

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

4/2023
octombrie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf.univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist.univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect.univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB-BOCȘAN

prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf.univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS/TABLE OF CONTENTS/TABLE DES MATIÈRES

- »**Studii:** DOROGA Sorina: [*The Autonomy of the EU's Legal Order and its Dimensions*](#).....13-42
- »**Studii:** KIRÁLY Miklós: [*Competing methods and norms in the regulation of international sales*](#) 43-71
- »**Studii:** BOTĂU Diana: [*Rude vitrege ale izvoarelor de drept internațional*](#) ..72-105
- »**Studii:** GOICOVICI Juanita: [*Publicitatea personalizată și selectarea temeiurilor legale pentru prelucrarea datelor personale de către platformele digitale*](#).....106-154
- »**Studii:** COSTAȘ Cosmin-Flavius, PUȚ Septimiu-Ioan: [*Sport, amenzi, liberă circulație a lucrătorilor și cauze de interes la Curtea de Justiție a Uniunii Europene*](#)..... 155-179
- »**Studii:** ȘERBAN Alina-Doris, BOGDAN Sergiu: [*Analiză a modificărilor aduse Codului penal în materia infracțiunilor contra persoanei*](#)..... 180-216

LISTA ABREVIERILOR

Observație: pentru explicațiile aferente regulilor de compunere a abrevierilor utilizate, modul corect de întrebuițare dar și clasificarea în funcție de proveniența și uzul acestora, a se consulta „Ghidul abrevierilor” redacției Studia UBB Iurisprudentia¹.

Următoarele abrevieri sunt prezentate în ordine alfabetică:

- ^ ----- indice [al articolelor de lege];
- a.c. ----- anul curent;
- A.R.P.R. ----- Academia Republicii Populare Române (1948- 1965);
- A.R.S.R. ----- Academia Republicii Socialiste România (1965-1989);
- AACR ----- *Anglo-American cataloguing rules*;
- ABGB ----- Codul civil austriac (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*);
- acad. ----- academician;
- ACS ----- *American Chemical Society – (stil de citare)*;
- AEGRM ----- Arhiva electronică de garanții reale mobiliare;
- AIP ----- *American Institute of Physics – (stil de citare)*;
- alin. ----- alineat;
- anon. ----- *anonymus* (fără autor);
- ANSI ----- American National Standards Institute;
- APA ----- *American Psychological Association – (stil de citare)*;
- arh. ----- arhitect;
- ARK ----- *Archival Resource Key – tip de identificator peren*;
- art. ----- articol;
- ASRO ----- Asociația de Standardizare din România;
- B.of.: ----- „Buletinul Oficial al R.S.R.”, partea I nr.;
- B2B ----- *business-to-business* (contracte);
- B2C ----- *business-to-consumer* (contracte);
- BGB ----- Codul civil german (*Bürgerliches Gesetzbuch*);
- BITs ----- *Bilateral investment treaties*;
- c. ----- contra;
- C.adm. ----- Codul administrativ;
- C.cass. ----- Curtea de Casație franceză;
- C.civ. ----- Codul civil 2009: Legea 287/2009, M.of.: 511 din 24 iulie 2009, republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 în M.of.: 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;

¹ Disponibil în cadrul rubricii „*Author guidelines*” (eng,)/ „Îndrumări pentru autori” (ro.) de pe pagina: <https://law.ubbcluj.ro/ojs/index.php/iurisprudentia/about/submissions>.

- C.civ.fr.----- Codul civil francez (*Code civil des Français*);
- C.civ.it.----- Codul civil italian (*Codice civile italiano*);
- C.civ.q.----- Codul civil Québec;
- C.civ.v.----- Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011.;
- C.com.----- Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ. 2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009;
- C.cons.----- Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
- C.fam.----- Codul familiei a fost adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);
- C.m.----- L: 53/2003 – Codul Muncii–, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;
- C.pen.----- Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
- C.pen. 1864----- Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
- C.pen. 1968----- Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012.;
- C.poc.pen.sl----- C.proc.pen. sloven;
- C.proc.civ.----- Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of.: 485/15.07.2010;
- C.proc.civ.v.----- Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
- C.proc.pen.----- Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013.;
- C.proc.pen.1864----- Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin. „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936.;
- C.proc.pen.1936----- Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a

- Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968.;
- C.proc.pen.1968-----Codul de procedură penală 1968, L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013.;
- C.proc.pen.fr.-----Codul de procedură penală francez;
- C.proc.pen.it-----Codul de procedură penală italian;
- C.proc.pen.nl-----Codul de procedură penală olandez;
- CA-----Curtea de Apel (urmată de abrevierea județului n.r.);
- CAB-----Curtea de Apel București;
- cap.-----capitol;
- cart.jud.-----carte de judecată;
- CC-----Curtea de Conturi;
- cca-----circa;
- CCJ-----Curtea de Casațiune și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
- CCR-----Curtea Constituțională a României;
- CD-----compact disc
- CD-1970-----Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
- CDP-----Caiete de Drept Penal;
- CE-----Consiliul Europei;
- CEDO-----Curtea Europeană a Drepturilor Omului/Convenția Europeană a Drepturilor Omului;
- CETS-----Council of Europe Treaty Series (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 *et seq.*);
- CF-----Cartea Funciară;
- cf.-----*confer*, se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru *versus* în abrevierea unor cauze, din jurisdicții străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi”;
- CIJ-----Curtea Internațională de Justiție;
- CJCE-----Curtea de Justiție a Comunităților Europene;
- CJEU-----*Court of Justice of the European Union* [pentru textele în limba engleză];
- CJUE-----Curtea de Justiție a Uniunii Europene;

CODATA-ICSTI -----	Committee on Data of the International Science Council – International Council for Scientific and Technical Information;
com. -----	comuna;
conf.univ. -----	conferențiar universitar;
Constituția României -----	Adunarea Constituantă: „Constituția României”, M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Modificată și completată prin L: 429/2003, M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată în M.of.: 767 din 31 octombrie 2003;
coord. -----	coordonator;
CPA-----	Curtea Penală de Arbitraj;
CPJC -----	Culegere de practică judiciară;
CPJI-----	Curtea Permanentă de Justiție Internațională – predecesoarea CIJ.
CS -----	Curtea Supremă (1949-1952);
CSE-----	Council Of Science Editors – (<i>stil de citare</i>);
CSJ -----	Curtea Supremă de Justiție a României (1991[3]-2003[4]);
CSM -----	Consiliul Superior al Magistraturii;
CSR-----	<i>corporate social responsibility</i> ;
D-L: -----	Decretul-Lege nr.;
D:-----	Decret al Consiliului de Stat al RSR nr.;
d.Hr.-----	după Hristos;
dec.adm. -----	decizie administrativă;
dec.civ. -----	decizie civilă;
dec.pen-----	decizie penală;
dir.-----	coordonator al unui volum colectiv;
DOI-----	<i>Digital online identifier – identificator peren</i> ;
DPO -----	<i>data protection officer</i> .
dr. -----	doctor (prin tradiție se păstrează punctul de final);
DSB -----	<i>Dispute Settlement Body of the WTO [pentru textele în limba engleză]</i> ;
<i>E.g./e.g.</i> -----	<i>exempli gratia</i> ;
ECHR: -----	<i>European Court of Human Rights [pentru textele în limba engleză]</i> ;
ECJ -----	<i>European Court of Justice [pentru textele în limba engleză]</i> ;
ECLI:-----	European case law identifier – <i>identificator peren</i> ;
ECU -----	European curenry unit (1979-1999);
ed. -----	editură sau ediție;
ELI: -----	European legislation identifier – <i>identificator peren</i> ;
eng. -----	englez, limba engleză;

- et al.* ----- (*et aliae/et alii*) și altele, și alții;
et seq. ----- și următoarele (*pagini, numere etc.*);
etc. ----- *et cetera*;
ETS ----- European Treaty Series (Seria Tratatelor Europene (1-193);
Eur. Comm'n H.R. Dec & Rep. Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights;
Eur. Ct. Hr. ----- European Court of Human Rights (Reports of Judgements and Decisions);
Eur. H.R. ----- European Human Rights Reports;
fr. ----- francez, limba franceză;
FRAD ----- Functional Requirements for Authority Data;
FRBR ----- Functional Requirements for Bibliographic Records;
FRSAD ----- Functional Requirements for Subject Authority Data;
gr. ----- grec, limba greacă;
GTS ----- grupuri transnaționale de societăți;
H: ----- hotărârea nr.
HCCH ----- *Hague Conference on Private International Law*;
HCGMB ----- Hotărâre de consiliu general al Municipiului București;
HCL ----- Hotărâre de consiliu local;
HCM ----- Hotărâre a Consiliului de Miniștri;
HG: ----- Hotărârea de Guvern nr.;
hot. ----- hotărâre judecătorească;
HTML ----- *HyperText Markup Language*;
i.e. ----- *id est* (aceasta înseamnă);
i.f. ----- *in fine*;
ibidem (ibid.) ----- Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la aceeași pagină.;
ICJ ----- *International Court of Justice [pentru textele în limba engleză]*;
idem (1) ----- alineatul (1) al articolului deja citat;
idem (id.) ----- Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la o pagină diferită.;
IEEE ----- Institute of Electrical and Electronics Engineers – (*stil de citare*);
ILC ----- *International Law Commission [pentru textele în limba engleză]*;
ILFA ----- International Federation of Library Associations and Institutions;
infra ----- mai jos;
ing. ----- inginer;
INML ----- Institutul de Medicină Legală „Mina Minovici”;
ISBD ----- International Standard Bibliographic Description;
ISBN ----- International Standard Book Number, - *identificator peren*;
ISC ----- International Science Council;

ISDS-----	<i>Investor-state dispute settlement</i> ;
ISMN-----	International Standard Music Number – <i>identificator peren</i> ;
ISO -----	Organizația Internațională de Standardizare/standard al asociației;
ISRC-----	International Standard Recording Code – <i>identificator peren</i> ;
ISSN-----	International Standard Serial Number – <i>identificator peren</i> ;
it. -----	italian, limba italiană;
î.Hr. -----	înainte de Hristos;
ÎCCJ-----	Înalta Curte de Casație și Justiție;
JN -----	Justiția Nouă, revista;
JO/JOUE -----	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene;
Jud.-----	Judecătoria(a);
jud. -----	judetul;
L: -----	Legea nr.;
L: 71/2011 -----	Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.of.: 409/10.06.2011;
L.S. -----	locul sigiliului;
LCA-----	Legea contenciosului administrativ;
lect. -----	lector;
lit. -----	litera;
<i>loc.cit.</i> -----	<i>loco citato</i> ;
LRM-----	Library Reference Model A Conceptual Model for Bibliographic Information;
M.of.-----	Monitorul Oficial al României, partea I;
MARC -----	MAchine-Readable Cataloging;
MC-----	CEDO, Marea Cameră;
MDA-----	Mic dicționar academic;
MEC-----	Ministerul Educației și al Cercetării;
MLA-----	Modern Language Association (<i>stil de citare</i>);
mun.-----	municipiul;
n. -----	nota/ă de subsol (din propria lucrare, din lucrarea citată);
n.a. -----	nota/ă din lucrarea care se citează (observația, completarea autorului/creatorului);
n.n. -----	nota noastră (a autorului care scrie – observația, completarea);
n.r.-----	nota redacției;
N.Y.-----	New York;
NISO -----	National Information Standards Organization;
nr -----	număr;
nr. -----	numărul;

- O: ----- ordin (de ministru) nr.;
- OECD ----- *Organization for Economic Cooperation and Development*
[pentru textele în limba engleză];
- OG: ----- Ordonanța de Guvern nr.;
- OMJ: ----- Ordinul Ministrului Justiției nr.;
- ONG ----- organizație non-guvernamentală;
- op.cit. ----- *opus citatum, opere citato*;
[de evitat, a se înlocui cu titlu scurt n.r.];
- OUG: ----- Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
- p. ----- pagina;
- passim* ----- în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
- pct. ----- punctul;
- pen. ----- penal(ă);
- pg. ----- paragraf;
- pp. ----- paginile;
- PR ----- Pandectele române, revista;
- proc.pen.fr ----- Codul de procedură penală francez;
- prof. univ. ----- profesor universitar ;
- Ptk. ----- Codul civil ungar (*Polgári Törvénykönyv*);
- PUD ----- Plan urbanistic de detaliu;
- PUG ----- Plan urbanistic general;
- PUZ ----- Plan urbanistic zonal;
- R: ----- Regulament nr.;
- RDA ----- Resource Description and Access – *standard de citare*;
- RDC ----- Revista de Drept Comercial;
- rep. ----- republicată (legea);
- RFDA ----- *Revue Française de Droit Administratif*;
- RGPD ----- Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1 din 4 mai 2016.
- RLU ----- Regulament local (de urbanism);
- ROIJ 2005 ----- Regulament din 2005 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 387/2005 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 958/28 octombrie 2005;
- ROIJ 2015 ----- Regulament din 2015 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 1.375/2015 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 970/28 decembrie 2015;

ROIJ 2022	Regulament din 2022 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 3243/2022 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 1254 și 1254 bis/27 decembrie 2022;
ROLINeST	Romanian Library network science & technology;
RRD	Revista Română de Drept;
RRDP	Revista Română de Drept Privat;
s.a.	fără autor - în construcția referințelor;
S.C.	Societate Comercială;
s.d.	<i>sine dato</i> , fără dată;
s.l.	fără loc;
s.n.	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n.	sublinierea noastră;
s.n.s.	fără editură cunoscută – în construcția referințelor;
S.R.L.	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S.	cu semnătura sa;
Sec.	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec.	secțiune;
Sec.cont.adm.	secția de contencios administrativ;
sen.	sentință;
SR ISO	standard românesc ce transpune un standard ISO;
STAS	STANDARD de Stat];
sub.	subliniere;
SUBB Iurisprudentia	Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i>	mai sus;
SZGB	Codul civil elvețian;
ș.a.	și alții, și altele; [de preferință: <i>et. al. n.r.</i>]
ș.a.m.d.	și așa mai departe; [de preferință: <i>etc. n.r.</i>]
T	Tribunal [se adaugă, fără blank, abrevierea județului <i>e.g.: TCJ, TB etc. n.r.];</i>
t.	tomul;
t.n.	traducerea noastră (a autorului/autorilor);
tc.	turc, limba turcă;
TEU	<i>Treaty on European Union [pentru textele în limba engleză];</i>
TFEU	<i>Treaty on the Functioning of the European Union [pentru textele în limba engleză];</i>
th.	teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.	titlul;
TReg.	Tribunalul Regiunii;
TS	Tribunalul Suprem (1952-1991);

TUB -----	Tipografia Universității București;
UAT -----	unitate administrativ-teritorială;
UBB -----	Universitatea Babeș-Bolyai;
UEFA-----	Uniunea asociațiilor europene de fotbal;
UNICODE -----	Universal Coded Character Set;
UNIDROIT -----	International Institute for the Unification of Private Law;
URBSFA -----	Union royale belge des sociétés de football association;
URI-----	Uniform Resource Identifier – identificator peren;
URN-----	Uniform Resource Name – identificator peren;
var. (ist.) -----	variațiune și istoric (arhaism);
vol. -----	volumul;
vs [fără punct]-----	<i>versus</i> ;
WTO-----	<i>World Trade Organization</i> [pentru textele în limba engleză];
Y.B. Eur. Conv. Hr.-----	Yearbook of the European Convention on Human Rights.

Listă îngrijită și actualizată, în baza principalelor abrevieri utilizate în paginile revistei, de:

Dorin JOREA
Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

STUDIES

THE AUTONOMY OF THE EU'S LEGAL ORDER AND
ITS DIMENSIONS

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).4.1
Data publicării online: 30.06.2024

Sorina DOROGA*

Abstract:

The concept of autonomy lies at the core of the distinctiveness of European Union law and of the EU's legal order. While the EU system is a creation drawing features from both an international organization and a federal state, the European Court of Justice has strongly proclaimed in its case law the sui generis nature of the Union as a supranational entity, relying heavily on autonomy as a key principle of the Union's legal order. Without purporting to cover the full spectrum of possible analytical approaches, this paper examines some of the conceptions regarding the nature and dichotomies characterizing the autonomy of EU law, which might prove helpful in mapping the evolution of the notion into an 'existential' principle of the EU. The paper also discusses the internal and external dimensions of autonomy, with an emphasis on the latter, illustrating the evolution of external perceptions and the EU's dynamics on the international plane.

Keywords:

European Union; legal order; public international law; autonomy; internal autonomy; external autonomy; sui generis entity.

* Sorina DOROGA, West University of Timișoara, Faculty of Law, e-mail: sorina.doroga@e-uvt.ro, <https://orcid.org/0000-0002-1232-4163>.

Table of Contents

Introduction	15
I. On the nature of EU autonomy.....	18
A. Autonomy as a structural principle of EU law.....	18
B. Discursive vs. exclusive autonomy	19
II. Dimensions of EU autonomy	21
A. The internal dimension of autonomy	21
B. The external dimension of autonomy.....	23
C. The view of the insider looking out	26
D. The view of the outsider looking in	31
Conclusion.....	36
Bibliography:.....	38

Introduction

The autonomy of its legal order has been the mantra of the European Union (EU) for more than five decades. The European Court of Justice (ECJ), through its historical decisions, proclaimed that the EEC Treaty had set up a system which was more than ‘a new legal order of international law’¹ – it had, in fact, ‘created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States’.² It has been argued that in establishing the principles of direct and immediate effect and the supremacy of EU law – which European lawyers nowadays take for granted – the Court was merely reading into what was already there, ingrained in the nature of the first European treaties³ and that under the rules of interpretation of international law it could have reached the same result⁴. Others have taken the view that this was a revolutionary turn⁵, a display of

* The text of this paper is based on a chapter of the LL.M. dissertation submitted by the author under the title ‘A Future *van Gend* Moment in International Law? The EU’s Acrobatics to Reform ISDS While Preserving Its Autonomous Legal Order’ as requirement of the Harvard Law School LL.M. program in the academic year 2018-2019. The author would like to thank Professor Michael WAIBEL for his valuable guidance and comments on earlier drafts.

¹ Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, 26-62, EU:C:1963:1, ECR,12.

² Judgement of 15 July 1964, *Costa*, 6-64, EU:C:1964:66, ECR, 593.

³ David EDWARDS, ‘Judicial Activism—Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v. ENEL and the Van Duyn Family Revisited’ in Angus I. K. CAMPBELL, Meropi VOYATZI (eds.), *Essays in the Honour of Lord Mackenzie-Stuart* (Trenton 1996) 29.

⁴ Joseph H. H. WEILER, ‘Rewriting Van Gend en Loos: Towards a Normative Theory of ECJ Hermeneutics’ in Ola WIKLUND (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective* (Kluwer Law International 2003) 150–151.

⁵ For instance, Morten RASMUSSEN, ‘Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment’ (2014) 12(1) I•CON <https://doi.org/10.1093/icon/mou006> 140; Karen

judicial activism⁶ that has characterized the Court ever since. Regardless of the approach one was to embrace with respect to the incipient stages of construction of the European Union, what is clear is that through reaffirmation and repetition, the ECJ has integrated these rules in the foundations of the system as we know it and as part of the backbone on which other ramifications have subsequently been built.

This distinctiveness of EU law and of the EU legal order or system itself (terminologies used almost interchangeably or at least in close proximity to each other) is at the core of the idea of autonomy. Its general function is to ‘establish boundaries around the extent to which the EU legal order can interact with both national legal orders and the international legal order, reflecting a basic understanding of autonomy as “self-rule” in many respects’.⁷ It is worth noting, however, that pervasive as it is, the concept of autonomy of the EU legal order is nowhere to be found in the EU Treaties.⁸ It has been

ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (OUP 2001) 18–20.

⁶ For ample discussions on the facets of judicial activism in the EU, see Mark DAWSON, Bruno DE WITTE and Elise MUIR (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice* (Edward Elgar Publishing 2013); also, Valerie DHOOGHE, Rosanne FRANKEN, Tim OPGENHAFFEN, ‘Judicial Activism at the European Court of Justice: A Natural Feature in a Dialogical Context’ (2015) 20 *Tilburg Law Review* (2015) 122; Michael BLAUBERGER, Susanne K. SCHMIDT, ‘The European Court of Justice and Its Political Impact’ (2017) 40(4) *West European Politics* 907.

⁷ Niamh Nic SHUIBHNE, ‘What Is the Autonomy of EU Law, and Why Does That Matter?’ (2019) 88(1) *Nordic Journal of International Law* 10.

⁸ References to the EU Treaties should be understood as concerning the two consolidated versions of the main EU instruments in force at present: the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the Treaty on the European Union (TEU), collectively resulting from the adoption of the Treaty of Lisbon, which entered into force on 1 December 2009. Similarly, earlier versions of the Treaties did not include any mention of the concept of autonomy of the Community/EU system/legal order or of Community/EU law. However, it has

created and developed by the ECJ in its jurisprudence⁹ in various areas of competence¹⁰ and continues to remain a flexible and fluid tool that enables the Court to shape the sphere of EU law application and interaction with internal¹¹ and external¹² legal systems.¹³ The pervasive character, but also the elusive nature of autonomy has offered ample food for thought and for academic writings to EU law scholars.

Without purporting to cover the full spectrum of possible approaches, section I of this paper analyzes some of the conceptions regarding the nature

been argued that the open texture of the language leaves room for interpretations that may sometimes fall beyond the actual text of the law, and yet remain valid – see Diana BOTĂU, Constantin VALENTIN, *Drept internațional. Partea generală*, (Hamangiu 2023) 217 *et seq.*

⁹ Jed ODERMATT, ‘The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?’ in Marise CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law* (Bloomsbury 2018) 292.

¹⁰ Some significant examples of opinions or judgments in which the ECJ has referred to, defined and employed the notion of autonomy of the EU legal order are: Opinion of 14 December 1991, *EEA Agreement I (Opinion 1/91)*, 1/91, EU:C:1991:490, para. 35; Judgment of 3 September 2008, *Kadi and Al Bakaraat International Foundation*, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, EU:C:2008:46, paras. 4 and 282; Opinion of 8 March 2011, *Draft agreement on the European and Community Patents Court (Opinion 1/09)*, 1/09, EU:C:2011:123, paras. 67, 76 and 89; Opinion of 18 December 2014, *Draft agreement on accession to the ECHR (Opinion 2/13)*, 2/13, EU:C:2014:2454, paras. 174, 176, 179-200; Judgment of 6 March 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, paras. 17, 21, 33, 37 and 59.

¹¹ The domestic systems of the 28 EU Member States.

¹² The systems of third countries and international organizations, but also other decentralized international systems of norms.

¹³ Nicholas TSAGOURIAS, ‘Conceptualizing the Autonomy of the European Union’, in Richard COLLINS, Nigel D. WHITE (eds.), *International Organizations and the Idea of Autonomy* (Routledge 2011) 339: ‘The concept of autonomy has been embedded in the legal and political culture of the European Union and has been the harbinger of important legal and political developments’.

and dichotomies characterizing the autonomy of EU law that could prove helpful in mapping the evolution of the notion into an ‘existential’ principle of the EU.¹⁴ Section II examines autonomy in its internal and external dimensions in more detail, with an emphasis on the latter, illustrating the evolution of external perceptions and the EU’s dynamics on the international plane.

I. On the nature of EU autonomy

A. Autonomy as a structural principle of EU law

A first observation relating to the nature of autonomy as described by the ECJ is that while it encompasses a multitude of rules and principles collected under the same umbrella, it has become at the same time an EU law principle on its own terms.¹⁵ A number of well-recognized rules and principles – such as conferral of competences,¹⁶ effectiveness¹⁷ and uniform application¹⁸ of EU law, independence¹⁹ (and interdependence)²⁰ of the EU legal system in relation to the national systems of the Member States, sincere cooperation²¹ and mutual trust,²² rule of law²³ and protection of fundamental

¹⁴ Judgment of 17 December 1980, *Commission v. Belgium*, 149/79, EU:C:1980:297, para. 19.

¹⁵ SHUIBHNE, *supra* note 7 at 19.

¹⁶ *Opinion 2/13*, *supra* note 10, para. 162.

¹⁷ *Van Gen den Loos*, *supra* note 1 at 7.

¹⁸ *Costa*, *supra* note 2 at 594.

¹⁹ *Van Gen den Loos*, *supra* note 1 at 7; *Costa*, *supra* note 2 at 593; *Achmea*, *supra* note 10, para. 33.

²⁰ *Opinion 2/13*, *supra* note 10, para. 167.

²¹ *Achmea*, *supra* note 10, para. 58.

²² *Opinion 2/13*, *supra* note 10, para. 168.

²³ *Kadi*, *supra* note 10, paras. 281-284; *Opinion 2/13*, *supra* note 10, paras. 168-170.

rights²⁴ – are constitutionally embedded elements of the EU order²⁵ and contribute to creating its autonomous character, which is in turn protected by the CJEU.²⁶ Thus, according to Shuibhne, autonomy becomes a general principle of EU law in its own right, as a ‘discernible sum that is greater than its individual parts’²⁷. It is, in fact, recognized as a structural principle that is employed by the EU in its external dimension to design its interactions with other international legal regimes.²⁸

B. Discursive vs. exclusive autonomy

The central role played by the EJC in safeguarding autonomy brings us to a second line of analysis that helps framing this notion. Sharing the predominantly critical tone regarding the Court’s *Opinion 2/13* on the EU’s accession to the ECHR, Pirker and Reitemeyer introduce a distinction between a discursive and an exclusive approach to autonomy,²⁹ which is useful to bear in mind when approaching the internal/external dichotomy below. In their words:

‘... under a discursive understanding of autonomy, the Court would to some extent be open to the idea that EU law is discussed more

²⁴ *Kadi*, *supra* note 10, para. 316; *Opinion 2/13*, *supra* note 10, para. 170.

²⁵ M. KLAMERT, ‘The Autonomy of the EU (And of EU Law): Through the Kaleidoscope’ (2017) 42(6) *European Law Review* 815, 817.

²⁶ *Opinion 1/91*, *supra* note 10, para. 35; see also, *Kadi*, *supra* note 10, para. 282.

²⁷ SHUIBHNE, *supra* note 7 at 19; see also Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* (OUP 2006) 1; ODERMATT, *supra* note 9 at 294.

²⁸ Odermatt, *supra* note 9 at 297; Marise CREMONA, ‘Structural Principles and Their Role in EU External Relations Law’ in Marise CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law* (Bloomsbury 2018) 11.

²⁹ Benedikt H. PIRKER and Stefan REITEMEYER, ‘Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law’ (2015) 17 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 171.

broadly also by external actors. (...) [T]he autonomy of the EU would be shaped by the EU acting in concert with its partners in international conventions and agreements. The self-perception of discursive autonomy is one of confidence, as the possibility that other judicial actors may engage in a discussion of EU law is not seen as a threat *per se*. Exclusive autonomy, on the other hand, opens its discussions only to stakeholders and is therefore closed for parties outside the EU. (...) By excluding external influences, the self-perception is one of a rigid autonomy that needs to be shielded from dilutive external influences'.³⁰

By following a clearly exclusive approach in *Opinion 2/13*, the ECJ had taken a stance different from that of the other internal stakeholders in the EU, who had all agreed to ECHR accession in principle and who considered the autonomy of the EU's legal order 'strong enough to open up to external influences in the field of human rights'.³¹ What this distinction reconfirms is an ambiguity of autonomy that allows for different understandings of its sphere and role even between internal actors pertaining to the same system. It also underscores the willingness of the Court to use it as a shield from what it perceives as threats to the EU legal order, even when it is singular in its view.³² In the same vein of thought, other scholars approach this distinction as one between relative and absolute autonomy,³³ both in what the relation of

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibid.* at 172.

³² A position which has been criticized as too extreme and as a move from 'securing self-rule to entrenching self-reference' – see SHUIBHNE, *supra* note 7 at 24.

³³ Bruno DE WITTE, 'European Union Law: How Autonomous is Its Legal Order?' (2010) 65(1) *Zeitschrift für öffentliches Recht* 142: '[T]he autonomy of EU law is not absolute but relative; it does not mean that EU law has ceased to depend, for its validity and effective application, on the national law of its Member States, nor that it has ceased to belong to international law'. See also Tamás MOLNÁR, 'The Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal Systems of Member States' in *Hungarian Yearbook of*

the EU with its Member States is concerned, as well as in its interactions with international law and other international organizations.

II. Dimensions of EU autonomy

A. The internal dimension of autonomy

Closely intertwined with its external effects,³⁴ the internal autonomy of the EU legal order describes the link between the Union and its Member States.³⁵ This relation is characterized by a seemingly paradoxical interplay³⁶ between the independence of the EU legal system from the national systems of the Member States and a close interdependence between the two spheres,³⁷ which ensure the effective and uniform application of EU law, but also allow for the adequate implementation of the process of integration.³⁸ Internal autonomy is not unique to the EU;³⁹ it is, in fact, a necessary element

International Law and European Law 2015 (Eleven International Publishing 2016) 433-459, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2807572>, p. 6 of the online SSRN version.

³⁴ Loïc AZOULAI, 'Structural Principles in EU Law: Internal and External' in Marise CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law* (Bloomsbury 2018) 42.

³⁵ Ramses A. WESSEL, Steven BLOCKMANS, 'Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations – An Introduction' Ramses A. WESSEL, Steven BLOCKMANS (eds.) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations* (Springer 2013) 1.

³⁶ Shuibhne, *supra* note 7 at 13.

³⁷ Cremona, *supra* note 28 at 17-18.

³⁸ *Idem* at 6. *Opinion 2/13*, *supra* note 10, para. 172; See also, Christina ECKES, 'International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?' in Marise CREMONA, Anne THIES, RAMSES A. WESSEL (eds.), *The European Union and International Dispute Settlement* (Bloomsbury 2017) 12.

³⁹ Odermatt, *supra* note 9 at 294-295.

recurrent in most international organizations, which enables the new subjects of law to achieve ‘institutional maturity’.⁴⁰ However, the extent of the EU’s internal autonomy is remarkable and hardly comparable to that of other international organizations. The main architect of this construction was, as noted previously, the ECJ, through its groundbreaking decisions in the 1960s.⁴¹ The Court had relied on the external system of reference (international law) in order to ‘emancipate’ Community law from it,⁴² but also from the national systems of the Member States. By moving from ‘a new legal order of international law’⁴³ through ‘a new legal order’⁴⁴ towards ‘its own legal system’⁴⁵ in its characterization of the European Communities, the ECJ achieved a net internal delimitation from the system of public international law. In this new construction, the vertical relationship of the EU with its Member States is governed by such rules as direct and immediate application of EU law and supremacy over national law, based on the effective and

⁴⁰ *Idem* at 295.

⁴¹ See *supra*.

⁴² Molnár, *supra* note 33 at 4: in discussing the strategy of the ECJ, Molnár notes that ‘if EU law is construed by the Court as something completely different and independent from international law, representing a wholly new category of law, then Member States cannot apply their ordinary legal techniques and arguments developed for the domestic reception of norms originating from international law when it comes to enforcing EU law in the national legal systems, including the legal effects they produce internally’.

⁴³ *Van Gend en Loos*, *supra* note 1.

⁴⁴ Judgment of 13 November 1964, *Commission of the European Economic Community v Grand Duchy of Luxembourg and Kingdom of Belgium* Joined Cases 90-63 and 91-63, EU:C:1964:80, 1232.

⁴⁵ *Costa*, *supra* note 2.

uniform interpretation ensured by the Court.⁴⁶ However, while the EU is a separate and supranational order, it remains highly connected to, and dependent on the domestic systems: it is national courts who are tasked with applying EU law, in constant dialogue with the ECJ.⁴⁷

B. The external dimension of autonomy

The external autonomy of the EU defines its relation to public international law and essentially covers two aspects: the recognition of the entity's status as an independent actor on the international plane and the impermeability of its legal order to external influences.⁴⁸ In what the former aspect is concerned, the entry into force of the Lisbon Treaty clarifies the international personality of the Union.⁴⁹ However, ontological questions about the nature of the EU's legal system have yet to be answered.⁵⁰ From that perspective, the separate actorness of the EU is closely linked to the second aspect of autonomy – the (im)permeability of its legal system. The biggest interrogations take place at the borders of the systems. They concern the nature of the inevitable exchanges between general international law and the

⁴⁶ Mainly through the preliminary ruling mechanism, one of the cornerstones of the EU legal order - Article 267 TFEU. For the struggles such a dialogue may encounter, see Diana Botău, 'La Cour Constitutionnelle de la Roumanie et le droit de l'Union européenne. Amitié ou réserve?' in O.A. MACOVEI (dir.), *La décennie européenne de la Roumanie et la Bulgarie. Le bilan d'une appartenance différencié à l'Union européenne* (mare & martin 2022) 119-139.

⁴⁷ For a decision discussing the procedural dimension of direct and immediate application of EU law, as well as supremacy and preemption, see Judgment of 9 March 1978, *Simmenthal II*, 106/77, EU:C:1978:49, paras. 13-26, 643-645.

⁴⁸ ODERMATT, *supra* note 9 at 296.

⁴⁹ Article 47 TEU.

⁵⁰ The EU is sometimes still perceived as a mere 'reflection of the collective will of the Member States' or as 'simply an international law regime' - ODERMATT, *supra*, note 9 at 292.

special legal system of the EU: are these communications among members of the same 'species'? Or are the systems altogether distinct? These questions remain a topic of effusive commentary. The abundance of legal scholarship on EU external autonomy illustrates not only the importance of the subject, but also the fact that this story may be told in many ways. It lends itself as a fertile terrain for exploring questions of legitimacy⁵¹ and historical evolution of the Union's integration,⁵² as well as for application of concepts of legal philosophy.⁵³

The EU's legal system has often been described as a self-contained regime,⁵⁴ although given its increasing participation in international relations and multilateral instruments, not an isolated one. The EU (mainly through the ECJ) has constantly asserted the distinctiveness of its order in the international sphere and has correspondingly sought its recognition as autonomous. Thus, in interactions with other subsystems or with general international law, the EU appears to have constantly taken a defensive stance.⁵⁵ The ECJ, its main architect and fierce protector, has repeatedly

⁵¹ ECKES, *supra* note 38.

⁵² For instance, RASMUSSEN, *supra* note 5.

⁵³ See Catherine RICHMOND, 'Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law' (1997) 16(4) *Law and Philosophy* 377; Mark L. JONES, 'The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis using H.L.A. Hart's Model of Law and a Legal System' (1984) 17(1) *Cornell International Law Journal* 1.

⁵⁴ See Joseph H. H. WEILER, 'The Transformation of Europe' (1991) 100 *Yale Law Journal* 2422; on a view disputing the fully self-contained character of the EU see Bruno SIMMA, Dirk PULKOWSKI, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law' (2006) 17(3) *EJIL* 483, 516: The continuous assertion of the Community's *sui generis* character [...] does not by itself create "an own legal order". From a public international law perspective, the EC legal system remains a subsystem of international law'.

⁵⁵ See, on the relation of European law with general international law, *Kadi*, *supra* note 10, paras. 285-288.

asserted that autonomy requires that the Court itself be in the position to determine the validity, content and scope of application of EU law⁵⁶ – in other words, that the Court holds the monopoly of both procedural and substantive interpretative power over EU law.⁵⁷ In addition, in making its determination, the Court will operate within the ‘logic of the EU legal order rather than being dependent on any form of recognition by national or international law’.⁵⁸ This general approach of the ECJ has led to characterizations of its position as ‘selfish’⁵⁹ or autarkic,⁶⁰ but such criticism does not so far appear to have moved the Court.

⁵⁶ Christina ECKES, ‘The European Court of Justice and (Quasi-)Judicial Bodies of International Organisations’, in Ramses A. WESSEL, Steven BLOCKMANS (eds.) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations* (Springer 2013), 85-100.

⁵⁷ See generally, on the particularities of legal interpretation at the ECJ, Sorina DOROGA, Alexandra MERCESCU, ‘A Call to Impossibility: The Methodology of Interpretation at the European Court of Justice and the PSPP ruling’ (2021) 13 *European Journal of Legal Studies* 87, <https://doi.org/10.2924/EJLS.2021.006>.

⁵⁸ ECKES, *supra* note 38 at 12.

⁵⁹ See, for instance, the discussions in Bruno DE WITTE, ‘A Selfish Court? The court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union’ in Marise CREMONA and Anne THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges* (Hart Publishing 2014) 33.

⁶⁰ Piet ECKHOUT, ‘Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky?’, Jean Monnet Working Paper 01/15, available at <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2015/04/JMWP-01-Eeckhout1.pdf>, archive: <https://perma.cc/6WWW-2PHF>, at 39: discussing the ECJ’s position regarding the EU’s accession to the ECHR, Eeckhout concludes that *Opinion 2/13*, ‘is based on a concept of autonomy which borders on autarky. (...) It is clear that the CJEU has not digested the idea of external control, and sees it as a threat rather than an opportunity. In theoretical terms, it has opted for a version of radical legal pluralism, which enables it to confirm its supreme authority, unhindered by the integration of the Convention system’.

In order to assess to what extent (if at all) the ECJ's representation of the EU legal order corresponds to that of the world at large, two lines of analysis can prove useful: the first is the view of the insider looking out and the second is the view of the outsider looking in.

C. The view of the insider looking out

For many scholars writing on topics of European law, the affirmation that the EU's legal order is separate and independent from international law is almost a given, taken at face value. Weiler and Haltern, for instance, plasticly compare the attempts of fitting this *sui generis* entity into the category of international organizations (following the traditional dichotomy between international organizations and states) to trying 'to push the toothpaste back into the tube'.⁶¹ This euphemism in fact encapsulates two statements: a recognition of the original source of EU law in international law, as well as the irreversible departure from it and the evolution of the new legal system into something new.⁶² Through its case-law, the ECJ was the main driving force behind both generating this departure and maintaining its progressive evolution. However, one should note that while a big part of the Court's case-law (and certainly its historical decisions, such as *Costa v. ENEL*) strongly implies that the legal order created by the European Treaties is something separate from international law, a *sui generis* one, the ECJ has

⁶¹Joseph H. H. WEILER, Ulrich R. HALTERN, 'Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz' in Anne-Marie SLAUGHTER, Alec STONE SWEET, Joseph Weiler (eds.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence* (Bloomsbury 1998) 331.

⁶² See, for a similar view, Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union* (Longman 1st edition 2002) 260.

never affirmed this in unequivocal terms.⁶³ It never expressly stated that its legal system was outside of the realm of international law, although it did make a similar statement in relation to the national systems of the Member States.⁶⁴ The reasons for its reluctance to make the final step are somewhat speculative, but it is fair to assume that the earlier three-pillar construction of the EU,⁶⁵ as well as national constitutional sensitivities⁶⁶ might have played some role in the ECJ's choice.

In any case, the general image that the EU has projected over more than half a century since the decision in *van Gen den Loos* is that of a supranational political union with a high degree of integration, whose legal order has developed in a manner that distinguishes it both from national domestic systems and public international law.⁶⁷ Thus, in what the latter is concerned, it is worth examining some of the rulings of the ECJ that examine

⁶³ DE WITTE, *supra* note 33 at 147.

⁶⁴ For instance, *Costa*, *supra* note 2.

⁶⁵ Between the entry into force of the Treaty of Maastricht (1993) and that of the Treaty of Lisbon (2009), the European Union relied on a three-pillar structure: one 'community pillar', made up of the European Communities and two 'non-community pillars', comprising provisions of inter-governmental cooperation in the areas of (1) Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters (initially named Justice and Home Affairs) and (2) the Common Foreign and Security Policy. The special principles and rules developed by the Court as pertaining to the EU's legal order were applicable in the community pillar, but the relations in the second and third non-community pillars were still governed by the general rules of public international law. The Court could thus not have been able to assert, at that point, the complete separation of EU law from international law without creating uncertainty about the manner in which the three deeply interconnected pillars would operate.

⁶⁶ DE WITTE, *supra* note 33 at 148.

⁶⁷ On the view of the ECJ as an actor seeking to advance a political project, as well as on a more extensive discussion on the distinctiveness of legal orders, see Alexandra MERCESCU, 'Is There Generic Law? The Issue of Constitutionalism' in S. GLANERT, A. MERCESCU and G. SAMUEL, *Rethinking Comparative Law* (Edward Elgar, 2021) 283 *et seq.*

this distinction, in the interactions of the EU system with external instruments of international law (to which the Member States participate either solely by themselves or alongside the Union).

From its earliest opinions on the compatibility with Community law of projected external agreements of the EC,⁶⁸ the Court has consistently employed the concept of autonomy of the Community legal order as a shield against what it perceived to be threats coming from the general system of international law.⁶⁹ In most cases, even though the proposed external agreements contained clauses designed to safeguard the specific features of the Union's legal order, the Court's opinion was adverse.⁷⁰ In discussing the compatibility of international agreements with the EC/EU system, the Court has repeatedly emphasized the importance of the judicial component of autonomy, requiring that the ECJ be the sole and final interpreter and adjudicator on matters of European law and that it not be required to yield to

⁶⁸ Under the former Article 300(6) of the EC Treaty and current Article 218(11) of the TFEU, upon request of the main European institutions or Member States, the Court may be called to give its opinion in respect of the compatibility with the EU Treaties of projected international agreements of the Union.

⁶⁹ See, for instance, *Opinion 1/91*, *supra*, note 10, paras. 65-72: '[A]n international agreement providing for a system of courts, including a court with jurisdiction to interpret its provisions, is not in principle incompatible with Community law and may therefore have Article 238 of the EEC Treaty as its legal basis. However, Article 238 of the EEC Treaty does not provide any basis for setting up a system of courts which conflicts with Article 164 of the EEC Treaty and, more generally, with the very foundations of the Community'.

⁷⁰ Only in *Opinion 1/92* and *Opinion 1/00* did the Court find that the autonomy of the EC/EU legal order was not endangered. See Opinion of 10 April 1992, *EEA Agreement II (Opinion 1/92)*, 1/92, EU:C:1992:189, para. 42 and the dispositive part of the Opinion; Opinion of 18 April 2002, *European Common Aviation Area (Opinion 1/00)*, 1/00, EU:C:2002:231, paras. 44-46.

the decisions of external judicial bodies.⁷¹ Any other option, the Court claimed, would have adversely affected the very foundations of the Union.⁷²

Three cases from the more recent history of the Court are particularly relevant in illustrating its very strong stance when affirming the external autonomy of the Union and its understanding of the EU's legal order. The first one is *Kadi*, in which the Court indirectly – albeit not very subtly – decided to give prevalence to EU law and its fundamental principles related to the rule of law over a resolution of the UN Security Council.⁷³

In characterizing the relation of the Community legal system with international law, the Court stated that ‘the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that all Community acts must respect fundamental rights, that respect constituting a condition of their lawfulness which it is for the Court to review in the framework of the complete system of legal remedies established by the Treaty’.⁷⁴

The second case concerns the draft treaty for accession of the European Union to the ECHR – *Opinion 2/13* – in which, taking a singular view,⁷⁵ the Court concluded that the proposed mechanism would adversely affect the autonomy of EU law, *inter alia*, in its components concerning the judicial monopoly of the ECJ to interpret EU law, mutual trust between the

⁷¹ *Opinion 1/91*, *supra* note 10, para. 71; *Opinion 2/13*, *supra* note 10, paras. 170-174.

⁷² *Kadi*, *supra* note 10, para. 282; *Opinion 1/91*, *supra* note 10, paras. 35, 71.

⁷³ For ample discussions on this judgment, see Grainne DE BURCA, ‘The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*’ (2010) 51(1) *Harv. Int'l L.J.* 1; Veronika FIKFAK, ‘*Kadi* and the Role of the Court of Justice of the European Union in the International Legal Order’ (2012-2013) 15 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 587.

⁷⁴ *Kadi*, *supra* note 10, para. 285.

⁷⁵ All the other internal stakeholders, including the European Commission and the Advocate General had expressed an agreement in principle with respect to the draft accession treaty.

Member States and the allocation of powers fixed by the European Treaties⁷⁶. As remarked in numerous scholarly articles,⁷⁷ in striking down the proposed accession mechanism without even attempting to save the prolonged accession efforts by offering conditional approval (although article 6(2) TEU mandates that the EU become a party to the ECHR),⁷⁸ the Court had displayed almost an isolationist position that, from a purely legal perspective, appears to be excessively formalistic and difficult to comprehend.

The third illustrative case is one that concerns the sphere of investment protection, through which the Court has essentially laid the ground for dismantling the network of BITs concluded between the EU Member States: the *Achmea* judgment.⁷⁹ This decision deals with two themes of particular interest: it discusses the complex relationship between EU law and international investment law, but it also depicts the most recent position

⁷⁶ For an extensive analysis on the relationship between the ECHR and EU law, see Raluca BERCEA, *Protecția drepturilor fundamentale în sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului* (C.H. Beck 2020), 51 *et seq.*

⁷⁷ See, for analyses of *Opinion 2/13*, for instance, Katja S. ZIEGLER, 'Beyond Pluralism and Autonomy: Systemic Harmonization as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law' (2016) 35(1) *Yearbook of European Law* 667; Louise HALLESKOV STORGAARD, 'EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR' (2015) 15 *Human Rights Law Review* 485; Raluca BERCEA, 'Le temps de l'adhésion n'est toujours pas venu – Notes en marge de l'Avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de Justice de l'Union Européenne' (2015) 5(1) *Revista Română de Drept Comparat* 88; ECKES, *supra* note 38 at 17-21.

⁷⁸ Article 6(2) TEU: 'The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties'.

⁷⁹ The (in)famous Judgment of 6 March 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158. See also the joint declarations of the governments of the EU Member States of January 15-16, 2019, concerning the termination of all intra-EU BITs by December 6, 2019.

of the CJEU regarding the external dimension of autonomy.⁸⁰ Although the decision had far-reaching implications for the EU system of investment protection and ISDS, when analyzed in more detail, its findings are not, in fact, all that surprising, in spite of the uproar that it had caused at the time in the international (arbitration) community.⁸¹ The Court did not depart from its previously expressed views on autonomy of EU law and concluded that the ISDS mechanism established in the Netherlands-Slovakia BIT was contrary to the essential provisions of Articles 267 and 344 TFEU concerning the preliminary ruling procedure and, respectively, the prohibition of Member States to submit disputes concerning the Treaties to any method of settlement other than those provided for in the Treaties themselves. In line with its previous protective stance, the Court was of the opinion that there was a real risk that the arbitral tribunal would incidentally have to make interpretations of EU law, thus disturbing the exclusive competence of the Court and its role in ensuring uniformity and consistency. While clarifying the situation of (at least a part of) intra-EU BITs, the decision in *Achmea* also confirmed the very reduced appetite of the CJEU for dialogue with external adjudicatory bodies.⁸²

D. The view of the outsider looking in

The case-law of the ECJ on external autonomy is not a truth-telling mirror: the image that the CJEU perceives of itself and of the EU's legal order,

⁸⁰ For an ampler commentary, see Cristina CONTARTESE, Mads ANDENAS, 'EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: *Achmea*' (2019) 56 *Common Market Law Review* 157.

⁸¹ See also Szilárd GÁSPÁR-SZILÁGYI, 'It is Not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, *Achmea BV*', *European Papers* (30 May 2018), available at <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/it-is-not-just-about-investor-state-arbitration-achmea-case>, archive: <https://perma.cc/A4N7-E26F>.

⁸² CONTARTESE/ANDENAS, *supra* note 78 at 191.

one it has arduously worked to shape, is not necessarily one and the same with what the international community sees. In fact, the most significant obstacle that could hamper the perception of external actors is the very structure of the international legal system itself: its binary nature. On the international plane there are, in principle, only two types of main subjects of international law: states and international organizations. Their corresponding legal orders may be summarized through the dichotomy of public international law / domestic law – *tertium non datur*. Of course, these types of orders display multiple variations, but such variations are erected on the same two basic structures and only stand to re-confirm their nature. In fact, in the characterizations of scholars who are reluctant to accept the *sui generis* claim of the EU's legal order, the EU is described as 'the most highly developed specimen of the species and as a model for other international organizations',⁸³ but an international organization, nonetheless, included in one of the two known species.⁸⁴

This so-called inclusive view⁸⁵ of the EU's nature also appears to be supported by the report of the International Law Commission (ILC) on the fragmentation of international law. In exemplifying the occasional use of the concept of 'self-contained regime', the report points, among others, to the field of European/EC law as a regime of 'functional specialization' which is

⁸³ Jan KLABBERS, 'The Changing of International Organizations' in Jean-Marc COICAUD, Veijo HEISKANEN (eds.), *The Legitimacy of International Organizations* (United Nations University Press 2001) 221.

⁸⁴ See also DE WITTE, *supra* note 33 at 146. De Witte also remarks that, surprisingly, in the scholarship on the nature of the EU, more ink is spent on elaborate arguments by those who dispute the separate nature of the EU's legal order, while the supporters of the *sui generis* thesis are content to mainly rely on the authority of the ECJ (146-147).

⁸⁵ *Idem*.

nonetheless included under the wide umbrella of public international law.⁸⁶ Even more significantly, in discussing the manner in which the EU's presence as an international actor contributes to fragmentation, the report adopts the position proposed by Jan Klabbers⁸⁷ and notes that 'the European Community, acting under the "first pillar" of EU competences is a subject of international law and *for practical purposes may be treated towards the outside world as an intergovernmental organization*, with whatever modification its specific nature brings to that characterization'⁸⁸ [emphasis added]. One could potentially argue that after the consolidation of the three pillars of the Union and the advanced integration brought about by the entry into force of the Treaty of Lisbon, the members of the ILC might take a second look at their characterization of the EU's legal regime and reconsider. However, the question remains: has European integration been deepened to such an extent that the EU is completely removed from the realm of international organizations? And if so, has it moved on the spectrum towards the nature of a state or it has rather become a third, hitherto unknown category?

In the eyes of other international adjudicatory bodies, the EU still appears to be perceived as an order that, in spite of numerous particularities, maintains its ties with public international law. The International Court of Justice (ICJ), as well as other arbitral tribunals dealing with matters of

⁸⁶ The International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti KOSKENNIEMI (2006), UN Document A/CN.4/L.682, 68, para. 129.

⁸⁷ Jan KLABBERS, 'Presumptive Personality: The European Union in International Law' in Martti KOSKENNIEMI (ed.) *International Law Aspects of the European Union* (Martinus Nijhoff Publishers 1997) 231-254.

⁸⁸ ILC, *Fragmentation of International Law*, *supra* note 84 at 113, para. 219.

general international law⁸⁹ have so far been sympathetic to the jurisdictional sensitivities of the ECJ (especially in its extensive interpretation of Article 344 TFEU) and have either chosen to elegantly sidestep the issue of a potential direct conflict⁹⁰ or cede in favor of the CJEU's jurisdiction.⁹¹ Thus, the ICJ has not had the opportunity, so far, to directly address the nature of the EU's legal order and its interactions with international law. In the few cases that could have tangentially touched upon EU law through the presence of EU Member States as parties to the dispute brought before it, the ICJ has displayed restraint towards the ECJ, in line with its general approach of 'friendly mutual respect' practiced 'in the interest of the "integrity of international law"'.⁹² Thus, in the *Jurisdictional Immunities* case,⁹³ Germany and Italy agreed that the matter did not implicate questions of EU law and that it only involved the relationship between the two states that was governed by general international law.⁹⁴ In the *Fisheries Jurisdiction*⁹⁵ and the *Jurisdiction and*

⁸⁹ See the discussion on the positions of the arbitral tribunals in the *Mox Plant* and the *Iron Rhine* disputes in Christina BINDER, Jane A. HOFFBAUER, 'The Perception of the EU Legal Order in International Law: An In- and Outside View' in Marc BUNGENBERG, Markus KRAJEWSKI, Christian TAMS, Jorg Philipp TERHECHTE and Andreas R. ZIEGLER (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2017* (Springer 2017) 158-163.

⁹⁰ *Iron Rhine Railway Arbitration*, Belgium v. The Netherlands, Award, XXVII, RIAA 35 (24 May 2005), paras. 101 *et seq.*

⁹¹ See *Mox Plant Case*, Ireland v. United Kingdom, Annex II Tribunal (PCA), Order no. 6, Termination of Proceedings (6 June 2008).

⁹² See BINDER/HOFFBAUER, *supra* note 87 at 165.

⁹³ *Jurisdictional Immunities of the State*, Germany v. Italy, 2008 ICJ, Application Instituting Proceedings, (23 December 2008).

⁹⁴ *Jurisdictional Immunities*, *supra* note 91, para. 6.

⁹⁵ *Fisheries Jurisdiction*, Spain v. Canada, 1998 ICJ 432, Jurisdiction (4 December 1998).

*Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*⁹⁶ cases, the ICJ was closer to discussing the ECJ's jurisdiction; however, in the *Fisheries Jurisdiction* it decided to sidestep the issue in light of Canada's claim that the dispute had already been settled through the agreement that it had concluded with the EU, while in the second case the parties settled the dispute before the ICJ had an opportunity to state its views on the matter.⁹⁷

Outside of the framework of general international law, the relationship of the ECJ with the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO displays a whole different range of complexities. The first element to note is that the EU is a party to the WTO in its own right and therefore, for the purposes of compliance with its obligations stemming from this status, EU law is treated as similar to the domestic law of any other contracting party.⁹⁸ Significantly, the DSB has described the CJEU not as an international adjudicatory body, but as a 'domestic court of 27 out of 153 Members of the WTO'.⁹⁹ However, when the separate character of the EU's order is at times recognized, it still appears to be placed closer to the domestic end of the spectrum and characterized, for instance, as a '*sui generis* domestic constitutional arrangement'.¹⁰⁰

⁹⁶ *Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, Belgium v. Switzerland, 2009 ICJ, Application Instituting Proceedings, (21 December 2009).

⁹⁷ BINDER/HOFFBAUER, *supra* note 87 at 164-165.

⁹⁸ See for a more detailed discussion BINDER/HOFFBAUER, *supra* note 87 at 167-170.

⁹⁹ Panel Report, *European Communities and Its Member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, (16 August 2010), para. 7735, footnote 974.

¹⁰⁰ Panel Report, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS174/R (15 March 2005), para. 7.725.

The examples discussed above portray the perception of the EU's legal order by the international community as a kaleidoscopic image: changing shape depending on the angle from which it is observed. From an external vantage point, there is no crystalized single answer as to the nature of the EU and its peculiar legal regime – only the ambiguity of a spectrum of possibilities between an international organization and a federal state. The EU may thus take advantage of the ongoing systemic transformations in different areas of international law, in order to further push for recognition of its autonomous legal order on the international plane, although such recognition could surely only be achieved incrementally.

Conclusion

This contribution has sought to analyze some of the approaches (doctrinal or jurisprudential) concerning the autonomy of the EU's legal order and its shaping into an existential principle of the EU. In examining the various aspects and dimensions of autonomy, the paper has shown that while the EU is an expert architect of hybrid structures, it has not (yet) succeeded in embedding itself on the international level as a true *sui generis* entity, recognizable as such by external actors.

In fact, having taken the view of the outsider looking in, the conclusion to be drawn is that the ECJ, possibly the strongest symbol of the Union's legal order, has difficulties placing itself in a particular point on the spectrum of judicial bodies, between an international court and a domestic one.¹⁰¹ This, in turn, is indicative of an identity ambiguity of the EU itself on the international

¹⁰¹ ECKES, *supra* note 38 at 27-28.

plane. While the Court affirms that the legal order of the Union has departed from public international law, for the external viewer, it is still pendulating between an international organization and a domestic system, for lack of a third choice. It might even be concluded that as long as there is only one entity of this type in the international community, its identity will remain fluid and its legal texture open, taking a different shape depending on the angle from which it is being observed.

On the other hand, whatever its legal nature might be, it is undeniable that the EU is an important actor in the world arena, wielding significant power in relation to other states and international organizations. From this point of view, the absence of language (or concepts) in current international law to accurately designate an entity like the EU rather stands as a testament to the difficulty of articulating the uniqueness of the EU's system in an international legal order that continues to operate with binary notions and that is perhaps too slow to respond to change.¹⁰²

¹⁰² Hersch Lauterpacht for instance, argued for a theory of material completeness of international law - see Hersch LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community* (OUP 1933).

Bibliography:

- ALTER, K., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (OUP 2001);
- AZOULAI, L., 'Structural Principles in EU Law: Internal and External' in Marise Cremona (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law* (Bloomsbury 2018);
- BERCEA, R., 'Le temps de l'adhésion n'est toujours pas venu – Notes en marge de l'Avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de Justice de l'Union Européenne' (2015) 5(1) *Revista Română de Drept Comparat* 88;
- BERCEA, R., *Protecția drepturilor fundamentale în sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului* (C.H. Beck 2020);
- BINDER, C., HOFFBAUER, J.A., 'The Perception of the EU Legal Order in International Law: An In- and Outside View' in Marc Bungenberg, Markus Krajewski, Christian Tams, Jorg Philipp Terhechte and Andreas R. Ziegler (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2017* (Springer 2017);
- BLAUBERGER, M., SCHMIDT, S.K., 'The European Court of Justice and Its Political Impact' (2017) 40(4) *West European Politics* 907;
- BOTAU, D., 'La Cour Constitutionnelle de la Roumanie et le droit de l'Union européenne. Amitié ou réserve?' in O.A. Macovei (dir.), *La décennie européenne de la Roumanie et la Bulgarie. Le bilan d'une appartenance différencié à l'Union européenne* (mare & martin 2022);
- BOTAU, D, VALENTIN, C., *Drept internațional. Partea generală*, (Hamangiu 2023) 217 *et seq.*;
- CONTARTESE, C., ANDENAS, M., 'EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea' (2019) 56 *Common Market Law Review* 157;

- CREMONA, C., 'Structural Principles and Their Role in EU External Relations Law' in Marise Cremona (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law* (Bloomsbury 2018);
- DAWSON M., DE WITTE B., MUIR E., (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice* (Edward Elgar Publishing 2013);
- DE BURCA, G., 'The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi' (2010) 51(1) Harv. Int'l L.J. 1 ;
- DE WITTE, B., 'A Selfish Court? The court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union' in Marise Cremona and Anne Thies (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges* (Hart Publishing 2014);
- DE WITTE, B., 'European Union Law: How Autonomous is Its Legal Order?' (2010) 65(1) Zeitschrift für öffentliches Recht 142;
- DHOOGHE, V., FRANKEN, R., OPGENHAFFEN, T., 'Judicial Activism at the European Court of Justice: A Natural Feature in a Dialogical Context' (2015) 20 Tilburg Law Review (2015) 122;
- DOROGA, S., MERCESCU, A., 'A Call to Impossibility: The Methodology of Interpretation at the European Court of Justice and the PSPP ruling' (2021) 13 European Journal of Legal Studies 87, DOI: 10.2924/EJLS.2021.006;
- DOUGLAS-SCOTT, S., *Constitutional Law of the European Union* (Longman 1st edition 2002);
- ECKES, C., 'The European Court of Justice and (Quasi-)Judicial Bodies of International Organisations', in Ramses A. Wessel, Steven Blockmans (eds.) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations* (Springer 2013);

- ECKES, C., 'International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?' in Marise Cremona, Anne Thies, Ramses A. Wessel (eds.), *The European Union and International Dispute Settlement* (Bloomsbury 2017);
- ECKHOUT, P., 'Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky?', Jean Monnet Working Paper 01/15, available at <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2015/04/JMWP-01-Eckhout1.pdf> (last visited May 20, 2024);
- EDWARDS, D., 'Judicial Activism—Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v. ENEL and the Van Duyn Family Revisited' in Angus I. K. Campbell, Meropi Voyatzi (eds.), *Essays in the Honour of Lord Mackenzie-Stuart* (Trenton 1996);
- FIKFAK, V., 'Kadi and the Role of the Court of Justice of the European Union in the International Legal Order' (2012-2013) 15 Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud. 587;
- GÁSPÁR-SZILÁGYI, S., 'It is Not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV', European Papers (30 May 2018), available at <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/it-is-not-just-about-investor-state-arbitration-achmea-case> (last visited May 20, 2024);
- ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi (2006), UN Document A/CN.4/L.682;
- JONES, M.L., 'The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis using H.L.A. Hart's Model of Law and a Legal System' (1984) 17(1) Cornell International Law Journal 1;

- HALLESKOV STORGAARD, L. 'EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR' (2015) 15 *Human Rights Law Review* 485;
- KLABBERS, J., 'The Changing of International Organizations' in Jean-Marc Coicaud, Veijo Heiskanen (eds.), *The Legitimacy of International Organizations* (United Nations University Press 2001);
- KLABBERS, J., 'Presumptive Personality: The European Union in International Law' in Martti Koskeniemi (ed.) *International Law Aspects of the European Union* (Martinus Nijhoff Publishers 1997);
- KLAMERT, M. 'The Autonomy of the EU (And of EU Law): Through the Kaleidoscope' (2017) 42(6) *European Law Review* 815;
- LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community* (OUP 1933);
- MERCESCU, A. "Is There Generic Law? The Issue of Constitutionalism" in S. Glanert, A. Mercescu and G. Samuel, *Rethinking Comparative Law* (Edward Elgar, 2021);
- MOLNÁR, T., 'The Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal Systems of Member States' in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2015* (Eleven International Publishing 2016);
- ODERMATT, J., 'The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?' in Marise Cremona (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law* (Bloomsbury 2018);
- PIRKER, B.H., REITEMEYER, S., 'Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law' (2015) 17 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 171;
- RASMUSSEN, M., 'Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment' (2014) 12(1) *I•CON* 140;

- RICHMOND, C., 'Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law' (1997) 16(4) *Law and Philosophy* 377;
- SIMMA, B., PULKOWSKI, D., 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law' (2006) 17(3) *EJIL* 483;
- SHUIBHNE, N.N., 'What Is the Autonomy of EU Law, and Why Does That Matter?' (2019) 88(1) *Nordic Journal of International Law* 10;
- TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law* (OUP 2006);
- TSAGOURIAS, N., 'Conceptualizing the Autonomy of the European Union', in Richard Collins, Nigel D. White (eds.), *International Organizations and the Idea of Autonomy* (Routledge 2011);
- WEILER, J.H.H., 'The Transformation of Europe' (1991) 100 *Yale Law Journal* 2422;
- WEILER, J.H.H., HALTERN, U.R., 'Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz' in Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph Weiler (eds.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence* (Bloomsbury 1998);
- WEILER, J.H.H., 'Rewriting Van Gend en Loos: Towards a Normative Theory of ECJ Hermeneutics' in Ola Wiklund (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective* (Kluwer Law International 2003);
- WESSEL R.A., Blockmans, S., 'Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations – An Introduction' Ramses A. Wessel, Steven Blockmans (eds.) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations* (Springer 2013);
- ZIEGLER, K.S., 'Beyond Pluralism and Autonomy: Systemic Harmonization as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law' (2016) 35(1) *Yearbook of European Law* 667.

STUDIES

COMPETING METHODS AND NORMS IN THE
REGULATION OF INTERNATIONAL SALES

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).4.2
Date of online publication: 30.06.2024

Miklós KIRÁLY*

Abstract: The study explores the unification of private international law and substantive contract law in the field of international sales law. It starts by asking whether the instruments of uniform substantive contract law can fully replace the rules of private international law, as well as if different periods be distinguished: can it be said that, at first, private international law played the decisive role in the settlement of international commercial disputes, followed by the law of traders, the *Lex Mercatoria*, and then by uniform norms of substantive law? Or is the relationship more sophisticated, because different gates open between the instruments of substantive law and conflict of laws? Can private international law eventually play a role in determining the application of substantive law conventions or in filling gaps in the uniform law? In the second part of the paper, several examples demonstrate that the unification of substantive law and private international law does not exclude or make each other superfluous; they live in a multifaceted relationship, besides competing as part of their long-lasting coexistence.

Keywords: contract law, *Lex Mercatoria*, non-state laws, conflict of laws, unification of laws

* Prof. Miklós KIRÁLY, Eötvös Loránd University, Faculty of Law, e-mail: kiraly.miklos@ajk.elte.hu, <https://orcid.org/0000-0002-7407-1587>.

Table of contents

Table of contents	44
Introduction	44
I. Fundamental questions	45
II. The interplay between PIL and substantive law	54
Bibliography	67

Introduction

This study takes a concise look at the issues related to legal diversity and possible responses to them in the field of contract law, focusing on closely related topics. It compares private international law and its unification,¹ the coordinated attempts to create a uniform substantive contract law, not only screening international conventions but also non-state norms,² *rules of law*. The goal is to determine the relationship or the interface between the above-mentioned two areas of law, all the while seeking the answer to whether classical private international law,³ the critics of which claim that its serious

¹ Because private international law is originally part of national legal systems, it is itself the embodiment of legal pluralism with its diverse solutions. It is true that, during the last century, conflict of laws has also been significantly affected by the European and international unification process.

² It should be noted that the category of non-state laws extends beyond the world of norms in international trade, encompassing various religious rules, such as *Sharia* law. M PETSCHKE, ‘The Application of Transnational Law (*Lex Mercatoria*) by domestic courts’ *Journal of Private International Law*, 10 (2014) 3, 489-515, 493.

³ J LOOKOFKY – K HERTZ, ‘EU-PIL: European Union Private International Law in Contract and Tort’ (JurisNet, LLC 2009) 109. Also, quoting F K JUENGER by S C SYMEONIDES, ‘Contracts

weakness is that it requires the application of the *domestic* law of a state to the settlement of international facts and transactions, will really be replaced or rendered superfluous by the unification of substantive contract law. If so, we would conclude that a uniform law, which is inherently tailored to international commercial relations, would be much more suitable.⁴

I. Fundamental questions

There are several interrelated questions revolving around the issue of unification. Will the era of the unification of private international law be replaced by the unification of substantive law,⁵ and, if so, is this process, or paradigm shift, if you like, unstoppable?⁶

Do the different solutions offered to deal with and resolve the differences between legal systems exclude or at least render each other

subject to non-state norms' *The American Journal of Comparative Law*, 54 (2006) 209-232, 224.

⁴ F K JUENGER, 'The Problem with Private International Law' In J BASEDOW *et. al.* (eds), *Private Law in International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr* (T.M.C. Asser Press 2000) 289-309, 290-291, 304-305, 308-309.

⁵ I THOMA, 'Relations between Conflict of Laws Rules and Uniform Law' *RHDI*, 53 (2000) 169-188, 188.

⁶ B ZELLER, 'The Development of Uniform Laws - A Historical Perspective' *Pace International Law Review*, 14 (2002) 1, 163-177.

superfluous⁷; are they in fact antitheses,⁸ rivals⁹ or alternatives,¹⁰ or is there a more complex relationship,¹¹ and if so, what elements and forms of coexistence and interaction are present? Are there cases where they are directly conditional on each other? Can private international law play a role in determining the application of substantive law conventions or in filling gaps in the uniform law?¹² What questions of private international law might arise as a result of international conventions seeking universal application? How do changes in substantive law affect private international law? Are there

⁷ 'The unification of substantive law of course obviates the need for choice of law rules.' JUENGER *supra* no 4, 306.

⁸ 'Private International Law is in a sense the antithesis of universal unification of law. Its *raison d'être* is the existence in different countries, and sometimes within the same country, of different systems of law.' W E BECKETT, 'The question of classification ("Qualification") in Private International Law' *Brit. Y.B. Int'l L.*, 15 (1934) 3, 46-81, 46. Similarly, DÖLLE on the advantages of substantive unification: '...to save the difficult search for the applicable law'. H DÖLLE, 'Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht' *Rabel's Journal*, 32 (1968) 3, 438-449, 439; P HAY, 'Unification of Law in the United States. Treaties and Judicially Declared Federal Common Law' in J N Hazard – J WAGNER, WENCESLAS (eds), *Legal Thought in the United States of America under Contemporary Pressures* (Emile Bruylant 1970) 261-293, 261; K ZWEIGERT – U DROBNIG, 'Uniform Sales Law and Private International Law' *Rabel's Journal*, 29 (1965) 146-165, with further references 150-151.

⁹ Gy EÖRSI, 'The Hague Conventions of 1964 and the International Sale of Goods' *Acta Juridica*, 11 (1969) 3-4, 321-354.

¹⁰ M J BONELL, 'The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles' *L. Rev.*, 23 (2018) 15-41, 15. (However, the study does not mention at the unification of private international law and its impact all.)

¹¹ LOOKOFKY-HERTZ, *supra* no 3, 68.

¹² P WINSHIP, 'Private International Law and the U.N. Sales Convention' *Cornell. International Law Journal*, 21 (1988) 3, 491, 533.

any wormholes,¹³ gateways or shortcuts between international conventions, through which we can suddenly fall from the world of uniform substantive law into another universe, the world of conflict of laws, or vice versa? Which is easier to achieve: unification of substantive contract law or unification of private international law?¹⁴ To what extent have lasting, widely accepted rules been crystallised over the decades of unification? Can different periods be distinguished; can it be said that private international law played the decisive role in the settlement of international commercial disputes, followed by the law of traders, the *Lex Mercatoria*¹⁵, and then by substantive law unification? Or have conventions on substantive law become more inclusive as regards the role of conflict of laws?¹⁶ How are the processes under study evolving in the European Union, where the coexistence, 'conversation', interaction, and unification of national laws in the internal market and the European legal

¹³ *Wormhole, Einstein-Rosen bridge*, in astronomy, a theoretical connection in space-time between distant parts of a universe or between two universes. 'Such a tunnel would provide a shortcut between its end points. In analogy, consider an ant walking across a flat sheet of paper from point A to point B. If the paper is curved through the third dimension so that A and B overlap, the ant can step directly from one point to the other, thus avoiding a long trek' Britannica.com (visited 13.09.2023.).

¹⁴ E M KIENINGER, 'Codification Idea and European Private Law' *Jurisprudence*, (2012) 4, 406-431., especially 429-430.

¹⁵ The *Lex Mercatoria*, or 'merchants' law', was originally a set of rules and principles developed by medieval merchants to regulate their transactions. The new *Lex Mercatoria*, which has been gradually adopted over the last fifty years, includes usages of trade, but also a number of other international norms that are regularly respected by international trading operators. See G CUNIBERTI, 'Three Theories of Lex Mercatoria' *Columbia Journal of Transnational Law*, 52 (2014) 1, 369-434, esp. 369 and 371. Similarly, R MICHAELS, 'The True Lex Mercatoria: Law beyond the State' *Indiana Journal of Modern Legal Studies*, 14 (2007) 2, 447-467.

¹⁶ F FERRARI, 'New Paradigm for International Substantive Law Conventions' *Uniform Law Review*, (2019) 467-483.

*space have been given a new interpretative and institutional framework?*¹⁷ Is there a recipe for successful legal unification? And what is the relationship between the sources of private international law and substantive law unification in general; so, if an international sale is subject to both a conflict of laws and a substantive convention, which one takes precedence or to what extent can they complement each other?¹⁸ In the first part of the paper I will elaborate on the questions outlined here and to set out their background, and in the second part I will answer them.

In making this comparison, it should be borne in mind that we are comparing norms of a different nature.¹⁹ Private international law is concerned with the designation of the applicable law and is therefore more procedural and administrative in nature, while substantive contract law regulates the rights and obligations of the parties.²⁰ Private international law pursues specific objectives, as indicated by the terms *private international law justice and justice conflictuelle*. These include a sufficiently close connection between the applicable law and the legal relationship, the requirement of *le principe de proximité*²¹ and the foreseeability of the applicable law, the protection of the stability of legal relationships²² and the

¹⁷ A VON BOGDANDY, 'The Transformation of European Law: The Reformed Concept and its Quest for Comparison' Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) *Research Paper*, No. 2016-14., 25 5-7, 10-14. Moreover, arguing for a new European Union *Ius Commune*, Juenger, *supra* no 4, 308.

¹⁸ WINSHIP, *supra* no 12, 491.

¹⁹ THOMA, *supra* no 5, 169.

²⁰ LOOKOFSKY-HERTZ, *supra* no 3, 2.

²¹ Paul Lagarde's expression is *quoted* by H MEIDANIS, 'Justice and underlying 'values', aims and principles in EU private international law' in I KUNDA (ed.), *Essays in Honour of Spyridon Vrellis*. (Nomikē Vivliothēkē 2014) 579-592, 584-585.

²² M BOGDAN, 'On the so-called deficit of social values in private international law' in I KUNDA (ed.), *Essays in Honour of Spyridon Vrellis*. (Nomikē Vivliothēkē 2014) 31-38, 33-35.

pursuit of international harmony in decision-making. However, in many cases, both conflict of laws and substantive laws are necessary for the assessment of an international sales transaction, and in fact they are stages or phases of the application of the law that fit together. The hypothesis of the conflict of laws rule, as is well known, is based on concepts of substantive law. As such, we are looking at different but interconnected worlds, even more so because the objectives of substantive law, such as the protection of the weaker party, the consumer, are slowly permeating private international law, especially since the second half of the 20th century.²³

Hence, the study primarily approaches the unification of substantive contract law from the perspective of the law applicable to international sales, but with the knowledge that this unification process may also have an impact on the development of national contract laws governing domestic transactions, and in some cases, such as the EU directives on consumer contracts, this is the main objective. Understandably, particular emphasis is placed on the examination of *party autonomy*, namely the emergence of contractual freedom²⁴ and its limits in the world of private international law, and its relationship with the various documents of harmonisation of substantive contract law.

Of course, a distinction must be made between harmonisation of laws on the one hand, and legal unification on the other: the former aims to approximate existing rules, typically those of the state, while the latter aims to establish a single set of rules. The rich toolbox of legal unification and

²³ BOGDAN, *ibid* 35.

²⁴ Juenger, *supra* no 4, 306.

approximation²⁵ and the phenomena and limitations of the processes are highlighted in the analysis. Where appropriate, attention should be paid to the specific legal sources, institutional background, and underlying policy choices of a legal harmonisation of contract law within a federation or integration.²⁶

This study is concerned with the unification or approximation of law through codification (for example, international conventions or various instruments of international organisations), but does not examine their broader forms, such as the imitation or rational herding of lawmaking between states, the effect of regulatory competition, or the migration and transfer of lawmaking as a specific craft, or the internationalisation of the legal profession, the unification that follows the practice of transnational law firms.²⁷ It is also legitimate to suggest that the results or even the limits of legal unification are ultimately reflected in the drift of judicial practice; however, the structure and skeleton of judgments and case law is still provided by legislation, in this case by the norms of uniform law.

The questions and answers that arise concern the legal basis and means of unification and, where appropriate, harmonisation, both in substantive contract law and in the conflict of laws rules applicable to contracts. They cannot, however, provide an exhaustive analysis of the content of the various instruments; it would be difficult to do so in a single paper, since most of the sources of law discussed could be the subject of a separate commentary, or such a commentary already exists. Instead, it is

²⁵ F GOMEZ, 'Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law' in A S HARTKAMP – M W HESSELINK – E HONDIUS – Ch MAK – E DU PERRON (eds) *Towards a European Civil Code* (4th rev ed, Kluwer 2010) 401-426., especially 404-406.

²⁶ GOMEZ, *ibid* 410-412.

²⁷ *Ibid* 406-410.

always an attempt to explore and describe the interface between instruments of different natures. What are the links between conflict of laws and regional and international instruments on substantive law unification? Is it sufficient to describe the relationship by stating the general principle that uniform substantive law takes precedence²⁸ over uniform conflict of laws as the ideal solution?²⁹ To what extent does uniform contract law rely on classical PIL norms in its own application or, for example, in filling legal gaps? Can the references of PIL rules lead directly or indirectly to the invocation of uniform substantive law (international conventions)? Is there even a need for a uniform substantive law if choice of law and well-functioning objective connecting rules can deal with the challenges arising from the diversity of legal systems? Or can it be assumed that the option of choice of law, for example in mass consumer transactions, is not the most appropriate solution and requires specific rules?³⁰ Furthermore, how does private international law respond to the creation of a uniform contract law, the different *principles of contract law*? Of these non-state norms, *soft law* instruments, those adopted by an international organisation such as UNCITRAL, UNIDROIT or

²⁸ K H NADELMANN, 'The Uniform Law on International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbroglío' *The Yale Law Journal*, 74 (1965) 3, 449-464, 450.

²⁹ ZWEIGERT-DROBNIG, *supra* no 8, 160; H EIDENMÜLLER – N JANSEN – E M KIENINGER – G WAGNER – R ZIMMERMANN, 'The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law' *The Edinburgh Law Review*, 16 (2012) 3, 301-357, in particular 318, with further references. Thoma *supra* no 5, 171 'Does the scope of application of a convention set aside *in globo* the application of the rules of private international law?' and 173 'If a uniform substantive law settles an issue, then there is no place for the application of the uniform conflict rules.'

³⁰ GOMEZ, *supra* no 25, 413, with references to other sources. S C SYMEONIDES, 'Party Autonomy and the Lex Limitativa' in I KUNDA (ed.), *Essays in Honour of Professor Spyridon Vrellis* (Nomikē Vivliothēkē 2014) 909-924, 924.

the EU are the most likely to come into focus, following the institutionalisation of law-making³¹ in this area too.

To reiterate the questions to be answered: do conflict of laws and substantive law sources ‘talk’ to each other? How efficient and effective are the two unification processes, conflict of laws and substantive law, separately and when their effects are summed up? To what extent are there still white spots in the unification process?

The wider context is even richer. Indeed, the birth and applicability of non-state norms already lead us to the *Lex Mercatoria*; in other words, the usages, principles, and practices that have been shaping international trade since the Middle Ages, with all its diversity, sometimes amorphous nature, and sometimes in conjunction with the state and non-state instruments of international legal unification. Moreover, different periods and interpretations of the *Lex Mercatoria* can be distinguished, as emerges from the debate between its supporters and opponents. Particularly divisive are the extent to which the *Lex Mercatoria* is independent of state law, the relationship between state and non-state norms, and whether state regulation or traders' law provides greater efficiency.³²

Furthermore, the question of applicable law cannot be hermetically separated from the role of international civil procedural law. Indeed, the parties' autonomy, choice of law and contractual freedom may depend to a

³¹ B FAUVARQUE-COSSON, ‘New Principles in the Legal World: The Hague Principles on the Choice of law in International Commercial Contracts’ in L GULLIFER – S VOGENAUER (eds), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (Hart 2014) 455-466, 461.

³² MICHAELS, supra no 15, 447-450, 452-454, 461-464 and 466. See also CUNIBERTI, supra no 15, 369-434, and A MAURER - G P CALLIES, ‘Lex Mercatoria’ in J BASEDOW – G RÜHL – F Ferrari - A, P DE MIGUEL (eds): *Encyclopedia of Private International Law, Vol 1-4*. (Elgar 2017) 1119-1129.

considerable extent on the forum in which the dispute is brought and on whether the dispute is to be decided by an ordinary court or by arbitration. It is on this complex world of globalisation and regional integration and cooperation that globalisation and regional integration and cooperation will settle in the late 20th and early 21st century, themselves having a multi-directional impact on trade relations and legislation, and also posing a new challenge, questioning whether the state, the 'national' level of regulation, is always the most appropriate in the complex world of international transactions.³³ Globalisation and the single market of the European Union increase the chances of individuals coming into contact with the legal systems and fora of other states.³⁴

³³ J H DALHUISEN, 'Globalization and the Transnationalization of Commercial and Financial Law' *Rutgers University Law Review*, 67 (2015) 1., 1–41, on the process of globalization 1-4, on the risks of subordinate legislation to national interests in the era of transnational transactions, 13-14; MICHAELS, *supra* no 15, 464-465; I SCHWENZER, 'Global Unification of Contract Law' *Uniform Law Review*, 21 (2016) 60-74. However, on the legal diversity that remains despite globalisation, on the variations in *economic constitutions*, see G TEUBNER, 'Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism' *The Italian Law Journal*, 1 (2015) 2, 219-248, especially 238 (The extent of the negative impact of the Covid19 epidemic on international production chains and trade, on the functioning of multinational corporations and thus on globalisation cannot yet be assessed, but it seems so that no dramatic collapse has occurred.)

³⁴ J BASEDOW, 'Theory of Choice of Law or Party Autonomy as the Basis of Private International Law' *Rabel's Journal*, 75 (2011) 32-59, 55.

II. The interplay between PIL and substantive law

Returning to the questions posed in the first part, the following answers emerge: the unification of substantive law and private international law do not exclude or make each other superfluous; they have a complex relationship and coexist. For example, the application of the Vienna Sales Convention (CISG)³⁵ as a uniform substantive law instrument, precedes the Rome I Regulation³⁶ in the context of transactions involving places of business in the States party to the Convention, if the CISG is not excluded by the seller and the buyer.³⁷ However, there are occasions when the application of a uniform substantive law instrument is achieved, as an auxiliary solution, precisely by means of private international law, as may also be the case with the Vienna Sales Convention.³⁸ Here, therefore, the objective connecting norms of private international law lead indirectly to the application of an international convention. In the case of the ULIS,³⁹ the predecessor of CISG, a solution was also offered whereby the acceding States could make a reservation that they would only apply this uniform substantive law

³⁵ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (11 April 1980), (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (CISG).

³⁶ Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations.

³⁷ F FERRARI (ed.), *'Rome I Regulation. Pocket Commentary'* (Sellier 2015) 134-135.

³⁸ Article 1(b) of the CISG provides for the application of the Convention indirectly, i.e. even if the rules of private international law led to the application of the law of a Contracting State. I SCHWENZER, U G SCHROETER (eds) *'Schlechtriem & Schwenzler, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)'* (Fifth ed, OUP 2022) 39-43. ed. D MARTINY (ed), *'Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht'* (Ninth ed, Otto Schmidt 2022) 1837-1838.

³⁹ Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) (1964).

convention if a private international convention provided for it.⁴⁰ It is also possible that the contracting parties can choose the law of a State that has acceded to a substantive convention, thus also giving effect to the uniform substantive law. In some cases, the parties may even directly choose an international convention as the '*rules of law*' governing their transaction.⁴¹

Theoretically, a complete, comprehensive, seamless, universally applied codification of substantive law, if it existed, could replace private international law, eliminating conflicts of different legal systems, but this is not feasible. Therefore, substantive unification does not necessarily and not always eliminate private international law issues; as such, they remain or are revived in a different guise and context. However, the (full) unification of private international law does not, by its very nature, render substantive unification superfluous, since it does not eliminate the diversity of substantive rules, but merely makes the choice of applicable law more predictable and helps to promote harmony in international decision-making. It is also true that the applicable law may be determined via several private international law conventions.⁴²

⁴⁰ Article IV of ULIS, apparently in the light of the 1955 Hague Convention on the Law applicable to International Sales, empowered Contracting States which had previously ratified or acceded to one or more conventions on conflict of laws in international sales to decide to apply ULIS only if one of those private international law conventions itself provided for the application of the uniform law.

⁴¹ UNCITRAL, '*UNCITRAL, HCC and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sale*' (United Nations Commission on International Trade Law, Hague Conference on Private International Law 2021) 11.

⁴² For example, if a Dutch seller delivers a product to a Greenlandic buyer and the dispute is decided by a Danish court, then - CISG excluded - it is not the Rome I Regulation, or even its predecessor, the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980), that

Sometimes the conventions themselves, which are intended to unify substantive contract law, contain references to private international law⁴³ or rules of a private international law nature⁴⁴ or regulatory loopholes that lead to the application of the law of a State instead of a uniform rule. These can rightly be described as ‘wormholes’ in these international conventions, through which we suddenly find ourselves plunged from the uniform substantive law system into another universe, that of conflict of laws. The infiltration of rules of private international law into the uniform substantive law is inevitable if the latter does not provide a complete and exhaustive regulation of the area in question.⁴⁵ In several EU substantive law sources, conflict of laws rules appear in the context of consumer protection.⁴⁶ As such, as it seems, it is not possible to expel conflict of laws from the world of uniform substantive law. However, the passage is not one-way: it happens that

applies to the dispute, but the 1955 Hague Convention of which Denmark is a member. This is explained by the fact that, although the Danish fora continue to apply the Rome Convention, an earlier version of the uniform EU private international law, instead of the Rome I Regulation, Article 21 of the Rome Convention provides that the Rome Convention does not affect the application of other international conventions to which the Contracting State is or becomes a party.

⁴³ See Article 7(2) of the CISG.

⁴⁴ See Art. 28 of the CISG, providing a role to the *lex fori*. I SCHWENZER (ed.) Schlechtriem & Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th ed. OUP 2016) 492. In detail: M KIRALY, ‘Specific Performance – and the International Unification of Sales Law’ *Acta Universitatis Carolinae*, Vol 69 No 2 (2023) 127-137, DOI: <https://doi.org/10.14712/23366478.2023.19>.

⁴⁵ A good example of this is the lack of regulation of the institution of interest on late payments, with regard to the rate of interest and the question of compound interest.

⁴⁶ One source of conflict of laws in EU legislation aimed at harmonising substantive law is Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Art. 6(2). The current consolidated version of the Directive was published on 28.05.2002.

substantive law rules, in the form of imperative norms, enter the field of application of private international law,⁴⁷ as if through a wormhole, eclipsing the application of the rules otherwise designated by conflict of laws.

Over time, conventions on substantive law have become more permissive as to the role of conflict of laws, as can be seen by comparing the provisions of the 1964 Hague Conventions (ULIS, ULFIS⁴⁸), which sought to exclude private international law from their scope, with those of the 1980 Vienna Sales Convention. This generosity is justified by the fact that the multiplicity of legal loopholes in the substantive conventions, the existence of reservations, the limits on the subject matter and territorial scope, the issues deliberately not regulated, or the provisions of exclusion of the application uniform law instruments make it essential for the contracting parties to involve private international law in the determination of the applicable substantive law in areas which are not unified or where the application of uniform law is impeded.⁴⁹

However, the complex relationship shows that substantive law can also impose limits on the choice of law provided by conflict of laws, as the *Amazon EU Sàrl* judgment showed.⁵⁰ Nevertheless, it also happens that a

⁴⁷ See Article 9(2) of the Rome I Regulation.

⁴⁸ Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, (ULFIS) (1964).

⁴⁹ This is why UNCITRAL's summary of the importance of the CISG is somewhat overly optimistic 'The CISG applies only to international transactions and avoids the recourse to rules of private international law for those contracts falling under its scope of application.' https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg, (visited 12.09.2023.).

⁵⁰ The European Court of Justice ruled in the C-191/15 *Amazon EU Sàrl* case, that a condition in the general conditions of sale of a seller or service provider, which is not specifically negotiated, that the contract is governed by the law of the Member State where the seller or

conflict of laws convention limits the application of the principle of closest connection, precisely in the light of substantive unification.⁵¹

A common feature in both areas is the growing role of party autonomy. In the area of private international law, the choice of law is ensured by increasingly detailed rules,⁵² while in the area of substantive law we see the emergence of optional, *opt-in* sources of law on the one hand,⁵³ and the authorisation of the parties to exclude the application uniform law on the other.⁵⁴

In some cases, private international law instruments also consider the results of substantive unification. A good example of this is the 1986 Hague Convention on the Law applicable to International Sales of Goods, which explicitly stated that it did not prejudice the application of the Vienna Sales Convention.⁵⁵ Or the Hague Principles,⁵⁶ which also support the application of the UNIDROIT Principles⁵⁷ by ensuring the choice of non-state norms as "*rules of law*".⁵⁸ On the other hand, Article 7 of the Vienna Sales Convention

service provider is established, is unfair *if* it misleads the consumer. That is to say, by giving the impression that the law of that Member State alone is applicable to the contract, without informing the consumer that he is protected, within the meaning of Article 6(2) of Regulation No 593/2008, by the implied rules of the law applicable in the absence of that contractual term, which must be examined by the national court in the light of all the relevant circumstances.

⁵¹ See the Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. (1986 Hague Convention) Art. 8 (5), referring to the CISG.

⁵² Rome I Regulation Art. 3 on freedom of choice.

⁵³ For example, the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

⁵⁴ CISG Art. 6.

⁵⁵ 1986 Hague Convention, (not in force) Art. 23.

⁵⁶ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (2015).

⁵⁷ Most recent edition: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*. (UNIDROIT 2016) (Hereinafter referred to as UPICC 2016)

⁵⁸ Hague Principles Art. 3.

on interpretation has had a demonstrable impact on the wording of the rules on the interpretation of conflict of laws conventions.⁵⁹ It is also precisely the case-law based on substantive unification that offers guidance for the interpretation of European conflict of laws on important issues such as the concept of sale.⁶⁰ The relationship between the Rome I Regulation and the CESL draft⁶¹ is a particular derailment of the relationship between EU private international law and substantive law, since the latter – ‘by creating within

⁵⁹ See Article 16 of the 1986 Hague Convention, Article 18 of the Rome Convention and Article 4 of the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (Mexico City Convention) (1994), all of which refer to the international character and the need to promote uniform application.

⁶⁰ The concept of a contract of sale, in accordance with recital 17 of the Rome I Regulation, must be interpreted in accordance with Article 5 of the Brussels I Regulation (Regulation (EC) No 44/2001), while the case law and literature on the subject is based to a significant extent on the Vienna Sales Convention (CISG), describing the concept of sale as the sale of goods for money. The Brussels I Regulation has been replaced by the Brussels Ia Regulation, Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

⁶¹ CESL, Common European Sales Law, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Common European Sales Law, COM(2011)0635 final. The Draft was preceded by major academic research resulted the so called Draft Common Frame of Reference (DCFR): von Ch BAR – E CLIVE – H SCHULTE-NÖLKE, (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Outline ed, Sellier 2009). The Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, which drafted the DCFR, published the full results of its work in von Ch BAR – E CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Full edition. Volumes I-VI. Sellier, 2009) On the detailed evaluation of CESL see R Schulze, ed., *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* (C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012). A critical assessment provided by H EIDENMÜLLER – N JANSEN – E M KIENINGER – G WAGNER – R ZIMMERMANN, ‘The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law’ supra no 29.

each Member State's national law a second contract law regime for contracts within its scope' – would bypass the Rome I Regulation, despite the fact that it clearly foresaw the possible unification of European contract law and was permissive towards this possibility.⁶²

The question arises as to whether the unification of substantive contract law or rather of the relevant private international law is easier to achieve. The example of the European Union suggests that the unification of conflict of laws is more rapidly achievable than the creation of a uniform substantive law, as illustrated by the failure to create a Common European Sales Law. At the international level, the emergence of *soft law* instruments such as the UNIDROIT Principles or the Principles of European Contract Law (PECL)⁶³ is , meaning that there is a shift towards the creation of contractual principles⁶⁴ but, at world level, even the unification of private international law is progressing very slowly. This can be illustrated by the failure of the 1986 Hague Convention to enter into force, or by the fact that the Hague Conference on Private International Law has also developed non-binding Principles rather than a classical convention on the choice of law in international commercial contracts. For this reason, it cannot be said that different eras can be separated; in other words, that private international law first played the decisive role in the settlement of international commercial disputes, then *Lex Mercatoria* and then substantive law unification took over

⁶² Preamble paragraph 14 of the Rome I Regulation compared to COM(2011)635 final, Preamble paragraph (9). P MANKOWSKI, 'Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht' *RIW*, (2012) 3, 97-105.

⁶³ O LANDO – H. BEALE (eds), '*Principles of European Contract Law. Parts I and II.*' (Kluwer 2000). O LANDO – E CLIVE – A PRÜM – R ZIMMERMAN (eds), "*Principles of European Contract Law. Part III.*" (Kluwer 2003).

⁶⁴ FAUVARQUE-COSSON, *supra* no 31, 457.

the decisive role.⁶⁵ (It should be noted that there are states, such as India, Iran and many African countries, which do not participate in either conflict of laws or substantive law unification, for cultural or ideological, political reasons.) However, it is possible to distinguish between periods in the methodology of private international law conventions: first, strict, objective principles of connection; *hard and fast rules* prevailed, then the principle of the closest connection also appeared with greater or lesser intensity, and today the two approaches are more in balance.

If there is a paradigm-shift in legal unification, it can best be illustrated by the emergence of the European Union as a 'heavyweight' player, which has to some extent eclipsed the role of the Hague Conference on Private International Law or UNIDROIT in the fields under consideration. This is illustrated, for example, by the spill-over effect of the Rome Convention⁶⁶, followed by the Rome I Regulation, on legal science in other continents and even on the legislative efforts to unify the law.

To sum up, neither the unification of substantive law nor the unification of private international law is an unstoppable process, even in the European Union. The territorial scope, subject matter, and scope of application of the conventions and other sources of law adopted remain limited. Nevertheless, it is reasonable to point out that the scope of most conflict of laws instruments is broader and their universal application⁶⁷ is

⁶⁵ ZELLER, *supra* no 6.

⁶⁶ Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980). The Rome Convention had an impact on the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994).

⁶⁷ It is important for the comparison of private international law and substantive law unification that the scope of the 1955 Hague Convention or the Rome I Regulation is wider than the scope of the CISG. For example, the two conflict-of-law conventions do not exclude

more acceptable for the states than that of conventions seeking to unify substantive contract law.⁶⁸ For example, the Rome Convention or the Rome I Regulation, at the level of designation of the applicable law, covers the invalidity of a contract, a legal problem which is, however, expressly outside the scope of ULIS or the CISG.⁶⁹ The simple fact that regulations have been adopted in the European Union for creating the common PIL, while the approximation of substantive contract law has been done through directives, can be an indication of the greater codification potential of private international law.

The organic development of international instruments and their drafts is also remarkable, particularly in the unification of the substantive law of international sales. There have been changes, but they have always been based on earlier ideas or conventions. The drafts and knowledge of codification and comparative law have survived the world wars, the fall of empires and political earthquakes in the hidden shelves of libraries, in university departments or in

the question of invalidity from their scope unlike the CISG. Thus, if the question of the invalidity of a sales contract arises between the contracting parties of the EU Member States which are party to the CISG, either the law designated by the 1955 Hague Convention or the law designated by the Rome I Regulation will govern the question.

⁶⁸ The universal application of private international law conventions can also be well defended in the interests of creating international harmony in the decision-making, which is a central goal of PIL. J BASEDOW, 'Private International Law (PIL)' in *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (2012), Online ed. [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Private_International_Law_\(PIL\)](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Private_International_Law_(PIL)) (Visited 14.09.2023). Moreover, the conflict of laws rules, by their abstract nature, link the applicable law, for example, to the habitual residence of the seller, and the consequences of this solution are only made clear in the concrete fact situation, by the actual designation of the applicable law, as opposed to the directly perceptible effect of substantive conventions on the obligations of seller and buyer.

⁶⁹ ULIS Art. 8, CISG Art. 4 (a).

emigration. The UNIDROIT drafts⁷⁰ of the first half of the 20th century matured into the norms of the 1964 Hague Conventions (ULIS, ULFIS), which were taken over by the Vienna Sales Convention. This, in turn, was transmitted through the provisions of the PECL and the UNIDROIT Principles and appeared directly or indirectly in national codifications.

If we look at the way in which the processes of legal unification under study are evolving in the European Union, where the coexistence, interaction, and unification of national laws have been given a new interpretative and institutional framework with the emergence of the *European legal space*, we can see the dominant role of the internal market. Behind the efforts and results of legal unification, there is a clear desire for *a level playing field* around conflict of laws and substantive contract law, as required by the single market. The European Union's legislative machinery, with its effective institutional and organisational backing, is certainly a strong promoter of successful legal unification. However, even this institutional background is not an absolute guarantee, as the fate of the CESL shows. It is important that economic operators and *stakeholders*, be they traders or consumers, see the potential benefits of unification, and that Member States do not consider abandoning their own rules and trusting in the benefits of regional or global regulation as a sensitive sovereignty issue. This requirement would seem to be better met by private international law than by substantive contract law, which directly regulates social relationships. However, it is true that, at the

⁷⁰ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), '*Draft of an International Law of the Sales of Goods*' (La Libreria Dello Stato 1935), also '*Projet D'Une Loi Uniforme sur la Vente Internationale Des Objets Mobiliers Corporels*' and '*Draft Uniform Law on International Sales of Goods (Corporeal Movables)*' in *L'Unification du Droit = Unification of Law. A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)*. (UNIDROIT 1948).

international level, the unification of private international law has not been any more successful than the unification of substantive law.

In general, it seems as if the strength of the efforts to unify the law in the area under study is dwindling. A possible amendment of the Vienna Sales Convention was rejected in short order,⁷¹ and more comprehensive regulation was only achieved through non-state norms, *soft law* sources. The low tide is indicated by the fact that the Hague Conference on Private International Law also formulated Principles instead of a classical convention, adopting the model of a gentle unification of substantive contract law.⁷² The emergence of non-state law, the '*rules of law*', since they are not directly backed by state enforcement and thus do not lead to territorial conflicts between legal systems, has long remained under the radar of legal literature. However, if they are linked to the choice of arbitration forum, they can still provide the substantive legal framework for enforceable awards.⁷³ Furthermore, their importance in influencing state codification or contributing to cross-border academic discourse is indisputable.

⁷¹ In 2012, the Swiss government submitted a proposal to UNCITRAL for the elaboration of a convention on a more comprehensive regime of international contract law, Proposal by Switzerland on Possible Future Work by UNCITRAL in the Area of International Contract Law, 45th Session, New York, 25 June-6 July 2012. The Swiss proposal was introduced to the Governing Council of UNIDROIT too.

⁷² S C SYMEONIDES, 'The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments' *The American Journal of Comparative Law*, 61 (2013) 4, 873-899, 874.

⁷³ States also assist in the enforcement of arbitral awards based on non-state rules by applying the 1958 New York Convention.

A separate question is to what extent have lasting, widely accepted rules been crystallised over the decades of unification of substantive law. The acceptance of the Vienna Sales Convention points in the direction of success. However, there is still no consensus, no standard solution on important issues such as the conditions for specific performance, the role of commercial usages or the rate of interest for late payment. Where appropriate, *soft law* sources, non-binding contractual principles, also reflect a different approach. There is even a lack of a common definition of the concept of contract or sale, both in uniform private international law and in substantive law. The situation is further complicated by the fact that, at least at world level, there is no single forum system that could continue, through its jurisprudence, the unification process begun by conventions and *soft law* instruments through legislation.

Private international law rules on contracts (apart from Denmark) have been unified in the European Union, but Brexit has left the United Kingdom out of this unity. The harmony offered by the unified private international law in the designation of governing law can be broken by the application of the public policy clause and the overriding mandatory rules, albeit only in exceptional cases.⁷⁴ At a global level, there is no widely accepted PIL instrument for contracts. There is no global consensus on the protection of consumers and on its methods, on the permissibility of choice of law or on the enforcement of imperative rules. Although the unification of conflict of laws, at least at the European level, has been more successful in addressing consumer protection issues than substantive instruments, which at the beginning have been silent on consumer transactions and then excluded this sensitive area from their scope⁷⁵ or have been deadlocked on consumer

⁷⁴ Rome I Regulation Art. 9.

⁷⁵ Although the UNIDROIT Principles do not explicitly exclude consumer transactions from their scope of application, they do, by virtue of their title, apply only to commercial contracts.

protection issues.⁷⁶ However, the various traditions and the differences in the deep structure of substantive law, for example with regard to the transfer of property, may limit and hinder even the unification of private international law.⁷⁷

Finally, we must not forget the importance of commercial usages, which are themselves a kind of organically evolving uniform law under the umbrella of the *Lex Mercatoria*, but which may also lead to a departure from the codified uniform law, at least to the extent permitted by the international conventions concerned or the law of the forum.⁷⁸ A highly complex phenomenon is at stake, with state and non-state, substantive and conflict of

⁷⁶ During the codification of the CESL, very detailed tables were produced to demonstrate that the Common European Sales Law is even more beneficial for consumers than the protection offered by national laws, and the Commission has even funded a specific academic study on this issue. A specific legal instrument, the so-called standard *information notice*, has been developed to provide consumers with the right information when they decide to use the CESL. Despite this, consumer organisations were not convinced of the need to create an optional European contract law. However, what was too little for consumer organisations proved to be too much for business, certainly not independently of the cost of the proposed solutions to protect consumers. J BASEDOW, 'An Optional Instrument and the Disincentives to Opt In' *Contratto e impresa / Europa*, 17 (2012) 1, 37-47, especially 41-42.

⁷⁷ 1955 Hague Convention on the Law applicable to International Sales Art. 5 which excludes the transfer of ownership from the scope of the Convention.

⁷⁸ R GOODE, 'Usage and its Reception in Transnational Commercial Law' *International & Comparative Law Quarterly* (1997) 46(1) 1-36. On the classification and hierarchy of different sources see: L MISTELIS, 'Is Harmonisation a Necessary Evil? – The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law' in I FLETCHER, L MISTELIS, M CREMONA (eds), *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (Sweet & Maxwell 2001) 3-27. On unification and usages: M KIRALY, 'The Unification of Contract Law and Commercial Usages' in *Transnational Commercial Law Review (TCLR)*, No 2 (2022), <https://www.qmul.ac.uk/unidroit-itcl/tclr/tclr-issue-2/>, DOI: 10.26494/tclr220225.

laws rules, the practice of ordinary courts and arbitral tribunals, conventions on substantive law and private international law, EU regulations and customs, all interlocking and interpenetrating regulatory fields that define the interpretative framework of international sales.

Bibliography

- Ch Bar – E Clive – H Schulte-Nölke, (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Outline ed, Sellier 2009).
- Ch BAR – E CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Full edition. Volumes I-VI. Sellier, 2009).
- J BASEDOW, ‘Theory of Choice of Law or Party Autonomy as the Basis of Private International Law’ *Rabel's Journal*, 75 (2011) 32-59.
- J BASEDOW, ‘An Optional Instrument and the Disincentives to Opt In’ *Contratto e impresa / Europa*, 17 (2012) 1, 37-47.
- J BASEDOW, ‘Private International Law (PIL)’ in *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (2012), Online ed. [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Private_International_Law_\(PIL\)](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Private_International_Law_(PIL)).
- W E BECKETT, ‘The question of classification (“Qualification”) in Private International Law’ *Brit. Y.B. Int'l L*, 15 (1934) 3, 46-81.
- M Bogdan, ‘On the so-called deficit of social values in private international law’ in I Kunda (ed.), *Essays in Honour of Spyridon Vrellis*. (Nomikē Vivliothēkē 2014) 31-38.

- A VON BOGDANDY, 'The Transformation of European Law: The Reformed Concept and its Quest for Comparison' Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) *Research Paper*, No. 2016-14.
- M J BONELL, 'The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles' *L. Rev.*, 23 (2018) 15-41.
- G CUNIBERTI, 'Three Theories of Lex Mercatoria' *Columbia Journal of Transnational Law*, 52 (2014) 1, 369-434.
- J H DALHUISEN, 'Globalization and the Transnationalization of Commercial and Financial Law' *Rutgers University Law Review*, 67 (2015) 1.
- H DÖLLE, 'Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht' *Rabel's Journal*, 32 (1968) 3, 438-449.
- H EIDENMÜLLER – N JANSEN – E M KIENINGER – G WAGNER – R ZIMMERMANN, 'The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law' *The Edinburgh Law Review*, 16 (2012) 3, 301-357.
- Gy EÖRSI, 'The Hague Conventions of 1964 and the International Sale of Goods' *Acta Juridica*, 11 (1969) 3-4, 321-354.
- B FAUVARQUE-COSSON, 'New Principles in the Legal World: The Hague Principles on the Choice of law in International Commercial Contracts' in L GULLIFER – S VOGENAUER (eds), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (Hart 2014) 455-466.
- F FERRARI (ed.), *Rome I Regulation. Pocket Commentary* (Sellier 2015).
- F FERRARI, 'New Paradigm for International Substantive Law Conventions' *Uniform Law Review*, (2019) 467-483.
- F GOMEZ, 'Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law' in A S HARTKAMP – M W HESSELINK – E HONDIUS – Ch MAK – E DU PERRON (eds) *Towards a European Civil Code* (4th rev ed, Kluwer 2010) 401-426.

- R GOODE, 'Usage and its Reception in Transnational Commercial Law' *International & Comparative Law Quarterly* (1997) 46(1) 1-36.
- P HAY, 'Unification of Law in the United States. Treaties and Judicially Declared Federal Common Law' in J N Hazard – J WAGNER, WENCESLAS (eds), *Legal Thought in the United States of America under Contemporary Pressures* (Emile Bruylant 1970) 261-293.
- F K JUENGER, 'The Problem with Private International Law' in J BASEDOW *et. al.* (eds), *Private Law in International Arena - Liber Amicorum Kurt Siehr* (T.M.C. Asser Press 2000) 289-309.
- E M KIENINGER, 'Codification Idea and European Private Law' *Jurisprudence*, (2012) 4, 406-431.
- M KIRALY, 'The Unification of Contract Law and Commercial Usages' in *Transnational Commercial Law Review (TCLR)*, No 2 (2022) <https://www.qmul.ac.uk/unidroit-itcl/tclr/tclr-issue-2/>, DOI: 10.26494/tclr220225.
- M KIRALY, 'Specific Performance – and the International Unification of Sales Law' *Acta Universitatis Carolinae*, Vol 69 No 2 (2023) 127-137.
- O LANDO – H. BEALE (eds), '*Principles of European Contract Law. Parts I and II.*' (Kluwer 2000). O LANDO – E CLIVE – A PRÜM – R ZIMMERMAN (eds), '*Principles of European Contract Law. Part III.*' (Kluwer 2003).
- J LOOKOFSKY – K HERTZ, '*EU-PIL: European Union Private International Law in Contract and Tort*' (JurisNet, LLC 2009).
- P MANKOWSKI, 'Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht' *RIW*, (2012) 3, 97-105.
- D MARTINY (ed), '*Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht*' (Ninth ed, Otto Schmidt 2022) 1837-1838.

- A Maurer - G P Callies, 'Lex Mercatoria' in J Basedow – G Rühl – F Ferrari - A, P De Miguel (eds): *Encyclopedia of Private International Law*, Vol 1-4. (Elgar 2017) 1119-1129.
- H MEIDANIS, 'Justice and underlying 'values', aims and principles in EU private international law' in I KUNDA (ed.), *Essays in Honour of Spyridon Vrellis*. (Nomikē Vivliothēkē 2014) 579-592.
- R MICHAELS, 'The True Lex Mercatoria: Law beyond the State' *Indiana Journal of Modern Legal Studies*, 14 (2007) 2, 447-467.
- L MISTELIS, 'Is Harmonisation a Necessary Evil? – The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law' in I FLETCHER, L MISTELIS, M CREMONA (eds), *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (Sweet & Maxwell 2001) 3-27.
- K H NADELMANN, 'The Uniform Law on International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbroglio' *The Yale Law Journal*, 74 (1965) 3, 449-464.
- M PETSCHKE, 'The Application of Transnational Law (*Lex Mercatoria*) by domestic courts' *Journal of Private International Law*, 10 (2014) 3, 489-515.
- I SCHWENZER (ed.) Schlechtriem & Schwenzler, '*Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*' (4th ed. OUP 2016).
- I SCHWENZER, U G SCHROETER (eds) '*Schlechtriem & Schwenzler, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*' (Fifth ed, OUP 2022).
- S C SYMEONIDES, 'Contracts subject to non-state norms' *The American Journal of Comparative Law*, 54 (2006) 209-232.
- S C SYMEONIDES, 'The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments' *The American Journal of Comparative Law*, 61 (2013) 4, 873-899.

- S C SYMEONIDES, 'Party Autonomy and the Lex Limitativa' in I KUNDA (ed.), *Essays in Honour of Professor Spyridon Vrellis* (Nomikē Vivliothēkē 2014) 909-924.
- I THOMA, 'Relations between Conflict of Laws Rules and Uniform Law' *RHDI*, 53 (2000) 169-188.
- UNCITRAL, *UNCITRAL, HCC and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sale* (United Nations Commission on International Trade Law, Hague Conference on Private International Law 2021).
- P WINSHIP, 'Private International Law and the U.N. Sales Convention' *Cornell International Law Journal*, 21 (1988) 3, 491.
- B ZELLER, 'The Development of Uniform Laws - A Historical Perspective' *Pace International Law Review*, 14 (2002) 1, 163-177.
- K ZWEIGERT – U DROBNIG, 'Uniform Sales Law and Private International Law' *Rabel's Journal*, 29 (1965) 146-165.

RUDE VITREGE ALE IZVOARELOR DE DREPT
INTERNAȚIONAL

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).4.3
Data publicării online: 30.06.2024

Diana BOTĂU*

Rezumat. Articolul 38 §1 din Statutul Curții Internaționale de Justiție enumeră limitativ izvoarele de drept în sistemul internațional. Raportat la textul acestui Articol, nicio normă internațională care nu este formată ca normă convențională, ca normă cutumiară sau ca principiu general de drept recunoscut de națiunile civilizate nu poate fi recunoscută drept validă, în sistemul juridic internațional. Totuși, începând din anii '60, tot mai multe voci din doctrină, în grade diferite de intensitate, consideră legitim să pună la îndoială faptul că actuala configurare a sistemului internațional mai poate fi conciliată cu exclusivitatea izvoarelor de drept enumerate în Articolul 38. Articolul își propune să identifice sursele argumentative și confuziile care alimentează doctrina izvoarelor flexibile și să demonstreze că majoritatea propunerilor „revizioniste” sunt lipsite de rigoarea analitică care să le confere viabilitate. În acest scop, lucrarea evaluează principalele pseudo-izvoare de drept internațional a căror fizionomie juridică ar părea să justifice, în mod eronat, ideea că ele pot fi integrate în familia izvoarelor legitime.

Cuvinte cheie: izvor de drept, act unilateral, doctrină, jurisprudență, echitate, standard, *soft law*, revizionism, autoritate juridică.

* Lect.univ. dr. Diana BOTĂU, Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai, diana.botau@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0001-9819-148X>.

STEP RELATIVES OF SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

Abstract: Article 38 §1 of the Statute of the International Court of Justice indicates a closed list of sources of law within the international system. Given the text of this Article, an international rule that has not been created as a conventional rule, as a customary rule, or as a general principle of law recognized by civilized nations cannot be considered valid within the international legal system. However, starting with the '60, more and more scholarly voices questioned, with different degrees of intensity, the idea that the current configuration of the international system could still be conciliated with the exclusive list of sources of law indicated by Article 38. This paper aims to identify the causes and the confusions that justify and feed the doctrine of flexible sources, while also trying to demonstrate that most of such 'revisionist' proposals lack the analytical rigor to give them viability. To this end, the paper evaluates the main pseudo-sources of international law, whose legal physiognomy might look as justifying, in an erroneous manner, the idea that they belong to the same family as the legitimate sources.

Keywords: source of law, unilateral act, doctrine, case-law, equity, standard, soft law, revisionism, legal authority

Introducere

Potrivit Articolului 38 §1 din Statutul Curții Internaționale de Justiție¹, izvoarele de drept în sistemul internațional sunt tratatul, cutuma și principiile generale de drept recunoscute de națiunile civilizate. Alături de aceste trei izvoare de drept, același paragraf menționează, la litera (d), și alte două tipuri de texte cărora le atribuie o relevanță particulară, în dreptul internațional: hotărârile judecătorești (sub rezerva dispozițiilor Articolului 59) și doctrina celor mai calificați specialiști în drept public ai diferitelor națiuni. Jurisprudența și doctrina nu sunt însă izvoare de drept, ci mijloace

¹ În continuare, „Statut/Statutul Curții”.

auxiliare (sau subsidiare) de determinare a regulilor de drept, altfel spus, mijloace care servesc la clarificarea și la interpretarea dreptului internațional pozitiv.

De altfel, Articolul 59 din Statut, la care face trimitere Articolul 38 §1 litera (d) a aceluiași text, transmite explicit ideea că jurisprudența nu este izvor de drept, întrucât precizează că hotărârile Curții nu sunt obligatorii decât pentru părțile unui diferend și numai cu privire la cauza pe care o soluționează. Ca atare, hotărârile judecătorești nu au valoarea unui precedent judiciar cu valoare normativă generală, așa cum se întâmplă în sistemele de tip *common law*. Curtea Internațională de Justiție poate doar să aplice dreptul și, cel mult, să constate existența anumitor reguli juridice, însă nu poate crea drept, iar opozabilitatea hotărârilor sale este relativă, deci limitată *inter partes*.

Prin urmare, raportat la textul Articolului 38 din Statutul CIJ, nici o normă internațională care nu este formată ca normă convențională, ca normă cutumiară sau ca principiu general de drept recunoscut de națiunile civilizate nu poate fi recunoscută drept validă, în sistemul internațional².

Cu toate acestea, începând din anii '60, tot mai multe voci din doctrină, în grade diferite de intensitate, consideră legitim să întrebe dacă actuala configurare a sistemului internațional mai poate fi conciliată cu exclusivitatea izvoarelor de drept enumerate în Articolul 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție³. Inițial, propunerea de a reconsidera doctrina

² Desigur, vor putea fi considerate valide și normele cuprinse în acte unilaterale derivate din norme convenționale, sub condiția să fie concepute ca norme general obligatorii.

³ V.: *e.g.*, Jorge CASTANEDA, *Legal Effects of the United Nations Resolutions*: Columbia University Press, New York, 1969; Godefridus J.H. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law*: Kluwer, Dordrecht, 1983; Gennadii Mikhailovich DANILENKO, *Law-making in the International Community*: Martinus Nijhof, Dordrecht, 1994; Alan BOYLE, Christine

izvoarelor de drept urmărea o conciliere a teoriei cu rolul Națiunilor Unite și, în special, cu autoritatea rezoluțiilor adoptate de Adunarea Generală. Ulterior, ideea s-a extins și la analiza altor posibile sau pretinse surse ale dreptului. Aceasta, în condițiile în care, de pildă, actele unilaterale ale statelor au un regim juridic asemănător cu cea al actelor convenționale (*e.g.*, promisiunea) și pot fi izvoare de drepturi și obligații. De asemenea, actele emise de anumite organe ale unor organizații internaționale beneficiază de o forță juridică superioară în sistem și de opozabilitate generală, așa cum este cazul rezoluțiilor Consiliului de Securitate ONU. Alteori, diverse acte care, teoretic, nu au forță juridică obligatorie, generează un drept emergent (*soft law*), situat undeva între non-drept și efectivitate; este un tip de drept embrionar, cu potențialitatea de a deveni drept pozitiv, care uneori chiar se convertește în drept propriu-zis și care, din acest motiv, este analizat în vecinătatea izvoarelor de drept, în spectrul unei noțiuni largi și generale a normativității, a ceea ce cuprinde dreptul internațional astăzi.

În plus, sistemul internațional este influențat de autoritatea pe care o exercită diverse entități nonguvernamentale⁴, fie ele ONG-uri (*e.g.*, Greenpeace, Transparency International, Human Rights Watch, Amnesty International etc.) sau companii internaționale foarte puternice din punct de vedere financiar, logistic și al expertizei pe care o dețin într-un anumit domeniu (*e.g.*, Apple, Microsoft, Amazon, Tesla, SpaceX, Alphabet/Google, Alibaba, Facebook etc.). Astfel de entități exercită o influență semnificativă la

CHIKIN, *The Making of International Law*: Oxford University Press, Oxford, 2007. Pentru detalii în legătură cu acest subiect v. și Jean D'ASPREMONT, *Formalism and Sources of International Law*: Oxford University Press, Oxford, 2011 sau Jörg KAMMERHOFER, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*: Routledge, London, 2011.

⁴ V.: Deborah D. AVANT, Martha FINNEMORE, Susan K. SELL (ed.), *Who Governs the Globe*: Cambridge University Press, New York, 2010; Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*: Princeton University Press, 2004.

nivel global și încearcă să impună standarde de comportament sau, cel puțin, standarde ale unor practici dezirabile, pe care guvernele nu le pot ignora. La fel, dreptul transnațional din domeniul comercial (*lex mercatoria*) sau sportiv s-a format fără participarea propriu-zisă a statelor, dar beneficiază, cu toate acestea, de o confirmare și de o susținere fermă din partea lor.

În condițiile acestor influențe multiple asupra sistemului internațional, statele și-au pierdut monopolul de decizie și de acțiune în chestiuni de interes global. Prerogativele politice pe care, tradițional, le exercitau doar subiectele primare de drept sunt acum accesibile și altor entități, non-statale. Or, izvoarele de drept enumerate în Articolul 38 din Statutul CIJ țin cont de o configurare etatistă a lumii, unde criteriul de validitate al normelor juridice este consimțământul statelor. Cei care pledează pentru acceptarea unei flexibilități a izvoarelor de drept insistă tocmai pe această „governare în rețea” (*network governance*)⁵, care există azi în relațiile internaționale. Dintr-o asemenea perspectivă, într-o lume structural diferită ar fi necesară recunoașterea unor criterii noi de validitate a normelor, care să completeze și să lărgescă sfera izvoarelor de drept consacrate de Articolul 38. În această logică, sfera izvoarelor de drept internațional s-ar lărgi și s-ar transforma, dintr-o enumerare limitativă, rigidă, într-un spectru al normativității, capabil să includă norme cu grade diferite de obligativitate sau chiar „prezumții de obligativitate”⁶ și care să reflecte realitățile politice contemporane.

⁵ V.: Maarten A. HAJER, *Authoritative Governance: Policy-making in the Age of Mediatization*: Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁶ V.: Jan KLABBERS, „Law-making and Constitutionalism”, în *The Constitutionalization of International Law* (Jan KLABBERS, Anne PETERS, Geir ULFSTEIN, ed.): Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-124.

Propunerile de acest tip sunt lipsite de rigoare analitică și nu pot fi luate în considerare ca idei viabile, capabile să justifice extinderea izvoarelor de drept enumerate de Articolul 38. Cu excepția rezoluțiilor adoptate de Consiliul de Securitate ONU și, eventual, a anumitor acte unilaterale ale statelor, nici una dintre variantele propuse în doctrină, ca ipostaze suplimentare ale izvoarelor de drept, nu trec testele de bază ale normativității, în general, și ale normativității internaționale, în special. Spre exemplu, oricare dintre ele ar fi greu de conciliat cu exigențe legate de claritatea, precizia sau predictibilitatea dreptului, cu cerințele asociate lui *rule of law* și, cu atât mai puțin, cu principiul suveranității statelor, care rămâne, în fond, principiul ordonator al sistemului internațional. Până la urmă, chiar și rezoluțiile Consiliului de Securitate își datorează forța juridică obligatorie acordului statelor și caracterului universal al Națiunilor Unite. Cât despre actele unilaterale ale statelor, este discutabil, de asemenea, dacă ele ar putea fi privite ca izvor de drept (și care dintre ele se pretează la această calificare) sau, mai curând, ca simple izvoare de drepturi și obligații⁷. De altfel, printre sursele care alimentează doctrina izvoarelor flexibile se numără tocmai confuziile dintre izvoare de drept și izvoare de drepturi și obligații, dintre efectivitate și validitate⁸, dintre așa-zise grade de normativitate și categorii normative propriu-zise, cum sunt regula, principiul, standardul⁹.

⁷ Pentru această distincție, v. Sir GERALD FITZMAURICE, „Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, în *British Contributions to International Law 1915-2015. An Anthology Set* (JILL BARRETT, JEAN-PIERRE GAUCI, ed.): Brill/Nijhoff, Leiden, 2020, Ch. 19, pp. 475-496.

⁸ v. GAVIN ANDRESON, *Constitutional Rights after Globalization*: Hart Publishing, Oxford, 2005; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*: Butterworths, London, 2002.

⁹ v. JAN KLABBERS, *International Law*: 2014, Cambridge University Press, Cambridge, p. 39.

Lucrarea analizează punctual cele mai influente propuneri „revizioniste” care tind să extindă lista limitativă a izvoarelor de drept enumerate de Articolului 38 din Statutul CIJ. Prima parte, introductivă, deschide subiectul texturii închise/deschise a acestei norme de recunoaștere specifică sistemului internațional. Partea a doua analizează cele mai influente „rude vitrege” ale izvoarelor de drept internațional, respectiv actul unilateral, doctrina și jurisprudența, cărora le oferă un portret juridic marcat de trăsături și caracteristici care le exclud, totuși, din categoria izvoarelor propriu-zise de drept. În fine, partea a treia a lucrării este dedicată unor categorii de concepte juridice plasate uneori în spectrul izvoarelor de drept, datorită potențialului lor germinativ în plan juridic: echitatea, standardele juridice, normele programatorii și *soft law*.

I. Trei rude vitrege de gradul unu: actul unilateral, doctrina și jurisprudența

A. Actul unilateral, în dreptul internațional

Doctrina veche nu acordă o atenție specială actelor unilaterale și nu fixează tipologii¹⁰. Dionisio Anzilotti a fost, se pare, cel care a încorporat

¹⁰ *E.g.* Despagnet asociază deciziile judiciare, deciziile arbitrale și actele organizațiilor internaționale cu dreptul tratatelor, în măsura în care fundamentul validității lor se află în tratat (compromis, în cazul deciziilor judiciare și arbitrare, și statut, în cazul actelor organizațiilor internaționale); v. Frantz DESPAGNET, *Cours de droit international public*: Recueil Sirey, Paris, 1910. Bluntschli plasează declarația de neutralitate tot în dreptul convențional; v. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*: Libr. Guillaumin et Cie, Paris, 1886, p. 430 *et seq.* Le Fur indică doar *ultimatum-ul* (act prin care se pretind anumite prestații sub amenințarea războiului), ca act unilateral; v. Louis Le FUR, *Précis de droit international public*: Dalloz, Paris, 1937, p. 270.

pentru prima dată actele unilaterale ale statelor în prezentarea sistemului de drept internațional, încadrându-le într-o categorie mai largă, a „faptelor juridice” (*fatti giuridici*)¹¹. Totuși, ceea ce distinge actele unilaterale de alte fapte internaționale este *intenția de a produce efecte juridice*. Însă prezența acestei intenții nu este suficientă pentru a califica un act unilateral ca fiind juridic. Pentru a fi juridic, este necesară parcurgerea unei anumite proceduri care să genereze efecte juridice¹². Altfel spus, pentru a avea valoare juridică, actul unilateral trebuie să fi fost creat în conformitate cu alte norme secundare de recunoaștere¹³.

Din acest motiv, actul unilateral nu este, de principiu, un izvor propriu-zis de drept internațional. În schimb, practica și jurisprudența internațională au consacrat caracterul de *izvor de obligații* al actelor unilaterale, ceea ce implică faptul că aceste acte posedă un caracter justițiabil și pot constitui baza juridică (temeiul de drept) a unei sentințe internaționale. De principiu, actele unilaterale sunt acceptate ca izvor de obligații *în sarcina statului emitent*. De altfel, un act unilateral nu poate crea niciodată, *eo ipso*, obligații în sarcina unui terț. Eventualele obligații care ar putea decurge dintr-un act unilateral, în sarcina unui terț, sunt întotdeauna consecința unui consimțământ expres al terțului, în acest sens, sau consecința achiesării sale la conținutul actului. Însă aceste ipoteze ies din sfera unilateralului *sticto sensu* și pătrund în sfera convențională.

¹¹ V.: Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*: Panthéon Assas, Paris, 1999, p. 345 *et seq.*

¹² V.: Jean-Paul JACQUÉ, *Acte et norme en droit international public*: RCADI, 227/1991, p. 374.

¹³ De precizat, categoria analizată exclude actele unilaterale lipsite de *caracter autonom*, cum sunt cele care fac parte din tehnica formării tratatelor (*e.g.*, semnare, notificare, aderare, declarație interpretativă, obiecțiune, rezervă).

B. Doctrina

În studiile de drept internațional, termenul „doctrină” este utilizat în două accepțiuni. Într-o primă accepțiune, „doctrina internațională” desemnează poziția politică a unui stat (în general, a unei mari puteri), exprimată într-un context internațional dat sau construită pentru a justifica o anumită acțiune politică. În acest sens, se vorbește despre doctrina Monroe, doctrina Stimson, doctrina Wilson, doctrina Drago, doctrina Brejnev, doctrina Bush etc. A doua accepțiune a termenului „doctrină” este cea juridică, iar această a doua semnificație este cea relevantă pentru contextul rudelor vitrege ale izvoarelor de drept internațional.

Doctrina juridică nu este un izvor de drept internațional. Scrierile „celor mai calificați specialiști în dreptul public ai diferitelor națiuni”¹⁴ nu este, în fond, decât o operă critică, prin care se clarifică și se sistematizează normele juridice¹⁵.

Articolul 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție nu trimite, textual, decât la doctrina individuală, de autor. Totuși, noțiunii de „doctrină juridică” îi sunt asimilate și operele de doctrină colectivă, create prin contribuții ale unor societăți științifice cum sunt *Academia de Drept Internațional* (1923), *Institutul American de Drept Internațional* (1912), *Societatea Americană de Drept Internațional* (1906), *Asociația de Drept Internațional* (1873), *Institutul de Drept Internațional* (1873). În plus, programele de cercetare în drept internațional ale Universității Harvard, din

¹⁴ Art. 38 (1, lit. d) din Statutul Curții Internaționale de Justiție.

¹⁵ Sau, într-o formulă sintetică, „funcția doctrinei este de a raționaliza ceea ce există deja în mersul lucrurilor, de a descoperi conceptul și, eventual, de a-i atribui un nume” (Jean COMBACAU, „Obligations de résultat et obligations de comportement; quelques questions et pas de réponse”, în *Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité*: A. Pedone, Paris, 1982, p. 186).

prima jumătate a secolului al XX-lea, s-au bucurat, la rândul lor, de o influență incontestabilă.

În prezent, autorii de drept internațional recunosc autoritatea specială a Comisiei de Drept Internațional¹⁶ și a proiectelor sale de articole, destinate codificării. Jurisprudența mai recentă a Curții de la Haga conține numeroase trimiteri la lucrările Comisiei. Extrem de interesante sunt și tentativele individuale de codificare, majoritatea datând din secolul al XIX-lea. Printre cele mai celebre, sunt, de pildă, propunerile lui K. Bluntschli (*Das moderne Völkerrecht*, 1868), P. Fiore (*Il Diritto Internazionale Codificato E La Sua Sanzione Giuridica. Studii*, 1890) ș.a.

În ciuda influenței sale considerabile, doctrina rămâne un mijloc auxiliar (subsidiar) pentru determinarea regulilor de drept, iar nu un izvor de drept propriu-zis. Autoritatea ei nu se raportează la calități normative, ci la *credibilitatea* ei și, implicit, la neutralitatea științifică a autorului. De pildă, un autor originar dintr-un stat totalitar va avea un discurs științific marcat, probabil, de experiența proprie a libertății lui „originare” de expresie, astfel va tinde uneori să reflecte pozițiile oficiale expuse de ministerul său de externe. Pe de altă parte, dacă un autor pledează frecvent la Curtea Internațională de Justiție, în calitate de avocat, sau dacă este consilier al unor state care sunt părți în proceduri judiciare aflate pe rolul Curții, pozițiile sale teoretice vor tinde să se alinieze jurisprudenței de la Haga. La fel, dacă autorul este membru în *boardul* unei organizații internaționale sau colaborator al acesteia, spre exemplu în calitate de expert juridic, atunci opiniile lui în legătură cu inițiativele

¹⁶ Comisia de Drept Internațional a fost creată în 1947, ca organ subsidiar al Adunării Generale a Națiunilor Unite. Ea a început să funcționeze în 1949 și a elaborat, până în prezent, un număr impresionant de proiecte de tratate internaționale, care au fost ulterior adoptate sub egida Națiunilor Unite, dar și linii directoare sau concluzii, în diferite domenii relevante pentru societatea internațională.

normative ale acelei organizații nu vor atinge, cel mai probabil, pragul analizei științifice; pozițiile pe care le va exprima acel autor vor fi, cel mai adesea, în acord cu așteptările *staffului* organizației.

Prin urmare, imparțialitatea obiectivă și subiectivă - noțiuni care, în mod obișnuit, condiționează exercitarea funcției judecătorești - sunt importante și pentru încadrarea diverselor scrieri ale specialiștilor în drept internațional. Altfel spus, judecățile de valoare asupra opiniilor formulate în doctrină, evaluarea relevanței lor, implică, obligatoriu, judecăți asupra comportamentului autorilor și asupra contextului social în care s-au format acele opinii. Astăzi, tot mai mulți internaționaliști sunt încadrați vizibil în cercuri de interese profesionale sau sunt foști judecători ai unor diverse jurisdicții internaționale. Într-un asemenea context, doctrina foștilor judecători tinde să justifice, *ex post facto*, soluțiile arbitrale sau judiciare ale jurisdicției în care au funcționat. Chiar și imparțialitatea celor mai prestigioase societăți științifice a fost pusă, uneori, la îndoială. De pildă, în epoca pregătirii Convențiilor de la Geneva, din 1958, s-a discutat despre influența pe care au exercitat-o marile companii petroliere asupra Comisiei de Drept Internațional, prin intermediul unor juriști din cadrul Asociației de Drept Internațional¹⁷.

Doctrinei credibile i se poate pretinde, în mod legitim, imparțialitatea. În schimb, nu putem pretinde ca între reprezentările diverselor școli, curente și tradiții juridice să existe un consens aprioric asupra interpretării precise a conținutului unor norme internaționale sau asupra forței lor juridice. Un astfel de consens se poate realiza, cel mult, în colective de experți care au primit mandate speciale pentru a elabora lucrări de dezvoltare progresivă a dreptului (spre exemplu, în cadrul Comisiei de Drept Internațional). Iar

¹⁷ V.: Robert O. KEOHANE, Joseph S. NYE, *Power and Interdependence*: Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1977, p. 23.

prețul compromisului în proiectele de acte internaționale este, uneori, atenuarea forței juridice a normelor sau proiectarea lor sub zodia unei inefectivități probabile.

Începând cu anii '80, doctrina a condus la multiplicarea disputelor teoretice în chestiuni fundamentale, cum sunt: eventuala cristalizare de *opinio juris* prin acte ale organizațiilor internaționale, posibilitatea atestării cutumei instantanee (*instant custom*), introducerea conceptului de *rule of law* în sistemul internațional etc. În numele adaptării dreptului, au fost deseori estompate, sau chiar transgresate, limitele dintre *lex lata* și *lex ferenda* (conform preferințelor grupurilor de interese). Însă efectul eroziv și distructiv al unui anumit tip de doctrină (revizionistă) a început să fie cu adevărat perceptibil atunci când mai mulți autori au ținut să „autentifice” caracterul normativ al unor categorii de acte internaționale, cum sunt rezoluțiile adoptate de diverse organe internaționale care nu posedă competențe normative. Exemplul cel mai evident trimite la insistența cu care diverși autori încearcă să obțină norme de drept internațional general, din rezoluțiile Adunării Generale a Națiunilor Unite. În anii ei de glorie, doctrina revizionistă (căreia i s-au raliat nu doar autori din blocul comunist și din blocul Lumii a Treia, ci și numeroși autori occidentali) a avansat unele constructe și concepte pseudo-juridice, cărora a încercat să le justifice și să le atribuie funcții operative în interpretarea normelor sau a obligațiilor internaționale (*e.g.*, solidaritate, dreptul la dezvoltare, norme de drept internațional general, conștiință juridică, umanitate). Așa cum observa Prosper Weil, printr-o asemenea doctrină, „dincolo de destabilizarea tehnică a structurii normative, se profilează destabilizarea întregii societăți internaționale”¹⁸. S-ar putea ca pericolul privind efectul destabilizator să fie

¹⁸ Charles LEBEN, „Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public”, *Droits*, 5/1987, p. 128.

exagerat, însă este clar că „juriștii au o anumită responsabilitate pentru calitatea dreptului”¹⁹.

Dacă în prima jumătate a secolului trecut doctrina dădea tonul interpretării și aplicării dreptului internațional, astăzi, ea se află într-un relativ declin. În epoca ei de glorie, cu peste un secol în urmă, când doctrina dreptului internațional nu își pierduse încă din prestigiu, Lassa Oppenheim sublinia că ea trebuie să rămână mereu în spectrul realismului: „Este preferabil ca dreptul internațional să rămână staționar, decât să se prăbușească în mâinile reformatorilor impetuoși și exaltați”²⁰.

C. Jurisprudența

Ipostazele relevante ale jurisprudenței, ca mijloc subsidiar de determinare a normei juridice internaționale, sunt hotărârile arbitrale, actele jurisdicționale sau cvasi-jurisdicționale ale Curții Permanente de Justiție Internațională și ale Curții Internaționale de Justiție (hotărâri, decizii, avize consultative), hotărârile unor jurisdicții regionale, speciale sau *ad-hoc*, sau hotărâri ale tribunalelor naționale.

Atât Curtea Internațională de Justiție, cât și predecesoarea sa, Curtea Permanentă de Justiție Internațională, au făcut deseori trimiteri la *jurisprudența tribunalelor arbitrale*, fie la precedente particulare²¹, fie chiar la ansamblul jurisprudenței arbitrale²². Dezvoltarea dreptului internațional a

¹⁹ Robert S. SUMMERS, *Form and Function in a Legal System - A General Study*: Cambridge, 2005, p. 23.

²⁰ Lassa OPPENHEIM, „The Science of International Law: Its Task and Method”, *American Journal of International Law*: 2/1908, p. 318.

²¹ V.:, e.g., CPJI, *S.S. „Lotus”* (Franța c. Turcia), 1927; CIJ, *Nottebohm* (Lichtenstein c. Guatemala), 1955, ș.a.

²² V.:, e.g., CPJI, *Fabrica din Chorzow* (Germania c. Polonia), 1928; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgia c. Spania), 1970, ș.a.

fost marcată de hotărâri notorii, printre care se numără cele pronunțate în cauzele *Aminoil*²³ (1982), *Lacul Lanoux*²⁴ (1957), *Insula Palmas*²⁵ (1928), *Canevaro* (1912)²⁶, *Pretențiile Alabama* (1872)²⁷, *Yuille-Shortridge*²⁸ (1861), ș.a.

Tribunalele internaționale permanente au contribuit, de asemenea, la dezvoltarea progresivă a dreptului internațional. Câteva hotărâri, decizii și avize pronunțate după 1947 sunt, în mod deosebit reprezentative: *Canalul Corfu*²⁹ (1948, 1949), *Rezervele la Convenția pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*³⁰ (1951), *Dreptul de trecere prin teritoriul indian*³¹ (1957), *Sud-Vestul African*³² (1962, 1966), *Barcelona Traction, Light and Power Company*³³ (1964), *Testele nucleare*³⁴ (1974) ș.a. Unele au influențat lucrările de codificare a dreptului internațional, sub egida Comisiei de Drept Internațional. Altele, au exprimat însă un activism judiciar discutabil al Curții Internaționale de Justiție, așa cum au fost, de pildă, pronunțările din

²³ *Aminoil* (American Independent Oil Company c. Kuwait), Tribunal arbitral, 1982.

²⁴ *Lacul Lanoux* (Franța c. Spania), Tribunal arbitral, 1957.

²⁵ CPA, *Insula Palmas* (Țările de Jos c. SUA), 1928.

²⁶ CPA, *Canevaro* (Italia c. Peru), 1912..

²⁷ *Pretențiile Alabama* (SUA c. Marea Britanie), Tribunal arbitral, 1872; aici s-a stabilit principiul conform căruia nu poate fi indemnizat decât prejudiciul direct.

²⁸ *Yuille, Shortridge & Cie.* (Marea Britanie c. Portugalia), Tribunal arbitral, 1861.

²⁹ CIJ, *Canalul Corfu* (Marea Britanie c. Albania), 1949.

³⁰ CIJ, *Rezervele la Convenția pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*, aviz consultativ, 1951.

³¹ CIJ, *Dreptul de trecere prin teritoriul indian* (Portugalia c. India), 1960.

³² CIJ, *Consecințele juridice asupra statelor, ca urmare a prezenței continue a Africii de Sud în Namibia (Sud-Vestul African) în pofida Rezoluției 276 (1970) a Consiliului de Securitate*, aviz consultativ, 1974.

³³ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgia c. Spania), 1970.

³⁴ CIJ, *Testele nucleare* (Australia și Noua Zeelandă c. Franța), 1974.

cauzele *Aplicarea Convenției pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*³⁵ (2007), *Consecințele juridice ale construirii unui zid în Teritoriul palestinian ocupat*³⁶ (2004), *Liceitatea utilizării sau a amenințării cu utilizarea armelor nucleare*³⁷ (1996), sau din *Activități militare și paramilitare în Nicaragua și împotriva acesteia*³⁸ (1986).

Evident, așa cum precizează și Articolul 59 din Statutul Curții Internaționale de Justiție, hotărârile au o forță juridică relativă: ele sunt obligatorii doar între părțile în litigiu (*inter partes*) și numai pentru cauza pe care o soluționează. Totuși, Curtea Internațională de Justiție își invocă adesea propria jurisprudență și își utilizează hotărârile anterioare ca mijloace pentru determinarea conținutului normelor de drept internațional. Ceea ce este firesc, dacă avem în vedere faptul că exigențele coerenței, ale continuității, predictibilității și ale securității juridice sunt imperative ale oricărei jurisprudențe³⁹, interne sau internaționale.

Autoritatea precedentelor este afectată atunci când rezultă din majorități fragile. De pildă, în cauza *Lotus*⁴⁰, voturile judecătorilor din complet au fost 7 contra 7, iar hotărârea Curții s-a adoptat, în cele din urmă, cu votul decisiv al Președintelui Curții. La fel s-a întâmplat și în cauza *Sud-*

³⁵ CIJ, *Aplicarea Convenției pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid* (Bosnia-Herțegovina c. Serbia și Muntenegru), 2007.

³⁶ CIJ, *Consecințe juridice ale construirii unui zid în Teritoriul palestinian ocupat*, aviz consultativ, 2007.

³⁷ CIJ, *Liceitatea utilizării sau a amenințării cu utilizarea armelor nucleare*, aviz consultativ, 1996.

³⁸ CIJ, *Diferendul frontalier, terestru, insular și maritim* (El Salvador c. Honduras, intervenient Nicaragua), 1992.

³⁹ v. Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER, Alain PELLET, *Droit international public*: LGDJ, Paris, 2002, p. 385.

⁴⁰ CPJI, S.S. „*Lotus*” (Franța c. Turcia), 1927.

*Vestul African*⁴¹ (faza a doua). În același timp, tehnica atașării la sentință a *opiniilor concurente* sau a *opiniilor dizidente* reprezintă un alt factor capabil să submineze, uneori, autoritatea precedentelor.

Jurisdicțiile internaționale regionale (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Curtea Europeană a Drepturilor Omului sau Curtea Interamericană a Drepturilor Omului), speciale (Tribunalul Mării, tribunalele administrative ale organizațiilor internaționale sau ale unor organe cu atribuții jurisdicționale speciale, cum sunt cele din sub-sistemul Organizației Mondiale a Comerțului) sau *ad-hoc* (Tribunale Internaționale Militare, Tribunalele Penale Internaționale pentru Fosta Iugoslavie, Rwanda, Somalia și Sierra Leone etc.) au creat, la rândul lor, o jurisprudență influentă, a cărei autoritate se justifică, printre altele, prin natura specializată a acestor tribunale, dar și prin dialogul jurisprudențial pe care îl practică, uneori, aceste jurisdicții. Ca atare, în dreptul internațional, problema autorității jurisprudenței are două aspecte distincte, atunci când ne raportăm la sub-sisteme. Pe de o parte, în cadrul unui sub-sistem, autoritatea jurisprudenței specializate este, în general, considerabilă, cu toate că depinde de statutul particular al tribunalului în sub-sistemul de referință. Fiecare dintre aceste tribunale de sub-sistem își evocă și își urmează propria jurisprudență. De obicei, trimiterile nu se referă la un singur precedent, ci la o serie întregă de hotărâri anterioare care configurează aceeași soluție sau, eventual, la cele mai recente dintre ele. Pe de altă parte, acolo unde relațiile dintre sub-sisteme permit acest lucru⁴², jurisdicțiile se raportează la jurisprudența dint-un alt sub-sistem, înrudit. De asemenea, ele evocă uneori jurisprudența Curții Internaționale de Justiție, întrucât aceasta din urmă posedă o competență

⁴¹ CIJ, *Sud-Vestul african* (Etiopia, Liberia c. Africa de Sud), 1966.

⁴² V.:, e.g., relația dintre Curtea de Justiție a Uniunii Europene și Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

generală *ratione materiae*, în litigiile dintre state. Nu este însă mai puțin adevărat că, alteori, jurisdicțiile specializate ignoră jurisprudența Curții Internaționale de Justiție și pronunță soluții care se îndepărtează de concepțiile acesteia.

În fine, atunci când jurisdicțiile internaționale ajung să cunoască *hotărâri pronunțate de tribunale interne*, aceste elemente de jurisprudență domestică pot constitui elemente de *consuetudo* sau pot fi considerate un început de dovadă pentru caracterul general al principiilor de drept. Așa s-a întâmplat, de pildă, în domeniul imunității suverane de jurisdicție, unde jurisprudența instanțelor interne a fost considerată o probă a dreptului cutumiar în materie.

Articolul 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție plasează jurisprudența, alături de doctrină⁴³, în categoria mijloacelor subsidiare (auxiliare) de determinare a regulilor de drept. Totuși, practica internațională demonstrează că ele nu ating același grad de autoritate și că *jurisprudența are o autoritate superioară doctrinei*, ca mijloc de determinare al normelor de drept internațional.

Dar, cu toate că i se recunoaște un grad semnificativ de autoritate, jurisprudența internațională nu are, totuși, forța normativă specifică din *common law*, întemeiată pe regula *stare decisis*, care îi asigură precedentului judiciar o valoare normativă. Soluția preluată de Statutul Curții Internaționale de Justiție este înrudită mai curând cu sistemul de tip *civil law*, decât cu cel de tip *common law*. Opțiunea este firească și se justifică, pe de o

⁴³ Trebuie semnalată diferența între „*moyens auxiliaires*” (varianta franceză) și „*subsidiary means*” (varianta engleză); Georges Scelle notează semnificațiile diferite care rezultă din cele două versiuni lingvistice: „subsidiar” - izvor de drept care înlocuiește, în lipsă, cutuma sau tratatul *vs.* „auxiliar” - element care își aduce concursul la descoperirea regulii de drept, fără a fi, în sine, izvor de drept (Georges SCELLE, *Manuel de droit international public*: Domat-Montchrestien, Paris, 1944, pp. 593-594).

parte, prin absența jurisdicției obligatorii, în sistemul internațional, și, pe de altă parte, prin faptul că jurisprudența internațională cuprinde și o amplă jurisprudență arbitrală; or, jurisprudența arbitrală este, de principiu, confidențială, și, în plus, este limitată semnificativ de voința părților, în sensul că părțile arbitrajului sunt cele care decid obiectul litigiului și tot ele aleg normele pe baza cărora va fi soluționată cauza. Această diferență de statut între o jurisdicție obligatorie și una facultativă apare în sistemul de drept al Uniunii Europene, unde Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu a admis ca tribunalele arbitrale să poată prezenta un recurs prejudicial.

Dincolo de autoritatea superioară a jurisprudenței, comparată cu cea a doctrinei, mai există, probabil, o ierarhie, *trepte de autoritate, și în interiorul jurisprudenței internaționale*. Spre deosebire de ceea ce se întâmplă într-un sistem de drept intern, în dreptul internațional, autoritatea jurisprudenței arbitrale este superioară jurisprudenței produse de tribunalele internaționale. Aceasta, deoarece părțile acceptă mai ușor decizia unui tribunal a cărui compunere au controlat-o. În același timp, sentința pronunțată în arbitraj rezultă, de asemenea, dintr-o procedură pe care părțile au controlat-o, atunci când au scris clauza arbitrală sau compromisul arbitral.

În plus, ar mai fi de remarcat și faptul că, în sistemul internațional, autoritatea hotărârilor pronunțate de tribunalele anumitor sub-sisteme este superioară autorității hotărârilor pronunțate de tribunale cu vocație universală. Avem în vedere, aici, hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului sau cele ale Tribunalului și ale Curții de Justiție a Uniunii Europene. Aici, gradul superior de autoritate derivă din faptul că aceste tribunale posedă o competență obligatorie asupra diferendelor și o competență exclusivă asupra interpretării tratatelor.

În fine, rolul jurisprudenței, în sistemul internațional și în subsistemele sale, *autoritatea sa inter partes și autoritatea ex post*, este foarte bine descris în cuvintele lui Pierre Pescatore:

„Oricine a trebuit să-și asume responsabilitatea de a pronunța o sentință este cât se poate de conștient de efectul dual al oricărei hotărâri judecătorești. În primul rând, o hotărâre produce efecte între părțile dintr-un caz determinat. La acest nivel, se pune problema dacă sentința va fi sau nu executată de părți. Însă, la un al doilea nivel, fiecare hotărâre constituie, de asemenea, un precedent. Aceasta este o notă caracteristică a deciziilor unor jurisdicții internaționale cum sunt Curtea Internațională de Justiție, Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Curtea de Justiție a Comunității [Uniunii] Europene. În calitate de precedent, hotărârea are efectul unei clarificări a dreptului, pentru viitor. Acesta este, în sine, un efect puternic, care va influența orice parte interesată, atât în prezent, cât și într-un viitor nelimitat. Indiferent de ceea ce s-ar putea constata cu privire la acceptarea sau neacceptarea deciziilor acestor jurisdicții internaționale, impactul jurisprudenței lor, ca parte a dreptului internațional pozitiv, este incontestabil.”⁴⁴

În ciuda vecinătății lor cu izvoarele propriu-zise de drept internațional, este limpede că nici jurisprudența și nici doctrina *nu sunt izvoare de drept*. Ca atare, ele nu creează norme de drept internațional și nu pot constitui o bază juridică autonomă pentru o sentință internațională. Jurisdicțiile internaționale utilizează doctrina și jurisprudența doar în calitate de mijloacele subsidiare, pentru a reliefa și pentru a evidenția o normă juridică, pentru „a declara dreptul pozitiv” (*dire le droit*). Cu alte cuvinte, jurisprudența și doctrina contribuie la stabilirea *existenței* și/sau a *conținutului* cutumelor, a principiilor generale de drept, a standardelor juridice și a normelor convenționale.

⁴⁴ Mielle K. BULTERMAN, Marin KUIJER (ed.), *Compliance with Judgments of International Courts*: Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996, p. 43.

II. Concepte juridice cu potențial germinativ, în vecinătatea izvoarelor de drept internațional

A. Echitatea

Ideea echității este recurentă și ocupă un loc semnificativ în discursul juridic și politic internațional. Oscar Schachter inventariază cel puțin cinci utilizări diferite ale echității, în mediul internațional⁴⁵:

- a) echitatea, invocată ca expresie a dreptății, a rezonabilului sau a bunei-credințe;
- b) echitatea, prezentată ca temei și element intrinsec al unor principii de drept, cum sunt cele referitoare la *estoppel*, la îmbogățirea fără justă cauză sau la abuzul de drept;
- c) echitatea, ca justificare pentru eventuale aplicări „personalizate” ale dreptului, atunci când judecătorul sau arbitrul temperează strictetea legii, în numele echității;
- d) echitatea „instrumentală”; *e.g.*, „principiul echității”, „rezultatul echitabil” sau „standardele echitabile” sunt concepte instrumentale, care și-au demonstrat utilitatea, în special în dreptul internațional al delimitărilor frontaliere, maritime sau terestre;
- e) echitatea, prezentată (mai recent) ca sinonim al noțiunii de „justiție distributivă”, utilizată pentru a justifica pretenții de reșezare a unor structuri sau aranjamente sociale și economice.

În plus, dincolo de aceste utilizări juridice, cvasi-juridice și/sau ideologice ale echității, inventariate de Oscar Schachter, conceptul mai apare și în textul Articolului 38 §2 din Statutul Curții Internaționale de Justiție:

⁴⁵ v. Oscar SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*: Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 55-56.

„Prezenta dispoziție nu aduce atingere dreptului Curții de a soluționa o cauză *ex aequo et bono*, dacă părțile sunt de acord cu aceasta”.

Fațetele juridice ale echității, prezența ei în motivările tribunalelor internaționale și, mai ales, includerea sa în conținutul Articolului 38 - adică tocmai în cuprinsul normei de recunoaștere din sistemul internațional -, i-a determinat pe unii autori să propună încadrarea echității și a principiului echității în categoria izvoarelor formale de drept internațional.

Cu toate acestea, este dificil de acceptat că echitatea ar putea constitui un izvor suplimentar de drept internațional. Privite atent, astfel de propuneri se dovedesc a fi întemeiate pe analogii incomplete, pe confuzii și pe aparențe. În paradigma izvoarelor de drept, echitatea ar putea funcționa, cel mult, ca izvor material, iar nu ca izvor formal al dreptului internațional.

Prin urmare, echitatea *nu este un izvor de drept internațional*, în sensul că nu este, în nici un caz, un mod de formare validă a normei juridice. Aceasta nu înseamnă că echității îi lipsește orice autoritate juridică. Ea este, în sine, un principiu general de drept și, de asemenea, constituie substanța unor principii generale de drept sau a unor standarde juridice, care o conțin implicit. Echitatea mai poate juca un rol important și în procesul de aplicare judiciară a dreptului internațional. În plus, datorită neîncrederii în predictibilitatea normelor juridice internaționale, părțile unui proces pot decide că este preferabil ca judecătorii să se pronunțe „în echitate” (*ex aequo et bono*). Dar, într-o asemenea situație, echitatea nu reprezintă, în sine, baza juridică autonomă a sentinței, adică izvorul de drept prin care judecătorii sau arbitrii justifică soluția, ci ea se referă la modul concret în care aceștia au ajuns la soluție și care poate îmbina, de pildă, argumente morale, cu argumente de oportunitate.

Echitatea este un *concept cu mai multe identități juridice*. Or, în dreptul internațional, nici una dintre ipostazele posibile ale echității nu se

suprapune conceptului de *equity*, care este specific sistemului juridic britanic. Prin urmare, trebuie să distingem între echitatea din dreptul internațional, căreia nu i se poate atribui calitatea de izvor de drept, și *equity* din sistemul juridic britanic, căreia i se recunoaște valoare de izvor de drept intern. Cele două concepte au identități juridice distincte.

În sistemul juridic britanic, tribunalele care judecă în *equity* sunt distincte de tribunalele de *common law* și au, ca origine, Biroul Lordului Cancelar, care funcționa ca tribunal în echitate. Lordul Cancelar a fost comparat cu pretorul din sistemul de drept roman. Motivul apariției acestei jurisdicții distincte era insatisfacția pe care o provoca, în anumite situații, aplicarea *common law*-ului, cu rigiditatea sa caracteristică, de *jus strictum*. Este vorba de situații care ar fi pretins o abordare mai flexibilă și soluții mai juste, bazate pe principii echitabile.

Treptat, soluțiile în *equity* au devenit o jurisprudență specială care, la fel ca jurisprudența de *common law*, era susținută de regula *stare decisis*. În acest fel, s-au dezvoltat reguli de drept care s-au impus mai târziu în dreptul internațional, în calitate de reguli cutumiare sau ca principii generale de drept; așa sunt, de pildă, regula „cine vrea să fie judecat în echitate trebuie să aibă mâinile curate”, „echitatea îl ajută pe cel vigilent, iar nu pe cel care a ațipit deasupra drepturilor sale”, „nici o nedreptate fără remedii”, „prevalența substanței asupra formei”, „egalitatea este echitate”, „între echități egale, prevalează cea care precedă în timp” ș.a.

În dreptul internațional, conceptul de echitate pretinde o distincție suplimentară, între *pura echitate*, care se referă la tranșarea unei dispute *ex aequo et bono*, pe de o parte, și echitatea ca *principiu general de drept* sau *substanță a unor principii generale de drept*, pe de altă parte.

Pura echitate (ex aequo et bono) este un termen des întâlnit în convenții arbitrale. Aceasta, deoarece în arbitraj, părțile fie determină în mod autonom dreptul aplicabil în speță, fie decid să înlăture aplicarea normelor juridice și să aleagă echitatea ca unic criteriu de evaluare a cauzei. În acest ultim caz, arbitrii sunt invitați de părți să pronunțe sentința pe baza echității și a buneicredințe, sau chiar potrivit „echității absolute” sau „perfecte”⁴⁶.

Sentința *ex aequo et bono* are ca fundament convingerea intimă a arbitrilor despre ceea ce reprezintă soluția justă în speță, așa încât nu mai prezintă nici o importanță practică modul în care s-a format acea convingere. Ca atare, sentința pronunțată conform regulii de procedură *ex aequo et bono* nu se motivează, ceea ce conferă un adaos de celeritate procedurilor judiciare de acest tip. Corelativ, o astfel de sentință este, prin definiție, la adăpost de orice contestare sau de analiză critică. Stipulând clauza *ex aequo et bono*, părțile au acceptat să se supună unei sentințe discreționare.

În speranța de a atrage în sfera jurisdicțională a Curții Permanente și părțile care se adresează în mod curent arbitrajului și, totodată, pentru a centraliza cât mai mult posibil funcția jurisdicțională la Haga, autorii Statutului Curții Permanente de Justiție Internațională au creat posibilitatea ca echitatea să fie utilizată și aici drept unic criteriu pentru soluționarea unei cauze, cu toate consecințele care decurg de aici, în ceea ce privește motivarea hotărârii, absența posibilității de a o contesta etc. La rândul său, și în aceeași logică, Articolul 38 §2 din Statutul Curții Internaționale de Justiție autorizează Curtea „să soluționeze o cauză *ex aequo et bono*, dacă părțile sunt de acord cu aceasta”. Cu alte cuvinte, Articolul 38 §2 validează pronunțarea unor hotărâri în care Curtea nu doar aplică echitatea ci, mai mult chiar, îi permite echității

⁴⁶ V.: Christopher R. ROSSI, *Equity and Interantional Law: a Legal Realist Approach to International Decision-making*: Transnational Publishers Inc., Irvington, New York, 1993, pp. 60-61.

să surclaseze orice altă normă juridică (soluție *ex aequo et bono*). Totuși, până în prezent, nu există nici o cauză în care statele să îi fi solicitat Curții Internaționale de Justiție o soluție *ex aequo et bono*.

În același timp, *echitatea* este un concept juridic care se regăsește în orice sistem juridic modern, așa încât ea poate fi calificată, în sine, drept *principiu general*, conform Articolului 38 §1 (litera c) din Statutul Curții Internaționale de Justiție. Echitatea operează în calitate de principiu general care trebuie să ghideze aplicarea dreptului doar atunci când norma sau normele pertinente fac parte din categoria *jus aequum*, pentru că numai normele din această categorie permit o aplicare echitabilă.

În plus, *echitatea* este *substanță intrinsecă a unor principii generale de drept sau a unor standarde juridice*. De pildă, principii cum sunt *estoppel*, îmbogățirea fără justă cauză, abuzul de drept ș.a. conțin ideea de echitate în structura lor conceptuală. De asemenea, standardul dreptului la un proces echitabil - un standard specific dreptului european, atât în materia drepturilor fundamentale, cât și în cea a dreptului unional - integrează fără echivoc echitatea în conținutul său material, astfel încât echitatea devine *substanța* dreptului la un proces echitabil. Cu alte cuvinte, un proces judiciar poate fi considerat echitabil numai în calitatea sa de proces echitabil. Faptul că o persoană a fost privată de un proces echitabil realizează violarea *ipso facto* a unui drept fundamental al persoanei și se analizează ca un fapt ilicit.

Ar mai fi de remarcat că, în limbajul curent, echitatea este adesea confundată cu dreptatea. Curtea Internațională de Justiție a subliniat, însă, că

„echitatea nu poate fi tratată ca o reprezentare a justiției abstracte, ci trebuie să fie aplicată ca o regulă de drept care prescrie recursul la principii echitabile”⁴⁷.

Iar aceste „principii echitabile” sunt juridice și se referă, de regulă, la principii generale de drept sau la standarde juridice, de tipul celor exemplificate mai sus.

B. Standardele juridice

În general, sistemele juridice sunt analizate, în teoria dreptului, ca sisteme de reguli. Distincția între reguli și principii, deși nu este de dată foarte recentă, a fost dezvoltată abia recent. Există, totuși, un al treilea tip de normă juridică, de care teoria dreptului s-a ocupat prea puțin. Este vorba de *standardul juridic*. După știința noastră, primul autor important care s-a oprit asupra standardelor a fost Roscoe Pound⁴⁸.

Interesul pentru standarde este justificat, aici, de confuzia frecventă între standarde juridice și principii juridice⁴⁹, confuzie care, la rândul ei, a generat în doctrină propuneri ferme sau dubitative în sensul includerii standardelor pe lista „revizionistă” a izvoarelor de drept. Or, standardele nu sunt, în sine, izvoare de drept, ci norme juridice complexe, care provin din izvoare propriu-zise de drept, cel mai adesea din tratate. În plus, ambiguitatea din jurul noțiunilor de „principiu de drept” și „standard juridic”, precum și dificultățile inerente de calificare, se pot transforma în erori de aplicare.

⁴⁷ CIJ, *Delimitarea platoului Continental în Marea Nordului* (Republica Federală Germania c. Danemarca și Țările de Jos), Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1969, p. 47.

⁴⁸ V.: Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*: Yale University Press, New Haven & London, 1922, p. 56 *et seq.*

⁴⁹ Legat de prezența acestei confuzii, v.: Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*: Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 1049-1051.

Atât sistemul dreptului internațional, cât și sub-sistemele pe care le guvernează, cuprind o mare varietate de standarde: standardul tratamentului național al străinilor și opusul său, standardul minim internațional; standardul restricțiilor impuse comerțului internațional; standardul de indemnizare a investitorilor expropriat; standardul națiunii celei mai favorizate; termenul rezonabil; diverse standarde particulare de comportament rezonabil, diligent ș.a.

Standardele juridice au câteva caracteristici. În primul rând, ele sunt norme care *ghidează aplicarea dreptului*, respectiv aplicarea altor norme, fie ele reguli sau principii. Prin urmare, se disting de standardele tehnice, care fixează parametrii pentru diverse bunuri sau servicii, și de standardele deontologice. Au ceva în comun cu acestea din urmă doar faptul că implică evaluarea, cântărirea, măsurarea comportamentelor pe care le analizează. Unele standarde juridice, cum ar fi standardul de prudență sau de diligență, sunt cunoscute încă din dreptul roman și marchează evoluția de la *jus strictum*, la *jus aequum*.

La fel ca principiile, standardele juridice *sunt formulate în termeni abstracti* și, în consecință, *nu au un conținut precis*. Roscoe Pound le analizează în contextul puterii judecătorului, dacă nu discreționare, în orice caz, extinse, atunci când acesta decide ce anume este rezonabil, necesar sau proporțional, în raport de un standard dat. În orice sistem juridic există tendința de a transforma un standard într-un corp de reguli precise, evident, în interesul securității juridice.

O altă trăsătură specifică standardelor juridice internaționale este *complexitatea* lor. De pildă, standardul minim de tratament aplicabil investitorilor se prezintă ca o normă complexă care cuprinde: standardul de compensare pentru expropriere și regula răspunderii statului gazdă pentru distrugereri, pentru alte violențe provocate de actori non-statali și pentru

denegarea de justiție (ceea ce implică, la rândul său, un drept de acces la justiție, garanții procedurale și garanții substanțiale)⁵⁰. Este imposibil ca un standard atât de complex să poată fi calificat drept normă cutumiară. Asemenea standarde se pot institui, probabil, exclusiv pe bază convențională. Însă ele pot cuprinde, în interiorul lor, norme cutumiare, cum sunt, de pildă, cele în materia denegării de dreptate.

C. **Soft Law**

Soft law se referă la acte internaționale lipsite de forță juridică obligatorie, cum sunt unele tratate-cadru, care nu creează obligații propriuzise, sau rezoluții ale Adunării Generale ONU.

În contextul actelor unilaterale ale organizațiilor internaționale, discuțiile care s-au purtat în jurul conceptului de *soft law* au vizat efectele juridice ale unor acte unilaterale emise de diferite organe ale organizațiilor internaționale. Promotorii noțiunii de *soft law* încearcă să demonstreze că, deși unele acte unilaterale (rezoluții sau recomandări ale unei organizații internaționale, o declarație comună etc.) sau unele tratate (tratatele-cadru⁵¹) păstrează o ambiguitate normativă și cu toate că există controverse în legătură cu caracterul lor obligatoriu, acest fapt nu ar trebui să prejudicieze statutul juridic al normelor pe care le conțin asemenea instrumente⁵².

În limitele competențelor care le-au fost acordate prin tratatul constitutiv, organizațiile internaționale adoptă acte juridice destinate

⁵⁰ V. Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*: Cambridge University Press, 2004, p. 328 *et seq.*

⁵¹ Categorie numită uzual „*non-binding agreements*”.

⁵² V. Georges ABI-SAAB, „Éloge du „droit assourdi”. Quelques réflexions sur le rôle de la „soft law” en droit international contemporain”, în *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*: Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 59 *et seq.*

membrilor. Indiferent care ar fi denumirea lor particulară, actele unilaterale ale organizațiilor internaționale nu sunt, de regulă, izvoare de drept în sistemul internațional, ci doar izvoare de drept în sub-sistemul organizației, așadar izvoare de drepturi și de obligații pentru membrii organizației sau, în mod cu totul excepțional, pentru terți.

Problema strict juridică este aceea că o rezoluție - de pildă o rezoluție a Adunării Generale a Națiunilor Unite - nu este imputabilă statelor membre ai căror reprezentanți au contribuit, prin votul lor pozitiv, la adoptarea actului. Organul - Adunarea Generală a Națiunilor Unite - nu a fost învestit cu elaborarea unor norme juridice exterioare dreptului intern al Organizației și nu posedă, așadar, competența de a interveni, *direct* sau *indirect*, în formarea normelor de drept internațional general. În plus, reprezentanții statali delegați la organizațiile internaționale nu posedă un mandat general de reprezentare a statelor, în relațiile internaționale, ci doar un mandat limitat la scopurile fiecărei organizații. Iar în cadrul organelor din structura unei organizații, reprezentanții statali posedă un mandat limitat la competențele acelor organe. În aceste condiții, votul lor în favoarea unei rezoluții care conține recomandări, declarații sau definiții nu poate reprezenta un consimțământ valabil exprimat al statelor, capabil să conducă la crearea unor norme de drept internațional. Învățarea unui astfel de vot cu efecte cvasi-legislative este un abuz teoretic evident.

Pe de altă parte, așa cum sublinia Michel Virally,

„constatarea existenței unei reguli de drept și enunțarea conținutului său reprezintă operațiuni intelectuale pentru care un organ politic este foarte prost utilat”⁵³.

Un organ politic are preocupări și mijloace diferite de cele pe care le posedă o jurisdicție internațională sau o echipă de experți juridici independenți. Conform vocației sale un asemenea organ încearcă, înainte de toate, să atingă un rezultat satisfăcător din punct de vedere politic, ceea ce îl plasează în perspectiva lui *lex ferenda*, iar nu în cadrul lui *lex lata*.

În esență, ceea ce contează este faptul că, din punct de vedere formal (validitatea formării lor, conform teoriei consolidate a izvoarelor de drept internațional) normelor care rezultă din actele organizațiilor internaționale nu li se poate atesta calitatea de drept pozitiv, în sistemul internațional. Dreptul derivat al unei organizații internaționale poate crea obligații juridice doar în sarcina membrilor acelei organizații și, cu rare excepții, în sarcina terților.

În același context, se insistă mult pe forța probantă a consensului care însoțește anumite declarații adoptate în Adunarea Generală a Națiunilor Unite. Este adevărat că numeroase rezoluții ale Adunării Generale, care vizau materii importante, au fost adoptate fără a fi supuse la vot, prin simpla constatare a absenței oricăror obiecții formale. Însă autorii care acordă rezoluțiilor Adunării Generale o atenție disproporționată (uneori chiar invers proporțională) în raport cu relevanța lor juridică, omit să indice originea tehnicii de adoptare a actelor prin consens, în Adunarea Generală a Națiunilor Unite. Originea acestei tehnici a consensului este fixată la începutul anilor '60, atunci când Adunarea Națiunilor Unite a fost paralizată, prin aplicarea Articolului 19 din Cartă. În 1964, zece membri ai Organizației (printre care

⁵³ Michel VIRALLY, „A propos de la lex ferenda”, în *Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité*, cit. supra n. 16, p. 525.

Franța și URSS) au intrat în câmpul de aplicare a acestei norme, conform căreia, întârzierea voluntară la plata contribuției pentru cheltuielile ONU (atunci când arieratele depășesc un anumit nivel) atrage suspendarea dreptului de vot în Adunarea Generală. S-a născut un diferend, care ținea de modul de aplicare a Articolului 19 și care a fost închis printr-un compromis politic: renunțarea la vot, în favoarea consensului.

Este perfect adevărat că, prin consens, se poate crea un drept cutumiar special, pentru uzul intern al Organizației, însă aceste norme nu pot depăși frontiera sub-sistemului juridic al Organizației. De aici și până la atribuirea consensului din Adunarea Generală (o simplă tehnică de compromis, utilizată într-o materie de interes mediu pentru statele membre) valoare de *opinio juris*, cu vocația de a crea drept internațional de aplicabilitate generală, este o distanță prea mare⁵⁴. Uneori, consensul este expresia pură a lipsei de interes a unor membri față de un anumit subiect (prin absența mizelor politice reale). Or, un astfel de consens nu se poate metamorfoza în expresia acceptării unui nou mod de formare a dreptului internațional, prin forța principiului democratic al majorității. Confuzia întreținută aici prin raportările la dreptul intern este prea evidentă. În al doilea rând, convingerile juridice ale organelor organizațiilor internaționale sunt relevante strict în câmpul competențelor normative care le-au fost atribuite prin tratatele constitutive sau care rezultă din practica lor subsecventă *acceptată de ansamblul membrilor*.

Un alt dispozitiv de atac al „revizioniștilor” în dreptul internațional îl constituie presupusa *dezvoltare progresivă a dreptului* prin multiplicarea acordurilor internaționale din domenii de mare interes, cum sunt dreptul

⁵⁴ v. Eric SUY, „Rôle et significations du consensus dans le processus législatif des Nations Unies”, în *Multilateral Diplomacy/La Diplomatie multilatérale* (Marcel André BOISARD, Michel E. CHOSSUDOVSKY, ed.): Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, p. 205 *et seq.*

economic sau dreptul internațional al mediului. Totuși, convențiile din aceste domenii nu depășesc, decât rareori, limitele tratatelor-cadru sau ale unor ansambluri de declarații politice⁵⁵. Maniera de reglementare privilegiază „obligațiile vagi de comportament”⁵⁶: fie se asumă angajamente generale de cooperare, la nivelul de *best efforts*, fie statele se angajează „să examineze cu atenție”, „să ia toate măsurile utile în vederea...”, „să acționeze cât de rapid posibil pentru...” etc.

Acest tip de *norme „programatorii”* nu atinge niciodată un *prag juridic*. Prin prag juridic se înțelege limita dincolo de care o normă devine justițiabilă, adică poate constitui baza juridică autonomă sau temeiul juridic autonom al unei sentințe internaționale. Convențiile care reprezintă suportul unor asemenea norme au fost plasate de doctrină în categoria *non binding agreements*.

S-a mai susținut că proiectele de articole elaborate în diverse materii de Comisia de Drept Internațional ar instaura *opinio juris*, prin calificarea unor acțiuni sau prin enunțul unor idei generale, ceea ce ar genera o dezvoltare progresivă a dreptului cutumiar⁵⁷. Or, formarea unei cutume valide

⁵⁵ V.: în sens contrar, Adrian NĂSTASE, *Drept internațional economic*, vol. II: Monitorul Oficial, București, 1996, în special p. 22 *et seq.*

⁵⁶ V.: Prosper WEIL, *Le droit international en quête de son identité: Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tome 237/1992, p. 217.

⁵⁷ Alain Pellet - după ce afirmă că „obligația nu este singura manifestare a normei juridice” - susține că *soft law* exercită o influență „asupra comportamentelor, care nu este una neglijabilă”. Probabil că influența există, însă *soft law* rămâne strict o normă de *lege ferenda*, până când practica statelor nu confirmă o presupusă influență. Analiza prospectivă, în legătură cu „ce ar putea face, în viitor, statele”, nu are relevanță în dreptul cutumiar. Relevanță are doar *analiza retrospectivă*, adică „ce și cum au făcut statele”, și dacă putem stabili, plecând de la „ce și cum au făcut”, existența lui *consuetudo*; v. Alain PELLET, „La Commission du droit international. Pour quoi faire?”, în *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: paix, développement, démocratie*, Bruylant Bruxelles, 1998, pp. 607-608.

juridic pretinde ca *opinio juris* să poată fi atribuit în mod direct statelor. A afirma altceva înseamnă să atribui doctrinei un rol principal în formarea dreptului, iar nu un rol subsidiar în determinarea normelor juridice⁵⁸.

Promovarea *soft law-lui* pleacă de la iluzia că dreptul internațional s-ar putea dezvolta în contracurent cu structura politică a sistemului internațional (fixată juridic prin Carta ONU) și indiferent de constrângerile structurale ale acestuia din urmă. Se uită prea ușor că sistemul politic internațional, la fel ca cvasi-ordinea juridică pe care a pus-o în operă, sunt, prin excelență, statice. Securitatea internațională și respectul suveranității (scopurile primare ale ONU) pretind, în mod clar, *status-quo-ul*. Desigur, static nu înseamnă imuabil, însă caracterul static al sistemului impune o rezervă rezonabilă în legătură cu posibilitatea unei formări accelerate de norme internaționale generale, prin derogare de la normele de recunoaștere ale validității producției normative, de la Articolul 38 § 1 (literele a, b, și c), din Statutul Curții Internaționale de Justiție⁵⁹.

⁵⁸ În legătură cu angajamentul internaționaliștilor în favoarea unei dezvoltări a dreptului internațional care să limiteze „cinismul” statelor, v. Martti KOSKENNIEMI, „Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice”, in *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organisations and Practitioners in the Field of International Law*: United Nations, New York, 1999, pp. 495-523.

⁵⁹ v. Jean SALMON, „Changements et droit international public”, in *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*: Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 427 *et seq.*; acesta este un articol de sinteză care consideră *soft law* un motor al transformărilor în dreptul internațional și care susține puncte de vedere contrare celor pe care le exprimă prezentul studiu. În legătură cu extinderea conceptului, la instituții, v.: Massimo PANEBIANCO, „Il G7 e il soft law istituzionale”, în *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Copotorti*: Giuffré, Milano, 1999, p. 345 *et seq.*

Concluzii

În esență, acțiunea de „îmbogățire a dreptului internațional” cu noi izvoare de drept este o acțiune politică. Atunci când ea a fost susținută de judecătorii Curții Internaționale de Justiție, s-au produs consecințe, pe cât de previzibile, pe atât de indezirabile, în principal, scăderea dramatică a credibilității acestei instituții importante. De pildă, în 1986, în cauza *Activități militare și paramilitare în Nicaragua și împotriva acesteia*, când majoritatea judecătorilor Curții Internaționale de Justiție a decis să „revoluționeze” materia izvoarelor de drept internațional, Statele Unite și-au retras declarația de acceptare a clauzei facultative și au ales să se situeze, pe viitor, în afara jurisdicției obligatorii a Curții⁶⁰.

Pericolul unui astfel de angajament este acela că, plecând de la ideea unei contribuții la evoluția dreptului, adaptată necesităților internaționale, se produce de fapt o erodare și o delegitimare a dreptului pozitiv.

În drept, rigiditatea este adesea o virtute care susține securitatea juridică. În dreptul internațional, limitarea izvoarelor de drept este rigidă pentru că este o materie constituțională a sistemului, iar materiile constituționale sunt reputeate prin stabilitatea lor (eventual rigidă). Și nu este vorba despre o rigiditate mai mare decât în sistemele de *common law*, cu care dreptul internațional este comparabil. Extinderea izvoarelor de drept, prin admiterea unor categorii flexibile, nu conduce la ameliorarea sistemului, ci la creșterea impredictibilității normative și, implicit, la scăderea dramatică a securității juridice.

⁶⁰ Un pasaj elocvent pentru acest tip de abordare, din celebra sentință privind forța juridică a rezoluțiilor Adunării Generale a ONU, este, probabil, acesta: „Efectul unui consimțământ față de textul unei asemenea rezoluții [...] poate [...] fi interpretat ca o aderare la valoarea regulii sau a seriei de reguli declarate de rezoluție”. Curtea omite să precizeze care este baza juridică a acestei posibile interpretări.

Natura constituțională a Articolului 38 asigură opozabilitatea *erga omnes* a acestui text normativ și, în plus, imprimă normelor sale generale de recunoaștere un caracter static, specific normelor constituționale. De altfel, dacă avem în vedere imposibilitatea *de facto* a revizuirii Cartei ONU, norma de recunoaștere de la Articolul 38 se dovedește a fi cvasi-imuabilă în sistemul actual al dreptului internațional. Este un obstacol care rămâne o permanentă provocare, pentru doctrina revizionistă.

STUDII

PUBLICITATEA PERSONALIZATĂ ȘI SELECTAREA
TEMEIURILOR LEGALE PENTRU PRELUCRAREA
DATELOR PERSONALE DE CĂTRE PLATFORMELE
DIGITALE

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).4.4
Data publicării online: 30.06.2024

Juanita GOICOVICI*

Rezumat. Studiul abordează problematica identificării unor temeiuri legale pentru procesarea datelor personale ale utilizatorilor de către platformele care dețin o poziție dominantă pe piața de servicii specifice, reflectată în decizia CJUE din 4 iulie 2023, în cauza C-252/21, *Meta Platforms Inc.* Decizia CJUE va avea reverberații masive asupra manierei în care instanțele naționale și autoritățile de supraveghere cu atribuții în materia controlului prelucrării datelor personale vor aplica prevederile art. 9 alin. 1 RGPD, pentru tehnologiile cookies care selectează date de navigare pe site-urile partenerilor comerciali ai unei platforme digitale supradimensionate și care implică stocarea unor „categorii speciale de date cu caracter personal”, a căror procesare este în principiu interzisă. Pe cel de-al doilea palier, decizia CJUE marchează imposibilitatea, pentru platformele digitale, de a selecta temeiuri legale precum executarea contractului ori interesul legitim al operatorului de date, atunci când colectează datele personale și, îndeosebi, datele comportamentale ale utilizatorilor, în contexte care sunt ireconciliabile cu necesitatea efectivă a executării unor obligații contractuale.

* Conf.univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, e-mail: juanita.goicovici@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-0050-4511>.

Cuvinte-cheie: publicitate personalizată, date personale, date comportamentale, IA predictivă, RGPD, platforme digitale supradimensionate.

PERSONALIZED ADVERTISING AND SELECTION
OF LEGAL GROUNDS FOR THE PROCESSING
OF PERSONAL DATA BY DIGITAL PLATFORMS

Abstract. The study addresses the problematics of identifying pertinent legal justifications for the processing of users' personal data by very large digital platforms, as these issues were reflected in the CJEU decision of July 4, 2023, in case C-252/21, Meta Platforms Inc. The decision of the CJEU will have massive reverberations on the manner under which national courts and supervisory authorities with competencies in the matter of controlling the processing of personal information will apply the provisions of art. 9, 1st para. GDPR, for cookie technologies that select browsing data on the websites of commercial partners of an oversized digital platform and that involve the storage of 'special categories of personal data,' prohibiting the processing operations which concern these categories. On the second level, the CJEU decision marks the impossibility, for digital platforms, of selecting legal grounds such as the performance of the contract or the legitimate interest of the data operator, when collecting personal data and, especially, behavioral data of users, in contexts that are irreconcilable with the genuine necessity of performing contractual obligations.

Keywords: personalized advertising, personal data, behavioral data, predictive AI, GDPR, very large digital platforms.

Cuprins

Cuprins.....	108
Introducere.....	109
I. Fațete ale colectării consimțământului consumatorilor în scopul profilării comerciale.....	112
A. Clarificarea scopurilor prelucrării datelor și a corelațiilor cu principiul „limitării scopurilor prelucrării”.....	112
B. Selectarea temeiului legal pentru crearea de profiluri comerciale și publicitatea direcționată.....	118
II. Reverberații în materia exercitării dreptului consumatorilor de retragere a acordului asupra procesării datelor.....	128
III. Personalizarea mesajelor publicitare pe baza datelor deduse din profilarea consumatorilor.....	130
A. Datele colectate de la consumator de către furnizorii de servicii digitale sau de conținut digital.....	130
B. Subtipuri de practici de profilare și publicitate „contextuală”.....	134
IV. Publicitatea comportamentală în contractele mediate digital.....	135
A. Direcționarea segmentată a publicității personalizate în funcție de comportamentul online al consumatorului.....	135
B. Practici de <i>retargeting</i> publicitar bazate pe istoricul navigării.....	137
C. Clasamentul personalizat al clienței și personalizarea prețurilor.....	140
Concluzii.....	142
Bibliografie.....	145

Introducere

Abordarea legitimității utilizării datelor personale pentru generarea de profiluri comerciale, ca premise pentru calibrarea publicității personalizate rămâne un subiect controversat, care captează atenția practicienilor. Întrucât selectarea temeiului legal pentru prelucrarea informațiilor personale care are ca rezultat crearea de profiluri comerciale și publicitatea direcționată nu este o sarcină ușoară, platformelor digitale¹ le incumbă, în principiu, obligația să acorde o atenție deosebită respectării cerințelor granulare pentru colectarea opțiunilor consumatorilor², îndeosebi când consimțământul pentru stocarea datelor s-ar putea întrepătrunde cu consimțământul pentru executarea contractului privind furnizarea de servicii digitale sau de conținut digital³ (i), sau atunci când platformele au ratat ocazia de a clarifica consumatorilor destinația datelor cu caracter personal „brute”, și anume scopurile generării de date care sunt utilizate în activități comerciale de profilare (ii). Clasamentul personalizat și generarea ofertelor personalizate sunt, de asemenea, problematice, îndeosebi practicile discriminatorii bazate pe comportamentul online al consumatorilor și operațiunile de *retargeting* sau stabilirea condițiilor contractuale personalizate pentru produse și servicii pentru care consumatorii și-au manifestat interesul în funcție de istoricul lor de navigare

¹ Joana CAMPOS CARVALHO, „Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 863-874, online: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5227>, accesat în 20.01.2024.

² Alexander ZARDIASHVILI, Alan M. SEARS, „Targeted Advertising and Consumer Protection Law in the EU”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 56, n. 3, 2023, online: <https://ssrn.com/abstract=4249743>, accesat în 20.01.2024.

³ Juanita GOICOVICI, „Clauzele privind drepturile consumatorilor în contractele de servicii *cloud computing*”, *Revista Română de Drept Privat*, n. 2/2019, pp. 399-415.

online⁴. Lucrarea explorează coordonatele care pot fi considerate tipice pentru conceptul de publicitate „comportamentală”, subliniind importanța regulilor de protecție a datelor personale atunci când se utilizează diferite subtipuri de practici de profilare și publicitate „contextuală”. Pornind de la cerințele principiului „limitării scopului”⁵, ilustrat la art. 5, alin. (1), lit. (b) din Regulamentul (UE) 2016/679 privind protecția datelor (în continuare RGPD), se așteaptă ca platformele să respecte componentele unor scopuri determinate sau explicite atunci când intenționează să genereze date deduse și profiluri comerciale bazate pe date comportamentale „brute” colectate de la consumatori⁶.

Calibrarea colectării consimțământului consumatorilor pentru urmărirea datelor comportamentale a fost întotdeauna o sarcină delicată, în contexte în care platformele folosesc date deduse pentru generarea de profiluri comerciale ca premise pentru angajarea în campanii de publicitate personalizată; pe de o parte, informațiile personale care au fost recrutate pentru anumite scopuri explicite, cum ar fi realizarea de statistici sau auditarea performanței contractuale, nu ar putea fi supuse procesării pe baza extinderii scopurilor de colectare selectate anterior. Astfel, generarea

⁴ Juanita GOICOVICI, „Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele business to consumer—condiția consimțământului granular”, *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, n. 2, 2019, pp. 7-24, online: <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1634395962-articol-juanita-goicovici.pdf>.

⁵ Juanita GOICOVICI, „Granularity and specificity of consent and implications thereof for the data controller in the light of the principle of ‘purpose limitation’”, *InterEULawEast: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations*, vol. 9, n. 2, 2022, pp. 43-69, online: <https://hrcak.srce.hr/293334>.

⁶ Magdalena BREWCZYŃSKA, „Between Legitimacy and Lawfulness: In Search of Rationality and Consistency in EU Data Protection”, *European Data Protection Law Review*, vol. 9, n. 2, 2023, pp. 112-122, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2023/2/6>, accesat în 20.01.2024.

profilării comerciale, atunci când se bazează pe consimțământul consumatorilor, trebuie adusă în mod explicit în atenția consumatorilor vizați, într-o manieră aparentă, permițându-le consumatorilor să respingă utilizarea datelor lor ca temei pentru profilarea comportamentală⁷. Vom insista asupra ideii că, atunci când folosesc date deduse pentru crearea de profiluri comerciale, platformele trebuie să clarifice utilizarea datelor cu caracter personal în tehnicile de publicitate personalizată, păstrând premise autentice pentru respectarea vieții private și recunoașterea importanței acesteia atunci când se utilizează publicitatea comportamentală în contractele mediate digital⁸. Direcționarea segmentată în funcție de afinitatea sau trăsăturile comportamentale ale consumatorilor poate fi văzută ca intruzivă, dacă nu este însoțită de măsuri adecvate care să asigure accesul consumatorilor la datele lor personale și dreptul de a formula o opoziție față de continuarea prelucrării datelor. În mod evident, atunci când se selectează temeiurile legale pentru procesarea informațiilor personale care are ca rezultat crearea de profiluri comerciale și publicitatea direcționată, respectarea consimțământului granular și asigurarea premiselor pentru consimțământul nealterat devin cruciale, mai ales în intersecția cu dreptul de retragere al consumatorilor⁹ (dreptul persoanei vizate, de a revoca *ad nutum* consimțământul privind procedarea datelor personale).

⁷ Maryant FERNANDEZ, Sebastien PANT, „Why it’s time to ban surveillance ads” (November 15, 2021), The European Consumer Organisation (BEUC) Blog, online: <https://www.beuc.eu/blog/why-its-time-to-ban-surveillance-ads/>, accesat în 20.01.2024.

⁸ Juanita GOICOVICI, „Elementele constitutive ale practicilor comerciale nelociale în relațiile cu consumatorii”, *Studia Universitatis Babeș Bolyai Iurisprudentia*, n. 3, 2016, pp. 88-100, online: http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/pdfs/1488469330-04Goicovici_88_100.pdf.

⁹ Juanita GOICOVICI, „Retragerea consimțământului consumatorului în contractele electronice: Golem perfect, reflectat în jurisprudența recentă”, *Revista Română de Drept Privat*, n. 1, 2022, pp. 304-328.

I. Fațete ale colectării consimțământului consumatorilor în scopul profilării comerciale

A. Clarificarea scopurilor prelucrării datelor și a corelațiilor cu principiul „limitării scopurilor prelucrării”

Parcimonია care înconjoară, în textul GDPR, selectarea temeiurilor legale pertinente în scopuri de marketing personalizat este un *locus communis*, frecvent revizuit de practicienii în dreptul protecției datelor personale. Adecvarea selectării scopurilor de colectare¹⁰ și prelucrare rămâne un subiect delicat, deși nu este ignorat în totalitate în textul GDPR. Publicitatea comportamentală, privită prin prisma obligațiilor operatorilor de date, este abordată în primul rând în considerentul 38 din GDPR, atunci când postulează necesitatea implementării unor măsuri de protecție specifice¹¹ în perimetrul colectării și prelucrării informațiilor personale ale utilizatorilor minori¹² în ideea de a genera profiluri comerciale pe baza cărora ar fi promovate „servicii oferite direct unui minor”¹³. În al doilea rând, tezele finale

¹⁰ Isabel HAHN, „Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?”, *European Data Protection*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. 31-44, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2021/1/7>, accesat în 23.01.2024.

¹¹ Juanita GOICOVICI, „Prelucrarea datelor personale sensibile indirecte din declarațiile fiscale privind conflictele de interese”, *Studia Universitatis Babes Bolyai Iurisprudentia*, vol. 67, n. 4, 2022, pp. 13-54, online: [https://doi.org/10.24193/SUBBjur.67\(2022\).4.1](https://doi.org/10.24193/SUBBjur.67(2022).4.1).

¹² Mark LEISER, „Protecting Children from Dark Patterns and Deceptive Design” (December 11, 2023), online: <https://ssrn.com/abstract=4660222>, accesat în 20.01.2024.

¹³ Juanita GOICOVICI, „The collecting of consent to the processing of children’s personal data, between volatility and disobedience”, *SHS Web of Conferences*, vol. 177, n. 04001, 2023, online: https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2023/26/shsconf_copeji2023_04001.pdf.

ale considerentului 47 din GDPR reiterează în mod expres că „scopurile de marketing direct” pot fi selectate de colecții de date pe motiv de „interes legitim”, în ciuda potențialei lipse a consimțământului specific al persoanelor vizate pentru profilarea comportamentală, atât timp cât întrucât „interesele sau drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei vizate nu prevalează” asupra intereselor legitime ale colecțiilor de date de a genera profiluri comerciale¹⁴, exploatate în continuare în strategiile de marketing personalizate. Rațiunea finală a selectării temeiurilor legale menționate este de a ghida operatorii de date în respectarea „așteptărilor rezonabile” ale persoanelor vizate¹⁵, reprezentate ca potențiali consumatori¹⁶ (eșantionul-tintă).

În al treilea rând, după cum este postulat în considerentul 70 din RGPD, dreptul persoanei vizate de a se opune publicității personalizate sau marketing-ului direct exploatând datele comportamentale rămâne de o importanță crucială, stimulând și mai mult obligația operatorilor de date de a evidenția utilizatorilor existența dreptului de opoziție în etapa precontractuală (atunci când este cazul) sau la acceptarea/respingerea

¹⁴ Perry KELLER, „After Third Party Tracking: Regulating the Harms of Behavioural Advertising Through Consumer Data Protection” (May 4, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4115750> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4115750>, accesat în 20.01.2024.

¹⁵ Marietjie BOTES, „Autonomy and the social dilemma of online manipulative behavior”, *AI and Ethics*, vol. 3, n. 1, 2023, pp. 315-323, online: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00157-5>, accesat în 20.01.2024.

¹⁶ Pooja IYER, „Consumer Data and Privacy Fiduciaries: A Comparison Based on Balance of Power and Consumer Agency” (August 1, 2023), online: <https://ssrn.com/abstract=4528526> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4528526>, accesat în 20.01.2024.

condițiilor generale de utilizare și la a recurge la separarea informațiilor¹⁷ privind dreptul de opoziție prin raportare la orice alte informații oferite utilizatorului¹⁸. În special, ar fi necesară o atenție deosebită atunci când se selectează limbajul clar și transparent care descrie persoanei vizate¹⁹ existența dreptului de a se opune publicității personalizate și a refuza utilizarea tehnologiilor de profilare cu privire la scopurile de marketing direct invocate de operatorul de date²⁰. Mai degrabă „insulare”, referirile la „scopurile de marketing direct” din considerentele 47 și 70 ale RGPD nu sunt însoțite de dispoziții de reglementare distincte privind profilarea comercială, reglementarea rămânând lacunară în acest sens. Cu toate acestea, afirmațiile semi-permisiive cuprinse în considerentul 38 din RGPD cu privire la recurgerea operatorilor de date la „interesele legitime” ca temei de legitimare a prelucrărilor de date orientate spre publicitate personalizată trebuie interpretate în mod precaut și parcimonios, întrucât „interesele legitime” ale

¹⁷ Luiza JAROVSKY, „Transparency by Design: Reducing Informational Vulnerabilities Through UX Design” (May 25, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4119284>, accesat în 20.01.2024.

¹⁸ Luiza JAROVSKY, „Improving Consent in Information Privacy through Autonomy-Preserving Protective Measures (APPMs)”, *European Data Protection Law Review*, vol. 4, n. 4, 2018, pp. 447-458, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/4/7>, accesat în 20.01.2024.

¹⁹ Rolf H. WEBER, „The Disclosure Dream – Towards a New Transparency Concept in EU Consumer Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, n. 2, 2023, pp. 67-70, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.2/EuCML2023018>, accesat în 20.01.2024.

²⁰ Jiahong CHEN, *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, p. 67-81.

operatorului sunt menționate doar ca excepțional admisibile, pentru justificarea operațiunilor comerciale de profilare²¹.

Operatorilor de date le revine, prin urmare, misiunea să acorde o atenție deosebită selectării scopurilor de prelucrare enumerate la art. 6, alin. (1) din RGPD, întrucât pe baza orientărilor stabilite în considerentul 47 din RGPD, operatorii de date nu sunt scutiți de identificarea unor motive de legitimare adecvate²², mai ales atunci când consimțământul persoanei vizate ar reprezenta o sursă mai potrivită de legitimare pentru utilizarea tehnicilor comerciale de profilare²³. În materia exercitării dreptului de a se opune exploatării prin „marketing direct” a datelor sale, perspective semnificative pot fi conturate prin respectarea prevederilor art. 21, alin. (2) din RGPD, care par să accentueze recurgerea atemporală la dreptul de a obiecta la profilarea

²¹ Gary LAFEVER, „Beyond GDPR: Unauthorized reidentification and the Mosaic Effect in the EU AI Act” (10 aug. 2023), online: <https://iapp.org/news/a/beyond-gdpr-unauthorized-reidentification-and-the-mosaic-effect-in-the-eu-ai-act/>; Joasia LUZAK, „Tomorrow Never Dies: VLOPs debacle” (24 aug. 2023) online: <https://recent-ecl.blogspot.com/2023/08/tomorrow-never-dies-vlops-debacle.html>, accesat în 20.01.2024.

²² Sheng Yin SOH, „Privacy Nudges: An Alternative Regulatory Mechanism to ‘Informed Consent’ for Online Data Protection Behaviour”, *European Data Protection Law Review*, vol. 5, n. 1, 2019, pp. 65-74, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/1/10>, accesat în 20.01.2024.

²³ Marie POTEI-SAVILLE, Fabien LECHEVALIER, „Comment les dark patterns manipulent nos usages mobiles? Proposition de régulation pour un digital durable et centré sur l’humain”, în Hanitra Randrianasolo Rakotobe, Jean-Michel Ledjou (coord.), *Nouveaux enjeux liés aux usages des applications et des services mobiles: Quelles opportunités et quels risques?*, ACFAS Symposium, L’Harmattan, Paris, 2023, online: <https://ssrn.com/abstract=4652956>, accesat în 20.01.2024.

comercială, exercitabil „oricând” posterior colectării, inclusiv pentru date a căror utilizare se referă la implementarea tehnicilor de „marketing direct”²⁴.

Aceste afirmații reflectă relevanța unei conexiuni distincte între colectarea datelor și explorarea profilării comerciale, oferind persoanelor vizate posibilitatea de a exercita controlul asupra utilizării termenilor de profilare²⁵. În eventualitatea respingerii opțiunilor de prelucrare²⁶ orientate către publicitate personalizată, operatorul de date este obligat să nu penalizeze alegerea persoanei vizate în nicio manieră oneroasă sau neoneroasă. De asemenea, platformelor digitale le revine obligația de a permite consumatorilor să solicite portarea datelor personale „brute” colectate²⁷ (însă nu și portarea datelor derivate, rezultate din procesarea datelor personale primare).

²⁴ Erik HERMANN, „Psychological targeting: nudge or boost to foster mindful and sustainable consumption?”, *AI & Society*, vol. 38, n. 2, 2023, pp. 961-962, online: <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01403-4>, accesat în 20.01.2024; Agnieszka JABLONOWSKA, „Consumer Protection in the Age of Data-Driven Behaviour Modification”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n. 2, 2022, pp. 67-71, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.2/EuCML2022012>, accesat în 20.01.2024.

²⁵ Zirou CHEN, Mengze SHI, „Predictive Accuracy, Search Intensity, and Personalized Advertising” (December 10, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4298841> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4298841>, accesat în 20.01.2024.

²⁶ Juanita GOICOVICI, „Unilateral Termination and Adjustment of the Consumer Contract on Digital Content”, *Regional Law Review*, vol. 2, 2021, pp. 283-296, online: https://doi.org/10.18485/iup_rlr.2021.2.ch17.

²⁷ Juanita GOICOVICI, „Portabilitatea datelor cu caracter personal, prin prisma dispozițiilor RGDP și ale Directivei 2019/770: este gambitul reginei mutarea de deschidere adecvată?”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII, Supliment 2, 2021, pp. 57-80, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2_2/4.goicovici.pdf.

Aparent oximoronică, problema retragerii consimțământului relativ la scopuri de „marketing direct” nu devine sinonimă cu dreptul de a obiecta la perpetuarea profilării comerciale. În aceeași paradigmă, succesiunea retragerii consimțământului poate viza toate operațiunile de prelucrare a datelor la care consumatorul și-a dat inițial consimțământul/pentru care a operat stocarea inițială a consimțământului consumatorului²⁸. De exemplu, consumatorul își poate retrage ulterior consimțământul în scopuri de marketing direct, menținând, dacă dorește, consimțământul în scopul realizării unor statistici privind frecvența navigării. De asemenea, în temeiul art. 6, alin. 1, lit. (e) și (f) sau ale art. 6, alin. 4 RGPD, utilizatorii ar putea să se opună profilării comerciale. Operatorului datelor îi incumbă obligația să stopeze prelucrarea, cu excepția cazului în care demonstrează că se justifică continuarea prelucrării pentru a constata, exercita sau apăra anumite drepturi în instanță. Urmărirea trăsăturilor comportamentale și generarea de profiluri comerciale²⁹, respectiv utilizarea datelor în scopuri de marketing direct s-ar baza în principal pe consimțământul utilizatorilor³⁰ pentru tehnici de

²⁸ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, Hamangiu, București, 2022, p. 71-82.

²⁹ Bram DUIVENVOORDE, „Redesigning the UCPD for the Age of Personalised Marketing”, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), vol. 12, n. 5, 2023, pp. 177-184, online:

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.2/EuCML2023036>, accesat în 20.01.2024.

³⁰ Martin BRENNCKE, „A Theory of Exploitation for Consumer Law: Online Choice Architectures, Dark Patterns, and Autonomy Violations” (December 15, 2023), *Journal of Consumer Policy*, online: <https://ssrn.com/abstract=4665868> și <https://doi.org/10.1007/s10603-023-09554-7>, accesat în 20.01.2024.

marketing personalizate³¹, adesea invalidate din cauza lipsei de transparență a scopurilor comerciale de profilare sau din cauza creării de efecte dezechilibrate, atunci când generează efecte discriminatorii³², recurgând la tehnicile descrise ca „modele întunecate”³³ (*dark patterns*)³⁴.

B. Selectarea temeiului legal pentru crearea de profiluri comerciale și publicitatea direcționată

Un perimetru legal aparent „arid” poate deveni semnificativ „luxuriant” datorită reverberațiilor sale practice asupra obligațiilor colectorului de date, atunci când este adusă în discuția obligația platformelor digitale de a informa în mod transparent utilizatorii cu privire la implementarea tehnicilor comerciale de profilare. O îmbinare a mecanismelor protective ar viza atât operațiunile de profilare comercială, cât și publicitatea personalizată, crearea de profiluri pe baza datelor derivate sau deduse.

³¹ Bart CUSTERS, Helena VRABEC, Michael FRIEDEWALD, „Assessing the Legal and Ethical Impact of Data Reuse”, *European Data Protection Law Review*, vol. 5, n. 3, 2019, pp. 317-337, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/3/7>, accesat în 20.01.2024.

³² Rachel GRIFFIN, „Tackling Discrimination in Targeted Advertising: US regulators take very small steps in the right direction – but where is the EU?” (June 23, 2022), online: <https://verfassungsblog.de/targeted-ad/> și <https://doi.org/10.17176/20220623-153440-0>, accesat în 20.01.2024.

³³ Luiza JAROVSKY, „Dark Patterns in Personal Data Collection: Definition, Taxonomy and Lawfulness” (March 1, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4048582> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4048582>, accesat în 20.01.2024.

³⁴ EDPB (European Data Protection Board) *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them, Version 2.0*, Adopted on 14 February 2023, online: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf, accesat în 20.01.2024.

Abordarea duală a colectării consimțământului pentru profilarea comercială și utilizarea algoritmilor de anticipare a preferințelor de selecție a produselor continuă să creeze îngrijorare pentru practicienii din domeniul juridic, referitor la stabilirea standardelor pertinente de conduită loială față de potențialii consumatori.

Colectarea consimțământului granular și, mai precis, a consimțământului secvențial al utilizatorului rămâne o sarcină dificil de realizat, mai ales atunci când intervine problematica identificării temeiurilor legale pertinente, după cum este ilustrat în decizia CJUE din 4 iulie 2023, în cauza C-252/21³⁵. Tendința platformelor³⁶ de a se baza pe scopuri de „executare contractuală” atunci când colectează și stochează date cu caracter personal destinate a fi utilizate pentru profilarea comercială a fost contestată și, la fel de important, au fost ridicate probleme de legitimitate cu privire la recurgerea la motivele de „interes legitim”.

Principalul palier pe care intervin efectele hotărârii pronunțate de CJUE în cauza C-252/21 este cel referitor la competența autorităților de supraveghere a practicilor anticoncurențiale dintr-un stat membru, în contextul examinării alegațiilor privitoare la eventualul abuz de poziție dominantă al companiilor comerciale³⁷, de a constata și de a sancționa

³⁵ CJUE, MC, Meta Platforms Inc., fostă Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd, fostă Facebook Ireland Ltd, Facebook Deutschland GmbH v Bundeskartellamt, C-252/21, din 04.07.2023, ECLI:EU:C:2023:537, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CJ0252>.

³⁶ Tom BUYTAERT, Jean DE MEYERE, „Arrêt «Meta Platforms»: violation du RGPD constitutive d'un abus de position dominante”, *Journal de droit européen*, n. 9, 2023, pp. 449-452.

³⁷ În cauza *Meta Platforms* C-252/21, Oficiul de combatere a cartelurilor (*Bundeskartellamt* – autoritatea germană de control al practicilor anticoncurențiale) nu a interzis utilizarea de către Meta/Facebook a datelor utilizatorilor în scopul afișării reclamelor personalizate pe

practicile comerciale caracterizate prin neconformarea companiilor la exigențele impuse de prevederile RGPD (relative la procesarea inadecvată a datelor personale ale consumatorilor), cu precizarea că aceste atribuții de control nu le suplinesc pe cele ale ANSPDCP și nu se activează decât în măsura în care maniera ilegală a procesării datelor, absența legitimării procesării ori inadecvarea temeiurilor juridice³⁸ selectate de către operatorul de date personale ar fi contextualizată încât să prezinte relevanță pentru caracterizarea abuzului de poziție dominantă (de pildă, consimțământul consumatorilor la procesarea datelor a fost constrâns prin practici favorizate de dimensiunile platformei digitale, consumatori rămânând fără o alternativă reală de accesare a unor servicii digitale similare, în cazul refuzului de a ceda în contrapartidă datele personale) ori a practicii anticoncurențiale investigate.³⁹

Cel de-al doilea palier pe care se desfășoară efectele deciziei CJUE⁴⁰ din 4 iulie 2023, în cauza C-252/21 este, cel mai probabil, considerabil mai

platforma Facebook, însă solicitarea autorității care a aplicat sancțiunea a fost ca Meta Platforms să obțină permisiunea utilizatorilor separat pentru fiecare dintre scopurile de marketing personalizat (de pildă, consimțământul distinct pentru profilarea comercială și colectarea datelor comportamentale), inclusiv atunci când colectează astfel de date din alte aplicații (Instagram).

³⁸ Paolisa NEBBIA, „The interaction of competition, consumer and data protection laws: a few comments inspired by the recent case law of the Court of Justice of the European Union”, *ERA-Forum: Scripta Iuris Europaei*, vol. 23, n. 4, 2023, pp. 515-527.

³⁹ Francesco RIZZUTO, „The implications of the Meta Ireland Platforms ruling for the powers of national competition authorities and national regulatory and supervisory authorities”, *European Competition Law Review*, vol. 44, n. 12, 2023, pp. 532-538.

⁴⁰ Ana-Maria HRISCU, „C-252/21 Meta v Bundeskartellamt: The Lawfulness of Big Tech’s Processing of Personal Data and the Relationship Between Data Protection and Competition Law”, *European Data Protection Law Review*, vol. 9, n. 3, 2023, pp. 371-377;

„spectaculos” decât primul efect descris, întrucât judecătorii CJUE, reuniți în Marea Cameră, au enumerat în dispozitivul hotărârii fiecare dintre cele 6 temeuri legale la care o platformă digitală supradimensionată⁴¹ precum *Meta Platforms* ar putea recurge pentru a legitima procesarea datelor personale (inclusiv a datelor comportamentale) ale utilizatorilor⁴², „demonțând” fiecare dintre aceste temeuri pentru argumente enunțate punctual în dispozitivul deciziei Curții. Mai întâi, pornind de la constatarea că tendința platformelor digitale⁴³, în calitate de operatori și colectori de date personale în cantități enorme⁴⁴, ar fi aceea de a glisa dinspre selectarea consimțământului utilizatorilor⁴⁵ (ca temei legal problematic al procesării, dată fiind dificultatea

⁴¹ European Commission, Press Release, „Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines”, 25 April 2023, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413.

⁴² Peter Georg PICH, „CJEU on Facebook: GDPR processing justifications and application competence: EuGH, Urt. vom 4.7.2023: C-252/21”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2023, pp. 1169-1172.

⁴³ Beata MĂIHĂNIEMI, „The role of behavioural economics in shaping remedies for Facebook’s excessive data gathering”, *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364922000565>, accesat în 23.01.2024.

⁴⁴ Cemre POLAT, Barış ÖZÇELİK, „Locating Online Platforms in the Right Place: Between the Digital Services Act and the Liability Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, n. 4, 2023, pp. 168-172, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.4/EuCML2023034>, accesat în 23.01.2024.

⁴⁵ Ferenc SZILÁGYI, „Personal Data as Consideration for the Facebook Service”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n. 4, 2022, pp. 154-161, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.4/EuCML2022026>, accesat în 23.01.2024; Ali VAZIRI, „Is this the end of consent-less tracking by online platforms in the EU?” (27 iul. 2023), online: <https://iapp.org/news/a/is-this-the-end-of-consent-less-tracking-by-online-platforms-in-the-eu/>, accesat în 23.01.2024.

de a proba, de către operatorul datelor, caracterul liber, neviciat, granular și secvențial al acordului consumatorului pentru fiecare dintre scopurile procesării) către temeuri legale aparent mai „accesibile” ori aparent mai facil de invocat, precum colectarea datelor personale în scopul executării obligațiilor contractuale, în scopul executării unor obligații legale, în scopul menținerii intereselor vitale ale persoanei vizate ori „paliativul suprem”, interesul legitim al operatorului și al partenerilor săi comerciali (inclusiv interesul legitim concretizat în derularea campaniilor de marketing personalizat⁴⁶), Curtea demontează fiecare dintre aceste temeuri, reiterând aprecieri legate de relevanța invocării acestora.

Astfel, pentru eșichierul reprezentat de situațiile în care o platformă digitală ar invoca executare prestațiilor contractuale, sub incidența art. 6, alin. 1, lit. b) RGPD, pentru a fonda procesarea datelor personale ale utilizatorilor, acest temei al prelucrării va fi admisibil strict în cazurile caracterizate prin caracterul indispensabil al operațiunilor de colectare/stocare de date personale pentru acțiuni integrate într-o manieră efectivă în prestația contractuală destinată aceluiași utilizatori. În cazul *Meta Platforms*, admisibilitatea acestui temei legal pare să fie puțin probabilă ori chiar interzisă⁴⁷, dat fiind faptul că, pentru serviciile de găzduire de conținut

⁴⁶ Andreas SCHÖNAU, „Agency in augmented reality: exploring the ethics of Facebook’s AI-powered predictive recommendation system”, *AI and Ethics*, vol. 3, n. 2, 2023, pp. 407-417, online: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00158-4>, accesat în 23.01.2024; Peter SEELE, Claus DIERKSMEIER, Reto HOFSTETTER, Mario SCHULTZ, „Mapping the ethicality of algorithmic pricing: A review of dynamic and personalized pricing”, *Journal of Business Ethics*, vol. 170, n. 4, 2021, pp. 697-702, online: <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04371-w>, accesat în 23.01.2024.

⁴⁷ În urma adoptării Deciziei obligatorii urgente a EDPB (*European Data Protection Board*) din 27 octombrie 2023, autoritatea irlandeză pentru protecția datelor (IE DPA) a adoptat

(pentru conturile individuale de utilizatori Facebook/Instagram) cu caracter (predominant) non-oneros, nu există în derulare un contract principal (de furnizare de produse/servicii care să necesite exploatarea datelor de livrare, a datelor de contact, a datelor de geolocalizare etc.). Din teza finală a considerentelor decisive/decizorii ale deciziei CJUE în cauza C-252/21 enunțate la pct. 4 din dispozitivul hotărârii, rezultă că criteriul care ar ghida instanțele/autoritățile naționale de supraveghere în admiterea/respingerea temeiului legal al executării obligațiilor contractuale, selectat de un operator de date din categoria platformelor digitale, ar fi reprezentat de faptul că absența procesării respectivelor informații personale ar compromite însăși realizarea obiectului principal al contractului; din aceste aserțiuni rezultă că,

decizia finală din 10 noiembrie 2023, impunând o interdicție pentru Meta Ireland Limited (Meta IE) pentru monitorizarea preferințelor utilizatorilor în scopuri de publicitate comportamentală, pe baza executării contractului și a interesului legitim. Decizia obligatorie urgentă a EDPB a fost adoptată plecând de la existența unei solicitări din partea Autorității Norvegiene pentru Protecția Datelor de a dispune măsuri finale în această chestiune care ar avea efect în întreg Spațiul Economic European (SEE); pentru detalii, „EDPB publishes urgent binding decision regarding Meta”, 07.12.2023, Bruxelles, online: https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-publishes-urgent-binding-decision-regarding-meta_en, accesată în 25.01.2024.

Anterior acestei decizii, în 14 iulie 2023, Autoritatea Norvegiană pentru Protecția Datelor a adoptat un ordin prin care impunea o interdicție temporară în temeiul art. 66 alin. (1) RCPD platformei Meta IE și Facebook Norway AS („Facebook Norway”) implicând procesarea informațiilor personale ale persoanelor vizate cu cetățenie norvegiană pentru publicitatea comportamentală, ca procesare bazată pe executarea contractului sau pe invocarea interesului legitim al operatorului de date. Această interdicție comporta limite temporale și spațiale: era valabilă timp de trei luni și se aplica numai în Norvegia. La 26 septembrie 2023, Autoritatea Norvegiană pentru Protecția Datelor a înaintat o solicitare către EDPB pentru emiterea unei decizii obligatorii urgente privind măsurile restrictive finale aplicabile procesării (de către *Meta Platforms*) a datelor utilizatorilor din toate statele SEE.

dimpotrivă, în cazurile în care abandonarea procesării datelor nu ar afecta în manieră substanțială angajarea efectelor principale ale contractului, platforma digitală nu va putea eluda consimțământul utilizatorilor, ca temei legal pertinent al colectării datelor.

Nici intenția unora dintre platformele digitale supradimensionate de a compartimenta conținutul *advertorial* pentru două categorii de utilizatori, oferind versiunea *non-advertorial* oneroasă a serviciilor de tip *block-add* nu rezolvă mulțumitor problema recrutării consimțământului utilizatorilor, dat fiind faptul că, pentru utilizatorii înregistrați care nu optează pentru serviciul oneros de filtrare a mesajelor publicitare, ar urma ca *target-area* acestora cu mesaje publicitare personalizate să aibă loc în continuare în baza unui consimțământ implicit ori tacit privitor la astfel de practici, în contextul în care persoanele vizate își mențin activ contul de utilizator pentru serviciile (predominat) gratuite oferite de respectiva platformă digitală.

Pe cel de-al treilea palier al discuției, pentru utilizarea tehnologiilor *cookies*, în dispozitivul deciziei CJUE în cauza C-252/21, se evidențiază, într-o calificare juridică implicând, cel mai probabil, reverberații masive asupra manierei în care instanțele naționale (și autoritățile de supraveghere cu atribuții în materia controlului prelucrării datelor personale) vor aplica prevederile art. 9 alin. 1 RGPD, că recurgerea la module *cookies* care selectează date de navigare pe site-urile partenerilor comerciali ai unei platforme digitale supradimensionate implică, în realitate, procesarea de „categorii speciale de date cu caracter personal”, a căror procesare este în principiu interzisă, sub rezerva derogărilor stipulate în art. 9, alin. 2 RGPD. Deducem, din analiza argumentelor Curții, că o astfel de înregistrare (a datelor personale rezultate din istoricul navigării pe site-uri comerciale, colectate într-un anumit interval temporal prin intermediul tehnologiilor *cookies*) le-ar încadra în categoria „datelor personale sensibile derivate”, adică

în categoria datelor cărora le este imprimat statutul de „date speciale” (necesitând o protecție mai accentuată ori, în absența unor garanții suplimentare, restricționarea procesării), întrucât cu ajutorul acestor date colectate secvențial din monitorizarea navigării *online* a utilizatorului, pot fi accesate (în manieră derivată ori inductivă) date sensibile a căror procesare este principial restricționată/interzisă în textul RGPD pentru protejarea persoanelor fizice vizate.

Într-un al patrulea rând, decizia CJUE în cauza C-252/21 prezintă relevanță sub aspectul aprecierilor cu privire la relevarea unui consimțământ indirect, tacit ori implicit al utilizatorilor pentru deconspirarea publică a opțiunilor afective și a preferințelor acestora rezultate din activarea pe platformele digitale a unor butoane active din categoria *like/dislike* sau *share* și a manierei în care astfel de preferințe ar putea fi în mod legal exploatate în profilarea comercială a utilizatorilor. După cum s-a evidențiat în considerentele reținute de Curte în legătură cu interpretarea prevederilor art. 9, alin. 2, lit. e) RGPD, nu este legitimă procesarea datelor colectate de platforma digitală prin tehnologii *cookies* monitorizând istoricul de navigare, pentru sesiunile derulate pe site-urile partenerilor săi comerciali, pentru datele recrutate de la utilizator activând butoanele „Îmi place” sau „Distribuie” sau datele de identificare pentru conectarea în contul de utilizator. În aprecierea Curții, s-ar putea considera că există un consimțământ efectiv al utilizatorului cu privire la acțiunea de a face publice în mod manifest aceste date, strict în situațiile în care utilizatorul a optat secvențial, „pe baza unei configurări individuale efectuate în deplină cunoștință de cauză, de a face datele care îl privesc accesibile unui număr nelimitat de persoane” (după cum se precizează în pct. 3, teza finală din dispozitivul hotărârii CJUE în cauza C-252/21). Vor fi, astfel, valabile doar manifestările exprese de consimțământ, nu și cele tacite, indirecte sau

implicite, deduse din gesturile digitale ale consumatorului, pentru colectarea (de către platforma digitală) a opțiunilor și a preferințelor sale comerciale (de exemplu, activarea butonului *like* pentru un produs pe pagina web a unui comerciant) va fi necesară solicitarea acordului expres al utilizatorului, în absența căruia stocarea acestor date nu va mai fi posibilă prin invocarea interesului legitim (de a derula operațiuni de marketing) al platformei digitale și al partenerilor săi comerciali (precum se întâmpla în practică anterior adoptării deciziei CJUE în cauza C-252/21).

Pe cel de-al cincilea palier, decizia CJUE în cauza *Meta Platforms* aduce clarificări în materia invocării interesului legitim de către platformele digitale pentru procesarea datelor personale/comportamentale ale utilizatorilor ori pentru profilarea comercială a utilizatorilor, elucidând limitele între care varianta „de rezervă” a interesului legitim, ca sursă de legitimare a procesării potrivit art. 6, alin. 1, lit. f) RGPD, ar putea funcționa; prin urmare, s-a reținut că recurgerea operatorilor de date la interesul legitim va necesita un „test de relevanță” rezultând „dintr-o evaluare comparativă a intereselor” antagonice implicate (cel privind protejarea vieții private a utilizatorului și, de cealaltă parte, interesele comerciale/de marketing ale platformelor implicate), cu precizarea că se va verifica, totodată, dacă (în această balansare a celor două categorii de interese diametral opuse) libertățile și drepturile fundamentale ale utilizatorilor nu ar trebui să prevaleze (în perimetrul fiecărui caz în parte) asupra interesului legitim de factură comercială al operatorului (platforma digitală pe care se derulează operațiunile de colectare a datelor comportamentale care alimentează profilarea comercială a utilizatorilor) sau interesul legitim unui terț din categoria partenerilor comerciali.

Pe cel de-al șaselea palier, rezultă din dispozitivul deciziei CJUE în cauza C-252/21 că nici invocarea temeiului legal al procesării datelor descris

în art. 6, alin. 1, lit. c) RGPD (prelucrarea de informații personale în care se angajează operatorul în contextul executării de către acesta a unei obligații legale care îi incumbă) nu va putea justifica, pentru platformele digitale supradimensionate, colectarea de date comportamentale. De altfel, este ostensibilă falia care desparte operațiunile genuine, de executare veritabilă a unor obligații legale imperative de drept național sau unional impuse operatorilor, „în asocierea acestor date cu contul rețelei sociale al utilizatorilor menționați” și, pe de altă parte, operațiunile de profilare comercială care presupun exploatarea unor date comportamentale recrutate fără știrea utilizatorilor (ori fără ca aceștia să conștientizeze că istoricul lor de navigare online alimentează profilarea comercială).

Pe cel de-al șaptelea palier al raționamentului propus de Curte în decizia pronunțată în cauza C-252/21, este demontată (și dezavuată explicit) posibilitatea platformelor digitale supradimensionate de a recurge la temeiul „protejării intereselor vitale ale persoanei utilizatorului” atunci când monitorizează comportamentul online al acestuia; resorturile reglementării intereselor vitale ale persoanei vizate și al includerii acestora pe lista temeiurilor procesării de date personale, enunțată în art. 6, alin. 1, lit. d) și e) din RGPD, țin de permiterea procesării datelor în cazurile care implică o anumită urgență pentru siguranța fizică ori chiar pentru supraviețuirea persoanei vizate, ceea ce ar justifica prelucrarea datelor sale chiar și în absența consimțământului său expres ori a existenței altor temeiuri legale ale procesării. Dimpotrivă, colectarea datelor comportamentale de către platformele digitale (și exploatarea comercială a acestora în operațiuni de profilare și de promovare a publicității personalizate) pare a fi dificil ori imposibil de conciliat cu criteriile urgențelor medicale ori ale protejării intereselor vitale ale utilizatorilor (operațiunile de profilare comercială

părănd a se situa, mai degrabă, la antipodul situațiilor care implică ocrotirea unor interese vitale ori a unor interese publice).

II. Reverberații în materia exercitării dreptului consumatorilor de retragere a acordului asupra procesării datelor

Validarea capacității persoanei vizate de a renunța la colectarea/prelucrarea datelor în scopuri de marketing direct este strâns legată de asigurarea consimțământului „liber”; dimpotrivă, în ipotezele în care persoana vizată s-a simțit obligată să accepte publicitatea personalizată sau în ipotezele în care persoana vizată a avut temerea că se va confrunta cu consecințe negative sau cu reverberații economice nefavorabile (oneroase) atunci când a omis acordarea acceptului asupra procesării în scopuri comerciale sau de profilare, consimțământul potențialului consumator nu va fi tratat ca valabil exprimat, astfel cum se subliniază în Considerentul 32 din RGPD. Văzută ca o adevărată „piatră angulară” în arhitectura sistemului de protecție conturat în textul RGPD, selectarea adecvată a temeiului legal al prelucrării este direct corelată cu posibilitatea revocării acordului persoanei vizate, cel puțin în ceea ce privește reiterarea dreptului discreționar al consumatorului de retractare, care poate fi exercitat în orice moment (pentru informațiile stocate cu respectarea de comercianții profesioniști sau operatorii de date a obligației de a furniza informații transparente privind utilizarea tehnicilor de urmărire a datelor comportamentale).

Ca trăsături preliminare, trebuie amintite mai multe caracteristici, în special cele care accentuează scopul „periculos” al exploatării datelor comportamentale, rezultat din gradul accentuat de vulnerabilitate care marchează poziția informațională sau economică a consumatorului la momentul perfectării contractului privind furnizarea de servicii digitale. Ca o

trăsătură secundară, rămâne important de menționat că angajarea în mecanismul de exercitare a dreptului de retragere care afectează consimțământul consumatorului nu poate fi însoțită de impunerea de penalități financiare sau restricții contractuale „sanționând” sau „penalizând” retragerea consimțământului. În mod evident, dreptul de retragere se exercită invariabil și exclusiv pe bază neonerasă și prezintă un caracter discreționar (în limitele trasate pentru sfera materială a dreptului de retragere), conceput ca o contrapondere a impulsivității persoanei vizate. Este vizată contractarea de servicii digitale⁴⁸ care implică date comportamentale cedate în contrapartidă, context în care eventuala retractare a acordului consumatorului ar putea funcționa ca paliativ pentru imposibilitatea verificării detaliate/imediate a efectelor potențial discriminatorii sau a reverberațiilor⁴⁹ negative ale tehnicilor comerciale de profilare.

Consimțământul utilizatorilor asupra exploatării în scopuri de marketing personalizat a datelor lor personale este retractabil *ad nutum*, imediat după emiterea acordului și oricând pe parcursul operațiunilor de procesare, posterior retractării comerciantul putând menține datele în prelucrare doar în măsura în care ar fi indispensabile executării obligațiilor contractuale asumate în raporturile cu utilizatorii.

⁴⁸ Juanita GOICOVICI, „The Traders’ Liability for Lack of Conformity of the Digital Content and of the Digital Services, as Regulated by Directive (EU) 2019/770”, *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, vol. 66, n. 1 bis, 2020, pp. 79-98, online: <https://pub.law.uaic.ro/ro/volume-publicate/2020/anale-uaic-tomul-lxviii-tiine-juridice-supliment/juanita-goicovici>.

⁴⁹ Lorenzo DALLA CORTE, „On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU”, *International Data Privacy Law*, vol. 12, n. 4, 2022, pp. 259–275, online: <https://academic.oup.com/idpl/advance-article-abstract/> și <https://doi.org/10.1093/idpl/ipac014>, accesat în 23.01.2024.

III. Personalizarea mesajelor publicitare pe baza datelor deduse din profilarea consumatorilor

A. Datele colectate de la consumator de către furnizorii de servicii digitale sau de conținut digital

Atunci când se evaluează conformarea platformelor digitale la cerințele de transparență privind utilizarea algoritmilor de profilare comercială, rămâne crucială obligația operatorului de date de a selecta cu parcimonie scopurile colectării și stocării datelor și de a se abține de la a propune extinderea scopurilor prelucrării datelor personale după inițierea procesării. Caracteristicile practice ale acestor mecanisme de colectare a consimțământului utilizatorilor pot prezenta ambiguități, precum în cazul în care persoanele vizate au fost invitate să își dea acordul cu termenii generali, cum ar fi cei care autorizează scopuri de marketing nediferențiate („Persoana vizată este de acord cu utilizarea datelor sale personale pentru viitoare comunicări de marketing”). Pentru utilizatorii profani, acești termeni vagi sau opaci pot să nu servească la descifrarea reverberațiilor potențial dăunătoare ale autorizării utilizării algoritmilor comerciali de profilare, în special a celor care intervin în perimetrul exercitării dreptului de control al persoanei vizate (i) sau în termenii de securizare a datelor atunci când se confruntă cu tehnici de urmărire a elementelor comportamentale (ii). Într-o cauză care a acumulat rapid elemente de notorietate⁵⁰, operatorul de date personale a folosit

⁵⁰ Autoritatea maghiară pentru Supravegherea Prelucrării Datelor Personale a amendat Budapest Bank cu aproximativ 700.000 de euro pentru luarea automată a deciziilor și crearea de profiluri bazate pe analiza emoțională AI a apelurilor de servicii pentru clienți, fără un temei legal valid, o echilibrare adecvată a intereselor și garanții adecvate. ANSPDCP Ungaria a mai reținut că banca nu a furnizat persoanelor vizate informații referitoare la prelucrare și dreptul

software-ul pentru procesarea semnalului audio bazat pe inteligență artificială pentru a identifica perioadele de tăcere, tonalități diferite ale vocii utilizatorului, cuvinte-cheie și elemente emoționale (cum ar fi viteza vorbirii, volumul și înălțimea sunetelor emise) în fișierele de sunet înregistrate pentru a identifica nivelul de nemulțumire a clienților. Odată ce *software-ul* a luat decizia automată de a identifica apelurile conform acestor criterii, un angajat al Băncii a ascultat înregistrările și a apelat clienții pentru a gestiona problemele care generaseră episoadele de nemulțumire ale clienților. Banca a precizat că temeiul său legal pentru această prelucrare ar fi interesul legitim, iar scopul său a fost acela de a efectua controlul calității apelurilor, pentru a preveni reclamațiile și retragerea clienților, precum și pentru a crește eficiența presării serviciilor. Banca a precizat că clienții au fost informați la începutul apelurilor că sunt în curs de înregistrare, dar a recunoscut că nu i-au informat că *software-ul AI* va fi utilizat pentru analiza emoțională a apelurilor. Banca a mai susținut că sistemul *AI* nu era antrenat să efectueze luarea deciziilor automate în vederea profilării și nu ar discrimina clienții la momentul prestării serviciilor, bazat pe interacțiunea telefonică și pe scorul emoțional⁵¹.

Efectele prejudiciabile potențiale ale recurgerii la autorizarea implicită (de către persoanele vizate) a publicității personalizate sunt triple: (a) utilizarea predominantă de către operatorii de date sau furnizorii de servicii digitale a mecanismelor de colectare „în bloc” a consimțământului

acestora de a se opune colectării datelor comportamentale și utilizării tehnicilor de tip *emotion tracking*. În septembrie 2021, Autoritatea de Supraveghere maghiară a inițiat o anchetă din oficiu împotriva Budapest Bank Zrt. referitoare la utilizarea software-ului de inteligență artificială aplicat înregistrărilor audio ale convorbirilor telefonice ale serviciului clienți în perioada mai 2018 – august 2021: [https://gdprhub.eu/NAIH_\(Hungary\)_-_NAIH-85-3/2022](https://gdprhub.eu/NAIH_(Hungary)_-_NAIH-85-3/2022), accesat în 23.-1.2024.

⁵¹ *Ibidem*.

utilizatorilor pentru condițiile generale de activare a contului, incluzând exploatarea datelor pentru profilarea comercială, ar contribui la diminuarea sau evanescența opțiunilor de control ale persoanelor vizate; (b) caracterul nerezonabil și inechitabil al stocării datelor, în special atunci când utilizarea tehnologiilor de urmărire a datelor cu preferințe comerciale a fost sugerată ca opțională în moduri neevidente, pentru intervale de timp succesive în timpul perioadelor de stocare și procesare a datelor; cel puțin pentru utilizatorii profani care se confruntă cu solicitarea consimțământului în scopuri de marketing; (c) colectarea masivă a datelor personale care periclitează dreptul la viață privată, deoarece urmărirea locației geografice, monitorizarea preferințelor de navigare pe platforme comerciale, colectarea datelor privind cheltuielile lunare sau semestriale efectuate de consumator pentru achiziția de produse etc. pot fi utilizate în moduri extrem de intruzive de către operatorii de date, inclusiv în cazurile recurgerii la tehnici de atribuire a mesajelor publicitare personalizate de tip *retargeting* și la utilizarea algoritmilor de redirecționare.

Unele dintre aceste probleme provocatoare, aproape „nevralgice” pot fi rezolvate prin recurgera la tehnici granulare de colectare a consimțământului, precum și la „stratificarea” scopurilor sau la „stratificarea” opțiunilor de consimțământ⁵²; în special atunci când discutăm despre inadecvarea tehnicilor de renunțare la consimțământ, explorând valențele consimțământului tacit în scopuri de marketing direct, rămâne important să se observe preeminența consimțământului persoanei vizate pentru profilarea comercială, ca temei legal al prelucrării datelor.

⁵² Lina JASMONTAITE, Irene KAMARA, Gabriela ZANFIR-FORTUNA, Stefano LEUCCI, „Data Protection by Design and by Default: Framing Guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR”, *European Data Protection Law Review*, vol. 4, n. 2, 2018, pp. 168-189, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/2/7>, accesat în 23.01.2024.

Atunci când enumeră reverberațiile negative endogene și exogene ale recurgerii la tehnici comerciale de profilare în moduri netransparente⁵³, cercetătorii anteriori au enunțat caracteristici precum implicarea unor efecte discriminatorii (în special în ceea ce privește discriminarea nejustificată în personalizarea prețurilor⁵⁴ care defavorizează utilizatorii și potențialii consumatori (i), utilizarea strategiilor înșelătoare și interferențele manipulative de marketing cu decizia consumatorilor de a accepta termenii tranzacției (ii) și, în sfârșit, recurgerea la „modele întunecate” (*dark patterns*) sau „modele înșelătoare” (*deceptive patterns*)⁵⁵ (iii), cum ar fi reclame deghizate, date ireale privind popularitatea socială a produsului sau serviciului promovat (recenzii false ale produselor), abonament ascuns la comunicări publicitare (comunicări de tip *newsletter* neselectate de consumator, însă activate *by default*) etc.

Un exemplu ilustrativ ar fi acela în care, pe durata sesiunii de navigare în contul personal pe o platformă digitală oferind prioritar servicii non-comerciale (precum *Meta Platforms*, inclusiv divizia *Instagram*), consumatorul primește un banner publicitar, un conținut de tip *pop-add* ori *retargeted*, utilizatorul cedând impulsului de a accesa site-ul comerciantului;

⁵³ Bram DUIVENVOORDE, „The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n. 2, 2022, pp. 43-52, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.2/EuCML2022009>, accesat în 23.01.2024.

⁵⁴ Tycho DE GRAAF, „Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing”, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), vol. 8, n. 5, 2019, pp. 1051-1073.

⁵⁵ Jamie LUGURI, Lior STRAHILEVITZ, „Shining a Light on Dark Patterns”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 43, n. 12, 2021, online: <https://ssrn.com/abstract=3431205> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431205>, accesat în 23.01.2024.

la momentul plasării unei eventuale comenzi, algoritmi *auto-fill* sunt instruiți să preia datele personale relevante din contul de utilizator *Meta*, ceea ce nu ar implica *per se* tehnici de profilare fără acordul explicit al consumatorului, iar procesarea datelor de către cel de-al doilea operator (comerciantul pe pagina web a căruia a fost plasată comanda) s-ar putea fonda pe dispozițiile art. 6, alin. 1, lit. b) RGPD, referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale.

B. Subtipuri de practici de profilare și publicitate „contextuală”

Atunci când discutăm taxonomiile potențiale aplicabile publicității „contextuale”, este important să diferențiem între (i) personalizarea serviciilor digitale la cererea consumatorului (cu caracter oneros sau neoneros, cum ar fi accesarea unor servicii digitale gratuite) și, la celălalt pol, (ii) personalizarea comunicării publicitare adresate consumatorilor existenți sau potențial interesați. Elementele de diferențiere sunt extrase din caracteristicile endogene ale serviciilor personalizate, cum ar fi faptul că, spre deosebire de mesajele publicitare personalizate, furnizarea personalizată a serviciilor digitale rămâne neesențială din punct de vedere tehnic pentru funcționarea serviciului sau pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale și depinde de existența unor termeni de personalizare B2C agreeți în mod explicit și acceptați de către partenerii contractuali.

„Publicitatea contextuală” și „publicitatea comportamentală” sunt diferențiate în funcție de rolurile jucate de istoricul de navigare online al utilizatorului (i) și de conținutul web accesat (ii), ca ipoteze utilizate la descrierea celor două seturi de tehnici publicitare; datele extrase din mediul digital în care categoria de utilizatori vizată a navigat sunt considerabil mai intruzive decât publicitatea personalizată bazată pe direcționarea prin cuvinte-cheie (iii). Pentru exploatarea datelor colectate despre conținutul

paginilor web vizitate de persoana vizată într-un anumit interval temporar, *software-ul* de urmărire a datelor comportamentale ar fi capabil să detecteze preferințele și să anticipeze tendințele preferențiale nu numai pe baza conținutului paginilor web vizitate, dar și să opereze deducerea datelor adiacente care deconspiră interesele comerciale manifestate de potențialii consumatori⁵⁶ pe baza istoricului lor de navigare online, implicând de obicei sisteme de *retargeting* în timp real. Deloc surprinzător, publicitatea comportamentală este percepută ca fiind mult mai periculoasă (în ceea ce privește diminuarea confidențialității, favorizarea practicilor discriminatorii etc.), în comparație cu publicitatea contextualizată, deși ambele seturi de tehnici publicitare pot implica utilizarea unor cantități similare de date deduse (*inferred data*, diferențiabile din punct de vedere calitativ).

IV. Publicitatea comportamentală în contractele mediate digital

A. Direcționarea segmentată a publicității personalizate în funcție de comportamentul online al consumatorului

Monitorizarea comportamentului consumatorilor și anticiparea preferințelor comerciale presupun uzul unor tehnologii care intervin într-un perimetru dominat de „vulnerabilitatea consumatorului” (care posedă capacități medii de înțelegere și abilități de reacție), într-un context în care

⁵⁶ Antonio DAVOLA, „Fostering Consumer Protection in the Granular Market: The Role of Rules on Consent, Misrepresentation and Fraud in Regulating Personalized Practices”, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-07, Technology and Regulation, Special Issue: Should Data Drive Private Law*, 2022, pp. 76-86, online: <https://techreg.org/article/view/11177/12407> și https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3791265, accesat în 25.01.2024.

consumatorul serviciilor digitale a fost descris, cel mai frecvent, ca fiind „partea fragilizată” a relațiilor contractuale. În același timp, utilizarea generalizată a publicității personalizate într-o paradigmă (post)consumeristă domină o mare varietate de spații virtuale în care post-sincronizarea adoptării (și adaptării) normelor juridice este, frecvent (aproape repetitiv), și substanțial întârziată prin raportare la strategiile actorilor implicați. Fațetele polimorfe ale protecției juridice atribuite persoanelor vizate nu sunt, nici ele, neglijabile. Legitimarea supravegherii comportamentale a consumatorilor existenți sau potențiali ar depinde de rolul jucat de tehnicile de colectare a consimțământului, în special atunci când se generează date despre trăsăturile psihocomportamentale „consumeriste”. Multiplicarea tehnicilor de direcționare publicitară segmentată, în special a celor care „monetizează” trăsăturile comportamentale de cumpărare online, accentuează riscurile asociate cu încălcările la scară largă a vieții private, precum și pe cele care decurg din vulnerabilizarea consumatorului, asociate cu proliferarea practicilor contractuale discriminatorii/neloiale.

Configurarea obligațiilor specifice incumbând platformelor digitale pentru etapa precontractuală rămâne crucială, cum ar fi obligația de a furniza informații prelabile sau corolarul acesteia, obligația de a avertiza persoanele vizate asupra unor elemente precum existența și modalitățile de exercitare a controlului asupra datelor personale colectate în scopuri de publicitate personalizată, tehnici pre-contractuale care se poziționează în proximitatea formării unui consimțământ informat. Atunci când se asigură conștientizarea de către consumator a posibilităților de respingere a utilizării informațiilor personale orientate spre marketing direct, se poate acorda prioritate recurgerii la norme legale „consumeriste” supletive ori, după caz, imperative. Antrenând consecințe practice majore, în special atunci când se abordează asimetriile informaționale care caracterizează accesul la serviciile digitale care

implică tehnologii de colectare a datelor comportamentale, obligația pre-contractuală de informare continuă să prezinte valențe profilactice semnificative.

B. Practici de *retargeting* publicitar bazate pe istoricul navigării

Colectarea „excesivă” de date comportamentale de către platformele digitale, în special cele colectate de către platformele supradimensionate⁵⁷, și utilizarea lor ulterioară în scopuri de redirectionare publicitară ridică îngrijorări cu privire la relevanța paradigmatelor consimțământului informat care caracterizează abordarea „clasică” a problemelor de protecție a

⁵⁷ Comisia Europeană a desemnat primul set de platforme digitale supradimensionate („Very Large Online Platforms” – VLOPs și „Very Large Online Search Engines – VLOSEs) în 25 aprilie 2023, lista VLOSEs nominalizând Bing și Google Search, în timp ce VLOP-urile sunt: Alibaba, AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube și Zalando. Desemnarea a avut loc pe baza datelor de utilizator auto-raportate (mai mult de 10% din populația UE ca utilizatori activi), iar platformelor nominalizate li s-au acordat 4 luni pentru a iniția respectarea obligațiilor pe care *Digital Services Act* (DSA) le-a introdus pentru VLOPs și VLOSEs.

Amazon a contestat relevanța includerii sale pe lista platformelor supradimensionate, iar prin Ordinul Președintelui Sesiunii Generale (a CJUE) din 07.09.2023, în cauza T-367/23 R, *Amazon Services Europe v Comisia Europeană*, s-a decis suspendarea Deciziei Comisiei Europene din 25 aprilie 2023, cu referința C(2023) 2746 final, care desemnează Amazon Store ca platformă digitală de mari dimensiuni, suspendare care intervine în contextul în care Amazon va fi obligată să pună la dispoziția potențialilor utilizatori și a autorităților de control un set digital de liste, actualizat periodic, privind conținutul advertorial tolerat/promovat pe platformă, inclusiv cel provenind de la partenerii săi comerciali (*advertisement repository publicly available*), online: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=277901&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5853259>.

consumatorilor, atunci când intersectează mecanisme de protecție a datelor cu caracter personal. Merită reamintit faptul că, pentru platformele digitale supradimensionate, sunt instituite obligații ce vizează ameliorarea modalităților de transparentizare (obligații de raportare detaliate), moderarea conținutului, renunțarea la sistemele de profilare/recomandări publicitare personalizate în absența consimțământului expres, explicit și secvențial al consumatorului, protecția drepturilor minorilor, interzicerea publicității comerciale bazate pe date sensibile, cum ar fi exploatarea comercială a datelor medicale⁵⁸ privind utilizatorii serviciilor digitale.

În general, formalismul informativ care a devenit specific reglementărilor privind protecția consumatorilor nu poate fi înregimentat în categoriile clasice de abordări formaliste și ar putea deveni insuficient în contextul accesării serviciilor digitale, întrucât persoanele vizate ca potențiali consumatori ar fi dezinteresate de parcurgerea/lecturarea ulterioară a informațiilor adiacente cu privire la scopurile colectării datelor. Asemenea tehnici profilactice, cum ar fi formalismul informativ, pot avea un impact limitat asupra capacității consumatorilor de a selecta în mod pertinent scopurile prelucrării datelor personale. Astfel, în măsura în care un anumit text legal sancționează încălcarea formalismului informativ incidental în contractele digitale încheiate cu consumatorii cu nulitatea (absolută sau relativă) a contractului informal (al cărui text digital omite mențiunile obligatorii impuse de dispozițiile legale), este dificil de susținut că formalismul informativ ar putea fi considerat a fi o formalitate validatoare, fără de care consimțământul persoanei vizate să nu poată fi exprimat în mod valabil, iar contractul încheiat cu nerespectarea normelor legale imperative

⁵⁸ De pildă, este interzisă utilizarea informațiilor privind infirmitatea locomotorie a utilizatorului, pentru a-i adresa reclame personalizate privind dispozitive ortopedice, dispozitive de facilitare a deplasării ori aparatură de ameliorare a abilităților locomotorii etc.

referitoare la cerințele de formă respective să fie lovit de nulitate. Formalismul informativ poate fi considerat ca reprezentând, simultan, o regulă substanțială, stimulând impulsul colectorului de date de a respecta alegerea autentică a persoanei vizate cu privire la utilizarea tehnicilor de publicitate comportamentală, însă ar putea fi eludat prin rubrici prebifate ori prin butonul activ „skip” ori alte tehnici similare care permit consumatorului să ignore importanța lecturării termenilor contractuali.

Furnizarea unei cantități exorbitante de informații (în special prin încorporarea unei multitudini de informații redundante în conținutul invitației adresate persoanelor vizate de către operatorul de date) ar putea viza acceptarea/respingerea tehnicilor de publicitate personalizată care explorează datele personale comportamentale⁵⁹. Aceste tipuri de strategii pot deveni o tactică persuasivă în relațiile cu consumatorii⁶⁰, context în care, sub pretextul furnizării de explicații terminologice suplimentare sau detalierii efectelor juridice semnificative, scopul final este acela de a distrage atenția sau de a deturna vigilența consumatorului de la aspectele esențiale ale operațiunilor de colectare a datelor cu caracter personal, inclusiv de la cele referitoare la onerozitatea accentuată a acestui transfer de date personale în

⁵⁹ Martin SENFTLEBEN, „Trademark Law, AI-Driven Behavioural Advertising, and the Digital Services Act – Towards Source and Parameter Transparency for Consumers, Brand Owners and Competitors”, în Ryan ABBOTT (coord.), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022, pp. 309-324, online: <https://ssrn.com/abstract=3947739> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3947739>, accesat în 25.01.2024.

⁶⁰ Wilfried HINSCH, „Differences That Make a Difference: Computational Profiling and Fairness to Individuals”, în Voeneky S., Kellmeyer P., Mueller O., Burgard W. (coord.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 229-251, <https://doi.org/10.1017/9781009207898.019>.

contrapartidă, în ceea ce privește, de pildă, personalizarea discriminatorie a prețurilor⁶¹.

C. Clasamentul personalizat al clienței și personalizarea prețurilor

Tehnicile de stabilire a prețurilor personalizate pot alimenta nenumărate controverse juridice legate de practicile discriminatorii, făcând necesară în rândurile consumatorului creșterea gradului de conștientizare cu privire la caracterul inechitabil al clauzelor de profilare comercială. Este de așteptat ca algoritmi de stabilire a prețurilor⁶², într-o abordare idealistă, să prezinte caracteristici *by design* și *by default* evitând efectele discriminatorii ale personalizării prețurilor care ar implica anumite caracteristici referitoare la naționalitatea, sexul, vârsta consumatorului, rasa, credințele religioase sau opiniile politice ale consumatorului. Totuși, în mod implicit, majoritatea tehnicilor de personalizare a prețurilor ar compromite tratamentul egal oferit consumatorilor. Soluțiile pot consta în alocarea unui tratament juridic pertinent restrictiv pentru supravegherea comercială generalizată, în loc să se bazeze pe capacitatea consumatorilor de a discerne pericolele atunci când abordează consimțământul la reclame personalizate prin exploatarea datelor

⁶¹ Peter ROTT, Joanna STRYCHARZ, Frank ALLEWELDT, „Personalised pricing”, Study requested by the European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies (November 2022, Luxembourg), online: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU\(2022\)734008_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU(2022)734008_EN.pdf), accesat în 23.01.2024.

⁶² Zihao LI, „Affinity-Based Algorithmic Pricing: A Dilemma for EU Data Protection Law”, Computer Law & Security Review, vol. 46, 2022 online: <https://ssrn.com/abstract=4144571> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4144571>, accesat în 25.01.2024.

comportamentale⁶³ sau pe disponibilitatea operatorilor de date de a selecta funcții „neutre” și imparțiale pentru algoritmi personalizați de stabilire a prețurilor. De exemplu, considerentul 110 din Concluziile Raportului OCDE din 2018 privind „Prețurile personalizate în era digitală” descrie aspectele legate de prețurile personalizate care se intersectează cu protecția datelor cu caracter personal în ceea ce privește consumatorii” accentuează ideea potrivit căreia „consumatorul mediu” nu ar fi echipat cu instrumente adecvate pentru descifrarea reverberațiilor negative ale tehnicilor de personalizare a prețurilor folosind date comportamentale secvențiale.

În ceea ce privește o conduită contractuală de excludere discriminatorie, se pot distinge două categorii distincte de practici discriminatorii: (i) refuzul de a încheia contractul pe baza unor considerente economice (cum ar fi riscurile estimate de insolvabilitate a consumatorului); (ii) refuzul încheierii contractului pe baza unor considerente discriminatorii, într-un context în care discriminarea la care este supus consumatorul poate fi fie (a) directă, atunci când constă într-un act discriminatoriu voluntar, intenționat, împotriva consumatorilor de produse/servicii; sau (b) indirectă, atunci când măsurile *de facto* aparent neutre aplicate de profesionist dezavantajează în mod semnificativ o persoană sau un grup, în calitate de consumatori.

⁶³ Michael VEALE, Midas NOUWENS, Cristiana SANTOS, „Impossible Asks: Can the Transparency and Consent Framework Ever Authorise Real-Time Bidding After the Belgian DPA Decision?”, *Technology and Regulation*, 2022, online: <https://doi.org/10.26116/techreg.2022.002> și <https://techreg.org/article/view/11594>, accesat în 25.01.2024.

Concluzii

Sub denumirea de „denaturare a scopurilor prelucrării”, reorientarea datelor cu caracter personal colectate inițial pentru a alimenta profilarea comportamentală prezintă riscuri semnificative pentru persoanele vizate. În cele din urmă, diminuarea controlului persoanelor vizate asupra manierei de exploatare comercială a propriilor date se află în centrul dezbatelor privind legitimarea exploataării informațiilor personale, în special de către platformele digitale supradimensionate, în scopuri de marketing direct. În mod evident, intruziunea tehnicilor de urmărire a datelor comportamentale asupra vieții private a persoanelor vizate alimentează în egală măsură preocupările practicienilor în drept, atunci când se confruntă cu problematica evaluării legitimității scopurilor de prelucrare sau a adecvării mijloacelor pentru asigurarea unei alegeri transparente din partea consumatorului⁶⁴. După cum se subliniază în considerentul 58 din GDPR, cerințele de transparență primesc o relevanță deosebită în ipotezele în care tehnologiile de urmărire a datelor comportamentale prezintă grade de complexitate care au efecte estompate asupra capacității persoanelor vizate de a înțelege dacă scopurile de marketing direct sunt selectate de operatorul de date sau de către partenerii săi comerciali⁶⁵ sau dacă tehnicile de publicitate online au folosit datele sale

⁶⁴ Nico VAN ELJK, Chris Jay HOOFNAGLE, Emilie KANNEKENS, „Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection”, *European Data Protection Law Review*, vol. 3, n. 3, 2017, pp. 325-337, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/3/7> și <https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2017/3/7>, accesat în 25.01.2024.

⁶⁵ Pier Giorgio CHIARA, „The Balance Between Security, Privacy and Data Protection in IoT Data Sharing”, *European Data Protection Law Review*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. 18-30, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2021/1/6> și <https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2021/1/6>, accesat în 23.01.2024.

personale pentru generarea de mesaje publicitare personalizate ori pentru crearea de profiluri comerciale. Rezonabilitatea și corectitudinea utilizării tehnologiilor de profilare comercială la care recurg operatorii/colectorii de date personale în scopuri de marketing direct, reprezintă pilonii importanți ai analizei textelor legale incidente. Abordând soluțiile la întrebările ridicate de utilizarea în continuă extindere a tehnologiilor de profilare comercială, tehnologiile IA de profilare comercială aduc, fără îndoială, provocări substanțiale pentru protecția „clasică” a consumatorilor. Din motive evidente, cel puțin pentru o parte importantă a acestor probleme, sarcina majoră a forurilor legislative naționale și ale UE ar pivota în jurul identificării modalităților strict controlate de reglementare a exploataării datelor cu caracter personal în publicitatea comportamentală și stabilirea standardelor de transparență pentru „descifrarea” pertinentă a scopurilor colectării datelor comportamentale ale persoanelor vizate, atunci când se confruntă cu publicitatea contextuală.

Având origini în conflictul de interese aparent între interesul manifestat de comercianții profesioniști și furnizorii de servicii digitale, pentru dezvoltarea și extinderea strategiilor de publicitate personalizate și, de cealaltă parte, așteptările rezonabile ale utilizatorilor față de respectarea confidențialității, problematica legitimării tehnicilor de publicitate „personalizată” și comportamentală, soldându-se cu supravegherea comportamentului potențialilor consumatori, rămâne strâns legată de necesitatea stabilirii limitelor judiciare pertinente. În pofida faptului că datele comportamentale relevante din punct de vedere comercial nu reprezintă *per se* „date sensibile”, acest tip de informații deduse ar putea câștiga statutul de date „granulare” care ar putea facilita în manieră indirectă accesarea unor informații sensibile. Ideea stabilirii unor limite legale precise pentru obligația de dezvăluire transparentă (de către platformele digitale în raporturile cu

utilizatorii) a unor astfel de componente ale scopurilor de prelucrare a datelor se referă, mai degrabă, la informațiile care implică utilizarea datelor comportamentale și a tehnologiilor de urmărire/monitorizare comportamentală care pun în pericol confidențialitatea și dreptul la viață privată⁶⁶. Antinomia „date obișnuite – date comportamentale” își găsește esența în antiteza definitorie a primelor în raport cu cele din urmă, ca reprezentând o categorie reziduală (care nu implică „date sensibile” în versiunea uzuală sau în manieră obișnuită), dar care poate facilita extragerea în manieră indirectă a unor informații sensibile vizând utilizatorii.

Sub rezerva rigorilor judiciare care sunt în mod ostensibil necesare în perimetrul prelucrării informațiilor personale de către platformele digitale supradimensionate, datele comportamentale utilizate pentru profilarea comercială ar putea deconspira trăsături psihologice care „fragilizează” capacitatea consumatorilor de a se angaja în alegeri pertinente, de unde și importanța a unei reduceri *ad minimum* a colectării acestor date în perimetrul prelucrării datelor publicitare personalizate. Ca epitom pentru categoria specială menționată este aptitudinea, aparent mai accentuată, de a pune în pericol dreptul la viață privată, dezvăluind elemente din viața privată a utilizatorilor care ar putea face consumatorii vulnerabili la elemente discriminatorii contractuale sau la traiectorii manipulative și strategii de marketing înșelătoare. Aspectele litigioase ale legitimității ar putea pivota în jurul limitelor pertinente pentru utilizarea în expansiune a tehnologiilor concentrate pe urmărirea emoțiilor și anticiparea preferințelor comerciale,

⁶⁶ Sophie C. BOERMAN, Sanne KRUIKEMEIER, Nadine BOL, „When is personalized advertising crossing personal boundaries? How type of information, data sharing, and personalized pricing influence consumer perceptions of personalized advertising”, *Computers in Human Behavior Reports*, n. 4, 2021, online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2451958821000920>, accesat în 25.01.2024.

selectare care poate să apară ca o „sarcină sisifică” pentru legislatorii naționali și organismele de reglementare transnaționale.

Bibliografie

- BOERMAN Sophie C., KRUIKEMEIER Sanne, BOL Nadine, „When is personalized advertising crossing personal boundaries? How type of information, data sharing, and personalized pricing influence consumer perceptions of personalized advertising”, *Computers in Human Behavior Reports*, n. 4, 2021, online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2451958821000920>;
- BOTES Marietjie, „Autonomy and the social dilemma of online manipulative behavior”, *AI and Ethics*, vol. 3, n. 1, 2023, pp. 315-323, online: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00157-5>;
- BRENNCKE Martin, „A Theory of Exploitation for Consumer Law: Online Choice Architectures, Dark Patterns, and Autonomy Violations” (December 15, 2023), *Journal of Consumer Policy*, online: <https://ssrn.com/abstract=4665868> și <https://doi.org/10.1007/s10603-023-09554-7>;
- BREWCZYŃSKA Magdalena, „Between Legitimacy and Lawfulness: In Search of Rationality and Consistency in EU Data Protection”, *European Data Protection Law Review*, vol. 9, n. 2, 2023, pp. 112-122, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2023/2/6>;
- BUYTAERT Tom, DE MEYERE Jean, „Arrêt «Meta Platforms»: violation du RGPD constitutive d'un abus de position dominante”, *Journal de droit européen*, n. 9, 2023, pp. 449-452;

- CAMPOS CARVALHO Joana, „Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 863-874, online: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5227>;
- CHEN Jiahong, *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021;
- CHEN Zirou, SHI Mengze, „Predictive Accuracy, Search Intensity, and Personalized Advertising” (December 10, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4298841> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4298841>;
- CHIARA Pier Giorgio, „The Balance Between Security, Privacy and Data Protection in IoT Data Sharing”, *European Data Protection Law Review*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. 18-30, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2021/1/6> și <https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2021/1/6>;
- CUSTERS Bart, VRABEC Helena, FRIEDEWALD Michael, „Assessing the Legal and Ethical Impact of Data Reuse”, *European Data Protection Law Review*, vol. 5, n. 3, 2019, pp. 317-337, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/3/7>;
- DALLA CORTE Lorenzo, „On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU”, *International Data Privacy Law*, vol. 12, n. 4, 2022, pp. 259–275, online: <https://academic.oup.com/idpl/advance-article-abstract/> și <https://doi.org/10.1093/idpl/ipac014>;
- DAVOLA Antonio, „Fostering Consumer Protection in the Granular Market: The Role of Rules on Consent, Misrepresentation and Fraud in Regulating Personalized Practices”, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-07, Technology and Regulation, Special Issue: Should Data Drive Private Law*, 2022, pp. 76-86, online: <https://techreg.org/article/view/11177/12407> și https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3791265;

- DE GRAAF Tycho, „Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing”, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, vol. 8, n. 5, 2019, pp. 1051-1073;
- DUIVENVOORDE Bram, „Redesigning the UCPD for the Age of Personalised Marketing”, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, vol. 12, n. 5, 2023, pp. 177-184, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.2/EuCML2023036>;
- DUIVENVOORDE Bram, „The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n. 2, 2022, pp. 43-52, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.2/EuCML2022009>;
- EDPB ((European Data Protection Board) *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them, Version 2.0*, Adopted on 14 February 2023, online: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf;
- „EDPB publishes urgent binding decision regarding Meta”, 07.12.2023, Bruxelles, online: https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-publishes-urgent-binding-decision-regarding-meta_en;
- European Commission, Press Release, „Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines”, 25 April 2023, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413;

- FERNANDEZ Maryant, PANT Sebastien, „Why it’s time to ban surveillance ads” (November 15, 2021), The European Consumer Organisation (BEUC) Blog, online: <https://www.beuc.eu/blog/why-its-time-to-ban-surveillance-ads/>;
- GOICOVICI Juanita, „The collecting of consent to the processing of children’s personal data, between volatility and disobedience”, SHS Web of Conferences, vol. 177, n. 04001, 2023, online: https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2023/26/shsconf_copeji2023_04001.pdf ;
- GOICOVICI Juanita, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, Hamangiu, București, 2022;
- GOICOVICI Juanita, *Unilateral Termination and Adjustment of the Consumer Contract on Digital Content*, *Regional Law Review*, vol. 2, 2021, pp. 283-296, online: https://doi.org/10.18485/iup_rlr.2021.2.ch17;
- GOICOVICI Juanita, „Clauzele privind drepturile consumatorilor în contractele de servicii cloud computing”, *Revista Română de Drept Privat*, n. 2/2019, pp. 399-415;
- GOICOVICI Juanita, „Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele business to consumer–condiția consimțământului granular”, *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, n. 2, 2019, pp. 7-24, online: <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1634395962-articol-juanita-goicovici.pdf>;
- GOICOVICI Juanita, „Portabilitatea datelor cu caracter personal, prin prisma dispozițiilor RGDP și ale Directivei 2019/770: este gambitul reginei mutarea de deschidere adecvată?”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII,

Supliment 2, 2021, pp. 57-80, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2_2/4.goicovici.pdf;

GOICOVICI Juanita, „Granularity and specificity of consent and implications thereof for the data controller in the light of the principle of ‘purpose limitation’”, *InterEULawEast: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations*, vol. 9, n. 2, 2022, pp. 43-69, online: <https://hrcak.srce.hr/293334>;

GOICOVICI Juanita, „Prelucrarea datelor personale sensibile indirecte din declarațiile fiscale privind conflictele de interese”, *Studia Universitatis Babes Bolyai Iurisprudentia*, vol. 67, n. 4, 2022, pp. 13-54, online: [https://doi.org/10.24193/SUBBiur.67\(2022\).4.1](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.67(2022).4.1);

GOICOVICI Juanita, „Retractarea consimțământului consumatorului în contractele electronice: Golemul perfect, reflectat în jurisprudența recentă”, *Revista Română de Drept Privat*, n. 1, 2022, pp. 304-328;

GOICOVICI Juanita, „The Traders’ Liability for Lack of Conformity of the Digital Content and of the Digital Services, as Regulated by Directive (EU) 2019/770”, *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, vol. 66, n. 1 bis, 2020, pp. 79-98, online: <https://pub.law.uaic.ro/ro/volume-publicate/2020/anale-uaic-tomul-lxvi-tiine-juridice-supliment/juanita-goicovici>;

GOICOVICI Juanita, „Elementele constitutive ale practicilor comerciale neloiale în relațiile cu consumatorii”, *Studia Universitatis Babes Bolyai Iurisprudentia*, n. 3, 2016, pp. 88-100, online: http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/pdfs/1488469330-04Goicovici_88_100.pdf;

GRIFFIN Rachel, „Tackling Discrimination in Targeted Advertising: US regulators take very small steps in the right direction – but where is the EU?” (June 23, 2022), online: <https://verfassungsblog.de/targeted-ad/> și <https://doi.org/10.17176/20220623-153440-0>;

- HAHN Isabel, „Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?”, *European Data Protection*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. 31-44, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2021/1/7>;
- HERMANN Erik, „Psychological targeting: nudge or boost to foster mindful and sustainable consumption?”, *AI & Society*, vol. 38, n. 2, 2023, pp. 961-962, online: <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01403-4>;
- HINSCH Wilfried, „Differences That Make a Difference: Computational Profiling and Fairness to Individuals”, în Voeneky S., Kellmeyer P., Mueller O., Burgard W. (coord.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 229-251, DOI:10.1017/9781009207898.019.
- HRISCU Ana-Maria, „C-252/21 Meta v Bundeskartellamt: The Lawfulness of Big Tech’s Processing of Personal Data and the Relationship Between Data Protection and Competition Law”, *European Data Protection Law Review*, vol. 9, n. 3, 2023, pp. 371-377;
- IYER Pooja, „Consumer Data and Privacy Fiduciaries: A Comparison Based on Balance of Power and Consumer Agency” (August 1, 2023), online: <https://ssrn.com/abstract=4528526> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4528526>;
- JABLONOWSKA Agnieszka, „Consumer Protection in the Age of Data-Driven Behaviour Modification”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n. 2, 2022, pp. 67-71, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.2/EuCML2022012>;
- JAROVSKY Luiza, „Dark Patterns in Personal Data Collection: Definition, Taxonomy and Lawfulness” (March 1, 2022), online:

- <https://ssrn.com/abstract=4048582> și
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4048582>;
- JAROVSKY Luiza, „Transparency by Design: Reducing Informational Vulnerabilities Through UX Design” (May 25, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4119284>;
- JAROVSKY Luiza, „Improving Consent in Information Privacy through Autonomy-Preserving Protective Measures (APPMs)”, *European Data Protection Law Review*, vol. 4, n. 4, 2018, pp. 447-458, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/4/7>;
- JASMONTAITE Lina, KAMARA Irene, ZANFIR-FORTUNA Gabriela, LEUCCI Stefano, „Data Protection by Design and by Default: Framing Guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR”, *European Data Protection Law Review*, vol. 4, n. 2, 2018, pp. 168-189, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/2/7>;
- KELLER Perry, „After Third Party Tracking: Regulating the Harms of Behavioural Advertising Through Consumer Data Protection” (May 4, 2022), online: <https://ssrn.com/abstract=4115750> și
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4115750>;
- LAFEVER Gary, „Beyond GDPR: Unauthorized reidentification and the Mosaic Effect in the EU AI Act” (10 aug. 2023), online: <https://iapp.org/news/a/beyond-gdpr-unauthorized-reidentification-and-the-mosaic-effect-in-the-eu-ai-act/>;
- LEISER Mark, „Protecting Children from Dark Patterns and Deceptive Design” (December 11, 2023), online: <https://ssrn.com/abstract=4660222>;
- LI Zihao, „Affinity-Based Algorithmic Pricing: A Dilemma for EU Data Protection Law”, *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022 online: <https://ssrn.com/abstract=4144571> și
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4144571>;

- LUGURI Jamie, STRAHILEVITZ Lior, „Shining a Light on Dark Patterns”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 43, n. 12, 2021, online: <https://ssrn.com/abstract=3431205> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431205>;
- LUZAK Joasia, „Tomorrow Never Dies: VLOPs debacle” (24 aug. 2023) online: <https://recent-ecl.blogspot.com/2023/08/tomorrow-never-dies-vlops-debacle.html>;
- MÄIHÄNIEMI Beata, „The role of behavioural economics in shaping remedies for Facebook’s excessive data gathering”, *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364922000565>;
- NEBBIA Paolisa, „The interaction of competition, consumer and data protection laws: a few comments inspired by the recent case law of the Court of Justice of the European Union”, *ERA-Forum: Scripta Iuris Europaei*, vol. 23, n. 4, 2023, pp. 515-527;
- PICHT Peter Georg, „CJEU on Facebook: GDPR processing justifications and application competence: EuGH, Urt. vom 4.7.2023: C-252/21”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2023, pp. 1169-1172;
- POLAT Cemre, ÖZÇELİK Barış, „Locating Online Platforms in the Right Place: Between the Digital Services Act and the Liability Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, n. 4, 2023, pp. 168-172, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.4/EuCML2023034>;
- POTEL-SAVILLE Marie, LECHEVALIER Fabien, „Comment les dark patterns manipulent nos usages mobiles? Proposition de régulation pour un digital durable et centré sur l’humain”, în Hanitra Randrianasolo Rakotobe, Jean-Michel Ledjou (coord.), *Nouveaux enjeux liés aux usages des applications et des services mobiles: Quelles opportunités et quels risques?*, ACFAS

Symposium, L'Harmattan, Paris, 2023, online :
<https://ssrn.com/abstract=4652956>;

RIZZUTO Francesco, „The implications of the Meta Ireland Platforms ruling for the powers of national competition authorities and national regulatory and supervisory authorities”, *European Competition Law Review*, vol. 44, n. 12, 2023, pp. 532-538;

ROTT Peter, STRYCHARZ Joanna, ALLEWELDT Frank, „Personalised pricing”, Study requested by the European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies (November 2022, Luxembourg), online:
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU\(2022\)734008_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU(2022)734008_EN.pdf);

SCHÖNAU Andreas, „Agency in augmented reality: exploring the ethics of Facebook’s AI-powered predictive recommendation system”, *AI and Ethics*, vol. 3, n. 2, 2023, pp. 407-417, online: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00158-4>;

SEELE Peter, DIERKSMEIER Claus, HOFSTETTER Reto, SCHULTZ Mario, „Mapping the ethicality of algorithmic pricing: A review of dynamic and personalized pricing”, *Journal of Business Ethics*, vol. 170, n. 4, 2021, pp. 697-702, online: <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04371-w>;

SENFLEBEN Martin, „Trademark Law, AI-Driven Behavioural Advertising, and the Digital Services Act – Towards Source and Parameter Transparency for Consumers, Brand Owners and Competitors”, în Ryan ABBOTT (coord.), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022, pp. 309-324, online:
<https://ssrn.com/abstract=3947739> și
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3947739>;

SOH Sheng Yin, „Privacy Nudges: An Alternative Regulatory Mechanism to ‘Informed Consent’ for Online Data Protection Behaviour”, *European Data*

- Protection Law Review*, vol. 5, n. 1, 2019, pp. 65-74, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/1/10>;
- SZILÁGYI Ferenc, „Personal Data as Consideration for the Facebook Service”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n. 4, 2022, pp. 154-161, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.4/EuCML2022026>;
- VAN EIJK Nico, HOOFNAGLE Chris Jay, KANNEKENS Emilie, „Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection”, *European Data Protection Law Review*, vol. 3, n. 3, 2017, pp. 325-337, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/3/7> și <https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2017/3/7>;
- VAZIRI Ali, „Is this the end of consent-less tracking by online platforms in the EU?” (27 iul. 2023), online: <https://iapp.org/news/a/is-this-the-end-of-consent-less-tracking-by-online-platforms-in-the-eu/>;
- VEALE Michael, NOUWENS Midas, SANTOS Cristiana, „Impossible Asks: Can the Transparency and Consent Framework Ever Authorise Real-Time Bidding After the Belgian DPA Decision?”, *Technology and Regulation*, 2022, online: <https://doi.org/10.26116/techreg.2022.002> și <https://techreg.org/article/view/11594>;
- WEBER Rolf H., „The Disclosure Dream – Towards a New Transparency Concept in EU Consumer Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, n. 2, 2023, pp. 67-70, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.2/EuCML2023018>;
- ZARDIASHVILI Alexander, SEARS Alan M., „Targeted Advertising and Consumer Protection Law in the EU”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 56, n. 3, 2023, online: <https://ssrn.com/abstract=4249743>.

STUDII

SPORT, AMENZI, LIBERA CIRCULAȚIE A LUCRĂTORILOR
ȘI CAUZE PENDINTE DE INTERES
LA CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

DOI:	10.24193/SUBBIur.68(2023).4.5
Data publicării online:	30.06.2024

Cosmin-Flavius COSTAȘ, Septimiu-Ioan PUȚ*

Rezumat: Ca urmare a hotărârii în celebra afacerea *Bosman* (1995), lumea sportului s-a schimbat și a devenit mai incluzivă în ceea ce privește naționalitatea sportivilor. Prin urmare, nu este deloc întâmplător ca echipe de succes, în special în Uniunea Europeană, să includă jucători cu o varietate de naționalități. Dar, în același timp, libera circulație a lucrătorilor și liber profesioniștilor a afectat forța echipelor naționale, din moment ce baza de selecție pentru jucătorii naționali s-a redus semnificativ. Prin urmare, pe de-o parte, legislatorii naționali încearcă să impună cote naționale pentru sporturile de echipă, pentru a securiza o bază națională de selecție. Pe de altă parte, sunt în prim plan contestațiilor judiciare îndreptate împotriva regulilor naționale de selecție a jucătorilor formați pe plan local, în special în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene. Pornind de la o dezbatere recentă din sportul românesc, autorii urmăresc aceste evoluții și furnizează diferite argumente pentru discuția generală pe aceste teme.

* Cosmin-Flavius COSTAȘ este conferențiar universitar la Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca și avocat în Baroul Arad, poate fi contactat la adresa de e-mail cosmin.costas@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0001-5759-4888>. Septimiu-Ioan PUȚ este lector universitar la Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca și avocat în Baroul Cluj, poate fi contactat la adresa de e-mail septimiu.put@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-5765-2224>.

Cuvinte-cheie: sport, cazul Bosman, libera circulație a lucrătorilor, naționalitate, regula naționalității, sporturi de echipă, echipe naționale

SPORT, FINES, FREE MOVEMENT OF WORKERS
AND PENDING CASES OF INTEREST
AT THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Abstract: Following the judgement in the famous *Bosman* case (1995), the world of sports has changed and has become more inclusive in terms of sportsmen's nationality. Therefore, it is not uncommon that successful teams, particularly in the European Union, include players from a variety of nationalities. But, at the same time, the free circulation of workers and professionals has affected the force of national teams, as the base for selection of national players was significantly reduced. So, on one hand, national regulators are trying to impose national quotas for team sports, to secure a national base of selection. On the other hand, court challenges of the existing rules regarding the selection of locally formed players are in the spotlight, particularly before the Court of Justice of the European Union. Starting from a recent debate in Romanian sports, the authors follow these developments and provide various arguments for the general discussion on these topics.

Keywords: sports, Bosman case, free circulation of workers, nationality, nationality rule, team sports, national teams

Cuprins

I.	Cadrul normativ actual.....	157
II.	Scurte observații privind cadrul normativ existent, respectiv specificitatea reglementărilor publice în materia sportului	159
III.	Neclaritatea normei și imposibilitatea aplicării ei practice	162
IV.	Au implementat federațiile sportive din România dispozițiile art. 6 din Instrucțiunile adoptate prin Ordinul ministrului sportului nr. 500/2022?	163
A.	D1. Federația Română de Volei	164
B.	D2. Federația Română de Handbal.....	165
C.	D3. Federația Română de Baschet.....	166
D.	D4. Federația Română de Rugby	168

E.	D5. Federația Română de Fotbal	168
V.	Un principiu ignorat: libertatea de a presta servicii.....	170
VI.	Nationality Rule vs. Home-Grown Players Rule	174
A.	Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cauza pendinte C-680/21	176

Lumea sportului din România discută intens, în ultima perioadă, despre amenzi și libertatea de a presta servicii, în contextul impunerii regulii „minim 40% români în echipă”. Deși pe această temă s-a mai scris și anterior¹, apreciem necesar să revenim asupra temei, punctând reperele principale ale acestei dezbateri. De asemenea, având în vedere că pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene se află două cauze de interes pentru dreptul sportului, în conexiune cu aspectele de fond discutate, am socotit necesar să integrăm în dezbateri câteva referințe la acestea.

I. Cadrul normativ actual

În primul rând, pentru a înțelege sursa problemei, trebuie studiat cadrul juridic intern, reprezentat de următoarele acte normative relevante:

a) Instrucțiunile de aplicare ale Ordinului ministrului sportului nr. 500/2022² [art. 6, 7]. Aceste instrucțiuni prevăd:

¹ Regula „40% români” în sporturile de echipă: *realitate imediată sau utopie?*, articol publicat la data de 11 iulie 2022 pe blogul societății civile de avocați Costaș, Negru & Asociații, online: <https://costas-negru.ro/regula-40-romani-in-sporturile-de-echipa-realitate-imediate-sau-utopie/>, arhivă: <https://perma.cc/G3FB-4V8Q>.

² MINISTRUL SPORTULUI, O: 500/23 iun. 2022 privind aprobarea Instrucțiunilor de stabilire a participării sportivilor de performanță români, la nivel de seniori și tineret, într-o pondere de minimum 40% din totalul de sportive participanți la competițiile sportive naționale oficiale, la sporturile de echipă, M.of.:686/8 iul. 2022.

- regula „40% români în echipă” (conform art. 6 din Instrucțiuni, ea se aplică pentru competițiile sportive naționale oficiale de seniori și tineret, iar ponderea se raportează la numărul total de sportivi participanți care pot evolua pe teren pe parcursul unui meci, pentru fiecare echipă;

- stabilirea ponderii urma să se facă de către federațiile sportive naționale, începând cu sezonul competițional 2022 – 2023.

b) *Regulamentul de aplicare a Legii nr. 69/2000 (emis în anul 2001)*³, care conține dispoziții generale privind supravegherea și controlul exercitate de Ministerul Sportului asupra structurilor sportive persoane juridice de drept public sau privat (art. 33 – 38).

c) *Instrucțiunile de aplicare ale Ordinului ministrului sportului nr. 84/2023*⁴, prin care se reglementează o procedură detaliată pentru efectuarea controlului prevăzut de Regulamentul de aplicare a Legii nr. 69/2000 și pentru aplicarea sancțiunilor contravenționale, în conformitate cu art. 91 din Legea nr. 69/2000.

d) *Legea nr. 69/2000*⁵, care reglementează contravenții precum cea prevăzută la art. 88 lit. h) – neaducerea la îndeplinire, la termenele stabilite, a măsurilor dispuse anterior, precum și a solicitărilor legale ale Ministerului Sportului.

³ HG: 884/13 sept. 2001 de punere în aplicare a dispozițiilor Legii educației fizice și sportului nr. 69/2000, M.of.: 578/14 sept. 2001.

⁴ MINISTRUL SPORTULUI, O: 84/9 feb. 2023 pentru aprobarea Instrucțiunilor de efectuare a controlului respectării legilor și a celorlalte acte normative din domeniul sportului și de verificare a activităților sportive, a modului de funcționare și administrare a structurilor sportive, în conformitate cu statutele, regulamentele și dispozițiile legale în vigoare și a documentelor utilizate în activitatea de supraveghere și control în domeniul sportului, M.of.: 156/23 feb. 2023.

⁵ L: 69/2000 a educației fizice și sportului, M.of.: 200 din 9 mai 2000.

e) *Hotărârea Guvernului nr. 1441/2022*⁶, prin care se actualizează quantumul amenzilor din Legea nr. 69/2000. Astfel, de exemplu, pentru contravenția de la art. 88 lit. h) din Legea nr. 69/2000 amenda este de la 5.000 la 15.000 lei pentru persoanele fizice și de la 15.000 la 37.500 lei pentru persoanele juridice.

II. Scurte observații privind cadrul normativ existent, respectiv specificitatea reglementărilor publice în materia sportului

Potrivit intențiilor declarate ale ministrului sportului, în acest cadru normativ se intenționează implementarea regulii „40% români în sporturile de echipă”, inclusiv sub constrângerea unor amenzi contravenționale. Acesta este și motivul pentru care, după mai bine de 20 de ani de la emiterea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 69/2000, a fost reglementată în detaliu o procedură de control.

În plan normativ, ministrul sportului a enunțat doar o intenție, aceea ca în sporturile de echipă să existe cel puțin 40% sportivi români, dar nu a instituit o regulă, ci a cerut federațiilor sportive naționale să creeze o asemenea regulă. Și este firesc să fie așa întrucât, chiar dacă activitatea sportivă nu se poate desfășura în afara dreptului, aceasta beneficiază de un set de norme specifice, proprii. Cu alte cuvinte, de principiu, autoritatea federativă și puterea normativă a regulii sportive se pot impune persoanelor afiliate, iar nerespectarea acestora este susceptibilă de a fi sancționată⁷.

⁶ HG: 1441/19 noi. 2022 privind actualizarea limitelor amenzilor prevăzute la art. 89 alin. (1) din Legea educației fizice și sportului nr. 69/2000, M.of.: 1181/9 dec. 2022.

⁷ Pentru detalii, S.I. PUȚ, C.F. COSTAȘ, *Dreptul sportului*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 91-93.

Normele juridice care reglementează domeniul sportului trebuie să țină seama de specificitatea mișcării sportive, la fel cum este cazul în relație cu orice domeniu social „de reglementat”. Dacă normele federative au prestat un standard individual/per federației în domeniu⁸, modificările pe palierul normativ superior, ca forță juridică, trebuie să se realizeze treptat, pentru a permite aclimatizarea naturală. Mai mult, modificarea cadrului normativ public – la care cadrul normativ privat este automat racordat – trebuie realizată înainte de debutul competițional, pentru a se evita producerea unor unde sau chiar, mai grav, șocuri în competițiile *pendinte*. Asociațiile și cluburile sportive își elaborează formal sau informal un sport plan, alături de un business plan, de regulă pe termen mediu. Prin urmare, o regulă de tipul „40% români în echipă”, aplicabilă imediat, este bulversantă, indiferent dacă este implementată prin intermediul federațiilor sau ca reper extranormativ sportiv. Afectarea apare atât în plan financiar, cât și în plan sportiv.

Normele juridice care reglementează domeniul sportului trebuie să țină seama de setul axiologic unional primar care privește orice domeniu social comun vizat de politicile unionale, dar și de eventualele norme juridice unionale care reglementează specific domeniul, inclusiv de dreptul jurisprudențial unional. Prin urmare, prima preocupare a legiuitorului pozitiv este una de context, de a fixa corespunzător cadrul juridic în care urmează să intervină și să producă efecte juridice.

Astfel, cu titlu preliminar, vom reține următoarele:

- Dacă federațiile sportive naționale au implementat regula „40% români în echipă”, acestea sunt competente să verifice respectarea regulii și

⁸ Potrivit competenței și puterii normative, fiecare federație este suverană să-și seteze pe plan național propriile reguli, atâta timp cât acestea nu contrastează cu regulamentele federației europene sau internaționale, respectiv cu normele juridice interne sau unionale.

să aplice sancțiuni pentru nerespectarea ei; în același timp, federațiile sportive naționale răspund juridic pentru legalitatea regulii în discuție.

- Dacă federațiile sportive naționale nu au implementat regula „40% români în echipă”, Ministerul Sportului poate decide sancționarea contravențională a acestora, justificând prin aceea că mișcarea sportivă trebuie să se conformeze regulilor etatice.

Distincția de mai sus este utilă pentru a înțelege că, în lipsa unei reglementări la nivelul federației sportive de specialitate, persoanele fizice și persoanele juridice din domeniul sportului (actanții sportului), altele decât federațiile, nu pot fi sancționate contravențional. La această concluzie se ajunge, de altfel, și prin lectura art. 88 lit. h) din Legea nr. 69/2000: federațiile sportive pot fi sancționate contravențional dacă Ministerul Sportului face dovada că le-a adresat solicitări legale și acestea nu s-au conformat. Chestiunea poate genera o discuție distinctă: este legal – prin raportare la normele juridice europene, de pildă, ca un ministru al sportului să impună federațiilor o restrângere a libertății sportivilor de a presta servicii?

În fine, o notă despre procedura de control instituită prin Instrucțiunile de aplicare din O: 84/2023 poate fi pusă în discuție. Conform art. 17 din *instrucțiuni*, procedura de control presupune, după efectuarea controlului și întocmirea actelor de control (nota de constatare și/sau procesul-verbal de constatare și sancționare a contravențiilor), o supra-formalitate: prezentarea către ministrul sportului, în vederea avizării, a notei de constatare, împreună cu procesul-verbal de constatare și sancționare a contravenției. În opinia noastră, aceasta este o simplă procedură de informare internă, fără vreun efect juridic asupra actelor de control.

III. Neclaritatea normei și imposibilitatea aplicării ei practice

După cum arătam și mai sus, ministrul sportului a exprimat, prin Ordinul nr. 500/2022, dorința de a avea mai mulți sportivi români de performanță prezenți în echipele angrenate în competițiile sportive naționale oficiale. „Cartoful fierbinte” a fost pasat însă federațiilor sportive naționale, care ar fi trebuit să implementeze și detalieze condițiile de aplicare.

În primul rând, art. 6 din instrucțiuni este neclar. Sportivii de performanță pot fi în egală măsură amatori și profesioniști [art. 14 alin. (1) L: 69/2000], iar organizarea profesionistă a sportului, sub forma unor ligi profesioniste, este mai degrabă excepția în România. Prin urmare, este greu de înțeles căror sportivi ar trebui să li se aplice restricția la care s-a gândit ministrul sportului.

În al doilea rând, așa cum am arătat și anterior, art. 6 din instrucțiuni vorbește despre ponderea de participare care „nu poate fi mai mică de 40% din totalul de sportivi participanți care pot evolua pe teren pe parcursul unui meci, pentru fiecare echipă”. De aici, mai multe întrebări legitime:

- Ponderea privește sportivii care sunt înscriși pe foaia sau raportul de joc (de exemplu, 5 sportivi din efectivul de 12) sau sportivii care trebuie să se afle efectiv pe teren (de exemplu, 2 sportivi din cei 5 ai fiecărei echipe)?

- Sportivii români trebuie să evolueze efectiv în competiție?⁹

- Este obligatorie menținerea sportivilor români pe teren un anumit număr de minute sau pe durata întregului joc, în aceeași pondere de minim 40%?

⁹ Analiza gramaticală conduce la interpretarea conform căreia este vizată o evoluție virtuală, iar nu una efectivă, fiind urmărită aptitudinea de a fi utilizat în acel joc.

- Cum se interpretează sintagma „care pot evolua pe teren”? De exemplu, dacă o echipă de fotbal poate înscrie pe foaia de joc 18 sportivi, dar maxim 16 pot evolua într-un meci (11 titulari + 5 sportivi care înlocuiesc titularii), procentul de 40% se raportează la 18 (7 sportivi români) sau la 16 (6 sportivi români)?

- Dacă procentul de 40% înseamnă 7,2 sportivi, echipa va trebui să aibă 7 sau 8 sportivi români?

- Sportivii naturalizați sunt considerați sportivi români sau sportivi străini?

Federațiile sportive naționale au sesizat aceste probleme și, ca regulă generală, nu au dat curs solicitării ministrului sportului și nu au implementat regula „40% români în sporturile de echipă”. Unele federații, precum Federația Română de Baschet, au justificat expres poziția adoptată prin lipsa unor detalii semnificative privind reglementarea pe care și-o dorește Ministerul Sportului.

IV. Au implementat federațiile sportive din România dispozițiile art. 6 din Instrucțiunile adoptate prin Ordinul ministrului sportului nr. 500/2022?

Analiza noastră relevă faptul că federațiile sportive naționale au reglementat mai degrabă *reguli restrictive proprii*, chiar dacă acestea au fost dezvoltate și justificate mai recent și prin referire la Instrucțiunile din Ordinul nr. 500/2022. Este cazul Federației Române de Volei, a Federației Române de Handbal și a Federației Române de Baschet. Federația Română de Rugby aplică de asemenea o limitare numărului jucătorilor străini, iar Federația Română de Fotbal aplică un sistem complex de limitări după modelul UEFA.

A. D1. Federația Română de Volei

Federația Română de Volei a instituit unele restricții chiar anterior publicării Ordinului nr. 500/2022. Astfel, art. 43 din Regulamentul de Organizare a Activității Voleibalistice¹⁰ „permite” ca din loturile echipelor să facă parte și un număr de jucători cu altă cetățenie decât cea română, în condițiile stabilite de către Consiliul Director.

Cel mai recent, conform informațiilor disponibile pe pagina *web* a Federației, problema a fost reglementată în urma Adunării Generale din 14 iunie 2022. Vom reține următoarele:

- O echipă participantă la Divizia A1 trebuie să folosească obligatoriu în „formula de joc”, pe toată durata meciului, cel puțin doi jucători formați în România, indiferent de post. „Formația de joc” este formația alcătuită din cei șase jucători aflați în teren și înscriși în foaia de arbitraj la un moment dat plus libero.

- În Divizia A2 este obligatoriu să fie în teren în permanență minimum 4 jucători români incluzând și jucătorul libero.

- Pentru campionatele naționale de Juniori, Cadeți și Speranțe nu se acceptă transferul de sportivi de altă cetățenie decât cea română.

- Există și un obstacol financiar, în sensul în care taxa pentru transferul jucătorilor de altă cetățenie decât cea română este de 1.500 euro/jucător la Divizia A1 și 1.000 euro/jucător la Divizia A2.

¹⁰ Regulamentul poate fi găsit pe site-ul Federației, la adresa <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://frvolei.eu/wp-content/uploads/2020/11/2-Regulamentul-de-Organizare-al-Activitatii-Voleibalistice-1.docx&hl=en>

- În plus, în componența conducerii tehnice a unei echipe participante la Divizia A1 trebuie să fie cel puțin un antrenor cu cetățenia română (antrenor principal sau antrenor secund).

- Nerespectarea regulii este sancționată drastic, putând antrena pierderea setului în care nu a fost respectată regula cu 0-25 sau pierderea meciului cu 0-3, chiar de către ambele echipe.

B. D2. Federația Română de Handbal

Conform Regulamentului de desfășurare a Ligii Naționale de Handbal Masculin¹¹ pentru sezonul competițional 2022 – 2023, art. 4.2, echipele înscrise în Liga Națională au obligația de a avea în teren în timpul jocului, la competițiile organizate de Federația Română de Handbal (campionat, Cupa României, Supercupa României) minimum 40% jucători de cetățenie română, astfel:

- 7 jucători în teren – minimum 3 de cetățenie română;

- 6, 5 sau 4 jucători în teren (ca urmare a eliminărilor) – minimum 2 de cetățenie română.

Jucătorii descalificați pot fi înlocuiți doar cu alți jucători de cetățenie română.

Nerespectarea obligației folosirii în permanență a numărului minim de trei jucători de naționalitate română se sancționează cu penalități

¹¹ Datorită specificului activității sportive, regulamentele sportive sunt cel mai adesea disponibile pe site-urile federațiilor de specialitate. În lipsa unei mențiuni explicite, se va înțelege că referim varianta regulamentului sportiv cunoscută și publicată pe site-ul federației de specialitate.

pecuniare care cresc gradual între 3.000 lei (prima abatere de echipă) și 5.500 (abaterea nr. 25).

În plus, echipele înscrise în Liga Națională au obligația de a avea cel puțin un antrenor român înscris în raportul de joc (art. 4.5).

Reguli identice sunt prevăzute și pentru Liga Națională de Handbal Feminin, pentru sezonul competițional 2022 – 2023.

C. D3. Federația Română de Baschet

Federația Română de Baschet a instituit de mai mulți ani și independent de prevederile Ordinului ministrului sportului nr. 500/2022, restricții proprii care țin și de situația multor baschetbaliști străini care evoluează în competiția internă pentru toate echipele din primul eșalon valoric.

Astfel, potrivit Regulamentului specific pentru Liga Națională de Baschet Masculin 2022 – 2023, publicat pe pagina *web* a federației, fiecare echipă participantă va avea dreptul să transfere și să înregistreze pe L18 (lotul lărgit) maximum 7 jucători străini, dintre care pe L18 (lotul pentru fiecare meci) vor fi înscriși maximum 6 jucători străini (art. VII pct. 26). De asemenea, conform art. VII pct. 26.2, în competițiile naționale poate fi folosit maxim un jucător naturalizat¹².

¹² A existat o tentativă de a contesta această regulă care limita nejustificat, în opinia cluburilor și a unor jucători aflați în această situație, dreptul jucătorului naturalizat care, odată cu naturalizarea, spera la recunoașterea unui regim juridico-sportiv similar jucătorului român. Tentativa a rămas una cvasi-improprie, fiind solicitată inițial o suspendare a Deciziei nr. 14/2021 a Consiliului Director al FRB în contencios administrativ, chiar dacă ulterior s-a dispus suspendarea provizorie a executării Deciziei nr. 14/2021, pentru că în dos.nr. 22155/300/2021 al Judecătoriei Sectorului 2 București s-a constatat primirea cererii vizând anularea Deciziei nr. 14/2021, element care marchează o renunțare implicită a reclamantilor la acest demers.

Există o regulă specială a „pașaportului de teren”: jucătorii juniori de altă cetățenie care au fost legitimați și au activat în cel puțin trei campionate naționale de juniori (sezoane complete și consecutive) organizate de Federația Română de Baschet obțin drept de joc ca jucători români.

În Liga Națională de Baschet Masculin, în sezonul 2022 – 2023, fiecare echipă trebuie să joace cu cel puțin doi jucători români obligatoriu în teren în primele două sferturi și cu cel puțin un jucător român obligatoriu în teren în ultimele două sferturi (art. VII pct. 29)¹³.

Sanțiunile aplicabile sunt greșeală tehnică la antrenor pentru prima abatere și forfait tehnic pentru a doua abatere. Pierderea jocului cu 2-0 poate fi dictată și după terminarea jocului, iar jocul poate fi pierdut și de ambele echipe, dacă ambele au încălcat regula jucătorilor români.

În plus, conform art. VI pct. 23, echipa poate avea între 2 și 4 antrenori, dintre care cel mult unul poate fi străin.

Reguli similare sunt înscrise și în Regulamentul specific pentru Liga Națională de Baschet Feminin, sezonul competițional 2022 – 2023. Astfel, conform art. VII, în prima fază a competiției și în *play-off* fiecare echipă are dreptul să transfere și să înregistreze în L20 maximum 6 jucătoare străine (cu maximum două non-europene), care vor putea fi înscrise pe L12 la fiecare joc. În faza a doua și *play-out*, fiecare echipă poate folosi în L20 și L12 maximum două jucătoare străine. Regula prezenței jucătoarelor române pe teren și sancțiunile asociate nerespectării regulii sunt identice cu cele din Liga Națională de Baschet Masculin.

¹³ Conform unei clauze deschise, această regulă se modifică în momentul în care apar normele de aplicare ale Ordinului ministrului sportului cu referire la ponderea jucătorilor români din echipele de seniori și tineret, dar și în cazul în care Ministerul Sportului aduce clarificări la aceste aspecte, cu referiri stricte la fiecare disciplină sportivă, urmând ca toate echipele din Liga Națională de Baschet Masculin să se conformeze.

D. D4. Federația Română de Rugby

Conform art. 16.9 din Regulamentul de Organizare a Activității Rugbystice, echipele din campionatele SuperLigii și Diviziei Naționale de Seniori vor putea să înscrie în raportul de arbitraj și/sau anunțul oficial un număr de 23 jucători din care, obligatoriu, un număr de 13 jucători de naționalitate română.

E. D5. Federația Română de Fotbal

Federația Română de Fotbal nu a implementat restricția prevăzută de Ordinul nr. 500/2022. Această federație are însă reglementat un sistem complex de reguli în cuprinsul art. 45 din Regulamentul de Organizare a Activității Fotbalistice decantate pe filonul deschis de normele federative de la nivelul ierarhic superior, european și internațional. Se face astfel distincție între:

- *Jucătorii formați la nivel național* – jucătorii care, indiferent de cetățenie, au figurat ca legitimați și au participat la competiții sportive pentru un club din România timp de minimum 3 ani (consecutivi sau nu) în perioada cuprinsă între 12 – 21 de ani¹⁴. Sunt considerați formați la nivel național și jucătorii de naționalitate română, indiferent de data legitimării la un club din România și/sau de durata participării la competițiile fotbalistice din

¹⁴ Federația Română de Fotbal a extins perioada de juniorat în raport cu standardele promovate de UEFA care viza vârsta cuprinsă între 15 - 21 ani, stabilind o vârstă cuprinsă între 12 – 21 de ani. A se vedea politicile UEFA în acest sens <https://www.uefa.com/insideuefa/protecting-the-game/protection-young-players/>, dar și implementarea realizată prin art. 45 din Regulamentul UEFA. Champions League 2022-2023 <https://documents.uefa.com/r/Regulations-of-the-UEFA-Champions-League-2022/23/Article-45-Player-lists-Online>.

România. „Jucătorii pregătiți la nivel local” sunt definiți de UEFA drept jucători care, indiferent de naționalitate sau vârstă, au fost pregătiți de clubul lor sau de un alt club din asociația națională timp de cel puțin 3 ani, în perioada cuprinsă între 15 și 21 de ani¹⁵.

- *Jucătorii formați la nivelul clubului* – jucătorii care, indiferent de cetățenie, au fost legitimați și au participat la competiții pentru același club timp de minim 3 ani (consecutivi sau nu) în perioada cuprinsă între 12 – 21 de ani.

- *Jucători UE* – jucătorii cetățeni ai unor state membre ale Uniunii Europene (jucători comunitari).

- *Jucători non-UE* – jucătorii ce au cetățenia unui stat care nu este membru al Uniunii Europene și/sau cu care nu există încheiat un acord privind libera circulație a persoanelor.

Pornind de la această distincție, regulile stabilite de Federația Română de Fotbal sunt următoarele [art. 45 pct. 7 lit. a) – f]):

- Echipele de fotbal feminin au dreptul să folosească maximum 3 jucătoare non-UE în același timp în teren și au obligația să înscrie în raportul de arbitraj la fiecare joc oficial minimum 7 jucătoare formate la nivel național.

- Echipele din Liga 1 au obligația să înscrie în raportul de arbitraj un număr minim de 6 jucători formați la nivel național și să folosească efectiv, pe toată durata jocurilor, un jucător U21 format la nivel național, eligibil pentru echipa națională.

- Echipele din Liga a 2-a au dreptul să folosească maximum 2 jucători non-UE în același timp în teren și sunt obligate să înscrie în raportul de arbitraj la fiecare joc oficial minimum 10 jucători formați la nivel național.

¹⁵ Fr. BUY, J-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, ediția a III-a, L.G.D.J. Paris, 2012, p. 373.

- Echipele din Liga a 3-a au dreptul să folosească maximum un jucător non-UE în același timp în teren și sunt obligate să înscrie în raportul de arbitraj la fiecare joc oficial minimum 12 jucători formați la nivel național.

- Echipele de juniori participante în competițiile organizate de Federația Română de Fotbal au dreptul să folosească maximum 2 jucători non-UE în același timp în teren și sunt obligate să înscrie în raportul de arbitraj minimum 15 jucători formați la nivel național.

- Echipele din celelalte categorii de seniori sau de juniori participante în competițiile organizate de Federația Română de Fotbal au dreptul să folosească un jucător non-UE în teren și sunt obligate să înscrie în raportul de arbitraj minimum 11 jucători formați la nivel național.

Sanțiunea pentru nerespectarea regulilor privind jucătorii non-UE este pierderea jocurilor prin forfait.

V. Un principiu ignorat: libertatea de a presta servicii

În cadrul Titlului IV din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene este reglementată liberă circulație a persoanelor, a serviciilor și a capitalurilor. Astfel, conform art. 45 TFUE:

- liberă circulație a lucrătorilor este garantată în cadrul Uniunii;
- liberă circulație implică eliminarea oricărei discriminări pe motiv de cetățenie între lucrătorii statelor membre, în ceea ce privește încadrarea în muncă, remunerarea și celelalte condiții de muncă;
- liberă circulație a lucrătorilor implică, printre altele, dreptul de a accepta ofertele reale de încadrare în muncă și dreptul de ședere într-un stat membru pentru a desfășura o activitate salarizată în conformitate cu actele cu putere de lege și actele administrative care reglementează încadrarea în muncă a lucrătorilor statului respectiv.

Art. 49 TFUE garantează dreptul de stabilire, inclusiv sub aspectul accesului la activitățile independente și a exercitării acestora, în condițiile definite pentru resortisanții proprii de legislația țării de stabilire.

În fine, conform art. 56 TFUE sunt interzise restricțiile privind libera prestare a serviciilor în cadrul Uniunii cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat membru decât cel al beneficiarului serviciilor¹⁶.

Cu alte cuvinte, prin raportare la aceste reguli, restricțiile propuse de ministrul sportului prin Ordinul nr. 500/2022 și restricțiile aplicate în special de Federația Română de Handbal, Federația Română de Volei și Federația Română de Baschet sunt *ab initio* incompatibile cu dreptul european, în ciuda unei compatibilități formale cu dreptul național.

Derogările de la regulă sunt întotdeauna de strictă interpretare. Astfel, de exemplu, art. 45 alin. (3) TFUE permite limitarea libertății de circulație a lucrătorilor, însă doar pentru motive justificate de ordine publică, siguranță publică și sănătate publică. Or, asemenea motive nu au fost invocate nici de ministrul sportului și nici de federațiile care au reglementat în materie și nu pot fi, în opinia noastră, susținute cu argumente.

¹⁶ Pentru detalii și distincții, P. CRAIG, G. de Búrca, *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ed. a VI-a, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 886-951.

În fapt, la nivel european, problema a fost clarificată neechivoc în anul 1995¹⁷, în celebra afacere *Bosman*¹⁸. Curtea de Justiție a stabilit în acest context că dreptul comunitar se aplică în materie de sport, cu excepția situațiilor particulare. Este sancționabilă orice limitare a numărului de jucători din Comunitate pe care o echipă de club poate să-i alinieze. Regulamentele federațiilor naționale de fotbal și ale UEFA care limitau numărul de fotbaliști profesioniști străini să participe la competițiile organizate sub egida lor constituiau o discriminare bazată pe naționalitate, contrară dreptului unional. Prin această hotărâre, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a demonstrat în cele din urmă că sportul profesionist este o activitate economică supusă reglementării la nivel european, la fel ca orice altă afacere derulată pe teritoriul Uniunii, atunci când sportivul este „profesionist” sau „semiprofesionist”.

Odată cu hotărârea din afacerea *Bosman*, organismele sportive au fost nevoite să-și recunoască statutul de entități vizate de normele dreptului

¹⁷ Așa cum am precizat cu o altă ocazie, încă de la momentul pronunțării hotărârii în cauza *Walrave și Koch* din 1974, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a deschis discuția referitoare la faptul că, principal, activitatea sportivă, privită ca activitate economică, trebuie să respecte principiile europene concretizate în cele patru libertăți fundamentale: libera circulație a persoanelor, mărfurilor, capitalurilor și serviciilor. În plus, sportul trebuie să se conformeze inclusiv normelor Uniunii Europene în materie de concurență. A se vedea S.I. PUȚ, C.F. COSTAȘ, op.cit., p. 163.

¹⁸ CJUE, hotărârea din 15 decembrie 1995, cauza C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL vs. Jean-Marc Bosman, Royal Club Liégeois SA vs. Jean-Marc Bosman și alții și Union des Associations Européennes de Football (UEFA) vs. Jean-Marc Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463. Pentru un comentariu mai vast, cu repere doctrinare și jurisprudențiale, a se vedea: S. DELEANU, G. FÁBIÁN, C.F. COSTAȘ, B. IONIȚĂ, *Curtea de Justiție Europeană. Hotărâri comentate*, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2007, p. 269-284. De asemenea, a se vedea S.I. PUȚ, C.F. COSTAȘ, *Dreptul sportului*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 97-99.

european în ceea ce privește dezideratul Uniunii Europene de a asigura o piață liberă (comună) și tratament nediscriminatoriu pentru toți operatorii economici. Mai precis:

- au fost reformate regulile de transfer, astfel încât fotbaliștii profesioniști, intrați în ultimele șase luni de contract, pot semna în mod valabil un contract cu un alt club; în aceste condiții, la expirarea contractului, sportivul devine liber de contract și se poate transfera fără ca noul club să plătească vreo indemnizație de transfer;

- au fost eliminate, cât privește jucătorii provenind din statele membre ale Uniunii Europene, clauzele de naționalitate; în consecință, în prezent, un club de fotbal (și în general orice club sportiv) poate alinia oricâți jucători profesioniști provenind din Uniunea Europeană dorește¹⁹.

Ulterior, prin jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, au fost repudiate și alte clauze de naționalitate. Curtea a apreciat astfel că regulamentul Federației Germane de Handbal care limita numărul de jucători care nu erau resortisanți ai unor state membre din Uniune sau din Asociația Europeană a Liberului Schimb (la acea vreme compusă din Elveția, Islanda, Liechtenstein și Norvegia) era contrară regulii nediscriminării în materia libertății de circulație a lucrătorilor prevăzută de art. 39 pg. (2) TCE și

¹⁹ S. DELEANU, G. FÁBIÁN, C.F. COSTAȘ, B. IONIȚĂ, op.cit., p. 282. În fapt, ca urmare a negocierilor purtate între Comisia Europeană și președinții FIFA și UEFA, la 6 iulie 2001 a fost adoptat de Comitetul Executiv al FIFA un nou sistem de transfer internațional al jucătorilor (sistem de plată a unor indemnizații de formare pentru transferul jucătorilor cu vârsta de până la 23 ani; mecanisme de solidaritate pentru redistribuirea sumelor către cluburile amatoare care asigură formarea și educația jucătorilor; limitarea perioadelor de transfer din fiecare sezon competițional; perioade contractuale de minimum un an și maximum 5 ani; instituirea unei instanțe de arbitraj pentru soluționarea diferendelor referitoare la transferuri ș.a.m.d.).

asumată de Comunitate prin Acordul de Asociere cu Slovacia (acord semnat la Luxemburg pe 4 octombrie 1993)²⁰.

În același sens, în afacerea *Simutenkov*²¹, Curtea a reținut că art. 23 parag. (1) din Acordul de Asociere cu Federația Rusă poate fi legal invocat de cetățenii ruși angajați în mod legal într-un stat membru al Uniunii Europene. Regula tratamentului egal menționată de această prevedere stabilește astfel o obligație precisă care poate fi invocată de un particular cu scopul înlăturării unei dispoziții discriminatorii susceptibile de a-i fi aplicate (*in concreto*, regulile federației spaniole de fotbal care limitau numărul fotbaliștilor extra-comunitari care puteau fi folosiți într-un meci la trei pentru *Primera Division* și la doi pentru *Segunda Division*)²².

Prin urmare, estimarea noastră este aceea că orice cetățean al unui alt stat membru al Uniunii Europene care va contesta o restricție de tipul celor gândite de ministrul sportului prin Ordinul nr. 500/2022 sau implementate de unele federații sportive va obține satisfacție judiciară, ca urmare a aplicării prioritare a dreptului european.

VI. Nationality Rule vs. Home-Grown Players Rule

Ne apare ca evident faptul că, indiferent de motivele invocate (de exemplu, necesitatea de a avea sportivi români de performanță care să ajute

²⁰ CJUE., hotărârea din 8 mai 2003, *Deutscher Handballbund eV vs. Maros Kolpak*, ECLI:EU:C:2003:255.

²¹ CJUE (Marea Cameră), Hotărârea din 12 aprilie 2005, *Igor Simutenkov vs. Ministerio de Educación y Cultura and Real Federación Española de Fútbol*, ECLI:EU:C:2005:213.

²² Pentru toate aceste aspecte, a se vedea S.I. PUȚ, C.F. COSTAȘ, op.cit., p. 166-170.

echipele naționale să se califice și să obțină rezultate bune în competițiile internaționale pe echipe), calea abordată este greșită²³.

Astfel, în contextul actual, în care România este o țară membră a Uniunii Europene, cu toate obligațiile asumate, o regulă a naționalității nu poate supraviețui. Tocmai de aceea, regula „40% români în sporturile de echipă” s-a născut, în opinia noastră, moartă. Ministrul sportului și federațiile sportive naționale care au reglementat în sensul Ordinului nr. 500/2022 își asumă deci toate riscurile aferente.

În schimb, trebuie observat că la nivel european a fost dezvoltată, în loc de *Nationality Rule*, o așa-numită *Home-Grown Players Rule*. Avem de a face cu o schimbare de paradigmă care nu doar că nuanțează ideea restrictivă și selectivă de „naționalitate”, dar urmărește valorizarea unui concept durabil care să nu interfereze și să nu bruiască exigențele impuse de asigurarea celor 4 libertăți la nivel unional. Se urmărește în contextul actual creșterea și promovarea jucătorilor care provin de la academia clubului care îi utilizează sau cel puțin de la alte academii ale altor cluburi din același stat.

Astfel, în 2005, UEFA a propus aplicarea regulii 4 + 4: cu începere din sezonul competițional 2008 – 2009 fiecărui club i s-a cerut să aibă, în lotul de 25, patru jucători antrenați de club și patru jucători antrenați de alte cluburi din cadrul aceleiași asociații naționale.

²³ Discuția este una mai largă, pentru că o regulă a naționalității precum cea impusă prin Ordinul nr. 500/2022 nu garantează, nici imediat, nici *a la longue* succesul echipelor naționale, dar ar putea genera imediat o scădere a performanțelor sportive ale echipelor de club, precum și o diminuare a atracției spectatorilor/telespectatorilor pentru competițiile în care jucătorii români (mai slab pregătiți, sens în care nici nu au fost preferați de antrenori până la implementarea acestei reguli) ar înlocui jucătorii străini consacrați.

În 2008, FIFA a propus regula 6 + 5: o echipă de club trebuie să înceapă un meci cu minimum 6 jucători care ar fi eligibili pentru echipa națională a țării din care provine clubul.

La nivelul Comisiei Europene și Parlamentului European, în cadrul unor dezbateri din anul 2008, reglementarea UEFA a fost susținută, în timp ce soluția propusă de FIFA a fost considerată direct discriminatorie.

Trebuie observat că reguli ale federațiilor sportive naționale care impun prezența unui număr minim de jucători crescuți de club în lotul unei echipe (*home-grown players rule*) există. De exemplu, în campionatul profesionist de fotbal englez (*Premier League*) o asemenea regulă se aplică din 2015: cel puțin 8 jucători din lotul de 25 trebuie să fie crescuți de club, indiferent de vârstă sau naționalitate. În caz contrar, numărul de jucători din prima echipă se reduce (de exemplu, în sezonul 2021 - 2022, Liverpool a avut o listă A cu doar 24 de jucători, dintre care 7 crescuți de club). Pentru ca un jucător să fie considerat „crescut de club” este necesar ca el să se fi antrenat cel puțin trei sezoane la un club profesionist din Anglia sau Țara Galilor înainte de împlinirea vârstei de 21 de ani.

Reguli similare detaliate, după cum am arătat, aplică în prezent și Federația Română de Fotbal.

A. Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cauza pendinte C-680/21

Trebuie reținut însă că și această regulă (*home-grown players rule*) este pusă în prezent în discuție la nivelul Uniunii Europene, în afacerea C-680/21, *UL, SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL, intervenientă: Union des associations européennes de football (UEFA)*.

Astfel, la 2 februarie 2005, Comitetul executiv al UEFA a adoptat norme care impun cluburilor de fotbal profesionist care participă la competițiile intercluburi ale UEFA să înscrie un număr maxim de 25 de jucători pe lista de joc, printre care va trebui să figureze un număr minim de JFL (jucători formați la nivel local). Acești jucători sunt definiți de UEFA ca fiind jucători care, indiferent de cetățenia lor, au fost formați de clubul lor sau de un alt club din cadrul aceleiași asociații naționale timp de cel puțin trei ani, între vârstele de 15 și 21 de ani. La 21 aprilie 2005, regula numită a „JFL” a fost aprobată de cele 52 de asociații membre ale UEFA, inclusiv URBSFA, cu ocazia Congresului de la Tallinn. După cum am arătat, începând cu sezonul 2008/2009, Regulamentul UEFA prevede că echipele angajate în una dintre competițiile sale trebuie să înscrie minimum 8 jucători formați pe plan local pe o listă de maximum 25 de jucători. Dintre acești 8 jucători, cel puțin 4 trebuie să fi fost formați de clubul în cauză.

La 13 februarie 2020, UL a introdus în fața *Cour Belge d'Arbitrage pour le Sport* (Curtea Belgiană de Arbitraj pentru Sport, Belgia) o acțiune având ca obiect printre altele constatarea nelegalității normelor privind JFL instituite de UEFA și de URBSFA pentru motivul că încalcă art. 45 TFUE, precum și acordarea de despăgubiri pentru prejudiciul cauzat lui UL.

Prin ordonanța din 15 octombrie 2021, *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles* a adresat Curții de Justiție următoarele întrebări preliminare:

„1) Art. 101 TFUE trebuie interpretat în sensul că se opune planului referitor la „JFL” adoptat la 2 februarie 2005 de Comitetul executiv al UEFA, aprobat de cele 52 de asociații membre ale UEFA la Congresul de la Tallinn la 21 aprilie 2005 și pus în aplicare prin regulamente adoptate atât de UEFA, cât și de federațiile membre ale acesteia?

2) Articolele 45 și 101 TFUE trebuie interpretate în sensul că se opun aplicării normelor privind înscrierea și alinierea pe foaia de meci a jucătorilor formați pe plan local, standardizate de articolele P335.11 și P.1422 din Regulamentul federal al URBSFA și reluate la articolul B4.1[12] din titlul 4 și la articolul B6.109 din titlul 6 din noul Regulament al URBSFA?”

UL, Royal Antwerp, URBSFA, UEFA, guvernele belgian, elen, polonez, portughez, român și suedez, precum și Comisia Europeană au prezentat observații scrise. UL, Royal Antwerp, URBSFA, UEFA, guvernele polonez, român și suedez, precum și Comisia au participat la ședința care a avut loc la 15 noiembrie 2022.

La data de 9 martie 2023, Avocatul General Maciej Szpunar și-a prezentat concluziile în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene, acestea fiind acelea că art. 45 TFUE trebuie interpretat în sensul că se opune aplicării unor norme privind jucătorii formați pe plan local, astfel cum au fost adoptate de Uniunea Asociațiilor Europene de Fotbal (UEFA) și de *Union royale belge des sociétés de football association* (URBSFA), potrivit cărora, pentru a participa la competițiile vizate, cluburile trebuie să înscrie pe o listă un număr minim de 8 jucători formați pe plan local dintr-un număr maxim de 25 de jucători, în măsura în care astfel de jucători formați pe plan local pot proveni de la un alt club din cadrul asociației naționale de fotbal vizate.

Avocatul General apreciază că exigența formării unui anumit număr de jucători pe plan local este justificată, în considerarea unor obiective legitime precum încurajarea recrutării și formării tinerilor jucători sau menținerea unui echilibru între cluburi, păstrând o anumită egalitate a șanselor și incertitudinea rezultatelor. Însă, în același timp, el apreciază că o asemenea restricție nu are un caracter adecvat. Astfel, dacă un club dintr-o ligă națională majoră poate „cumpăra” până la jumătate din JFL, obiectivul de a încuraja acest club să formeze tineri jucători ar fi compromis (pg. 68 din

Concluzii). Prin urmare, deși consideră că cerința de a include pe o listă un număr predefinit de JFL este justificată, Avocatul General nu vede care este raționamentul – din perspectiva formării – care stă la baza extinderii definiției JFL la jucătorii din afara unui anumit club, dar din interiorul ligii naționale vizate.

În concluzie, Avocatul General propune Curții de Justiție să rețină că dispozițiile atacate nu sunt coerente și, prin urmare, nu sunt adecvate pentru atingerea obiectivelor de formare a tinerilor jucători și de îmbunătățire a echilibrului competitiv al echipelor, în măsura în care printre JFL care trebuie să apară pe o listă, se pot număra jucători care nu provin de la clubul în cauză. Aceasta înseamnă că dispozițiile URBSFA nu sunt adecvate în ansamblu, în timp ce cele ale UEFA sunt doar parțial adecvate.

În opinia noastră, în măsura în care Curtea de Justiție a Uniunii Europene va valida aceste concluzii, într-un câmp de probabilitate reală, regulile europene și naționale vor trebui imediat modificate. Cele mai puțin afectate vor fi cluburile care dispun de mijloace financiare însemnate și nu le folosesc pentru creșterea tinerilor jucători, ci preferă să achiziționeze tot ceea ce este mai bun pe piață de la celelalte cluburi care cresc tineri jucători. Din dorința de a atinge rapid performanța sportivă și veniturile aferente din competiție și din afara competiției, în sportul european al ultimilor ani, multe cluburi sportive importante au preferat modelul transferurilor costisitoare pe bandă rulantă, în detrimentul promovării tinerelor talente locale, sub mirajul marii performanțe europene care a continuat să rămână o iluzie.

Nota redacției:

După evaluarea și acceptarea materialului de către redacție, a fost publicată hotărârea CJUE în Cauza C-680/21 Royal Antwerp Football Club, ECLI:EU:C:2023:1010, care poate fi consultată aici: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-680/21&language=RO>.

STUDII

ANALIZĂ A MODIFICĂRILOR ADUSE CODULUI PENAL ÎN MATERIAL INFRAȚIUNILOR CONTRA PERSOANEI

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).4.6
Data publicării online: 30.06.2024

Dorin Alina ȘERBAN, Sergiu BOGDAN*

Rezumat: Prezentul studiu își dorește să abordeze modificările survenite în Partea specială a Codului penal, Titlul Infracțiuni contra persoanei, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 171/2023 și a Legii nr. 248/2023.

Se va încerca o analiză teoretică punctuală a modificărilor, inclusiv într-un registru critic acolo unde este cazul. Se va analiza oportunitatea modificărilor, conținutul teoretic al acestora și, eventualele probleme pe care aceste noi modificări le ridică prin raportare la alte texte de incriminare.

Cuvinte-cheie: modificări, infracțiuni contra persoanei, omorul, loviri și alte violențe, vătămarea corporală, hărțuire, violarea vieții private

* Prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN, Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai, Departamentul de Drept public, e-mail: sergiu.bogdan@law.ubbcluj.ro; Lect.univ. dr. Doris Alina ȘERBAN Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai, Departamentul de Drept public, e-mail: doris.serban@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0001-5711-0217>.

ANALYSIS OF THE AMENDMENTS TO THE
ROMANIAN CRIMINAL CODE REGARDING
OFFENSES AGAINST THE PERSON

Abstract. The aim of this study is to highlight and analyse the modifications introduced in the Special Part of the Criminal Code, Crimes against individuals, with the entry into force of Law no. 171/2023 and Law no. 248/2023.

This article will attempt a point-by-point theoretical analysis of the modifications, in a critical manner when necessary. It will also be analysing the potential problems these modifications may raise in reference to other incrimination norms, thus exposing the (in)appropriateness of the changes.

Keywords: modifications, crimes against individuals, homicide, battery and other acts of violence, bodily injury, harassment, invasion of privacy.

Cuprins

Cuprins.....	182
I. Omorul comis profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze.....	183
A. Starea de vădită vulnerabilitate	186
B. Starea de vădită vulnerabilitate trebuie să preexiste și ea nu trebuie să fie rezultatul unei acțiuni de înlesnire a omorului realizată de către autor	189
C. Comiterea faptei profitând de starea de vădită vulnerabilitate a victimei.....	191
II. Circumstanțele agravante speciale în cazul art. 193 și art. 194 Cod penal	192
A. Victima se află în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul făptuitorului.....	194
B. Comiterea faptei asupra unui minor.....	198
C. Comiterea faptei în public.....	199
1. Într-un loc care, prin natura sau destinația lui, este totdeauna accesibil publicului, chiar dacă nu este prezentă nici o persoană.	201
2. În orice alt loc accesibil publicului, dacă sunt de față două sau mai multe persoane	202
3. Într-un loc neaccesibil publicului, cu intenția însă ca fapta să fie auzită sau văzută, și dacă acest rezultat s-a produs față de două sau mai multe persoane	203
4. Într-o adunare sau reuniune de mai multe persoane, cu excepția reuniunilor care pot fi considerate că au caracter de familie, datorită naturii relațiilor dintre persoanele participante	203
D. Făptuitorul are asupra sa o armă de foc, un obiect, un dispozitiv, o substanță sau un animal ce pot pune în pericol viața, sănătatea ori integritatea corporală a persoanelor	205
1. Făptuitorul să aibă asupra sa o armă de foc, un obiect, un dispozitiv, o substanță sau un animal.....	206
2. Obiectul, animalul sau substanța aflată asupra făptuitorului să poată pune în pericol viața, sănătatea ori integritatea persoanelor	207
E. Agravarea răspunderii penale în cazul comiterii faptei de hărțuire față de un minor.....	208
F. Introducerea unei noi modalități de comitere în cazul infracțiunii prevăzute de art. 226 Cod penal – violarea vieții private.....	208
Bibliografie.....	215

I. Omorul comis profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze

Prin **Legea nr. 248/2023** legiuitorul a introdus o nouă formă de calificare în cadrul art. 189 Cod penal. Referitor la necesitatea introducerii unei astfel de circumstanțe, în Expunerea de motive a Legii¹ mai sus menționate se arată că:

„... faptele violente au un pericol sporit și consemnează consecințe mai grave pentru indivizii afectați și pentru comunitate atunci când victima agresată se află într-o stare de vădită vulnerabilitate (datorată vârstei, minori ori bătrâni, stări de sănătate, infirmității sau altor cauze.

Această circumstanțiere necesită o reacție mai fermă din partea Statului, bazată pe pericolul social abstract al infracțiunii, atunci când ne aflăm în situația săvârșirii unor fapte de:

- omor, starea victimei justificând calificarea faptei ca fiind omor calificat
- tâlhărie, starea victimei justificând calificarea faptei ca fiind tâlhărie calificată.”

Conform Expunerii de motive, rațiunea agravării răspunderii stă așadar în acest caz într-o eventuală disproporție de forțe între victimă și autor, generată de starea de vădită vulnerabilitate în care se află victima².

¹ Expunerea de motive poate fi consultată, online, la adresa: <https://www.cdep.ro/proiecte/2023/300/00/6/em338.pdf>.

² De altfel, prin raportare la modul în care a fost receptată în practica judiciară circumstanța agravantă generală corespondentă, disproporția de forțe pare a fi elementul principal care justifică reținerea acestei circumstanțe: „*De asemenea s-a impus reținerea circumstanței agravante prev. de art. 77 lit. “e” C.pen. raportat la infracțiunile de violență în familie întrucât victima minoră se afla într-o stare de vădită vulnerabilitate fizică și psihică datorită*

O astfel de motivare poate fi principial acceptată însă, acceptând-o, devine discutabil în ce măsură ea se justifică strict din perspectiva infracțiunii de omor și nu și în cazul altor infracțiuni agresive (vătămare corporală, lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte, etc.).

O altă observație relevantă cu privire la această „inițiativă” a legiuitorului este că această împrejurare (*comiterea faptei profitând de starea de vădită vulnerabilitate*) reprezenta deja o circumstanță agravantă generală (conform art. 77 lit. e Cod penal) și, anterior, cu un conținut relativ similar, și o circumstanță a omorului calificat din Codul penal 1969 (omorul comis *profitând de starea de neputință a victimei de a se apăra*).

vârstei foarte fragede, 1 an și 5 luni, existând o disproporție categorică de forță ce a făcut practic imposibilă vreo încercare a victimei de a se apăra. Pe de altă parte inculpații au profitat de starea de vădită vulnerabilitate a victimei abuzând-o de fapt cu ușurință în condițiile în care datorită vârstei și deficiențelor locomotorii aceasta nu avea nici măcar posibilitatea de a fugi din calea inculpaților” – Decizia penală nr. 837/2023 din 09.05.2023 pronunțată de Curtea de Apel Cluj, cod RJ ee3937336 (<https://www.rejust.ro/juris/ee3937336>).

În sensul nereținerii acestei agravante s-a arătat că: „În speță, s-a apreciat că, deși persoana vătămată are vârsta de 70 de ani, în lipsa unor probleme de sănătate care să influențeze capacitatea persoanei de mișcare sau starea sa generală fizică și psihică, doar vârsta în sine nu poziționează persoana vătămată într-o stare vădită de vulnerabilitate fizică și că, inclusiv faptul că în momentul săvârșirii infracțiunii persoana vătămată, în vârstă de 70 de ani, se afla sub influența băuturilor alcoolice nu este de natură a modifica această concluzie, deoarece din starea de fapt reținută de instanță în urma coroborării probelor administrate rezultă că, deși în acea zi persoana vătămată a consumat băuturi alcoolice, cantitatea consumată nu a fost una care să influențeze într-un mod considerabil capacitatea fizică și psihică a persoanei vătămate, cea de coordonare a propriilor mișcări ori capacitatea de reacție la stimulii din mediul înconjurător” – Decizia penală nr. 913/2021 din 16.09.2021 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, cod RJ 2d36e4gg (<https://www.rejust.ro/juris/2d36e4gg>)

Tocmai din cauza acestei „traectorii” a circumstanței se impune succint analizat și „istoricul” său.

Astfel, circumstanța agravantă specială corespondentă din Codul penal 1969 avea o semnificație firească deoarece, în cazul omorului calificat, relevantă era „neputința” victimei de a se apăra în fața atacului comis de către autor asupra vieții sale.

În anul 2014, odată cu intrarea în vigoare a actualului Cod penal, legiuitorul a renunțat la această formă de calificare și a folosit o „terminologie” mai generală, stabilind o circumstanță agravantă generală cu conținut similar, aplicabilă în cazul victimei oricărei infracțiuni și nu doar în cazul unui atac asupra vieții persoanei (art. 77 lit. e Cod penal - *săvârșirea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze*). Împrejurarea relevantă se transformase așadar dintr-o formă de omor calificat într-o circumstanță agravantă generală. Din această perspectivă, credem că revenirea la o formă de omor calificat cu un astfel de conținut ar fi trebuit să aibă ca și efect firesc și renunțarea la circumstanța agravantă generală similară.

E îndoielnică așadar din această perspectivă utilitatea creării unei circumstanțe agravante speciale „noi” în cazul infracțiunii de omor și lăsarea în vigoare și a „dublurii ei”, respectiv a circumstanței agravante generală. Este adevărat că o atare „dublare” (circumstanță agravantă generală – circumstanță specială de la omor calificat) se regăsește și în cazul altor forme de omor calificat (cum ar fi, spre exemplu, în cazul omorului prin cruzimi). Însă, în aceste ipoteze, natura infracțiunii precum și „concluzia” care poate fi extrasă cu privire la autor (ferocitatea acestuia care implică o pericolozitate

sporită) par a justifica mai consistent o astfel de „individualizare” a circumstanței în cadrul omorului calificat.

Din toate aceste motive, credem că „vechiul” sistem de agravare a răspunderii era unul mai potrivit, apreciind că aceste „separări” ale circumstanțelor, fără motive solide, creează doar o aglomerare de norme, fără un efect benefic real.

Cu privire la **conținutul circumstanței**, vom putea utiliza ca punct de reper agravanta specială a omorului calificat cuprinsă în art. 175 lit. d Cod penal 1969 dar și circumstanța agravantă generală actuală.

Astfel, pentru incidența acestei forme de calificare este necesar ca³:

- Starea de vădită vulnerabilitate să existe în mod obiectiv
- Ea să fie datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze
- Ea să nu constituie efectul unei modalități de „înlesnire” a actului de ucidere realizat de autor
- Autorul să profite de această stare

A. Starea de vădită vulnerabilitate

Conform textului, starea de vădită vulnerabilitate poate fi cauzată de vârsta victimei, starea sa de sănătate, infirmitatea sa ori alte cauze.

Spre exemplu, în practica judiciară, prin raportare la reținerea circumstanței agravante generale în cazul unor infracțiuni de omor (formă consumată sau tentată) sau a altor infracțiuni cu o componentă agresivă s-a reținut că starea de vădită vulnerabilitate a victimei rezultă din vârsta acesteia

³ A se vedea și S. BOGDAN, Drept penal. Partea specială, vol. I, ed. 2, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, pp. 22-24

(o lună și două săptămâni⁴ sau persoană în vârstă de 91 de ani⁵), din faptul că „*persoana vătămata având piciorul stând amputat, neputând să se deplaseze fără ajutor și, în consecință, neputând riposta în momentul în care a fost supusă violențelor*”⁶, din cauza stării de somn⁷ și a stării avansate de ebrietate⁸ etc.

Așa cum anticipam, rațiunea centrală a agravării răspunderii în această ipoteză este disproporția de forțe dintre autor și victimă. Starea de vădită vulnerabilitate nu implică orice disproporție de forță dintre victimă și autor, ci doar acele situații în care este afectată până la esență (prag „cantitativ” subliniat de atributul *vădită*) capacitatea victimei de a se apăra. De aceea, în principiu, o persoană nu se află într-o stare de vădită vulnerabilitate în ipoteza în care agresorul dispune de armă de foc sau de alt mecanism ori sistem de ucidere, iar victima nu dispune de asemenea mijloace pentru a contracara agresiunea.

Cu privire la starea de vădită vulnerabilitate generată de alte cauze, cel mai frecvent exemplu în acest sens este cel al victimei care doarme. Din punctul nostru de vedere, în această ipoteză, starea de vădită „vulnerabilitate” a victimei este discutabilă, incapacitatea ei de a se apăra fiind una de moment.

⁴ Decizia penală nr. 1356/2022 din 03.11.2022 pronunțată de Curtea de Apel Craiova, cod RJ 62269g338 (<https://www.rejust.ro/juris/62269g338>).

⁵ Decizia penală nr. 1396/2023 din 12.10.2023 pronunțată de Curtea de Apel Suceava, cod RJ 9859ge936 (<https://www.rejust.ro/juris/9859ge936>).

⁶ Decizia penală nr. 1784/2023 din 02.11.2023 pronunțată de Curtea de Apel Craiova, cod RJ 5975gdg74 (<https://www.rejust.ro/juris/5975gdg74>).

⁷ Decizia penală nr. 621/2022 din 05.05.2022 pronunțată de Curtea de Apel Cluj, cod RJ 39466ged9 (<https://www.rejust.ro/juris/39466ged9>).

⁸ Decizia penală nr. 899/2022 din 14.12.2022 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, cod RJ 98d3g6699 (<https://www.rejust.ro/juris/98d3g6699>).

Însă raționamentul predominant raportat la această problematică pare a fi acela că, dacă victima dormea, autorul a putut profita de „neputința” ei de a se apăra/de starea sa de vădită vulnerabilitate. Așadar, reținerea agravantei și în acest caz pare a fi mai degrabă rezultatul unei ficțiuni juridice, cât timp somnul reprezintă un proces firesc în cazul oricărei persoane, esențialmente temporar.

O altă discuție interesantă care poate fi purtată este dacă săvârșirea faptei de *omor prin surprinderea victimei* (care, obiectiv, nu se află în stare de vădită vulnerabilitate dintr-o altă cauză) ar putea determina reținerea acestei circumstanțe de calificare. Din punctul nostru de vedere, circumstanța reclamă o vădită vulnerabilitate a victimei „*in abstracto*” și nu poate să cuprindă și această ipoteză. În acest caz disproporția de forțe nu există așa că, cel puțin la nivel teoretic, se poate reține posibilitatea victimei de a riposta⁹.

⁹ În același sens, în practica judiciară s-a reținut că: *„Referitor la solicitarea persoanei vătămate de reținere a circumstanței agravante prevăzute de art. 77 lit. e) Cod penal, vizând aspectul că atacul inculpatului s-a produs din spatele victimei, aspect care ar constitui, în opinia sa, o vădită vulnerabilitate a victimei, tribunalul a constatat că practica judiciară a reținut ca „altă cauză”, de regulă starea de ebrietate avansată a victimei sau vulnerabilitatea determinată de contextul social în care trăia. În opinia primei instanțe, este evident că niciuna dintre aceste situații nu pot fi reținute în cauză, întrucât practic, ceea ce se invocă este neatenția victimei, aflată cu spatele la agresor, ori, neatenția unei victime majore, în putere, nu poate fi asimilată cu o stare de vulnerabilitate din cele avute în vedere de textul de lege.”* – Decizia penală nr. 1034/2022 din 01.11.2022 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, cod RJ dee766e32 (<https://www.rejust.ro/juris/dee766e32>).

B. Starea de vădită vulnerabilitate trebuie să preexiste și ea nu trebuie să fie rezultatul unei acțiuni de înlesnire a omorului realizată de către autor

Condiția preexistenței stării de vădită vulnerabilitate a fost consacrată doctrinar și jurisprudențial¹⁰ prin raportare la circumstanța agravantă generală. Ea își are fundamentul în practica judiciară formată în aplicarea prevederilor art. 175 alin. (1) lit. d) Cod penal de la 1969, în materia infracțiunii de omor profitând de neputința victimei de a se apăra¹¹. Astfel, pentru a fi incidentă circumstanța agravantă în discuție, este necesar ca

¹⁰ În sensul caracterului „exterior” al acestei stări în practica judiciară s-a reținut că: „Potrivit art.77 lit. e din Codul penal, constituie o altă astfel de circumstanță săvârșirea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a victimei, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze. În speță, deși victima era o persoană aparent vulnerabilă (din cauza vârstei înaintate și problemelor de sănătate), această împrejurare nu este suficientă pentru reținerea circumstanței agravante invocate, întrucât textul legal care o reglementează impune și alte condiții pentru incidența sa, respectiv, în mod explicit, aceea ca făptuitorul să fi profitat de acea stare, pentru a comite infracțiunea și, în mod implicit, aceea ca vulnerabilitatea victimei, în cazul concret, să fie exterioară acțiunii acestuia, adică să nu i se datoreze. În speță, aceste condiții nu sunt îndeplinite, întrucât, pe de o parte, inculpatul a atacat-o în mod spontan pe victimă, lovind-o instantaneu, cu o țevă metalică găsită la fața locului, fără a profita în vreun fel de vulnerabilitatea ei, iar, pe de altă parte, aducerea acesteia în neputința de a se mai apăra, urmare a căderii la pământ, după care a continuat să o lovească, cu același obiect, s-a datorat acțiunii sale, de executare a omorului, prin acte repetate de lovire, nefiind exterioară acelei acțiuni” – Decizia penală nr. 847/2021 din 02.07.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, cod RJ 46249g28 (<https://www.rejust.ro/juris/46249g28>).

¹¹ Decizia nr. 55/1982 a Trib. Suprem, secț. penală citată în *Codul penal*, ediție îngrijită de Georgina BODORONCEA, Irina KUGLAY, Lavinia LEFTERACHE, Ionuț Matei, Iuliana Nedelcu, Francisca Vasile, Ed. C.H. Beck, 2007, p.617.

autorul să nu fi provocat (indus) starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, pentru a putea comite infracțiunea¹².

Uneori în practica judiciară condiția preexistenței stării de vădită vulnerabilitate pare să fie ignorată. Astfel, în jurisprudență s-a reținut această împrejurare chiar și în condițiile în care fapta a fost comisă asupra unei victime „în greutate de aproximativ 50 de kg, cu o sănătate foarte fragilă, care după primele două zile de la aplicarea de lovituri, a rămas la pat, nemaiavând puterea de a se mai ridica, de a se mai hrăni, și implicit de a se apăra față de agresiunile fizice ale inculpatului¹³.”

Din punctul nostru de vedere, reținerea formei omorului calificat strict în situația unei stări de vădită vulnerabilitate preexistente poate fi supusă dezbaterii. Periculozitatea celui care pune victima într-o astfel de situație, pentru a-i profita la momentul executării omorului, *versus* a celui care profită de o astfel de stare preexistentă pare a fi egală, dacă nu superioară în cazul primei ipoteze. Din acest punct de vedere „construcția” circumstanței pare a fi criticabilă. Totuși, în mod evident, orice acte materiale ale unei infracțiuni de omor vor aduce la un moment dat victima într-o stare de vădită vulnerabilitate față de autor astfel că, anulând această condiție a preexistenței, s-ar putea ajunge la situația în care orice conduită ar putea fi integrată în această formă de calificare.

¹² Decizia penală nr. 416/2021 din 24.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, cod RJ 46593gg4 (<https://www.rejust.ro/juris/46593gg4>).

¹³ Decizia penală nr. 854/2023 din 21.09.2023 pronunțată de Curtea de Apel Iași, cod RJ 397g639d6 (<https://www.rejust.ro/juris/397g639d6>).

C. Comiterea faptei profitând de starea de vădită vulnerabilitate a victimei

Pentru incidența formei de calificare nu este necesar doar ca, obiectiv, persoana să se afle într-o stare de vădită vulnerabilitate ci mai este necesar și ca autorul să profite de această stare cu prilejul executării faptei. Evident, *a profita* presupune și ca autorul să cunoască existența stării și să-și faciliteze executarea în considerarea ei.

Având în vedere aceste cerințe, eroarea inversă cu privire la existența stării (autorul credea că victima se află în stare de vădită vulnerabilitate însă, *in concreto*, ea nu se afla într-o astfel de stare), înlătură reținerea circumstanței de calificare. La fel, dacă autorul nu cunoștea starea de vădită vulnerabilitate a victimei înseamnă că nu a profitat de aceasta ceea ce, din nou, exclude reținerea formei de calificare.

Folosirea de către legiuitor a adverbului „**profitând**”, care sugerează perfidia autorului omorului, generează dificultăți practice de aplicare a textului, fiind este extrem de dificil a se stabili când agentul a profitat și când nu de o stare de vădită vulnerabilitate a victimei.

Exemplul cel mai relevant din această perspectivă îl reprezintă ipoteza în care victima infracțiunii de omor este un copil de vârstă fragedă. Așa cum am arătat mai sus, în practica judiciară, comiterea faptei asupra unui subiect pasiv cu o vârstă fragedă determina fără prea multe nuanțe și reținerea circumstanței agravante generale corespondente. În opinia noastră însă, nu ar trebui să se poată prezuma în mod absolut că agentul a profitat de starea de vădită vulnerabilitate din simplu fapt conex al comiterii faptei asupra unei astfel de persoane. Totuși, raportat la ipoteza problematică de mai sus, a cere acuzatorului să probeze că autorul nu doar că a ucis un copil în vârstă de 3

luni dar și că el a profitat de starea de vădită vulnerabilitate a victimei ar face această formă de calificare spre imposibil de aplicat.

De aceea, credem că în acest caz ar trebuie să opereze o prezumție relativă conform căreia cel care a ucis o persoană aflată în stare de vădită vulnerabilitate a și profitat de această stare.

Soluția propusă încearcă să concilieze două interese: primul, de a nu anula relevanța acestei forme de calificare și, al doilea, ca răspunderea penală pentru această formă agravată să aibă un substrat subiectiv (autorul a comis fapta *profitând de starea de vădită vulnerabilitate*) și nu un substrat pur obiectiv (simpla existență a stării de vădită vulnerabilitate).

Circumstanța este una reală pentru că se referă la modul de comitere a faptei, respectiv *profitând de starea de vădită vulnerabilitate a victimei*.

II. Circumstanțele agravante speciale în cazul art. 193 și art. 194 Cod penal

Al doilea set de modificări operate de legiuitor în cadrul infracțiunilor contra persoanei, se referă la introducerea unor noi circumstanțe agravante speciale în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 193 și art. 194 Cod penal.

O primă observație critică este aceea că aceste circumstanțe nu se regăsesc și în cazul infracțiunii prevăzute de art. 195 Cod penal, ceea ce constituie o mostră de inconsecvență din partea legiuitorului, având în vedere că art. 195 are în plan conceptual natura unei forme agravate raportat la art. 193 și 194 Cod penal¹⁴.

¹⁴ Totuși, este de menționat că în forma inițiatorului – disponibilă la <https://www.cdep.ro/proiecte/2023/300/00/6/pl338.pdf>, exista o circumstanță agravantă

Totodată, este greu de înțeles, de ce legiuitorul a considerat că aceste forme de agravare ar fi necesare în cazul infracțiunilor contra integrității corporale, însă nu ar fi necesare în cazul infracțiunii de omor. Este adevărat că, în anumite situații, circumstanțele de la omor calificat pot acoperi parțial și situațiile care atrag agravarea răspunderii în cazul faptelor prevăzute de alin. 2 ind. 1 al art. 193 sau 194 C.pen. (spre exemplu, comiterea omorului asupra unui minor aflat în paza, educarea, etc., ar putea implica și comiterea faptei asupra unei persoane aflate în stare de vădită vulnerabilitate), însă o astfel de suprapunere reprezintă situația de excepție și nu regula. Ca atare, o astfel de abordare relativ haotică, prin introducerea unor circumstanțe care agravează răspunderea în cazul unor infracțiuni, cu o motivare mai mult sau mai puțin convingătoare, nu face decât să ridice semne de întrebare cu privire la legitimitatea lor reală.

Mai mult, în ceea ce privește sancțiunile observăm o altă necorelare: vătămarea corporală „dublu” agravată, respectiv săvârșită în condițiile alin. 2

specială similară și în cazul art. 195 Cod penal. Ea a fost însă eliminată din forma finală prin Raportul Comisiei juridice, de disciplină și imunități, argumentându-se în acest sens că: *„Comisia a apreciat că nu se justifică introducerea unor variante agravate în cazul infracțiunii prevăzute de art. 195 din Codul penal, față de forma de vinovăție specifică, infracțiunii de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte fiind o infracțiune praeterintenționată. În plus, și limitele de pedeapsa prevăzute de legea în vigoare pentru aceasta infracțiune sunt unele prea mari, nepermițând dispunerea suspendării executării pedepsei sub supraveghere chiar și în ipoteza reținerii de circumstanțe atenuate, cu toate că, în anumite cazuri, acest lucru ar fi justificat pentru o justă individualizare a pedepsei”* (raport disponibil la <https://www.cdep.ro/comisii/juridica/pdf/2023/rp306.pdf>).

Raportat la această argumentație, nu putem decât să „amintim” că atât infracțiunea de la 193 alin. (2) cât și cea de la 194 alin. (1) pot fi comise cu praeterintenție. Împrejurarea nu a „oprit” însă legiuitorul să considere oportună introducerea circumstanțelor agravante speciale în cazul acestor din urmă infracțiuni.

și cel puțin în prezența uneia dintre circumstanțele de la alin. 2 ind. 1 ajunge să fie mai grav sancționată (din perspectiva maximului special) decât infracțiunea de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte.

Necorelările și inconsecvențele nu se opresc din nefericire aici, astfel cum vom evidenția în analiza punctuală a fiecăreia dintre circumstanțele agravante speciale nou introduse.

A. Victima se află în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul făptuitorului

Această circumstanță reprezintă o „copie” a celei deja existente în materia infracțiunilor contra libertății sexuale, astfel că ea va avea un conținut similar.

În Expunerea de motive a Legii nr. 248/2023¹⁵ nu regăsim nicio referire/argument cu privire la necesitatea introducerii acestei noi circumstanțe agravante speciale. Așadar, nu putem decât intui că ceea ce a determinat legiuitorul să determine agravarea răspunderii în acest caz este poziția vulnerabilă a victimei în fața agresorului. Din punctul nostru de vedere, circumstanța putea fi în continuare „valorificată” strict în procesul de individualizare al sancțiunii, fără a fi necesară (sau oportună) transformarea ei într-o circumstanță agravantă specială.

Oricum, o bună parte din sfera ei de incidență era deja „acoperită” de alte infracțiuni cum ar fi infracțiunea de purtare abuzivă și cea de violență asupra unui membru de familie. Introducerea ei nu face decât să complice lucrurile din perspectiva raportului care va exista între aceasta și infracțiunile mai sus menționate.

¹⁵ Disponibilă la <https://www.cdep.ro/proiecte/2023/300/00/6/em338.pdf>.

În ceea ce privește conținutul circumstanței, nu este necesar ca autorul să aibă o calitate specială în plan formal, adică să fie medic, părinte sau orice persoană care, de regulă, este obligată să îngrijească, ocrotească, educe, păzească sau trateze o altă persoană, fiind suficient ca, în concret, autorul să desfășoare o astfel de activitate. De exemplu, se va putea reține această formă agravată și în sarcina celui care agresează victima pe care o îngrijea (în calitate de bună, spre exemplu), fără a fi însă rudă cu aceasta.

Așadar, pentru ca art. 193 sau art. 194 C.pen. să se rețină în această formă agravată, este suficient ca acuzarea să dovedească faptul că, în concret, victima era îngrijită, ocrotită, educată, păzită sau tratată de făptuitor.

De regulă, situațiile tipice pentru această formă agravată (cel puțin în materia infracțiunilor contra libertății sexuale) au fost cele în care autorul este profesorul, antrenorul, îngrijitorul sau medicul persoanei agresate¹⁶.

O primă problemă importantă ridicată de această nouă formă agravată este **raportul dintre aceasta și infracțiunea de violență asupra unui membru de familie prevăzută de art. 199 Cod penal**. Discuțiile sunt generate tocmai de o importantă suprapunere între sfera de incidență a acestei agravante cu cea prevăzută la art. 199 Cod penal.

Altfel spus, raportat la un exemplu concret, trebuie stabilit dacă în cazul unei astfel de „intercalări” vom agrava sau nu de două ori răspunderea penală a autorului. Spre exemplu, dacă autorul comite fapta asupra copilului său, pe care-l avea în îngrijire și educare, vom agrava răspunderea prin reținerea alin. (2) ind. 1 din cadrul art. 193/194 și apoi prin majorarea acestor prime limite cu o treime (cum cere art. 199 Cod penal) sau vom proceda la o

¹⁶ Astfel de ipoteze generează însă discuții vizavi de relația dintre forma agravată și infracțiunea de purtare abuzivă (a se vedea *infra*).

singură agravare și, în caz afirmativ, care dintre cele două circumstanțe de agravare va avea prioritate?

Tehnic, soluția pare a fi cea a dublei agravări, cât timp comiterea faptei asupra unui membru de familie nu implică în mod necesar ca membrul de familie să se afle și în îngrijirea, ocrotirea etc. a autorului¹⁷. La fel, o persoană aflată în îngrijirea/ocrotirea/paza nu este în mod necesar un membru de familie al autorului. Pe de altă parte, este clar că, cel puțin principial, cele două circumstanțe au rațiuni similare. Așadar, orice răspuns la această problemă pare să fie problematic. Din punctul nostru de vedere, pentru a evita o supra agravare a răspunderii penale, ar trebui să dăm prioritate exclusiv noii forme agravate, strict în considerarea tratamentului sancționator mai aspru (majorarea limitelor speciale cu o treime) față de cel aferent infracțiunii de violență în familie (majorarea maximumului special cu o pătrime)¹⁸.

O altă problemă este **raportul acestei forme agravate cu infracțiunea de purtare abuzivă**. Așa cum am arătat deja, existența acestei din urmă infracțiuni pune în discuție însăși necesitatea formei agravate căci, de cele mai multe ori, statutul victimei de persoană aflată în îngrijirea/ocrotirea/tratamentul sau paza făptuitorului va atrage și calitatea

¹⁷ Pe de altă parte, atunci când discutăm despre un membru de familie minor, împrejurarea de a se afla în îngrijirea/educarea/ocrotirea autorului pare a fi subînțeleasă.

¹⁸ În acord cu opinia de noi exprimată, în doctrină s-a susținut că într-o atare situație de suprapunere, se va agrava răspunderea strict prin raportare la circumstanța agravantă cea mai recentă, respectiv alin. 2 ind. 1 Cod penal – M. UDROIU, *Sinteza modificărilor legislative operate prin Legile 171/2023, nr. 213/2023, nr. 217/2023 și nr. 248/2023 în cazul infracțiunilor contra persoanei și a celor contra patrimoniului – Analele Universității București – Seria Drept*, Forum Juridic nr. 2/2023, p. 118-119, disponibil pe <https://drept.unibuc.ro/>.

specială a subiectului activ prevăzută de art. 296 Cod penal - *persoană aflată în exercitarea atribuțiilor de serviciu*¹⁹.

Prin urmare, și în acest caz se pune întrebarea dacă, în ipoteza în care fapta este comisă de către o persoană aflată în exercitarea atribuțiilor de serviciu, atribuții ce implică îngrijirea/ocrotirea/educarea/tratamentul sau paza victimei, limitele speciale de la infracțiunea de purtare abuzivă vor fi determinate prin raportare la alin. 2 ind. 1 din cadrul art. 193 sau prin raportare la art. 193 alin. (1) sau (2) Cod penal.

În doctrină²⁰, s-a reținut în mod corect că avem de-a face cu un concurs de calificări redundante. Raportat la această situație, apreciem din nou că atunci când discutăm despre o astfel de suprapunere, pentru a evita o supra agravare a răspunderii penale, operațiunea de majorare a limitelor conform art. 296 Cod penal va avea în vedere limitele alin. (1) sau (2) din cadrul art. 193 Cod penal²¹.

Circumstanța este una reală care se va răsfrânge asupra celorlalți participanți dacă au cunoscut-o sau prevăzut-o. Având în vedere că și în acest caz accentul cade asupra calității subiectului pasiv și nu asupra calității

¹⁹ Pe de altă parte, este cert că se pot imagina ipoteze care să atragă incidența formei agravate, fără să atragă incidența art. 296 Cod penal (spre exemplu, o studentă care primește o sumă de bani pentru a avea grijă de un minor pentru o seară sau situația în care persoana are doar faptic acea calitate, fără a fi un funcționar public sau privat, aflat în exercitarea atribuțiilor sale de serviciu, conform legii penale).

²⁰ M. UDROIU, *op. cit.*, p. 118

²¹ Aceste două ipoteze supuse discuției relevă încă o dată cât de nepotrivită este o intervenție legislativă fără a exista o minimă încercare de a corela modificările propuse cu ceea ce deja există.

corespondente a subiectului activ apreciem că circumstanța trebuie calificată drept una reală și nu drept una personală de individualizare²².

B. Comiterea faptei asupra unui minor

Agravarea răspunderii în acest caz pare să aibă în vedere starea de vulnerabilitate a minorului. Chiar dacă până la o anumită vârstă, o astfel de circumstanță de agravare ar părea justificată, credem că legitimitatea ei scade odată cu creșterea vârstei minorului. În orice caz, apreciem că o astfel de agravare nu era necesară, în legislația penală regăsindu-se deja suficiente instrumente care să permită agravarea răspunderii în situații de acest gen – circumstanța agravantă generală a comiterii faptei asupra unei persoane aflată în stare de vădită vulnerabilitate sau aplicarea criteriilor comune de individualizare a pedepsei.

Din nou sesizăm o necorelare, căci dacă săvârșirea unei fapte de omor asupra unui minor atrage agravarea răspunderii doar dacă fapta a fost comisă asupra minorului aflat în stare de vădită vulnerabilitate iar autorul a profitat de această stare, comiterea unei fapte de agresiune fizică asupra unui minor va atrage instant agravarea răspunderii autorului.

În mod evident, circumstanța presupune ca cel puțin unul dintre actele materiale ale infracțiunii să fie comis asupra unei persoane cu vârsta sub 18 ani. Dacă discutăm despre o faptă comisă în formă continuată, pentru reținerea faptei în formă agravată în ansamblul său este așadar suficient ca unul dintre actele materiale să fie comis în prezența acestei circumstanțe.

Circumstanța este una reală, fiind vorba din nou despre o calitate specială a subiectului pasiv.

²² În sens contrar, în doctrină s-a apreciat că circumstanța ar fi una personală de individualizare – M. UDROIU, *op. cit.*, p. 119.

C. Comiterea faptei în public

În Expunerea de motive²³, cu privire la argumentele care ar fundamenta agravarea răspunderii penale în astfel de situații, se arată că:

„Frecvența cazurilor de loviri și alte violențe în spațiul public, gravitatea consecințelor unor astfel de fapte (infirmități, decesul unor persoane), precum și escaladarea faptelor de tulburare a ordinii și liniștii publice petrecute în ultima perioadă, au scos în evidență existența unui specific ce se caracterizează prin participarea unui număr important de persoane, existența unor stări conflictuale mai vechi, exercitarea unor acte de violență și atitudine refractară, inclusiv față de forțele de ordine, manifestată ostentativ și prin violență.

În unele cazuri, faptele comise în public au fost precedate de fapte de instigare publică, prin folosirea unor platforme sociale, atât prin mesaje, dar mai ales prin imagini și clipuri video (în direct), aspecte care au sporit violența și caracterul intimidant la adresa comunității.

De aceea este necesar ca acest gen de evenimente să primească un răspuns ferm, adecvat și mai aspru din partea autorităților, întrucât astfel de situații pot degenera ajungând la producerea unor fapte antisociale mai grave.

În acest sens, săvârșirea faptei în public, trebuie incriminată distinct, ca o formă agravantă a infracțiunii de bază..

Forma agravantă propusă pentru cele trei infracțiuni vizează victima violențelor și nu comunitatea (cum este cazul faptei prevăzută la art. 371 Cod penal). Săvârșirea în public a faptei determină un prejudiciu suplimentar pentru victimă prin aceea că:

²³ Disponibilă la <https://www.cdep.ro/proiecte/2023/300/00/6/em338.pdf>

- fapta se produce într-un mediu necontrolat de aceasta, spre deosebire de aceeași faptă săvârșită în mediul privat (unde victima are posibilitatea și mijloacele să refuze contactul cu posibili agresori)
- prin aducerea faptei al cunoștința publicului, se prejudiciază dreptul al demnitate a victimei
- săvârșirea faptei în public afectează și nivelul de siguranță resimțit de victimă și îi modelează comportamentul, în sensul timorării acesteia de a-și exercita drepturile în spațiul public.

O reacție mai fermă este necesară pentru a descuraja violențele din public, tot mai des mediatizate, progresul tehnologic facilitând diseminarea și aducerea la cunoștință a acestor acțiuni. Spre exemplu, luăm la cunoștință tot mai des de lovirea unei persoane în spațiul public, din cauza unei neînțelegeri în trafic.”

Deși unele dintre argumentele aduse ar putea fi considerate pertinente (prejudicierea dreptului la imagine și o eventuală lezare a nivelului de siguranță resimțit de victimă), celelalte argumente erau deja „acoperite” prin alte infracțiuni cum ar fi tulburarea liniștii și ordinii publice ori instigarea publică la comiterea unor infracțiuni.

Mai mult, e greu de înțeles cum o infracțiune de lovire sau vătămare corporală poate să fundamenteze agravarea răspunderii pentru comiterea faptei în public, însă nu și comiterea unei infracțiuni de omor sau lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte.

La nivel de conținut, această circumstanță de agravare vizează locul și împrejurările în care se comite fapta. Noțiunea de faptă comisă în public este definită în art. 184 C.pen. Astfel, prin faptă comisă în public se înțelege comiterea acesteia²⁴:

²⁴ Având în vedere similitudinile acestei forme agravate cu cea a omorului calificat prevăzută de art. 175 alin. 1 lit. i Cod penal 1969, a se vedea și S. BOGDAN, *op. cit.*, pp. 33-35

1. Într-un loc care, prin natura sau destinația lui, este totdeauna accesibil publicului, chiar dacă nu este prezentă nici o persoană.

De exemplu, se va reține această ipoteză în cazul comiterii unei fapte de agresiune fizică pe un drum public, într-o piață sau într-un parc.

Nu ar trebui inclusă în această ipoteză comiterea faptei pe un câmp, proprietate privată, deoarece chiar dacă un astfel de loc nu este îngrădit, aflându-se în proprietatea privată a unei persoane, el nu va putea fi considerat ca un loc întotdeauna accesibil publicului.

Incidența acestei agravante va fi determinată prin raportare la locul unde s-a săvârșit actul de executare și nu cel în care s-a produs exclusiv rezultatul.

În sens contrar, raportat la vechea formă de omor calificat din Codul penal 1969 s-a decis²⁵ că cel care, prin agresiuni repetate, determină victima să se sinucidă, ceea ce aceasta și face aruncându-se de la etaj pe aleea din fața blocului și decedând, va răspunde pentru un omor calificat comis în public deoarece victima a decedat pe aleea din fața blocului care este un loc public în sensul art. 152 lit. a C.pen. 1969. Din punctul nostru de vedere acest raționament este criticabil și nu ar trebui translatat în cazul noii forme agravate.

Se pune întrebarea dacă agresarea victimei într-un autoturism aflat pe un drum public poate determina sau nu reținerea formei agravate?

Credem că agresarea victimei în interiorul unui autovehicul, fără alte elemente suplimentare (fapta comisă cu scopul de a fi auzită) nu atrage reținerea faptei în formă agravată, cât timp în interiorul unui autovehicul

²⁵ Dec. nr. 811/2002 a Curții Supreme de Justiție, publicată în Pandectele Române nr. 2/2003, p. 60.

persoanele se bucură de o relativă intimitate²⁶, spațiul nefiind așadar unul întotdeauna accesibil publicului.

Dacă actul de agresiune se realizează din afara autoturismului (victima este lovită de către agresor prin geamul deschis al autoturismului) atunci circumstanța de agravare va putea fi reținută. Aceasta deoarece actul de executare este comis în public chiar dacă rezultatul se produce într-un loc nepublic.

O altă problemă interesantă care se ridică este dacă putem considera că fapta este comisă în public atunci când ea este săvârșită în cadrul unei transmisiuni în direct pe o rețea de socializare, transmisiune accesibilă necondiționat publicului. Se știe că în materie civilă, practica judiciară este orientată înspre a considera că rețelele de socializare reprezintă un spațiu public²⁷. Din punctul nostru de vedere, formularea legiuitorului din sfera dreptului penal pare să sugereze că termenul penal de *în public* are în vedere un loc în sens material și nu în „sens digital”. În plus, inclusiv argumentele aduse de inițiatorul acestor modificări legislative par să fie doar parțial compatibile cu extinderea noțiunii de *în public* și la spațiul digital, accesibil necondiționat publicului.

2. În orice alt loc accesibil publicului, dacă sunt de față două sau mai multe persoane

În această categorie intră locurile care sunt accesibile publicului în anumite condiții. De exemplu, vom fi într-o atare ipoteză în cazul comiterii

²⁶ Faptul că putem discuta chiar și despre infracțiunea de violare de domiciliu în cazul pătrunderii într-un autoturism în care o persoană locuiește relevă că acesta oferă o oarecare intimitate incompatibilă cu ideea de spațiu accesibil *in abstracto* publicului.

²⁷ A se vedea în acest sens Decizia ÎCCJ nr. 4564 din 27 noiembrie 2014, disponibilă pe www.scj.ro.

faptei într-un magazin în timpul programului sau într-un muzeu în intervalul în care este deschis publicului.

O condiție suplimentară este și aceea ca la comiterea faptei să fie de față cel puțin două persoane. Evident, nu vor fi luate în calcul victima și eventualii participanți la comiterea faptei (coautori, complici concomitenți).

3. Într-un loc neaccesibil publicului, cu intenția însă ca fapta să fie auzită sau văzută, și dacă acest rezultat s-a produs față de două sau mai multe persoane

În această situație, locul nu trebuie să fie accesibil publicului, dar autorul trebuie să comită fapta astfel încât să fie auzită sau văzută iar acest rezultat să se fi produs față de cel puțin două persoane. Spre exemplu, vom discuta despre o astfel de ipoteză în cazul unor acte de violență comise de autor asupra unui prieten în propria locuință, cu intenția ca fapta să fie văzută sau auzită de două sau mai multe persoane, dacă acest rezultat s-a și produs.

O problemă similară se ridică și în acest cadru, respectiv dacă putem discuta despre comiterea faptei în public atunci când fapta este comisă în cadrul unei transmisiuni live, dacă aceasta este vizualizată în timp real de două sau mai multe persoane. Aici, având în vedere că „efectul” se produce asupra a două sau mai mult persoane (chiar dacă într-o manieră „digitală”) apreciem că putem discuta despre reținerea acestei forme agravate.

4. Într-o adunare sau reuniune de mai multe persoane, cu excepția reuniunilor care pot fi considerate că au caracter de familie, datorită naturii relațiilor dintre persoanele participante

De exemplu, vor intra în sfera acestei ipoteze, agresiunea fizică comisă în timpul ședinței unui adunări generale a acționarilor sau în timpul unei

conferințe. Toate aceste situații sunt calificabile ca reuniuni de persoane, fiind lipsite evident de dimensiunea familială.

Apare întrebarea interesantă dacă putem discuta despre comiterea faptei în public în situația în care discutăm despre diverse petreceri sau chiar nunți. Credem că, dacă nunta/petrecerea are un număr restrâns de persoane, respectiv rude sau prieteni apropiați, fapta nu va fi comisă în public datorită naturii relațiilor dintre persoanele participante. Dacă însă la eveniment sunt invitate foarte multe persoane, care nu se cunosc în nici un fel, forma agravată va putea fi reținută. În concret, magistratul va decide dacă acea reuniune avea sau nu un caracter familial. Putem adăuga că în cazul nunților poate funcționa o prezumție relativă că reuniunea are un caracter de familie, putându-se face și dovadă contrară.

Circumstanța agravantă specială a comiterii faptei în public ridică și ea probleme privind **raportul care există dintre această formă agravată și infracțiunea de tulburare a liniștii și ordinii publice**. Soluția, care pare să fie argumentată inclusiv de către inițiator, este aceea a concursului de infracțiuni. Formal ea este corectă având în vedere diferența la nivelul valorilor sociale ocrotite de cele două norme. Totuși, dacă în cazul infracțiunilor de la art. 193 sau 194 Cod penal forma agravată va fi reținută dacă fapta de lovire sau vătămare se comite „*in abstracto*” în public, nu orice astfel de faptă va fi încadrabilă automat și în infracțiunea de tulburare a liniștii și ordinii publice, tipicitatea acesteia din urmă cerând și o tulburare efectivă a liniștii și ordinii publice.

D. Făptuitorul are asupra sa o armă de foc, un obiect, un dispozitiv, o substanță sau un animal ce pot pune în pericol viața, sănătatea ori integritatea corporală a persoanelor

Această formă agravată este detașat cea mai „creativă” dintre cele introduse prin Legea 248/2023.

Câteva observații critice pot fi făcute încă de la început.

Pe de-o parte, este de neînțeles de ce legiuitorul a considerat oportun să deroge de la abordarea tradițională pentru o astfel de circumstanță, considerând necesar să renunțe la termenul de *armă* definit în Partea Generală a Codului penal și să recurgă la o enumerare de obiecte care nu face decât să ridice probleme de previzibilitate (*dispozitiv, substanță sau animal ce pot pune în pericol viața*). Am fi avut parte de o abordare mult mai unitară dacă, pornind de la premisa (discutabilă) că o astfel de circumstanță era necesară, legiuitorul ar fi preluat conținutul corespondent al acestei forme agravate din cadrul altor infracțiuni (lipsire de libertate – *persoană având asupra sa o armă*, violare de domiciliu – *persoană înarmată* sau tâlhărie – *prin folosirea unei arme*).

O a doua observație în aceeași notă critică este aceea că este greu explicabil de ce această circumstanță agravantă specială se justifică în cazul celor două infracțiuni contra integrității și sănătății dar nu și în cazul omorului sau infracțiunii de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte.

Conținutul circumstanței ridică și el semne de întrebare.

Pe de-o parte, enumerarea redundantă este de observat căci, în mod cert, un dispozitiv este și el un obiect. În plus, deși s-a încercat limitarea incidenței sale prin precizarea *ce pot pune în pericol viața, sănătatea ori integritatea corporală a persoanelor*, este clar că aproape orice obiect, dispozitiv, substanță sau animal au această aptitudine dacă sunt folosite în

maniera potrivită. Ne întrebăm (retoric, desigur) dacă oare nu ar fi fost mai oportun ca legiuitorul să ceară folosirea efectivă a armei (sau chiar a obiectului, dispozitivului, substanței sau animalului) și nu doar ca persoana să aibă asupra sa un astfel de obiect?!?

Trecând la conținutul efectiv al circumstanței, această reclamă două împrejurări cumulative:

1. Făptuitorul să aibă asupra sa o armă de foc, un obiect, un dispozitiv, o substanță sau un animal

Singura noțiune care beneficiază de o definiție legală este cea a armei de foc. Astfel, potrivit art. 2 pct. 2 din *Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și munițiilor*:

reprezintă armă de foc „orice armă portabilă cu țeavă care poate arunca, este concepută să arunce sau poate fi transformată să arunce alice, un glonț ori un proiectil prin acțiunea unui combustibil de propulsie; se consideră că un obiect poate fi transformat pentru a arunca o alice, un glonț sau un proiectil prin acțiunea unui combustibil de propulsie dacă are aspectul unei arme de foc și, ca urmare a construcției sale sau a materialului din care este confecționat, poate fi transformat în acest scop; în înțelesul prezentei legi, nu sunt incluse în definiția armelor de foc armele prevăzute în categoriile D și E din anexă.”

Noțiunile de obiect, dispozitiv, substanță sau animal vor avea semnificația din limbajul comun.

Conform voinței legiuitorului, nu este necesar ca făptuitorul să folosească arma, obiectul etc. ci este suficient ca el să le aibă asupra sa. A avea asupra sa presupune o accesare facilă a obiectului în vederea folosirii la agresarea victimei și nu reclamă ca obiectul (*lato sensu*) să se afle asupra corpului făptuitorului (*stricto sensu*). În mod evident, așa cum am mai menționat, ar fi fost de dorit ca o eventuală agravare a răspunderii penale să

intervină doar dacă obiectul, dispozitivul, substanța sau animalul a fost folosit la atac.

2. Obiectul, animalul sau substanța aflată asupra făptuitorului să poată pune în pericol viața, sănătatea ori integritatea persoanelor

Interpretată literal, având în vedere că orice obiect/dispozitiv/substanță ar avea teoretic aptitudinea de a pune în pericol viața sau, cel puțin, sănătatea ori integritatea persoanelor, reținerea agravantei ar fi „justificată” în aproape orice ipoteză în care făptuitorul are asupra sa un obiect, o substanță sau un animal. Spre exemplu, dacă la momentul comiterii agresiunii autorul ținea în lesă un câine de talie mare sau chiar un pudel, fapta sa ar intra automat sub incidența acestei agravante, fără alte nuanțe.

Pentru a mai diminua puțin din absurdul situației, credem că aptitudinea obiectului, substanței, animalului sau dispozitivului de a leza integritatea trebuie evaluată *in concreto* raportat la întregul context al comiterii faptei și nu *in abstracto* (o evaluare *in abstracto* a acestei aptitudini ar conduce aproape întotdeauna la concluzia existenței ei). Evaluarea *in concreto* presupune în opinia noastră și cerința ca obiectul/dispozitivul etc. respectiv să prezinte o pericolozitate concretă pentru victimă, din perspectiva modului de comitere a agresiunii asupra ei.

Așadar, spre exemplu, dacă inculpatul agresează victima având un câine închis în camera alăturată, nu s-ar putea discuta în mod rațional despre reținerea acestei agravante din această unică împrejurare. Pe de altă parte, dacă autorul, în timp ce agresează victima are în apropiere câinele său agresiv, care ar putea fi folosit la agresarea victimei, circumstanța, în forma propusă de legiuitor, ar putea fi incidentă.

Circumstanța este una reală.

În cazul infracțiunii de loviri sau alte violențe, comiterea faptei în prezența cel puțin a uneia dintre circumstanțele agravante speciale mai sus analizate va determina posibilitatea urmării faptei și din oficiu.

E. Agravarea răspunderii penale în cazul comiterii faptei de hărțuire față de un minor

Prin Legea nr. 248/2023 se aduce și o modificare a infracțiunii de hărțuire, în sensul introducerii unei noi circumstanțe agravante speciale (comiterea faptei de hărțuire față de un minor).

Având în vedere că fapta este una intenționată, autorul trebuie să cunoască/să accepte faptul că victima este/ar putea fi un minor.

Circumstanța este una reală.

F. Introducerea unei noi modalități de comitere în cazul infracțiunii prevăzute de art. 226 Cod penal – violarea vieții private

Modificările aduse prin Legea nr. 171/2023 vizează așa numita ipoteză de „*porn revenge*” (pornografie din răzbunare). Totuși, din punctul nostru de vedere, demersul inițiatorului și apoi demersul legislativ în sine a pornit de la cunoaștere inexactă a normei de incriminare în forma sa inițială.

Astfel, în Expunerea de motive²⁸ se arată că ipoteza care a determinat modificarea normei de incriminare este următoarea:

²⁸ Disponibilă la <https://www.cdep.ro/proiecte/2019/600/00/6/em686.pdf>

„Presupunem că doamna L. îi permite fostului său partener să-i facă o fotografie dezbrăcată, deoarece a fost sigură că nimeni altcineva nu va vedea vreodată această fotografie. După ce se despart, acesta îi trădează încrederea pentru a se răzbuna. Postează fotografia, împreună cu datele de contact și numele doamnei L. pe numeroase rețele de socializare și ca urmare ea primește telefoane, e-mailuri, cereri de prietenie de la necunoscuți, majoritatea propunându-i întâlniri.”

Inițiatorii continuă argumentația arătând că un astfel de scenariu nu intra sub incidența niciunei norme de incriminare.

Premisa inițiatorilor modificării este însă greșită căci o astfel de conduită intra deja în sfera de tipicitate a art. 226 alin. (2) Cod penal. Astfel, prin Decizia nr. 51/2021 pronunțată de instanța supremă în procedura privind dezlegarea unor chestiuni de drept, s-a stabilit că

„... tipicitatea infracțiunii de violare a vieții private în modalitatea incriminată de art. 226 alin. (2) din Codul penal nu este condiționată de deținerea unor sunete, convorbiri ori imagini realizate fără drept, prin fotografierea, captarea sau înregistrarea de imagini, ascultarea cu mijloace tehnice sau înregistrarea audio a unei persoane aflate într-o locuință sau încăpere ori dependință ținând de acestea sau a unei convorbiri private.”

Așadar, ipoteza în care imaginile, sunetele, convorbirile ulterior divulgate au fost obținute/realizate inițial de către un terț (inclusiv cu consimțământul persoanei vizate) se circumscria deja tipicității alineatului (2)

Singura ipoteză care ridică într-adevăr probleme din perspectiva *pornografiei din răzbunare* era cea a divulgării unor imagini, sunete sau convorbiri realizate anterior de către victima însăși.

În forma inițială a textului, acest scenariu nu putea fi inclus în sfera de tipicitate a normei, el ridicând reale probleme de tipicitate cât timp, din interpretarea gramaticală a art. 226 alin. 1 C. pen., rezulta că fapta are în

vedere doar fotografii, imagini, înregistrări realizate de un terț și nu „auto” fotografiieri, înregistrări etc. Excluderea unei astfel de ipoteze din tipicitatea alineatului secund, lăsa nesancționată o plajă relevantă de conduite, frecvent întâlnite, care încălcau viața privată a persoanei.

Așadar, deși inițiativa legislativă a pornit principial de la o premisă greșită, ea ajunge totuși să-și demonstreze utilitatea într-un alt context.

În acest cadru a „apărut” art. 226 alin. (2) ind. 1 Cod penal conform căruia constituie infracțiune:

„(2¹) Divulgarea, difuzarea, prezentarea sau transmiterea, în orice mod, a unei imagini intime a unei persoane identificate sau identificabile după informațiile furnizate, fără consimțământul persoanei înfățișate, de natură să provoace acesteia o suferință psihică sau să aducă atingere imaginii sale.”

Alineatul următor definește elementul central de tipicitate, respectiv noțiunea de imagine intimă: „prin imagine intimă se înțelege orice reproducere, indiferent de suport, a imaginii unei persoane nude, care își expune total sau parțial organele genitale, anusul sau zona pubiană sau, în cazul femeilor, și sânii, ori care este implicată într-un raport sexual sau act sexual.”

Raportat la *tipicitatea obiectivă a faptei*, putem face câteva observații preliminare:

În mod evident, **noțiunile de divulgare, difuzare, prezentare sau transmitere vor avea aceeași semnificație cu cea din alin. (2).**

Astfel, raportat la semnificația punctuală a actelor de executare, **divulgarea** se referă la acțiunea de transmitere nemijlocită a imaginii intime către o altă persoană. **Difuzarea** are o notă mai „impersonală”, ea implicând transmiterea imaginii unui număr nedeterminat de persoane prin mijloace de comunicare în masă (mass media, rețele de socializare). **Transmiterea** se referă la situația comunicării informației unei alte persoane prin mijloace de comunicare la distanță. **Prezentarea** informației se referă la situațiile în care

informația este comunicată unui număr nedeterminat de persoane (cel puțin una) în mod nemijlocit.

Observăm o asimetrie față de tipicitatea „de bază” a faptei de divulgare din cadrul infracțiunii de violare a vieții private. Astfel, dacă în cazul alin. (2), obiect al actului de executare pot fi sunete, convorbiri ori imagini etc., în cazul alin. (2¹) discutăm exclusiv despre imagini (fotografii sau video). Excluderea sunetelor sau convorbirilor de aceeași natură intimă poate fi considerată extrem de discutabilă în condițiile în care și acestea pot genera o încălcare a vieții private (spre exemplu, o înregistrare audio cu conotație sexuală efectuată de victimă și transmisă apoi autorului sau o înregistrare audio a unui act sexual în care persoanele sunt identificate sau identificabile).

O altă alegere discutabilă a legiuitorului este condiționarea tipicității faptei de aptitudinea actului de executare **de a provoca suferințe psihice sau de a aduce atingere imaginii victimei**. Noțiunea de suferințe psihice contravine abordării tradiționale a legiuitorului, regăsită în cadrul infracțiunilor contra integrității corporale, unde acesta face referire doar la suferințe fizice sau lezarea integrității/sănătății care reclamă zile de îngrijire medicală. Este așadar o ipoteză rară în care legiuitorul face referire la „suferințele psihice” ca și condiție de tipicitate și impune organelor judiciare un demers riscant. Fie de a considera că o astfel de conduită implică automat și o suferință psihică, fie de a considera că ea determină lezarea demnității persoanei. Pe de altă parte, având în vedere formularea „largă” a ultimei sintagme (*aduce atingere imaginii victimei*), analiza producerii unor suferințe psihice pare inutilă.

O astfel de limitare a tipicității îngreunează, cel puțin la nivel teoretic, probarea faptei, cu atât mai mult cu cât termenii utilizați (suferință psihică și atingere adusă imaginii) sunt extrem de fluizi. Totuși, este foarte probabil ca

tendința practicii judiciare să fie aceea de a prezuma (aproape de absolut) existența unei astfel de urmări (mai ales cea privind lezarea demnității) și de a nu o supune unei analize foarte scrupuloase.

Dincolo de aceste critici preliminare, analizând tipicitatea faptei sesizăm că textul gravitează în jurul *imaginii intime*. Astfel, imaginea intimă poate fi stocată pe orice suport (electronic sau format fizic – fotografie) iar comiterea actului de executare poate avea loc în orice mod (divulgare în format electronic sau în format fizic).

La nivel de conținut, imaginea trebuie să conțină persoane nude (total sau parțial), care își expun total sau parțial organele genitale, anusul sau zona pubiană ori, în cazul femeilor, și sânii sau persoane implicată într-un raport sexual sau act sexual.

Imaginile intime trebuie să fie atribuibile unei persoane anume, textul cerând ca imaginile să fie ale unei **persoane identificate sau identificabile**. În cazul unei persoane identificate discutăm despre atașarea explicită a identității victimei respectivelor imagini iar în cazul uneia identificabile discutăm despre furnizarea de către autor a oricăror informații care determină atribuirea acelei imagini unei persoane anume (prin referire la diverse calități ale victimei, statutul ei social sau profesional, etc.).

Interesantă este situația în care doar victima se recunoaște în imaginile prezentate publicului, pentru ea fiind clar cine se regăsește în acele imagini. Având în vedere că valoarea socială protejată este dreptul la viață privată al victimei credem că fapta poate fi tipică dacă autorul acceptă ca persoana s-ar putea identifica singură (chiar dacă nu știe exact identitatea ei la momentul divulgării) și că actul de executare ar putea să producă o lezare a demnității victimei.

O altă problemă interesantă care poate fi dezbătută este dacă fapta rămâne tipică în condițiile în care autorul publică imagini intime ale unei

persoane (X) atribuindu-le unei alte persoane (Y)? Din punctul nostru de vedere, dacă imaginile divulgate aveau deja un caracter public (fiind preluate, spre exemplu, de pe Internet) nu vom putea discuta despre o faptă tipică în condițiile în care imaginea nu mai are un caracter intim iar publicarea imaginii nu ar trebui să fie de natură să provoace suferințe psihice sau să aducă efectiv atingere imaginii victimei. Pe de altă parte, în cazul în care imaginea intimă divulgată nu avea un caracter public, s-ar putea discuta despre o faptă tipică față de subiectul pasiv X, în cazul în care, în ciuda asocierii realizată greșit de autor, imaginea i-ar putea fi totuși atribuită lui X. În ceea ce o privește pe Y, credem că fapta nu ar trebui să fie tipică pentru că obiectiv imaginea intimă divulgată nu redă corpul sau alte elemente cu caracter intim ale persoanei Y. Totuși, având în vedere că ar reveni în sarcina lui Y să demonstreze că nu ea se regăsește în pozele publicate, soluția lipsei de tipicitate a unei astfel de fapte ar putea fi considerată discutabilă.

În ceea ce privește **imaginile intime care se referă la persoane implicate într-un raport sexual sau act sexual**, sesizăm că legiuitorul nu a folosit termenii deja consacrați în această materie (raport sexual firesc, act sexual oral sau anal ori act de natură sexuală). Se iese în consecință întrebarea dacă noțiunea de act sexual utilizată în definiția imaginii intime face referire doar la actul sexual oral sau anal sau include orice conduită de natură sexuală (actul de natură sexuală). În opinia noastră interpretarea rațională este cea din urmă. Așadar, imaginile intime au în vedere conduite de natură sexuală care ar putea intra în tipicitatea infracțiunii de agresiune sexuală sau viol (de pildă, penetrare vaginală sau anală cu un obiect). Totuși, având în vedere paleta foarte largă de conduite care pot fi incluse în noțiunea de act de natură sexuală, credem că interpretarea trebuie „îngrădită” prin

raportare la rațiunea incriminării și la urmarea cerută de normă (aptitudinea de a provoca suferințe psihice sau de a aduce atingere imaginii unei persoane).

În ceea ce privește **raportul normei cu celelalte alineate**, credem că aceasta formează împreună cu alin. (2) o infracțiune cu conținut alternativ. De aceea, vom discuta despre o singură infracțiune în cazul în care autorul divulgă, în aceeași împrejurare sau în împrejurări diferite, dar în baza aceleiași rezoluții infracționale, imagini sau sunete (unele obținute fără consimțământul victimei iar altele cu consimțământul acesteia). Limitele sancțiunii vor fi cele aferente alin. 2 ind. 1, având în vedere că ele sunt mai ridicate.

O ipoteză mai problematică este cea în care discutăm despre imagini intime divulgate, efectuate nu de către victimă ci de către o altă persoană, cu consimțământul primei. Într-o atare situație, la acest moment avem de-a face cu un concurs de calificări căci o astfel de conduită este tipică atât prin raportare la alin. (2) cât și prin raportare la alin. (2¹) – sub rezerva îndeplinirii și celorlalte condiții de tipicitate. Acest concurs de calificări problematic ar trebui soluționat în favoarea alin. (2) ind. 1 având în vedere că textul are în vedere tocmai ipoteza imaginilor cu caracter intim. Pe de altă parte, soluția propusă poate fi discutabilă cât timp alineatul 2 nu reclamă o urmare similară celei cerute de alin. 2 ind. 1.

Dintr-o altă perspectivă, relația normei de incriminare cu alin. (1) sau (5) al art. 226 rămâne în aceiași parametri, infracțiunea fiind din această perspectivă una cu conținuturi alternative.

Conform alin. (4¹) nu constituie infracțiune fapta prevăzută la alin. (2¹) dacă făptuitorul surprinde săvârșirea unei infracțiuni sau contribuie la dovedirea săvârșirii unei infracțiuni.

Din punctul nostru de vedere, această condiție negativă de tipicitate nu este pe deplin pliabilă pe conținutul alin. (2¹). Astfel, în ceea ce privește

surprinderea săvârșirii unei infracțiuni nu prea înțelegem cum autorul (care nu a efectuat el însuși acțiunea de surprindere a imaginii) ar putea prin actul de divulgare să surprindă săvârșirea unei infracțiuni. A doua teză este o idee mai logică, însă ipoteza este și ea destul de improbabilă (spre exemplu, ar putea fi incidentă în situația în care autorul divulgă o poză cu X care întreține un raport sexual cu un minor). Și în acest caz este însă dificil de înțeles cum faptul divulgării publicului ar putea ajuta la dovedirea săvârșirii unei infracțiuni. De aceea, credem că în mod firesc condiția negativă de tipicitate poate fi reținută doar atunci când divulgarea se realizează în scopul tragerii la răspundere penală (spre exemplu, fotografia este atașată unui denunț pentru comiterea unei infracțiuni de natură sexuală față de un minor).

În modalitatea de comitere nou introdusă infracțiunea se urmărește tot la plângere prealabilă, fiind așadar lăsată la latitudinea victimei atragerea răspunderii penale pentru încălcarea dreptului său la viață privată.

Bibliografie

- S. BOGDAN, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, ed. 2, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007;
- G. BODORONCEA, I. KUGLAY, L. LEFTERACHE, I. MATEI, I. NEDELICU, F. VASILE, *Codul penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2007;
- M. Udroi, Sinteza modificărilor legislative operate prin Legile 171/2023, nr. 213/2023, nr. 217/2023 și nr. 248/2023 în cazul infracțiunilor contra persoanei și a celor contra patrimoniului – *Analele Universității București – Seria Drept*, Forum Juridic nr. 2/2023.

Jurisprudență

CA Craiova, dec.pen.: 1784/2023 din 02.11.2023, cod RJ 5975gdg74, online:

<https://www.rejust.ro/juris/5975gdg74>;

CA Suceava, dec.pen.: 1396/2023 din 12.10.2023cod RJ 9859ge936, online:

<https://www.rejust.ro/juris/9859ge936>;

CA Iași, dec.pen.: 854/2023 din 21.09.2023, cod RJ 397g639d6, online:

<https://www.rejust.ro/juris/397g639d6>;

CA Cluj, dec.pen.: 837/2023 din 09.05.2023, RJ ee3937336, online:

<https://www.rejust.ro/juris/ee3937336>;

CA Alba Iulia, dec.pen.: 899/2022 din 14.12.2022, cod RJ 98d3g6699, online:

<https://www.rejust.ro/juris/98d3g6699>;

CA Craiova, dec.pen.: 1356/2022 din 03.11.2022, cod RJ 62269g338, online:

<https://www.rejust.ro/juris/62269g338>;

CA Timișoara, dec.pen.: 1034/2022 din 01.11.2022, cod RJ dee766e32, online:

<https://www.rejust.ro/juris/dee766e32>;

CA Cluj, dec.pen.: 621/2022 din 05.05.2022, cod RJ 39466ged9, online:

<https://www.rejust.ro/juris/39466ged9>;

CA Timișoara, dec.pen.: 913/2021 din 16.09.2021, cod RJ 2d36e4gg, online:

<https://www.rejust.ro/juris/2d36e4gg>;

CA București, dec.pen.: 847/2021 din 02.07.2021, cod RJ 46249g28, online:

<https://www.rejust.ro/juris/46249g28>;

CA București. dec.pen.: 416/2021 din 24.03.2021, cod RJ 46593gg4, online:

<https://www.rejust.ro/juris/46593gg4>;

ÎCCJ, sec.civ., dec.: 4564/27 noiembrie 2014, online: scj.ro;

CSJ, sec.pen., dec.pen.: 811/2002, online: scj.ro;

TS, sec.pen., dec.pen.: 55/1982.