives étrangères (québécoises notamment). Tandis que la pratique judiciaire roumaine a fait à peine des petits pas (à savoir la commande de la société roumaine fut assez réduite – voire inexistante) vers la modification du sens de la lettre de l'ancien code civil, on pourrait toutefois oser se demander à quoi sert le changement des textes relatifs à la responsabilité ? Puis, il est certain que la nouvelle loi civile n'a pas

écarté les points d'interrogation ayant jadis planés sur la responsabilité civile, et, qui pis est, c'est que toute la matière est devenue plus touffue, et le nouveau libellé moins limpide. Enfin, ce qui est encore sûr c'est que le système roumain a perdu son cap traditionnel, étant désancré de sa tradition culturelle française, et le risque d'échouer définitivement sur le banc de l'anonymat intellectuel sera accru.

* Professeur à la Faculté de Droit de l'UBB Cluj-Napoca, Roumanie ; vpaul@law.ubbcluj.ro.

- ¹ M. Eliescu – Răspunderea civilă delictuală, ed. Academiei RSR, București-1972 ; L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu – Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, ed. Universul Juridic, București-2012 ; C. Stătescu, C. Bîrsan – Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. Hamangiu, București-2008 ; P. Vasilescu – Drept civil. Obligații, ed. Hamangiu, București-2012.
- ² Il s'agit de la Loi roumaine n° 287 de 2009, relative au Code civil, mise en vigueur le 1^{er} octobre 2011. Pour une version en français de ce code, on peut se reporter au livre « Le nouveau Code civil roumain. Traduction commentée », Juriscope-Dalloz, Paris-2013.
- ³ V. les articles 1349-1395 groupés dans le chapitre IV du code, appelé la « Responsabilité civile » ; les articles 219-224 dédiés à la responsabilité de la personne morale ; les articles 252-257 consacrés à la protection des droits extrapatrimoniaux ; l'article 630 réglant les troubles anormaux de voisinage et, enfin, la partie relative à la responsabilité contractuelle (les ar. 1516 et s.). On ne compte pas là non plus les articles 15 (le siège de l'abus de droit), 16 (la définition légale de la faute civile, emprunt à un code pénal obsolète), ni les articles régissant, au sein de chaque contrat spécial, la responsabilité spécifique y liée.
- ⁴ La Roumanie, en tant que membre de l'UE, a transposé la directive de celle-ci relative à la responsabilité du fait des produits défectueux qui est devenue partie du droit interne, sans être toutefois une part du code civil, comme en droit français.
- ⁵ Tout au long de cet article, on a abrégé le mot « l'article » par « l'ar. » ; outre, tout article sans autre référence supplémentaire doit être considéré comme un texte du code civil roumain de 2011. Pour éviter les répétitions ennuyeuses, à un article déjà cité on va envoyer par le signe (*idem* (1)) où (1) désigne l'alinéa de l'article déjà cité, indiqué par (*idem*).
- ⁶ Délictuelle ou contractuelle, subjective ou objective, directe ou indirecte etc. De plus, le même code prévoit encore des articles à des causes exonératoires au sein de la réglementation de la responsabilité du fait personnel, v. les ar. 1359-1364.
- ⁷ Il convient de rappeler que cette partie législative concerne notamment la responsabilité délictuelle, ce qui peut soulever de points d'interrogation de plus, parce que l'ar. 1355 suggère qu'il soit question là d'une responsabilité contractuelle.
- ⁸ Notons que la loi nous parle des « annonces », tandis qu'une telle annonce n'est qu'une clause ; le bric-à-brac du libellé s'explique par le souhait du législateur d'assurer une portance plus grande à l'article 1356.
- ⁹ Cet article est le dernier de la section dédiée à la responsabilité du fait personnel. Pourtant, parce que l'ar. 1356 (2) siège à la fin d'une section d'une portée générale, on ne pourrait pas ne pas s'interroger si les annonces concernant la responsabilité ne regardent tout genre de responsabilité civile, que ce soit ou pas du fait personnel.
- ¹⁰ Les articles 1382-1383 du code civil français.
- ¹¹ A savoir la personne faible d'esprit placée par le juge sur l'interdiction juridique.
- ¹² Toutefois l'ar. 1373 (3), qui dispose « Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que la victime connaissait ou, selon le cas, pouvait connaître, au jour où le fait préjudiciable fut commis, que le préposé agissait sans aucun lien à ses fonctions de préposé », introduit une nuance qui n'existait pas auparavant, mais qui a engendré beaucoup de discussions en droit français.

¹³ V. aussi l'ar. 1380 qui porte l'intitulé « Causes exonératoires » applicables évidemment en matière de la responsabilité du fait des choses.

¹⁴ Remarquons que l'article 1350 emploie le mot « obligation » à l'alinéa (1) et le mot « devoir » à l'alinéa (2) (qui envoie d'ailleurs au premier alinéa), c'est ce que l'on peut nous permettre de faire des spéculations supplémentaires, parmi d'autres aussi celle que l'exécution d'un contrat serait un devoir, bien différent de l'exécution des obligations (civiles) concrètes issues de l'acte dont il est question...

¹⁵ Le code civil roumain de 2011 régit aussi une mise en demeure du créancier (les ar. 1510-1515) qui n'est que l'ancienne offre réelle suivie de consignation.

¹⁶ Les textes groupés sous la bannière de ces articles n'ont rien à voir avec l'exonération de responsabilité, car la loi a pu croire réglementer ici des aspects divers, tels que l'ordre de l'exécution des obligations, l'exception d'inexécution et l'impossibilité fortuite d'inexécution des obligations. Donc, pour les cas d'exonération de responsabilité contractuelle, faut-il se reporter de nouveau à la partie du code consacrée à la responsabilité délictuelle (les ar. 1351-1356) que l'on a déjà passée en revue plus haut.

L'IMPORTANCE DU STATUT CONSTITUTIONNEL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ROUMAINES ET FRANÇAISES

Elena SFERLEA *

Résumé : *En tenant compte de la constitutionnalisation du droit local dans le contexte plus général de la globalisation du droit, l'analyse comparative des grands principes constitutionnels consacrés aux collectivités territoriales roumaines et françaises montre une importante évolution juridique en leur faveur. Depuis 1991, l'autonomie locale et la décentralisation sont des principes constitutionnels de l'administration locale roumaine, alors que l'organisation décentralisée de la République figure, depuis 2003, à l'article 1er de la Loi fondamentale française, parmi les traits fondamentaux de l'État. Bénéficiant ainsi de la protection maximale conférée par le statut constitutionnel, la décentralisation exprime le choix commun et pratiquement irréversible assumé par chacun des deux pays concernés.*

Mots-clés : *collectivités territoriales, statut constitutionnel, décentralisation administrative, autonomie locale*

Introduction

La constitutionnalisation du droit des collectivités territoriales

Le “*triomphe du constitutionnalisme européen*”¹ à la fin du millénaire et, par la suite, la constitutionnalisation des différentes branches du droit, y compris du droit administratif, justifie une approche constitutionnelle des collectivités territoriales roumaines et françaises. Intégrées dans la Loi fondamentale, les catégories auxquelles elles appartiennent ne peuvent être supprimées que par la Constitution. De la même manière, une simple loi ne peut plus modifier leur régime juridique constitutionnel. Il convient de faire une mention spéciale, notamment en France, de la contribution que la jurisprudence constitutionnelle a eue dans la construction du nouveau droit des collectivités territoriales². En Roumanie, le rôle de la Cour Constitutionnelle³, consacrée par la Constitution de 1991, est plus complexe dans le contexte de la longue transition vers la réaffirmation des valeurs démocratiques.

Si la décentralisation territoriale jouit d'une valeur constitutionnelle dans les deux pays, il faut également souligner que les collectivités territoriales roumaines et françaises

bénéficient d'un statut constitutionnel propre. Elles sont ainsi régies par un certain nombre de dispositions du texte constitutionnel formant un véritable statut qui s'impose au Parlement. En France, ces dispositions ont d'ailleurs été redécouvertes à l'occasion des réformes décentralisatrices opérées à partir de 1982 et interprétées de manière importante par le Conseil constitutionnel, souvent saisi depuis lors de lois relatives aux collectivités. En matière d'administration locale, l'apport des révisions engagées dans les deux cas en 2003 est sensiblement plus significatif en France qu'en Roumanie, ce qui s'explique par une différence à l'égard des objectifs poursuivis par la révision.

Afin d'arriver à une bonne compréhension du socle constitutionnel consacré aux collectivités territoriales dans les deux systèmes comparés, on se penchera, dans cette étude, sur l'approfondissement des grands principes régissant actuellement le droit des collectivités. Cette démarche est censée relever les grands principes communs consacrés dans les Constitutions révisées au sujet des collectivités territoriales, tout en montrant les raisons des dernières révisions entamées en la matière, leurs principales nouveautés et, par la suite, les progrès que le constituant a souhaité rendre possibles, du moins juridiquement, dans le domaine de la décentralisation. On soulignera ainsi l'importance du statut constitutionnel, à nouveau accordée en Roumanie, et amplifiée en France. Cette analyse est indispensable pour comprendre en quoi les statuts constitutionnels dont jouissent les collectivités roumaines, d'une part, et les collectivités françaises, d'autre part, se rapprochent ou se différencient. Plus concrètement, cela nous conduit à présenter un tableau comparatif des principes en vigueur du statut constitutionnel des collectivités territoriales roumaines et françaises. Il convient d'ajouter qu'une partie des principes figurant expressément dans la Loi fondamentale française ne bénéficie que d'une consécration législative en droit roumain, alors que leur protection constitutionnelle pourrait être considérée implicite en vertu du principe général de l'autonomie locale.

Pourquoi la Roumanie et la France ?

Cette étude comparative fait partie d'une recherche plus ample visant l'administration locale et, plus particulièrement, l'évolution de la décentralisation en Roumanie et en France depuis les années 1990, un bon cas d'étude pour permettre de mieux saisir les caractéristiques du phénomène administratif au niveau local dans deux États unitaires engagés distinctement sur la voie de la réforme administrative. En dépit de leur enracinement historique, culturel et politique spécifique, la Roumanie et la France ont connu, pendant les derniers vingt ans, un parcours juridique ascendant, même si parfois sinueux, preuve de l'omniprésence des efforts de modernisation administrative dans toute société démocratique.

Plusieurs raisons rendent cette comparaison possible. C'est d'abord l'appartenance commune à la tradition juridique romano-germanique. Cette parenté n'est pas à sous-estimer, bien que la Roumanie soit placée par la doctrine parmi les systèmes de droit qui témoignent des problèmes juridiques dans un ensemble régional, celui des États d'Europe Centrale et d'Europe de l'Est⁴.

S'y ajoute ensuite un argument d'ordre méthodologique. Puisque la comparaison des textes se situe ordinairement au premier niveau d'une recherche de droit comparé, il

convient de faire valoir que le droit positif français a très souvent servi de modèle d'inspiration pour le législateur roumain de toutes les époques. Cette influence est restée présente même après la chute du régime communiste en décembre 1989. Y a sans doute contribué aussi le fait que nombre de créateurs roumains du droit public moderne ont été formés dans les universités françaises. Les conséquences en sont visibles notamment dans la littérature juridique roumaine de l'entre-deux guerres, car il s'agit d'une "période de cristallisation de la doctrine classique en Europe"⁵, marquée par de nombreuses disputes théoriques dont celles de l'école française sont connues.

Si l'on se place au niveau des institutions administratives des deux pays, les ressemblances de leur organisation politique et constitutionnelle représentent un argument de plus. Une comparaison entre deux systèmes politico-administratifs hétérogènes en effet, bien qu'à la rigueur possible, serait finalement moins productive. Notre étude concerne deux États unitaires caractérisés par une République semi-présidentielle. Si la France est citée par les auteurs de droit constitutionnel⁶ comme étant l'exemple classique du régime semi-présidentiel, la Roumanie, quant aux choix démocratiques faits après la Révolution de décembre 1989, s'inspire principalement du modèle français, plus exactement de la Constitution de 1958, et adopte pratiquement le même régime politique⁷.

Sur le plan des relations bilatérales, la France est souvent présentée comme le "partenaire privilégié de la Roumanie"⁸. En réalité, il s'agit d'une longue tradition de coopération, aussi bien au niveau politique que culturel. En ce qui concerne la coopération décentralisée, la France a été considérée le premier partenaire de la Roumanie avec quelque 800 partenariats impliquant non seulement les collectivités territoriales, mais aussi des institutions publiques, selon la mission française à Bucarest.

De manière plus spécifique, un Protocole de coopération conclu par le Ministre français de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales et le Ministre roumain de l'administration et de l'intérieur, le 10 janvier 2005 à Bucarest, a été signé pour assurer l'encadrement de la coopération sectorielle dans le domaine de l'administration publique. Ses dispositions touchent trois volets : la coopération opérationnelle et institutionnelle en matière de sécurité intérieure, la réforme de l'administration publique et la coopération décentralisée. Dans le cadre de ce protocole, la Roumanie a bénéficié d'expertises françaises pour la formation des élus et des fonctionnaires, en particulier d'un corps préfectoral professionnel.

Enfin, depuis l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne au 1er janvier 2007, la France et la Roumanie font désormais partie de la même grande famille des États membres. Au sein de l'Europe, les deux pays appartiennent au groupe des États unitaires décentralisés, même si avec un nombre différent de niveaux d'administration territoriale⁹.

L'importance commune du statut constitutionnel des collectivités territoriales : à nouveau accordée en Roumanie, amplifiée en France

Comme les collectivités territoriales bénéficient, aussi bien en France qu'en Roumanie, de la protection juridique maximale assurée par la Loi fondamentale, on peut parler d'une importance commune de leur statut constitutionnel, sans pour autant ignorer les

différences de forme ou de fond. On relèvera l'importance du statut constitutionnel des collectivités territoriales étudiées non seulement dans la perspective de la technique juridique employée par le constituant ou sur le plan quantitatif, mais en prenant également en considération la signification des grands principes fixés en la matière et, notamment, les avancées qu'ils permettent sur la voie de la décentralisation administrative.

Les particularités historiques et politiques de chaque pays expliquent, en grande partie, l'évolution spécifique du régime constitutionnel de leurs collectivités. Comme son intitulé l'indique, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 *“relative à l'organisation décentralisée de la République”* est destinée à renforcer l'ancrage constitutionnel de la décentralisation en France, avec *“pour but de lever les obstacles constitutionnels à une évolution de la place et du régime des collectivités territoriales”*¹⁰. C'est donc par rapport aux Constitutions antérieures que cette importance doit être soulignée. À la différence de la France, et puisque son but est de permettre, en premier lieu, l'intégration euro-atlantique du pays, la Loi roumaine de révision n° 429/2003¹¹ touche assez peu au statut des collectivités. Après une longue période marquée par l'absence d'une réelle autonomie locale, c'est par la consécration de la décentralisation territoriale dans le texte constitutionnel de 1991 que l'on revient à une institution traditionnelle roumaine de valeur constitutionnelle¹².

Une sommaire présentation des aspects formels, suivie par une approche comparative du contenu des grands principes constitutionnels en la matière s'avère donc nécessaire pour avoir un tableau synthétique de l'évolution constitutionnelle du régime des collectivités dans les deux pays, contenant aussi bien des éléments de progrès que des imperfections. Cela permettra, en même temps, de connaître les buts différents des révisions lancées en 2003, et de percer la vraie signification du statut actuel des collectivités. On évoquera successivement la Roumanie et la France.

Le parcours politico-historique différent de chaque pays et les particularités de leur carte administrative expliquent en partie l'option du constituant pour certains principes ou formes d'organisation à l'égard des collectivités territoriales. La présentation du statut constitutionnel dont elles jouissent actuellement en Roumanie et en France doit aboutir à une meilleure compréhension de la place ainsi que des garanties que l'on a souhaité leur consacrer dans la Loi fondamentale.

Dès le début, on notera que les modifications et les innovations de la révision constitutionnelle de l'année 2003, en matière d'administration locale, sont sensiblement plus nombreuses en France qu'en Roumanie, si l'on prend en considération la longueur du texte de la Loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Concentré sur l'objectif essentiel de l'adhésion euro-atlantique, le constituant roumain se contente de fixer les grands principes, tout en laissant au législateur organique la charge d'une réglementation plus ample relative aux collectivités territoriales. C'est pourquoi le point de départ pour la définition du terme roumain de la comparaison doit être la Constitution de 1991, l'ancienne Loi-cadre de la décentralisation n° 339/2004¹³ et le texte qui l'a assez récemment abrogée, la nouvelle Loi-cadre n° 195/2006¹⁴, ainsi que la Loi sur l'administration locale n° 215/2001¹⁵ avec toutes ses mises à jour.

On doit remarquer, ensuite, une certaine hétérogénéité du statut constitutionnel des collectivités territoriales françaises due à la présence de l'outre-mer dans la Constitution et des collectivités à statut particulier, voire à statut incertain, ce qui fait allusion à ce que l'on a appelé le "*régime juridique de l'autonomie territoriale différenciée*"¹⁶. S'y ajoutent quelques différences terminologiques ou de principes en raison du contexte politique de l'édictation des normes spécifique à chaque État. La France bénéficie d'une longue expérience démocratique, alors que la Roumanie y revient en 1990, après presque cinq décennies de totalitarisme. Un noyau commun de règles est cependant facile à repérer, car l'intérêt du constituant est toujours celui d'assurer aux collectivités des garanties d'existence et de fonctionnement dans les limites fixées soit par le texte même de la Constitution, soit par la loi. C'est ce que l'on pourrait englober sous le nom de "*décentralisation de droit commun*"¹⁷.

Cette démarche comparative, opérée directement sur les textes en vigueur, est censée relever d'abord certains éléments de forme (A) relatifs à la technique et au vocabulaire juridiques utilisés dans chaque cas, pour s'arrêter ensuite aux grands principes constitutionnels (B) qui régissent le statut des collectivités¹⁸.

A) Les aspects formels

"*L'administration publique locale*" correspond à l'intitulé de la seconde section du Vème chapitre ("*L'administration publique*") du Titre III ("*Les autorités publiques*") de la Constitution roumaine révisée. À la différence du texte constitutionnel de 1923 où la question de l'administration locale faisait l'objet d'un seul article (art. 108), la Constitution actuelle y consacre quatre articles (art. 120-123). Le changement d'optique est visible même dans l'aspect quantitatif. À ce sujet, la doctrine parle d'une certaine distance prise par rapport à "*l'esprit traditionnel*"¹⁹. Comme précisé par le même auteur, le statut constitutionnel des collectivités territoriales roumaines est l'expression d'une formule intermédiaire choisie par le constituant pour consacrer les organes des communes, des villes et des départements, d'une part, et les autorités étatiques situées au niveau départemental ainsi que leurs rapports avec les collectivités décentralisées, d'autre part.

En termes comparatifs, la Constitution roumaine de 1923 est très proche de la conception du constituant français de 1958 qui limite son intervention en la matière à une norme de renvoi (l'ancien article 72), ce qui n'est plus valable aujourd'hui. Au moins sur le plan quantitatif, les douze articles de la seizième révision de la Constitution française²⁰ dépassent de loin le texte constitutionnel actuel de la Roumanie. On en trouve l'explication principale dans une évolution politique et juridique différente et, par la suite, dans des priorités distinctes suivies lors de la révision entreprise en 2003. La prudence²¹ du constituant roumain tient compte des évolutions rapides que le bouleversement de 1991 devait entraîner dans toute la société. On doit également signaler un aspect matériel lié aux particularités de la situation géographique et administrative de la France qui donne à l'organisation constitutionnelle des collectivités roumaines une apparence moins compliquée.

Sans avoir préalablement nommé les différentes catégories de collectivités territoriales, la Constitution roumaine les désigne, dès le premier alinéa de l'article 120²²,

par la terminologie ancienne d'“unités administratives-territoriales”, pour rappeler la double nature de la commune, de la ville et du département. En France, la révision constitutionnelle de mars 2003 apporte une clarification de vocabulaire par la consécration de la notion de “collectivités territoriales” au lieu de “collectivités locales” (nouvel art. 34 al. 14 de la Constitution). Un tel changement échappe à la Loi roumaine de révision (Loi n° 429/2003). Définie à l'article 3 al. 4 de la Loi relative à l'administration locale n° 215/2001, l'expression de “collectivité locale” exprime, en droit roumain, “la totalité des habitants de l'unité administrative-territoriale”. C'est le sens de communauté qui est là prioritairement mis en évidence. L'expression réapparaît dans le nouvel article 52 al. 1er de la loi précitée, à la suite de sa modification par la Loi n° 286/2006, cette fois-ci employée dans son sens classique de personne morale de droit public. Le législateur roumain tient à souligner que, “pendant l'exercice du mandat, les conseillers locaux sont au service de la collectivité locale”.

On ne peut pas avoir une image complète du nombre des dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités roumaines sans corroborer les quatre articles de la section consacrée exclusivement à l'administration locale aux différents autres articles de la Constitution ayant une incidence sur leurs organisation et activité. Aux articles 1er concernant l'État roumain, 3 relatif au territoire de la Roumanie, 73 consacré aux différentes catégories de lois et 102 relatif au rôle et à la structure du Gouvernement, on doit ajouter les articles 51 relatif au droit de pétition devant les autorités publiques, 52 relatif au droit de la personne lésée par une autorité publique, 138 concernant le budget public national, 139 relatif aux impôts, taxes et autres contributions et, à titre général, même l'article 156 qui dispose une nouvelle publication de la Constitution.

Il est également intéressant de noter que le renvoi à la loi organique (“dans les conditions prévues par la loi organique” ou “sont établies par la loi organique”) ou à la loi tout simplement (“dans les conditions fixées par la loi”) est utilisé à plusieurs reprises dans le texte constitutionnel roumain consacré à l'administration locale, plus précisément dans les articles 120 al. 2, 121²³ al. 1 et 2, 122²⁴ al. 2 et 123²⁵ al. 3, sans pour autant toucher à la souplesse de la réglementation en la matière. Vu la longueur des dispositions consacrées aux collectivités territoriales dans la Constitution française, les références à la loi dans le titre XII sont sensiblement plus nombreuses et ne font qu'accroître la complexité de leur statut.

Nouvellement composé de neuf articles en 2003²⁶, le Titre XII révisé de la Loi fondamentale française porte l'intitulé de “Des collectivités territoriales”. Enrichi d'une multitude d'alinéas, ces articles forment une importante réglementation constitutionnelle des collectivités territoriales, que l'on pourrait diviser en dispositions d'ordre général et dispositions spécifiques à l'outre-mer. À la différence du cas de la Roumanie, le statut constitutionnel des collectivités françaises apparaît à la fois plus détaillé et plus diversifié. La forte volonté d'accroître le degré de décentralisation dans l'administration locale ainsi que la nécessité de prendre en compte les particularités des collectivités ultramarines expliquent cette option du constituant français de 2003.

Sur le plan quantitatif, les douze articles de la Loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République témoignent, une fois de plus, de l'ampleur

du changement souhaité. Dans l'ensemble du texte constitutionnel, six articles nouveaux sont créés et huit articles sont modifiés de manière significative. Les articles 72, 73 et 74 sont presque entièrement réécrits et ils doublent ou triplent de volume. Le seul article qui échappe à la révision c'est l'article 75. Comparée aux révisions antérieures, la révision de 2003 jouit d'*"une certaine audace"*, car, même si elle ne touche pas à la pyramide des collectivités et aux échelons territoriaux, *"elle met fin à un immobilisme en matière d'organisation administrative et à une forte tradition centralisatrice"*²⁷. Selon M. Verpeaux, cette révision de la Constitution est la plus importante depuis 1958 en matière d'organisation administrative et territoriale, car elle contient de très nombreuses et riches innovations et *"souhaite mettre fin aux tâtonnements juridiques consistant à innover dans un cadre qui ne le permettait sans doute plus"*²⁸. Il y a des auteurs qui vont plus loin et soutiennent qu'une *"rupture nette à l'égard du principe de l'unité de statut"*²⁹ des collectivités s'est produite. Au-delà de la diversité des points de vue doctrinaux exprimés à ce sujet, il y a, certes, une volonté de réformer le système ainsi qu'une évolution importante, au moins terminologique, par rapport aux règles de droit antérieures en la matière.

B) Des grands principes communs

Le statut constitutionnel des collectivités territoriales roumaines établit les principes généraux qui régissent leur existence et fonctionnement, ce qui laisse au législateur organique la charge d'une réglementation plus approfondie. Faisant preuve d'une conception flexible, le constituant roumain fixe le cadre général de l'autonomie locale au niveau des communes, des villes, des municipalités et des départements, tout en donnant au législateur une assez grande liberté d'expression dans les limites imposées par le respect du caractère unitaire de l'État. Par ailleurs, un important nombre de textes en la matière ont vu le jour depuis 1990 jusqu'à présent. À titre symbolique, on rappellera la Loi-cadre de la décentralisation n° 195/2006, qui abroge l'ancienne Loi-cadre n° 339/2004, ainsi que la Loi générale dans le domaine de l'administration locale n° 215/2001 avec ses dernières mises à jour.

À la différence du cas roumain où la question de la décentralisation n'est pas contestée³⁰ quant à sa nécessité et s'inscrit parmi les réformes impulsées par Bruxelles recueillant le consensus de la classe politique, elle est accompagnée, en France, de nombreux débats non seulement parmi les élus, mais aussi parmi de très nombreux spécialistes. En témoigne la grande richesse des prises de position doctrinales à ce sujet. Le développement du statut constitutionnel des collectivités territoriales françaises connaît une évolution différente et s'explique plutôt par une exigence d'ordre interne. Même si les collectivités territoriales n'apparaissent sous cette dénomination que dans le texte constitutionnel de 1946 (art. 85 et suiv.), elles figurent également dans les Constitutions antérieures, mais dans une logique différente de celle qui gouverne les Lois fondamentales de 1946 et 1958 (art. 72 et suiv.). La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 pose les nouveaux principes d'un cadre juridique *"arrivé à bout de souffle"*³¹ et marque, ainsi, un approfondissement de la décentralisation. Plusieurs lois organiques seront adoptées par la suite³² afin d'assurer leur mise en application et d'opérer un important transfert de compétences au profit des collectivités.

1°) La décentralisation³³, l'autonomie locale³⁴ et la libre administration³⁵

Les principes de base régissant l'administration locale roumaine figurent à l'article 120 de la Constitution dont l'intitulé est d'ailleurs "*Principes de base*". La version de 1991 du premier alinéa de l'article concerné fixe seulement deux principes d'ordre constitutionnel en la matière : l'autonomie locale et la décentralisation des services publics. Tel qu'il est formulé, ce dernier principe fait, à plusieurs reprises, l'objet de quelques critiques fondées de la part de la doctrine. L'opinion quasi-unanime des spécialistes roumains³⁶ soutient qu'il est question, en réalité, de la déconcentration³⁷ des services publics. La correction de cette inadéquation terminologique interviendra lors de la révision d'octobre 2003. La version actuelle du premier alinéa de l'article 120 de la Constitution contient désormais une énumération de trois principes distincts dont l'ordre de priorité est : la décentralisation, l'autonomie locale et la déconcentration des services publics.

Suivant le texte constitutionnel, ces principes régissent "*l'administration publique dans les unités administratives-territoriales*"³⁸. Les commentaires de la Constitution attribuent à l'expression d'"*administration publique*" le sens d'activité des autorités créées en vertu du principe de l'autonomie locale³⁹. De ce même point de vue, le principe de l'autonomie s'applique aussi bien aux rapports entre les organes élus des communes, des villes et des départements qu'entre ces derniers et les services déconcentrés. Cette perspective correspond à la conception initiale du constituant qui lie l'application des principes de base à l'activité de chaque organe et aux rapports qu'ils établissent. Sur le plan terminologique, on remarque que le constituant roumain préfère employer la notion d'"*autorités de l'administration publique locale*" pour désigner les organes des collectivités.

Revenant à l'énumération des grands principes dans le premier article de la section consacrée à l'administration locale roumaine, il est facilement observable que la décentralisation et l'autonomie locale y occupent une position de premier rang. En France, on ne parle que d'une "*organisation décentralisée*", mais elle figure parmi les caractères fondamentaux de la République énumérés à l'article 1er de la Loi fondamentale révisée. Les deux alinéas de l'article 120 de la Constitution roumaine mettent en évidence une conception classique de l'administration territoriale, qui englobe, dans le cadre des circonscriptions, des collectivités territoriales et des services déconcentrés. Cette vision intégratrice est confirmée à l'article 123 al. 4 de la Constitution, disposition qui souligne qu'il n'y a aucun rapport de subordination entre les organes des collectivités et les préfets.

Réécrit en totalité par la Loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'article 72 de la Constitution française enrichit le droit antérieur de nouveaux principes de décentralisation, en application de la nouvelle rédaction de l'article 1er de la Constitution. Ainsi la France est-elle désormais une République décentralisée. L'ajout de cette caractéristique de la République française à l'article 1er de la Constitution a au moins une valeur symbolique. Le principe de la décentralisation est davantage mis en exergue, cela d'autant plus que le mot "*décentralisation*" n'avait jamais figuré dans une constitution française. On considère que l'addition de cette dernière phrase "*Son organisation est décentralisée*" (art. 1er) exprime,

en réalité, *“la volonté de relativiser les grands principes traditionnels, l’indivisibilité de la République et le principe d’égalité, au bénéfice des collectivités territoriales dont l’autonomie et la diversité seraient renforcées”*⁴⁰. Suivant une autre opinion, les répercussions de cette nouvelle disposition concernent la structure et le fonctionnement de l’État et non plus les collectivités territoriales⁴¹. Pour d’autres encore, l’introduction de la décentralisation parmi les attributs de l’État français *“relève plus de «l’effet d’annonce» que du changement profond”*⁴² et, en accord avec la position exprimée par le Conseil d’État dans son avis du 10 octobre 2002, elle est *“finalement inutile”*⁴³.

L’alinéa 3 de l’article 72 de la Constitution française réitère le principe de la libre administration des collectivités territoriales. À la différence du constituant roumain qui n’hésite pas à imposer la décentralisation et l’autonomie locale l’une après l’autre dans un seul et même article, le constituant français fait preuve d’une certaine prudence et utilise une terminologie plus modeste. On en déduit qu’il souhaite rappeler en premier que la France est un État unitaire (art. 2 de la Constitution) qui ne connaît pas de souveraineté locale (art. 3), et que l’exercice de la libre administration doit se faire *“dans les conditions prévues par la loi”*. Le même alinéa 3 de l’article 72 consacre l’élection des conseils, puisque la libre administration s’exerce *“par des conseils élus”*, et le pouvoir réglementaire local.

2°) Le pouvoir réglementaire⁴⁴ local

La consécration d’un pouvoir réglementaire au profit des collectivités territoriales françaises⁴⁵ par le nouvel article 72 al. 3 de la Constitution contribue à la mise en place d’un cadre rénové pour l’exercice de leurs compétences. Ce pouvoir doit, cependant, respecter les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et, selon la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002, il ne fait pas concurrence au *“pouvoir réglementaire d’exécution des lois que l’article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre”*. L’expression *“dans les conditions prévues par la loi”* montre bien qu’il ne s’agit pas d’un pouvoir initial, mais subordonné. Même si parfois placée parmi les réformes symboliques, cette nouvelle disposition constitutionnelle *“n’est pas pour autant inutile puisque cette affirmation ne permet plus de soutenir la thèse contraire”*⁴⁶.

Selon l’article 107 al. 1er (première phrase) de la Constitution roumaine, *“le Premier-ministre dirige le Gouvernement et coordonne l’activité de ses membres, dans le respect des attributions qui leur reviennent”*. Conformément à l’article 11 lettre d) de la Loi relative à l’organisation et au fonctionnement du Gouvernement de la Roumanie et des ministères n° 90/2001⁴⁷, c’est le Gouvernement qui est chargé d’assurer *“l’exécution par les autorités de l’administration publique des lois et des autres dispositions normatives adoptées pour leur application”*. Il en résulte que le pouvoir d’exécution est confié au Gouvernement qui a à sa tête un Premier ministre. L’exercice par le Gouvernement d’une *“fonction de réglementation”* est prévu, à l’article 1er al. 5, lettre b) de la même loi, afin d’assurer *“l’élaboration du cadre normatif et institutionnel nécessaire à la réalisation des objectifs stratégiques”* de son programme.

Constitutionnellement protégé, le principe de l'autonomie donne aux autorités locales roumaines le droit d'avoir des initiatives dans tous les domaines, à l'exception de ceux qui reviennent expressément à la charge des autres autorités publiques (art. 5 al. 2 de la Loi n° 215/2001). Tout comme en France, ce droit est encadré par la loi. L'autonomie locale concerne l'organisation, le fonctionnement, les compétences exclusives, partagées et déléguées (nouvel art. 5 al. 1er de la Loi n° 215/2001), la gestion des ressources de la commune, de la ville ou du département, ainsi que ce que l'on appelle en droit roumain "*l'autonomie réglementaire*"⁴⁸, c'est-à-dire son aspect juridique. Cette dernière bénéficie d'une consécration à la fois constitutionnelle et législative. Dotée d'un large champ d'application, elle concerne "*les affaires publiques des communes et des villes*" (art. 121 al. 2 de la Constitution) que les conseils élus ont le droit de réglementer et d'organiser (art. 36 al. 1⁴⁹ de la Loi n° 215/2001). À titre d'exemple, on notera que les conseils locaux et départementaux ont le droit d'établir le règlement de leur propre organisation et fonctionnement (articles 36 al. 3, lettre a) et 91 al. 2, lettre c) de la Loi n° 215/2001 modifiée). D'autres lois encore précisent l'autonomie réglementaire des autorités locales, telle que la Loi relative au Code fiscal n° 571/2003⁵⁰ en matière d'impôts et de taxes locaux. On devrait ajouter la compétence du maire et du président du conseil départemental d'émettre des dispositions à caractère normatif (art. 68 al. 1er et 106 al. 1er de la Loi 215/2001). Dans tous les cas, cette possibilité de réglementation établie en faveur des organes délibérants et, dans une moindre mesure, des organes exécutifs des collectivités est encadrée par la loi.

3°) La subsidiarité

Le deuxième alinéa de l'article 72 consacre un principe totalement nouveau dans la Constitution française : la subsidiarité. L'objectif poursuivi est "*celui de l'adéquation des compétences à l'échelon le mieux adapté*"⁵¹. On vise la répartition des compétences entre l'État et les collectivités, d'une part, et entre ces dernières, d'autre part. Comme le terme "*subsidiarité*" n'est pas expressément employé dans le texte, la formulation de cet alinéa paraît imprécise. Y contribue la difficulté de définir l'expression "*le mieux*" à même à mettre en oeuvre. Malgré ces problèmes d'interprétation, on est en présence de l'idée que l'on gère au mieux au plus près des administrés. On lui a aussi attribué un caractère de "*rupture à l'égard du «jardin à la française» fondé sur une répartition unitaire des compétences entre collectivités territoriales*"⁵². En tout cas, la définition de sa portée réelle exige l'intervention du Conseil Constitutionnel.

En droit roumain, la subsidiarité au niveau local bénéficie d'une consécration législative expresse. Dans sa version initiale, l'article 7 al. 1er de la Loi relative à l'administration locale n° 215/2001 stipule que "*l'exercice des compétences et des attributions établies par la loi revient aux autorités de l'administration publique locale qui se trouvent au plus proche du citoyen*". Selon le deuxième alinéa du même article, on ne peut fixer des compétences et des attributions à la charge d'autres autorités que celles prévues au premier alinéa,

sans tenir compte de l'ampleur et de la nature de la responsabilité qui leur incombe, ainsi que des critères d'efficience et d'efficacité. Le nouvel article 7 de la Loi n° 215/2001 modifiée renvoie désormais aux principes et aux règles de la Loi-cadre en matière de décentralisation. La subsidiarité figure parmi les principes énumérés à l'article 3 al. 1er, lettre a) de la nouvelle Loi-cadre de la décentralisation n° 195/2006. Elle y est définie comme *"l'exercice des compétences par l'autorité de l'administration publique locale située au niveau administratif le plus proche du citoyen et qui dispose de la capacité administrative nécessaire"* à cet égard. L'on constate que, par rapport à la définition antérieure du législateur de 2001, la subsidiarité est, cette fois-ci, mise en relation avec l'échelon disposant de la capacité administrative nécessaire à l'exercice d'une certaine compétence. L'accent est donc mis non seulement sur la proximité, mais aussi sur la qualité de la réponse offerte au citoyen. Dans cette optique orientée vers l'idée de performance, la capacité administrative est une condition de l'efficacité dans l'acte de la gouvernance locale.

4°) L'expérimentation

L'alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution française ouvre la voie à l'expérimentation. Comme la solution de l'expérimentation conduit à une dérogation aux règles générales applicables dans un domaine donné, elle va à l'encontre du principe d'uniformité d'application des règles de droit en France ainsi que du principe d'égalité devant la loi. Même si la démarche expérimentale existait déjà notamment au niveau de l'État, le Conseil Constitutionnel s'est montré relativement restrictif à ce sujet. On peut en citer, à titre d'exemple, la décision du 28 juillet 1993. L'expérimentation a été également refusée à la Corse par la décision du Conseil Constitutionnel n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, en ce qui concerne les lois⁵³.

Cette faculté de dérogation à titre expérimental prévue par la Constitution doit donc respecter certaines limites. Une loi ou un règlement doit, d'abord, la prévoir. L'objet et la durée de l'expérimentation doivent être limités. Elle vise uniquement la dérogation aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice des compétences des collectivités. On remarque que les groupements de collectivités bénéficient également du droit à l'expérimentation, et apparaissent, ainsi, *"placés sur un pied d'égalité avec les collectivités"*⁵⁴. La dérogation ne peut pas mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. L'expérimentation pose aussi le problème de son évaluation. Une évaluation est effectuée par le Gouvernement et c'est à la loi qu'il revient de déterminer s'il y a lieu de maintenir et de généraliser les mesures prises à titre expérimental, de prolonger l'expérimentation ou d'y renoncer. Le régime des expérimentations organisé par la loi organique du 1er août 2003 paraît confirmer l'idée que *"le droit à l'expérimentation est étroitement conditionné"*⁵⁵.

Bien que la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains dite loi SRU du 13 décembre 2000 montre bien que l'expérimentation existait en France avant la réforme constitutionnelle de 2003, on ne peut pas nier l'apport de la révision en la matière. Le statut constitutionnel des collectivités territoriales s'enrichit d'un nouveau concept, ce qui

prouve, si besoin en était, la volonté de poursuivre le processus de décentralisation. Considérée par certains comme “l'innovation la plus audacieuse de la présente loi constitutionnelle”⁵⁶, l'expérimentation permet, en même temps, l'entrée des groupements de collectivités dans le texte constitutionnel par ce que l'on appelle la “petite porte”. Ce droit est également reconnu au profit de l'État par le nouvel article 37-1 de la Constitution. Il s'agit, cette fois-ci, d'une disposition de portée générale qui ne limite pas le champ d'application de la dérogation et qui, par la suite, peut concerner n'importe quelle question.

En droit roumain, l'expérimentation ne jouit pas d'une consécration constitutionnelle expresse. Quant à la nouvelle Loi-cadre de la décentralisation n° 195/2006, elle ne prévoit plus l'expérimentation au profit des collectivités⁵⁷. Elle a été consacrée par l'article 6 de l'ancienne Loi-cadre de la décentralisation n° 339/2004. Restée en vigueur pendant deux ans, cette disposition crée en faveur des “*autorités de l'administration publique locale*” le droit à l'expérimentation (art. 6 al. 1er). Le second alinéa du même article prévoit la possibilité d'organiser, pendant une durée déterminée, des centres-pilote pour la mise en application des décisions relatives à la décentralisation des compétences du niveau central vers le niveau local, avant leur généralisation à l'échelon national par la future Loi de la décentralisation des responsabilités locales⁵⁸. Le changement d'optique intervenu en 2006 s'explique non seulement par des raisons d'efficacité et d'harmonisation législative dans la perspective du rattachement à l'Europe, mais aussi par une nouvelle politique gouvernementale en la matière.

5°) L'interdiction de la tutelle entre collectivités, le statut de chef de file et l'intercommunalité

Bénéficiant déjà d'une protection législative en cas de compétences complémentaires ou concurrentes, le principe de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité territoriale française sur une autre reprend la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse). Il est censé servir de contrepoids à la possibilité désormais constitutionnelle de désigner une collectivité comme chef de file, lorsque l'exercice d'une compétence implique plusieurs collectivités. À la différence du mot “tutelle” qui fait sa réapparition dans la Constitution, l'expression même de “collectivité chef de file” ne figure pas dans l'alinéa 5 de l'article 72. Dans le contexte de l'enchevêtrement des compétences entre les différentes catégories de collectivités, l'expression “chef de file” a déjà été employée lors des débats suscités par l'adoption de la loi Pasqua de 1995 sur l'aménagement du territoire. Puisqu'un groupement de collectivités territoriales peut également avoir le rôle de “chef de file”, le texte constitutionnel reconnaît implicitement, là encore, l'existence même des établissements publics territoriaux, y compris des établissements intercommunaux. On remarque, en même temps, que la question des conséquences de la violation par une collectivité des règles définies par la collectivité ou le groupement chef de file n'est pas réglée.

Si l'on tente un parallèle en matière d'intercommunalité⁵⁹, la coopération entre les collectivités roumaines prend la forme des associations de développement

intercommunautaire, définies à l'article 1er al. 2 lettre c) de la Loi n° 215/2001 modifiée. Inclues, par le même texte, dans la catégorie des organismes prestataires de services publics et d'utilité publique d'intérêt local et départemental⁶⁰, elles sont des structures de coopération de droit privé ayant la personnalité morale, créées par les collectivités pour la mise en place de projets communs de développement d'intérêt zonal ou régional, ou pour fournir aux bénéficiaires des services publics communs⁶¹. Leur conseil d'administration se compose de représentants des collectivités, désignés par le conseil local ou départemental, sur la proposition du maire ou du président du conseil départemental, d'une part, et sur la proposition des conseillers locaux et départementaux, d'autre part (art. 13 al. 1er de la loi précitée). Il est à préciser que, selon l'article 12 al. 1er du même texte, le financement des associations de développement intercommunautaire est partiellement assuré par des contributions en provenance du budget local des collectivités membres. Selon le deuxième alinéa de l'article susmentionné, le Gouvernement s'engage à soutenir l'association des collectivités dans le cadre de programmes nationaux de développement. À leur tour, les conseils départementaux ont la faculté d'initier et de développer de tels programmes au niveau du département, tout en assurant leur financement (art. 12 al. 3 de la Loi n° 215/2001). Si les programmes départementaux de développement ont un caractère facultatif, les programmes nationaux de développement sont financés annuellement et sont distinctement prévus dans le cadre du budget du Ministère des Affaires Intérieures.

On remarque que, à la différence des établissements publics intercommunaux français, les structures homologues roumaines ne bénéficient que d'une protection législative, d'ailleurs assez récente, et elles sont des simples personnes morales de droit privé. Avant l'intervention des modifications apportées par la Loi-cadre n° 195/2006, l'ancienne Loi-cadre en matière de décentralisation consacrait à *"la coopération entre les autorités de l'administration publique locale"* un chapitre entier (le chapitre III). L'article 17 al. 1er de la première Loi-cadre en matière de décentralisation n° 339/2004 prévoit, ainsi, en faveur des collectivités roumaines la possibilité de décider librement la création d'organismes de coopération entre elles et de leur déléguer une partie des compétences. Tout comme en France, on retrouve au second alinéa du même article le principe portant sur la désignation d'une *"collectivité chef de file"*. Par rapport au constituant français, le législateur roumain emploie l'expression même. Au cas où plusieurs collectivités s'associent, l'une d'entre elles *"peut exercer un rôle de coordination en ce qui concerne les intérêts communs, dans les conditions de l'accord qui est intervenu entre elles et des dispositions législatives"* (art. 17 al. 2). L'exercice du chef de filat est ainsi encadré par les dispositions de l'accord conclu, d'une part, et par celles de la loi, d'autre part. Puisque la collectivité chef de file n'a qu'une mission de *"coordination"*, toute forme de tutelle d'une collectivité sur une autre est implicitement exclue. Cela correspond également à la conception du constituant roumain, qui définit le conseil départemental comme *"l'autorité de l'administration publique pour la coordination de l'activité des conseils communaux et des villes"* (art. 122 al. 1er de la Constitution). Cette mission spécifique de coordination confiée au département roumain exclut la subordination des conseils locaux, son but déclaré ne visant qu'à assurer les services publics d'intérêt départemental.

Après avoir entièrement réécrit le texte de 2004⁶², l'actuelle Loi-cadre de la décentralisation ne fait plus référence aux principes de l'ancien article 17. L'article 13 de la Loi n° 195/2006 consacre la simple faculté des collectivités de s'organiser en associations de développement intercommunautaire "*afin d'exercer [leurs] compétences en conditions d'efficacité*" et renvoie, pour plus de détails, à la Loi n° 215/2001. Dans son article 11 al. 3, la Loi sur l'administration locale n° 215/2001 modifiée rappelle à titre général que la coopération entre collectivités reste possible non seulement sur le plan interne, mais aussi international. L'article 23 de la Loi-cadre sur la décentralisation actuellement en vigueur rajoute les rapports de "*collaboration*" entre les autorités locales, rapports qui sont mentionnés en relation avec l'exercice des compétences partagées.

L'ancrage constitutionnel des collectivités territoriales roumaines et françaises fait de la décentralisation administrative un processus pratiquement irréversible

Cette approche comparative des textes constitutionnels nous aura déjà permis de comprendre que la légitimité constitutionnelle des collectivités territoriales roumaines et françaises confère au mouvement décentralisateur une dynamique irréversible dans les deux pays.

Comme remarqué plus haut, la décentralisation est le premier principe de rang constitutionnel consacré dans la section relative à l'administration locale de Roumanie, appuyée par l'idée d'autonomie locale qui suit immédiatement dans l'énumération des principes de base en la matière. Aspect déjà pointé, la décentralisation fait, en même temps, l'objet d'une loi-cadre relativement récente. Cela témoigne de la place essentielle que l'on souhaite accorder aux collectivités territoriales dans le système politique, institutionnel et juridique roumain. La Constitution actuelle offre les garanties d'existence et de fonctionnement pour les communes, les villes, les municipalités et les départements, dans les limites du contrôle de légalité exercé par le préfet et dans les conditions fixées par la loi. Comme le département se voit attribuer un rôle spécifique de coordination, l'échelon privilégié pour l'application de l'autonomie locale semble être, dans la vision du constituant roumain, celui de la commune et de la ville, dont les organes élus s'inscrivent dans le traditionnel schéma organe délibérant–organe exécutif.

À la suite de la révision opérée en 2003, les collectivités territoriales jouissent, en France, d'un riche cadre constitutionnel qui place la décentralisation au coeur de "*la République des proximités*" défendue par le Gouvernement Raffarin au début des années 2000. La France est désormais une République décentralisée où le Sénat voit son rôle de représentant des collectivités renforcé. Alors que les régions sont directement consacrées par la Constitution, les groupements y sont reconnus de façon implicite. La subsidiarité, l'interdiction de la tutelle entre les collectivités et le statut de chef de file, ainsi que le droit à l'expérimentation sont les nouveaux principes qui régissent la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales. Les garanties en matière d'autonomie fiscale, la compensation des charges transférées et les dispositifs de péréquation assurent, au moins

sur le plan juridique, un développement non-négligeable de l'autonomie financière des collectivités. Sans ignorer la constitutionnalisation du droit de pétition en faveur des citoyens, les référendums décisionnels et consultatifs locaux témoignent du renforcement de la démocratie participative. Pour compléter un tableau constitutionnel à la fois novateur et complexe⁶³, il reste à souligner la diversité du régime juridique de l'outre-mer.

En comparaison avec les dispositions homologues de la Loi fondamentale roumaine, le statut constitutionnel des collectivités territoriales françaises, tel qu'il résulte de la révision de mars 2003, met en évidence une approche à la fois plus développée et plus approfondie de la décentralisation. On en trouve l'explication dans un parcours de l'administration locale et une option du constituant différents. S'y ajoute la spécificité de l'organisation administrative française, compte tenu du nombre supérieur d'échelons territoriaux et du régime dérogoatoire des collectivités ultramarines. Le nouveau texte constitutionnel témoigne de la volonté du Gouvernement de l'époque d'ancrer fortement la décentralisation, les nouvelles règles permettant d'éviter les fréquentes censures du Conseil Constitutionnel. La Loi constitutionnelle du 28 mars 2003 introduit de nouvelles règles de droit, parfois très techniques, et modifie, en même temps, la place ou le rôle des institutions locales. Les innovations de la révision et l'intervention ultérieure des lois organiques en matière d'expérimentation, de référendum local, d'autonomie financière des collectivités, de statut de l'outre-mer et de responsabilités locales montrent bien l'ampleur de l'acte II⁶⁴ de la décentralisation en France.

Si ce que l'on a vite appelé "acte II de la décentralisation" est défini comme une amplification de la réforme initiée en 1982 par Gaston Defferre, la décentralisation, elle aussi, "semble, à nouveau, se poser comme «la grande affaire» du gouvernement Raffarin"⁶⁵. Si les lois fondatrices de la décentralisation datant des années 1980 sont de simples lois ordinaires, cette fois-ci, on s'engage sur la logique de sa légitimation constitutionnelle. Bien qu'elle ait donné lieu à un grand débat national, la décentralisation constitutionnelle ne bénéficie pas de la large adhésion qu'avait connue la première vague de décentralisation. En revanche, la méthodologie des transferts de compétences, de personnels et de moyens financiers prévus par la loi du 13 août 2004 est similaire à celle de l'année 1983.

Même si à la richesse des réformes entreprises en 2003 on oppose leur caractère de "désordre"⁶⁶, cet ensemble loi constitutionnelle – lois organiques – lois ordinaires et textes d'application poursuit plusieurs objectifs à la fois. Il y a, d'abord, la classique extension des compétences et des moyens alloués aux collectivités dans le cadre de la politique de décentralisation. L'introduction du référendum décisionnel local contribue, ensuite, au renforcement de la démocratie participative au détriment de la tradition française exclusivement représentative. Par la voie de l'expérimentation, on met en cause le fameux principe d'égalité devant la loi. Enfin, des dispositions de portée effective et immédiate sont associées à des articles dont la valeur est plutôt symbolique. Il en résulte que la rupture avec la réforme administrative mise en oeuvre par Gaston Defferre se veut a priori nette.

Dans les deux cas étudiés, la décentralisation est le principe directeur du statut constitutionnel local. Elle jouit, cependant, d'une position et d'une forme d'expression

différentes. Vu la longue tradition centralisatrice française et le fort désir d'y mettre fin, le constituant français introduit l' "organisation décentralisée" parmi les caractères de la République énumérés à l'article 1er de la Loi fondamentale. Dans la Constitution de la Roumanie, la décentralisation, l'autonomie locale et la déconcentration des services publics sont les principes de base de l'administration locale, expressément mentionnés dans le premier article de la section distinctement consacrée à cette matière.

Adeptes d'une conception souple, le constituant roumain ne fixe que le cadre général de l'autonomie locale afin de permettre au législateur d'exercer la liberté de son approfondissement par des lois organiques et ordinaires. Cela correspond aussi à l'exigence d'adaptation aux changements que la société roumaine subit après la chute du régime communiste et, plus récemment, à l'obligation d'intégrer l'acquis communautaire. L'on constate, ainsi, que de nombreuses dispositions constitutionnelles françaises en la matière font, en droit roumain, l'objet des lois organiques. On y retrouve quasiment les mêmes principes d'organisation et de fonctionnement des collectivités. Il convient de souligner à cet égard que le principe constitutionnel de l'autonomie locale assure une protection implicite aux développements issus de la loi. La richesse des textes législatifs relatifs à l'administration locale reflète la préoccupation continue des différents gouvernements roumains de moderniser le socle juridique de la décentralisation. Les deux Lois-cadre adoptées en matière de décentralisation dans un intervalle de deux ans ainsi que les dernières modifications de la Loi relative à l'administration publique locale en servent d'exemples.

À la différence concernant la technique juridique choisie par le constituant, on doit ajouter l'organisation administrative plus simple de la Roumanie, avec seulement deux échelons territoriaux : la commune (en milieu rural)/la ville (en milieu urbain) au niveau de base et le département au niveau intermédiaire. La distinction rural/urbain et le rôle de coordination confié au département sont des éléments spécifiques au droit roumain. Ils expriment la volonté du constituant de privilégier en quelque sorte l'autonomie locale des collectivités de base. Comme déjà précisé, la région roumaine de développement ne représente pas une catégorie distincte de collectivités, mais un simple cadre de coopération. De même, les récentes structures de coopération intercommunautaire n'ont pas la qualité de personnes morales de droit public. Le régime de droit commun des collectivités roumaines ne connaît pas autant d'exceptions qu'en France. Un parallèle reste toutefois possible entre la protection des minorités nationales, en droit roumain, et celle dont bénéficient les populations d'outre-mer, en droit français. Les deux marquent une importante avancée de la démocratie locale au niveau constitutionnel.

Pour conclure, le statut constitutionnel des collectivités territoriales roumaines et françaises est d'autant plus important qu'il est en conformité avec les prescriptions de la Charte européenne de l'autonomie locale⁶⁷. Les principes généraux de la Charte, tels que les garanties constitutionnelles et législatives de l'autonomie locale, l'élection des conseils, les compétences préservées et adaptables des collectivités, les moyens en adéquation avec les compétences ou la coopération entre collectivités, forment un cadre souple et respectueux de la diversité des États. Bien que des évolutions soient envisageables en raison de certains

dysfonctionnements ou difficultés qui persistent, ce “noyau dur” de principes et de règles constitutionnels est commun aux deux pays concernés et donne plus de légitimité au développement considérable du droit des collectivités territoriales durant la dernière vingtaine d'années. Bref, la décentralisation représente désormais le choix commun du constituant, assumé de manière pratiquement irréversible par chacun des deux pays étudiés.

* Docteur en Droit, Université Paris XII ; leanamarcu@yahoo.com.

¹ F. B. Vasilescu, *Constituționalitate și constituționalism*, éd. Național, *Colecția Juridică*, Bucarest, 1999, pp. 13-38. L'étude fut présentée par l'auteur à l'occasion de la IV^{ème} édition des Journées constitutionnelles franco-roumaines, organisée à Bucarest et Constanța pendant la période du 28 mai au 2 juin 1996, et fut publiée par deux fois en France en 1997.

² À ce sujet se rapporter à O. Gohin, *La révision du titre XII : pouvoir constituant et jurisprudence constitutionnelle* dans Y. Gaudemet et O. Gohin (sous la dir. de), *La République décentralisée*, L.G.D.J. Diffuseur, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2004, pp. 25-42.

³ Inspirée de l'expérience française en la matière et suivant le “modèle européen” du contrôle de la constitutionnalité des lois, la Cour Constitutionnelle roumaine présente, selon la doctrine, certaines particularités par rapport à l'institution homologue française. À ce titre, sont mentionnées les différences concernant le caractère obligatoire du contrôle dans certains cas (en France, il est toujours nécessaire pour les lois organiques et les règlements des deux Chambres parlementaires), le délai (un mois en France, pas précisé en Roumanie), les traités considérés inconstitutionnels (ils n'entrent pas en vigueur en France), les cas de violation du pouvoir réglementaire du Gouvernement (attribution spécifique à la France) et l'exception d'inconstitutionnalité devant les instances (reconnue et pratiquée en Roumanie, prévue par la loi de révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 en France). Source : V. Duculescu, C. Călinoiu, G. Duculescu, *Drept constituțional comparat*, 2^{ème} édition, Lumina Lex, Bucarest, 1999, tome I, p. 282.

⁴ R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporain. Approche comparative*, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 2004, p. 159.

⁵ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Nemira, Bucarest, 1996, tome I, p. 6.

⁶ P. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 7^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 221 apud V. Duculescu, C. Călinoiu, G. Duculescu, *op. cit.*, tome II, p. 952.

⁷ I. Muraru, M. Constantinescu, *Influențe franceze în elaborarea Constituției României din anul 1991* dans *Studii constituționale*, Édition Actami, Bucarest, 1998, tome 2, p. 55 et les suivantes apud V. Duculescu, C. Călinoiu, G. Duculescu, *op. cit.*, tome I, p. 258.

⁸ Source : le site de l'Ambassade de France en Roumanie, www.ambafrance-ro.org, rubrique “Coopération”.

⁹ Trois en France (la commune, le département et la région) alors que la Roumanie n'en connaît que deux (la commune et le département). Il faut ajouter que les régions roumaines de développement n'ont pas encore le statut de collectivités territoriales.

¹⁰ G. Marcou, *Décentralisation : approfondissement ou nouveau cycle?* dans *Décentralisation, État et territoires. Un nouveau processus de décentralisation*, Cahiers français n° 318, La Documentation française, janvier-février 2004, p. 9. Pour une opinion similaire, voir également O. Gohin, *op. cit.*, p. 25. Selon cet auteur, « si la nouvelle rédaction du titre XII de la Constitution de 1958 s'inscrit bien dans la continuité de l'État unitaire, elle vise, néanmoins, à casser le moule de l'uniformité en permettant d'élargir les marges dont le droit administratif doit disposer pour la mise en oeuvre de la nouvelle République décentralisée [...] ».

¹¹ Publiée dans *Monitorul Oficial al României*, Partie I, n° 758 du 29 octobre 2003.

¹² J.H. Vermeulen, *Evoluția descentralizării în România*, Institutul de Arte Grafice « Vreamea », 1946, p. 30 et les suiv. dans C. Manda, C.C. Manda, *Dreptul colectivităților locale*, 2^{ème} éd. révisée et complétée, Lumina Lex, Bucarest, 2005, p. 68.

- ¹³ Publiée dans *Monitorul Oficial al României*, Partie I, n° 668 du 26 juillet 2004.
- ¹⁴ Publiée dans *Monitorul Oficial al României*, Partie I, n° 453 du 25 mai 2006.
- ¹⁵ Publiée dans *Monitorul Oficial al României*, Partie I, n° 204 du 23 avril 2001, republiée dans *M. Of.*, Partie I, n° 123 du 20.02.2007.
- ¹⁶ M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia* (Décentralisation et réforme de l'autonomie territoriale en France), G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 45-130. L'auteur prend comme exemples le cas de la Nouvelle-Calédonie et celui de la Corse.
- ¹⁷ *Ibidem*, pp. 1-43. L'auteur prend en considération les catégories de collectivités territoriales du droit commun et les réformes décentralisatrices des années 1980 en France.
- ¹⁸ Afin de compléter le tableau, on doit ajouter l'organisation et les missions qui leur sont assignées par la Loi fondamentale, l'institution préfectorale qui agit communément dans le cadre du contrôle étatique, les dispositions qui assurent leur autonomie financière et celles qui facilitent l'exercice de la démocratie locale. La question de l'outre-mer en France, d'une part, et la protection des minorités nationales et le rôle particulier du conseil départemental en Roumanie, d'autre part, sont susceptibles de faire l'objet d'une analyse distincte portant sur les spécificités de chaque statut constitutionnel local.
- ¹⁹ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită – comentarii și explicații* –, All Beck, Bucarest, 2004, p. 252.
- ²⁰ Le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 a été modifié à vingt-quatre reprises depuis sa publication par le pouvoir constituant, soit par le Parlement réuni en Congrès, soit directement par le peuple à travers le référendum. La dernière révision de la Vème République date du 23 juillet 2008.
- ²¹ Elle pourrait être interprétée comme exprimant à la fois une forme de réticence, héritée du régime Ceaușescu, et un certain manque d'expérience.
- ²² Pour une meilleure compréhension du texte, on rappellera la teneur de l'article 120 de la Constitution roumaine :
- “(1) L'administration publique dans les unités administratives-territoriales est fondée sur les principes de la décentralisation, de l'autonomie locale et de la déconcentration des services publics.*
- (2) Dans les unités administratives-territoriales où les citoyens appartenant à une minorité nationale ont un poids significatif, il est assuré l'usage de la langue de la minorité respective, écrit et oral, dans les relations avec les autorités de l'administration publique locale et avec les services publics déconcentrés, dans les conditions prévues par la loi organique.”*
- ²³ Pour une meilleure compréhension du texte, on rappellera la teneur de l'article 121 de la Constitution roumaine :
- “(1) Les autorités de l'administration publique, par lesquelles l'autonomie locale se réalise dans les communes et dans les villes, sont les conseils locaux élus et les maires élus, dans les conditions fixées par la loi.*
- (2) Les conseils locaux et les maires agissent, dans les conditions fixées par la loi, comme autorités administratives autonomes et règlent les affaires publiques des communes et des villes.*
- (3) Les autorités prévues à l'alinéa (1) peuvent également être constituées dans les subdivisions administratives-territoriales des municipalités.”*
- ²⁴ Pour une meilleure compréhension du texte, on rappellera la teneur de l'article 122 de la Constitution roumaine :
- “(1) Le conseil départemental est l'autorité de l'administration publique chargée de coordonner l'activité des conseils communaux et des villes, afin de réaliser les services publics d'intérêt départemental.*
- (2) Le conseil départemental est élu et fonctionne dans les conditions fixées par la loi.”*

²⁵ Pour une meilleure compréhension, on citera intégralement le contenu de l'article 123 de la Constitution roumaine :

“(1) Le Gouvernement nomme un préfet dans chaque département et dans la municipalité de Bucarest.

(2) Le préfet est le représentant du Gouvernement sur le plan local et dirige les services publics déconcentrés des ministères et des autres organes de l'administration publique centrale dans les unités administratives-territoriales.

(3) Les attributions du préfet sont fixées par la loi organique.

(4) Entre les préfets, d'une part, les conseils locaux et les maires, ainsi que les conseils départementaux et leurs présidents, d'autre part, il n'existe pas de rapports de subordination.

(5) Le préfet peut attaquer, devant l'instance de contentieux administratif, un acte du conseil départemental, du conseil local ou du maire, au cas où il considère l'acte illégal. L'acte attaqué est suspendu de droit.”

²⁶ Dix en 2008, à la suite de l'ajout de l'article 75-1 sur la reconnaissance des langues régionales par la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

²⁷ M. Verpeaux, *L'organisation décentralisée de la République (loi constitutionnelle du 28 mars 2003)*, R.F.D.A., n° 4 juillet-août 2003, p. 661. Voir également O. Gohin, *op. cit.*, p. 25. Selon l'auteur, le long texte de la Loi constitutionnelle du 28 mars 2003 conduit à « une modification en profondeur du droit constitutionnel », car « elle redéfinit, en pas moins de huit articles, la base constitutionnelle des institutions administratives françaises ».

²⁸ M. Verpeaux, *op. cit.*, p. 662.

²⁹ S. Regourd, *La révision constitutionnelle de mars 2003 et l'unité de la République*, Cahiers français n° 318, *Décentralisation, État et territoires. Les enjeux de la réforme*, La Documentation française, janvier-février 2004, p. 59.

³⁰ Les éventuelles contestations formulées visent notamment les modalités de sa mise en place. Voir la très récente décision de la Cour Constitutionnelle datant du 10 janvier 2014 qui déclare inconstitutionnelle la Loi de la décentralisation initiée et assumée devant le Parlement par le Gouvernement Ponta au mois de novembre 2013.

³¹ M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, Paris, 2005, p. 36.

³² Parmi les plus significatives lois organiques et ordinaires publiées par la suite, il faut mentionner la *loi organique* n° 2003-704 du 1er août 2003 *relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, la *loi organique* n° 2003-705 du même jour *relative au référendum local*, la *loi organique* n° 2004-758 du 29 juillet 2004 *relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, la *loi organique* n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (et la loi ordinaire du même jour qui la complète), et notamment la *loi* n° 2004-809 du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales*. Cette dernière régit le grand chantier des transferts de compétences.

³³ Sans entrer dans les détails, on peut s'accorder sur le fait qu'elle suppose l'idée d'un transfert d'autorité et de responsabilité administrative et financière du niveau central à des organes élus situés au niveau local.

³⁴ La Charte européenne de l'autonomie locale définit ce principe à l'article 3. L'accent est visiblement mis sur le caractère effectif de la capacité dont jouissent les collectivités pour régler et gérer une part importante des affaires publiques.

³⁵ Il faut remarquer que le constituant de 1958 n'utilise pas la notion de “décentralisation” et préfère l'expression plus symbolique de “libre administration”, également évoquée par le Conseil constitutionnel (Décision n° 79-104 du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du*

conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État). Jusqu'à la révision de mars 2003, la décentralisation n'est jamais consacrée comme telle dans un texte constitutionnel français. On en trouve l'explication principale dans la forte tradition centralisatrice de la France.

³⁶ Voir en ce sens M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 262; C.-L. Popescu, *Autonomia locală și integrarea europeană*, All Beck, col. Juridica, Bucarest, 1999, p. 92; R. N. Petrescu, *Drept administrativ*, Accent, Cluj-Napoca, 2004, p. 138; R. N. Petrescu, *Reflecții asupra autonomiei locale și descentralizării serviciilor publice, în lumina proiectului noii legi a administrației publice locale*, Revista Transilvană de Științe Administrative n° 1(4)/2000, Cluj-Napoca, p. 87; E. Popa, *Autonomia locală în România*, All Beck, Bucarest, 1999, p. 10; A. Iorgovan, *op. cit.*, tome II, p. 537; C. Manda, C. C. Manda, *op. cit.*, p. 132; D. Apostol Tofan, *Drept administrativ*, All Beck, tome I, pp. 221-222; C. Manda, *Drept administrativ. Tratat elementar*, 3ème éd. révisée et complétée, Lumina Lex, Bucarest, 2005, p. 135; V. I. Prisăcaru, *Tratat de drept administrativ român. Partea generală*, Lumina Lex, Bucarest, 1993, p. 432; I. Vida, *Puterea executivă și administrația publică*, Regia Autonomă MONITORUL OFICIAL, Bucarest, 1994, p. 168.

³⁷ Pour les deux pays, on peut parler d'un accompagnement commun de la décentralisation par des mesures de déconcentration.

³⁸ En droit roumain, la notion d'« unité administrative-territoriale » incorpore deux acceptions : elle désigne à la fois la collectivité locale et la circonscription administrative de l'Etat.

³⁹ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁰ G. Marcou, *La France est une République indivisible [...] son organisation est décentralisée* dans *Actualité de l'article 1er de la Constitution de 1958 / textes rassemblés* par F. de La Morena, IDETCOM Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 14-15.

⁴¹ J. Moreau, *Administration régionale, départementale et municipale*, 14ème éd., Dalloz, Paris, 2004, p. 21.

⁴² H. Rihal, *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité*, Revue française d'administration publique n° 105/106, 2003, p. 220.

⁴³ *Idem*, p. 221.

⁴⁴ En droit constitutionnel, c'est "le pouvoir que détiennent certaines autorités administratives d'édicter des mesures à portée générale et impersonnelle. Les règlements émanant du président de la République et du Premier ministre sont des décrets réglementaires et ceux édictés par les autres autorités administratives (maires, préfets) sont des arrêtés réglementaires". Source : *Le Droit de A à Z. Dictionnaire juridique pratique*, Éditions Juridiques Européennes, 3e éd., Paris, 1998, p. 455.

⁴⁵ M. de Villiers, A. Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 6e éd., Dalloz (Sirey), Paris, 2007, pp. 238-239. D'après ces auteurs, le pouvoir réglementaire local c'est "en particulier le pouvoir réglementaire des autorités décentralisées, qui est une conséquence du principe constitutionnel de la décentralisation selon lequel les collectivités territoriales «s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences» (art. C. 72, al. 3). Ce même article 72 permet aux collectivités territoriales de déroger, sous certaines conditions, à des dispositions réglementaires nationales".

⁴⁶ J. Moreau, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁷ Publiée dans *Monitorul Oficial al României*, Partie I, n° 164 du 2 avril 2001.

⁴⁸ C. Manda, C. C. Manda, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁹ Selon le texte, le conseil local a le droit d'initiative et de décision dans toutes les questions d'intérêt local, à l'exception de celles attribuées par la loi dans le champ de compétence des autres autorités de l'administration publique locale ou centrale.

- ⁵⁰ Publiée dans *Monitorul Oficial al României*, partie I, n° 927 du 23 décembre 2003, rectifiée dans M. Of. n° 112 du 6 février 2004. Depuis son adoption, le texte a fait l'objet de très nombreuses modifications (128 jusqu'au mois de décembre 2013).
- ⁵¹ S.-L. Formery, *La Constitution commentée article par article*, 11ème éd., Hachette Supérieur, Paris, 2007-2008, p. 131.
- ⁵² S. Regourd, *op. cit.*, p. 64.
- ⁵³ Lors de l'adoption de la loi de janvier 2002, le législateur avait tenté d'utiliser l'expérimentation au profit de la Corse. Il s'agissait de permettre à celle-ci de prendre à titre expérimental des mesures relevant du domaine de la loi, à titre expressément dérogatoire et limité dans le temps. Comme cela était l'équivalent d'un véritable pouvoir législatif remis à la Corse, la censure de l'instance constitutionnelle n'a pas tardé à intervenir par la fameuse décision du 17 janvier 2002 relative au statut de la Corse.
- ⁵⁴ J. Moreau, *op. cit.*, p. 18.
- ⁵⁵ *Ibidem*, p. 18.
- ⁵⁶ H. Rihal, *op. cit.*, p. 226.
- ⁵⁷ Selon l'exposé de motifs qui accompagne le projet de loi présenté en procédure d'urgence devant la Chambre des Députés, l'initiateur (le Gouvernement) de la nouvelle Loi-cadre en matière de décentralisation souhaite corriger les imperfections de l'ancienne loi et propose, par la suite, des principes et des règles plus clairs, une structure institutionnelle plus efficace, des compétences mieux définies et des transferts mis en corrélation avec la capacité administrative des collectivités. Les exigences du programme gouvernemental fixé pour la période 2005-2008, les engagements internationaux du pays (notamment la préparation à l'adhésion à l'Union Européenne) et la nécessité d'un cadre juridique adéquat à une décentralisation sectorielle sont les principales raisons invoquées pour justifier l'abrogation totale de la Loi-cadre n° 339/2004.
- ⁵⁸ Il s'agit d'un texte qui n'a plus vu le jour.
- ⁵⁹ Vu la réglementation relativement récente en matière de coopération intercommunale en Roumanie (Loi n° 286/2006), on ne dispose pas de suffisamment de recul pour en apprécier la pratique actuelle. On constate toutefois une tendance favorable au recours à cette forme de coopération entre les collectivités, notamment en vue d'accéder aux financements communautaires. Dans quelques années, il est bien possible que l'on en parle d'un bilan positif.
- ⁶⁰ Conformément à l'article 1 al. 2, lettre g) de la Loi n° 215/2001 modifiée.
- ⁶¹ Par la consécration des associations de développement intercommunautaire, le législateur roumain envisage le renforcement de la capacité administrative des collectivités roumaines, alors que, par la création des établissements publics territoriaux, son homologue français tente de résoudre notamment le problème de l'émiettement communal.
- ⁶² Voir *supra* n. 57.
- ⁶³ H. Rihal, *op. cit.*, pp. 219-234.
- ⁶⁴ Ce que la doctrine française communément appelle «*acte I de la décentralisation*» comprend les réformes menées dans les années 1980.
- ⁶⁵ R. Delbo, *La décentralisation depuis 1945*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 95.
- ⁶⁶ J. Moreau, *op. cit.*, p. 15.
- ⁶⁷ Une analyse plus détaillée concernant la compatibilité avec les principes de la Charte est susceptible de faire l'objet d'une autre étude.

**CAUZELE CARE ÎNLĂTURĂ SAU DIMINUEAZĂ DISCERNĂMÂNTUL PERSOANEI
(PSYCHIATRIC DEFENCES) ÎN SISTEMUL COMMON LAW:
ABORDARE JURIDICO-PENALĂ**

Stela BOTNARU*

Abstract: *Causes which exclude sau diminish the person's discernment (psychiatric defences) in common law: the approach of criminal law* The main purpose of the present study constitutes the brief analysis of psychiatric defences in criminal law. Throughout this scientific research the psychiatric defences have been presented such as: irresponsibility; diminished responsibility; intoxication and automatism. Several cases form precedent law were analyzed. As a result, some important conclusion have been formulated.

Keywords: *abnormality of mind; mental capacity; psychiatric defences; irresponsibility; diminished responsibility; automatism; intoxication; precedent law.*

Rezumat: *Scopul principal al acestui studiu îl constituie analiza juridico-penală a cauzelor care înlătură sau diminuează discernământul persoanei în sistemul common law. În cadrul acestui demers științific într-o manieră succintă au fost prezentate cauzele de origine psihiatrică, sub imperiul cărora persoana comite fapta prejudiciabilă, acceptate în precedentele judiciare common law, cum ar fi: iresponsabilitatea, responsabilitatea redusă, intoxicația și automatismul. Unele cazuri din practica judiciară common law sunt analizate. În urma celor efectuate au fost sintetizate unele concluzii de importanță substanțială.*

Cuvinte cheie: *anomalie mentală; capacitate mentală; cauzele care înlătură sau diminuează discernământul persoanei; iresponsabilitatea; responsabilitatea redusă; automatismul; intoxicația; precedentul judiciar.*

Natura și particularitățile infracțiunilor comise de persoanele cu anomalii psihice totdeauna va depinde de posibilitățile tratamentului propus de psihiatria generală, ideologiile dominante și resursele existente. Tradițional, criminalitatea a fost asociată cu bolile psihice, deși până în prezent lipsesc careva cercetări precise care ar confirma acest concept.

Conform datelor întâlnite în literatura de specialitate, pe parcursul ultimilor decenii numărul infractorilor bolnavi psihic a crescut esențial în majoritatea statelor¹. Cu toate că rata infracțiunilor comise de către făptuitorii care suferă diverse tulburări mentale este în permanentă creștere, tot mai des această categorie de persoane devine prada victimizării în urma vulnerabilității și sugestibilității avansate.

În acest context este extrem de important de subliniat faptul, că între tulburarea mentală și infracțiune, totuși, există o legătură substanțială. Așadar, distingem trei manifestări principale ale coraportului dintre tulburarea mentală și infracțiune:

- *coincidență* – evenimentul infracțiunii a coincis din întâmplare cu evoluția unei tulburări mentale, însă nu depinde de această tulburare;

- *corelație* – evenimentul infracțiunii este influențat în mod substanțial de tulburarea mentală manifestată;

- *cauză* – evenimentul infracțiunii este comis sub imperiul tulburării mentale manifestate, iar între tulburare mentală (cauza) și comiterea unei astfel de infracțiuni (efect) se stabilește raportul de cauzalitate.

În legislația Marii Britanii și Wales (The Mental Health Act 1983), termenul tulburare mentală desemnează orice formă de tulburare sau dizabilitate mentală².

În sensul prezentului act normativ, termenul *psihopatie* este definit ca fiind o tulburare persistentă sau o dizabilitate mentală, asociată sau nu cu afectarea semnificativă a intelectului, care este exprimată într-un comportament anormal agresiv sau serios iresponsabil.

Decizia pentru aplicarea măsurilor de siguranță față de persoana care suferă o astfel de stare trebuie să fie una fondată pe probe ce vor demonstra nu doar rolul preventiv al tratamentului la care va fi supusă persoana, ci și necesitatea unui astfel de tratament pentru sănătatea și siguranța pacientului concret și pentru protecția intereselor celor din jur. O astfel de măsură, potrivit legislației analizate, poate fi aplicată și în cazul în care există o probabilitate sporită de alte simptome sau tulburări psihiatrice. Riscul de comitere a omuciderilor este de zece ori mai mare la cei care suferă de tulburare antisocială a personalității.

În cazul *schizofreniei* pacienții sunt predispuși mai puțin la violență, cei mai agresivi fiind persoanele care suferă de formele paranoice și catatonice. Predispoziția spre comiterea infracțiunilor violente de către schizofrenici apare cu mult mai târziu decât debutul maladiei. Nu toți schizofrenici comit infracțiuni violente sub imperiul iluziilor și halucinațiilor, majoritatea bolnavilor comit infracțiuni sub imperiul stresului familial. În cazul tulburărilor paranoice faptele infracționale sunt comise în urma unor iluzii. Această categorie de bolnavi este mai ostilă decât alte persoane care suferă de schizofrenie. În special, s-a demonstrat că omuciderile comise din gelozie iluzorie sunt săvârșite de persoane care suferă de tulburări paranoice.

Tulburările afective nu sunt așa de răspândite după cum consideră majoritatea savanților. De fapt, astfel de omoruri sunt însoțite de suicide sau tentative de suicid. Anume mamele care își omoară copiii deseori suferă de depresie care le aduce la comiterea omorului propriului copil³.

Pentru persoane care suferă de *epilepsie* le este caracteristică extrem de accentuată personalitatea antisocială, dezvoltată în urma dificultăților majore de adaptare socială din cauza specificului maladiei suferite. Există două categorii de *accentuări de personalitate*: personalități cu controlul exagerat a propriilor sentimente și personalități cu controlul insuficient a propriilor sentimente. Precedentele judiciare common law conțin mai multe dovezi demonstrând că persoanele care suferă de epilepsie comit infracțiuni în

stările asociate epilepsiei, cum ar fi: depresie, stupoare, reacția emotivă la stres etc. Instanțele sunt predispuse să aplice cauza de automatism pentru a o absolvi de la răspundere și pedeapsă penală.

Cu privire la persoanele ce suferă *retard mental* este de subliniat că acestea sunt mai ușor de depistat din cauza intelectului considerabil redus în comparație cu alte categorii de făptuitori.

Deseori aceste persoane comit infracțiuni deoarece nu înțeleg pe deplin caracterul prejudiciabil a propriilor fapte și, prin urmare, pot fi ușor exploatare de alte persoane⁴. Cea mai strânsă legătură dintre retardul mental și infracțiune se manifestă în infracțiunile comise în sfera sexuală. Astfel de fapte deseori se manifestă în actele indecente demonstrative săvârșite în locuri publice de către persoane de genul masculin, iar, în marea majoritate a cazurilor, făptuitorul este cunoscut victimelor. Se mai susține că caracteristic acestor categorii de infractori sunt faptele de distrugere a proprietății, săvârșite prin metoda incendiarii.

Referitor la *depresie* și legătura acesteia cu infracțiunea este de menționat că depresiile severe pot conduce la săvârșirea omuciderilor fiind sub imperiul unor iluzii, a percepțiilor și interpretărilor false ale unor împrejurări. Persoanelor depresive le este caracteristică uciderea unui membru al propriei familii, fapta fiind privită de către bolnav ca una altruistă, deseori fiind succedată de suicid⁵.

În cazul *tulburărilor bipolare* (anterior – psihoză maniaco-depresivă) rata infractorilor este mai sporită, decât a celor aflați în depresie. Această categorie de persoane devine extrem de violentă, totodată este predispusă la efectuarea cheltuielilor enorme, la cumpărături excesiv de scumpe. Este de menționat că astfel de comportări sunt însoțite de refuzul achitării costului, sau renunțarea de la rambursarea creditului.

Sindromul de discontrol episodic (engl. – *Episodic Dyscontrol Syndrome*) reprezintă epizoade de violență neprovocată, exclude epilepsia, schizofrenia, intoxicarea patologică, este precedată de cefalee (durere de cap), asociată cu amnezie, iar la 50% din persoane sunt depistate anomalii în rezultatul examinării electroencefalografiei⁶.

În *Marea Britanie și Wales* persoanele devin responsabile la vârsta de 10 ani, iar copiii sub vârsta de 10 ani sunt considerați incapabili de a avea o intenție infracțională. În Scoția persoana poate fi urmărită penal începând cu vârsta de 8 ani. Copii cu vârsta cuprinsă între 10-14 ani se bucură de o responsabilitate parțială, așa numita *Dolci Incapax*.

După vârsta de 14 ani persoana nu va răspunde penal în cazul unei erori relevante, a cazului fortuit; a constrângerii; a necesității, precum și în cazul tulburării mentale.

În *common law* există categoria de cauze de origine psihiatrică (engl. – *Psychiatric Defences*) care exclud sau diminuează responsabilitatea persoanei. Astfel de cauze includ:

1) *Iresponsabilitatea* – această cauză a fost pentru prima dată incorporată în principiile elaborate în *Cazul McNaghten (1842)*, conform cărora persoana poate fi recunoscută iresponsabilă doar în cazul în care, la momentul săvârșirii infracțiunii, aceasta a acționat sub imperiul deficienței de raționalitate (engl. – *defect of reason*) cauzate de o boală mentală în măsură în care persoana nu înțelegea natura și calitatea actului produs,

sau nu realiza că actul comis reprezintă un pericol social. Regula *McNaghten* nu se aplică pe teritoriul Scoției⁷. Decizia cu privire la iresponsabilitate este luată de către doi medici-psihiatri în baza “balanței de probabilitate”, iar efectul juridic al recunoașterii stării de iresponsabilitate este achitarea persoanei;

2) Responsabilitatea redusă – în common law această cauză de diminuare a responsabilității penale a fost introdusă în 1957 prin Actul cu privire la omucideri⁸. În conformitate cu prevederile alin.(1) al Secțiunii 2 din Actul cu privire la omucideri din 21 martie 1957, cazurile de operare a stării de responsabilitate redusă sunt următoarele: *când persoana cauzează moartea sau participă la cauzarea morții unei alte persoane, ea nu va fi condamnată pentru omorul calificat, dacă aceasta suferea de o anomalie mentală (inclusiv cea care a oprit sau a retardat dezvoltarea mentală, sau a apărut în urma altor cauze inerente acestora ori a fost indusă de o boală sau traumă) care într-un mod substanțial deteriorează capacitatea mentală a persoanei pentru acțiunile sau inacțiunile comise direct sau în coautorat la omor*. Este de subliniat, că nivelele de tulburare mentală cauzează nivele de responsabilitate redusă. În conformitate cu legislația scoțiană, tulburarea de personalitate nu este suficientă pentru operarea normei cu privire la responsabilitate redusă;

3) Starea de intoxicație:

- *intoxicație involuntară* reprezintă circumstanța relevantă pentru a exclude sau a diminua responsabilitatea penală a făptuitorului și cuprinde atât cazuri când cineva a fost intoxicat cu o substanță toxică introdusă în băutura pe care o servea, cât și automatismul provocat de efectele adverse ale preparatelor medicamentoase. În anul 1857 starea de intoxicație a fost acceptată în calitate de cauză care diminuează responsabilitatea făptuitorului în cazurile de omor intenționat;

- *intoxicație voluntară (auto-indusă)* – nu reprezintă circumstanța relevantă pentru a exclude sau a diminua responsabilitatea penală a făptuitorului, cu excepția cazurilor când această stare constituie o boală psihică în conformitate cu regulile *McNaghten*, sau când există probe ce demonstrează lipsa intenției, în cazul în care infracțiunile pot fi comise doar intenționat.

4) Automatismul – dacă persoana nu-și poate controla propriile acțiuni, ea nu poate fi responsabilă pentru comiterea unei fapte – acest concept este similar categoriei de „*iresponsabil de scurtă durată*” (engl. – “*briefly insane*”). Automatismul reprezintă un termen juridic care nu are nici o legătură cu automatismul epileptic⁹. De fapt, există două categorii de automatism:

a) *automatismul „capabil”* (engl. – *sane automatism*) și constituie o cauză justificativă doar când este unul provocat de cauze externe;

b) *automatismul „incapabil”* (engl. – *insane automatism*), cel din urmă constituind o stare de iresponsabilitate provocată de cauze interne, cum ar fi:

- automatismul epileptic;
- hipoglicemia; hiperglicemia;
- lunatismul;
- ateroscleroză.

Un predictor relevant al predispoziției la violență în viitor este triumphiul Helman care include trei indici: enurezisul; provocarea de foc; cruzime manifestată față de animale¹⁰.

Așadar, responsabilitatea redusă nu absolvă completamente pe făptuitor de răspundere penală, ci doar are efect de diminuare a pedepsei pentru cele comise¹¹.

Reieșind din prevederile Sec.2 al Actului cu privire la omucidere **anomalia mentală** trebuie să întrunească două condiții:

- I. *trebuie să fie cauzată de o retardare sau oprire a dezvoltării mentale sau să fie efectul unor cauze inerente ori induse de o traumă sau boală;*
- II. *anomalia mentală trebuie să deterioreze substanțial capacitatea mentală a făptuitorului.*

Noțiunea de **anomalie mentală** a fost întâlnită în *Cazul Byrne (1960)*¹². Din materialele cauzei s-au reținut următoarele: *făptuitorul a strangulat-o pe minoră, provocându-i moartea, apoi a mutilat cadavrul acesteia*. În urma expertizei medico-legale psihiatrice a acestuia s-a stabilit că pe parcursul copilăriei el suferea de diferite dorințe de origine sexuală ceea ce a condus la acțiuni impulsive irezistibile sub imperiul cărora el a comis și infracțiunea în cauză.

În *Cazul Byrne* s-a susținut că responsabilitatea redusă produce efecte asupra tuturor facultăților mentale. Anomaliile mentale nu trebuie să aibă legătură cu nebunia. Pe marginea acestui caz Lord Parker a atenționat următoarele: *“anomalia mentală nu reprezintă o stare mentală obișnuită unei ființe umane ordinare, ci diferă considerabil într-o măsură în care o persoană adecvată (rezonabilă) ar stigmatiza această stare ca fiind una anormală, ce ar acoperi toate elementele cognitive de la percepții și raționalitate până la voință”*¹³. În sensul larg al cuvântului, responsabilitatea redusă presupune inaptitudinea persoanei de a exercita puterea de voință și control.

Anomalia mentală trebuie să fie cauzată de o retardare sau oprire a dezvoltării mentale sau să fie efectul unor cauze inerente ori induse de o traumă sau boală. În precedentele *common law* anomalie mentală este provocată de o sursă internă și, prin urmare, cauzele externe de inducere în stare de iresponsabilitate, cum ar fi: alcoolul și stupefiantele, nu pot fi luate în considerație, cu excepția cazurilor când anomalie mentală s-a datorat unor efecte toxice tardive ale dependenței de alcool sau droguri.

În *Cazul Gittens (1984)*¹⁴ s-a susținut că consumul de alcool sau droguri, pe de o parte, sau cauzele inerente, cum ar fi depresia, pe de altă parte, trebuie ambele luate în considerație pentru a decide care din acești factori a devenit cauză substanțială a comportamentului infracțional. Totodată, discernământul poate fi diminuat în urma efectului combinat al acestor două cauze.

Expertiza medico-legală psihiatrică a fost efectuată de trei medici-legiști care au ajuns la concluzia că inculpatul suferea de o anomalie mentală în urma unor cauze inerente ce au deteriorat în mod substanțial capacitatea lui mentală. Doi dintre acești medici considerau că anomalie mentală se datora depresiei, iar al treilea expert susținea că anomalie mentală survenită a fost cauzată de o tulburare a personalității provocate de o traumă fizică. În opinia acestui medic, anume consumul de alcool și droguri au devenit

cauză determinativă care la nivel organic a provocat schimbări ireversibile a organismului inculpatului, și prin urmare, diminuarea discernământului.

Într-o altă speță (*Cazul Tandy 1989*)¹⁵ inculpata suferea de alcoolism cronic. Ea a omorât-o pe fiica sa de unsprezece ani, strangulând-o pentru faptul că victima i-a povestit că a fost agresată sexual din partea tatălui vitreg. În ziua omorului făptuitoarea a servit o sticlă de votcă, ceea ce a fost mai puternic decât băutura Cinzano pe care ea se obișnuise să-o consume. Inculpata a fost recunoscută vinovată în săvârșirea unui omor calificat.

Nefiind de acord cu sentința pronunțată, ea a înaintat apelul. Instanța de apel a susținut că norma cu privire la responsabilitatea redusă poate fi aplicată persoanei doar în cazul în care anomalia mentală manifestată la momentul omorului s-a datorat alcoolismului cronic de care suferea inculpata, menționând că o astfel de cauză diminuativă poate fi aplicată doar în cazul în care se va demonstra că creierul inculpatei a fost deteriorat de intoxicație alcoolică produsă într-o măsură în care s-ar afecta conștiința persoanei și reacțiile ei afectiv-volitiv, iar intoxicația cu alcool a fost una involuntară. Totodată, reieșind din materialul probator instanța a reținut că inculpata la momentul comiterii faptei nu putea să se afle sub imperiul tulburării cu diminuarea discernământului deoarece făptuitoarea a exercitat controlul deplin asupra conduitei sale având potența necesară pentru a se abține de la consumul băuturii alcoolice.

Prin urmare, sentința de condamnare a rămas nemodificată, inculpata fiind condamnată pentru omor calificat, deoarece a fost demonstrat că inculpata a ales să consume o altă băutură alcoolică decât cea cu care s-a obișnuit, mai mult, ea a fost în stare să renunțe la consumul alcoolului la 18.30 chiar dacă sticla nu a fost încă goală¹⁶.

În urma acestui caz au fost elaborate două principii:

- intoxicația alcoolică poate fi recunoscută involuntară doar în cazul în care făptuitorul nu este în stare să se abțină de la consumul alcoolului;
- dacă prima băutură a zilei nu a fost una involuntară, atunci nici restul zilei nu este involuntar.

În *Cazul Dietschmann (2003)*¹⁷ inculpatul a întreținut o relație amoroasă cu mătușa sa care era cu mult mai în vârstă și dependentă de droguri. Între timp, inculpatul a fost condamnat pentru o infracțiune, iar relația cu mătușa continua și în penitenciar, mătușa vizitându-l des, scriindu-i în fiecare zi. Pe parcursul aflării lui în penitenciar, mătușa acestui condamnat a decedat, iar cu o lună înainte de deces ea i-a cadonat un ceas. Inculpatul a re trăit mult acest eveniment având chiar o tentativă de sinucidere. Fiind eliberat din penitenciar el a început să facă abuz de alcool, totodată administrând un preparat psihotrop prescris de către medic după incidentul suicidal. Ulterior, când trecuseră două săptămâni după eliberarea făptuitorului din penitenciar, el împreună cu doi bărbați servea băuturi alcoolice la gazda unde s-a oprit. Ei dansau, iar într-un moment ceasul donat de mătușă a căzut jos din cauza unuiia dintre camarazii lui, la scurt timp, făptuitorul l-a atacat pe camaradul său, provocându-i moartea în urma unui atac violent. Astfel, făptuitorul a fost condamnat pentru comiterea unui omor calificat. Nefiind de acord cu sentința pronunțată el a înaintat un apel. Reieșind din materialele cauzei,

instanța de apel a ajuns la concluzia, că alcoolul consumat în mod voluntar de către condamnat nu a avut nici o relevanță asupra discernământului, care a fost diminuat din cauza unor alți factori de origine internă care într-o măsură substanțială i-au redus responsabilitatea pentru cele comise. Instanța a ajuns la concluzia că consumul voluntar de alcool nu poate fi luată în considerație în calitate de cauză care contribuie la dezvoltarea anomaliei mentale și nu are nici o relevanță asupra diminuării discernământului provocat de această anomalie. Prin urmare, s-a stabilit că ebrietatea voluntară poate permite operarea normei cu privire la responsabilitate redusă.

Așadar în baza spețelor prezentate conchidem următoarele:

– Intoxicația cu alcool sau droguri este relevantă doar în cazul în care se produce involuntar, provocând o prejudiciere organică a creierului.

– Anomalia mentală va fi prezentă doar dacă sindromul de dependență alcoolică este atât de mare încât să constituie prin natura sa o anomalie mentală.

Intoxicația reprezintă o stare indusă, când în urma consumului de alcool sau de alte substanțe stupefiante persoana devine deprimată de frică, sentimente sau senzații, acestea din urmă fiind amorțite sau inhibitate.

Prin urmare, *coraportul dintre dependența de alcool și infracțiune* poate fi exprimat prin trei modalități principale:

1. Ebrietatea alcoolică poate provoca săvârșirea infracțiunilor comise în public (spre exemplu: acte de huliganism, vandalism etc.) sau a infracțiunilor în domeniul transportului (încălcarea regulilor de circulație sau de exploatare a transportului rutier, încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a transportului feroviar, naval sau aerian, etc.);

2. Starea de intoxicare reduce din capacitatea de conștientizare, de interdicții și inhibiții la făptuitor, prin urmare însoțește săvârșirea infracțiunilor violente, inclusiv a omorurilor;

3. Complicațiile secundare produse de dependență alcoolică la fel pot sta la baza comiterii infracțiunilor;

4. Necesitatea de a procura drogurile deseori conduce la comiterea infracțiunilor contra patrimoniului.

Deteriorarea substanțială a facultăților mentale trebuie să constituie efectul alcoolului consumat de către inculpat, fiind un rezultat direct al tulburării sau maladiei acestuia. Nu se vor lua în considerație efectele unui consum voluntar de alcool¹⁸. Totodată, pentru recunoașterea diminuării discernământului nu este necesară demonstrarea faptului că a existat necesitatea zilnică, irezistibilă de a se consuma alcool.

În acest context, stabilirea existenței anomaliei psihice depinde de natura dependenței alcoolice și măsura în care acest sindrom a influențat săvârșirea involuntară a infracțiunii, fiind rezultatul unei constrângeri sau a consumului irezistibil de alcool. Totodată, se va ține cont de următoarele împrejurări:

- gradul și seriozitatea dependenței alcoolice a inculpatului;
- măsura în care capacitatea de a controla volumul alcoolului consumat sau capacitatea de a alege dintre a servi alcool sau nu, a fost redusă;

– în cazul în care persoana a fost aptă de a se abține de la consumul alcoolului pe o durată de timp relativ îndelungată, urmează să se identifice cauzele care au determinat persoana să consume alcool în calitate mai mari decât de obicei;

– modelul obișnuit al inculpatului de a consuma alcool în zilele ce au precedat zilei când s-a comis infracțiunea;

– capacitatea inculpatului de a lua decizii în zilele obișnuite la aceeași oră, în pofida consumului de alcool.

Totodată, *anomalia mentală manifestată la momentul comiterii infracțiunii de omor trebuie să deterioreze substanțial una dintre cele trei capacități mentale ale făptuitorului:*

– de a înțelege natura comportamentului propriu;

– de a formula decizii raționale;

– de a executa autocontrolul.

Anomalia mentală și anomalia funcțiilor mentale sunt categorii identice. Anomalia funcțiilor mentale va avea relevanță juridico-penală doar în cazul în care se va stabili că anume aceasta a constituit cauza sau a contribuit semnificativ asupra discernământului persoanei sub imperiul diminuativ al căruia a fost comisă infracțiunea de omor.

* Doctor în drept, conferențiar universitar la Catedra de Drept Penal și Criminologie a USM Chișinău, Republica Moldova; stela@danatol-trans.md.

¹ Sestoft Dorte. *Crime and Mental Illness: It Is Time to Take Action*. In: *Official Journal of the Psychiatric Association "World Psychiatry"*, June 2006, Volume 5, Number 2, p.95. ISSN 1723-8617

² Part I, 2(A) of The Mental Health Act 1983 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20> (accesat: 09.08.2013)

³ Spinelli G.Margaret. *Maternal Infanticide Associated With Mental Illness: Prevention and the Promise of Saved Lives*. In: *American Journal of Psychiatry*, September 2004, 161:9, p.1548-1557. ISSN 0002-953X

⁴ Swanson W.Jeffrey, Van Dorn A. Richard, Monahan John, Swartz. *Violence and Leveraged Community Treatment for Persons With Mental Disorders*. In: *American Journal of Psychiatry*, August 2006, 163:8, p.1404-1411. ISSN 0002-953X

⁵ Soloff H.Paul, Chiappetta Lauretta. *Prospective Predictors of Suicidal Behaviour in Borderline Personality Disorder at 6-Year Follow-Up*. In: *American Journal of Psychiatry*, May 2012, 169:5, p.484-490. ISSN 0002-953X

⁶ Gordon Neil. *Episodic Dyscontrol Syndrome*. In: *Developmental Medicine & Child Neurology*, 1999, Vol.41, p.786-788. On-line ISSN 1469-8749; Jacobson R.R. *Commentary: Aggressive and Impulsivity after Head Injury*. In: *Advances in Psychiatric Treatment*, 1997, vol.3, p.160-163. ISSN 1355-5146.

⁷ Williams David Oscar Jr. *Insanity, Criminal Responsibility and Durham*. In: *William and Mary Review of Virginia Law*, 1955, Volume 2, Issue 2, p.103-113. ISSN: 0043-5589 (for publications from 1948 till 1956)

⁸ Section 2 of The Homicide Act (21th March 1957). CHAPTER 11 5 and 6 Eliz 2, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/11/section/2> (accesat: 09.08.2013)

⁹ Wells Helene, Wilson Paul. *The Role of Expert Witnesses in Psychological Blow Automatism Cases*. In: *Journal of the Australian and New Zealand Association of Psychiatry, Psychology and Law (ANZAPPL)*, published by Australian Academic Press Pty. Ltd. on April 1, 2004, Volume 11, Issue 1, p.167-174. ISSN: 1321-8719

- ¹⁰ Forensic aspects of psychiatry. http://old.trickcyclists.co.uk/pdf/Criminal_Law_and_Forensic_Assessment.PDF (accesat: 11.08.2013)
- ¹¹ *Psychiatric Testimony and the Doctrine of Diminished Responsibility – State v. Sikora*. In: Maryland Law Review, 1967, Volume XXVII, Issue 2, p.193-199. ISSN 1554-4796
- ¹² R versus Byrne (1960) 2 QB 396. Court of Appeal, June 20, 1960. [http://www.docstoc.com/docs/17913655/R-v-BYRNE-\[1960\]-2-Q---a-level-lawcom-by-Asif-Tufal-for-AS-and-A-](http://www.docstoc.com/docs/17913655/R-v-BYRNE-[1960]-2-Q---a-level-lawcom-by-Asif-Tufal-for-AS-and-A-) (accesat: 11.08.2013)
- ¹³ R versus Byrne (1960) 2 QB 396. Court of Appeal, June 20, 1960. [http://www.docstoc.com/docs/17913655/R-v-BYRNE-\[1960\]-2-Q---a-level-lawcom-by-Asif-Tufal-for-AS-and-A-](http://www.docstoc.com/docs/17913655/R-v-BYRNE-[1960]-2-Q---a-level-lawcom-by-Asif-Tufal-for-AS-and-A-) (accesat: 11.08.2013)
- ¹⁴ Regina versus Gittens (1984) 79 Cr App R 272. <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Gittens.php> (accesat: 11.08.2013)
- ¹⁵ Regina versus Tandy (1989) 1 WLR 350. <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Tandy.php> (accesat: 11.08.2013)
- ¹⁶ Regina versus Tandy (1989) 1 WLR 350. <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Tandy.php> (accesat: 11.08.2013)
- ¹⁷ Regina versus Dietschmann (2003) 1 AC 1209. <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Dietschmann.php> (accesat: 11.08.2013)
- ¹⁸ Marlowe B. Douglas, Lambert B. Jennifer, Thomson Robin. *Voluntary Intoxication and Criminal Liability*. In: Behavioral Sciences and the Law, 1999, No 17, p.195-217. Copyright © 1999 John Wiley & Sons, Ltd CCC 0735-3936/99/020195-23. On-line ISSN: 1099-0798

STUDII

DILEMELE AUTONOMIEI DREPTULUI ÎN MODERNITATEA TÂRZIE

Horia CIURTIN*

Abstract: *The dilemmas of legal autonomy in late modernity. The present article seeks to offer a new perspective upon the necessity of thinking and analyzing law philosophically. The main issue addressed by this inquiry refers to the “autonomy” of legal sciences, a long-lasting jurisprudential doctrine perpetuated by legal positivism, which proved to be not only erroneous, but also harmful for the development of law in the light of the postmodern “paradigm shift”. Finally, this study proposes a different type of interaction between philosophy and law, an interdisciplinary field that surpasses iuspositivist and iusnaturalist perspectives, in an attempt to guide law within the labyrinth of contemporary social sciences.*

Keywords: *philosophy of law; postmodernism; autonomy of law; legal positivism.*

Cuvinte-cheie: *filosofia dreptului; postmodernism; autonomia dreptului; pozitivism juridic.*

1. Introducere

Într-o epocă definită de instabilitate cronică, în care fundamentele clasice ale științelor umaniste par a se surpa progresiv, iar „deconstrucția” postmodernă a (pre)luat chipul pseudo-apocaliptic al unei „destrucții” iresponsabile, o disciplină – dreptul – își duce în continuare existența ca și cum nici un *eschaton paradigmatic* nu ar fi tulburat lumea cunoașterii între timp. Din acest punct de vedere, aparenta sa acalmie într-un ocean epistemic cuprins de furtună nu poate, de fapt, dezvălui decât două posibilități: idila cu pozitivismul și presupusa autonomie-închistare aferentă îl pun la adăpost de vânturile dezlănțuite ale modernității târzii *ori* dreptul, această Cenușăreasă a teoriei sociale, a descoperit o metodă aparte de a-și redobândi integritatea pierdută printre ruinele contemporaneității.

În realitate, odată ce hegemonia ideatică a modernității¹ a sucombat sub acțiunea propriei greutate, dreptul s-a regăsit la fel de neputincios și confuz pe scena multiplelor „sfârșituri” de istorie împreună cu toate celelalte discipline ale cunoașterii. Relativa și *formala* sa stabilitate în acest context nu a fost rezultanta uneia dintre cele două iluzorii posibilități menționate anterior, ci o auto-izolare față de întregul domeniu social, o îndepărtare de agora dezbaterilor privitoare la fundamente și viitorul lor în noua eră postmodernă. Pretextul

pozitivist al unui „drept pur”, eliberat atât de constrângeri politice, istorice, cât și filosofice sau etice a fost transformat într-un amplu argument în favoarea autonomiei aproape absolute a dreptului, autonomie ce ar pune domeniul juridic la adăpost de orice cutremur al Weltanschauung-ului general.

Pe această linie de gândire, considerându-se că un sistem legal este valid atâta timp cât „normele sale sunt în general efective (mai precis, cu adevărat aplicate și respectate)”², s-a creat științei juridice *iluzia* că ar putea – în solitudinea-i – scăpa nealterată de modificările radicale ale epocii, atâta timp cât mașinăria tehnicistă a dreptului continuă să funcționeze și să producă rezultate satisfăcătoare pe plan concret. Totuși, îndepărtarea de dilemele filosofiei postmoderne și refuzul de a și le asuma chiar și în mod polemic lasă, însă, dreptul vulnerabil în fața oricărui imbold subversiv mai serios, indiferent că vorbim despre deconstrucția derridiană³ a dreptului ori despre cadrul mai larg al „studiilor critice ale dreptului”⁴.

Având în vedere aceste ipoteze, articolul de față își propune să readucă în prim-plan câteva chestiuni de ordin teoretic privitoare la autonomia dreptului vis-a-vis de filosofie, urmând a se arăta că aceasta nu este într-atât de largă prea deseori ne imaginăm, disciplina juridică fiind cuprinsă în torsiunea amplă a științelor sociale contemporane, neputându-i-se permite o reclusiune nesfârșită. În cele din urmă, vom avansa teza conform căreia dacă sistemul juridic își propune să evadeze cu adevărat din îmbrățișarea *letală* a postmodernității, una dintre cele mai bune soluții – atât în aplicarea unui diagnostic, cât și în găsirea unei porți de scăpare – nu poate fi concepută în afara demersurilor filosofiei, mai precis ale filosofiei dreptului, disciplină capabilă să orienteze dreptul înăuntrul și în afara aporiilor pozitivistice ce par a-l fi blocat la nivel speculativ de mai bine de jumătate de secol.

2. Limitele autonomiei dreptului – cât de liber este dreptul?

Înainte de a încerca găsirea unui răspuns la această întrebare, este necesară analiza unei ambiguități privitoare la *filosofia dreptului*, și anume natura legăturii dintre cele două discipline - nuanțată în funcție de curentul de gândire dominant într-o sferă sau alta - și, mai apoi, rezultanta interacționării bilaterale a acestora, atât din prisma filosofiei, cât și a dreptului.

Ca în orice domeniu supus dezbaterii, există indubitabil și aici o serie de perspective diferite, uneori contradictorii asupra problematicii abordate, dintre care vom reliefa pe cele ce formează dihotomia cea mai pregnantă a modernității, mai precis cuplul pozitivism-iusnaturalism, ignorând voluntar anumiți hibridi teoretici alternativi precum teoria interpretivistă a lui Ronald Dworkin⁵. Așadar, *un prim punct de vedere* se constituie în jurul autonomiei cvasi-absolute a dreptului față de filosofie, remarcându-se ideea unui sistem juridic construit empiric, tehnicist, fără a fi tributar vreunei axiologii de sorginte speculativă. Dreptul de acest fel încetează, în fapt, să mai aibă ca fundament "Legea" (ca instanța pre-juridică și meta-juridică), el rămânând un simplu făuritor și depozitar al "actului normativ", o umilă metodologie menită să garanteze justețea mijloacelor. Acest "divorț" dintre filosofie și drept se prezintă ca o necesitate a unei lumi aflate în perpetuă nevoie de eficiență și

eficientizare, o lume tehnocrată ce se divide în nenumărate domenii de specializare îngustă, fără nici o punte de legătură între ele, în care „dreptul este presupus ca un sistem coerent de sensuri și texte, o unitate codificată accesibilă experților juridici și numai lor”⁶.

Pe această cale, uitând că menirea sa nu este doar de a produce consecințe cuantificabile într-un domeniu practic, uitând că „pentru a crea un jurist bun nu este suficient să îl înveți doar drept”⁷, sfera juridică își caută treptat refugiul într-o auto-suficiență utopică, întorcând domeniul preocupărilor sale de la orice dezbateri asupra fundamentelor sale non-juridice (sau chiar meta-juridice). Pe plan concret se poate remarca și încetățenita tendință a specialiștilor de a privi dreptul ca un sistem închis în circularitatea unei „teorii generale a dreptului”, ignorându-se alternativa clasică de interacționare cu celelalte discipline în cadrul filosofiei dreptului⁸.

Pe de altă parte, dintr-un *al doilea punct de vedere* relativ apropiat viziunii iusnaturaliste târzii (pe care intenționează să o diferențiem ca metodă de întemeiere de cea a dreptului natural clasic), se consideră că filosofia, în raport cu dreptul, se poate constitui ca un metadiscurs juridic ce stabilește sau descoperă "Legea", liniile ideatice de dezvoltare a sistemului dreptului prin puterea rațiunii suverane. În această pistă a gândirii, domeniul juridic (ca disciplină cvasi-distinctă) este restrâns la simpla funcție de aplicare pur tehnică și tehnicistă a ceea ce filosofia a pre-stabilit pentru el pe cale apriorică. Dreptul ajunge, într-o astfel de manieră, un mărunț apendice al unui metadiscurs universal și universalizant, a cărui singură menire este executarea practică a ceea ce preceptele filosofice au dispus.

Această concepție, tributară la rândul său gândirii moderne, ni se prezintă ca o desacralizare a instanței normative divine ce nu se diferențiază – în cele din urmă – de inamicul său pozitivist decât prin raportarea la un domeniu aparent supra-juridic, dar care se subscrie aceleiași *captivități imanente* a nomos-ului. Este ușor de observat, astfel, de ce aparenta antiteză dintre cele două curente se dizolvă la o privire mai atentă, căci iusnaturalismul teleologic încearcă „prin justețea scopurilor sale să justifice mijloacele, iar dreptul pozitiv să garanteze justețea scopurilor prin justificarea mijloacelor”, intrându-se astfel în blocajul unei circularități⁹.

Ambele perspective, tipice defunctei viziuni moderniste, nu reușesc în cele din urmă să reliefeze cu adevărat o veridică relație între domeniul filosofiei și cel al dreptului și nici nu reușesc să traseze în acest context granițele autonomiei fiecăruia. Un astfel de status quo nu este decât consecința unor reale *patologii ale „puterii”* în sfera cunoașterii, dorindu-se fie anexarea obediență a dreptului față de filosofie, fie autarhia vanitoasă a acestuia. Căci, după cum și în dezbaterile post-belice s-a remarcat, „dacă juristul nu a fost bine servit de către epistemologie, este la fel de adevărat că și epistemologul a primit puțin ajutor din partea juristului”¹⁰.

Așadar, cât de liber este dreptul? Într-un astfel de cadru conceptual, urmărind liniile de forță ale curentelor ce au determinat reflecția epocii moderne asupra dreptului, putem constata că autonomia sa a fost și va rămâne o chestiune discutabilă sub aspectul întinderii atâta timp cât scopul relației și însăși natura interacțiunii dintre drept și filosofie nu sunt lămurite, chestiuni ce vor fi privite mai de aproape în continuare.

3. Interacțiunea sferelor – rolul filosofiei dreptului *pentru* drept

Pentru a evidenția coordonatele legăturii dintre cele două discipline, vom avansa următoarea teză: există posibilitatea ca atât dreptul, cât și filosofia să fie demersuri ce se adresează aceluiași obiect, dar la care se raportează în mod diferit. Astfel, prin nașterea unui domeniu interdisciplinar, precum filosofia dreptului, se oferă posibilitatea constituirii unui discurs ce nu se bazează exclusiv în nici unul dintre ele și nici nu are pretenția de a epuiza obiectul supus cunoașterii, în acest "*câmp deschis*", prin nici una dintre căile propuse, dar care ajută la cunoașterea ambelor într-o măsură mai mare.

Încercând să găsim un răspuns la interogația inițială, referitoare la libertatea dreptului, putem realiza faptul că filosofia dreptului, demers caracterizat prin autonomie atât față de filosofie, cât și față de drept, dar care le include pe amândouă, obligă la cercetarea temeinică a fundamentelor ce sunt invocate în sprijinul necesității interacțiunii dintre aceste două discipline. Astfel, este de la sine înțeles că filosofia, în raportarea ei la fenomenul juridic, are drept obiect de studiu "legea", conceptul de lege. Întrebarea este dacă demersul filosofic joacă rolul de intermediar, de translator între instanța metajuridică de legiferare și instanța juridică de legiferare.

Își poate asuma filosofia o astfel de sarcină? Rolul de mijlocitor este posibil, însă, doar în condițiile unei filosofii ce presupune o instanță regulativă superioară atât ei, cât și dreptului. Într-un astfel de caz, filosofia dreptului își câștigă o legitimitate de netăgăduit prin asumarea funcției de verificare a adevărului dintre starea dreptului și Legea metajuridică pe care o percepe în prisma ambelor discipline.

Un impas al demersului survine în momentul în care filosofia și dreptul sunt situate pe trepte diferite ale temporalității. Astfel, dacă filosofia a reușit să treacă printr-o serie de impasuri și să își depășească propriile limitări, dreptului nu îi este permis un astfel de demers. Rigid și strict prin definiție, domeniul juridic rareori poate tolera anihilarea fundamentelor sale, de-construcția, atâta timp cât nu poate fi sigur de re-construcția ulterioară. Prin punerea laolaltă a celor două discipline este posibil ca filosofia să forțeze *ieșirea-din-sine* a dreptului, mișcare ce i-ar putea fi benefică, dar și fatală.

Un folos incommensurabil al acestui tip de filosofie a dreptului este transformarea pe care reflectarea dreptului în "oglindea" filosofiei o generează. Prin aceasta, demersul juridic își poate constata propriile erori (constitutive și derivate) și intră, totodată, în posesia unui mijloc instrumental de a și le corija ori elimina. Foarte interesant în această interdisciplinaritate este modul în care ambele domenii răspund unei piedici similare. Astfel, devine relevant faptul că din unul dintre cele mai năucitoare "evenimente" constitutive ale modernității, respectiv ciocnirea omului cu Divinitatea, dreptul a ieșit infinit mai vătămat decât filosofia, căci atunci când adevărul devine valoare, iar „Dumnezeu a murit, nici o instanță nu mai poate furniza un fundament etic pentru judecată”¹¹.

În acest context, având în vedere că filosofia a mocnit mereu dorința de a zdrobi și dezvolta, apoi, un mod de a gândi diferit față de tradiționalele sisteme metafizice, dreptul, pierzându-și fundamentul, singurul fundament sigur, *s-a pierdut pe sine însuși*. Din acea

clipa el nu a putut tinde la a se îmbunătăți, a se depăși pe sine, ci – eventual – doar la a se conserva. Din momentul în care filosofia a început să spere la o nouă transcendență, dreptului i-a rămas doar *supraviețuirea*, putând doar a lupta pentru a-și recăpăta gloria-i de altă dată (fragmentar) și nicidecum la a o reatinge sau la a o depăși.

O altă abordare posibilă a filosofiei dreptului presupune tocmai ajutorarea juridicului de a ieși din impas, prin metodele filosofiei. Demersul interdisciplinar, permițând un flux ambidirecțional *înspre* și *dinspre* domeniul cercetat, facilitează sincronizarea celor două discipline, atingerea unui punct de convergență în care pragurile de dezvoltare pot fi eludate în beneficiul ambelor, dar mai ales în beneficiul celei aflate în blocaj.

Un eventual neajuns al filosofiei dreptului stă în problema aplicabilității postulatelor și concluziilor trase de acest demers în sfera practicii juridice cotidiene. Nu se poate concepe o linie directă de influență atâta timp cât sistemul nu este reformat la nivel fundamental. Emergența unui act normativ nou, în contextul unui sistem juridic stagnant nu constituie o transformare, ci – mai degrabă – o prelungire prin alte mijloace ale aceleiași stări de fapt și de drept. Acest neajuns ar putea fi convertit într-un folos, atunci când filosofia dreptului ar înceta a fi privită drept un fenomen distinct față de celelalte manifestări ale sferei juridice și ar fi integrată în structurile ei de bază.

Așadar, privind în ansamblu, putem conchide că filosofia dreptului – domeniu de interdisciplinaritate – își afirmă necesitatea în contextul unui sistem juridic bulversat de dispariția unei instanțe normative metajuridice, ce se dorește a fi compensată printr-o supranormare frenetică, cantitatea dorind a înlocui calitatea procesului de legiferare. Unul dintre puținele demersuri care poate constitui o cale de ieșire din impasul unui drept devenit o construcție asemănătoare unui castel din cărți de joc, filosofia dreptului oferă posibilitatea de raportare ambivalentă la aceeași problema, la același obiect și de *re-construcție* a unui sistem juridic șubrezit de încercările modernității.

4. Concluzii – dreptul *după* moartea narativelor

Privind retrospectiv modul în care autonomia sferei juridice a fost concepută și revenind la dilemele filosofiei dreptului – în contextul și în maniera evidențiată în capitolul anterior – putem constata că multiplele încercări de „secesiune” pozitivistă sau de anexare iusnaturalistă, au adus dreptul – în ciuda *formalei* sale imutabilități – în incerta pendulare între două epoci. Această situație se traduce la nivel practic printr-o instabilitate *esențială* ce erupe spectaculos în sistemul legal, iar hiper-inflația normativă, lipsa coerenței sistemice, haosul datorat lipsei de identitate axiologică dintre domeniul normativ și cel al cetățeanului fiind simptome cât se poate de evidente ale dezechilibrului creat în întreaga paradigmă modern-iluministă.

Agățarea încăpățânată a juriștilor față de formele defuncte a sistemelor pozitivistice și iusnaturaliste nu reușește, în ciuda așteptărilor, să ferească dreptul de marea criză a cunoașterii postmoderne, de „moartea narativelor” lui Lyotard. Mai mult, această izolare, fie prin utopia auto-suficienței, fie prin idila cu raționalismul brutal al iusnaturalismului, a

îndepărtat dreptul de arena oricăror confruntări ideatice, lăsând terenul *său* deschis pentru alți interlocutori. Lingviști, politologi, filosofi, critici culturali și mulți alții au început să trateze sfera filosofiei dreptului ca pe un teritoriu propriu, lipsit de orice prezență autohtonă, situație destul de precisă, având în vedere reclusiunea juriștilor în tehnicismul dreptului aplicat, izolarea în *turnul-de-fildeș* al practicii. Mai mult, deși credința în autonomia absolută a dreptului a fost îndepărtată definitiv odată cu „moartea ideologiilor”, modernismul juridic nu a pierdut teren, determinând dreptul să se agațe – chiar și dacă numai cu un braț – de colacul de salvare iluminist¹², fapt ce a plasat domeniul juridic cu încă un pas în spate față de restul disciplinelor sociale.

Pe această cale, lăsând deoparte orice preocupare de sorginte speculativă, specialiștii dreptului au deschis poarta conturării sistemice generale a dreptului *din afara* dreptului, fără ca măcar să realizeze metamorfozele graduale și subtile pe care domeniul lor de activitate le-a suferit. Exclusivitatea studiului dedicat dreptului obiectiv, în cazul juriștilor de formație continentală, și a liniilor neîntrerupte de precedente judiciare, în cazul juriștilor anglo-americani, a răpit treptat viziunea de ansamblu asupra întregii sfere publice, o viziune care nu lipsise în secolele precedente nici unui jurist de marcă, iar pentru majoritatea specialiștilor, noțiuni contemporane de filosofia dreptului precum „critical legal studies”, „indeterminanță”, „poststructuralism juridic”, „interpretivism” au devenit la fel de străine ca biologia moleculară.

Marea întrebare ce se naște în contemporaneitate cu privire la destinul dreptului este strâns legată de obsesia autonomiei. Poate dreptul supraviețui în solitudine? Răspunsul tinde să fie negativ dacă luăm în considerare faptul că odată cu prabușirea întregii viziuni moderne de care domeniul juridic era într-atât de legat, tributul plătit pentru izolare se anunță a fi destul de scump: în lipsa unei înțelegeri profunde a schimbărilor din lumea actuală și, implicit, a lumii actuale însăși, dreptul riscă să nu se mai înțeleagă pe sine. Iar în absența sensului constitutiv, el tinde să devină o simplă mască metodologică, o anexă instrumentală a diferitelor ideologii (sau anti-ideologii) postmoderne, dezvăluind că mult-dorita autarhie a dreptului echivalează - în cele din urmă - cu sufocarea lentă, cu un amplu *nomocid* regizat teatral.

Acum, când vocile – deseori agasante, dar imposibil de ignorat – ale postmoderniștilor cer „moartea dreptului”, dorindu-l un narativ printre atâtea narative deja defuncte, cum am putea să ne opunem fără arsenalul deja încercat al filosofiei? Mai poate exista supraviețuire într-un astfel de context dacă tactica *turnului-de-fildeș* este practică în continuare? Fără nici un dubiu că fațeta tehnicistă a dreptului ar subzista, însă statutul său de disciplină de sine-stătoare riscă să fie anihilat tocmai prin excesul unei autonomii înguste, o însigurare ce riscă să transforme sfera juridică într-un desuet Don Quijote lipsit de Sancho Panza, un nostalgic izolat lipsit de atingerea realității. Iar în această postmodernă junglă conceptuală, de cele mai multe ori otrăvită, deseori stranie, dar mereu periculoasă, dreptul nu poate refuza perspectiva filosofică – o ieșire în lumină. Poteca de urmat, cea a filosofiei dreptului, este îngustă, dar finalitatea ei cuprinde posibilitatea salvării, evadarea din hățis, din îmbrățișarea letală a postmodernității.

* Consilier juridic, absolvent al Facultății de Drept a UBB Cluj-Napoca; horia.ciurtin@gmail.com.

- ¹ Pentru lămurirea acestui concept, se poate consulta – într-un cadru mai amplu – R. Schürmann, *Broken Hegemonies*, trad. Reginald Lilly, editura Indiana University Press, Bloomington & Indianapolis, 2003, pp. 6-16.
- ² H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, trad. Max Knight, ediția a 2-a, editura University of California Press, Berkeley & Los Angeles, 1967, p. 212.
- ³ A se vedea J. Derrida, *Force of Law: The „Mystical Foundations of Authority”*, în *Cardozo Law Review* 11, nos. 5-6 (July/August 1990), pp. 919-1045.
- ⁴ Curentul intitulat „Critical Legal Studies” din spațiul american s-a constituit ca o dimensiune juridică a „teoriei critice” propuse de Școala de la Frankfurt, reactualizând fantasma neo-marxismului în drept – o scriere programatică în acest sens e M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, editura Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987.
- ⁵ Pentru o prezentare mai amplă a acesteia se poate consulta R. Dworkin, *Law’s Empire*, editura Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986.
- ⁶ P. Goodrich, *Legal Discourse*, editura Macmillan, London, 1987, p. 55.
- ⁷ R. W. M. Dias, *Jurisprudence*, ediția a 4-a, editura Butterworths, London, 1976, p. 21.
- ⁸ A se vedea în acest sens și B. Melkevik, *The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Jurisprudentia*, nr. 3/2009, consultat la adresa <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=307>, pe data de 24.04.2010.
- ⁹ W. Benjamin, *Critique of Violence*, în B. Lawrence, A. Karim (ed.), *On Violence*, editura Duke University Press, Durham, 2007, p. 269.
- ¹⁰ R. H. S. Tur, *What is Jurisprudence?*, în *The Philosophical Quarterly*, Vol. 28., No. 111, Apr. 1978, p. 161.
- ¹¹ C. Douzinas, R. Warrington, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in The Texts of Law*, editura Routledge, London & New York, 1991, p. 13.
- ¹² G. Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century’s End*, editura New York University Press, New York & London, 1995, pp. 204-205.

ARTICOLE

CONSIDERAȚII ASUPRA DECIZIEI CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI NR.206/2013 REFERITOARE LA ART. 414⁵ ALIN. 4 DIN CODUL DE PROCEDURĂ PENALĂ

Carmen LAZĂR*

Résumé. Considérations sur la Décision de la Cour Constitutionnelle de Roumanie no.206/2013. La Cour Constitutionnelle roumaine a été amenée à se prononcer sur l'exception d'inconstitutionnalité invoquée à l'encontre d'une disposition du Code de procédure pénale, à savoir celle qui statue que les décisions prononcées par la Haute Cour de Cassation et de Justice dans le cadre du recours dans l'intérêt de la loi - décisions qui interprètent la loi - sont obligatoires pour toutes les juridictions de jugement. Cette décision de la Cour Constitutionnelle intervient dans la matière de l'insulte et de la calomnie, dans le contexte d'une décision dans l'intérêt de la loi de la Haute Cour qui, contrairement à ce qu'avait statué auparavant la Cour Constitutionnelle, a interprété que les dispositions pénales incriminant l'insulte et la calomnie ne sont plus en vigueur. Après que, dans la première partie de la motivation de sa décision, la Cour Constitutionnelle considère que la disposition mentionnée n'est pas en soi contraire à la Constitution, ensuite, constatant que l'interprétation de la Haute Cour ouvre un précédent dangereux pour l'autorité des décisions de la Cour Constitutionnelle, celle-ci affirme qu'une déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple s'impose et procède en conséquence dans le dispositif.

Mots clé: Cour Constitutionnelle, contrôle de constitutionnalité, exception d'inconstitutionnalité, Haute Cour de Cassation et de Justice, recours dans l'intérêt de la loi, Code de procédure pénale.

Cuvinte cheie: Curtea Constituțională, control de constituționalitate, excepție de neconstituționalitate, Înalta Curte de Casație și Justiție, recurs în interesul legii, Cod de procedură penală.

Recent¹, Curtea Constituțională a pronunțat Decizia 206/2013² referitoare la art. 414⁵ alin. 4 din Codul de procedură penală, admitând excepția de neconstituționalitate ridicată și statuând pur și simplu că prevederea menționată este neconstituțională. Pentru motivele pe care le vom arăta în continuare, considerăm că instanța de contencios constituțional ar fi trebuit să statueze că art. 414⁵ alin. 4 din Codul de procedură penală este neconstituțional doar dacă este interpretat în sensul că deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție pronunțate în recursuri în interesul legii sunt obligatorii pentru instanțele de judecată chiar dacă contravin unor decizii ale Curții Constituționale, ele încalcând astfel art. 147 alin. 4 din

Constituția României. Cu alte cuvinte, Curtea Constituțională ar fi trebuit să pronunțe neconstituționalitatea sub rezerva interpretării conforme.

Decizia comentată intervine în contextul în care Înalta Curte de Casație, pronunțându-se într-un recurs în interesul legii³, a statuat că infracțiunile de insultă și calomnie nu mai sunt în vigoare, deși o decizie anterioară a Curții Constituționale⁴, declarând neconstituțională Legea 278/2006 ce abroga art. 205 – referitor la infracțiunea de insultă – și 206 – referitor la infracțiunea de calomnie – din Codul penal, statuase că prevederile abrogate continuă să producă efecte⁵. În urma deciziei menționate a Înaltei Curți, instanțele de judecată au fost puse în situația de a ști ce decizie să aplice în materia insultei și calomniei: cea a Înaltei Curți, obligatorii în virtutea art. 414⁵ alin. 4 din Codul de procedură penală, sau cea a Curții Constituționale, obligatorii în virtutea art. 147 alin. 4 din Constituție? Cu alte cuvinte, instanțele trebuiau să considere fie că cele două infracțiuni nu mai există în ordinea de drept, fie că, dimpotrivă, ele există și trebuie sancționate în continuare potrivit art. 205 și 206 din Codul penal.

Într-un articol anterior⁶ - notă la Decizia menționată a Înaltei Curți – arătam că: decizia Înaltei Curți, indiferent de posibila valabilitate a argumentelor ei, încalcă caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale consacrat prin art. 147 alin. 4 din Constituție, ceea ce este inadmisibil; art.64 alin.(3) din Legea 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative nu este aplicabil în cazul dat, nefiind vorba de o repunere în vigoare prin voința legiuitorului și nici, de altfel, prin cea a Curții Constituționale însăși, ci de o reintrare în vigoare ca efect automat al sancțiunii aplicate unei legi neconforme cu Constituția - declararea neconstituționalității legii; neadmiterea unui asemenea efect ar anihila principiul obligativității deciziilor Curții Constituționale, lăsând astfel Constituția la bunul plac al legiuitorului; reintrarea automată în vigoare a unor prevederi cu caracter penal nu contravine principiului legalității incriminării, noțiunea de "lege" – astfel cum a fost definită de Curtea Europeană a Drepturilor Omului - incluzând și jurisprudența constantă și previzibilă; or, prin faptul că se publică în Monitorul Oficial, că au efecte numai pentru viitor iar Curtea Constituțională însăși precizează în cuprinsul lor efectul reintrării în vigoare a infracțiunilor abrogate, decizii ca cea menționată îndeplinesc condițiile pentru a se aprecia că principiul legalității incriminării a fost respectat. Ca urmare a acestor argumente, conchideam în articolul menționat că instanțele de judecată trebuie să respecte decizia Curții Constituționale și nu pe cea a Înaltei Curți, deoarece, dat fiind că jurisprudența Curții Constituționale se încorporează în Constituție iar cea a Înaltei Curți se încorporează în legea pe care o interpretează – în speță Codul penal -, ele au de ales de fapt între Constituție și lege, soluția care se impune fiind mai mult decât evidentă.

Considerentele Deciziei 206/2013 reiau o parte din aceste argumente și aduce altele noi, arătând că art. 64 alin. 3 din Legea 24/2000 se adresează doar legiuitorului și că reintrarea de drept în vigoare a dispozițiilor incriminatoare abrogate nu este decât un efect specific al constatării neconstituționalității dispoziției abrogatoare, în lipsa ei deciziile de acest tip ale Curții Constituționale urmând să nu aibă în realitate niciun efect; or, dispozițiile abrogatoare nu sunt exceptate de la controlul de constituționalitate (și, am adăuga noi, nu există niciun motiv obiectiv ca ele să fie exceptate) iar acest efect specific

se întemeiază pe art. 142 alin. 1 din Constituție – care consacără rolul Curții Constituționale de garant al supremației Constituției – și pe art. 147 alin. 4 din Constituție – care consacără caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale. Pe de altă parte, Curtea Constituțională remarcă faptul că legea fundamentală și, pe baza ei, legile infraconstituționale (printre care, presupunem noi – căci Curtea nu precizează -, Codul de procedură penală cu al său art.414⁵ în discuție) au creat pentru ea ea și pentru Înalta Curte de Casație și Justiție competențe diferite: prima se pronunță asupra constituționalității legilor (ceea ce, adăugăm noi, implică interpretarea Constituției), cea de-a doua se pronunță asupra interpretării legilor infraconstituționale, asigurând astfel interpretarea și, deci, aplicarea lor unitare; aceste competențe diferite împiedică posibilitatea unor decizii contradictorii ale lor, asigurând în consecință respectarea deciziilor ambelor instanțe. Se pune atunci întrebarea: cum a ajuns Curtea Constituțională să considere că art. 414⁵ alin. 4 este "de vină" pentru că s-a ajuns la soluții diferite ale celor două instanțe în materia insultei și calomniei, la nerespectarea deciziei 62/2007 Curții Constituționale? Cu atât mai mult cu cât în considerente ea afirmă clar că singura interpretare conformă cu Constituția a art. 414⁵ alin. 4 este cea în sensul că, pe de o parte, interpretarea și aplicarea unitară a legilor exclud deciziile Curții Constituționale (altfel spus, acestea nu pot face obiectul interpretării Înaltei Curți), iar pe de altă parte că interpretarea asigurată de Înalta Curte este obligatorie numai pentru instanțele judecătorești, nu și pentru Curtea Constituțională (care nu face parte din sistemul instanțelor judecătorești); numai într-o asemenea interpretare deciziile date de Înalta Curte în interesul legii pot fi obligatorii. În continuare, pe baza celor arătate, Curtea Constituțională ajunge la concluzia că interpretarea Înaltei Curți de Casație și Justiție conținută în Decizia 8/2010 este neconstituțională, încălcând prevederile constituționale referitoare la securitatea juridică, la separația puterilor, la rolul Înaltei Curți și la cel al Curții Constituționale, la obligativitatea deciziilor Curții Constituționale, Înalta Curte erijându-se în instanță de control judiciar asupra deciziilor Curții Constituționale. Cu alte cuvinte, în prima parte a considerentelor Curtea Constituțională lasă să se înțeleagă că ar urma să pronunțe o decizie interpretativă și nu una de constatare pură și simplă a neconstituționalității. Totuși, instanța de contencios constituțional consideră că precedentul creat este foarte grav pentru securitatea juridică și pentru rolul ei, astfel că consideră necesar să sancționeze orice interpretare a prevederii în discuție care i-ar oferi Înaltei Curți posibilitatea să dea dezlegări obligatorii ce contravin Constituției și deciziilor Curții Constituționale. Or, așa cum s-a văzut până acum din chiar argumentele Curții Constituționale, art. 414⁵ alin. 4 din Codul de procedură penală nu îi conferă Înaltei Curți dreptul de a interpreta deciziile Curții Constituționale, nici pe acela de a le controla, altfel spus dreptul de a nu respecta separația puterilor stabilită prin Constituție, atitudinea Înaltei Curți – care și-a depășit competențele - fiind singura răspunzătoare de situația creată, astfel că s-ar fi impus pronunțarea unei decizii de interpretare conformă, instanța de contencios constituțional "extrăgând" acea interpretare neconformă cu Constituția. Faptul că s-a creat un precedent grav – deci un considerent de natură practică, extrinsec științei dreptului - nu poate justifica pronunțarea unei soluții incorecte din punct de vedere juridic.

* Conf.univ., Facultatea de Studii Europene, UBB Cluj-Napoca; crmnlazar@yahoo.fr.

¹ La data de 29 aprilie 2013.

² Publicată în Monitorul Oficial nr. 350 din 13 iunie 2013 și pe site-ul www.ccr.ro.

³ A se vedea Decizia/2010, publicată în Monitorul Oficial nr.416 din 14 iunie 2011 și pe site-ul http://www.scj.ro/decizii_SU.asp.

⁴ A se vedea Decizia 62/2007, publicată în Monitorul Oficial nr.104 din 12 februarie 2007 și pe site-ul www.ccr.ro.

⁵ De fapt, într-un limbaj riguros juridic, având în vedere efectele penru viitor ale deciziilor Curții Constituționale, aceasta a vrut să spună că prevederile abrogate reintră de drept în vigoare.

⁶ A se vedea Carmen-Nora Lazăr, "Insultă și calomnie. Abrogarea art.205, 206 și 207 din Codul penal. Declararea neconstituționalității dispoziției abrogatoare. Efecte", publicat în revista "Dreptul" nr. 10/2011, pp.236-240.

CONTENCIOSUL ADMINISTRATIV „RĂSTURNAT” ÎNTRE RETROGRAD ȘI VIZIONAR

Ovidiu PODARU*

Rezumat: *Contenciosul administrativ „clasic” presupune un litigiu prin care particularul, în calitate de reclamant, încearcă să corijeze excesul de putere al administrației publice (pârâtul). Există însă situații atipice în care reclamant este un organ administrativ, în vreme ce destinatarul actului dobândește calitatea de pârât. Aceste situații sunt neobișnuite întrucât, de regulă administrația, beneficiind de privilegiul prealabilului, nu are nevoie să se adreseze instanței de judecată pentru a restabili legalitatea, putându-și face singură „dreptate”, în mod unilateral. Prezentul studiu își propune să cerceteze această situație pornind de la analiza celor mai frecvente situații întâlnite în practica judiciară, respectiv să răspundă la întrebarea: contenciosul „răsturnat” reprezintă un pas înainte sau un pas înapoi față de abordarea clasică a acestuia?*

Cuvinte cheie: *contencios administrativ, reclamant și pârât, privilegiul prealabilului.*

A. Preliminarii. Contenciosul administrativ în concepția sa „clasică”

Dreptul administrativ este, prin definiție, o colecție de norme care încearcă să impună pacea într-un mediu dominat de inegalitate. Sau, mai exact, măcar un armistițiu, un compromis acceptabil între interesul public, mai mult sau mai puțin agresiv, și drepturile subiective ori interesele legitime private, mai mult sau mai puțin supuse. Raportul juridic administrativ tradițional este, în esența sa, inegal: ne-o spune, într-un context oarecare, și art. 8 alin. 3 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ: „*La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2)¹ se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public*”. Libertatea și egalitatea sunt așadar „subordonate”, în vreme ce interesul public este „prioritar”. Astfel stând lucrurile, cei „liberi” și „egali” între ei (adică, în mod evident, particularii) nu pot fi puși în aceeași poziție juridică cu gardianul interesului public (administrația, desigur).

Dar cel care deține puterea un timp mai îndelungat tinde să abuzeze de ea (Montesquieu): de la inegalitatea cronică la derapaje și exces nu poate fi cale lungă. Tocmai de aceea, tot legiuitorul – cel care a recunoscut această inegalitate, a trebuit să se gândească și la un remediu pe care să îl pună în mâna celui slab: așa a apărut ideea de

contencios administrativ, un soi de praștie a unui David în lupta sa dezechilibrată cu uriașul Goliat. Și mai toate reglementările în materie, de la noi sau din alte sisteme de drept, consacră această viziune tradițională a noțiunii: „Orice **persoană** (subl. ns.), care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o **autoritate publică** (subl. ns.) printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa **instanței de contencios administrativ** (subl. ns.) competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată” (art. 1 alin. 1 teza I din Legea nr. 554/2004).

Așadar logica internă, mecanismul intim după care funcționează contenciosul administrativ ne spune că **reclamant** trebuie să fie un particular oarecare, iar **pârât** – administrația publică. Contenciosul administrativ însuși reprezintă o modalitate specială (singura, de altfel) prin care cel vătămat se poate adresa forței (judiciare) de constrângere a statului pentru a-și vedea reparat prejudiciul cauzat de exercițiul defectuos al ... forței (administrative) de constrângere a statului!

Dimpotrivă, administrația nu are nevoie de autorizarea unei instanțe pentru a-și îndeplini atribuțiile, căci, beneficiind de privilegiul prealabilului, ea își poate pune direct în aplicare voința: n-are nevoie să apeleze de forța de constrângere a statului, de vreme ce ea însăși o deține. Tocmai de aceea, în mod normal ea nu poate fi reclamant în contenciosul administrativ, căci *praștia lui David*, un instrument care îi pare, cel mai probabil, rudimentar, nu i se potrivește cu nici un chip.

Dar, așa cum vom vedea, lucrurile evoluează, viziunile se mai schimbă și principiile consacrate, voit sau nu, sunt nevoite să suporte breșe. Până la urmă și administrația, prin definiție servitorul legiuitorului², ar putea fi pusă, de către acesta din urmă, într-o situație cu care nu este obișnuită, și în care să se simtă... umilită! Aceea de egal al particularului, căruia nu-i mai poate impune pe cale unilaterală un anumit comportament, astfel că, pentru a corija lipsa de obediență a acestuia, se vede nevoită să se adreseze instanței de judecată, din postura neobișnuită de reclamant. Suntem în situații atipice, pe care le vom numi în continuare *contencios administrativ „răsturnat”*, pentru simplul fapt că, din punct de vedere procedural, se inversează logica contenciosului administrativ „clasic”.

B. Contenciosul „răsturnat”: trei situații posibile sub lupă

Fără a avea pretenția de a aborda exhaustiv chestiunea, vom observa că în practică se întâlnesc cel puțin trei situații mai frecvente³ în care administrația trebuie să se adreseze instanței pentru a putea obține respectarea interesului public (și, implicit, restabilirea legalității): cazul *actelor administrative intrate în circuitul civil*, reglementat de art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004 (1); cel al *contractelor administrative*, când particularul este cel care nu-și execută obligațiile asumate (2); cel prezent în dreptul urbanismului, când organele competente se adresează instanței de judecată în vederea *desființării unei construcții* edificate fără autorizație de construire ori cu încălcarea acesteia (3). Toate cele trei situații merită o analiză, căci pentru un ochi avizat par veritabile ciudățenii juridice.

1. Situația actelor administrative irevocabile (art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004)

Potrivit acestui text legal, „**Autoritatea publică emitentă** (subl. ns.) a unui act administrativ unilateral nelegal poate să solicite instanței anularea acestuia, în situația în care actul nu mai poate fi revocat întrucât a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice. În cazul admiterii acțiunii, instanța se pronunță, dacă a fost sesizată prin cererea de chemare în judecată, și asupra validității actelor juridice încheiate în baza actului administrativ nelegal, precum și asupra efectelor juridice produse de acestea [...]”.

Cu altă ocazie⁴ am scris despre acest text legal ca despre o anomalie juridică, privit fiind din perspectiva principiului securității raporturilor juridice. Astfel, în esență, legiuitorul a dezvoltat un raționament paradoxal și contradictoriu: pe de o parte se recunoaște prevalența acestui principiu față de prerogativa administrației de a restabili legalitatea (căci tocmai de aceea, cel puțin aparent, actul administrativ, chiar ilegal, nu mai poate fi revocat), dar, pe de altă parte, se neagă caracterul absolut al acestui principiu de vreme ce, timp de un an de la emiterea actului, chiar emitentul său îl poate ataca în instanța de contencios administrativ, cu consecința eventuală a desființării acestuia. Or, *securitatea raporturilor juridice n-ar trebui să fie relativă*: ea ori există, și atunci actul în cauză nu poate fi desființat pe nicio cale, ori nu există, și atunci actul în cauză devine atacabil pe toate căile procedurale recunoscute de lege⁵. Singura concluzie logică posibilă a fi desprinsă din acest raționament paradoxal ar fi aceea că nu principiul securității raporturilor juridice *singur* ar fi cauza irevocabilității acestor acte administrative, ci mai degrabă o neîncredere a legiuitorului în abilitatea administrației de a da prevalență *stabilității juridice* ori, dimpotrivă, *legalității* care ar trebui să guverneze întreaga activitate a acesteia, mai ales că aproape niciodată procedurile administrative nu sunt caracterizate prin contradictorialitate. Ar fi astfel contrar Constituției noastre ca o persoană să-și piardă drepturile subiective obținute printr-un act administrativ fără a avea măcar posibilitatea de a se apăra.

Iată deci o primă situație în care legiuitorul nostru inversează logica contenciosului tradițional: **reclamant** este, în această situație, organul emitent (ne-o spune expres textul analizat), dar cum este de neconceput ca această acțiune să aibă caracter grațios⁶, **pârât** ar trebui să fie tocmai beneficiarul actului (împreună, eventual, cu subdobânditorii dreptului subiectiv creat prin actul administrativ⁷). Astfel, această situație se poate întâlni numai în cazul actelor administrative individuale, care creează un avantaj particularului⁸.

O aplicație a acestui principiu o întâlnim în materia fondului funciar (art. III din Legea nr. 169/1997⁹, așa cum a fost el modificat prin Legea nr. 247/2005¹⁰). Astfel, potrivit alin. 1, „Sunt lovite de nulitate absolută, potrivit dispozițiilor legislației civile, aplicabile la data încheierii actului juridic, următoarele acte emise cu încălcarea prevederilor Legii fondului funciar nr. 18/1991, Legii nr. 1/2000 pentru reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole și celor forestiere, solicitate potrivit prevederilor Legii fondului funciar nr. 18/1991 și ale Legii nr. 169/1997, cu modificările și completările ulterioare și ale prezentei legi: [...]”¹¹. Potrivit alin. 2, „Nulitatea poate fi invocată de primar, prefect, Autoritatea Națională pentru Restituirea Proprietăților și de alte persoane care justifică un interes legitim, iar soluționarea cererilor este

de competența instanțelor judecătorești de drept comun”. În fine, potrivit alin. (2⁴) „În cazul unor înstrăinări succesive ale terenurilor, cel care a vândut terenul pe baza titlului constatat nul este obligat să remită prețul actualizat fostului proprietar rămas fără teren”.

Față de situația regulă, reglementată de art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004, acest caz special este contaminat de câteva reguli civiliste:

a) *nulitatea este una absolută* adică, în primul rând *imprescriptibilă*, cei interesați putându-se adresa instanței competente fără a fi încorsetați de termenele scurte reglementate de art. 7 și 11 ale Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ;

b) *nulitatea se raportează la „legislația civilă”*, adică în principiu la legile fondului funciar așa cum sunt ele completate de prevederile adevăratului „drept comun” – Codul civil;

c) *instanța competentă să soluționeze aceste litigii este instanța de drept comun* (judecătoria în raza teritorială a căreia se află imobilul cu privire la care s-a reconstituit dreptul de proprietate). Astfel, în această ipoteză are loc o prorogare de competență în sens invers: nu instanța de contencios administrativ competentă în mod normal să soluționeze acțiunea în anularea actului administrativ irevocabil primește și prerogativa de a verifica legalitatea actelor civile subsecvente, ci instanța de drept comun, competentă în mod normal să verifice legalitatea actelor civile dobândește și competența de a verifica legalitatea actului administrativ care stă la baza actelor civile subsecvente;

d) între posibilitățile *reclamanți* nu sunt organele emitente (Comisiile – locală și județeană - de fond funciar) ci conducătorii acestora – Primarul, respectiv Prefectul;

e) în fine, o opțiune destul de bizară ia legiuitorul pe *fondul problemei*, o derogare chiar de la regulile generale ale dreptului civil: în situația anulării actului administrativ, actele civile vor fi păstrate (căci altfel legiuitorul nu ar fi stabilit, ca măsură subsecventă anulării actului – restituirea prețului încasat de către proprietarul aparent celui real, ci remiterea materială a imobilului). În plus însă, înstrăinătorul, beneficiar al actului administrativ anulat, datorează doar *prețul* imobilului înstrăinat, nu *valoarea de piață* a acestuia, fapt care ar putea avea semnificația unei slabe cunoașteri a resorturilor principiului securității raporturilor juridice (care pare a prevala în orice circumstanțe, de vreme ce actele civile subsecvente trebuie salvate cu orice preț), încurajând totodată reaua credință și simulațiile¹².

Iată deci o primă situație în care legiuitorul răpește administrației unul dintre privilegiile sale extrem de importante: cel al prealabilului.

2. Situația contractelor administrative, când cocontractantul nu își îndeplinește obligațiile sale contractuale

Atât în legea contenciosului administrativ cât și în reglementările speciale există câteva prevederi din care rezultă că există litigii în care administrația ar avea calitatea de reclamant iar particularul (cocontractant) pe aceea de pârât. Astfel, potrivit art. 7 alin. 6 din Legea nr. 554/2004, în litigiile care au la bază contracte administrative procedura prealabilă nu este aceea administrativă (o cerere prin excelență formulată de către particular și adresată administrației), ci aceea a concilierii, finalizată cu un proces-verbal, și

pe care oricare dintre părți o poate declanșa. Termenul de 6 luni pentru efectuarea acesteia curge, bunăoară, „de la data încalcării obligațiilor contractuale, în cazul litigiilor legate de executarea contractului”, lăsându-se să se înțeleagă, în mod evident, că oricare parte poate (și, deci, trebuie) să se adreseze instanței în cazul în care cealaltă nu își execută obligațiile¹³, în vreme ce termenul de 6 luni pentru sesizarea instanței curge de la data încheierii procesului-verbal de finalizare a procedurii concilierii. Apoi, în situația contractelor de concesiune, atât a celor referitoare la bunurile proprietate publică, cât și a celor de lucrări ori servicii publice, în situația neexecutării culpabile a obligațiilor de către una dintre părți, cealaltă poate rezilia contractul pe cale unilaterală, având dreptul și la despăgubiri (art. 57 alin. 1 lit. c) și d) din OUG nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică¹⁴, respectiv art. 54 alin. 1 lit. b) și c) din HG nr. 71/2007¹⁵). Or, din aceste prevederi se poate desprinde ideea că cele două părți sunt privite de legiuitor ca având aceleași prerogative juridice, deci, cel puțin teoretic, oricare dintre acestea ar putea fi reclamant într-un litigiu de contencios administrativ.

Explicația acestei stări de lucruri își are, probabil, rădăcinile, într-un cu totul alt loc decât cea a situației precedente. Fără îndoială că strămoșul contractului administrativ este *actul de gestiune*¹⁶. Or, dacă inițial acesta era considerat un act juridic guvernat exclusiv de regulile dreptului privat, treptat concepția a evoluat înspre un act mixt, aflat la frontierele dintre dreptul public și cel privat, un melanj între un act administrativ și un contract civil¹⁷. La noi însă, evoluția firească a lucrurilor a fost întreruptă brutal de instaurarea regimului comunist, astfel încât, imediat după 1989, doctrina și jurisprudența au încercat să reînnoade tradițiile interbelice ale dreptului administrativ, pornind deci de la ... actul de gestiune!, concepție care, așa cum am arătat, era de multă vreme depășită în sistemele de drept occidentale. Iar egalitatea părților este definitorie pentru acest tip de acte, astfel încât, pornind de aici, legiuitorului i-a fost greu, probabil, să recunoască administrației privilegiul prealabilului într-un asemenea tip de raport juridic.

Apoi, în 2004, prin intrarea în vigoare a noii legi a contenciosului administrativ (considerată în general ca fiind un salt calitativ față de vechea reglementare), contractele administrative sunt asimilate actului administrativ unilateral (art. 3 alin. 1 lit. c teza a II-a din Legea nr. 554/2004). Consecința în plan procesual este aceea că toate litigiile întemeiate pe contracte administrative (fie că e vorba despre încheierea, interpretarea, executarea încetarea lor) sunt de competența instanței de contencios administrativ. Reglementări speciale însă, referitoare la anumite contracte administrative (achiziții, concesiuni), (re)considerându-le contracte comerciale, le-au readus în fața instanței de drept comun¹⁸.

Însă niciodată legiuitorul n-a recunoscut expres prerogativa (exclusivă a) administrației de a rezoluționa pe cale unilaterală un contract administrativ (în lipsa unui pact comisoriu în acest sens) în cazul în care cocontractantul nu își îndeplinește obligațiile în mod culpabil. Probabil că, la nivel teoretic, această abordare este corectă, căci neexecutarea unei obligații contractuale reprezintă mai degrabă o chestiune de drept privat care, în consecință, se impune a fi rezolvată potrivit regulilor de drept comun. Este însă cel puțin ciudat că prerogativele administrației în lipsa oricărei culpe a cocontractantului (denunțarea și

modificarea unilaterală pentru cauză de interes public) sunt mai puternice decât cele existente în situația în care partenerul privat, din culpă, nu își execută obligațiile contractuale (situație în care administrația are doar prerogativele juridice de care se bucură orice subiect de drept privat). Ar fi de gândit dacă nu cumva, *de lege ferenda*, ar fi indicat să i se recunoască autorității contractante prerogativa de a rezilia unilateral un contract administrativ în ipoteza neîndeplinirii culpabile a obligațiilor de către cealaltă parte, cu consecința unui control *a posteriori* din partea instanței de contencios administrativ (iar nu a unuia *a priori*), inclusiv cu prerogativa acesteia de a suspenda actul de reziliere¹⁹. Abandonarea completă a concepției clasice, caracterizată prin egalitatea părților, ar fi, poate, un pas înainte.

3. Situația desființării/modificării construcțiilor edificate fără autorizație de construire ori cu încălcarea prescripțiilor acesteia

Potrivit art. 32 alin. 1 din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea lucrărilor de construcții, *„În cazul în care persoanele sancționate contravențional au oprit executarea lucrărilor, dar nu s-au conformat în termen celor dispuse prin procesul-verbal de constatare a contravenției, potrivit prevederilor art. 28 alin. (1), organul care a aplicat sancțiunea va sesiza instanțele judecătorești pentru a dispune, după caz: a) încadrarea lucrărilor în prevederile autorizației; b) desființarea construcțiilor realizate nelegal”*.

Deși, așa cum am arătat cu altă ocazie²⁰, autorizația de desființare de lucrări se bucură, strict tehnic vorbind, de privilegiul prealabilului, căci ea poate fi pusă în executare fără intervenția instanței de judecată, doar că ar fi ilegală, totuși, ipoteza descrisă de textul legal citat mai sus are o oarecare doză de neobișnuit în ea: astfel, cu excepția imobilelor edificate pe domeniul public ori privat al administrației, pentru a le putea desființa pe celelalte (edificate în mod ilegal, se înțelege), dacă vrea să respecte în totalitate principiul legalității, administrația trebuie să se adreseze mai întâi judecătorului pentru a obține o „autorizare” în acest sens, aceasta substituind consimțământul constructorului (proprietar al supraedificatului ilegal).

Oricum am privi această situație, suntem într-un alt caz în care administrația este egala particularului, un caz de contencios răsturnat. Doar că suntem într-o „altă procedură judiciară”, dacă utilizăm formula din art. 5 alin. 2 al Legii nr. 554/2004, căci competentă să soluționeze această cerere este judecătoria de la locul unde se află imobilul.

Explicația acestui contencios răsturnat rezidă din nou în rădăcinile sale. Astfel, o asemenea acțiune în justiție are origini contravenționale. Or, în această ramură de drept, niciodată agentul constator nu a putut aplica toate sancțiunile stabilite de lege. Bunăoară, cele care restrâng libertatea individului (închisoarea contravențională până la momentul abrogării sale, prestarea unei activități în folosul comunității) au fost dintotdeauna lăsate în sarcina instanțelor de judecată, dată fiind, probabil, importanța lor. Iar desființarea unui imobil a fost privită ca un soi de sancțiune complementară amenzii, astfel încât tot instanța (de această dată cea competentă să soluționeze și plângerea contravențională – deci judecătoria de la locul săvârșirii faptei) trebuie să decidă acest lucru.

Dar această opțiune a legiuitorului nostru este susceptibilă de critici serioase:

a) în primul rând că vorbim despre complexa materie a *dreptului urbanismului*, o ramură a dreptului administrativ: cu siguranță că judecătorul de contencios administrativ este cel mai în măsură să aprecieze cu privire la menținerea/desființarea unei construcții, raportat la respectarea normelor de urbanism și construire în zonă;

b) de regulă, una și aceeași instanță trebuie să soluționeze legalitatea atât a manifestării pozitive de voință a administrației, cât și refuzul acesteia de a acționa. Prin urmare este cel puțin neobișnuit ca refuzul organului competent de a solicita desființarea construcțiilor ilegale să fie cenzurat de instanța de contencios administrativ, în vreme ce cererea de desființare să fie dată în competența judecătoriei;

c) de asemenea, s-a pus problema instanței competente să soluționeze o cerere de desființare a unei construcții edificate ilegal, formulată de o persoană interesată. S-a creat jurisprudență contradictorie atât cu privire la calitatea procesuală activă, cât și cu privire la instanța competentă să soluționeze această cerere (instanțele civile ori cele de contencios administrativ).

Pentru a curma toate aceste discuții, *de lege ferenda* s-ar impune, pe de o parte, stabilirea competenței instanței de contencios administrativ pentru a soluționa toate cererile care vizează desființarea de construcții. Pe de altă parte, dimpotrivă, s-ar impune renunțarea la controlul *a priori*, căci oportunitatea menținerii sau desființării unei construcții, în funcție de posibilitatea acesteia de a se integra în regulamentele de urbanism aplicabile în zonă, este mai degrabă decisă, în primă instanță, de către autoritățile administrative competente, astfel că controlul jurisdicțional ar trebui să vizeze voința exprimată (sau nu) a acesteia.

C. Concluzii

Din analiza celor trei situații extrem de frecvente în viața de zi cu zi, putem desprinde câteva observații interesante:

a) suntem în prezența unor ipoteze în care *administrația este privată de unul dintre cele mai importante privilegii ale sale, cel al prealabilului*. În materie de revocare. Se pare că legiuitorul fie că nu i-a acordat acest drept special, fie că i l-a retras. Cert este că, în atare situații, acesta nu prea pare să aibă încredere că administrația ar putea tranșa un litigiu iscat într-o asemenea ipoteză, preferând să-l încredințeze, *a priori*, instanței de judecată. Iată deci **ce** s-a întâmplat: suntem în situații aparent anormale, complet nespecifice dreptului administrativ și raporturilor juridice administrative;

b) **De ce** s-a ajuns în aceste situații? Pe de o parte, probabil în considerarea importanței (gravității situației) existente în două dintre aceste ipoteze (actele intrate în circuitul civil, desființarea construcțiilor), a faptului că ar putea fi implicați și terți, care nu au nimic de-a face cu procedura de emitere a unui act administrativ, a fondului actului în cauză (materie civilă, patrimonială); în fine, o explicație ar putea consta și în faptul că sistemul nostru de drept nu cunoaște, ca principiu, regula instituirii unei proceduri contradictorii în situația elaborării unui act administrativ care să-i permită persoanei

afectate (vătămate) de actul administrativ care urmează să fie emis să-și formuleze apărările încă din faza administrativă. Pe de altă parte, evoluția contractelor administrative trădează rădăcini în dreptul civil (iar nu în dreptul administrativ)²¹, așa încât am putea presupune în mod rezonabil că legiuitorul nostru încă nu este obișnuit cu ideea de privilegiu (prerogativă exorbitantă) în materia contractelor administrative.

c) În fine, întrebarea care rămâne este aceea de a ști **dacă aceste situații sunt (și ar trebui să rămână) solitare**, disparate, simple „accidente” în sistemul de drept sau, dimpotrivă, plecând de la ele, ar putea fi încheată o teorie a „deprivilegerii sistematice” a administrației, a reegalizării poziției acesteia cu aceea a particularului cu care intră în raporturi juridice administrative. Un anumit context european, dominat de ideea înlăturării sau, cel puțin a diminuării monopolurilor statului în unele materii comerciale, dublată de aceea a aplicării principiilor dreptului concurenței și autorităților publice, ar putea conduce la încheierea unei asemenea teorii. În ce ne privește, credem că ea ar putea fi structurată pornind de la două mari idei:

(i) administrația ar trebui readusă pe picior de egalitate cu particularul numai în acele materii în care *fondul raportului juridic este unul civil, patrimonial*. Cele trei exemple analizate ne confirmă această primă condiție. Nu s-ar justifica însă în nici un caz extinderea acestei reguli la raporturi juridice administrative care în mod tradițional sunt întemeiate pe ideea de forță, de autoritate: poliție, siguranță publică, domeniul sanitar, evidența populației, pașapoarte etc. Desigur, nimic nu l-ar putea împiedica pe legiuitor să considere că numai în anumite situații, de o importanță sporită, administrația își pierde privilegiul (ceea ce, până în prezent, s-a și întâmplat). Cert este că, în atare situații speciale, *vehiculul* care transportă raportul juridic administrativ *nu mai poate fi* cel tradițional, *actul administrativ*, ci, eventual *acordul părților* acestui raport sau, în cazul în care un asemenea acord de voință nu există (adică în majoritatea situațiilor²²), el să fie substituit de o *hotărâre judecătorească*;

(ii) alegerea instanței care ar trebui să exercite acest control *a priori* (cea de contencios administrativ ori cea de drept comun) ar trebui făcută cu mare grijă: probabil că alegerea instanței de contencios administrativ în toate situațiile de acest fel n-ar fi o soluție de respins. Și asta pentru că numai această instanță este familiarizată cu conceptul de exces de putere și, aproape întotdeauna când într-un raport juridic avem o autoritate publică, chiar dacă fondul raportului este unul civil, aceasta ar putea avea tendința să-l altereze exercitând puterea publică cu care a fost investită. Și atunci contenciosul administrativ ar fi poate cea mai bună variantă a controlului jurisdicțional. Pe de altă parte privim cu circumspecție instanțele civile și din cauza tendințelor acestora de a aplica principiile dreptului civil și raporturilor juridice administrative: principiul formalismului și consecințele încălcării acestuia, teoria nulității „administrative”, etc.

Cu puțină îngăduință și imaginație, legiuitorul nostru ar putea fi apreciat ca vizionar...

* Autorul este conferențiar universitar la Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca, titular al disciplinelor *Drept administrativ (I și II)*, *Drept contravențional* (nivel licență), respectiv *Contracte administrative* și *Dreptul urbanismului* (nivel master), doctor în drept din anul 2003; opodaru@law.ubbcluj.ro.

- ¹ Este vorba despre litigiile care au la bază un contract administrativ.
- ² Etimologic, termenul *administrație* provine de la termenii latinești *ad* (la, către) și *minister* (servitor), alăturarea sugerând ideea de *activitate sub comandă*. Cu alte cuvinte, este ilustrată concepția în sensul că scopul primar al administrației publice este acela de a pune în aplicare legea (căreia, în mod evident, i se supune).
- ³ Cu siguranță pe lângă aceste situații există și altele, doar că impactul lor social este relativ redus. Bunăoară, potrivit art. 23 din Legea nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică (M. Of. nr. 448 din 24 noiembrie 1998), „*Litigiile cu privire la delimitarea domeniului public al statului, județelor, comunelor, orașelor sau al municipiilor sunt de competența instanțelor de contencios administrativ*”. Și, deși la o interpretare sistemică a acestui text legal (în corelare cu cele precedente) s-ar putea susține că legiuitorul a utilizat greșit termenul „delimitare”, în realitate fiind vorba doar despre litigiile în care se pune în discuție apartenența unor anumite bunuri la domeniul public (față de celelalte, care ar aparține domeniului privat), în practica judiciară acest text se aplică și granițurilor dintre terenurile proprietate publică și cele vecine. Or, într-o asemenea situație, dacă titularul proprietății publice dorește delimitarea clară a proprietății sale de cea vecină, va trebui să introducă acțiune în contencios administrativ împotriva particularului care deține proprietatea alăturată. Iată deci o altă situație de contencios „răsturnat”, posibilă în sistemul nostru numai pentru că legiuitorul nu a instituit o procedură a *aliniamentului*, similară celei existente în dreptul francez (pentru detalii, a se vedea, bunăoară, J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 130-134); Ch. Guettier, *Droit administratif des biens*, PUF, Paris, 2008, nr. 131-148) care-i permite administrației să delimiteze prin act administrativ unilateral proprietatea publică de cele vecine, eventualul său exces de putere urmând a fi cenzurat, la cererea celui vătămat, de instanța de contencios administrativ.
- ⁴ Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu & Sfera juridică, București, 2009, nr. 185-189
- ⁵ Altfel spus, logic ar fi ca actul să fie, un anumit termen, atât revocabil cât și anulabil, iar după trecerea acestuia să devină „intangibil”, adică nici administrația, dar nici justiția să nu-l mai poată scoate din ordinea juridică. Situația se prezintă astfel în dreptul francez (pentru detalii a se vedea, bunăoară, R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 13^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1999, p. 1110 și urm. În esență, un act administrativ poate fi revocat numai dacă (1) termenul de recurs contencios încă nu a fost declanșat, de pildă din cauza unui viciu de comunicare al actului către destinatarul său; (2) ori dacă acest termen este în curs; (3) ori, în fine, dacă actul a fost atacat în termen la instanța de contencios administrativ iar litigiul este încă pe rol).
- ⁶ În această situație irevocabilitatea pe cale administrativă n-ar avea aproape nici un sens, căci în majoritatea situațiilor, nefiind exprimată și o poziție procesuală contrară, instanța va admite cererea de anulare a actului administrativ atâta timp cât ilegalitatea sa ar fi temeinic probată.
- ⁷ Dacă, bunăoară, printr-o decizie administrativă, unui particular i-ar fi transmis/constituit un drept de proprietate, pe care ulterior îl înstrăinează unui terț printr-un banal contract civil de vânzare-cumpărare, dacă administrația solicită și anularea acestuia (petit care poate fi soluționat de asemenea de către instanța de contencios administrativ, art. 1 alin. 6 din lege instituind practic o prorogare de competență în favoarea acesteia), cumpărătorul va fi chemat de asemenea în judecată în calitate de părât.
- ⁸ Astfel, actele normative nu pot intra în circuitul civil (în sens contrar a se vedea D.C. Dragoș, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 50-54. Astfel, după ce acesta arată, în mod corect, că în materia actelor normative ar trebui să existe un principiu absolut al revocabilității, ajunge la concluzia – eronată în opinia noastră – că, pornind de la litera art. 1 alin. 6 din

lege, care nu distinge între actele normative și cele individuale, nici actele normative nu mai pot fi revocate dacă au intrat în circuitul civil), pentru că ele nu creează drepturi subiective în patrimoniul particularilor. Nici actele individuale care impun sarcini nu pot intra în această categorie (pentru detalii a se vedea Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere..., op.cit.*, nr. 186).

⁹ Legea nr. 169/1997 pentru modificarea și completarea Legii fondului funciar nr. 18/1991, M. Of. nr. 299 din 4 noiembrie 1997

¹⁰ Legea nr. 247 din 19 iulie 2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005.

¹¹ Nu vom indica aici categoriile de acte suspecte de nulitate: cert e că acestea sunt acte administrative, de (re)constituire a dreptului de proprietate asupra terenurilor incluse în fondul funciar general al României (titluri de proprietate, ordine ale prefectului etc.).

¹² În dreptul civil se face mai întâi distincția dintre înstrăinările subsecvente cu titlu gratuit și cele cu titlu oneros. Dacă primele se desființează oricum, cele din urmă vor fi desființate numai în situația în care subdobânditorul a fost de rea credință, cunoscând viciile titlului înstrăinătorului. În caz contrar, actul de înstrăinare va fi menținut ca expresie a principiului *error communis facit jus*. Dar, și în această din urmă situație trebuie făcută distincția între situația în care înstrăinătorul este de bună credință, caz în care va restitui adevăratului proprietar doar prețul obținut, și cea a în care acesta este de rea credință, caz în care datorează valoarea de piață a imobilul înstrăinat (pentru detalii, a se vedea și prevederile art. 54 NCC, în materia anulării declarării morții unei persoane). Or, de vreme ce în această ipoteză, de vreme ce înstrăinătorul nu datorează decât prețul bunului vândut, el va fi tentat să-l înstrăineze (măcar fictiv) și la un preț mult inferior valorii de piață. Iar limitarea despăgubirii pe care ar datora-o adevăratului proprietar, numai la acest preț îi cauzează în mod evident acestuia un prejudiciu. Ar fi, deci, recomandabil ca jurisprudența să restrângă, prin interpretare, aplicarea acestui text legal exclusiv la situațiile în care atât titularul aparent al dreptului de proprietate cât și subdobânditorul au fost de bună credință.

¹³ La o privire superficială ar exista o altă situație și mai clară, aceea a litigiilor legate de modificarea contractului, când termenul pentru efectuarea concilierii curge „de la data modificării contractului sau, după caz, de la data refuzului cererii de modificare făcute de către **una dintre părți**” (subl. ns.)”, deci s-ar subînțelege că oricare dintre acestea ar putea fi reclamant într-un litigiu viitor. În realitate, cum este evident că numai autoritatea contractantă poate modifica contractul administrativ pe cale unilaterală, suntem în prezența unei exprimări nefericite a legiuitorului: „**una dintre părți**” – adică **concedentul / autoritatea contractantă** (vizat în prima situație, aceea a modificării contractului), respectiv **concesionarul / contractantul privat** (vizat în cea de-a doua, aceea a formulării unei cereri de modificare a contractului). Or, în ambele situații este evident că particularul este cel lezat (fie prin modificarea contractului, fie prin refuzul de modificare), deci că el va avea în toate situațiile calitatea de reclamant.

¹⁴ M. Of. nr. 569 din 30 iunie 2006

¹⁵ M. Of. nr. 98 din 8 februarie 2007. Este vorba despre hotărârea de aprobare a Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

¹⁶ Pentru detalii, a se vedea, bunăoară, V. Prisăcaru, *Contenciosul administrativ român*, Ed. All, București, 1994, p. 1230 și urm.

- ¹⁷ A se vedea și Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, Paris, 1971, *passim*
- ¹⁸ Este vorba, bunăoară, de art. 286 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, așa cum a fost el modificat prin art. I pct. 74 din O.U.G. nr. 76/2010 și art. unic pct. 35 din O.U.G. nr. 278/2010, care stabilea că toate aceste litigii sunt de competența secției comerciale a tribunalului în raza teritorială a căruia își are sediul autoritatea contractantă. Textul a fost însă recent modificat din nou prin art. I pct. 68 din O.U.G. nr. 77/2012, competența de soluționare a tuturor acestor litigii revenind instanței de contencios administrativ.
- ¹⁹ Acest act ar putea fi oricum suspect de exces de putere, căci întotdeauna cel care deține puterea publică tinde a generaliza exercițiul acesteia, aplicând-o și în acele materii în care ar trebui să se comporte ca simplu subiect de drept privat. Bunăoară, aflându-ne în ipoteza unui interes public care ar putea conduce la denunțarea unilaterală a contractului administrativ, administrația ar putea fi tentată să camufleze actul de denunțare într-unul de reziliere, pentru a evita plata de despăgubiri în favoarea cocontractantului, inventând pur și simplu un caz de neexecutare a obligațiilor de către acesta din urmă.
- ²⁰ Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere..., op.cit.*, nr. 17
- ²¹ Astfel, istoria acestora, inseparabilă de conceptul de „acte de gestiune”, cândva excepție notorie de la controlul legalității actelor administrației pe calea contenciosului administrativ, își are începuturile mai degrabă în conceptele civiliste de „contract”, „consensualism”, „proprietate privată”, „libertatea și egalitatea părților”, decât în cele specifice dreptului administrativ: „autoritate publică”, „act administrativ”, „voiață unilaterală” etc.
- ²² Este evident că destinatarul actului „intrat în circuitul civil” n-o să solicite benevol revocarea acestui act cu consecința pierderii dreptului dobândit prin act; că particularul vinovat de neexecutarea culpabilă a unui contract administrativ nu va fi de acord cu rezilierea acestuia; în fine, că cel care a edificat un imobil fără autorizație de construire sau cu încălcarea prevederilor acesteia nu va fi de acord, de bună voie, cu desființarea construcției.

ARTICOLE

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF „RENVERSÉ” ENTRE RETROGRADE ET VISIONNAIRE

Ovidiu PODARU*

Résumé: *Le contentieux administratif „classique” suppose un litige par lequel le particulier, en tant que requérant, essaie de corriger l’excès de pouvoir de l’administration publique (le défendeur). Cependant, il y a des situations atypiques où le requérant est un organe administratif, tandis que le destinataire de l’acte acquiert la qualité de défendeur. Ces situations sont inhabituelles car, en règle générale, l’administration, en bénéficiant du privilège du préalable, n’a pas besoin de s’adresser à l’instance de jugement pour rétablir la légalité, pouvant se rendre toute seule „justice”, de façon unilatérale. La présente étude se propose d’examiner cette situation à partir de l’analyse des situations les plus fréquemment rencontrées dans la pratique judiciaire, respectivement de répondre à la question: le contentieux „renversé” représente-t-il un pas en avant ou bien un pas en arrière par rapport à l’approche classique de celui-ci?*

Mots-clés: *contentieux administratif, requérant et défendeur, privilège du préalable.*

A. Préliminaires. Le contentieux administratif dans sa conception „classique”

Le droit administratif est, par définition, une collection de normes qui essaient d’imposer la paix dans un milieu dominé par l’inégalité. Ou, plus exactement, au moins un armistice, un compromis acceptable entre l’intérêt public, plus ou moins agressif, et les droits subjectifs ou les intérêts légitimes privés, plus ou moins soumis. Le rapport juridique administratif traditionnel est, de par son essence, inégal: l’affirme aussi, dans un contexte quelconque, l’article 8 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif: „Lors de la résolution des litiges prévus à l’alinéa (2)¹, on tient compte de la règle selon laquelle le principe de la liberté contractuelle est subordonné au principe de la priorité de l’intérêt public”. La liberté et l’égalité sont donc „subordonnées”, alors que l’intérêt public est „prioritaire”. Etant donné cette situation, ceux qui sont „libres” et „égaux” entre eux (c’est-à-dire les particuliers, évidemment) ne peuvent pas être mis dans la même position juridique que le gardien de l’intérêt public (l’administration, bien sûr).

Cependant, celui qui tient le pouvoir plus longtemps tend à en abuser (Montesquieu): de l’inégalité chronique à des dérapages et à l’excès le chemin n’est pas long. C’est justement

pourquoi, le législateur lui-même – qui a admis cette inégalité – a dû penser à un remède aussi qu’il mette à la portée du faible: de là, l’idée de contentieux administratif, une sorte de fronde de David dans le combat inégal avec le géant Goliath. Et presque toutes les réglementations en la matière, de chez nous ou d’autres systèmes juridiques, consacrent cette vision traditionnelle de la notion: „*Toute **personne** (ns. soulignons), qui se considère préjudiciée dans un de ses droits ou dans un intérêt légitime, par **une autorité publique** (ns. soulignons) au moyen d’un acte administratif ou par le fait de ne pas solutionner une requête dans le délai légal, peut s’adresser à l’instance de contentieux administratif (ns. soulignons) compétente pour faire annuler cet acte, pour faire reconnaître le droit prétendu ou l’intérêt légitime et pour faire réparer le préjudice qu’on lui a provoqué*” (art. 1 alin. 1 thèse I de la Loi no. 554/2004). Ainsi donc, la logique interne, le mécanisme intime selon lequel fonctionne le contentieux administratif nous dit que **le requérant** doit être un particulier, et **le défendeur** – l’administration publique. Le contentieux administratif lui-même représente une modalité spéciale (la seule, d’ailleurs) par laquelle la personne préjudiciée peut s’adresser au pouvoir (judiciaire) contraignant de l’Etat pour faire réparer le préjudice causé par l’exercice défectueux du...pouvoir (administratif) contraignant de l’Etat!

Par contre, l’administration n’a pas besoin d’être autorisée par une instance à remplir ses attributions, car, en bénéficiant du privilège du préalable, elle peut manifester directement sa volonté: elle n’a pas besoin de recourir au pouvoir contraignant de l’Etat, puisqu’elle tient elle-même ce pouvoir. C’est justement pourquoi elle ne peut normalement pas être requérant dans le contentieux administratif, car *la fronde de David*, un instrument qu’elle trouve, le plus probablement, rudimentaire, ne lui convient/ va nullement / d’aucune manière.

Mais, comme nous allons le voir, les choses évoluent, les visions changent et les principes consacrés, sont obligés, bon gré mal gré, de supporter des brèches. En fin de compte, même l’administration, de par sa définition au service du législateur, pourrait être mise, par ce dernier, dans une situation à laquelle elle n’est pas habituée et dans laquelle elle se sente... humiliée/ rabaissée! Celle d’égal du particulier, auquel elle ne peut plus imposer unilatéralement une certaine conduite, de sorte que pour corriger la désobéissance de celui-ci, elle se voit obliger de s’adresser à l’instance de jugement de la posture inhabituelle de requérant. On est dans des situations atypiques, que nous allons appeler dans ce qui suit *contentieux administratif „renversé”*, pour la bonne raison que, du point de vue procédural, on inverse la logique du contentieux administratif „classique”.

B. Le contentieux „renversé”: trois situations possibles sous la loupe

Sans prétendre à une approche exhaustive de la question, nous allons remarquer que, dans la pratique, on rencontre au moins trois situations plus fréquentes² où l’administration doit s’adresser à l’instance pour pouvoir obtenir le respect de l’intérêt public (et, implicitement, le rétablissement de la légalité): le cas des *actes administratifs entrés dans le circuit civil*, réglementé par l’art. 1 alin. 6 de la Loi no. 554/2004 (1); celui des *contrats administratifs*, lorsque c’est le particulier qui ne remplit pas les obligations

assumées (2); et celui présent dans le droit de l’urbanisme, lorsque les organes compétents s’adressent à l’instance de jugement pour *faire détruire un immeuble* construit sans autorisation de construction ou sans respecter celle-ci (3). Les trois situations méritent une analyse, car pour un oeil avisé elles semblent être de véritables bizarreries juridiques.

1. La situation des actes administratifs irrévocables (art. 1 alin. 6 de la Loi no. 554/2004)

Selon ce texte de loi, „*L’autorité publique émettrice* (ns. soulignons) *d’un acte administratif unilatéral illégal peut demander à l’instance l’annulation de celui-ci, au cas où l’acte ne peut plus être révoqué parce qu’il est entré dans le circuit civil et a produit des effets juridiques. Au cas où l’action a été admise, l’instance se prononce, si elle a été saisie par l’appel en justice, aussi sur la validité des actes juridiques conclus en raison de l’acte administratif illégal, ainsi que sur les effets juridiques produits par ceux-ci [...]*”.

A une autre occasion³, nous avons décrit ce texte de loi comme une anomalie juridique, si on le considère dans la perspective du principe de la sécurité des rapports juridiques. Ainsi, en essence, le législateur a développé un raisonnement paradoxal et contradictoire: d’une part, on reconnaît la prévalence de ce principe sur la prérogative de l’administration de rétablir la légalité (car c’est pour cela, au moins apparemment, que l’acte administratif, même illégal, ne peut plus être révoqué), mais d’autre part, on conteste le caractère absolu de ce principe puisque, pendant une année depuis l’émission de l’acte, même son émetteur peut l’attaquer devant l’instance de contentieux administratif, ce qui pourrait conduire à l’annulation de celui-ci. Or, *la sécurité des rapports juridiques ne devrait pas être relative*: soit elle existe et alors l’acte en question ne peut être abrogé par aucune voie, soit elle n’existe pas, et alors l’acte en question peut être attaqué par toutes les voies procédurales reconnues par la loi⁴.

La seule conclusion logique qu’on peut tirer de ce raisonnement paradoxal serait que ce n’est pas le principe de la sécurité des rapports juridiques tout seul qui serait la cause de l’irrévocabilité de ces actes administratifs, mais plutôt une méfiance du législateur à propos de l’abilité de l’administration de faire prévaloir *la stabilité juridique* ou bien, au contraire, *la légalité* qui devrait gouverner toute l’activité de celle-ci, surtout que les procédures administratives ne sont presque jamais caractérisées par la contradictorialité. Cela contredirait notre Constitution qu’une personne perde ses droits subjectifs obtenus par un acte administratif sans avoir au moins la possibilité de se défendre.

Voilà donc une première situation où notre législateur inverse la logique du contentieux traditionnel: **le requérant** est, dans cette situation, l’organe émetteur (le texte analysé nous le dit expressément), mais comme il est inconcevable que cette action ait un caractère gracieux⁵, **le défendeur** devrait être justement le bénéficiaire de l’acte (éventuellement, avec les sous-acquéreurs du droit subjectif créé par l’acte administratif⁶). Ainsi, cette situation peut apparaître uniquement dans le cas des actes administratifs individuels, lesquels créent un avantage pour le particulier⁷.

Une application de ce principe est à trouver en matière de fonds foncier (art III de la Loi no. 169/1997⁸, modifié par la Loi no. 247/2005⁹). Ainsi, conformément à l’alinéa 1, „Sont frappés de nullité absolue, en conformité avec les dispositions de la législation civile, applicables à la date de la conclusion de l’acte juridique, les actes suivants émis avec violation des dispositions de la Loi du fonds foncier no. 18/1991, de la Loi no. 1/2000 pour la reconsitution du droit de propriété sur les terrains agricoles et forestiers, sollicités en conformité avec les dispositions de la Loi du fonds foncier no. 18/1991 et de la Loi no. 169/1997, avec les modifications et les compléments ultérieures de la présente loi aussi: [...]”¹⁰. Selon l’alinéa 2, „La nullité peut être invoquée par le maire, par le préfet, par l’Autorité Nationale pour la Restitution des Propriétés et par d’autres personnes qui justifient un intérêt légitime, et la résolution des demandes relève de la compétence des instances judiciaires de droit commun”. Enfin, selon l’alinéa 2^a, „Dans le cas d’aliénations successives des terrains, celui qui a vendu le terrain sur la base du titre qu’on a constaté nul est obligé de remettre le prix actualisé à l’ancien propriétaire resté sans terrain.”

Face à la situation régulière, réglementée par l’article 1 alinéa 6 de la Loi no. 554/2004, ce cas spécial est contaminé par quelques règles civilistes:

a) *la nullité est absolue*, c’est-à-dire, en premier lieu, *imprescriptible*, ceux qui sont concernés pouvant s’adresser à l’instance compétente sans être contraints par les courts délais réglementés par les articles 7 et 11 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif;

b) *la nullité se rapporte à la „législation civile”*, c’est-à-dire, en principe, aux lois du fonds foncier telles qu’elles sont complétées par les dispositions du vrai „droit commun” – le Code Civil;

c) *l’instance compétente* à solutionner ces litiges est l’instance de droit commun (le tribunal de première instance sur le territoire duquel se trouve l’immeuble pour lequel a été reconstitué le droit de propriété). Ainsi, dans cette hypothèse on procède à une prorogation de compétence en sens invers: ce n’est pas l’instance de contentieux administratif ayant normalement la compétence de solutionner l’action d’annulation de l’acte administratif irrévocable qui reçoit aussi la prérogative de vérifier la légalité des actes civils subséquents, mais c’est l’instance de droit commun ayant normalement la compétence de vérifier la légalité des actes civils qui acquiert aussi la compétence de vérifier la légalité de l’acte administratif qui est à la base des actes civils subséquents;

d) parmi *les requérants* possibles on ne compte pas les organes émetteurs (Les Commissions – locale et départementale – du fonds foncier), mais leurs dirigeants – le Maire, respectivement le Préfet;

e) Enfin, le législateur fait une option assez bizarre en ce qui concerne *le fonds du problème*, une dérogation même aux règles générales du droit civil: dans la situation de l’annulation de l’acte administratif, les actes civils vont être gardés (car autrement le législateur n’aurait pas établi, comme mesure subséquente à l’annulation de l’acte – la restitution du prix reçu par le propriétaire apparent au propriétaire réel, mais la restitution matérielle de l’immeuble). Mais qui plus est, le vendeur, bénéficiaire de l’acte

administratif annulé doit seulement *le prix* de l'immeuble aliéné et non pas *la valeur marchande* de celui-ci, ce qui pourrait signifier une faible connaissance des ressorts du principe de la sécurité des rapports juridiques (qui semble prévaloir en toutes circonstances, puisque les actes civils subséquents doivent être sauvés à tout prix), en encourageant en même temps la mauvaise foi et les simulations¹¹.

Voilà donc une première situation où le législateur raivit à l'administration un de ses privilèges extrêmement importants: celui du préalable.

2. La situation des contrats administratifs, lorsque le co-contractant ne remplit pas ses obligations contractuelles

Aussi bien dans la loi du contentieux administratif que dans les réglementations spéciales il y a quelques dispositions dont il résulte qu'il y a des litiges où l'administration serait le requérant, alors que le particulier (co-contractant) serait le défendeur. Ainsi, conformément à l'art. 7 alin. 6 de la Loi no. 554/2004, dans les litiges qui ont à la base des contrats administratifs, la procédure préalable n'est pas celle administrative (une requête par excellence formulée par le particulier et adressée à l'administration), mais celle de la conciliation, conclue par un procès-verbal et que n'importe laquelle des parties peut déclencher. Le délai de six mois pour la réalisation de celle-ci s'écoule, par exemple, "à partir de la date de la violation des obligations contractuelles, dans le cas des litiges liés à l'exécution du contrat", en laissant entendre, de façon évidente, que n'importe quelle partie peut (et doit donc) s'adresser à l'instance au cas où l'autre ne remplit pas ses obligations¹², tandis que le délai de six mois pour saisir l'instance s'écoule à partir de la date à laquelle a été dressé le procès-verbal de conclusion/ achèvement de la procédure de conciliation. Ensuite, dans la situation des contrats de concession, aussi bien ceux qui concernent les biens propriété publique, que ceux qui concernent des travaux ou des services publics, dans la situation de la non-exécution coupable des obligations par l'une des parties, l'autre peut résilier le contrat par voie unilatérale, ayant également droit à des réparations (l'art. 57 alin. 1 lett. c) și d) de l' OUG no. 54/2006 concernant le régime des contrats de concession des biens propriété publique¹³, respectivement l'art. 54 alin. 1 lett. b) et c) de l'Arrêté du Gouvernement no. 71/2007¹⁴).

Or, on peut déduire de ces dispositions que les deux parties sont regardées par le législateur comme ayant les mêmes prérogatives juridiques, donc, au moins théoriquement, n'importe laquelle de celles-ci pourrait être requérant dans un litige de contentieux administratif.

L'explication de cet état de choses est à chercher, probablement, dans un tout autre endroit que la situation présente. Sans doute, l'ancêtre du contrat administratif est *l'acte de gestion*¹⁵. Or, si, initialement, celui-ci était considéré un acte juridique gouverné exclusivement par les règles du droit privé, progressivement, la conception a évolué vers un acte mixte, se trouvant aux confins du droit public et du droit privé, un mélange entre un acte administratif et un contrat civil¹⁶.

Cependant, chez nous, l'évolution naturelle des choses a été interrompue brutalement par l'instauration du régime communiste, de sorte que, tout de suite après 1989, la doctrine et la jurisprudence ont essayé de renouer avec les traditions de l'entre-deux-guerres du droit administratif, à partir donc de ...l'acte de gestion !, conception dépassée depuis longtemps dans les systèmes de droit occidentaux. L'égalité des parties est définitoire de ce type d'actes, de sorte que, en partant de là, le législateur a probablement eu du mal à reconnaître à l'administration le privilège du préalable dans un tel rapport juridique.

Par la suite, en 2004, par l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du contentieux administratif (considérée en général comme étant un saut qualitatif par rapport à la vieille réglementation), les contrats administratifs sont assimilés à l'acte administratif unilatéral (art. 3 alin. 1 lett. c thèse II de la Loi no. 554/2004). La conséquence sur le plan processuel est que tous les litiges basés sur des contrats administratifs (qu'il s'agisse de leur conclusion, leur interprétation, leur exécution, leur cessation) relèvent de la compétence de l'instance de contentieux administratif. Toutefois, des réglementations spéciales concernant certains contrats administratifs (acquisitions, concessions), en les (re)considérant comme des contrats commerciaux, les ont ramenés devant l'instance de droit commun¹⁷.

Cependant, le législateur n'a jamais reconnu expressément la prérogative (exclusive) de l'administration de résoudre par voie unilatérale un contrat administratif (et l'absence d'un pacte comissoire en ce sens) au cas où le co-contractant ne remplit pas ses obligations de façon coupable. Probablement, au niveau théorique, cette approche est correcte, car le non-remplissement d'une obligation contractuelle représente plutôt une question de droit privé qui, par conséquent, demande à être résolue selon les règles du droit commun. Pourtant, c'est pour le moins bizarre que les prérogatives de l'administration en l'absence de toute culpabilité du co-contractant (la dénonciation et la modification unilatérale pour cause d'intérêt public) soient plus fortes que celles qui existent dans la situation où le partenaire privé, de façon coupable, ne remplit pas ses obligations contractuelles (situation où l'administration a uniquement les prérogatives juridiques dont jouit tout sujet de droit privé). Il faudrait voir si par hasard, *de lege ferenda*, ce serait recommandable de reconnaître à l'autorité contractante la prérogative de résilier unilatéralement un contrat administratif dans l'hypothèse du non-remplissement coupable de ses obligations par l'autre partie, ayant pour conséquence un contrôle *a posteriori* de la part de l'instance de contentieux administratif (et non pas d'un contrôle *a priori*), y compris avec la prérogative de celle-ci de suspendre l'acte de résiliation¹⁸. L'abandon complet de la conception classique, caractérisée par l'égalité des parties serait, peut-être, un pas en avant.

3. La situation de la destruction/ modification des constructions édifiées sans autorisation de construction ou avec violation des dispositions de celle-ci

En conformité avec l'art. 32 alin. 1 de la Loi no. 50/1991 concernant les travaux de construction, „*Au cas où les personnes sanctionnées contraventionnellement ont arrêté l'exécution des travaux, mais ne se sont pas conformées dans le délai prévu aux dispositions du*

procès-verbal de constatation de la contravention, en conformité avec les dispositions de l’art. 28 alin. (1), l’organe qui a appliqué la sanction va saisir les instances de jugement pour disposer, selon le cas: a) l’encadrement des travaux dans les dispositions de l’autorisation; b) la démolition des constructions édifiées illégalement”.

Bien que, ainsi que nous l’avons montré à une autre occasion¹⁹, l’autorisation de démolition de constructions jouit, techniquement parlant, du privilège du préalable, car elle peut être mise en exécution sans l’intervention de l’instance judiciaire, seulement elle serait illégale; pourtant, l’hypothèse décrite par le texte de la loi cité ci-dessus a une certaine dose d’inhabituel: ainsi, à l’exception des immeubles édifiés sur le domaine public ou privé de l’administration, pour pouvoir démolir les autres (édifiés illégalement, bien sûr), si elle veut respecter en totalité le principe de la légalité, l’administration doit s’adresser tout d’abord au juge pour obtenir une „autorisation” en ce sens, celle-ci suppléant le consentement du constructeur (propriétaire de l’édifice illégal). De quelque façon qu’on considère cette situation, on est dans un cas où l’administration est l’égal du particulier, un cas de contentieux renversé. Seulement, il s’agit d’„une autre procédure judiciaire”, si l’on utilise la formule de l’art. 5 alin. 2 de la Loi no. 554/2004, car la résolution de cette demande relève de la compétence du tribunal de première instance („judecătoria”) de l’endroit où se trouve l’immeuble.

L’explication de ce contentieux renversé est à chercher de nouveau du côté de son origine. Ainsi, une telle action en justice a des origines contraventionnelles. Or, dans cette branche du droit, l’agent qui constate la contravention n’a jamais pu appliquer toutes les sanctions établies par la loi. Par exemple, celles qui restreignent la liberté de l’individu (l’emprisonnement contraventionnel jusqu’au moment de son abrogation, la prestation d’une activité au service de la communauté) ont toujours été laissées à la charge des instances judiciaires, probablement en raison de leur importance. La démolition d’un immeuble a été considérée comme une sorte de sanction complémentaire de l’amende, de sorte que c’est toujours l’instance (cette fois celle qui a la compétence de solutionner aussi la plainte contraventionnelle – donc le tribunal de première instance des lieux) qui doit décider de cette chose.

Mais cette option de notre législateur est susceptible de critiques sérieuses:

a) Premièrement, nous parlons de la matière complexe du *droit de l’urbanisme*, une branche du droit administratif: certainement, le juge de contentieux administratif est le plus en mesure d’apprécier l’adéquation du maintien/ de la démolition d’une construction, en fonction de l’observance des normes d’urbanisme et de construction dans la zone;

b) d’habitude, une seule et même instance doit solutionner la légalité autant de la manifestation positive de volonté de l’administration que le refus de celle-ci d’agir. Par conséquent, c’est pour le moins inhabituel que le refus de l’organe compétent de solliciter la démolition des constructions illégales soit censuré par l’instance de contentieux administratif, alors que la demande de démolition soit confiée au tribunal de première instance.

c) On s’est demandé de même quelle serait l’instance compétente pour solutionner une demande de démolition d’une construction édifiée illégalement, formulée par une personne intéressée. On a créé une jurisprudence contradictoire aussi bien au

sujet de la qualité processuelle active qu'à celui de l'instance compétente pour solutionner cette demande (les instances civiles ou celles de contentieux administratif).

Pour mettre fin à toutes ces discussions, *de lege ferenda* s'imposerait, d'un côté, l'établissement de la compétence de l'instance de contentieux administratif pour solutionner toutes les demandes de démolition de constructions. De l'autre côté, par contre, ça s'imposerait qu'on renonce au contrôle *a priori*, car ce sont les autorités administratives compétentes qui décident, en première instance, de l'opportunité du maintien ou de la démolition d'une construction, en fonction de la possibilité de celle-ci d'observer les règlements d'urbanisme applicables dans cette aire, de sorte que le contrôle juridictionnel devrait concerner la volonté (manifeste ou non) de l'administration.

C. Conclusions

De l'analyse des trois situations extrêmement fréquentes dans la vie quotidienne, nous pouvons tirer quelques observations intéressantes:

a) Nous sommes en présence de certaines hypothèses où l'administration est privée de l'un de ses privilèges les plus importants, celui du préalable. En matière de révocation. Il semble soit que le législateur ne lui ait pas octroyé ce droit spécial, soit qu'il le lui ait retiré. Ce qui est certain c'est que, dans de telles situations, celui-ci semble ne pas avoir croire que l'administration puisse trancher un litige apparu dans une telle hypothèse, tout en préférant le confier, *a priori*, à l'instance judiciaire. Voilà donc ce qui est arrivé: nous sommes dans des situations apparemment normales, tout à fait non spécifiques du droit administratif et des rapports juridiques administratifs;

b) **Pourquoi** on en est là? D'une part, probablement en considération de l'importance (gravité de la situation) existante dans deux de ces hypothèses (les actes entrés dans le circuit civil, la démolition des constructions), du fait qu'il pourrait y avoir des tiers qui soient impliqués et qui n'ont rien à voir avec la procédure d'émission d'un acte administratif, du fonds de l'acte en question (matière civile, patrimoniale); enfin, une explication pourrait consister aussi dans le fait que notre système de droit ne connaît pas, en tant que principe, la règle de l'institution d'une procédure contradictoire dans la situation de l'élaboration d'un acte administratif qui permette à la personne lésée par l'acte administratif qui va être émis de formuler ses défenses dès l'étape administrative. D'autre part, l'évolution des contrats administratifs trahit un enracinement dans le droit civil (et non pas dans le droit administratif), de sorte qu'on pourrait supposer raisonnablement que notre législateur ne soit pas encore habitué à l'idée de privilège (prérogative exorbitante) en matière de contrats administratifs.

c) Enfin, la question qui subsiste est de savoir **si ces situations sont (et devraient rester) solitaires**, disparates, de simples "accidents" dans le système juridique ou, tout au contraire, à partir de là on pourrait formuler une théorie du „désavantage systématique" de l'administration, de la réégalisation de la position de celle-ci à celle du particulier avec lequel elle entre des rapports juridiques administratifs. Un certain contexte européen,

dominé par l'idée d'éliminer ou au moins de réduire le monopole de l'Etat en certaines matières commerciales, pourrait conduire à la création d'une telle théorie. En ce qui nous concerne, nous considérons qu'elle pourrait être structurée à partir de deux grandes idées:

(i) l'administration doit être ramenée sur un pied d'égalité avec le particulier seulement dans ces matières où *le fonds du rapport juridique est un civil, patrimonial*. Les trois exemples analysés nous confirment cette première condition. L'extension de cette règle à des rapports juridiques administratifs traditionnellement basés sur l'idée de force, d'autorité: police, sécurité publique, domaine sanitaire, évidence de la population, passeports etc. ne se justifierait, par contre, d'aucune façon. Certes, rien ne pourrait empêcher le législateur de considérer que seulement dans certaines situations, d'une importance accrue, l'administration perdrait son privilège (ce qui est vraiment arrivé, jusqu'à présent). Ce qui est certain, c'est que dans de pareilles situations spéciales, le *véhicule* qui transporte le rapport juridique administratif *ne peut plus être* celui traditionnel, *l'acte administratif*, mais, éventuellement, *l'accord des parties* de ce rapport ou, au cas où un tel accord de volonté n'existe pas (c'est-à-dire dans la plupart des situations²⁰), il doit être remplacé par un arrêté judiciaire;

(ii) le choix de l'instance qui devrait exercer un contrôle *a priori* (celle de contentieux administratif ou bien celle de droit commun) devrait être fait avec un grand soin: probablement, le choix de l'instance de contentieux administratif dans toutes les situations de ce genre ne serait pas une mauvaise solution. Et ce parce que cette instance est la seule à être familiarisée avec le concept d'excès de pouvoir et presque toutes les fois que, dans un rapport juridique nous avons une autorité publique, même si le fonds du rapport est un civil, celle-ci pourrait être tentée de l'altérer en exerçant le pouvoir public dont elle a été investie. Là encore le contentieux administratif serait peut-être la meilleure variante du contrôle juridictionnel. D'autre part, nous regardons avec circonscription les instances civiles aussi à cause de leurs tendances à appliquer les principes du droit civil aux rapports juridiques administratifs: le principe du formalisme et les conséquences de la violation de celui-ci, la théorie de la nullité „administrative”, etc.

Avec un peu d'indulgence et d'imagination, notre législateur pourrait être apprécié comme visionnaire...

* L'auteur est maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université „Babe-Bolyai” de Cluj-Napoca, titulaire des disciplines Droit administratif I et II, Droit contraventionnel (niveau Licence), respectivement Contrats administratifs et Droit de l'urbanisme (niveau Master), docteur en droit depuis 2003. Contact: opodaru@law.ubbcluj.ro

¹ Il s'agit des litiges qui ont à la base un contrat administratif.

² Certainement, en dehors de ces situations il y en a d'autres, seulement leur impact social est relativement réduit. Par exemple, conformément à l'art. 23 de la Loi no. 213/1998 concernant les biens propriété publique (le Moniteur Officiel no. 448 du 24 novembre 1998), „*Les litiges concernant la délimitation du domaine public de l'Etat, des départements, des communes, des villes et des chefs-lieu relèvent de la compétence des instances de contentieux administratif.*” Et bien que, dans les conditions d'une interprétation systémique de ce texte de loi (en corrélation avec les précédents), on puisse soutenir que le législateur a employé de façon erronée le terme de „délimitation”, en réalité s'agissant

seulement des litiges où l'on met en discussion l'appartenance de certains biens au domaine public (à la différence des autres, qui appartiendraient au domaine privé), dans la pratique judiciaire ce texte s'applique aussi aux délimitations des terrains propriété publique par rapport à ceux avoisinants. Or, dans une telle situation, si le titulaire de la propriété publique désire une délimitation nette de sa propriété par rapport à la propriété avoisinante, il devra introduire une action en contentieux administratif contre le particulier qui possède la propriété avoisinante. Voilà donc une autre situation de contentieux „renversé”, possible dans notre système pour la simple raison que le législateur n'a pas institué de procédure d'*alignement*, similaire à celle qui existe dans le droit français (pour des détails voir, par exemple, J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 130-134); Ch. Guettier, *Droit administratif des biens*, PUF, Paris, 2008, no. 131-148) qui permet à l'administration de délimiter par un acte administratif unilatéral la propriété publique de celles avoisinantes, son éventuel excès de pouvoir étant censuré par la suite, sur demande de la personne préjudiciée, par l'instance de contentieux administratif.

³ Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu & Sfera juridică, București, 2009, nr. 185-189.

⁴ Autrement dit, il serait logique que l'acte puisse être, pendant un certain délai, aussi bien révoqué qu'annulé et qu'après ce délai, il devienne „intangibile”, c'est-à-dire que ni l'administration, mais ni la justice non plus ne puissent le sortir de l'ordre juridique. La situation se présente ainsi dans le droit français (pour des détails voir, par exemple, R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 13ème éd., Montchrestien, Paris, 1999, p. 1110 et suiv. En essence, un acte administratif peut être révoqué seulement si (1) le délai de recours contentieux n'a pas encore été déclenché, par exemple en raison d'un vice de communication de l'acte par son destinataire; (2) ou bien si ce délai est en cours; (3) enfin, si l'acte a été attaqué dans le délai prévu, devant l'instance de contentieux administratif et que le litige soit encore en cours).

⁵ Dans cette situation, l'irrévocabilité par voie administrative n'aurait presque aucun sens, car, dans la plupart des situations, une position processuelle contraire n'étant pas exprimée, l'instance va admettre la demande d'annulation de l'acte administratif autant que son illégalité serait prouvée sérieusement.

⁶ Si, par exemple, par une décision administrative, un particulier se voyait transmettre/ constituer un droit de propriété, que, par la suite, il céderait à un tiers par un banal contrat civil de vente-achat, si l'administration sollicite l'annulation de celui-ci aussi (pétition qui peut être solutionnée elle aussi par l'instance de contentieux administratif, art. 1 alin. 6 de la loi en instituant pratiquement une prorogation de compétence en faveur de celle-ci), l'acheteur sera appelé lui aussi devant l'instance en qualité de défendeur.

⁷ Ainsi, les actes normatifs ne peuvent entrer dans le circuit civil (en sens contraire voir D.C. Dragoș, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 50-54). Ainsi, après que celui-ci montre, correctement, qu'en matière d'actes normatifs il devrait exister un principe absolu de révocabilité, il arrive à la conclusion – erronée, à notre avis- qu'en partant de la lettre de l'article 1 alinéa 6 de la loi, qui ne fait pas de distinction entre les actes normatifs et les actes individuels, les actes normatifs non plus ne peuvent plus être révoqués s'ils sont entrés dans le circuit civil, parce qu'ils ne créent pas de droits subjectifs dans le patrimoine des particuliers. Les actes individuels qui imposent des obligations ne peuvent pas non plus entrer dans cette catégorie (pour plus de détails voir Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere...*, *op.cit.*, nr. 186).

⁸ La loi no. 169/1997 pour la modification et la complétion de la Loi du fonds foncier no. 18/1991, M. Off. no 299 du 4 novembre 1997.

- ⁹ La loi no. 247 du 19 juillet 2005 concernant la réforme dans le domaines de la propriété et de la justice, ainsi que des mesures adjacentes, M. Off. no. 653 du 22 juillet 2005.
- ¹⁰ Nous n’allons pas indiquer ici les catégories d’actes suspectés de nullité: ce qui est certain c’est qu’il s’agit d’actes administratifs de (re)constitution du droit de propriété sur les terrains inclus dans le fonds foncier général de la Roumanie (titres de propriété, ordres du Préfet, etc.).
- ¹¹ En droit civil, on distingue tout d’abord les aliénations subséquentes à titre gratuit et celles à titre onéreux. Si les premières seront de toute façon annulées, les dernières seront annulées seulement si le sous-acquéreur a fait preuve de mauvaise foi, tout en connaissant les vices du titre de l’aliénateur. Au cas contraire, l’acte d’aliénation sera maintenu comme expression du principe *error communis facit jus*. Mais même dans cette dernière situation, nous devons distinguer la situation où l’aliénateur est de bonne foi, cas où il va restituer au vrai propriétaire seulement le prix qu’il a obtenu, de la situation où celui-ci est de mauvaise foi, cas où il doit restituer la valeur marchande de l’immeuble aliéné (pour des détails, voir aussi les dispositions de l’art. 54 du Nouveau Code Civil, en matière d’annulation de la déclaration de la mort d’une personne). Or, puisque, dans cette hypothèse, l’aliénateur ne doit que le prix du bien vendu, il sera tenté de l’aliéner (du moins fictivement) et ce à un prix beaucoup plus bas que sa valeur marchande. Et la limitation du dédommagement qu’il devrait au vrai propriétaire à ce seul prix provoque, de façon évidente, un préjudice à ce dernier. Il serait donc recommandable que la jurisprudence limite, par l’interprétation, l’application de ce texte exclusivement aux situations où tant le titulaire apparent du titre de propriété que le sous-acquéreur ont été de bonne foi.
- ¹² A un regard superficiel, il y aurait une autre situation encore plus claire, celle des litiges liés à la modification du contrat, lorsque le délai de conciliation s’écoule „à partir de la date de la modification du contrat ou, selon le cas, à partir de la date du refus de la demande de modification faite par **l’une des parties (ns soulignons)**”, donc on sous-entendrait que n’importe laquelle de celles-ci pourrait être requérant dans un litige à venir. En réalité, comme il est évident que seule l’autorité contractante peut modifier le contrat administratif par voie unilatérale, nous sommes en présence d’une expression malheureuse du législateur: „l’une des parties” – c’est-à-dire **le concédant/ l’autorité contractante** (concerné par la première situation, celle de la modification du contrat), respectivement **le concessionnaire/ le contractant privé** (concerné par la seconde, celle de la formulation d’une demande de modification du contrat). Or, dans les deux situations, il est évident que c’est le particulier qui est lésé (soit par la modification du contrat, soit par le refus de la modification), donc que c’est lui qui aura dans toutes les situations la qualité de requérant. .
- ¹³ M. Off. no. 569 du 30 juin 2006.
- ¹⁴ M. Off. no. 98 du 8 février 2007. Il s’agit de la décision d’approuver les Normes d’application des dispositions concernant l’attribution des contrats de concession des travaux publics et des contrats de concession de services, prévus par l’O.U.G. no. 34/2006 concernant l’attribution des contrats d’acquisition publique, des contrats de concession des travaux publics et des contrats de concession de services.
- ¹⁵ Pour des détails, voir, par exemple, V. Prisăcaru, *Contenciosul administrativ român*, Ed. All, București, 1994, p. 1230 et suiv.
- ¹⁶ Voir aussi Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l’acte administratif unilatéral*, LGDJ, Paris, 1971, *passim*
- ¹⁷ Il s’agit, par exemple, de l’art. 286 alin. 1 de l’O.U.G. no. 34/2006, tel qu’il a été modifié par l’art. I point 74 de l’O.U.G. no. 76/2010 et par l’article unique point 35 de l’O.U.G. no. 278/2010, qui établissait que tous ces litiges relèvent de la compétence de la section commerciale du tribunal

sur le territoire duquel siège l'autorité contractante. Le texte a été pourtant modifié de nouveau récemment par l'art. 1 point 68 de l'O.U.G. no. 77/2012, la compétence de solutionner tous ces litiges revenant à l'instance de contentieux administratif.

¹⁸ Cet acte pourrait être de toute façon suspecté d'excès de pouvoir, car celui qui tient le pouvoir public tend toujours à généraliser son exercice, en l'appliquant aussi dans des matières qui devraient se comporter comme un simple sujet de droit privé. Par exemple, dans l'hypothèse d'un intérêt public qui pourrait conduire à la dénonciation unilatérale du contrat administratif, l'administration pourrait être tentée de camoufler l'acte de dénonciation sous un acte de résiliation, pour éviter de payer des dédommagements en faveur du co-contractant, en inventant purement et simplement un cas de non remplissement de ses obligations par ce dernier.

¹⁹ Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere..., op.cit.*, nr. 17

²⁰ Il est évident que le destinataire de l'acte „entré dans le circuit civil” ne va pas solliciter de bon gré la révocation de cet acte, qui pourrait lui faire perdre le droit acquis par cet acte; que le particulier coupable du non-remplissement d'un contrat administratif ne sera pas d'accord avec sa résiliation; enfin, que celui qui a édifié un immeuble sans avoir un permis de construire ou en enfreignant les dispositions de celui-ci ne sera pas d'accord avec la démolition de l'édifice.

ARTICOLE

DYSFUNCTIONAL STATE AND FAILED STATE

Igor V. PONKIN*

Abstract: *This article gives an analysis of ontological conditions of a state – a "Dysfunctional State" and a "Failed State". The author explores the essential features and concepts of these types of default state. An issue of total, local and particular dysfunctionality of State is touched upon as well as of total failure of a state.*

Keywords: *the state, a crisis of public management, a Dysfunctional State, a Failed State.*

Research into a measure of due care in organization and implementation of effective public management, analysis of models of efficient public management will be more comprehensive and more objective if one would consider an opposite state of public management, when such management due to critical deficiencies in its design, organization and implementation is dysfunctional or completely defaulted.

This subject is all the more burning, since today it is failed states, fallen apart states and some quasi-states, which are regarded to be one of the sources of threats (including terrorist threats)¹.

According to S. Patrick, failed states are the weak link in the world's collective security, since such states often provide conditions under which international terrorist groups can freely carry out their activities².

From the standpoint of assessment of stability and quality of organization and implementation of public management, implementation by public authorities of their public functions, it would be reasonable to single out the following negative conditions of a state:

- a Dysfunctional State;
- a Failed State.

Dysfunctional State

Many authors wrote about specific features of a Dysfunctional State, using, however, rather varied terminology for interpretation of such a condition and conditions of public management, implemented therein, also dysfunctional.

In general terms, a concept of dysfunction describes inaccurate execution of a certain function(s) or a functional disorder (failure) of any body or mechanism.

In sociology, the concept of dysfunction reflects a "social activity, which provides negative assistance in maintaining a social system or its efficient operation"³. Besides, according to the dictionary under the editorship of N. Abercrombie, S. Hill and B.S. Turner, «a social activity or institution has dysfunctions when some of its consequences impede the workings of another social activity or institution. Any particular activity may have dysfunctions for one other activity and eufunctions (helpful functions) for another or, indeed, a mixture of dysfunctions and eufunctions for the same activity»⁴.

According to our concept, a Dysfunctional State is a state, a public authority and public management wherein are implemented with critical shortcomings, or a state, where separate verticals or segments of public power are critically disorganized (from serious inefficiency to partial collapse) and structurally defective, or where constitutional imperative of priority of people in respect of authorities, to which people delegate the powers of public government has been eliminated and public interests are ignored.

Dysfunctionality of a state can be both local (as exemplified by the territory of the Koryak Autonomous Okrug in Russia in the early - mid 2000s) and total (Russia in the 1990s).

Local dysfunctionality of a state may characterize critical downfall of efficiency of public management in a certain area of public relations or in a certain part of the territory. In such a case local dysfunctionality of a state may be both long- and short-term (a governmental crisis).

Some elements of dysfunctionality (particular dysfunctionality) characterize public management in Russia in a number of areas of public relations today as well (besides, such elements can also be found in other countries, such as the U.S., France, Spain, Greece, Portugal).

Dysfunctionality of a state may be intra-structural, for example, where roles and significance of judicial and legislative branches of government are significantly reduced, and all the fullness of the real power is misappropriated by the executive power or a head of state (unless he/she is part of neither these branches of power), or when public management within any individual body of public management, from among those disorganization of which causes a very wide public attention, is disorganized.

Dysfunctional states will most definitely include states with reduced sovereignty, imposed on them from outside, since ensurance of sovereignty is one of the most important functions of the state.

Failed State

A concept of "Failed State" ("Default State") has come into existence in the form of a wide set of ideas not later than the beginning of the 1990s⁵, and in the broadest sense, reflects a breakup of all major structures of legal power and inability of state to discharge its basic public functions.

According to Edward Newman, a Failed State is a state, which is completely unable to maintain public services, institutions, or authority, and that central control over territory does not exist. State failure implies that central state authority and control do not de facto exist⁶.

Robert H. Jackson points out that a Failed State has a "negative sovereignty", in which case it may even enjoy a certain degree of legal freedom from external interference at the international level, however it is unable to operate normally, ensure public order and provide public services⁷.

According to our concept, a **Failed State** is a state, where public order is exposed to serious systemic and functional breakdown, and which by virtue of total collapse (destruction of the structure of public authority under the effect of total systemic crisis as a result of external intervention or other factors) has lost the ability and / or opportunity to consistently, fully and properly exercise public power and public management to the extent of its national borders, has lost the monopoly on the means and measures of authoritative coercion and is unable to monopolize the use of force in relation to other (non-government) entities in society (first of all, for the purposes of establishment, maintaining and protection of law and order), is no longer capable to exercise its main public functions and provide public services, and is also unable to ensure minimum necessary legal, law enforcement and economic conditions for life, safety and development of the population.

In such states, public authorities, collapsing, lose their legitimacy. The state is becoming illegitimate in the eyes of its population; confidence of the population in the ability of the public authorities to retain, implement and defend its supreme authority is reduced to zero.

Failure of a state can be both local and total.

In this connection, failure of a local government may characterize in a certain period of time a strong state (for example, territory of the flood zone in New Orleans (the US) in 2005 for some time). Local failure of state may also characterize in a certain period of time a Dysfunctional State (for example, the territory of Chechnya in Russia in the 1990s).

It is noteworthy, that not every coup d'etat transforms a state into a Failed State. It all depends on the conditions of the coup and its consequences. Such consequences may result in particular dysfunctionality (Pinochet's coup in Chile), as well as in complete liquidation of state.

And it is not by no means every Failed State is a state, shaken by internal conflicts and even riots in the streets (for example, events in France in May 1968 did not result in downfall of the state in this country).

On the other hand, a Failed State does not necessarily imply a complete paralysis and collapse of public administration. Sometimes a Failed State may externally look quite orderly and organized.

In this case, according to Robert I. Rotberg, «Failed states exhibit flawed institutions. That is, only the institution of the executive functions. If legislatures exist at all, they ratify decisions of the executives. The judiciary is derivative of the executive rather than being independent, and citizens know that they cannot rely on the court system for significant redress or remedy, especially against the state... The military is possibly the only institution with any remaining integrity, but the armed forces of failed states are often highly politicized, devoid of the esprit that they once demonstrated»⁸. It is also necessary to take into account,

that failed states are not homogeneous. The nature of state failure varies from place to place, sometimes dramatically. Failure and weakness can flow from a nation's geographical, physical, historical, and political circumstances, as well as, as a result of taking of resonant destructive decisions (as a rule, as a result of systematic taking of such decisions) by public authorities⁹.

Failure of a state may also occur due to internal factors, such as critical shortcomings of public management in the economic sphere, resulting in mass poverty or hunger, as well as such factors as total corruption, system-wide critical failures in the local government system, interethnic and inter-faith conflicts.

It is noteworthy, that at Failed States civilian law enforcement agencies and organizations may have become corrupt or failed altogether. In failed states, especially during and immediately after conflict, military police forces are the only organizations able to fill this void¹⁰.

A Failed State has certain characteristics, and these characteristics vary in studies, carried out by different authors. For example, a Failed State is unable to exercise its authority to the extent of its territory to the full; it is unable to ensure provision of basic public services, anticipated by citizens in modern conditions, and at least such guarantees as a minimum level of personal security and economic stability; it is also unable to ensure operation of bureaucratic and judicial institutions and wellbeing of the population. In addition, such characteristics also include steady degradation of infrastructure, necessary for the citizens of such a state; a growing lawlessness; a humanitarian crisis; a critical decline in GDP per capita; inflation; corruption; a complete lack of accountability of bodies, exercising public control; inability to collect taxes; significant inequality between various social groups, reduction in the social standards and quality of living of population; nonobservance of principle of independence of judicial system of the state; increase in the number of committed violent crimes; civil wars, characterized by increasing levels of violence; illegitimate privatization by the private sector of educational and health care institutions and other social services; as well as displacement of the national currency¹¹.

It is obvious, that a state is becoming a Failed State in case of combination of a few of such characteristics, but not as a result of existence of at least one of them. However, these are largely interrelated problems.

At present, the index of Failed States is maintained by the Peace Fund (headquartered in Washington, DC) on the basis of certain indicators, which include:

- pressure on the population, resulting from its high density (this includes high death rate, natural disasters, deficiency of drinking water and food);
- inability of the state to ensure safety for social groups, subjected to pressure and in respect of which violence is committed;
- an increased level of emigration (especially of skilled and educated population) associated with inadequate government policies;
- fall in the level of gross national product;
- a forced transfer of population, which may result, among other things, in inadequate provision of public services;

- emergence in the territory of the state of private armed detachments and guerrillas;
- high levels of poverty among certain ethnic groups of the population;
- continuing human rights violations;
- increased level of corruption;
- fragmentation of ruling elites;
- interventions in the territory of state from outside¹².

At the same time, despite an abundance of various approaches to the concept of a failing (ed) state and its characteristics, one of the most serious shortcomings of the concept of a Failed State is nonexistence of a clear coordinated universal definition of such a state as well as clear and universal criteria therefor¹³. Until now, researchers have failed to agree on which criteria should be used to distinguish Failed States from all other states internationally¹⁴.

Moreover, a number of researchers point out that if a formal approach to application of some of these criteria is to be used in respect of states with different forms of government and political regimes, some of these states will be referred, based on such criteria, to Failed States, although actually they are other than such¹⁵.

Therefore, a key issue in classifying a state (a quasi-state) as a “Failed State” on the basis of specific criteria (sets of criteria) is a degree to which an assessed state falls within such criteria, and a level, which processes of collapse and destruction have reached in the assessed state.

From a Failed State it is necessary to distinguish a weak state, understanding of essence of which is associated with other conditions and factors.

According to Edward Newman, at the weak states central government has a poor capacity to control public order within its territory, is unable to consistently control its borders, cannot reliably maintain viable public institutions or services, and is vulnerable to extra-constitutional domestic challenges. A Failed State, on the contrary, is in principle unable to ensure operation of public institutions, and control of the state territory on its part is practically nonexistent. In a Failed State, according to the said author, the central public authority is nonexistent *de facto*¹⁶.

Weakness of a state may be associated with certain dysfunctions, but may be initially caused by other reasons.

* Professor, Chair of Sports Law, Kutafin Moscow State Law University; i.moscou@gmail.com.

¹ Newman E. Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World // Contemporary Security Policy. – 2009, December. – Vol. 30. – № 3. – P. 421–443. – P. 422.

² Patrick S. Why failed states shouldn't be our biggest national security fear // <http://www.washingtonpost.com/opinions/why-failed-states-shouldnt-be-our-biggest-national-security-fear/2011/04/11/AFqWmjkd_story.html>.

³ Collins Dictionary of Sociology / David Jary, Julia Jary. Second edition. – London: HarperCollins Publishers, 1995.

- ⁴ *Abercrombie N., Hill S., Turner B.S.* The Penguin Dictionary of Sociology. Fifth edition. – London: Penguin books, 2006. – xii; 484 p. – P. 121.
- ⁵ *Call C.* The Fallacy of the «Failed State» // *Third World Quarterly*. – 2008. – Vol. 29. – № 8. – P. 1491–1507. – P. 1492.
- ⁶ *Newman E.* Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World // *Contemporary Security Policy*. – 2009, December. – Vol. 30. – № 3. – P. 421–443. – P. 422.
- ⁷ *Jackson R.H.* Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World. – Cambridge: Cambridge University Press, 1990. – 225 p. – P. 26–27.
- ⁸ *Rotberg R.I.* The Failure and Collapse of Nation-States. Breakdown, prevention, and repair // *When States Fail: Causes and Consequences* / Ed. by R.I. Rotberg. – Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2004. – x; 335 p. – P. 7.
- ⁹ *Rotberg R.I.* Failed States in a World of Terror // *Foreign Affairs*. – 2002, July/August. – Vol. 81. – № 4.
- ¹⁰ *Stigall D.E.* Ungoverned spaces, transnational crime, and the prohibition on extraterritorial enforcement jurisdiction in international law // *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*. – 2013. – Vol. III. – Issue I. – P. 1–50. – P. 39.
- ¹¹ *Call C.* The Fallacy of the «Failed State» // *Third World Quarterly*. – 2008. – Vol. 29. – № 8. – P. 1491–1507. – P. 1495; Top 5 reasons why «failed state» is a failed concept / *The Aid Watch blog* (project of New York University's Development Research Institute) // <<http://aidwatchers.com/2010/01/top-5-reasons-why-%E2%80%9Cfailed-state%E2%80%9D-is-a-failed-concept/>>; *Rotberg R.I.* Failed States in a World of Terror // *Foreign Affairs*. – 2002, July/August. – Vol. 81. – № 4; *Piazza J.A.* Incubators of Terror: Do Failed and Failing States Promote Transnational Terrorism? // *International Studies Quarterly*. – 2008. – № 52. – P. 469–488. – P. 470.
- ¹² *The Indicators* / *The Fund for Peace* // <<http://ffp.statesindex.org/indicators>>; *Call C.* The Fallacy of the «Failed State» // *Third World Quarterly*. – 2008. – Vol. 29. – № 8. – P. 1491–1507. – P. 1495.
- ¹³ *Call C.* The Fallacy of the «Failed State» // *Third World Quarterly*. – 2008. – Vol. 29. – № 8. – P. 1491–1507. – P. 1494.
- ¹⁴ *Piazza J.A.* Incubators of Terror: Do Failed and Failing States Promote Transnational Terrorism? // *International Studies Quarterly*. – 2008. – № 52. – P. 469–488. – P. 470.
- ¹⁵ *Karadeli C.* Failed State Concept and the Sub-Saharan African Experience // *Journal of Arts and Sciences (Çankaya Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi)*. – 2009. – № 12. – S. 111–125. – S. 113.
- ¹⁶ *Newman E.* Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World // *Contemporary Security Policy*. – 2009, December. – Vol. 30. – № 3. – P. 421–443. – P. 422.

ARTICOLE

PARAMETRII RAȚIONALI ȘI IRAȚIONALI AI TRANSPLANTULUI CONSTITUȚIONAL DE LA 1866

Răzvan Cosmin ROGHINĂ*

Résumé: *Paramètres rationnels et irrationnels du transplant constitutionnel de 1866.* La transplantation constitutionnelle de 1866, soulève beaucoup des questions sur son nécessité, sur son étendue et sur son finalité. Dans cette étude ne se propose pas à explorer les institutions et les mécanismes constitutionnels qui ont été théoriquement instaurés en 1866. En tant que tel, nous n'allons pas tourner notre attention sur la pratique constitutionnelle après l'adoption de la première loi fondamentale (moderne) des roumains. Par contre, nous essayons de mettre en évidence les paramètres rationnels et irrationnels qui étaient à la base de l'adoption de la Constitution, pour avoir une perspective large sur la logique de l'importation constitutionnelle faite par l'élite politique roumaine au milieu du XIXe siècle.

Mots-clés: *transplant constitutionnelle; droit comparé; transplant rationnelle; transplant conscient; transplant volontaire; transplant bias.*

Rezumat. *Transplantul constituțional de la 1866 ridică numeroase întrebări referitoare la necesitatea, întinderea și finalitatea sa. În acest studiu nu ne propunem să explorăm instituțiile și mecanismele constituționale așezate scriptic în 1866. Ca atare, nu ne vom îndrepta atenția nici asupra praxisului constituțional de după adoptarea primei legi fundamentale (moderne) a românilor. Vom încerca, în schimb, să evidențiem parametrii raționali și iraționali care au stat la baza adoptării Constituției, în ideea de a deschide o mai largă perspectivă asupra logicii importului constituțional efectuat de elita politică românească de la mijlocul secolului al XIX-lea.*

Cuvinte cheie: *transplant constituțional; drept comparat; transplant (i)rațional; transplant (in)conștient; transplant (in)voluntar; transplant bias.*

§1. Considerații introductive. Tipologia transplantului constituțional

Transplantul constituțional¹ se referă la situația în care un sistem de drept preia norme, instituții, concepte constituționale și chiar regimuri politice din alte sisteme de drept; poate fi înțeles și ca un proces prin care „elemente constituționale” se răspândesc și exercită influențe pe plan internațional².

A. Transplantul constituțional, raportat la latura subiectivă a celor care îl inițiază, poate fi: 1) voluntar și 2) impus, dictat (imperialism juridic).

1) *Transplantul voluntar* se înregistrează atunci când inițiativa aparține sistemului care stă în poziția destinatarului. Sistemul X alege să transplanteze instituții, norme sau concepte juridice din sistemul Y în mod liber, din motive cântărite în mod propriu. Astfel de motive pot sta, spre exemplu, în prestigiul sursei³, în posibilitatea, șansa⁴ de a câștiga timp și de a tăia din costuri⁵ sau în posibilitatea de a căpăta legitimitate (internă ori externă)⁶.

În doctrină⁷ s-a concluzionat că reformele realizate prin intermediul unui transplant juridic voluntar au șanse mai mari de reușită în concurs cu cel impus (transplant receptiv v transplant nereceptiv).

2) *Transplantul impus*⁸ (imperialismul⁹ juridic) se poate prezenta ca fiind o consecință a unei politici de stat exercitată cu rostul de a accentua controlul asupra unor entități străine. Această politică poate consta în presiune teritorială (cucerire) sau în dominare economică și/sau politică. În mod implicit și juridicul apare ca o dimensiune socială dominată. Astfel, imperialismul juridic sau transplantul juridic dictat se referă la situațiile în care dreptul unui stat nu este în mod liber elaborat, fiind ținut să urmeze *chipul și asemănarea* dreptului dominant, în tot sau în parte. Spre exemplu, vechiul drept românesc a fost un drept dominant. În prezent, transplantul juridic dictat este specific pentru țările aflate în curs de dezvoltare, care, pentru a intra în anumite relații internaționale ori pentru a beneficia de anumite oportunități oferite de anumite entități străine, acceptă "propuneri" în politica internă. Un exemplu ar fi adoptarea legislației în materie de drepturile omului cu scopul de a se obține anumite beneficii sau recunoașteri pe plan internațional¹⁰.

B. În funcție de pozițiile «ierarhice» ocupate de sistemele care intră în ecuația transferului juridic, întâlnim: 1) transplant juridic vertical și 2) orizontal.

1) *Transplantul vertical* se înregistrează atunci când în relația transferului găsim un sistem de drept național și o ordine juridică supranațională. Suportă atât varianta de *sus în jos*, cât și cea de *jos în sus*.

2) *Transplantul orizontal* se realizează între subiecte aflate pe poziții de egalitate. Spre exemplu, între state.

C. Pus în legătură cu rostul actului de transfer și modul în care este pregătit, transplantul poate fi caracterizat ca fiind: 1) rațional și 2) irațional.

1) *Transplantul rațional* este cel efectuat în numele unei necesități juridice reale. Este cel care ia în calcul tipul și cantitatea dreptului ce trebuie importat; este rezultatul unui proces de selectare bazat pe compararea juridică¹¹. *Transplantul irațional* este acel transfer juridic care nu ia în calcul cele expuse mai sus, cel care nu apelează la instrumentele dreptului comparat pentru a descoperi, în mod corect, alternativele; acest tip de transplant se înregistrează – de cele mai multe ori – atunci când actul de transfer este mânat, *e.g.*, de considerații politice, de prestigiul sursei sau de o impunere din exterior¹².

2) Iraționalul apare atunci când alternativele sunt interzise (cazul transplantului dictat) sau când acestea nu sunt căutate, lipsind interesul, ori nu sunt descoperite din cauza unor analize comparative superficiale¹³. Aceste situații pot fi o consecință a receptivității sau a

unei dependențe juridice pe care un sistem de drept o poate avea față de un altul (încălinare spre transplant/*transplant bias*¹⁴). Nu este o apropiere datorată unei selecții bazate pe cântărirea tuturor alternativelor posibile, ci, mai degrabă, este o alegere *dictată* de tradiția lingvistică avută în comun (în parte sau în tot) cu potențialul sistem donator și de prestigiul celui din urmă. Admirația pentru un anumit sistem de drept modulează inevitabil și sfera educațională din societatea receptoare¹⁵. Astfel de împrejurări pot duce la ignorarea altor surse, probabil mai bune.

În sfera transplantului constituțional, raționalul implică dimensiunea unei alegeri¹⁶. Când o alternativă nu există fie din cauza neputinței, fie din cauza dependenței față de un anumit sistem de drept, transplantul poate fi socotit că fiind unul involuntar, dacă este privit din unghiul imposibilității alegerii sistemului de drept donator. Bineînțeles, raportat la subiectul care a declanșat actul de transfer, transplantul rămâne în continuare voluntar, în ipoteza în care inițiativa aparține sistemului receptor.

D. În relație cu împrejurarea existenței sau inexistenței unei evaluări a efectelor pe care corpurile juridice transferate le pot genera în societatea receptoare, transplantul poate fi reținut ca fiind: 1) conștient și 2) inconștient.

1) *Transplantul conștient* se evidențiază atunci când actul de transfer este realizat după ce s-au căutat și oferit răspunsuri la întrebări precum: va fi acceptată ideea în practică? ar trebui modificată pentru a facilita integrarea ei reală? cât de mare este riscul de a fi respinsă? care vor fi efectele generate de transplant? Când nu se purcede la asemenea evaluări, transplantul poate fi catalogat ca fiind unul 2) *inconștient*¹⁷.

Un transplant inconștient nu este neapărat un transplant eșuat, așa cum nici importul irațional – prin raportare la debutul acțiunii de import – nu prezumă efecte dăunătoare, negative. Este posibil ca un transplant constituțional irațional și inconștient să producă efecte pozitive în sistemul de drept receptor. Dreptul s-a dezvoltat adeseori prin intermediul transplantului juridic irațional și inconștient.

Teoretic, o comparare juridică rațională este aptă să indice minusurile sistemului importator, plusurile posibilelor sisteme donatoare și, nu în cele din urmă, să dezvăluie care este cel mai potrivit model pentru fondul ce va deveni gazdă. Cu alte cuvinte, dreptul comparat îi permite aceluia care caută realizarea unor eficiente reforme juridice interne să descopere cât, cum și de unde ar trebui să se inspire. Un transplant juridic care pune în ecuația sa nevoile și capacitatea sistemului receptor, respectiv limitele sale în raport cu sistemele comparate, este rațional. Acela care depășește nevoile sistemului și care ignoră specificul celui din urmă, dincolo de orice limită ce ar putea fi tolerată de cerința generării unor pozitive inginerii sociale, poartă caractere iraționale; acestea pot provoca eșecul transplantului efectuat. Evident, un import juridic rațional nu garantează succesul corpurilor juridice transferate, așa cum nici cel irațional nu este condamnat la eșec.

Transplantul constituțional de la 1866 ridică numeroase întrebări referitoare la necesitatea, întinderea și finalitatea sa. În acest studiu nu ne propunem să explorăm instituțiile și mecanismele constituționale așezate scriptic în 1866. Ca atare, nu ne vom îndrepta atenția nici asupra praxisului constituțional de după adoptarea primei legi

fundamentale (moderne) a românilor. Vom încerca, în schimb, să evidențiem parametrii raționali și iraționali care au stat la baza adoptării Constituției, în ideea de a deschide o mai largă perspectivă asupra logicii importului constituțional efectuat de elita politică românească de la mijlocul secolului al XIX-lea. Pentru a putea afirma succesul sau eșecul unui transplant constituțional determinat, trebuie să avem în vedere mult mai multe aspecte. O analiză completă asupra unui transplant constituțional determinat este aceea care este întreprinsă prin prisma datelor ce se desprind din tabloul său complet:

- 1) Etapa premergătoare transplantului, în care accentul este pus pe:
 - a) contextul (geopolitic) în care se află sistemul de drept care se pregătește să apeleze la modalitățile transplantului constituțional (premisele);
 - b) necesitatea transplantului (justificarea transplantului);
 - c) evaluarea, selecția modelelor juridice;
 - d) intențiile actorilor transplantului juridic;
- 2) Etapa transplantului propriu-zis al corpurilor constituționale dorite, în care interesează:
 - e) dezbateră publică;
 - f) modificarea, adaptarea sau fidelitatea față de forma corpurilor juridice;
 - g) analiza și prognoza formei finite;
 - h) modul de adoptare (legitimarea internă);
- 3) Etapa efectelor transplantului juridic:
 - i) interacțiunea dintre forma transplantată și fondul receptor (dreptul în acțiune):
 - forma a completat fondul;
 - forma a modificat/creat fondul;
 - fondul a modificat forma (adaptare practică);
 - fondul a respins forma.
 - j) * Identificarea posibilelor cauze ale eșecului transplantului constituțional;
* Succesul transplantului constituțional. Posibili indicatori.

Așadar, explorarea parametrilor raționali și iraționali oferă doar un punct de plecare sau un reper pentru caracterizarea finală a unui transplant juridic (constituțional). Analiza unui transplant constituțional presupune o abordare complexă, inter și transdisciplinară. În lucrarea de față, după cum deja s-a afirmat, accentul va fi pus doar pe unele din segmentele de analiză enunțate mai sus.

§2. Parametrii raționali ai transplantului constituțional de la 1866

2.1. Urgența legitimării internaționale a statului națiune prin intermediul modernizării constituționale

În 1859, Țara Românească și Moldova s-au găsit în premieră sub conducerea unui domn comun. Calea către un întregit stat național și unitar părea a fi pecetluită. Totuși, în ciuda unirii reale prin persoana domnitorului A.I. Cuza și în pofida eforturilor reușite de unificare a vieții politice a celor două principate (1862), riscul pierderii caracterelor statale

câștigate nu era stins. Recunoașterea internațională a unificării politice promise o etichetă temporară – domnia lui A.I. Cuza. Chestiunea legitimității statului național unitar român pe plan internațional nu se încheiase în 1859 (dubla alegere a lui A.I. Cuza), 1862 (unificarea politică și administrativă a Principatelor Române) sau 1864 (adoptarea Statului Desvoltător al Convenției de la Paris), ci doar începuse. Drept urmare, cerința aducerii un prinț străin a rămas la fel de vie ca în dezbaterile adunărilor ad-hoc din 1857¹⁸. Pe lângă această cerință din urmă, Principatele Române trebuiau să demonstreze că se pot organiza sub forme constituționale moderne, acceptate de puterile europene.

Contextul geopolitic în care se aflau Principatele Române la mijlocul secolului al XIX-lea a oferit o scuză plauzibilă pentru rapiditatea cu care s-a efectuat transplantul constituțional de la 1866. Urgența a justificat – parțial – cantitatea instituțiilor de drept constituțional importate, dar nu a scuzat limitatul orizont ideologic al clasei politice românești, care s-a lăsat furată de prestigiul și autoritatea modelului constituțional belgian. Paradoxal, aspectele din urmă au venit în sprijinul legitimității alegerilor făcute.

Prestigiul și autoritatea unui sistem de drept pot să ofere relative caractere raționale încercării de a justifica un transplant juridic. În momentul constituțional de la 1866, problema evidențierii internaționale a statului român se punea în felul următor: *de vreme ce trebuie și dorim să intrăm în rândul modernității constituționale, ne permitem să ignorăm cele mai atractive instituții și mecanisme constituționale, reperate ca atare în cea mai prestigioasă constituție a vremii, anume Constituția Belgiei?* Bineînțeles, în cazul unei evaluări de substanță, prestigiul și autoritatea reprezintă elemente care frustrează sistemul receptor de posibilitatea de a efectua cu adevărat un transplant juridic voluntar. Într-o asemenea situație, se evidențiază, mai degrabă, parametrii iraționali. Totuși, izolând unele împrejurări ale transplantului constituțional de la 1866, putem să descoperim sporadice segmente raționale.

Constituanții de la 1866 au pus accent pe recunoașterea identității politice românești de către Puterile europene. Pentru aceasta, au considerat că este imperios necesar să se îndrepte către cel mai prestigios model de organizare liberală a statului. Modernizarea constituțională, alături de chestiunea prințului străin, părea a fi cea mai rapidă și sigură cale către legitimarea internațională a statului român, care căuta să se elibereze de sub suzeranitatea otomană, respectiv dominația Rusiei și Austriei. Provocata abdicare a lui A.I. Cuza a aruncat clasa politică românească într-o cursă contra cronometru. Puterile europene discutau din nou, tot la Paris, viitorul politic al Principatelor. Pericolul perpetuării regimului autoritar cuzist era destul de mare, de unde și nevoia aducerii unui prinț străin și cerința adoptării unei legi fundamentale care să fie o replică la autoritarismul domnesc. Pentru a evita interminabilele lupte pentru scaunul domnesc și pentru a evita ieșirea de sub unificarea politică a Principatelor Române, recunoscută doar pe durata domniei lui A.I. Cuza, s-a impus ca soluție transplantul unei constituții ce se bucura de legitimitate internațională. Urgența, sub aceste coordonate interne și externe, a conferit un caracter rațional soluției găsite de clasa politică românească. România a trebuit să demonstreze cât mai rapid puterilor europene faptul că era capabilă să acționeze ca un stat modern pe plan internațional, că deținea instituții constituționale încadrabile în standardele acceptate de Europa civilizată¹⁹. În acest sens, discursul lui A.C. Golescu din ședința Adunării Constituante, din 25 iunie 1866, este ilustrativ:

La 1 Mai am făcut unirea cu Domn strein, însă nu este destul; trebuie ca acel fapt împlinit în țera la noi să devie un fapt împlinit și în Europa. Dacă am avea două sute de baionete am dice: așa voim, așa facem; dar nu avem nici duoe-deci de mii, și prin urmare trebuie să căutăm la voia și la ideile Europei. (...) pe când experiența noastră și istoria națiunei nostre ne spun că..., iei, streinii, vin cu experiența lor... Avem nevoie de Occident și Occidentul ne dice... . Să stăruim mai puțin în ideile noastre de a fi perfecte, să fie Constituțiunea mai pucin perfectă, dar să scăpăm o patrie care ne scapă din mâna dacă nu vom fi uniți... voim să avem o Românie. (...) trebuie să ne grăbim și să ne facem demni de a le dobândi²⁰.

Urgența a implicat acceptarea standardelor instituționale europene, e.g. bicameralismul. Transplantul constituțional a avut sensul unei "declarații de independență" românească²¹. A primit o finalitate externă clară: recunoașterea unui stat român național și unitar. În conturarea identității politice internaționale, constituanții de la 1866 s-au scufundat în haina religiei, în tradițiile ortodoxe ale românilor. Chiar dacă elita politică românească a pus în ecuația transplantului constituțional cetățenia, găsită în *ethnosul* religiei (art. 7 din Constituția de la 1866), și în pofida faptului că și-a propus, în fața urgenței, să dea naștere la un constituționalism românesc modern, format din instituții și mecanisme constituționale de factură liberală, libertatea individuală a pălit în fața luptei pentru existența statului român. Finalitatea externă a Constituției a fost preferată. Finalitatea internă, înțeleasă sub forma unei replici la regimul autoritar, a fost lăsată în seama forței instrumentaliste a formelor transplantate, care, prin natura lor, aduceau, în concepția actorilor transplantului constituțional, inevitabile inginerii socio-politice moderne (occidentale) în societatea românească.

Ca atare, urgența legitimării statului națiune în sfera internațională a conferit valențe raționale apelului la calea transplantului constituțional. Modernizarea constituțională a trebuit să răspundă la cerința rapidității. A fost tocmai instrumentul de realizare al primului deziderat: afirmarea unei identități politice internaționale. Transplantul constituțional a fost necesar, fiind cea mai rapidă cale pentru dezvoltarea dreptului. Rolul instrumentalist al celui din urmă a fost esențial pentru logica conferită de elita politică importului juridic: provocarea unor inginerii sociale. Acestea, fără a fi determinate în mod rațional, au fost ancorate (irațional) la performanța formelor din fondul donator.

Transplantul constituțional a fost necesar în raport cu contextul geopolitic în care se găseau Principatele Române. Această trăsătură se poate pierde dacă avem în vedere faptul că elita politică românească a ignorat împrejurarea că dispunea în propria ogradă de idei constituționale moderne. Ne referim aici la momentul constituțional din 1857, care a oferit o serie de soluții moderne, pe deplin occidentale, fondului românesc, i.e.: veto suspensiv, parlament unicameral, răspunderea politică a guvernului în fața parlamentului, autonomia politică a guvernului în fața monarhului (pe scurt, parlamentarism monist). Dar, nevoia de a convinge puterile europene că statul român putea fi modern a determinat, alături de constrângerea urgenței, efectuarea unui transplant constituțional masiv. Constituanții, sub presiunea/pretextul urgenței, au preluat fidel modelul constituțional belgian. Au invocat în mod expres că nu există suficient timp pentru *a ne lupta unii în contra altora*²².

2.2. Replica dată regimului autoritar cuzist

În 1866 s-a căutat introducerea unei legi fundamentale care să se constituie într-o replică dată regimului autoritar cuzist.

Domnilor, când țera a resturnat guvernul trecut nu a voit să restoarne numai persoanele care reprezentau acel guvern, ci starea aceea de lucruri, ei Constituțiunea aceea care s-a dat pe mâna unui Principe și în temeiul căreia acel Principe nu făcea de cât reu țerei. Trebuie dar să desființăm acea Constituțiune și în locul ei să punem alta. Una din calitățile principale ce trebuie să aibă noua Constituțiune este egalitatea. (...) A doua condițiune a Constituțiunii nostre trebuie să fie libertatea. Constituțiuni liberale au toate Statele, pentru că nu cred că un Stat care dă o Constituțiune să voesca să dea o Constituțiune care să nu fie liberală. Această Constituțiune trebuie să fie cu atât mai mult liberală cu cât voim să o punem în locul unui sistem trecut vițios și prin urmare nu trebuie să fie mai restrânsă de cât cealaltă²³. (G. Lahovari, în ședința din 18 iunie 1866)

Constituția Belgiei de la 1831, cunoscută drept cea mai liberală din Europa, s-a impus pe poziția unui model constituțional necesar a fi urmat. Constituanții, căutând să instaleze un regim parlamentar, nu trebuiau, potrivit gândirii lor, să ignore performanțele recunoscute ale actului juridic fundamental belgian. Sub acest aspect, izvorul principal al transplantului constituțional de la 1866 s-a bucurat de un aparent caracter rațional. S-a ales corect un contramodel la modelul cuzist. Constituția Belgiei punea în imagine un domn inviolabil și iresponsabil, care, spre deosebire de Convenția de la Paris și Statutul Desvoltător al Convenției de la Paris, era introdus, chiar dacă nu sub o reglementare completă, într-un model de balans al puterilor în stat menit să ducă la conturarea dictonului „regele domnește, dar nu guvernează”. Mai precis, actul juridic fundamental belgian punea în imagine parlamentarismul dualist. Măsura în care clasa politică a reușit să distingă între monism și dualism reiese din felul practicii parlamentare instalată după intrarea în vigoare a Constituției²⁴. Modul în care nu a înțeles să folosească mecanismele regimului parlamentar dualist denotă faptul că nu stăpâna ideologic finalitățile regimului politic transplantat. Oricum, modelul constituțional important era apt să ducă la obiectivarea intențiilor clasei politice: regim parlamentar. Strict sub acest aspect, putem descoperi un oarecare caracter rațional.

Proiectul Comisiei Centrale de la Focșani (PCC) nu a fost izvorul principal al legii fundamentale de la 1866²⁵. Putem crede că elita politică românească a fost conștientă de faptul că PCC era într-o mare măsură influențat de Convenția de la Paris. Proiectul de la 1859, într-adevăr, propunea mai degrabă un regim apropiat de modelul autoritar reglementat de Convenția de la Paris, construită pe baza principiilor Constituției franceze de la 1852. Ca atare, de vreme ce s-a dorit o replică la regimul autoritar dezvoltat de A.I. Cuza, e foarte probabil ca Proiectul Comisiei Centrale să nu fi fost pus, în mod rațional / conștient, în rândul izvoarelor directe ale Constituției de la 1866.

Evident, parametrii raționali evidențiați mai sus nu au fost rodul unei comparații juridice și, deci, nu conferă transplantului constituțional de la 1866 un caracter rațional

general. Chiar dacă modelul belgian răspundea, teoretic, la intenția constituenților de a da o replică regimului cuzist, el nu a fost evidențiat în urma unui proces selectiv, care să fi pus în balanță și resursele juridice interne, respectiv alte posibile potrivite soluții externe. Pe cale de consecință, reținem oarecare caractere raționale în relație cu anumite segmente izolate din procesul importului constituțional, subliniate mai sus.

§3. Parametrii iraționali ai transplantului constituțional de la 1866

Urgența a justificat apelul la transplantul constituțional, la calea modernizării rapide, care ar fi așezat statul român în rândul statelor civilizate ale Europei. Acest deziderat, scufundat în contextul geopolitic al vremii, a dus la concluzia că alinierea la standardele europene nu putea să fie obținută decât prin importul instituțiilor juridico-politice occidentale. Astfel, transplantul constituțional ar fi fost necesar și, tot sub această latură, rațional. Mai precis, soluția ar fi fost una rațională. Rămâne de remarcat dacă instituțiile și mecanismele transplantate în mod masiv din Constituția Belgiei, văzute drept instrumente apte să genereze schimbări socio-politice în societatea românească, au fost evaluate în mod rațional, prin raportare la necesitățile, specificul și capacitatea sistemului receptor. Urgența a justificat graba cu care s-a căutat obiectivarea finalității externe a Constituției: identitatea politică a statului român – suveranitatea. Finalitatea externă a fost principalul obiectiv al constituenților. Aceștia, sub presiunea urgenței, au lăsat să cadă în plan secund finalitatea internă a Constituției – organizarea puterii politice statale. Drept urmare, putem spune că aceeași urgență care a justificat transplantul constituțional de la 1866, în genere, a imprimat și caractere iraționale modului în care a fost realizat în mod concret transferul formelor constituționale.

Aproape întregul discurs politic al constituenților s-a îndreptat înspre urgența recunoașterii statului națiune românesc, cu toate că în prima ședință din cadrul Adunării Constituante, 16 iunie 1866, au invocat faptul că spiritul național, mentalitățile și necesitățile națiunii trebuie să formeze esența Constituției²⁶. Cu toate acestea, nu s-a născut cu adevărat un conflict între tradiție și inovație ori import. Fondul românesc, reflectat prin tradiții, a fost pus în ecuația transplantului constituțional, de cele mai multe ori, cu scopul de a răspunde la interesele politice de grup, *e.g.* unicameralism *v* bicameralism. Este interesat de remarcat că liberalii, cei care – teoretic – ar fi trebuit să fie deschși schimbărilor îndreptate spre modernitate, au fost cei care au susținut tradiția unicameralismului, iar conservatorii, cei care – teoretic – ar fi trebuit fie mult mai reticenți față de transplant, au încurajat îmbrățișarea bicameralismului, apelând la prestigiul și autoritatea experienței Occidentului²⁷. Bineînțeles, conservatorii au dorit, de fapt, să continue tradiția politică ce pune în imagine dominația „nobilimii”. Senatul ar fi perpetuat acest lucru, pe când o singură cameră ar fi dus la un guvernământ democratic defavorabil liberalilor.

Constituenții de la 1866 s-au folosit de prestigiul și autoritatea experienței constituționale a Occidentului nu doar pentru a justifica necesitatea transplantului, dar și pentru a elimina din scenă, în caz de trebuință politică de grup, soluțiile desprinse din fondul românesc. Surprinzător este că, deși aceștia erau conștienți de posibilele efecte negative ale

importului fidel realizat, au renunțat, în mod repetat, la sursele interne. Mai mult decât atât, erau conștienți de necesitatea compatibilității dintre cultura națională și Constituție²⁸.

Deși a fost accentuat faptul că legea fundamentală este aceea lege care evoca caracterele unui popor, desfășurarea și rezultatul dezbaterilor au arătat că în mod constant și conștient nu s-a acordat prioritate specificului societății românești. D. Tacu a reușit să surprindă raportul intim dintre popor și legea fundamentală, dar doar în contextul în care pune problema despărțirii cetățeanului român ortodox de străinul necreștin, făcând trimitere directă la evrei²⁹. În alte situații, spiritul național nu a mai contat.

De asemenea, N. Ionescu, în ședința din 25 iunie 1866, pune accent pe necesitatea de a da prioritate soluțiilor proprii, blamând imitația servilă. Ba chiar indica cerința adaptării formelor importate la fondul societății românești. Dorind unicameralismul, liberalul puncta că:

(...) nu le putem copia fără a ține socoteală de propriile noastre tradițiuni de condițiunile speciale în care se află societatea română...³⁰.

Când s-a pus problema președinției senatului, același N. Ionescu nu a mai acordat importanță tradițiilor și cerinței adaptării.

„Nu trebuie să luăm instituțiile unei țeri de normă și pe urmă să le falsificăm, pentru că nimic nu este mai periculos decât aceasta. Dacă luați formele constituționalismului apusean, să nu îl amestecăm cu tradițiunile noastre; căci atunci poate să se dică ca de aceea nu mergem bine cu Constituțiunea, fiind-că s'au introdus între'nsa elemente eterogene³¹.”

Un parametru irațional poate fi decelat în ideea ignorării fondului românesc din ecuația transplantului. Admitem, totuși, valențe raționale pentru partea care indică faptul că, dacă am ales să transplantăm o anumită formă ce aduce cu sine o anumită logică, elementele juridice importate ar trebui să fie modificate doar în deplină conștiență cu finalitatea sa. Bineînțeles, nu considerăm că un transplant constituțional de succes poate fi realizat prin neglijarea particularităților fondului receptor, ci subliniem faptul că, în ecuația unui transplant juridic inconștient, ingineria constituțională poate fi uneori mai periculoasă decât iritarea pe care o poate produce forma originală. E adevărat, și într-un atare caz ne-am lovi oricum de datele culturale ale fondului receptor, însă, în măsura în care constituția este un instrument apt să determine schimbări socio-culturale³², mai importantă este asumarea conștientă a idealurilor constituționale pe care transplantul le conține, respectiv potențialul celor din urmă de a genera o inginerie socio-culturală eficientă, raportată la valorile general recunoscute ale constituționalismului, decât de a da prioritate unei culturi proprii ce ar putea bloca întreaga logică a corpurilor juridice ce formează obiectul transplantului. De aceea este importantă capacitatea actorilor transplantului constituțional de a decodifica instituțiile și normele importate, de a evalua posibilitatea importului juridic de a încuraja o anumită inginerie culturală internă și de a determina în ce măsură este nevoie de o codificare a propriei culturi în cadrul actului de transplant – ingineria constituțională. Pentru politicianul român datele problemei nu se prezentau întocmai, acestea fiind cel puțin în parte deformate de

interesele –politice și juridice³³ – de grup. Fondatorii constituției de la 1866 s-au limitat în ideea că națiunea română, pentru a fi recunoscută ca atare, avea nevoie cât mai repede de forme moderne deja legitimate intern și extern. Au omis să se concentreze în mod real și pe ceea ce avea nevoie societatea românească, să distingă între necesitatea dezvoltării propriei culturi și cerința de a încuraja coerent o inginerie socio-culturală prin drept. Neînțelegând ce anume vor să transplanteze, ci doar de ce, au considerat (artificial) corect, dar nu neapărat în mod conștient, că nu trebuie să modifice irațional formele. Interesant este că același N. Ionescu, tot în ședința din 25 iunie, susținea adaptarea juridică și nu „imitarea servilă” în ceea ce privește trecerea la bicameralism. Indicând unicameralismul ca dorință a poporului român, exprimată în 1857 de divanurile ad-hoc, bicameralismul putea să fie respins prin prisma cerințelor interne³⁴. Când s-a pus în discuție președinția Senatului, acesta a respins tradiția numirii mitropolitului ca președinte de drept, invocând tocmai faptul că nu trebuie amestecate formele cu tradițiile. Mai mult decât atât, în ședința din 20 iunie afirma:

În Constituțiunea noastră cred că acest punct important n-ar fi mai bine arătat de cât când am aduce aminte că instituțiile primordiale ale Statului nostru au fost așa de strâns legate cu instituțiunile religioase, în cât această țară era însăși religiunea; și o rămășiță din străvechile datine ce ni s'a transmis de la instituțiile nostre religioase este și președenția de drept ce se acordă Primatului României în deliberările Adunarei legislative.

Astăzi, însă, când invocăm nu numai libertatea individuală ci și libertatea dogmelor, cred că pentru toți locuitorii țerei este o datorie de a păzi Statului român caracterul seu străbun³⁵.

Așadar, se evidențiază în cadrul dezbaterilor puternice caractere iraționale în ceea ce privește evaluarea critică a transplantului.

Cu toate că s-au subliniat riscurile introducerii unor forme neanalizate critic, prestigiul și autoritatea modelului belgian au avut câștig de cauză.

Ideia că nu faceți în această privință de cât a imita Belgia ar trebui să mă liniștească³⁶.
(N. Blaremburg (conservator), în ședința din 28 iunie 1866).

Prestigiul modelului belgian ar fi garantat, în opinia elitei politice românești, schimbări socio-politice similare cu cele reperate în fondul donator. În acest punct, pe lângă iraționalul situației care rezultă din raportul dintre volumul transplantat și așteptarea ca masivul import juridic, în blocul său, să devină parte din praxisul fondului receptor, se evidențiază și neputința culturii juridice naționale. Constituanții, școlii în mare parte în facultățile de drept franceze, au fost complexați de prestigiul și autoritatea soluțiilor occidentale. În afara unui spirit critic, Adunarea constituantă a găsit în Constituția Belgiei, într-o măsură covârșitoare, soluțiile pentru rezolvarea problemei integrării politice a statului român național și unitar pe plan internațional.

Nu doar urgența explică de ce constituanța a ales să importe masiv dintr-o singură sursă externă, ci și mentalitatea clasei politice românești, obișnuită cu dezvoltarea dreptului

prin intermediul transplantului juridic³⁷. În concurs cu această din urmă împrejurare, prestigiul și autoritatea actului juridic fundamental belgian l-au aruncat pe constituentul român în ceea ce A. Watson numește *transplant bias*. Astfel, cu toate că în 1866 Adunarea constituantă s-a aflat în fața posibilităților unui transplant constituțional voluntar, a ales să-și îndrepte atenția doar spre cel mai prestigios model constituțional, recunoscut ca atare la nivel european. Lăsându-se încătușați de dorința de a convinge sfera internațională că statul român era capabil să dețină instituții și mecanisme constituționale dintre cele mai moderne, actorii transplantului constituțional au trecut de la libertatea de reglementare presupusă de caracterul voluntar al importului la limitele de mișcare implicate de un transplant involuntar. Prestigiul și autoritatea modelului belgian l-au determinat pe constituentul român să nu-și mai propună să caute și alte soluții externe potrivite, să realizeze, cu alte cuvinte, o comparare juridică care să indice cele mai favorabile modele pentru fondul receptor. Acesta, punând finalitatea externă a Constituției în prim plan, a considerat, sub o slabă umbră de raționalitate, că legea fundamentală belgiană se recomanda de la sine, prin legitimitatea ei europeană. Evident, în peisajul complet al transplantului, aceste împrejurări nu pot traduce decât valențe iraționale.

Sunt mulți ani de când Românii au primit din mâini străine Constituțiunea lor, de când au primit de la alții ce trebuia să fie propria lor operă. Acesta este cauza pentru care nici una din Constituțiunile ce Românii au avut până acum nu au putut prinde rădăcini în România, nu a putut satisface dorințele și trebuințele acestei națiuni. Acesta este motivul pentru care nici una din aceste Constituțiuni nu a putut avea o durată mai lungă; și frecvența schimbare a Constituțiunilor este o cauza de desordine și de nestabilitate care oprește pe națiune în calea progresului ei material și intelectual³⁸. (din raportul citit de A. Pascal, în ședința din 16 iunie 1866)

Așadar, s-a reliefat fără ocolișuri faptul că toate eșecurile constituționale din România s-ar fi datorat imperialismului juridic, o împrejurare care, eliminând din exprimare dorințele interne, a făcut ca vechile documente politice cu caractere constituționale să nu prindă rădăcini în fondul românesc. În ciuda acestei concluzii, actorii transplantului constituțional de la 1866 s-au pus singuri într-o formă relativă de imperialism juridic. Diferența a constat în aceea că inițiativa nu a mai aparținut sistemului de drept străin. Totuși, chiar și așa, importând sub complexele de inferioritate induse de prestigiul și autoritatea Constituției Belgiei, libertatea de reglementare nu a fost deplină, ba chiar aspru limitată. O altă deosebire ar putea fi aceea ca transplantul constituțional din 1866 a pus în imagine un dorit regim parlamentar, pe când transplanturile involuntare din trecut au proiectat nedorite regimuri absolutiste. Paradoxal, tocmai în acest punct se profilează un alt parametru irațional: cu toate că eșecurile constituționale românești au fost puse pe seama iritării pe care au produs-o Regulamentele Organice, Convenția de la Paris și Statutul Desvoltător de la Paris, în dezbaterile Adunării constituante nu s-a manifestat un interes real pentru finalitatea internă a Constituției. Deși s-a dorit să se dea o replică autoritarismului monarhic, Adunarea Constituantă nu a pus într-o susținută discuție rolul monarhului în angrenajul constituțional transplantat, nici misiunea parlamentului și nici rostul guvernului – responsabil politic – în procesul concret de limitare a

puterii domnului. Pe scurt, nu s-a dezbătut organizarea puterilor în stat prin prisma principiilor guvernământului reprezentativ, separației puterilor în stat. Nu s-a remarcat importanța asigurării unui balans al puterilor în regimul politic importat. Astfel se explică de ce guvernul nu a fost privit în termenii presupuși de regimul parlamentar dualist. Lacunele Constituției Belgiei din materia răspunderii politice individuale și colective a miniștrilor au devenit lacunele Constituției României. Acest neajuns s-a înregistrat în condițiile în care dezbaterile adunărilor ad-hoc din 1857 oferiseră constituționalismului românesc idei constituționale moderne, încadrabile chiar în logica parlamentarismului monist. Fidelitatea față de actul juridic fundamental belgian și compromisurile politice au dus la respingerea veto-ului suspensiv al monarhului și la ignorarea autonomiei juridice a guvernului.

Constituanții au renunțat la varianta veto-ului absolut întrucât au considerat că ar fi putut să provoace dese dizolvări ale parlamentului, ceea ce, într-adevăr, ar fi generat interminabile crize politice. Soluția găsită de Adunare a fost înlocuirea variantei suspensive cu cea absolută. Nu a socotit că soluția de la 1857 ar fi putut să fie îmbunătățită, astfel încât să limiteze prerogativa domnului de a dizolva parlamentul. S-a mulțumit în a evidenția neajunsurile ei:

Motivele pentru care majoritatea comitetului a preferat a se acorda Domnitorului dreptul absolut de a refusa a Sa sanțiune, a fost preocupățiunea de a se evita pe cât va fi prin putință casurile de disolvare a Adunărilor legislative. Într-adevăr, apelul făcut de guvern la alegători prin disolvare aduce țera într-o stare anormală, cauzează desordine, înfierbântă luptele și excită pasiunile într-un modul așa de grav, în cât se pote cu drept cuvânt dice ca în nisce asemenea circumstanțe țera se află într-o stare de semi-revoluțiune. Aceste consecințe a voit a evita majoritatea comitetului introducând dreptul de veto absolut³⁹.

Soluția găsită e surprinzătoare, mai ales pentru că, pe de o parte, aceasta venea pe un fond în care clasa politică românească dorea să dea o replică fermă autoritarismului cuzist și, pe de altă parte, întrucât aceasta era dată de o clasă politică ce era conștientă de plusul de legitimitate pe care îl avea în comparație cu domnitorul. Opinia minorității comitetului nu a avut nici un impact asupra dezbaterii.

Minoritatea comitetului însă a optat pentru veto suspensiv, crezând că, când doue reprezentațiuni naționale consecutive se pronunță într-aceiași mod asupra unei cestiuni, este atunci o evidentă dovadă a unei serioase voinți naționale și că ar fi mult mai periculos pentru stabilitate a se contraria manifestarea acestei voințe de cât a se traduce în lege într-un mod obligatoriu pentru Domnitor⁴⁰.

Adunarea nu a căutat să justifice în mod real preferința pentru veto-ul absolut. Ușor în contradicție cu riposta pe care vroia s-o dea autoritarismului cuzist, s-a mulțumit cu a sublinia că

(...) pe cât de interes pentru societate ca legile să fie votate de Corpurile legiuitoare, pe atât de e de interes să fie și sancționate de Domnitor⁴¹.

Această constatare nu explică rațiunea pentru care veto-ul absolut a avut câștig de cauză în fața celui suspensiv. Și în cazul celui din urmă monarhul își exprima voința, putea să refuze o dată sancțiunea. Voința sa era, însă, una limitată, încadrată la principiile regimului reprezentativ, în care parlamentul se bucura de o mai largă legitimitate.

Art. 47 PCS: (...) El (domnul s.n. R.C.R.) sancționează, promulga și aplică legile.

El poate refuza sancțiunea sa. În acest caz însă, legea se va prezenta din nou Adunarei în sesiunea viitoare. Dacă Adunarea va stărui în votul său, Domnul său va sancționa legea, sau va dizolva Adunarea.

Adunarea cea nouă persistând, sancțiunea va fi dată.

Veto-ul absolut a fost acceptat cu prea multă ușurință. Ce-i drept, în această privință au cântărit destul de mult presiunile lui Carol I. Din păcate, constituanții nu au căutat o replică în balansul puterilor în stat. Nu s-au preocupat de clarificarea rolului domnitorului. Nu și-au propus să analizeze regimul politic transplantat cu privire la raporturile de putere dintre legislativ și executiv. Au ignorat în totalitate natura, structura și rolul executivului. În aceste condiții, reiterăm ideea că este dificil de crezut că elita politică românească descoperise diferența dintre regimul parlamentar monist și cel dualist. Cunoașterea logicii celui din urmă ar fi trebuit să provoace dezbateri pe seama finalității separației puterilor în stat, într-un regim reprezentativ în care guvernul era cheia stabilității politice.

Dincolo de legitimarea politică a statului român în Europa, prestigiul și autoritatea modelului constituțional au oferit și posibilitatea elitei politice românești să-și legitimeze interesele și, după caz, să-și ascundă neputințele.

Tote cele-alte dispozițiuni ale proiectului relativ la Domn și la miniștri sunt conforme cu dispozițiunile ce se găsesc în toate Constituțiunile statelor a căror formă de guvern este regimul monarhic constituțional⁴².

Legitimitatea formelor în plan extern a antrenat, se pare, și legitimitatea formelor în plan intern. Nevoia de a avea un stat național și unitar – suveran în plan intern – a determinat un import constituțional masiv. Urgența implicată în ecuația sa, dincolo de caracterele sale justificatoare, a agravat iraționalitatea cu care s-a efectuat transplantul constituțional. S-a transplantat masiv dintr-o singură sursă. Chiar dacă s-a considerat că o lege fundamentală trebuie să poarte caracterele poporului (D. Tacu), Constituția Belgiei a fost importată cu un grad mare de fidelitate. Constituanții au crezut că transplantul unei constituții de o anumită factură va duce la inginerii sociale, culturale și politice interne apropiate de tipul performanței înregistrate de obiectul transplantului în sistemul donator. Și nu doar atât. În ciuda cantității uriașe de mecanisme și instituții constituționale transplantate, aceștia se așteptau ca rezultatul transplantului să poarte „simțurile și gândirea poporului”, adică spiritul național al sistemului receptor?! Caracterul irațional se conturează clar în această ecuație ce pune în balanță cantitatea formelor constituționale importate și așteptările constituanților.

Referitor la așteptările elitei politice, se distinge poziția lui G. Știrbei. Acesta a subliniat faptul că o inginerie socială, culturală sau politică nu poate fi provocată printr-o inginerie constituțională, atât timp cât cea din urmă nu ia în calcul datele intrinseci ale societății în cauză. Drept urmare, în materia drepturilor și libertăților omului și ale cetățeanului, socotind că unele forme căutate a fi transplantate nu purtau nici un fel de identitate abstractă cu nevoile și specificul poporului, a indicat că soluția cea mai bună ar fi fost aceea în care s-ar da prioritate doar acelor drepturi și libertăți ce existau deja, măcar într-o formă incipientă, în fondul românesc. Cu alte cuvinte, G. Știrbei respingea, cel puțin în sfera catalogului de drepturi și libertăți, ingineriile constituționale, întrucât, potrivit acestuia, erau sortite eșecului.

(...) acelora care ne vin cu libertățile franțuzesci teoretice, le voi răspunde că noi nu voim asemenea libertăți, voim libertățile care se pot pune în practică; fiind-că voim ca cele libertăți să trăiască, iar nu voim ca ele să fie scrise pe hârtie și apoi date jos chiar prin poporul căruia voim să le dăm. (...) este foarte lesne și forte comod a vorbi numai despre libertățile naturale, imprescriptibile, și alte lucruri frumoase și pompose, e forte lesne, dar este mai greu a se gândi cine-vă la natura acelor libertăți, a face deosebire între acele libertăți și a vedea după cultură, după înaintarea societății ce libertăți îi se pot da, a vedea de exemplu în țera noastră ce libertăți sunt acelea de care se potă bucura în practică nu numai pe hârtie...⁴³. (în ședința din 20 iunie 1866)

Această legătură între cultura națională și constituție ar fi respins apelul la transplantul constituțional, deoarece, teoretic, existau soluții proprii, naționale, apte să răspundă la așteptările și nevoile desprinse din profilul cultural al românului. Fără a fi o surpriză, având în vedere mentalitatea generală a elitei politice românești – înclinația spre transplant juridic (*transplant bias*⁴⁴) –, identitatea spirituală românească a fost transpusă prea puțin în Constituția de la 1866. Sub scuza urgenței, Adunarea constituantă nu a pus în dezbatere decât unele din numeroasele instituții și mecanisme constituționale importate. Acele forme care au ajuns să fie puse în dezbatere au avut în mare parte câștig de cauză în fața tradițiilor constituționale românești. La fel s-a întâmplat și în cazul drepturilor și libertăților. A contat mai mult faptul că era transplantat un catalog de drepturi și libertăți occidentale.

Drepturile și libertățile românilor au fost transplantate aproape în totalitate din Constituția Belgiei. Așadar, în ciuda discursurilor ce puneau în primă scenă spiritul național, voința și tendințele națiunii, trebuințele ei prezente și viitoare, respectiv drepturile și libertățile vii ale romanilor (fără a le determina), caracterele intrinseci ale societății românești (spiritul ei) au fost, putem spune, abnegate în favoarea finalității externe a Constituției. Urgența din spatele transplantului, prestigiul și autoritatea modelului belgian au dus la ignorarea finalității interne a legii fundamentale.

După cum s-a evidențiat deja, exercițiul drepturilor politice a fost limitat pe criterii etnice. În sfera drepturilor și libertăților cetățenești, acest criteriu etnic a fost singurul element ce ar fi fost ancorat la spiritul național. Din păcate, acest aspect „original” a generat puternice caractere anti-liberale Constituției. În condițiile în care elita politică românească încerca să convingă puterile europene că statul-națiune românesc era capabil să se alinieze la

standardele constituționalismului modern de factură liberală, una din cele mai clare amprente românești puse în legea fundamentală de la 1866 afecta însăși ideea importului din cea mai liberală constituție din Europa, de la gradul cel mai înalt de legitimitate externă. Cauza poate fi reperată în aceea că elita politică românească a trebuit să lucreze concomitent și la nașterea efectivă a statului național român. Religia ortodoxă a fost găsită ca fiind principalul element identitar al națiunii române, factorul apt să-l diferențieze pe cetățeanul român de cel străin. Astfel, libertatea colectivă s-a evidențiat mult mai clar decât libertatea individuală. Constituționalismul liberal pune accent pe cea din urmă, dar statul român avea nevoie de naționalism pentru brodarea unei identități politice externe. De vreme ce primul obiectiv al constituenților români a fost acela de a consolida politic statul român național și unitar, naționalismul a ajuns să limiteze liberalismul. Paradoxal, Constituția Belgiei a fost aleasă drept model de inspirație pentru legea fundamentală românească pe motivul că era cea mai liberală la vremea respectivă. După cum am observat, a existat chiar și îndemnul ca drepturile și libertățile din CB să fie limitate la caracterele vii ale poporului român, la ceea ce putea trece de pe hârtie în practică. Ar fi fost interesant de descoperit care ar fi fost acele drepturi și libertăți de care poporul român se bucura – tradițional – în mod efectiv. La mijlocul secolului al XIX-lea, libertățile omului și cetățeanului presupuneau abțineri din partea statului. Drepturile și libertățile omului și cetățeanului au fost proclamate înainte de a fi exercitate efectiv (excepție, constituționalismul englez). Ele au fost consacrate juridic (constituțional) tocmai pentru a fi protejate de puterile statului, dar nu prin intervenții, ci, oricât de paradoxal ar suna, prin pasivitate. De aceea s-a pus accent pe libertăți și mai puțin pe drepturi. Doar mai târziu s-a dezvoltat și latura socială a constituționalismului, care a reclamat intervenția statului în reglarea inegalităților sociale. Constituenții români au protimisit libertatea colectivă. Ca atare, s-a înregistrat o cu totul altă finalitate, chiar dacă libertatea colectivă și libertatea individuală sunt analoage⁴⁵. Această stare este purtată doar până la un punct, după care una duce la regresul celeilalte⁴⁶. În 1866, interesul a căzut pe libertatea națională, pe dreptul națiunii de a nu fi pusă sub un jug străin, pe libertatea sa de a-și determina propria soartă. Astfel, libertatea individuală a fost limitată de libertatea națiunii. S-a realizat o alianță incomodă între mișcările liberale și cele naționale .

Uneori, libertatea națională i-a facut pe oameni să prefere despotul de aceeași rasă, guvernământului liberal al unei majorități străine și a furnizat adesea pretextul unor restricții impuse, fără scrupule, membrilor diverselor minorități⁴⁷.

Din cele semnalate mai sus se evidențiază situații contradictorii ca finalitate. Pe de o parte, urgența afirmării statului național român și unitar a pus în atenție sporită naționalismul. Pe de altă parte, necesitatea legitimării internaționale a identității politice a statului-națiune român a proiectat cerințe liberale pentru reglementarea constituțională. Din această pendulare între naționalism și liberalism, s-au născut nu puține caractere iraționale în procesul transplantului constituțional. Liberalismul a fost atenuat de lupta

pentru stat. În România, constituționalismul nu s-a născut din lupta împotriva statului, ci din lupta pentru nașterea ori recunoașterea sa⁴⁸. Pe cale de consecință, nu surprinde faptul că valorile liberalismului și finalitățile constituționalismului liberal nu au fost pe deplin asumate de clasa politică românească. Acestea au fost privite mai degrabă ca niște instrumente capabile să legitimizeze identitatea politică a statului român, decât ca niște metode de înlănzire a puterii statale. Pentru elita politică românească, constituționalismul liberal, domnia străină și ereditară și guvernământul reprezentativ au fost, de fapt, elemente străine ce trebuiau îmbrățișate pentru a așeza, consolida și legitima temelia statului român. În acest context, imitarea aceluiași baze pe care erau așezate statele din Europa Occidentală ar fi fost absolut necesară.

La data de 1/13 martie 1866, I. Lahovari și E. Stătescu (studenți la Paris), explicau, printr-o scrisoare tipărită într-o publicație franceză, care ar fi fost motivele pentru care românii au ales să nu dea curs dorințelor lor reale.

Dacă românii cer prinț străin, nu o fac pentru plăcerea de a plăti o listă civilă, nu o fac pentru că se simt incapabili de se governa ei înșiși, o fac parte pentru a pune capăt tuturor pretențiilor, pentru a depărta toate ambițiunile, pentru a nu lăsa nici un pretest intervenției străine. Acei care se miră de o asemenea dorință, acei care ne impută că nu am profitat de această ocaziune pentru a proclama republica, nu se gândesc că sunt necesități de situațiune de care trebuie să se țină cont⁴⁹.

Tot I. Lahovari, în februarie 1866, într-o „declarație de principii” a grupării politice conservatoare, preciza că

Europa monarhică și constituțională este o mare familie. Vrem și noi să intrăm în această familie, să trecem (...) în rândul națiunilor civilizate și europene⁵⁰.

Așadar, monarhia constituțională nu a fost îmbrățișată datorită succesului practic pe care îl avea în Europa de Vest. Prințul străin a fost adus pentru satisfacerea aceluiași finalități externe pentru care au fost transplantate mecanismele și instituțiile constituționale belgiene. Artificialitatea acestor demersuri nu putea decât să genereze profunde caractere iraționale formelor constituționale transplantate în Constituția de la 1866. S-a transplantat fără a se ridica pertinente și concludente întrebări referitoare la efectele sale interne. Atunci când s-a pus problema „statului viu”, prestigiul și autoritatea modelelor occidentale au dat câștig de cauză „statului artificial”, dar acceptat de Europa modernă.

Societatea românească urma să fie fabricată prin intermediul dreptului constituțional importat. Această așteptare era în sine una irațională. Vorbim despre un transplant constituțional masiv și aproape deloc adaptat. Cele mai importante mecanisme și instituții pentru angrenajul constituțional importat nu au fost discutate. *E.g.*, dezbaterile pe seama religiei, cetățeniei, structurii parlamentului, veto-ului absolut al monarhului (firav) responsabilitatea juridică a miniștrilor și inamovibilitatea judecătorilor nu au fost suficiente pentru a asigura conturarea teoretică a acelor parametri funcționali necesari pentru succesul

transplantului constituțional. Dimpotrivă, chiar dacă transplantul a fost unul voluntar (la suprafață), în realitate s-a dovedit a fi unul involuntar. Majoritatea soluțiilor românești au fost frustrate de soluțiile externe. Chiar și lacunele Constituției Belgiei au fost transplantate, deși în constituționalismul românesc oferea datele necesare pentru eliminarea lor. Ne referim aici la ideile constituționale dezvoltate de adunările ad-hoc din 1857⁵¹.

Toate aceste lacune urmau să fie compensate de cutumele constituționale specifice regimului parlamentar dualist. Clasa politică românească nu a reușit, sub Constituția importată, să dea naștere acelor cutume specifice parlamentarismului dualist. Era și greu să se întâmple acest lucru, din moment ce Adunarea constituantă nu a căutat să descopere logica regimului politic transplantat. Drept urmare, în timp, rămășițele monarhiei (auto)limitate au fost reactivate și puse în centrul practicii politice. Chiar și atunci când politicienii s-au văzut scoși din obiectivarea uneia din dorințele lor din 1866 – înlăturarea autoritarismului cuzist – , nu au căutat să elimine lacunele Constituției, nu s-au concentrat pe necesitatea revizuirii ei în direcția clarificării rolului monarhului și a responsabilității politice a guvernului⁵². Taberele politice au luptat împotriva monarhului, cu scopul de a-l înlătura de la domnie, și au căutat să-și asigure pârgurile necesare pentru dobândirea puterii-exercițiu⁵³, i.e. revizuirea sistemului electoral⁵⁴. Parametrii iraționali sub care s-a realizat transplantul constituțional au făcut ca mecanismele delicate ale parlamentarismului dualist să nu fie luate în cunoaștere de clasa politică românească.

§4. Concluzii

Din cele prezentate, rezultă că Adunarea constituantă de la 1866 a avut o atitudine profund irațională față de finalitatea internă a transplantului constituțional. Demagogia cu care au fost invocate tradițiile românești și lipsa preocupării reale pentru clarificarea rolului monarhului (organizarea puterii în stat), pe un fond în care constituanții anunțaseră că legea fundamentală va fi o aspră replică la guvernământul pe care îl înlocuia, postulează iraționalitatea cu care s-a transplantat.

Menținerea convingerii că transplantul va putea fi controlat de societatea receptoare, în pofida volumului importat, și că rezultatele (ingineriile socio-politice) vor adevăra vorbele potrivit cărora România era *Belgia Orientului*⁵⁵ desfășoară o altă serie de parametri iraționali.

Urgența cauzată de contextul geopolitic în care se aflau Principatele Române, prestigiul și autoritatea modelului constituțional belgian i-au aruncat pe constituanții români, cuceritori de cultura juridică occidentală⁵⁶, într-un proces de import constituțional irațional. Acestea, totuși, nu au „orbit” elita politică românească. După cum am observat, aceasta era conștientă de riscurile imitațiilor servile, de necesitatea de a lua în măsura importului și caracterele intrinseci ale societății receptoare. Din păcate, în mod conștient s-a renunțat la soluțiile constituționale românești. Astfel, parametri iraționali se găsesc nu doar în împrejurarea renunțării la soluțiile interne în favoarea prestigiului și autorității experienței constituționale occidentale, ci și în faptul că s-a abandonat cu bună știință bagajul soluțiilor constituționale românești.

(...) *dacă au copiat, pentru ce nu își au dat cel puțin osteneala să o copieze fidel*⁵⁷?
(N. Blaremburg, referitor la libertăți, în ședința din 20 iunie 1866)

Actorii transplantului constituțional de la 1866 nu și-au pus în mod real problema decodificării corpurilor juridice transplantate, cu toate că în discursurile politice din cadrul dezbaterilor constituționale s-au invocat stări conflictuale între vechile soluții românești și noile soluții occidentale. Câștig de cauză au avut cele din urmă, ceea ce ne face să credem că reperatele și soluțiile desprinse din fondul cultural și istoric românesc nu au fost invocate în mod sincer.

Dezbaterile constituționale din 1866 nu au acoperit toate subiectele care în mod normal ar fi trebuit să preocupe o elită politică însărcinată cu adoptarea unei constituții. În ce măsură urgența aducerii unui prinț străin justifică lipsa dezbaterilor privind rolul monarhului și cât de mult scuză urgența legitimării internaționale a identității politice autonome a statului român național și unitar faptul că discuțiile pe marginea organizării puterii politice statale nu au acoperit, de pildă, problema separației puterilor în stat? Un răspuns este aproape imposibil de susținut. Cert este că, pentru actorii transplantului constituțional, a fost mai important să întocmească o declarație cu finalitate externă decât una cu finalitate internă. Evident, pentru satisfacerea finalităților interne, clasa politică românească ar fi trebuit să cunoască și să-și asume în mod sincer și coerent ideologia constituționalismului liberal, ceea ce ar fi fost greu în condițiile în care aceasta s-a lăsat furată de prestigiul și autoritatea constituției belgiene de la 1831. Nu a cuplat formele cu fondul receptor și nici nu a încercat să le supună unui proces rațional de adaptare (transpoziție). Urgența nu poate să justifice în totalitate cauzele transplantului constituțional și nicidecum să prezinte o scuză generală pentru rezultatele dezbaterilor. Nu s-a cedat exclusiv în fața presiunii timpului. Interesele politico-juridice de moment și complexele de inferioritate izvorâte din imaginea înapoiată a societății românești au pătruns de asemenea în logica transplantului. Autoritatea și prestigiul modelului belgian, sustrate din admirația pentru societatea franceză, interesele politice și urgența modernizării au format logica și în același timp ilogica transplantului constituțional de la 1866. Urgența, în mod singular, nu poate justifica/scuza trăsăturile iraționale și inconștiente ale transplantului.

*Să votăm dar, domnilor, această Constituțiune cât mai curând, această Constituțiune care să fie bine simțită și bine primită de toți Românii, bine susținută de națiune; să ștergem dintr'ensa ori-ce cestiune impopulară ca ea să devie sufletul României și când va veni streinul națiunea să voască mai bine a peri de cât a își pierde Constituțiunea*⁵⁸. (D. Ghika, în ședința din 22 iunie 1866)

Urgența poate justifica de ce în 1866 s-a transplantat aproape în totalitate constituția belgiană de la 1831? Întrucât au fost constrânși de presiunea timpului, constituanții români au preferat să nu riște să modifice irațional formele preluate din dreptul public belgian? Au crezut cu adevărat că modernizarea societății românești poate să aibă loc prin transplantarea tradițiilor constituționale belgiene și franceze cuprinse în forme? Cert este că elita politică

românească a transplatat instituții și nu idei. Actorii transplantului și-au propus să aducă în spațiul românesc un set de instrumente moderne care, în timp, să determine o evoluție proprie a societății românești? Dacă răspunsul este afirmativ, în sensul că se aștepta o interacțiune între formă și fond, atunci de ce în cadrul dezbaterilor nu au dat contur și mai vechilor soluții de la 1857? Acestea au fost invocate și folosite ca argumente și contraargumente în puținele probleme ridicate cu privire la organizarea politică statală, dar, până la urmă, au fost lăsate în afara formelor. Au dispus de timpul necesar pentru a le invoca și prezenta, dar nu au beneficiat de nici un moment care să fi permis încercarea unei reale prognoze a interacțiunii dintre fond și formă? În final, constituenții și-au asumat tradițiile constituționale franceze și belgiene sub forma unor instrumente. Au crezut că prin forma spiritului lor societatea românească va putea să-și dezvolte propria cultură juridică (constituțională).

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea din București; razvan_cosmin.roghina@yahoo.ro; prezentul articol constituie un rezultat parțial al cercetării mele doctorale.

¹ Pentru o analiză asupra fenomenului transplantului constituțional, a se vedea R.C. ROGHINĂ, *Transplantul constituțional*, RDPb, nr. 4/2012, pp. 124-140. Transplantul constituțional este o specie a transplantului juridic. Pentru o analiză critică asupra teoriilor transplantului juridic, a se vedea IDEM, *Teoriile transplantului juridic*, în „*Studii și Cercetări juridice europene/ European Legal Studies and Research*”, Conferința Internațională a doctoranzilor în drept”, ediția a 5-a (Timișoara, 2013), Edit. Universul Juridic, București, 2013, pp. 632-644.

² În acest sens, în doctrină, se folosește și sintagma *migrație constituțională* (S. CHOUDHRY, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=94352>).

³ R. SACCO, Legal formants: A dynamic approach to comparative law (II)”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 398; M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Legal Transplants and Receptions*, în “The Oxford Handbook of Comparative Law”, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford University Press”, pp. 457-458.

⁴ Șansa, susține A. Watson, joacă un rol important în alegerea/determinarea sursei transplantului. Acesta o asemeiește cu situația în care găsim o carte utilă într-o bibliotecă doar pentru că am ales să căutăm informații într-un anumit domeniu (șansa). A se vedea A. WATSON, *The Nature of Law*, Blackwell, Oxford, 1985, pp. 106-110.

⁵ J.M. MILLER, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 5, 2003, pp. 845-846.

⁶ *Ibidem*, pp. 854-859.

⁷ D. BERKOWITZ, K. PISTOR, J.F. RICHARD, *The Transplant Effect*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 179-180. Autorii au examinat destinul transplanturilor juridice comparând “nivelele de legalitate” atinse în ultimii 200 de ani de 49 de țări diferite. Cele 49 de țări și-au dezvoltat sistemul de drept fie prin creații juridice interne, fie prin intermediul importului de legi străine. Cele care au avut „șansa” unui transplant juridic voluntar au înregistrat rezultate mai bune. De asemenea, a se vedea E. ÖRÜCÜ, *Law as Transposition*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002., p. 208.

⁸ J.M. MILLER, *op. cit.*, pp. 847-849.

⁹ Termenul „imperialism” a apărut la mijlocul secolului al XIX-lea. Cuvântul a fost folosit pentru a caracteriza Pax Britanica, adică perioada în care “Imperiul britanic” a controlat rutele cheie din comerțul maritim. Poziția ocupată i-a permis să dezvolte și să întrețină relații internaționale de pe poziții

dominante, impunând condiții pentru anumite permisiuni sau beneficii dincolo de uscat. Regulile maritime erau, în mare măsură, impuse de britanici, subiecții aflați pe o scară inferioară având doar varianta acceptării, introducerii în dreptul lor a unor reguli în mod involuntar. Un asemenea fenomen se poate enunța ca fiind un transplant juridic dictat. Asemenea împrejurări s-au înregistrat din cele mai vechi timpuri (*pax romana*). Romanizarea dacilor este un exemplu. Politicile duse față de țările colonii, în general, este un alt exemplu ce se încadrează în tiparul enunțat.

¹⁰ J. deLISLE, *Lex Americana? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, Journal of International Economic Law, University of Pennsylvania, Vol. 20, 1999, pp. 209-211.

¹¹ M. GUȚAN, *Romanian Tradition in Foreign Law Import: Between Necessity and Weakness*, în „Imperialism and Chauvinism in the Law, colloquium – 20th anniversary of the Swiss Institute of Comparative Law”, Schulthess, Genève - Zurich - Bâle, 2004, pp. 66-67; IDEM, *Forme pe un alt fond: transplantul juridic comunitar și cultura juridică românească*, Pandectele Române, nr. 5/2008, p. 19.

¹² IDEM, *Romanian Tradition in Foreign Law Import: Between Necessity and Weakness*, p. 67.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ A. WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978, pp. 313-336.

¹⁵ Spre exemplu, principalii actori ai transplantului constituțional din România secolului al XIX-lea au fost politicienii care și-au format modul de a gândi despre drept cu precădere în Franța, la Paris. În aceste condiții, adăugând și contextul geopolitic, înclinarea spre dreptul francez nu surprinde.

¹⁶ M. GUȚAN, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷ IDEM, *Forme pe un alt fond: transplantul juridic comunitar și cultura juridică românească...cit*, p. 19.

¹⁸ A se vedea D.A. STURDZA, J.J. SKUPIEWSKI, *Acte și documente relative la istoria renascerei României*, Vol. IX, Edit. Institutul de Arte Grafice Carol Göbl, București, 1901, pp. 418 și urm.; D. BĂLAN, *Ideea de „prinț străin” în dezbaterile Adunărilor ad-hoc la 1857*, D. VITCU (coord.), *Prin labirintul istoriei. Stat, societate și individ în perioada construcției naționale*, Edit. Junimea, Iași, 2009, p. 185-199.

¹⁹ M. GUȚAN, *Transplant constituțional și constituționalism în România modernă 1802-1866*, Edit. Hamangiu, București, 2013, pp. 399-400.

²⁰ A. PENCOVICI, *Desbaterile Adunării constituante de la 1866 asupra constituției și legii electorale din România*, Tipografia Statului, Curtea Șerban Vodă, București, 1883, pp. 207-208.

²¹ M. GUȚAN, *op. cit.*, p. 402.

²² A. PENCOVICI, *op. cit.*, p. 207.

²³ *Ibidem*, p. 51.

²⁴ Practica constituțională a deviat de la mecanismele funcționale specifice regimului parlamentar dualist. A ajuns să le transgreseze într-atât de mult încât regimul politic transplantat din actul juridic fundamental belgian de la 1831, în loc să evolueze spre varianta parlamentarismului monist, s-a transformat într-un fel de monarhie constituțională (auto)limitată/ monarhie constituțională autoritară; „monarhie administrativă”/ „regim guvernamental”, după cum o califică P. NEGULESCU (*Tratat de drept administrativ român*, Vol. II: Organizarea administrativă a României, Partea I-a, Atelierele grafice ale Fundației Culturale Voievodul Mihai, București, 1930, p. 93).

A existat un guvernământ pseudo-reprezentativ. Alegerile erau fraudate, iar rotativa guvernamentală instrumentată de regele Carol I, începând cu anul 1881, a întărit acest derapaj constituțional și democratic. Dizolvarea parlamentului, urmată de obișnuitele fraudări electorale, nu a avut rolul de a valida sau invalida o anumită viziune politică, aparținând monarhului sau parlamentului, ci „misiunea” de a legitima formal un nou guvern, ce se identifica cu agenda politică a domnului/regelui. În astfel de împrejurări, corpul electoral nu era decât un alt instrument de putere aflat în mâinile lui Carol I. Guvernământul reprezentativ și democrația nu au fost o realitate. Domnul nu doar a domnit, ci a și guvernat. A reușit să guverneze prin intermediul cabinetului ministerial, prin

exercitarea dreptului de veto absolut, respectiv prin punerea în exercițiu, în afara logicii parlamentarismului dualist, a pârgției constituționale a dizolvării parlamentului. A fost actorul principal al scenei politice. Activarea responsabilității politice a guvernului în fața parlamentului a fost sporadică, mai des întâlnită doar în primii 5 ani de domnie ai lui Carol I. Guvernul, „subordonând” parlamentul – organul reprezentativ al națiunii –, s-a apropiat de logica cabinetului ministerial creionat de Convenția de la Paris și Statutul Desvoltător al lui A.I. Cuza. Treptat, Reprezentanța națională a devenit emanația guvernului, de unde și caracterizarea regimului politic ca „monarhie guvernamentală” sau „administrativă”. Art. 93 din legea fundamentală, care îi permitea regelui să numească și să revoce miniștrii, a fost înțeles prin logica monarhiei limitate, în care monarhul alegea după bunul său plac miniștrii, ignorând chiar «judecata» corpului electoral (A se vedea, G. TĂTĂRESCU, *Regimul electoral și parlamentar în România*, ed. a II-a, Edit. Pro, București, 2004, pp. 120-130). Consecințele au fost răsturnarea răspunderii politice – solidară sau individuală – a miniștrilor în fața parlamentului, schimbarea rolului guvernului și transgresarea logicii constituționale a dizolvării parlamentului de către domn/rege. În primii ani de domnie ai lui Carol I am întâlnit câteva cazuri în care dizolvarea parlamentului a avut rolul de a împiedica unele blocaje politice. Treptat, această pârghie nu a mai avut rolul de a legitima o anumită viziune politică, ci de a înlătura una, mai precis acea viziune a majorității parlamentare ce se dovedea potrivnică guvernului. Carol I, având experiența alegerilor care ofereau majorității firave, incapabile să susțină un guvern, a ales să devină un element politic de echilibru artificial între parlament și guvern. Dar, acest exercițiu de superarbitru al monarhului a generat o practică politică în care guvernul părea a fi deasupra parlamentului. Dizolvarea celui din urmă a devenit, implicit, o armă în mâinile cabinetului ministerial. Nu puține au fost cazurile când guvernul a amenințat parlamentul cu dizolvarea. Astfel, capacitatea parlamentului de a conduce politicile publice ale statului a fost serios afectată. Nu trebuie scăpat din imagine faptul că, în exercițiul rotativei guvernamentale, guvernul primea „conducerea” sau „facerea” alegerilor. Logica regimului parlamentar a fost aspru lezată. Veto-ul absolut era un drept specific monarhului din monarhia limitată. Având în vedere această realitate, veto-ul absolut a putut, prin incapacitățile clasei politice și prin prisma mentalității germane a lui Carol I, să-și păstreze finalitatea tradițională. Monarhul, deținând pârghia constituțională a dizolvării parlamentului și dreptul de veto absolut, s-a bucurat de largi prerogative de putere. Într-o societate românească aflată la începutul încropirii unui regim parlamentar modern, aceste atribuții monarhice au contribuit, alături de lipsurile de ordin ideologic și organizatoric ale clasei politice românești, la anularea șansei de parlamentizare a vieții politice. Consacrarea constituțională a mandatului reprezentativ și a imunității parlamentare nu au putut să încurajeze, ele singure, ascendența parlamentului față de monarh. Fiind vorba de o perioadă de tranziție între monarhia limitată și regimul parlamentar monist, calea evoluției, spre prima sau a doua, era modulată de activismul sau pasivismul clasei politice (C. CREWE, H.R. FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Presse Universitaire de France, Paris, 1995, p. 370). Teoretic, activismul politic – corect ancorat la finalitățile regimului parlamentar – al clasei politice trebuia să ducă la pasivismul politic al monarhului, la autonomia guvernului față de acesta – regim parlamentar monist. Din păcate, pasivismul politic al clasei politice – neputința de a jongla cu mecanismele delicate ale regimului parlamentar dualist – a declanșat activismul politic monarhic, ceea ce a determinat reactivarea accentelor autoritare din monarhia limitată. (Pentru o imagine asupra vieții politice românești de după adoptarea Constituției de la 1866, a se vedea T. DRĂGANU, *Începuturile și dezvoltarea regimului parlamentar în România, până la 1916*, Edit. Dacia, Cluj-Napoca, 1991; A. IORDACHE, *Instituirea monarhiei constituționale și regimul parlamentar în România. 1866-1871*, Edit. Majadahonda, București, 1997; S. CRISTESCU, *Carol I și politica României (1878-1912)*, Edit. Paideia, București, 2007; V. DOCEA, *Jurnal. Carol I al României*, Vol. I: 1881-1887, Polirom, Iași, 2007; ***, *Memoriile Regelui Carol I al României*. De un

martor ocular, S. NEAGOE (ed.), Vol. I-IV, Edit. Scripta, București, 1992; T. MAIORESCU, *Discursuri parlamentare. Cu priviri asupra dezvoltării politice a României sub domnia lui Carol I*, Vol. I (1866-1878), Vol. II (1876-1881), Edit. Librăriei Socecu & Co, București, 1897; Vol. III (1881-1888), Edit. Librăriei Socecu & Co, București, 1899; Vol. V (1895-1899), Edit. «Minerva», București, 1915), G. TĂTĂRESCU, *op. cit.*.

²⁵ Dacă e adevărat că Proiectul Comisiei Centrale din 1859 (PCC) nu este altceva decât o imagine a Constituției Belgiei de la 1831 (C.C. ANGELESCU, *Izvoarele Constituției române dela 1866*, Dreptul, nr. 30-31, 1920; I.C. FILITTI, *Izvoarele Constituției de la 1866*, Tipografia ziarului Universul, București, 1934), înseamnă că regimul politic reglementat de primul se confundă cu cel din modelul constituțional belgian – regim parlamentar (dualist). Noi considerăm că PCC este departe de a fi o copie fidelă a actului juridic fundamental belgian și, implicit, socotim că legea fundamentală de la 1866 se îndepărtează de proiectul constituțional din 1859. Reglementarea Comisiei Centrale diferențiază destul de clar, sub aspectul distribuției puterii în stat, PCC de Constituția Belgiei (CB), Proiectul Consiliului de Stat (PCS) și Constituția României de la 1866 (CR). În PCC, competențele parlamentului erau aproape complet reconfigurate de existența Comisiei Centrale și de felul atribuțiilor pe care aceasta le avea. Spre exemplu, acordarea inițiativei legislative doar monarhului și Comisiunii Centrale scoate în evidență un derapaj de la logica regimului politic ce părea să fie consacrat de numeroasele articole transplantate din CB. Parlamentul, în PCC, era lipsit de un drept specific.

Art. 33 PCC.: *Numai domnul și Comisiunea Centrală au dreptul de inițiativă legislativă.*

Art. 27 CB: *L'initiative appartient à chacune des trois branches du pouvoir législatif.*

Néanmoins toute loi relative aux recettes, ou aux dépenses de l'état ou au contingent de l'armée, doit d'abord être votée par la chambre des représentants.

Art. 29 PCS: *Inițiativa legilor este dată Domnului și Adunarei generale.*

Art. 33 CR: *Inițiativa legilor este fiecăreia din cele trei ramuri ale Puterii legislative.*

Totuși, orice lege relativă la veniturile și cheltuielile Staului sau la contingentul armatei, trebuie să fie votată mai întâi de Adunarea Deputaților.

Pe formă, se observă cu claritate faptul că PCC se îndepărtează de CB și că CR își confirma fidelitatea față de actul juridic fundamental belgian. Sursa de inspirație pentru art. 33 PCC a fost Convenția de la Paris, care punea în exercițiul puterii legislative gospodarul, Adunarea și Comisiunea Centrală. Cea din urmă, în baza reglementării convenționale, influența semnificativ procesul legislativ. În 1859, proiectul de constituție scoatea de asemenea în evidență înrăurirea pe care Comisia o avea în sfera legiurii. În acest sens, pe fond, diferențele dintre PCC și CB, respectiv între PCC și CR, devin concludente.

Într-un regim parlamentar, inițiativa legislativă trebuia să aparțină și parlamentului. Ca expresie a guvernământului reprezentativ, suveranitatea națională își găsea reprezentarea în parlament, organul politic care, în baza legitimității sale, primea capacitatea legiferării²⁵. În măsura în care principalul for reprezentativ al națiunii era lipsit de dreptul de a avea inițiativă legislativă, în favoarea monarhului sau a unui organ subordonat ori numit (în tot sau în parte) de acesta, regimul politic în cauză nu mai era reprezentativ, parlamentar. Era vorba, în schimb, de o monarhie (auto)limitată, în care monarhul încă se bucura de o efectivă capacitate de guvernare. În regimul parlamentar al vremii, anume cel dualist, echilibrul de putere între parlament și monarh prescria acordarea inițiativei legislative ambilor poli de putere²⁵.

În PCC, Adunarea Generală (parlamentul) era lipsită de inițiativă legislativă, deși era parte din puterea legislativă. Era, astfel, puternic dezavantajată în raport cu monarhul, nebeneficiind de suficiente pârghii pentru a îi contrabalansa puterea. Deși reprezenta națiunea, parlamentul cu greu putea să influențeze politicile publice. În acest sens reținem și limitarea dreptului de amendament al Adunării. Comisia Centrală, deși nu era un organ politic legitimat de un corp

electoral confundat cu națiunea, evalua amendamentele parlamentului la proiectele de legi venite din partea sa sau a domnului și le putea respinge în mod definitiv.

Art. 70 PCC: *Adunarea generală discută și votează proiectele de legi care se înfățișează de către Domn, din parte-i, sau din partea Comisiunii Centrale. Adunarea le poate amenda, sub rezerva art. 94 din Constituțiune.*

Art. 94 PCC: *Dacă Adunarea introduce amendamente la proiectele de legi, proiectul amendat se trimite Comisiunii Centrale, care apretuiește și hotărăște un proiect definitiv, pe care Adunarea nu-l mai poate decât adopta sau respinge total.*

Art. 70 PCS: *Adunarea are dreptul de a amenda și a separa articolele și amendamentele propuse.*

Art. 48 CR: *Adunările au dreptul de a amenda și a separa articolele și amendamentele propuse.*

Art. 42 CB: *Les chambres ont le droit d'amender et de diviser les articles et les amendements proposés.*

Pe formă, diferențele sunt indiscutabile. Prin urmare, trecând pe fond, constatăm că PCC, deși afirma principiul suveranității naționale, devia de la logica guvernământului reprezentativ, de la coordonatele regimului parlamentar (dualist). Identitatea PCC-ului se găsea mai repede în Convenția de la Paris, indirect în Constituția franceză de la 1852, decât în legea fundamentală belgiană de la 1831. Parlamentul nu stătea pe o poziție de contrabalansare a puterii monarhului, în ideea obținerii unui echilibru de putere în angrenajul constituțional. Dimpotrivă, monarhul avea un ascendent de putere considerabil față de Adunare. PCC a consacrat în dreptul monarhului și *veto-ul absolut*. În împrejurarea în care parlamentul era depozat de importante prerogative specifice unui for reprezentativ suprem, veto-ul absolut al domnului nu mai avea rolul de a contrabalansa puterea celui dintâi. Domnul, prin prisma dreptului constituțional în cauză, nu se mai așeza în poziția unui arbitru constituțional între parlament și executiv, precum în CB și, mai târziu, în CR, ci în ipostaza unui monarh puternic – activ în scena guvernării, deținând importante arme politice personale. Domnul, respectând prevederile constituționale din PCC, putea să-și impună cu ușurință agenda politică. Comisia Centrală de la Focșani, îmbinând reglementări constituționale antagonice, anume prevederile actului juridic fundamental belgian, care promova parlamentarismul, cu dispozițiile Convenției de la Paris, care cultiva cazarismul, a dat naștere unei incoerente formule de organizare a puterii politice în stat. Instituționalizarea puterii politice nu s-a făcut sub auspiciile guvernământului reprezentativ, în pofida art. 30 PCC. Organul politic care avea cea mai largă legitimitate națională – parlamentul – era plasat, paradoxal, într-un plan secundar, având în vedere modul concret în care era prescrisă distribuția puterii în stat. Chiar dacă numărul articolelor transplantate în PCC din Convenția de la Paris a fost mult mai redus în comparație cu cele importate din CB, impactul celor dintâi asupra definirii regimului politic a fost mult mai accentuat.

²⁶ A. PENCOVICI, *op. cit.*, pp. 23-29.

²⁷ *Ibidem*, pp. 184-212.

²⁸ *Ibidem*, p. 115.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*, p. 192.

³¹ *Ibidem*, p. 211.

³² G. FRANKENBERG, *Comparing Constitutions: ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 4, 2006, p. 450.

³³ De subliniat este că elita politică românească era formată din absolvenți ai facultăților de drept din Franța, iar mulți dintre ei aveau titluri de doctor obținute tot în sistemul de învățământ francez. Ca atare, actorii transplantului erau adunați nu în simple grupuri politice, ci în grupuri politico-juridice, care promovau și, în majoritatea cazurilor, credeau sincer în superioritatea dreptului francez.

³⁴ A. PENCOVICI, *op. cit.*, pp. 192-193.a

³⁵ *Ibidem*, p. 64.

³⁶ *Ibidem*, p. 251.

³⁷ Pentru mai multe detalii, a se vedea M. GUȚAN, *op. cit.*, *passim*.

³⁸ A. PENCOVICI, *op. cit.*, pp. 24-25.

³⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ *Ibidem*, p. 244.

⁴² *Ibidem*, pp. 31-31.

⁴³ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁴ Este vorba despre receptivitatea sau dependența juridică pe care un sistem de drept o poate dezvolta, în timp, față de un altul (înclinare spre transplant, înclinare spre o anumită sursă sau model). Nu este o apropiere datorată unei selecții bazate pe cântărirea tuturor alternativelor posibile, ci, mai degrabă, este o alegere *dictată* de tradiția lingvistică avută în comun (în parte sau în tot) cu potențialul sistem donator și de prestigiul celui din urmă. Admirația pentru un anumit sistem de drept modulează inevitabil și sfera educațională din societatea receptoare (A. WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978, pp.313-336). Astfel de împrejurări pot duce la ignorarea altor surse, probabil mai bune.

⁴⁵ F. HAYEK, *Constituția libertății*, Edit. Institutul european, Iași, 1997, p. 38.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ S. MARTON, *La construction politique de la nation. La nation dans les débats du Parlement de la Roumanie (1866-1871)*, Edit. Institutul European, Iași, 2009, p. 97.

⁴⁹ G. CHIRIȚĂ, *Organizarea instituțiilor moderne ale statului român (1856-1866)*, Edit. Academiei Române, București, 1999, p. 19, n.s. 11.

⁵⁰ *Ibidem*, n.s. 12.

⁵¹ A se vedea G. PETRESCU, D.A. STURDZA, D.C. STURDZA, *Acte și documente relative la istoria renascerei României*, Vol. V, Institutul de Arte Grafice Carol Göbl, București, 1890; D.A. STURDZA, C. COLESCU-VARTIC, *Acte și documente relative la istoria renascerei României*, Vol. VI, Institutul de Arte Grafice Carol Göbl, București, 1896; G. PETRESCU, D.A. STURDZA, D.C. STURDZA, *Acte și documente relative la istoria renascerei României*, Vol. VII, Institutul de Arte Grafice Carol Göbl, București, 1892; D.A. STURDZA, J.J. SKUPIEWSKI, *Acte și documente relative la istoria renascerei României*, Vol. IX 1857-1859, București, 1901.

⁵² Revizuirile Constituției au avut ca obiect principal exercițiul drepturilor politice și sistemul electoral.

⁵³ A se vedea, Sorin L. DAMEAN, *Carol I al României 1866-1881*, Vol. I, Edit. Paidea, București, 2000, pp. 99-144; I. SCURTU, *Istoria românilor în timpul celor patru regi (1866-1947)*, Vol. I – Carol I, Edit. Enciclopedică, București, 2011, pp. 133 și urm..

⁵⁴ G. TĂTĂRESCU, *op.cit.*

⁵⁵ După cum enunța M. Kogălniceanu, în 1859, în cadrul lucrărilor *Comisei Centrale* (Ioan STANOMIR, *op. cit.*, p. 326).

⁵⁶ Majoritatea membrilor Adunării constituante și-au format în mod artificial epistemologia juridică în afara sistemului educațional românesc. Mai precis, aceștia absolviseră cu precădere facultățile de drept franceze. Mulți dintre aceștia își luaseră și doctoratele în același loc.

⁵⁷ A. PENCOVICI, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 132.