

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4 / 2017
Octombrie – Decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: asist. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Mircea Dan BOB

conf.dr. Sergiu BOGDAN

lect.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 DE MATIÈRES

- » **Studii:** Bjarne MELKEVIK, LE SILENCE DES LAMBEAUX : LE CADAVRE, LE SÉPULCRE ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT / *“OVER MY DEAD BODY”: THE CORPSE, THE SEPULCHER AND THE PHILOSOPHY OF LAW*..... 5
- » **Studii:** Juanita GOICOVICI, CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL CONSUMATORULUI DE RAMBURSARE ANTICIPATĂ ȘI SANȚIUNILE APLICABILE CREDITORILOR PROFESIONIȘTI ÎN CONTRACTELE DE CREDIT / *REMARKS ON THE CONSUMER’S RIGHT TO EARLY REPAYMENT AND THE INJUNCTIONS APPLICABLE TO PROFESSIONAL CREDITORS IN CREDIT AGREEMENTS* 43
- » **Studii:** Alina OPREA, CONSIDÉRATIONS SUR LA PROROGATION VOLONTAIRE DE COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE RESPONSABILITÉ PARENTALE / *CONSIDERATIONS ON THE VOLUNTARY PROROGATION OF COMPETENCE REGARDING DIVORCE AND PARENTAL RESPONSIBILITY* 67
- » **Studii:** Dorin JOREA, DONAȚII DIN BUNURILE PĂRINTELUI NEBUN. O PRIVIRE ISTORICĂ / *GIFTS FROM THE INSANE PARENT’S PROPERTY. A HISTORICAL PERSPECTIVE* 97
- » **Studii:** Gardiol van NIEKERK, SOME THOUGHTS ON BRIDEWEALTH IN SOUTH AFRICA AND DOWRY IN ROMAN LAW 131
- » **Articole:** Ana-Maria COLDEA (TOADER), RELAȚIA DINTRE RISCUL DE OPERARE DIN MATERIA CONCESIUNII ȘI RISCUL DIN DREPTUL PRIVAT / *THE RELATIONSHIP BETWEEN THE OPERATING RISK FROM THE CONTRACT OF CONCESSION AND THE PRIVATE-LAW RISK* 150
- » **Articole:** Sergiu DELEANU, NOȚIUNEA DE PRACTICI CONCERTATE ÎN CADRUL DREPTULUI EUROPEAN AL CONCURENȚEI / *LA NOTION DE PRATIQUES CONCERTEES DANS LE CADRE DU DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE / THE CONCEPT OF CONCERTED PRACTICES WITHIN THE FRAMEWORK OF THE EUROPEAN UNION COMPETITION LAW* 183
- » **Articole:** Zouaghi CHAYMA, LES RESTRICTIONS AU DOMAINE DE L’ARBITRAGE RELATIVES AU CONTRÔLE DE L’ETAT: QUESTION DE SOUVERAINETÉ OU D’ABUS? / *RESTRICTIONS IN THE FIELD OF ARBITRATION RELATED TO STATE CONTROL: MATTER OF SOVEREIGNTY OR ABUS?* 203
- » **Articole:** Alina-Emilia CIORTEA, METODA COMPARATIVĂ, O USTENSILĂ EPISTEMOLOGICĂ NECESARĂ ÎN STUDIILE DE DREPT COMPARAT / *THE COMPARATIVE METHOD: AN EPISTEMOLOGICAL TOOL NEEDED IN COMPARATIVE LAW STUDIES* 215

- » **Articole:** Septimiu Ioan PUȚ, NORMA JURIDICĂ ȘI NORMA SPORTIVĂ. APĂRARE ÎN ZONĂ SAU MARCAJ OM LA OM? / *THE LEGAL NORM AND SPORTS RULE. DEFENCE IN THE AREA OR MAN TO MAN MARKING DRILL?* 237
- » **Articole:** Răzvan Cosmin ROGHINĂ, DEMOCRAȚIA ROMÂNEASCĂ EXPRIMATĂ ISTORIC DE AUTORITARISMUL ȘEFULUI DE STAT / *THE ROMANIAN DEMOCRACY HISTORICALLY EXPRESSED BY THE AUTHORITARIANISM OF THE HEAD OF STATE* 248
- » **Articole:** Paul POPOVICI, CÂTEVA CONSIDERAȚII PRIVIND ÎNREGISTRAREA UNEI MĂRCI CU VALOARE DE SIMBOL RELIGIOS / *A FEW CONSIDERATIONS RELATED TO THE REGISTRATION OF A TRADE MARK OF RELIGIOUS SYMBOL VALUE* 259

STUDII

**LE SILENCE DES LAMBEAUX :
LE CADAVRE, LE SÉPULCRE ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT**

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.1

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Bjarne MELKEVIK*

Abstract: *“Over my dead body”: the corpse, the sepulchre and the philosophy of law. The author submits “the corpse” to an iusphilosophical reflection by emphasizing how our attitude in this area reveals our humanity and our process of humanization, as well as our psychological and cultural attitudes. First, the author opens a reflection on the corpse in an archaeological and historical- as well as - anthropological and cultural context. Afterwards, he successively examines the corpse in the sepulchre, as a “taboo” object and finally as “desire” rising from ourselves or from others. The author places, literally, the corpse in its place before the law without ever examining positive law. The aim of the article is to make the reflection on the law towards its intimacy as to our conscience of humanity.*

Keywords: *Legal Humanism; Legal Philosophy; Theory of Law; Human remains (mortal remains, cadaver, corpse.) and Law; sepulchre (GB) / sepulcher (US) and Law; Crimes against (indignity to a) corpse; Civil Law.*

Résumé : *L’auteur soumet « le cadavre » à une réflexion iusphilosophique en insistant sur comment notre attitude dans ce domaine révèle notre humanité et notre processus d’humanisation, de même que nos attitudes psychologiques et culturelles. Dans un premier temps, l’auteur ouvre la réflexion sur le cadavre dans le contexte archéologique et historique de même qu’anthropologique et culturel. Ensuite, il examine successivement le cadavre dans le sépulcre en tant qu’objet « tabou » et enfin en tant que « désir » par rapport à un soi ou à autrui. L’auteur place littéralement le cadavre dans sa place devant le droit sans jamais pour autant examiner le droit positif. L’objectif de l’article c’est de faire un voyage dans la réflexion sur le droit le cheminant vers son intimité avec notre conscience de l’humanité.*

Mots clefs : *Humanisme juridique ; Philosophie du droit ; Théorie du droit ; cadavre et droit ; sépulcre et droit ; crimes contre un cadavre ; droit civil.*

L'objet de notre essai est le cadavre. Celui qui prononce aujourd'hui le mot « cadavre » reconnaît volontiers que celui-ci dispose de deux « vies », l'une est liée à la nature tandis que l'autre se rattache à la notion de culture. On pourrait également en situer une autre entre les deux susmentionnées. Quant au droit, nous le laissons intentionnellement dans l'antichambre.

Tous les voyageurs des pays lointains ne seront pas de notre bord, mais nous avons toujours eu le sentiment (et l'intuition) qu'en ce qui concerne un pays, une ville ou une contrée humaine, rien ne se dérobe tout à fait ou ne se découvre réellement, qu'après la visite des cimetières.

Si les Grecs de l'Antiquité faisaient la distinction entre les barbares et les gens civilisés, en jugeant les coutumes de sépultures, l'honneur rendu aux morts, l'idée de voir la question de culture, de civilisation, s'exposant dans la pitié et la sérénité que témoignent (ou non) le respect accordé aux morts, aux cadavres, n'apparaît, de ce fait, pas si étonnant. Après tout, la culture et la civilisation ne se reflètent-elles pas mieux, et après réflexion, plus honnêtement, dans le respect que les vivants rendent à celui qui est mort, à son corps, à son cadavre ? Quand les splendeurs touristiques officielles, pour ne pas dire les tape-à-l'œil (à la mode du sacrifice « rendu à La Patrie »), ne respirent le plus souvent que de la malhonnêteté et de l'orgueil, existe-t-il quelque chose de plus personnel et intime que les honneurs que les fils et les filles ont rendus et rendent depuis des temps immémoriaux à leurs défunts ?

À notre tour d'observer, de contempler et surtout de réfléchir, à notre attitude à l'égard du cadavre et de ce que *nous* accomplissons avec (et pour) le cadavre humain. Tertullien nous le rappelle : le corps humain en putréfaction, le cadavre après la maladie, l'accident, le meurtre ou l'épuisement du fardeau des jours et des durs labeurs « *retourne à la terre, son premier élément, pour prendre le nom de cadavre ; même ce nom de cadavre ne lui demeurera pas longtemps : il deviendra un je ne sais quoi qui n'a plus de nom dans aucune langue* »¹. Et avec ces mots si justes se résume l'égalité parfaite, la vraie justice, qu'attend au bout du chemin tout être humain. Comme tout individu honnête et intelligent le sait, c'est uniquement notre commune mortalité qui nous authentifie grâce à la Grande Faucheuse. Nous devenons des égaux. Hors la mort, hors l'égalité !

Bien évidemment, tout cadavre n'a pas forcément droit ni à l'honneur d'un dernier adieu post-mortem des vivants ni une sépulture. En ce sens, n'est-il pas significatif d'observer comment plusieurs personnes témoignent d'un blocage psychologique et d'une impossibilité spirituelle (et de piété religieuse) qui les empêchent de faire leur deuil sans la présence d'un corps mort, un corps à enterrer, un cadavre ? Celui qui a perdu un être cher, ses parents, ou pire son enfant² sait au fond de lui-même que le « cadavre » n'est pas uniquement une « chose » bonne pour retourner à la terre. Il s'agit d'une partie de son histoire, de sa mémoire et même de son existence, dans la façon de se comprendre soi-même et de concevoir les autres. Que l'État ou, plus adéquatement, la communauté des cosociétaires, s'en mêle en introduisant des obligations hygiéniques et sanitaires, n'obscurcit en rien l'interrogation de savoir « que faire du cadavre », le « corps du défunt » ?

On touche ici à l'intimité de l'âme et ceci nous force à réfléchir et à nous interroger, à la limite de notre désespoir, sur la vie et sur la mort. La question du cadavre, du corps post-mortem, n'est, de toute évidence, pas contingente à une question pratique technique (et de thanatologie³) ou encore sanitaire et hygiénique. Au contraire, elle relève, d'une façon plus pertinente, de la culture, de la civilisation et de la représentation de soi-même à la lignée générationnelle (parentale) et, notamment, au respect des aïeux ou encore de la « nation » (en rappelant que le sens de ce mot s'enracine dans le mot latin *nascere* que l'on peut attribuer au verbe naître, au mot origine, et également au « provenir » de ceux qui sont nés dans ladite « nation »). Lorsque l'on se demande « que faire avec le cadavre ? » se soulève, de ce fait, une interrogation qui rejoint instantanément l'intimité de l'âme, la profondeur de notre conscience à tous et qui questionne notre humanité.

C'est sur ce fond qu'interviennent nos réflexions, des pensées fatalement circonscrites et brèves (et surtout reprochables, coupables, à l'égard de tout ce que nous n'examinerons pas, de tout ce que nous écartons et de tout ce qui pouvait être mentionné). Nous tenterons, en effet, par la suite, de préparer le terrain et d'ouvrir la porte, pour la pensée juridique (et iusphilosophique), en ce qui concerne « le droit et le cadavre ».

En focalisant, comme nous en avons l'intention, nos attitudes, nos mentalités, notre « pitié » à l'égard du corps post-mortem, du cadavre, notre essai n'intervient qu'en amont, en tant que réflexion culturelle et civilisatrice. Il adopte un itinéraire exploratoire où il s'agit de réfléchir, d'abord, sur le cadavre dans sa sépulture ; ensuite de s'intéresser aux « interdits », aux tabous, touchant le corps mort, le cadavre ; et, enfin, d'examiner le désir (chez soi ou chez les autres) d'échapper au destin fatal de putréfaction et au retour à la terre. Au préalable, quelques précisions d'ordre historique et anthropologique concernant la gérance des « restes », du « cadavre », s'imposent, afin de mieux comprendre le sens de nos propos à venir.

1. D'être anthropoïde et d'affirmation d'humanité

Celui qui se préoccupe d'une question si délicate, si sensible et, surtout, si humaine, que la destinée du cadavre humain et de nos attitudes et de nos pratiques à son égard, risque fort de se décourager. Il y a tant de choses à dire, à explorer et à examiner, et cela autant au niveau historique qu'anthropologique ! Les pratiques, les attitudes et les mentalités, tant humaines, anthropologiques, géographiques, que culturelles, coutumières, spirituelles ou encore religieuses, varient historiquement presque à l'infini et chaque élément nécessite souvent des explications très complexes et très approfondies pour arriver à en déchiffrer leurs sens (supposément) véritables.

D'un côté, nous avons les faits, tandis que de l'autre, nous avons les pratiques culturelles, ethnographiques, religieuses, symboliques, etc. Ces deux côtés font l'objet d'interprétations et de constructions tenant à la compréhension bien diversifiées (sinon controversées) et différentes. Or, dès que les faits (et les objets réels) sont réalisés, fabriqués, produits, ils deviennent eux-mêmes des artefacts culturels, ethnographiques, religieux, symboliques. En ce sens, pour être plus clair, le vrai est ce qui est fait (la « *verum*

factum »⁴) et le « ce qui est fait », est ce que leurs producteurs ont réalisé en tant que « fait » pour eux et à partir de leurs prémisses. Il s'en suit qu'il n'y a pas de « connaissance en soi » (et aucune théorie de la connaissance ou connaissance théorique n'est possible non plus ; ce que n'ont pas compris nos constructivistes modernes) et donc que toute connaissance doit être « pratique » et se concrétiser sous la forme d'une interrogation de savoir comment le sujet et les individus en ont fait l'objet.

Spécifiquement, en ce qui concerne les cadavres, les faits s'accompagnent de pratiques culturelles, ethnographiques, religieuses, symboliques, etc. très diversifiées et pouvant faire l'objet d'interprétations très divergentes. Exemplifions-le avec la momification en Égypte pharaonique⁵ qui a subi des changements significatifs au niveau technique, religieux et symbolique pendant plus que quatre mille ans (jusqu'à, *grosso modo*, l'invasion islamiste au 7^e siècle après J.-C.). La momification pharaonique était, de toute évidence, beaucoup plus qu'une technique (utilisant des matériaux rares et coûteux) et impliquait surtout une variété complexe de croyances religieuses qui s'accompagnaient de coutumes funéraires et de dispositions d'embaumement ritualisées très sophistiquées⁶. Mentionnons, dans le même temps, la Chine antique, la Grèce antique, la Rome antique et d'autres anciennes cultures où le respect du corps du défunt a été la pierre angulaire de la « vénération des ancêtres » et servait le rôle d'une religion où se conjuaient les mythes, les philosophies et les légendes.

Deux aspects méritent maintenant une attention particulière, d'abord la diversité culturelle et coutumière de cette humanisation, vue à partir des thanatopraxies et, ensuite, l'humanisation en tant que miroir d'attitudes, de conscience, de conduites humaines diversifiées à l'égard du cadavre. Les deux aspects se confondent nécessairement et se comprennent, formant le côté dextre et senestre de la même chose.

L'histoire et le cadavre

Il y a, nous l'avons déjà indiqué, quelque chose d'intrinsèquement « humain » qui se révèle dans notre attitude à l'égard du corps post-mortuaire, à l'égard du cadavre. L'éminent philosophe italien Giambattista Vico (1668 – 1744) considérait que le sépulcre (et le rituel implicite qui l'accompagne) révèle la prise de conscience nécessaire (de soi et de sa propre mortalité) conduisant à l'humanisation de l'humain et également à l'inauguration d'un processus d'apprentissage de civilisation, de culture, de mœurs et de respect⁷. Nous le suivons volontairement et il en découle que ce n'est ni le langage, ni la logique, ni l'*homo faber* (c.-à-d. l'homme comme faiseur d'outils), ni non plus notre intelligence affirmée « abstraite » qui distingue rationnellement l'homme de la bête, sinon l'humain prenant conscience de la mort des siens et qui arrive à concevoir la nécessité de créer un éloignement symbolique et culturel entre les vivants et le corps mort. De ce fait, l'humanoïde se distingue et se sépare de plus en plus, par des étapes emblématiques, de la bête, de l'animal qu'il a été et il devient proprement humain en s'établissant et en s'éduquant devant une conscience d'éloignement symbolique qui est représentée par un acte délibéré de séparation consciente entre le cadavre et le vivant.

Vico a vu juste ! Par l'image de l'humain qui accepte de prendre en charge consciencieusement le corps-mort, le cadavre, c'est effectivement la logique de la séparation, de l'éloignement, de la distanciation, de la délocalisation, de la création d'un espace culturel et d'une temporalité symbolique séparant les morts des vivants, et les différentes pratiques de traitement du cadavre, qui prend tous leurs sens. Si, en effet, aucune donnée historique ou anthropologique ne nous permet avec certitude de prétendre (et cela de loin) à une pratique unique, l'insistance sur « une prise de conscience » (nécessairement très diversifiée, car « humaine ») qui, *de facto*, sert à séparer les vivants des morts, se constate dans un nombre impressionnant de pratiques bien différentes autour du monde. C'est une variété de thanatopraxies presque à l'infini, que nous rencontrons au cours de l'histoire et autour du monde, et cela depuis l'aube de l'humanité. Mais toujours, soulignons-le, en établissant des symboliques et des cultures autour de ces thanatopraxies.

Retenons dans la perspective de l'anthropologie « des peuples sans écriture », en paraphrasant Claude Lévi-Strauss⁸, ou encore des peuplades « sauvages » (ainsi nommées par les philosophes des Lumières, et « renommées » par leurs successeurs !) ayant été découverts et étudiés dans le temps historique récent, qu'il est possible de formuler, nous semble-t-il, la thèse que l'éloignement se pratique d'abord de manière assez concrète et matérielle : la tribu laissait le corps-mort là où il tombait pour continuer son *trek* ou si elle constatait que le vieillard ou le malade n'arriverait plus à les suivre, il était laissé là pour qu'il meure sur place⁹. On peut prendre pour exemple la tribu amérindienne (en Amazonie) qui quittait le village où une personne y décédait pour s'installer ailleurs en laissant, de ce fait, au cadavre l'ancien village où une putréfaction commune se chargerait de tout faire disparaître naturellement et physiquement. La manutention, le transport, d'un corps mort (et le toilettage funéraire) vers un endroit réservé aux morts (c.-à-d. grottes, puits, montagne, etc.) - souvent désigné ultérieurement comme tabou ou sacré - se caractérise plutôt comme un progrès d'humanisation et le signe de l'impossibilité pratique de quitter et d'abandonner un village qui est devenu un lieu nécessaire pour la survie alimentaire et la sécurité de l'habitat.

Anthropologiquement, cela s'accompagnait surtout de thanatopraxies¹⁰ instaurant le retour d'un cadavre vers la nature animale. Ces formes de pratiques zoothanalogiques consistaient à un retour « en chair » à la nature et se faisaient en donnant et en offrant réellement le corps du mort en pâturage, en nourriture, aux animaux, aux oiseaux ou encore aux poissons. C'était d'ailleurs, jusqu'à présent, la tradition maritime en ce qui concerne les morts en haute mer – autant dans la marine militaire que sur les bateaux civils de transport. S'ajoutent ici des mythes, des légendes, des narrations mémorielles, des « peuples ichtyophages »¹¹ qui conviaient, semble-t-il, les poissons à se repaître du corps de leurs défunts. Mais comment distinguer le réel de l'imaginaire quand nous n'avons que des mythes et des légendes ?

Plus solide et factuelle se révèle la pratique zoothanalogique consistant à offrir le cadavre aux animaux. C'était d'ailleurs, jusqu'au 19^e siècle, la pratique mortuaire coutumière des Amérindiens des plaines en Amérique du Nord. Ces peuples nomades exposaient le corps mort sur des claies surélevées et les cadavres servaient de pâturage pour le plaisir des oiseaux. Mentionnons également les adeptes de Zarathoustra (les mazdéens et les parsis)¹²

qui exposaient, hier comme aujourd'hui, les cadavres dans des Tours de silence (ou « de mort ») pour servir de nourriture aux vautours. Les Tours de silence servent, en pratique, à ce que l'on pourrait qualifier de « plateau de chair » où, lorsque tout a été mangé, il ne s'agit plus que de précipiter au fond d'un puits les os immangeables¹³. Aujourd'hui, cette pratique s'accomplit naturellement tous les jours chez les mazdéens en Inde, notamment à Bombay (Mumbai), et à l'indifférence (presque) générale des citoyens de la ville¹⁴. Or, les « tours de silence » semblent être, pour les adeptes zoroastriens, une métamorphose, une pratique zoothanalogique plus ancienne, consistant à jeter le cadavre aux animaux des alentours. L'ancienne pratique des zoroastriens / mazdéens consistait en effet, comme cela se dit, à « jeter le cadavre en pâture » aux chiens (errants) – ce qui était effectivement l'autre versant de leur zoothanatologie – et qui a été repris proverbialement¹⁵, dans un cadre non zoroastrien, par l'expression populaire : jeter le cadavre aux chiens¹⁶.

La zoothanatologie est mal considérée aujourd'hui et semble circonscrite culturellement à la pratique historique des Perses (Iraniens) et la religion zoroastrienne / mazdénienne contemporaine. Si cette forme d'éloignement du cadavre confirme certainement la thèse de Giambattista Vico susmentionnée, force est toutefois de croire que ce jugement négatif engage aujourd'hui l'individu dans un plus grand respect aux cadavres des siens et à un niveau de distanciation élargie.

Reste à savoir si les premiers cadavres découverts enterrés sont ensevelis par une intention humaine ou par accident ou incident naturel. Peut-être ne s'agit-il que d'un cadavre délaissé ou d'un individu que la nature a enterrés : un accident dans un marécage, une avalanche de neige ou de boue, un accident de chasse, une chute fatale, une mort dans une grotte ou une « cavité », etc. ? Les archéologues de la préhistoire ne se s'aventurent guère, en règle générale, au-dessus de 100.000 ou 80.000 av. J.-C., dans la confirmation d'une volonté (ou d'un acte délibéré) humaine claire et intentionnée d'enterrer un défunt¹⁷. Conscients du fait qu'un cadavre ne se conserve que difficilement ou simplement pas du tout, sauf sous des conditions extrêmement exceptionnelles (et à ce moment-là, souvent sous forme de « fossilisation » de certains fragments osseux), une telle logique de datation est de première importance. Elle nous confirme que c'est, avant tout, la volonté d'éloignement du corps humain mort des prédateurs qui pousse l'humain vers l'enterrement, sinon vers l'incinération.

En étudiant les pratiques de l'enterrement d'un cadavre, c'est une préhistoire fabuleuse, magnifique et intrigante de l'homme qui s'offre à nos yeux et à nos pensées.

La Préhistoire (3000 ans avant J. C.) c'est comme un puzzle où nous ne savons pas combien de pièces existent, ni où elles se trouvent, ni sous quelle forme et, en règle générale, où nous n'avons qu'une idée souvent fragmentaire et brouillée de l'ensemble. Il convient, en ce sens, de ne jamais perdre de vue, au risque de se rendre coupable d'un crime de lèse-majesté historique, que c'est souvent par la découverte, la fouille, l'archéologie, des stèles, des cryptes, des tumulis, des cairns, etc., et des tombeaux où le cadavre a été réduit plus ou moins en poussière, que nous connaissons certains aspects de la préhistoire (de même que de l'histoire) humaine. Des pans entiers de cette préhistoire n'ont pu être étudiés et compris que partiellement, par la découverte de sépulcres et par leurs emplacements, leurs techniques de construction et les mots ou les signes qui s'y trouvaient.

Des civilisations entières n'ont pu être connues et situées géographiquement et culturellement que par des sépulcres retrouvés. Et la raison se situe dans le fait que l'enterrement du corps défunt se fait depuis fort longtemps et on l'accompagnait d'artefacts (vêtements, armes, ustensiles, etc.) souvent destinés à servir le mort dans son « autre » vie. C'est ce qui permet une identification et une « historisation » d'un peuple, d'une culture.

Cette dernière idée mentionnée, la croyance d'une « vie » post-mortem possible, ou simplement d'une « deuxième vie » dans autre monde, devient à un moment donné assez significative historiquement parlant. Pour le bonheur d'ailleurs des archéologues (et des archéoanthropologues) d'aujourd'hui qui, en dépit des pilleurs de tombes de tout temps, ont ainsi pu récolter une moisson d'artefacts qui font l'honneur (et le bonheur) des différents musées d'archéologie et d'histoire (sinon de l'art) sur tous les continents.

Mais attention ! Ce que les tombes, les sépulcres, etc. ne nous démontrent pas, en tout cas pas au premier abord, c'est que l'histoire est aussi le témoignage de l'inégalité flagrante et arrogante. Il n'existe guère un domaine qui expose, après réflexion, le plus crûment (et cruellement) les inégalités de classes ou, sans-çon, les positionnements sociaux inégalitaires que les pratiques qui entourent l'enterrement. Pour le riche et le puissant, ce sont des mausolées, tandis que pour le pauvre et l'ordinaire, c'est la fosse commune et la chaux. Rappelons, si besoin est, que les bâtisseurs des pyramides en Égypte (et au Soudan) ne sont pas enterrés dedans, et que les milliers d'esclaves, de travailleurs libres, d'artisans, d'artistes, de contremaîtres, de techniciens, d'architectes qui ont réalisé ces merveilles sont oubliés et rendus à la terre, sans aucune trace ! Et là, nous ne pouvons qu'évoquer le fameux (et si lucide) poème de Bertolt Brecht¹⁸. Or, devant la beauté et la majesté de l'éblouissement que nous ressentons au vu des Pyramides de Gizeh, il est aujourd'hui peu probable, pour le touriste ordinaire, que la condition ouvrière prenne la première place. Si les pyramides sont incontestablement des monuments mortuaires, elles représentent aujourd'hui des merveilles architecturales et « mystérieuses » que nous pouvons visiter et contempler dans toutes leurs splendeurs. La complexité de leurs constructions fait aujourd'hui rêver tant le simple touriste que les architectes chevronnés.

S'il s'agit de rêver, il y a lieu de mentionner le site funéraire du premier empereur chinois Qui Shihuangdi (258 – 210 a. J.C.)¹⁹. Les préchambres sur ce site nous ont révélé, après des fouilles commencées en 1974, des merveilles de l'art et d'artefact antique. On y a découvert toute une armée de fantassins, d'archers, de cavaliers tous en terre cuite polychrome²⁰. Ce qui est ici magnifique, c'est que tout cela fût découvert dans la périphérie du site funéraire (qui totalise 56km²) – à une distance de 5 kilomètres du tumulus central – tandis qu'aucune fouille n'a été entreprise, ne fut-il que d'un pouce, en direction d'où se situait, pense-t-on, la chambre funéraire de l'Empereur. Et peut-être que c'est mieux ainsi, puisque ladite armée, qui avait traversé deux millénaires et plus sans trop de détérioration, s'effrite et se détruit aujourd'hui à un rythme galopant, comme c'est, hélas, souvent le cas avec tant d'autres merveilles qui nous ont été révélées par des fouilles et où la lumière, l'humidité ou les bactéries les réduisent en poussières.

Loin de nous d'établir un quelconque catalogue des thanatopratiques puisqu'ils sont, répétons-le, trop variés, se conjuguent sur des variables culturelles qui changent et se modifient selon les époques et les lieux. Historiquement et culturellement, ils se distinguent et s'harmonisent suivant des croyances et des coutumes et se déclinent à l'infini. Notre attitude envers le cadavre et les restes humains est, insistons, humaine, trop humaine ! D'où nos attitudes, coutumes, traditions, usages et mœurs à l'égard du cadavre, en tant que manifestations de l'esprit de conscience des survivants. La façon dont nous traitons le cadavre se résume fatalement à l'idée que nous nous faisons de notre propre sort d'être humain.

Une question de vie et de cadavre

Enchaînons, maintenant, en affirmant que notre façon d'être devant le cadavre se confirme aujourd'hui le plus anthropologiquement possible dans le symbolique. En quittant l'archéologie et l'archéoanthropologie, nous entrons, de ce fait, dans l'anthropologie symbolique contemporaine où nous retrouvons le cadavre dans un dialogue entre le « refus culturel » (car le boomer autant que le post-boomer ne souhaite qu'être « jeune ») et une présence inévitable (car même les « jeunes » meurent). Le cadavre entre aujourd'hui symboliquement dans un jeu culturel du « reniement » et de la « dédramatisation », où se mêle notre angoisse devant notre destin à tous et où se cache à peine un voyeurisme, soit-il esthétique, de bon aloi. Il convient, maintenant, de regarder de plus près, d'abord l'ambivalence de nos « minimisations et effacements », avant de les analyser en tant qu'une nouvelle mystification « culturelle ».

Pour observer le phénomène invoqué de minimisation – effacement, il n'y a pas trop de chemin à faire, car cela se confirme une ou deux fois par semaine sur l'écran cathodique. La popularité, sinon l'engouement, qu'ont récoltés les séries de style hollywoodien traitant de l'industrie funéraire et le traitement des cadavres ces dernières années, ont de quoi nous étonner à première vue²¹. Rationnellement personne n'aurait pu prévoir cela ! Vu de l'extérieur, cela défie le bon sens. Les faits sont pourtant là : des séries télévisées sur les pratiques thanatologiques, sur le cadavre et les survivants, sans oublier celles sur la vie dans l'industrie des pompes funèbres, ont obtenu, dès le début du 21^e siècle, un succès, démesuré et exceptionnel. Des séries télé comme « Six Feet Under »²² (c.-à-d. Six pieds sous terre/ ou « en dessous »²³) ou encore « Dead Like Me »²⁴, « Bones »²⁵, tournant autour du cadavre, de la mort, de « l'existence » ainsi que des drames humains devant la dépouille d'un mort, en témoigne amplement.

Spécifiquement, la série « Six pieds sous terre »²⁶ a tout pour soutenir nos propos, car elle représente, de façon emblématique, le prototype d'une télésérie culte captivante, centrée sur le cadavre²⁷. La télésérie se focalise, en effet, sur une famille de croquemorts, embaumeurs, fossoyeurs et la dialectique complexe entre eux. Les télés narratives mettent en scène des cadavres « sans repos » qu'il faut « préparer », réparer et maquiller, le tout, saupoudré par une dose d'humour supposément drôle et cassante, qui a tout pour fasciner

les téléspectateurs. La famille vit, en quelque sorte, dans un genre de promiscuité étroite avec les cadavres, et toute l'originalité de la télésérie repose sur une double narration en parallèle entre la famille propriétaire (et leurs employés) et un cadavre, où s'entremêlent dramatiquement des survivants, des héritiers, des parents, des clients qui ont perdu un être cher. Ficelées avec maîtrise, ces histoires captent par leur crédibilité et leur réalisme, de même que par les enjeux psychologiques et existentiels fascinants qui s'y déroulent, devant les yeux des téléspectateurs prêts à y croire sincèrement et à se laisser séduire.

Il y a, de toute évidence, quelque chose d'attachant dans la narration de cette série et dans ses monologues, très élaborés, entretenus avec les cadavres, comme au-dessus d'un abîme où s'imite un « dialogue de transcendance », un dialogue symbolique, où le téléspectateur est astucieusement invité, très subtilement, à se mettre, narrativement, à la place du défunt. Le cadavre devient ici le côté surnaturel de la vie et se conjugue, de ce fait, avec un aspect spirituel constant (sinon religieux et « chrétien »), sans jamais trop s'imposer avec la foi.

Si la mort rôde aujourd'hui autant autour de l'individu postmoderne que de l'individu moderne, la dialectique de « minimisation – effacement » culturellement en cours sert à l'individu contemporain à s'autoanesthésier. Autrefois, jusqu'à un temps historique tout récent, le cadavre était très près, terriblement près, de la vie quotidienne et prenait place dans les lieux communs d'habitation, dans la chambre à coucher de toute la famille. L'individu d'aujourd'hui, par contre, n'a plus à voir avec cette expérience et ne risque pas, non plus, d'enjamber un cadavre abandonné dans la rue la plus proche.

Si l'individu européen – pour ne parler que de lui – pouvait, jusqu'à une époque historique assez avancée – observer des condamnés à mort exécutés, et donc cadavre, suspendu dans des cages devant les portes de leurs cités, ou des personnes âgées, ou malades, mortes et en putréfaction avancée à l'intérieur de ces mêmes cités, pour ne rien dire des fossés communs *extra-muros* à ciel ouvert avec des cadavres en putréfaction répandant une odeur nauséabonde et de pourrissement (rappelant la vanité d'une existence éphémère), l'individu contemporain ne verra, à présent, rien de tel. À moins d'avoir de la malchance, il ne verra jamais un cadavre de toute sa vie ou alors, s'il le veut, il pourra voir un corps toiletté, maquillé et « arrangé », dans un salon funéraire. Quant au cadavre des siens (famille, époux/épouse et enfants), il peut simplement refuser de les voir et quant à son statut de futur cadavre, il n'a qu'à penser à autre chose, rester « jeune » et refuser de dévisager son inéluctable destin. Somme toute, les cadavres que l'individu risque à présent de « voir » se trouvent plutôt, symboliquement, dans les jeux électroniques, dans les films de cinéma ou dans une série télévisée.

L'individu d'aujourd'hui n'a plus la même relation « naturelle » (sanitaire et hygiénique) ou « biologique » ou, de façon plus neutre, « coutumière », à l'égard de la mort et du cadavre, qu'autrefois. Sous la forme d'une psychothérapie, il (ou elle) préfère regarder cela à la télé (rappelant nos propos sur « Six Feet Under ») et il (elle) préfère surtout la fuite en avant au niveau psychologique (pour ne rien dire de la fuite vers des pseudo croyances tricotées sur mesure pour célébrer l'idée futile du bonheur instantané) pour chasser toute onde non désirée et négative.

L'individu contemporain a peur ! Une peur bleue de mourir, peur devant les cadavres et devant l'image que cela lui reflète et surtout peur d'envisager son destin ! Tout ce qu'il souhaite, c'est d'exhausser son angoisse, d'éloigner le vide existentiel qui le gruge et de tout faire disparaître dans sa négation. L'individu d'aujourd'hui cultive de préférence la croyance (ou l'attachement) à la « jeunesse » et se fige dans une « adolescence perpétuelle »²⁸ qui n'a guère d'autre objectif que l'auto-illusion.

Le refoulement de la mort, en est un de la réalité qui attend l'humain et cela nonobstant les rêves imaginaires qui trottent dans la tête de l'individu. Quand il – l'individu ludique – se projette si désespérément dans des inventions artificielles pour éloigner les signes qui annoncent la mort, l'âge et la maladie, il vise aujourd'hui (comme jadis) une logique néo-païenne de « l'immortalité », de revivre et de se « réveiller ». Autrefois, c'est la magie qui était mobilisée; aujourd'hui, c'est la science qui l'a remplacée. L'individu « sans qualité » (paraphrasant Robert Musil²⁹) s'enrôle dans un désespoir d'une toute nouvelle mystification qui annonce, illusoirement, esthétiquement et de façon cosmique, sa survie. Il s'agit (illusoirement) d'éloigner, à tout prix, l'image de la mort, de neutraliser l'idée de la mort au niveau du « corps », pour mieux se confirmer jeune et acteur d'une vie remplie de divertissements, de plaisirs et de jeux, le tout dans une logique d'adolescence perpétuelle. Nous avons donc, d'un côté, l'état d'adolescence et le plaisir du consommateur avide, tandis que de l'autre se trouve le refus de la réalité, de la vie et, en somme, le rejet d'envisager la mort comme un élément de notre condition humaine. Il faut, au son de cette mélodie, refuser la vie pour mieux mourir.

Quand tout (surtout la réalité) devient un rêve illusoire, un refus de voir la mort, sa propre mort et celle des autres, comment réagir ? Quelle sera la réaction de l'individu devant les corps sans vie de ses grands-parents, de sa mère ou de son père, ou encore de ses propres enfants, pour ne rien dire de son épouse ou de son époux ? Va-t-il se sentir embarrassé ? Gêné ? En total désarroi ? Peut-il éloigner ce corps inerte qui lui rappelle trop ce qu'il refuse de voir ? Faut-il qu'il se débarrasse de tout cela ? Comment se débarrasser de tout cela puisqu'il ne peut le jeter vulgairement aux rebus ? Ou faut-il faire semblant, en ne suivant que des coutumes de bienfaisance, tandis que son âme est vide, son cœur sec ?

Le cadavre et l'humanité de l'être humain

Le refus, si répandu aujourd'hui, de nier, d'éloigner, de banaliser ou encore d'instrumentaliser la mort, contamine notre relation avec le cadavre post-mortem. L'individu d'aujourd'hui n'ayant plus la sérénité d'accepter, comme autrefois, la mort, en tant que fin inévitable de toute vie, se révèle aussi, en règle générale, dépourvu de la force spirituelle qui s'explique à l'égard de la vie qui prend fin. En résultent un embarras, un malaise, un trouble qui n'éloignent pas la mort, car la mort arrive quand on s'y attend le moins. Quelques fois, au bout de la rue !

La mort ne se planifie que difficilement et, bien souvent, pas du tout ! Comment savoir si nous allons mourir comblés par la vie ou bien misérablement ? Comment savoir si un accident de bicyclette va nous tuer un matin d'avril, ou encore si une chute d'un

escabeau fera de même en novembre ? Et tout le monde sait que la vie n'est guère une fête édénique et que les soubresauts de notre existence terrestre nous réserver bien des surprises. Nous ne vivons pas en tant qu'« île »³⁰, mais dans une société avec un corps et une psychologie plus complexe que nos idées fixes ou encore nos désirs avoués ou inavoués. La vie risque de nous jouer des tours en nous jetant dans le désespoir et le dénigrement, là où nous aurons, avec une force spirituelle, dû reconnaître la mort comme la ressource la plus profonde de notre existence.

2. Cadavre, sépulcre et le non-objet interdit

Nous l'avons suggéré auparavant, par l'éloignement physique et culturel, le cadavre devient en quelque sorte « tabou ». En d'autres mots, il devient un « non-objet » dont il faut s'occuper en tant que tel, dans toute sa singularité, avec soins et avec discernement. Apparaissent, en conséquence, des coutumes de sépulcre qui répond à ce statut particulier, à ce « tabou » et, surtout, qui insistent sur une obligation coutumière des vivants d'assurer un sépulcre pour un cadavre. Une telle tendance semble presque universelle, même s'il existe, comme toujours, des exceptions. Ce qui doit nous préoccuper par la suite, c'est de savoir comment la philosophie du droit a repris, formulé et problématisé cette obligation coutumière. Comment, en fin de compte, savoir ce qui est vraiment une obligation coutumière des sépulcres ?

Le cadavre et la question de sépulture : Antigone et obligations coutumières

Si le positivisme associe, métaphysiquement (sic !), l'existence d'une « obligation » avec la question du droit³¹, il ne s'agit que d'un faux pas, illogique et irrationnel, là où il aurait fallu admettre qu'une coutume est une coutume et, ici, qu'une obligation coutumière à un sépulcre représente ce que les mots en disent. Il ne faut pas improprement parler d'un « droit » à la sépulture, car la question est toujours culturelle, circonstancielle, individuelle et partout dans le monde s'observe différentes formes de prises en charge des cadavres. Or, nonobstant toutes les variétés de ces prises en charge – pensons aux tours de silence des zoroastriens (correctement dit : mazdéens) mentionnées auparavant, aux incinérations du cadavre par le feu chez les hindous³², pour ne rien dire des différentes pratiques de sépulcres que nous trouvons dans les pays occidentalisés, il s'agit toujours de coutumes que nous observons et rien d'autre. En passant, il est à noter que le christianisme ne prône aucune obligation concernant le « sépulcre » et n'a en soi rien imposé concernant les pratiques relatives à la sépulture, sinon a accepté, repris et christianisé les coutumes déjà existantes dans tous les pays et cultures où il existe. Cela s'explique certainement par le fait que le christianisme n'est pas une religion de « l'extérieur » (de « soumission » ou d'« obligations »), mais une religion de « l'intérieur » (de l'espérance, de la foi, de l'amour, de l'engagement, etc.). Regardons maintenant de plus près, la question du respect des coutumes concernant le sépulcre.

Mobilisons la pièce dramatique de Sophocle datant du 4^e siècle avant J.-C et intitulée « Antigone »³³. Rien ne nous renseigne mieux sur la question de la coutume ancestrale, ancienne et « tribale » de l'obligation de sépulcre que cette pièce de théâtre. D'un côté, nous avons l'individu, les « proches », la parenté motivée par la piété à l'égard d'un corps mort, tandis que de l'autre, se trouvent l'État, la Souveraineté, le Prince qui suivent d'autres objectifs n'ayant rien à voir avec une telle piété. La popularité ou, simplement, la permanence de la figure de l'Antigone dans la pensée occidentale (et dans le droit naturel³⁴) nous témoigne de la leçon à suivre, qui est devenue emblématique pour la culture occidentale (et bien sûr aujourd'hui la culture universelle).

Rappelons succinctement l'intrigue de Sophocle : consécutive à une rébellion contre le tyran de Thèbes, Créon, le cadavre de Polynice gît mort devant le mur de la cité et est exposé aux oiseaux et aux animaux. Une sépulture digne lui est refusée par Créon, qui renforçant sa volonté par un édit, proclame la peine de mort pour quiconque s'occupera du cadavre du défunt. Antigone, la sœur de Polynice, refusant le commandement, ne peut accepter que l'on « abandonne sans larmes, sans tombe, une pâture de choix pour des oiseaux carnassiers »³⁵. Tandis que sa sœur Ismène prône de son côté la prudence devant les caprices du pouvoir, Antigone, quant à elle, agit et ensevelit le cadavre de son frère. Elle sera capturée par des gardes qui l'observaient ensevelir le corps mort dans le sable³⁶ et « puis, levant un beau vase de bronze, elle couronna le cadavre d'une triple libation³⁷ »³⁸. Polynice, son frère, a, de ce fait, eu l'honneur de recevoir le rite de sépulture « afin de lui assurer auprès des morts un accueil honorable ». Antigone a accompli le devoir de sœur et de parente la plus proche. De ce fait, elle a autant occasionné une révolte contre l'ordre institué et contre l'édit, ou (improprement dit) le « droit positif », qu'elle l'a défié en s'appuyant sur son propre jugement. Dans le drame de Sophocle, tout finit mal. Antigone se suicide et tous ceux qui chérissent Créon meurent avec elle, jusqu'au goût de vivre de Créon. Ce dernier constate que son édit et sa révolte contre les coutumes ancestrales des peuples helléniques n'ont provoqué que des dégâts et des malheurs. Chez Sophocle, c'est immanquablement les coutumes ancestrales qui gagneront et qui prouvent sa supériorité à l'encontre de l'*hybris* de l'homme, contre la rigidité anti-coutumière de Créon. Comme dans toutes ses pièces de théâtre, Sophocle s'affirme ici en vrai défenseur de l'ordre, comme il doit être et comme il a toujours été.

Il existe un mode, tout à fait postmoderne et irrationnel, d'attribuer une position de « droit » à chacun des différents personnages dans la pièce d'Antigone. Il s'agit de confondre obligation coutumière et « droit », ce qui donne : une position de « droit » (c.-à-d. une obligation) coutumière (Antigone), d'un « droit » (c.-à-d. un édit ou acte législatif du pouvoir) positif (Créon), d'un « droit » en prudence ou encore d'une philosophie de droit naturel (Ismène). On retrouve donc la partisane des coutumes ancestrales, Antigone, qui tient fermement à les faire respecter, mais, surtout, à se soumettre à l'obligation que dictent les coutumes ancestrales. Antigone témoigne, en ce sens, au-delà de sa mort, qu'elle est « fidèle à [sa] race »³⁹. Quant à Créon, le Tyran, le représentant du « droit » positif, ou devrions-nous dire le « commandant » politique, il joue le rôle d'un véritable révolutionnaire qui, aveuglé par l'orgueil et le pouvoir, croit qu'il peut gouverner sans peuple, sans légitimité. Et Ismène, la représentante du droit

naturel, fait ici figure de « prudence », ne prônant ni le sacrifice au nom de la coutume, ni la révolution contre le pouvoir institué, pour que soient toujours privilégiés la sagesse, la prudence, la temporalisation, la non-confrontation, l'apaisement et le bon sens. Pour elle, le droit (naturel) représente l'art de naviguer entre Charybde et Scylla, pour mieux permettre aux passions (i.e. Antigone et Créon) de se réconcilier avec le raisonnable. Et si une telle navigation entre émotion et raisonnable se fait toujours au risque de se révéler vaine, ne s'agit-il pas aussi, chez Ismène, d'une constatation n'affirmant guère autre chose que des hommes qui se butent toujours à leur orgueil doivent, en fin de compte, idéalement se rattraper dans l'espoir d'une discussion raisonnable entre égaux ?

Ce que nous démontre subséquemment la pièce de théâtre d'Antigone, c'est que les coutumes de sépulcres peuvent être modifiées et rationalisées. Nous ne sommes pas prisonniers de nos coutumes. La liberté vaut mieux que nos coutumes, aussi sacrées soient-elles. Ce qui nous amène à l'institution sati chez les hindous, à savoir à l'obligation coutumière (et religieuse) pour une veuve de s'auto-immoler avec le cadavre de son mari⁴⁰. Ce n'était pas une bonne coutume.

Requiescat in Pace ou les profanations de cadavres

Les profanations de sépultures ne sont pas un phénomène moderne et de loin. Les égyptologues sont sidérés de constater que les anciens sites archéologiques ont souvent été cambriolés à plusieurs reprises et avec des intervalles souvent éloignés l'une de l'autre. Le vol dans des sites de sépulcres est, en règle générale, facile, le risque de se faire prendre presque inexistant et le profit à en tirer quelques fois fabuleux. Mais si le vol est bien une façon de profaner un sépulcre, il ne détruit normalement pas le cadavre. Dans notre objectif, nous pouvons distinguer entre trois profanations du cadavre : profaner par haine, pour des raisons « idéologiques » ou pour s'enrichir.

En ce qui concerne la première justification de profaner un sépulcre, évoquons un évènement historique, tel que nous le rapporte l'illustre Cicéron :

« Sylla, vainqueur, fit disperser les cendres de Marius déposées auprès de l'Anio, poussé par une haine plus cruelle qu'il n'eut convenu s'il avait montré autant de sagesse qu'il montra alors de passion. »⁴¹

La haine, la rancœur et l'adversité du sénateur et dictateur Lucius Cornelius Sylla (138 à 78 av. J.-C.) à l'encontre du général Caius Marius (157 à 86 av. J.-C) le suivra au-delà de la mort avec le refus de lui accorder un sépulcre, ainsi que par la profanation de ses cendres laissées au caprice du vent. De multiples autres cas de l'histoire nous témoignent le même phénomène et la même logique de haine. Il s'agit d'effacer la trace de l'autre, de faire de l'autre un non-être et d'installer l'illusion qu'il n'a peut-être même pas existé ! Et si cela peut se faire avec des individus identifiables, cela peut également se faire à l'égard de grands segments d'une population comme nous le démontrent les totalitarismes de tout temps, d'hier comme d'aujourd'hui.

Le deuxième exemple, la profanation pour des raisons idéologiques, se trouve dans le refus, le déni de sépulcre et se témoigne dans les idéologies totalitaires du 20^e et 21^e siècle. Ces idéologies totalitaires, dans leurs folies meurtrières, nous l'exemplifient tel que tout a été fait pour que les cadavres exterminés ne témoignent jamais et qu'aucun corps ne soit retrouvé. Les massacres des Arméniens en Turquie sont là pour nous illustrer ce fait, car de tous les 800 000 à 1 million d'Arméniens atrocement tués par l'armée turque, par les milices et par les civils turcs, il n'y a presque aucune trace. Tout a été mis en œuvre pour que les cadavres disparaissent à jamais et pour ne jamais permettre à l'histoire de faire son jugement ; même s'ils se sont mépris sur ce dernier point⁴². Les nazis ont encore davantage perfectionné l'atrocité en faisant, surtout dans les années 1943 – 1945, disparaître leurs victimes, majoritairement juives, dans des fours à crémation, en espérant effacer toute trace et, surtout, des preuves. Les islamo-fascistes contemporains leur font présentement compétition en simulant les charniers de leurs carnages et abominations, en s'illusionnant que si rien n'a été vu, rien n'a été fait. Ce n'est en somme qu'une logique de perversion de « ni vu ni connu » où la disparation du corps-mort est un acte délibéré pour nier les faits, la responsabilité et l'histoire (et la mémoire)⁴³. Il est triste de constater qu'encore aujourd'hui, des personnes croient des menteurs.

Le troisième exemple de profanation de sépulcre, ce sont les voleurs de corps⁴⁴ (d'où s'insère notre première réflexion sur la nécropsie, l'examen post-mortem d'un cadavre). C'est avant tout une question de coutume (et de morale coutumière) et historiquement tardivement une question de législation politique. Au niveau coutumier s'observe donc l'interdiction antique et romaine d'autopsie et de dissection (anthroponomie). La même interdiction se retrouve dans les religions juives et mahométanes qui interdisent catégoriquement toute dissection. Par contre, le christianisme a eu une attitude plus ambiguë et complexe sur la question, en prônant à la fois le respect du cadavre, en même temps qu'il n'énonçait pas clairement une interdiction en ce qui concerne les autopsies et les dissections. Il s'agissait d'une question laissée aux « écrivains » et aux « autorités », ce qui a engendré une ambiguïté historique (et bien sûr morale) bien connue, où l'accès au cadavre était pratiquement impossible officiellement, mais possible dans l'ombre, dans des laboratoires de recherche et dans les facultés de médecine. Historiquement, la culture médicale occidentale a largement profité de cette ambiguïté morale en ayant recours à des pratiques d'autopsies et des dissections selon le gré des chercheurs et des lieux d'enseignement de la médecine, et ce, depuis le début du Moyen âge. Mais il manque toujours de cadavres et l'histoire médicale occidentale, c'est l'histoire d'une pénurie et de vols (et d'achats) de cadavres.

Les voleurs de cadavres font le bonheur du folklore et des romanciers. Depuis le début du Moyen-âge, jusqu'à présent, les narrations sur les voleurs de cadavres qui les déterrèrent dans les cimetières pour alimenter le marché clandestin font rêver et frissonner.

D'un côté, on a le noble médecin qui a besoin d'un cadavre pour l'autopsier avec, pour objectif, d'acquérir plus de connaissances sur le corps humain, et de l'autre, un criminel sans scrupule qui, au profit de la nuit, déterre (et profane) un sépulcre pour s'en mettre « plein les poches ». Sauf que le médecin de Frankenstein ne mérite peut-être pas la

caractéristique de « noble médecin » et que le proverbe coutumier sur le recéleur et le voleur doit nous mettre en garde contre tout jugement péremptoire. Il reste que les romanciers nous ont souvent donné des chefs d'œuvres sur le phénomène des voleurs de cadavre⁴⁵.

Ce n'est que très tardivement, en règle générale à partir du 19^e siècle, que le Législateur s'occupe de la pénurie de cadavres. Et il le fait dans des termes très généraux, en habilitant et en organisant. La législation prend la forme d'une protection générale de celui qui fait une autopsie sans pour autant se prononcer sur l'objet et la finalité de celle-ci. C'est un « marché » qui est régulé sans grande précision sur ce que constitue un cadavre ou encore une profanation. Le dernier peut être exemplifié avec « le mort fœtal » qui est bien un « cadavre » pour la mère qui attend son bébé et qui lui a donné son nom !⁴⁶ D'où le conflit moral de cette mère qui revendique son « cadavre » pour l'enterrer et le « trouble » qu'ont provoqué à plusieurs reprises les reportages journalistiques sur les « dépôts de cadavre de fœtus » dans des hôpitaux et des centres de recherches médicales.

Si certaines personnes sont tout à fait à l'aise de donner « leur » cadavre à une faculté de médecine, d'autres considèrent aujourd'hui l'État moderne et les hôpitaux comme des voleurs modernes de cadavres, qui trichent (en utilisant la Législation d'une façon stratégique pour obtenir des cadavres tels un réservoir d'objets biologiques de rechange) et qui mentent frauduleusement pour les obtenir. Nous reviendrons sous peu sur cette question, sous l'angle du « cadavre » en tant qu'objet de recyclage biologique.

Mais enfin ! Toute exposition d'un cadavre (et des restes cadavériques) n'est-elle pas, tout compte fait, qu'une profanation nonobstant la justification que nous voulons donner ? Tout musée qui expose un cadavre n'est-il pas « coupable » de troubler la paix éternelle ou, plus prosaïquement, le respect civilisateur que nous devons à celui qui est mort ? Et là s'observe que si le principe peut rassembler, la réalité et la pratique (surtout quand le cadavre devient objet d'art, de mythologie ou d'enseignement) divise et départage les opinions dans toutes les directions.

Le cadavre mérite-t-il une sépulture aujourd'hui ?

En fin de compte, existe-t-il toujours une obligation ressentie chez l'individu authentiquement postmoderne de fournir une sépulture à un défunt qui lui est proche ? Dans la tragédie d'*Antigone* de Sophocle, susmentionnée, c'était une évidence, quelque chose qui allait de soi, et cela a effectivement été évident historiquement, en général, jusqu'à aujourd'hui.

Or, justement, aujourd'hui, cela tient-il toujours ? N'existe-t-il pas, au contraire, une tendance post-culturelle (ou pro narcissique) qui dénie ou qui efface (anesthésie même) émotionnellement, culturellement et réellement le fait d'offrir une sépulture matérialisée d'une façon ou d'une autre à un cadavre ? Le nouveau « malaise dans la culture » n'est-il pas une pathologie contre-culturelle où le nouveau « Moi narcissique » n'arrive plus à avoir une relation réelle, affective et émotionnelle avec ce qui ne revient pas à « lui-même », à ce « Moi » qu'il aime et qui lui rappelle inopportunément qu'il n'est pas vraiment né de la dernière pluie ?

Il y a des raisons de croire que c'est une tendance contre-culturelle forte et appuyée, et que l'idéologie d'adolescence s'enkyste déjà profondément. C'est une idéologie de l'individu éternellement « jeune », qui n'accepte pas le vieillissement et qui ne peut pas accepter non plus que quelqu'un meure. Dans un tel esprit tordu, existe-t-il un cadavre s'il n'y a pas de sépulture ? Et si le cadavre a été « *spirited away* », enlevé sans que personne ne sache vraiment comment, et où il est passé, allant même à douter qu'il ait été là. Le narcissisme contre-culturel rejette en conséquence toute forme matérielle de la sépulture pour mieux nier le destin inévitable de tout individu. Avoir l'obligation de s'occuper et d'entretenir une sépulture pour les « siens » est devenue, pour beaucoup d'hommes d'aujourd'hui, un mauvais augure qu'il faut éviter à tout prix. Le plus commode, c'est de donner un contrat à une compagnie de pompes funèbres pour s'occuper de tout pour ainsi « tourner la page ». Bref, qu'il n'y ait pas de cadavres, de mort, mais uniquement le silence et le monde aussi aseptisé qu'un contrat sans âme, sans cœur, sans pitié ! On ne veut surtout pas voir l'image du mort.

Comprenons bien, devant ce refus culturel (ou encore émotionnel, ou pseudo spirituel régulièrement surchauffé artificiellement par différents récipients de sagesse orientale) de la mort, c'est simplement le refus du mort et de la vie qui s'exprime, et ce, de deux façons différentes : le refus de la mort comme destin de tout être vivant et la banalisation de l'existence, de notre existence, dans une « adolescence-isme » de bon aloi (et correspondant à la transformation dont nous avons parlé auparavant, de la société adulte en société « d'adolescentique ») ; mais, aussi, un refus de la vie.

3. Les transgressions, les hybris et la folie

Logiquement, la suite de notre réflexion se concentre, à présent, sur le corps mort et les transgressions contre un cadavre⁴⁷. Si le corps d'un vivant peut être (et peut devenir) l'objet d'abominations perverses, cela s'aggrave dramatiquement quant au cadavre. Une intrusion dans ce domaine, nécessairement succincte, n'a d'ailleurs rien pour assurer la tranquillité d'esprit d'une personne normalement constituée et lui montre un monde où la perversité se conjugue avec l'animalité, la folie, les pathologies (et les paraphilies) de tout ordre, où tout risque de se conjuguer à une démence n'ayant que l'apparence d'un être humain. C'est l'anthropophagie, la nécrophilie et la question de « nécessité », en tant que défense en droit pénal, qui doit nous intéresser ici.

Anthropophagie et le cannibalisme par nécessité

Il s'agit ici d'un topo classique en philosophie du droit⁴⁸. Si classique qu'il y a certainement que très peu d'étudiants d'une faculté de droit nord-américaine qui n'ont pas abordé cela dans une classe de droit pénal ou d'introduction au droit⁴⁹. Cela suit la suite

logique et jurisprudentielle de « deux hommes et une planche de bois » seuls en mer après un naufrage et une planche de bois qui ne peut servir que pour une personne⁵⁰.

En théorie juridique, c'est l'affaire judiciaire anglaise classique de 1884, *R. v. Dudley et Stephens*⁵¹ qui attire notre attention. La Cour (High Court of Justice, Queen's Bench Division) était invitée à se prononcer sur le cas suivant : à la suite d'un naufrage, quatre membres d'équipage d'un yacht anglais, les Mignonettes, sont rescapés dans un bateau de sauvetage, à environ 1 600 milles du Cap de Bonne-Espérance. Après quelques semaines à la dérive dans une zone peu fréquentée par d'autres bateaux, les ressources en eau et nourriture sont épuisées. La question de survie se pose : qui choisir en tant que personne à sacrifier pour la survie des autres ? Aucune décision ne fut prise et le plus jeune membre de l'équipage, un mousse de 17 ans, est tombé inconscient. Deux membres de l'équipage, Dudley et Stephens, décident alors de le tuer et de le manger (sans le consentement du troisième membre ; ce qui nous permet de rappeler le proverbe : « qui ne dit mot consent »). Ils ont été secourus quatre jours plus tard. Ils ébruient l'affaire eux-mêmes devant la commission maritime d'enquête, en se croyant couverts par les coutumes ancestrales relatives à la nécessité et la contingence en haute mer.

La Cour, *ex adverso*, a tranché en les condamnant, car la nécessité n'était pas, dans les circonstances, une défense concluante contre une accusation d'assassinat. Les deux accusés (car Brooke, le troisième dans le bateau, était uniquement convoqué en tant que « témoin ») ont, en conséquence, été condamnés à mort avec recommandation de clémence, et leur peine de mort a été commuée, par la suite, à six mois d'emprisonnement⁵².

Or, qu'est-ce qui représente la bonne procédure dans de telles circonstances ? Que tous se mettent d'accord pour participer ensemble pour prendre une décision commune ? Qu'il aurait été mieux, dans des cas semblables, de "tirer à la courte paille"⁵³ ? Mais une telle question ne peut-elle être réellement résolue qu'à l'intérieur de la procédure égalisant tout projet de jugement ?⁵⁴ Or, ne s'agit-il pas, au contraire, de créer un abri circonstanciel contre toute incrimination en mobilisant l'image d'une « chance égale à tous » et d'une validité de procédure qui assure cette chance ? La situation d'inégalité (i.e. « la folie » individuelle causée par la faim prolongée) est ici virtuellement supprimée ou, plus exactement, mise entre parenthèses par l'égalité d'une procédure acceptée et partagée au niveau des individus seuls. Si cela est jugé acceptable, la question judiciaire se concrétise-t-elle seulement dans la manière de choisir, de façon égalitaire, en ayant les mêmes "privileges" ? Ce qui, soulignons-le, exclut le fait qu'une personne puisse choisir à la place d'une autre, mais aussi que tous puissent, si possible, partager le même privilège de survie, pour se justifier de commettre un assassinat, un acte de cannibalisme.

Quand toutes les personnes ont droit à un privilège égal, personne n'a de quelconque privilège ! C'est uniquement à partir de ce moment-là que la procédure de sélection va viser à "choisir" la personne qui sera "sacrifiée", et donc celle qui sera "priviliégiée" survivra. Car, c'est l'individu et lui seul qui, par engagement dans la procédure, devra choisir son destin. Si dans la société politique, le "préalable" renvoie aux « textes législatifs » agréés publiquement en tant qu'institutionnellement valides, le seul préalable dans l'affaire *R v Dudley et Stephens* était l'égalité des chances et de privilèges.

Une telle procédure de sélection annihile surtout le soi-disant "droit du plus fort" (c.-à-d. le privilège de pouvoir et de l'autorité) au profit de la conception selon laquelle les privilèges individuels (et que les auteurs de doctrine juridique appellent « un droit » ou « des droits ») sont précisément le résultat d'une procédure au cours de laquelle *nous* pouvons juger juste, impartialement et adéquatement. Une personne n'est pas l'égal de l'autre si elle ne peut, par ses propres actes et moyens, en toute autonomie, se confirmer en tant que tel. Il n'existe pas d'égalité lorsque celle-ci est donnée ou accordée par une loi ou une Constitution, car une égalité donnée c'est une inégalité confirmée.

Le cas de *R. v. Dudley et Stephens* ne révèle aucune perversité ou paraphilie. Le cannibalisme en tant que perversion, en tant que « volonté » (de chair, de puissance, etc.) nietzschéenne ou *schopenhauerienne*, peu importe, existe pourtant ! Deux célèbres cas peuvent être évoqués : le cannibale de Milwaukee⁵⁵, ou encore le cannibale (également sous la forme d'une homosexualité singulière) d'Allemagne⁵⁶.

Le premier cas que nous examinons, le cannibale homosexuel de Milwaukee, a largement révolté les esprits aux États-Unis dans les années 90. Jeffrey Dahmer a tué dix-sept jeunes hommes (et peut-être plus) entre 1978 et 1991. Il les a violés avant de les tuer pour ensuite les garder en souvenir, les démembrer et pratiquer la nécrophilie et le cannibalisme. Les psychologues diagnostiquent une multitude de paraphilies, comme agalmatophilie (ou pygmalionisme), fétichisme, hébéphilie et exhibitionnisme, de même que la nécrophilie et le cannibalisme. Quand il fût arrêté par les policiers, ces derniers ont trouvé, dans son réfrigérateur, des parties corporelles destinées à être mangées, mais qui jouaient également un rôle pathologique au niveau du fétichisme et de l'agalmatophilie ; les parties corporelles lui permettaient de revivre l'expérience de l'avant-assassinat, l'assassinat et l'après-assassinat, comme un moment d'excitation et de satisfaction. Aux États-Unis, Jeffrey Dahmer a aujourd'hui acquis le statut « culte » dans (et en faveur de) la contre-culture « métal », « alternative », « gay », etc.⁵⁷

Le deuxième cas à examiner vient d'Allemagne et concerne le crime d'Armin Meiwes (le cannibale de Rothenburg). C'est un crime de cannibalisme et une excellente intrigue judiciaire, car Meiwes avait tout prévu pour éviter d'être incriminé et jugé. Le cas commence par la publication de plusieurs annonces sur Internet sollicitant des volontaires pour se faire manger physiquement et corporellement. Armin Meiwes a reçu 430 réponses positives à sa sollicitation et après des négociations – et des retraits – son choix se fixe sur un ingénieur de quarante-deux ans. Après une relation homosexuelle, ils décident ensemble de couper le pénis de la victime et de le manger ensemble. Celui-ci dégusté, ils décident, de concert, qu'Armin Meiwes « tue » l'autre personne, sa victime, ce qu'il fait par la suite, sans pour autant que toutes les modalités arrivent à être prouvées et, surtout, sans que les actes précis de la victime puissent être discernés clairement. L'acte de « tuer » était expressément mis en scène pour échapper à toute incrimination (et filmé pour servir de « preuve » dans un procès criminel prévisible). Il semble, plus précisément, que la victime s'intoxique et se lacère pour se vider entièrement de son sang (ce qui suggère un suicide) pour, le lendemain, recevoir un « coup de grâce » d'Armin Meiwes. Or, impossible de prouver que la victime

n'était pas morte à ce moment-là (et à cause de son suicide), ce qui aurait restreint l'acte d'accusation à une « profanation de cadavre » ou, encore, à une atteinte à la « dignité d'un individu mort ». Autrement dit, des actes de cannibalisme (ce qui était l'objet de sa sollicitation), car Armin Meiwes a coupé 30 kilos de viandes du cadavre, qu'il a consommé tranquillement les jours suivants. La suite de l'histoire, c'est qu'il a été arrêté par la police et qu'il est passé aux aveux. Mais comment l'incriminer ? La stratégie d'Armin Meiwes (ou plutôt de ses avocats) a été de plaider un « homicide », car il a été présent durant toutes ces étapes et donc, criminellement responsable. La stratégie de plaider un « homicide » a été très payante et ne lui a donné, en 1^{re} instance, que huit ans et demi de prison en 2004. Mais après une critique virulente de la population et à la suite d'un pourvoi en cassation, le jugement final a déclaré qu'il s'agissait là « d'un assassinat à caractère sexuel », ce qui lui a valu la réclusion à perpétuité⁵⁸.

Éros et thanatos : la nécrophilie

À côté du cannibalisme, le plus sombre « secret » est certainement la nécrophilie⁵⁹, ou le fait de se procurer un plaisir sexuel avec un cadavre. Il y a une relation obscure entre Éros et Thanatos⁶⁰. C'est le côté sombre de la « chambre des morts » qui attire les nécrophiles avec, surtout, le plaisir de violer, symboliquement et réellement, « un cadavre qui présente la forme humaine avec une absence totale de volonté et qui, par ce fait même, est capable de satisfaire le besoin morbide de subjuguement d'une manière absolue et sans aucune possibilité de résistance, l'objet désiré. »⁶¹ La règle coutumière, autant en Europe qu'en Moyen-Orient, était, en conséquence, qu'un cadavre (et surtout le cadavre d'une femme) devait être enterré rapidement (dans un délai de trois jours) et être surveillé par la famille (et surtout par les femmes de la famille) jusqu'à l'enterrement. Ceci pour contrecarrer tout abus sexuel sur le cadavre. Mais avec l'apparition de l'industrie des pompes funèbres, de telles coutumes deviennent inopérantes et la question de confiance peut, ainsi, être trahie.

Il y a ici de vraies histoires, comme des moins vraies, que nous utiliserons pour une fiction littéraire et cinématographique ! Il y a lieu de commencer avec le film vedette « Kissed »⁶² qui met en scène une jeune femme qui aime les cadavres et qui aime faire « l'amour » (sic !) avec. Plus concrètement, elle profite de la rigidité cadavérique de l'organe masculin pour s'y faire, sans plus de détails de notre part, cavalière. C'est à la fois un film fascinant (car extrêmement bien fait), un film scabreux (par son thème et par la froideur clinique de l'approche cinématographique) et un film de conte romantique et relationnel (par l'ambiguïté sexuelle de la jeune fille et par l'effet d'attirance que cela produit chez son prétendant Matt, qui essaie de la suivre dans son univers). Le film a obtenu un statut de « culte underground » pour les *aficionados*, même si c'est injuste de le réduire au macabre ou encore à la transgression, là où une approche psychologique semble plus appropriée et pertinente. Vu en tant que syndrome « psychologique », le film est simplement une mine d'or du labyrinthe psychique de la jeune protagoniste Sandra et de l'impossibilité qu'elle semble ressentir face à la construction d'une relation sexuelle saine à l'égard d'autrui. Le

film est précurseur en ce sens qu'il met le doigt sur le fait de voir comment « le peu chaud » devient un obstacle psychique pour un épanouissement sexuel et psychologique de qualité. Enfermé dans son intimité, dans son « identité », comme le sont de plus en plus de contemporains, la jeune fille ne communique pas avec sa propre sexualité ni avec la sexualité d'autrui, et tout se ferme dans la paraphilie ou encore le fétichisme sexuel et dans le blocage face à la chaleur humaine. Et là où il manque de chaleur humaine, c'est la froideur de l'objet, la froideur d'un membre masculin appartenant à un cadavre, qui sert de remplacement, voire de substitut. Il s'agit, plus encore, d'un objet qui, comme tout objet, peut procurer du plaisir ou même l'extase (comme l'indique le titre québécois de ce film), mais au coût de l'aliénation sexuelle et humaine.

À côté du film, il y a la réalité et, surtout, l'incrimination pour « profanation de cadavre » ou l'acte de nécrophile consistant à utiliser un cadavre pour sa gratification sexuelle. Ce sont surtout des corps morts de femmes dont il s'agit et aussi, presque exclusivement, après que la personne ait tué la femme en question pour se servir de son cadavre afin de se satisfaire sexuellement. C'est en fait un viol abominable, car l'assentiment est impossible, voire sans objet ! Au niveau de l'incrimination, les affaires de ce genre sont plutôt rares (heureusement), car la plupart des meurtriers, même les plus endurcis et brutaux, s'arrêtent devant un tel acte. Or, au niveau de la paraphilie, il faut avoir une faille psychologique bien particulière pour s'engager sur un tel chemin.

4. Le cadavre et les limbes de l'objectification

Est cadavre ou n'est pas cadavre, telle est la question ! Réécrivant ici librement les fameuses paroles de Shakespeare, de sa pièce « *Hamlet* », cela n'est guère une question de style littéraire. En fin de compte, qu'est-ce qu'un cadavre aujourd'hui ? Une matière, un objet à recycler au profit d'un autre objet, un autre sujet ? Un objet destiné à être identifié pour notre bénéfice, pour nos propres intérêts, pour notre bien ? Nous avons aujourd'hui des cadavres qui se refusent un sépulcre, des cadavres qui seront honorés comme des objets d'art, des cadavres qui accouchent des bébés, et nous avons, enfin, des politiques étatiques et médicales qui nous incitent à donner notre « cadavre », comme matière brute pour la réparation biologique d'autrui. Regardons donc de plus près cette problématique.

Cryogénisation : ou le désir du mort d'être vivant

Dans notre société « adolescentrique », mieux vaut être éternellement jeune, désirable et beau/belle. Quand on est mort, cette partie est réduite à néant ! Qui a envie qu'une aventure « adolescentrique » prolongée finisse de cette façon-là ? Personne. Il faut, en conséquence, tromper la mort, voilà le credo de l'adolescentrisme ! Durant « la vie », il s'agit de repousser tout signe (et toute parole) évoquant la mort. Ce n'est qu'après, au seuil de la mort ou du suicide, qu'il faut opter pour la cryogénisation dans l'attente d'être un jour

réveillé pour une seconde jeunesse⁶³. Étant entendu que, dans le futur, il y aura des remèdes pour guérir les maladies et les dysfonctionnements biologiques qui nous hante aujourd'hui.

La quête d'immortalité a, semble-t-il, toujours hanté l'humanité⁶⁴. Dès les procédés de momification (qui était une technique de préservation du corps), aux espoirs mis dans les différentes formes de l'alchimie, de la science (et de la pseudoscience), l'idée de repousser ou de supprimer la mort a longtemps fasciné l'esprit humain. Hélas, en vain ! Or, tout semble (enfin !) se bousculer avec la cryptogénétique, avec l'idée de sauvegarder (en principe) le corps entier pour une éventuelle « réanimation », une éventuelle deuxième « vie », toujours sans sépulcre⁶⁵.

L'idée de la cryptogénétique peut paraître assez simple, mais elle est extrêmement compliquée, sophistiquée et coûteuse. Pour donner un aperçu succinct de la méthode, nous pouvons dire qu'il faut arriver à planifier cela bien à l'avance, pour avoir un résultat satisfaisant. Le mieux c'est, en fait, qu'un expert en cryogénéisation accompagne le mourant (et idéalement le suicidaire) avant la mort, pour mettre en place les différents procédés appropriés pour les parties distinctes du corps. L'expert en cryogénéisation intervient le plus rapidement après la mort (idéalement après, ou au moment d'une crise cardiaque), pour « nourrir » le cerveau, afin d'en permettre « sa survie ». Pour cela, il lui fournit un apport en oxygène et en éléments nutritifs. Après, il amène rapidement le corps à ~0°C. Pendant ce temps, une machine « cœur-poumon » entretient l'alimentation et la circulation du « sang » (afin qu'il ne coagule pas et qu'il ne se cristallise pas) du nouveau mort. Ensuite seront injectés des médicaments ayant pour but de réduire le métabolisme naturel du corps et le sang sera remplacé par une solution liquide qui empêchera la coagulation et le développement de bactéries. Cette solution a également le rôle "d'antigel" pour le corps. Puis le corps est entreposé dans une capsule d'azote liquide à la température de -196 C., ce qui permet de garder intactes les structures cellulaires et, ainsi, de contrer l'usure et le vieillissement⁶⁶. À la fin, il ne s'agit plus que de rester congelé pour quelques siècles ou quelques millénaires et d'attendre, avec patience, dans un Cryotorium ou ailleurs⁶⁷. Si tout marche bien, quelqu'un sera là pour s'occuper de vous !

En fait, le cadavre se trouve littéralement « suspendu dans sa mort », suspendu dans l'attente d'une éventuelle (et heureuse !) réanimation dans le futur pour recevoir un traitement médical plus avancé et susceptible de vaincre la maladie (ou le dysfonctionnement) qui avait initialement affecté la personne avant sa mort. Donc tout l'espoir, pour le cadavre et ses survivants, est investi dans la « science médicale » à venir, qui sera plus avancée qu'aujourd'hui. C'est l'avenir qui décidera, en fin de compte, si la méthode est adéquate ou s'il ne s'agit que d'une hyperbole scientifique ou, en d'autres mots, un échafaudage néo-païen. Et le paradoxe est tel que si personne ne peut prévenir l'avenir, c'est la dernière solution qui, scientifiquement parlant, se désigne comme la plus probable. Mais peut-être que les cadavres cryogénisés seront, à l'avenir, ce que les momies sont pour nous aujourd'hui !

En tout cas, ce qui est vrai, c'est que personne n'a refusé à ces individus un sépulcre. C'est eux qui n'en ont pas voulu, car ils ne voulaient pas être « mort » ou, du moins, de ne l'être que « temporairement » ! En fait, c'est l'individu qui effectue une objectification de soi-même, qui se forge un espoir d'immortalité sur l'axe de l'objectification de son corps, de son propre cadavre.

L'art, ou la beauté du cadavre.

L'art avant-gardiste et « progressiste » contemporain n'est pas uniquement réductible à son cul-de-sac « adolescentique »; c'est aussi le lieu où nous trouvons les adorateurs de « l'art pour l'art ». Comprenons bien : ce qui compte, pour l'heure, ce n'est pas l'art (et surtout pas la beauté trop difficile à atteindre aujourd'hui), mais la capacité pour l'artiste de devenir lui-même un objet à vendre, de devenir la marchandise de lui-même, de devenir l'individu qui a mérité « ses quinze minutes de célébrités » et qui vend la « marchandise » comme venant de lui. Puisqu'il est extrêmement difficile dans une telle situation d'inventer quelque chose de vraiment nouveau, tout le monde a déjà copié ce que les autres ont fait, il n'est pas surprenant que les artistes arrivent aux cadavres. Pourquoi ne pas utiliser des cadavres comme de l'« art », pourquoi ne pas exposer artistiquement des cadavres ? Il y n'a qu'un obstacle mineur qui doit être surmonté : présenter cela sans détruire le cadavre. C'est ce qu'ont résolu un artiste et l'anatomiste Gunther Von Hagens, avec sa technique de « plastination »⁶⁸ des cadavres. Le succès de ses expositions des cadavres plastifiés – 30 millions de spectateurs en 2017 et cela augmentent sans cesse – en témoigne⁶⁹.

L'idée n'a rien de nouveau, tout le monde sait que les momies égyptiennes ont pendant des siècles été exposées comme des œuvres art. C'est souvent dans les Musées d'art que nous les retrouvons, par exemple, aux États-Unis. Et le philosophe anglais du droit Jeremy Bentham (1748 – 1832), qui croyait fièrement léguer son corps mort à la « science », serait certainement déçu et contrarié s'il apprenait qu'aujourd'hui, son cadavre a rejoint le cabinet de curiosité pour voyeur averti. Il s'agit en fait d'une « maquette » qui est exposée pour le plaisir des curieux⁷⁰. Günther Von Hagens, par contre, s'engage plus résolument sur le marché du voyeurisme avec son procédé de plastination, car il promeut, prétend-il, la science et la pédagogie scientifique (rien de moins !) en se servant de la beauté du cadavre en tant qu'art. S'il expose en tant qu'artiste et si l'étiquette de précurseur artistique postmoderne lui fait éloge, il se vante lui-même d'être un scientifique, loin de l'idée d'être un marchand d'expositions de cadavres maquillés « scientifiquement ». Or, derrière la façade, c'est pourtant un business multimillionnaire avec des expositions concourant simultanément sur cinq continents et dans une multitude de pays qui se révèlent. Les shows de Gunther Van Hagens (ou plutôt les directeurs de l'entreprise du même nom) ressemblent aux fameux « freaks-show » du 19^e où la curiosité et la fascination des consommateurs semblent identiques. C'est uniquement les voyeurs du 21^e siècle qui ne comprennent pas la ressemblance frappante avec ce qui s'est fait au 19^e siècle. La différence, paradoxalement, c'est uniquement que la technique et l'art de Gunther Van Hagens, en ce qui concerne la préservation des cadavres, sont indubitablement de meilleures qualités.

En fait, si nous acceptons que les cadavres de Gunther Van Hagens soient de l'ordre de l'art, Marc Jimenez n'a-t-il pas raison d'écrire que : « Sans doute faudrait-il aussi dénoncer cette autre tartufferie qui consiste à s'offusquer des aspects morbides, scatologiques, abjects, infâmes, mortifères de certaines productions actuelles, tout en acceptant sans sourciller le voyeurisme indécent auquel incite l'exhibitionnisme souvent obscène des médias et de

l'industrie culturelle. Mais les plastinats de Von Hagens font partie de ces cas limites, ceux pour lesquels la frontière est difficile à établir entre art et non-art, entre provocation gratuite, exhibition sadique et mise en scène dénonciatrice de l'horreur. Seul un débat esthétique argumenté, contradictoire et, si possible, public permettrait d'en décider. »⁷¹

Il est peu probable qu'un tel « débat esthétique argumenté » aura lieu, le milieu artistique d'aujourd'hui est trop fort et n'y voit aucun intérêt (surtout pas pécuniaire). La version la plus réaliste reste de croire que le « voyeurisme » s'installera en douce. La foire aux cadavres (et notre voyeurisme) fera tout naturellement, aujourd'hui, partie de la vie des citadins du monde. Chasser le cadavre, il revient en version plastinat !

La couveuse : le cadavre pour produire des bébés

Aldous Huxley avec son roman d'anticipation nous avait avertis⁷² : pourquoi ne pas remplacer les mères avec des couveuses ou mieux avec des cadavres-couveuses ? Pourquoi ne pas (comme le revendiquent les « féministes » anti-mères et anti-sexe) libérer une fois pour toutes les femmes de leur capacité de faire et de porter des bébés et de concéder tout cela aux cadavres-couveuses ? Pourquoi ne pas réutiliser les cadavres des femmes (surtout de jeunes femmes) en tant que couveuses ? Cela épargnerait les vivantes et ce sera, dit-on, utile à tout le monde, surtout au niveau de l'économie et du pouvoir féministe.

Si cela avait pu encore sembler utopique quand Huxley écrivait son roman, il s'agit maintenant d'une réalité, tel que nous le démontre l'histoire du cadavre qui donna naissance à un petit garçon paru dans le journal *Le Monde* (Paris) le 6 août 1993, sous le titre « Un bébé naît 104 jours après la mort de sa mère » :

Une équipe de médecins californiens a réussi à faire naître le bébé d'une femme enceinte, cent quatre jours après avoir déclaré cette femme cliniquement morte. « Il s'agit d'un beau bébé de sexe masculin parfaitement développé », a déclaré le docteur Richard Fürth, qui a surveillé la césarienne effectuée par ses collègues au Highland General Hôpital d'Oakland (Californie).

Le bébé, qui pèse 2,2 kilos, devrait survivre malgré certains problèmes respiratoires. La mère, Trisha Marshall, âgée de vingt-huit ans, avait été déclarée cliniquement morte alors qu'elle était enceinte de dix-sept semaines, deux jours après avoir reçu une balle dans la tête au cours d'une tentative de cambriolage.

Une équipe médicale a maintenu la femme artificiellement en vie, afin d'assurer le développement du fœtus, et ce à la demande de sa famille et d'un homme qui affirmait être le père de l'enfant. Le système de survie a été débranché après la césarienne, a-t-on indiqué de même source. Selon les médecins, seul un autre fœtus avait survécu davantage, il y a quelques années, dans l'État du Vermont, une femme avait été déclarée cliniquement morte dans la seizième semaine de sa grossesse.⁷³

Vu que la femme était cliniquement morte, c'est, de ce fait, un cadavre qui a accouché d'un petit garçon. On a intentionnellement utilisé le cadavre de la femme pour obtenir un être vivant. La seule raison pour laquelle le bébé est né, c'est parce que les

médecins ont utilisé le cadavre de la mère comme couveuse. Que le journal n'ait pas jugé bon ici d'utiliser le mot « cadavre » ne change rien à ce fait, mais montre notre désarroi devant ce que nous prouvent les faits : à savoir qu'un cadavre a été utilisé comme couveuse pour produire l'objet (sic !) ou ce qui est le plus convoité sur notre terre : un bébé.

Il n'est pas inutile d'examiner également le commentaire scientifique qui a accompagné cet article de presse :

Les progrès de la réanimation autorisent aujourd'hui l'accomplissement de tels « miracles ». Il y a quelques mois déjà, une affaire similaire avait alimenté une très vive polémique outre-Rhin lorsque des médecins bavarois avaient maintenu en « survie » artificielle une jeune femme enceinte âgée de dix-huit ans. L'enfant n'avait pu voir le jour, un avortement spontané s'étant produit six semaines après le début de la réanimation.

De telles affaires voient s'opposer avec force les tenants du respect absolu de la vie dès la fécondation et ceux qui dénoncent ce qui constitue une nouvelle forme d'acharnement thérapeutique. L'une des questions essentielles posées est celle de l'impact que peut avoir une telle situation sur le développement du fœtus et le psychisme de l'enfant. L'utérus d'une femme « cliniquement morte » peut-il raisonnablement être assimilé à une « couveuse » ? Qu'en est-il des relations si importantes normalement établies entre la mère et l'enfant qu'elle porte ? La science et la médecine sont, ici, muettes.⁷⁴

Et si la science et la médecine sont muettes, elles ne sont pas les seules. Devant le miracle que constitue tout nouveau-né qui rejoint l'humanité, il y a des raisons de se taire. Mieux vaut tout dire par le silence, par l'émerveillement d'un bébé vivant. Et après le silence, c'est la douce mélodie d'un enfant qui, seule, s'impose.

Mais cela ne devrait pas pour autant nous empêcher de nous poser des questions, de nous interroger sur nos techniques relatives aux « cadavres-couveuses » et sur notre futur, à savoir la permanence et l'industrialisation des « cadavres-couveuses » (déjà possible théoriquement à partir d'une implantation *in vitro*), pour produire ces bébés tant désirés. Et, au-delà de la technique, que penser du développement du fœtus et le psychisme de l'enfant produit désormais par un « cadavre-couveuse » ? Si la mère est un « cadavre-couveuse », comment se développe le psychisme de l'enfant ? En fait, nous n'en savons rien, car ici s'ouvre une porte vers un paradis (ou un enfer !) où il n'y a désormais pas de vraie mère, sinon un cadavre qui accouche pour des détenteurs futurs de l'autorité parentale. C'est une nouvelle expérience et le « meilleur des mondes » qui nous attend si nous le voulons ou, de façon plus probable, si nos élites le souhaitent !

Le cadavre en tant que source d'organes pour autrui

C'est de convenance d'aborder la politique du « don d'organes » en tant qu'amour du prochain, de l'aide à celui qui en a besoin ou, encore, comme l'ultime geste humain à l'égard d'autrui. La litanie de notre idéologie contemporaine, c'est de mettre en avant le « don

d'organes » en tant qu'acte noble, un acte « d'amour », un acte altruiste que concède une personne vivante ou, après la mort, qu'autorisent les parents proches. Mais cela peut aussi être construit sur une présomption (construit d'une manière moraliste) selon laquelle la personne souhaitait faire don de ses organes à sa mort. À ce moment-là, la loi autorise les médecins à utiliser les organes après la mort d'une personne. Et c'est aussi bien un acte qui peut être fait du vivant de la personne, en donnant un rein par exemple. Contester toute cette bienveillance idéologique n'a aucun sens. L'utilitarisme, c'est l'idéologie de notre époque. Et le cadavre représente bien une source d'organes, presque infinie, qui peut servir à autrui.

C'est le médecin moderne qui permet le remplacement et la substitution des organes humains. Avant le 20^e siècle, il n'était pas possible de transférer (ou de greffer) un organe humain à un autre corps humain. Tu vivais avec le corps que tu avais et tu mourais avec. Aucune possibilité de vaincre le « rejet biologique » (et immunologique) à l'égard d'un organe étranger et aucun traitement immunosuppresseur (normalement à prendre pendant toute la vie) n'était disponible. Tout cela a changé au cours du 20^e siècle où se gagne, étape par étape, organe par organe, la possibilité d'échanger ses organes pour des nouveaux. La première transplantation cardiaque a été réalisée en 1967 par le professeur Christiaan Barnard, en Afrique du Sud. Elle a représenté autant un succès emblématique, qu'un symbole que le temps avait vraiment changé⁷⁵. Désormais, c'est devenu possible. Et c'est un moyen pour vivre, vivre plus longtemps et en bonne santé.

On constate que le domaine des « transplantations », des « greffes » et la question des bénéficiaires sont aujourd'hui entièrement légiféré (dans le monde occidental). Il s'agit certainement d'un des domaines législatifs où il y a le plus de textes contraignants, dirigistes et habilitants. C'est un domaine à coup sûr hyper-légiféré ! Tout (ou presque) a été légiféré. Et la raison tient certainement du fait que cela touche à la vie, mais aussi à la mort. On se retrouve face à des questionnements éthiques (et de « justice ») où il n'y a pas de consensus existant et où il serait invraisemblable de l'obtenir. Et là où l'éthique ne peut rien faire, c'est la politique qui le supplée et qui instaure, par la législation, des *modus vivendi* acceptables pour le plus grand nombre.

De ce fait il existe, surtout dans le monde occidental (et bien évidemment extraoccidental), des corpus substantiels de textes législatifs et réglementaires, de même que des « directives » hospitalières, médicales, épidémiologiques et hygiéniques concernant la transplantation des organes et la question du choix des bénéficiaires. Il existe aussi, au niveau international, tout un corpus conventionnel (et policier) pour lutter contre le trafic des organes humains⁷⁶ notamment issus d'un cadavre. Et là où il y a un marché, il y a aussi des personnes qui veulent en profiter, en achetant et en vendant des organes issus d'un cadavre. Et si l'État (et les Associations/Sociétés nationales de transplantations d'organes) peut récolter des « organes humains » presque librement et à l'abri d'une législation habilitante, les individus « privés » ne peuvent le faire qu'en achetant des cadavres ou des morceaux « tout frais » auprès des médecins, des infirmiers, des hommes et des femmes du monde hospitalier, sinon des croquemorts et des embaumeurs modernes.

D'où la question de savoir si, au lieu d'incriminer la vente des organes humains issus des vivants ou des morts, il ne faut pas plutôt la rendre légale afin de pouvoir évaluer, sans préjugé, si cela ne permettrait pas d'arriver à surmonter la pénurie d'organes ainsi que les problèmes hygiéniques et médicaux issus de l'incrimination de cette pratique. L'article de Becker, Gary S.⁷⁷ et Elias Julio "Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations"⁷⁸ (« Présenter des incitations sur le marché des dons d'organes vivants et cadavériques ») a été programmatique pour une telle position politique. Gary S. Becker et Elias Julio prônent fortement que l'établissement d'un marché libre des « dons d'organe » vivants et cadavériques pourrait aider à résoudre le problème d'une pénurie de transplantation d'organe. Le fait d'autoriser la vente libre d'organes permettrait de supprimer le marché noir et les vols d'organes cadavériques, de même que d'améliorer la qualité sanitaire des organes pour une transplantation. Leur modélisation économique, au moment de la rédaction de leur article en 2007, a permis d'estimer le prix des reins humains (15 000 \$) et le foie humain (32 000 \$).

La position de Gary S. Becker, associée au courant du « droit et économie », a été politiquement reprise par la philosophie libertarienne, surtout en Amérique du Nord. L'interdiction de la vente d'organes est, pour la majorité des libertariens, une atteinte à la liberté de chacun de disposer de son corps. Les lois qui punissent la vente d'organes sont, selon eux, des lois illégitimes au regard des « droits naturels » (i.e. la liberté fondamentale) des individus.

La même forme de raisonnement a été formulée concernant le corps des condamnés à mort. Dans une éthique de « repayer à la société », plusieurs théoriciens ont évoqué l'idée que le corps des condamnés à mort soit disposé en faveur des personnes malades ayant besoin d'une transplantation d'organe pour survivre. L'idée est, de toute évidence, que si leur vie à servir la mort, leur mort peut maintenant servir à la vie. Mais cette idée est ici, surtout, circonscrite à l'intérieur d'une politique officielle et publique et ne s'aventure pas dans des trafics privés et douteux. À cet égard, il convient de mentionner que certains états asiatiques sont soupçonnés de favoriser et d'utiliser, de façon tout à fait immorale, le cadavre (des peines capitales) pour alimenter un trafic d'organes qui profite, en premier lieu, aux caciques du régime en question.

Le don d'organe d'une personne morte est, finalement, une politique du cadavre. Il s'agit d'une politique du cadavre que les individus acceptent largement, car la valeur de la vie est au-dessus de toute chose. Mais comme nous avons pu le mentionner, il n'existe pas de bon ton pour mentionner ce fait ni, non plus, pour parler sans tabou d'un porteur d'organe issu d'un cadavre. Un peu de respect, s'il vous plaît !

5. Notre arrivée à la fin

Notre voyage, littéralement parlant, nous a menés du paradis à l'enfer. D'un paradis où les morts reposent tranquillement et d'un enfer où les cadavres servent encore et toujours l'infamie des vivants. Entre les deux, suspendus dans l'ambiguïté entretenue par des vivants, nous avons également pu nous interroger sur les fantasmes, les illogismes, sinon les perversités et

les folies, qui se poursuivent au-delà de la frontière de la mort. Quant à cette dernière, nous avons vu comment les objectifications troublées du vivant se retrouvent sous une transgression aliénante, sous une forme de « trouble » psychique. Car qui, dans une société adolescentique, a envie de mourir ?

Au-delà de nos réflexions analytiques, c'est Edgar Allen Poe qui résume le mieux tout ce qu'il y a à dire, en fin de compte, sur les cadavres (et sur les sépulcres) et le droit. Dans un poème magnifique, il nous dresse (dans la traduction de Charles Baudelaire) l'image à jamais oubliée et la leçon qui résume toute une vie, à savoir que :

Voyez ! c'est la nuit de gala.
Depuis ces dernières années désolées !
Une multitude d'anges, ailés, ornés
De voiles et noyés dans les larmes,
Est assise dans un théâtre pour voir
Un drame d'espérances et de craintes,
Pendant que l'orchestre soupire par intervalles
La musique des sphères.
Des mimes, faits à l'usage du Dieu très haut,
Marmottent et marmottent tout bas,
Et voltigent de côté et d'autre ;
Pauvres poupées qui vont et viennent
Au commandement de vastes êtres sans forme
Qui transportent la scène çà et là,
Secouant de leurs ailes de condor
L'invisible Malheur !
Ce drame bigarré ! -- oh ! à coup sûr,
Il ne sera pas oublié,
Avec son Fantôme éternellement pourchassé
Par une foule qui ne peut pas le saisir,
À travers un cercle qui toujours retourne
Sur lui-même, exactement au même point !
Et beaucoup de Folie, et encore plus de Pêché
Et d'horreur font l'âme de l'intrigue !
Mais voyez, à travers la cohue des mimes,
Une forme rampante fait son entrée !
Une chose rouge de sang qui vient en se tordant
De la partie solitaire de la scène !
Elle se tord ! Elle se tord ! -- Avec des angoisses mortelles
Les mimes deviennent sa pâture,
Et les séraphins sanglotent en voyant les dents du ver
Mâcher des caillots de sang humain.
Toutes les lumières s'éteignent, -- toutes, -- toutes !
Et sur chaque forme frissonnante,
Le rideau, vaste drap mortuaire,
Descend avec la violence d'une tempête.

-- Et les anges, tous pâles et blêmes,
Se levant et se dévoilant, affirment
Que ce drame est une tragédie qui s'appelle l'Homme,
Et dont le héros est le Ver conquérant.⁷⁹

Il y a des choses à apprendre d'Edgar Allen Poe ! Le réalisme qui s'exprime dans ce poème est là pour nous rappeler que le Ver sera l'unique conquérant à la fin. Il nous vaincra tous et pour de vrai. Si les Anges nous protègent avec ardeur dans notre vie, ils désespèrent et ne peuvent plus rien pour nous par la suite. Rien ne sera laissé, tout sera réduit à néant et nous redeviendrons poussière. Notre destin, notre avenir et notre condition humaine, c'est le Ver conquérant qui nous le rappelle. Il nous rappelle que notre pèlerinage à travers la vallée des larmes, c'est la vraie nature de notre humanité. Le Ver prend, à la fin de notre pèlerinage humain, tout. Il se moque bien de notre âme, il le laisse volontiers à l'Éternel.

Tout revient, en fin de compte, au point de départ dans notre analyse, à savoir que notre attitude à l'égard du cadavre nous révèle beaucoup sur notre humanité, tant individuellement que collectivement. Elle nous illustre également le contraire, à savoir que notre narcissisme, notre aveuglement, notre nombrilisme, notre vanité, notre orgueil, notre frivolité, nous trahissent individuellement et nous déshumanisent. Nous sommes tout cela ... Et plus encore !

* Professeur, Université Laval, Québec ; bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca.

¹ Quintus Septimius Florens Tertullianus, dit Tertullien (150 – 220 après J.-C.). La citation vient de « De la résurrection de la chair – chapitre IV (traduit par E.-A. de Genoude, 1852.)

² En rappelant la sagesse populaire : « Malheur à celui qui survit à ses enfants ». Le sens est bien évidemment qu'il risque de mourir seul et sans accompagnement, et par la suite être effacé de la mémoire des humains.

³ Le mot « thanatologie » a historiquement eu différentes définitions. Aujourd'hui, cela fait référence à une formation technique et professionnelle pour des personnes qui se destinent à travailler dans l'industrie des pompes funèbres et c'est donc le nom d'une telle formation et une telle profession (thanatologue/ conseiller en funéraire). Historiquement, le mot se retrouve en tant qu'observation médicale, en tant qu'analyse médico-légale ou « médecin judiciaire » (en anglais : forensic medicine), en tant que thème psychologique (et surtout psychanalytique) et psychiatrique, de même qu'un thème romantique, littéraire, poétique, etc.

⁴ Giambattista Vico, *De l'antique sagesse de l'Italie (De antiquissima Italorum sapientia ex linguae latinae originibus eruenda)*, Naples, 1710), Paris, Garnier-Flammarion, 1993, chapitre 1. Cf. G. Vico, *La "science nouvelle" (Scienza Nuova, 1725)*, Paris, Gallimard, Tel, 1993. Le « verum esse ipsum factum » a été traditionnellement traduit en français comme « le vrai est le faire même », là où nous lisons « le vrai c'est de faire le fait ». L'absence d'un « objet », d'une réalité, de ce qu'a été fait, devient en effet préoccupant dans le constructivisme contemporain où tout devient « le faire de sujet » et donc aussi la réécriture (frauduleuse) de la réalité selon les désirs, les idéologies, les spins, favorisés par un « cercle oligarchique » ou la Ligue du politiquement et moralement correct.

⁵ Une pratique pourtant établie bien avant l'époque pharaonique (c.-à-d. avant la période thinite, 3150 avant J.-C.). À cet avant - époque, c'était l'enterrement dans le sable qui servait le rôle de dessiccation et de conservation du cadavre.

⁶ Hérodote, Histoire d'Hérodote (Traduction par Pierre-Henri Larcher), Charpentier, 1850 (Tome 1, livre 3, (Thalie), XVI : « En effet, les Perses croient que le feu est un dieu, et il n'est permis, ni par leurs lois, ni par celles des Égyptiens, de brûler les morts. Cela est défendu chez les Perses, parce qu'un dieu ne doit pas, selon eux, se nourrir du cadavre d'un homme : cette défense subsiste aussi chez les Égyptiens, parce qu'ils sont persuadés que le feu est un animal féroce qui dévore tout ce qu'il peut saisir, et qui, après s'en être rassasié, meurt lui-même avec ce qu'il a consommé. Or, leurs lois ne permettent pas d'abandonner aux bêtes les corps morts ; et c'est par cette raison qu'ils les embaument, de crainte qu'en les mettant en terre, ils ne soient mangés des vers. »

⁷ Giambattista Vico, « La science nouvelle » (1725) (traduction de Christina Trivulzio), Paris, Gallimard, coll. Tel, 1993, p 109. : « Remarquons d'abord que toutes les nations, barbares ou civilisés, quoique séparées par d'immenses pays, quoique fondées en des temps divers, gardent trois coutumes humaines suivantes : Toutes ont une religion ; toutes contractent solennellement des mariages ; toutes ensevelissent leurs morts. Chez les nations les plus sauvages et les plus cruelles, il n'est aucun acte humain qui soit célébré avec plus de pompe et de solennité que les cérémonies religieuses, les mariages et les enterrements. Nous avons dit, dans nos aphorismes, que des idées uniformes nées chez des peuples qui ne se connaissent point entre eux doivent nécessairement avoir un principe commun de vérité. Quelque chose donc a sans doute enseigné à toutes les nations ces trois commencements de l'humanité, et toutes les nations doivent observer religieusement ces coutumes, afin que le monde ne devienne pas de nouveau féroce et sauvage ».

À comparer avec la traduction de Jules Michelet, Œuvres choisies de Vico, Paris, 1835, p. 397 : « Observons toutes les nations barbares ou policées, quelque éloignées qu'elles soient de temps ou de lieu ; elles sont fidèles à trois coutumes humaines : toutes ont une religion quelconque, toutes contractent des mariages solennels, toutes ensevelissent leurs morts. Chez les nations les plus sauvages et les plus barbares, nul acte de la vie n'est entouré de cérémonies plus augustes, de solennités plus saintes, que ceux qui ont rapport à la religion, aux mariages, aux sépultures. Si des idées uniformes chez des peuples inconnus entre eux doivent avoir un principe commun de vérité, Dieu a sans doute enseigné aux nations que partout la civilisation avait eu cette triple base, et qu'elles devaient à ces trois institutions une fidélité religieuse, de peur que le monde ne redevînt sauvage et ne se couvrît de nouvelles forêts. » L'originale version italienne est la suivante : « Osserviamo tutte le nazioni così barbare come umane, quantunque, per immensi spazi di luoghi e tempi tra loro lontane, divisamente fondate, custodire questi tre umani costumi: che tutte hanno qualche, religione, tutte contraggono matrimoni solenni, tutte seppeliscono i loro morti ; né tra nazioni, quantunque selvagge e crude, si celebrano azioni umane con più ricercate cerimonie e più consagrate solennità che religioni, matrimoni e sepolture. Ché, per la dignità che "idee uniformi, nate tra popoli sconosciuti tra loro, debbon aver un principio comune di vero", dee essere stato dettato a tutte : che da queste tre cose incominciò appo tutte l'umanità, e per ciò si debbano santissimamente custodire da tutte perché 'l mondo non s'infierisca e si rinselvi di nuovo. Perciò abbiamo presi questi tre costumi eterni ed universali per tre primi principii di questa Scienza », Giambattista Vico, La scienza nuova, Milan, Einaudi, coll. La letteratura italiana Einaudi, 1976, p 129.

Voir également Ugo Foscolo (1778 – 1827), poète italien et connu pour le poème « Dei Sepolcri » / « Les Tombeaux » de 1807 : *I sepolcri ed altre poesie / Les Tombeaux et autres poèmes*, trad. et présenté par Michel Orcel, Coll. Villa Médicis, Académie de France à Rome, 1982. Cf. également, Sophie Lacroix, *Tombeau. Pour une archéologie de la conscience*, Paris, Éditions Manucius, 2013.

- ⁸ Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955. La chaire de recherche universitaire de Lévi-Strauss (1908 – 2009) à l'École pratique des hautes études (Paris) était intitulée « Chaire des religions comparées des peuples sans écriture ».
- ⁹ Ce qui était la pratique historique des aborigènes d'Australie pendant leurs longs déplacements, leurs treks saisonniers.
- ¹⁰ Le mot thanatopraxie désigne aujourd'hui, l'art, la science ou les techniques modernes permettant soit de préserver des corps de défunts humains de la décomposition naturelle, soit de les présenter avec l'apparence de la vie pour les funérailles et, soit, d'assurer la destruction d'un maximum d'infections et micro-organismes pathologiques contenus dans le corps des défunts. Le mot s'utilise également pour comprendre les pratiques historiques, anthropologiques et culturelles, de ces arts, sciences et techniques, concernant le traitement funéraire et/ou cérémoniel du cadavre. Voir note 3 concernant le mot thanatologie.
- ¹¹ Ichtyophages signifie en soi uniquement « mangeur de poissons » (ou de « fruits de mer ») et ce nom est communément attribués, en anthropologie ou en histoire anthropologique, à une pluralité de peuples se nourrissant des ressources de la mer. Sur le plan de l'histoire anthropologique le nom est surtout attribué aux peuples ancestraux au confluent de la Mer méditerranée, le Mer rouge et la Mer indienne, vivante des ressources maritimes.
- ¹² Le mazdéisme est considéré comme le nom correct des « zoroastrismes ». En fait, le mazdéisme vénère le dieu Ahura Mazda (« Le Seigneur Attentif »). Souvent les deux termes se juxtaposent comme profession de foi du fidèle à Ahura Mazda, tandis que le zoroastrisme se rapporte à l'enseignement de Zoroastre (Zarathoustra) concernant cette foi. Quant à la notion de « parsis » (littéralement : « persans ») il fait référence au mazdéen (d'origine persane ou aujourd'hui iranienne) vivant en Inde (principalement en Mumbai). Le mazdéisme des parsis est souvent considéré comme un mazdéisme réformé et démystifié dans un sens éthique et monothéiste. Le mazdéisme et les mazdéens ont été cruellement discriminés et même tués en masse pendant les différents régimes islamiques en Perse/Iran. Cette situation discriminatoire perdure encore aujourd'hui : voir Vida Amirmokri, *L'islam et les droits de l'homme : l'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004. Pour la religion mazdéenne, voir Julien Ries, *La religion de Zarathoustra et le mazdéisme depuis les origines jusqu'à l'avènement des Achéménides*, Louvain-la-Neuve : Centre d'histoire des religions, 1983, et Julien Ries, *Les religions de l'Iran sous les Achéménides et sus les Arsacides : mazdéisme, mithriacisme, zervanisme*, Louvain-la-Neuve : Centre d'histoire des religions, 1984.
- ¹³ Notons que le mazdéisme professe qu'il y a trois éléments sacrés – le feu, la terre et l'eau – et qu'il faut éviter toute souillure de celles-ci. L'exposition des cadavres aux oiseaux répond donc au critère de ne pas souiller ces éléments, de même que de tromper (ou éloigner) le démon de la putréfaction (la « Druj Nàsu »). Soulignons cependant que les chiens remplacent historiquement les oiseaux (les vautours) dans le mazdéisme historique en Iran, Afghanistan et Pakistan/Inde.
- ¹⁴ L'exception est bien sûr quand les oiseaux dans l'affolement laissent tomber des « restes humains » de leurs becs dans la ville.

- ¹⁵ Quant à la symbolique, notons le titre du livre de Graeme Smith intitulé « Et les chiens bouffent les cadavres. Notre guerre en Afghanistan » (titre original : *The dogs are eating them now: our war in Afghanistan*), Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2015.
- ¹⁶ Cela fait également référence au refus de sépulture dans l'histoire d'Antigone et son frère Polynice, et le fait que le cadavre du dernier fut jeté aux chiens errants ce qu'Antigone n'accepta pas et qui n'était pas acceptable selon la tradition hellénique. Nous reviendrons plus loin dans notre article ici sur ce drame théâtral (et mythe) de Sophocle.
- ¹⁷ Bernard Vandermeersch, « Les premières sépultures », dans *Histoire et Archéologie*, dossier : La Mort dans Préhistoire, no 66, septembre 1982, p 10 – 14. Cf. Anne Marie Tillier, *L'homme et la mort. L'émergence du geste funéraire durant la Préhistoire*, Paris, Éditions CNRS, 2009 (repris, dans la coll. *Biblis*, 2013).
- ¹⁸ Bertolt Brecht, *Poèmes*, tome 4. (1934-1941), Paris, L'Arche éditeur, 1966. Le poème intitulé : « Questions que pose un ouvrir qui lit » (traduction par Maurice Regnaut) :

« Oui a construit Thèbes aux sept portes?
Dans les livres, on donne les noms des Rois.
Les Rois ont-ils traînés les blocs de pierre ?
Babylone, plusieurs fois détruite,
Qui tant de fois l'a reconstruite ? Dans quelles maisons
de Lima la dorée logèrent les ouvriers du bâtiment ?
Quand la Muraille de Chine fut terminée,
Où allèrent, ce soir-là, les maçons ? Rome la grande
Est pleine d'arcs de triomphe. Qui les érigea ? De qui
Les Césars ont-ils triomphé ? Byzance la tant chantée,
N'avait-elle que des palais
Pour ses habitants ? Même en légendaire Atlantide,
Hurlant dans cette nuit où la mer l'engloutit,
Ceux qui se noyaient voulaient leurs esclaves.
[.....]
Autant de récits,
Autant de questions. »

- ¹⁹ Peut également s'écrire comme Qin Shi Huang, Qin Shi Huangdi ou Roi/Empereur Zheng de Qin. Rappelons que son nom de famille était Ying, son prénom Zheng, son nom de clan Qin (ou Zhao). Soulignons que le nom Shi Huang signifie, littéralement, le Premier August Souverain (d'où s'ajoute par devant le lieu Qin). L'utilisation du titre Shi Huangdi fait référence aux souverains légendaires de l'antiquité chinoise, les Sanhuangwudi.

L'Empereur de Qin a eu une influence énorme pour la philosophie du droit en Chine comme promoteur du légisme chinois (Fa Jia); sur cette question, voir Bjarne Melkevik, « Un regard sur la culture juridique chinoise: l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », dans *idem*, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 p 179-203 (repris dans, *idem*, *Philosophie du droit. Volume 1*, en 2010); *idem*, « À propos de la philosophie chinoise du droit », dans, *idem*, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p 171-178 (repris dans, *idem*, *Philosophie du droit. Volume 2*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2014); traduction de l'article initial en langue anglaise « Chinese Legal Philosophy », dans Christopher Barry Gray (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, volume 1, New York, Garland Publishing, 1999, p 104-107.

- ²⁰ Cf. Renata Pisu, *L'armée ensevelie de l'empereur Qin : la plus grande découverte archéologique* (traduction et adaptation de l'italien par Christian Pessey de « I soldati dell'imperatore Qin Shi Huang »), Paris, Solar, 1985 ; Arthur Cottorell, *Le premier empereur : la plus grande découverte archéologique du siècle*, Paris, Chêne/Hachette, 1981.
- ²¹ Nous utilisons ici le terme « hollywoodien » dans un sens générique (et emblématique) vu que plusieurs de ces séries télévisuelles ne sont pas strictement parlant produit à Hollywood. En vérité, la production à la façon « hollywoodienne » est aujourd'hui devenue un phénomène mondial, prenant plusieurs formes, dont celle d'imitation et d'acculturation. Les productions « hollywoodiennes » se font à présent autant en Inde qu'en Australie, ou encore en France, Angleterre, Italie, Allemagne, Égypte, Nigeria, Chine, Brésil, Canada, etc., et à l'égal de ce qui se produit véritablement à Hollywood.
- ²² La série de télévision « Six Feet Under » a été produite par Alan Ball pour HBO. De 2001 jusqu'à l'automne 2005, la série a connu 5 saisons et 63 épisodes. Le titre « Six pieds sous terre » a été utilisé dans le monde francophone.
- ²³ Notons qu'historiquement et anthropologiquement les « six pieds sous terre » étaient la mesure de protection contre les animaux charognards qui pouvait déterrer un cadavre. Les charognards n'étaient pas capables d'aller jusqu'à « six pieds sous terre » pour festoyer sur le cadavre.
- ²⁴ La série de télévision « Dead Like Me » (Mort comme moi) a été produite par Bryan Fuller pour Showtime. De 2003 jusqu'à 2004, la série a connu deux saisons et 29 épisodes.
- ²⁵ La télésérie « Bones » est inspiré des romans de Kathleen Joan Toelle « Kathy » Reichs.
- ²⁶ Le titre « Six pieds sous terre » reprend l'obligation ancienne de déposer le cadavre si profond que les animaux charognard ne pouvait pas le déterrer. La phase « enterrer six pieds sous terre » a bien le sens d'un cadavre « enterrer correctement ».
- ²⁷ Notons que les écrits du poète, écrivain et croquemort Thomas Lynch, directeur des pompes funèbres de Lynch & Sons funeral home de Milford, Michigan, est la source d'inspiration de la série. Thomas Lynch est l'auteur de *The Undertaking : Life Studies from a Dismal Trade* (Penguin, 1998) et *Bodies in Motion and at Rest* (Norton, 2001), de même que trois livres de poésie qui tourne également autour des cadavres, des pompes funèbres et la vie dans toutes ses imperfections. Les livres de Lynch respirent de l'honnêteté, des aléas de l'existence et un sens aigu d'humour quand il traite de lui-même (son alcoolisme, son divorce, ses origines irlandaises, sa formation de catholique irlandais, etc.) et son travail de croquemort « en poésie », autrement dit en tant qu'auteur poétique croquemort.
- ²⁸ D'où le néologisme de « adulescent » (« adolescence »), conçu par la fusion des mots « adulte » et « adolescent ». Autrement dit le paradigme de « Peter Pan ».
- ²⁹ Robert Musil, *L'homme sans qualité*, 2 tomes, Paris, Seuil, 1954.
- ³⁰ Rappelant le poème de John Dunn (1572 -1631, *Devotions upon Emergent Occasions*, 1624 (Méditation XVII - *Nunc lento sonitu dicunt, Morieris; - Now this bell tolling softly for another, says to me, Thou must die*):

« Aucun homme n'est une île, un tout, complet en soi ;
tout homme est un fragment du continent,
une partie de l'ensemble ;
si la mer emporte une motte de terre,
l'Europe en est amoindrie,
comme si les flots avaient emporté un promontoire,
le manoir de tes amis ou le tien ;

la mort de tout homme me diminue,
parce que j'appartiens au genre humain ;
aussi n'envoie jamais demander pour qui sonne le glas :
c'est pour toi qu'il sonne. »

Les mots de la fin (et le sous-titre « Nunc lento sonitu dicunt, Morieris » [Maintenant, cette cloche sonne doucement pour une autre ; elle me dit : Tu dois mourir], de ce poème a inspiré Ernest (Miller) Hemingway (1899-1961) pour le titre de son roman : *For Whom the Bell Tolls* (« Pour qui sonne le glas ») 1940.

- ³¹ *Sed contra*, Bjarne Melkevik, *Épistémologie juridique et déjà-droit*, Paris, Buenos Books International, 2014.
- ³² La tradition historique de l'hindouisme interdite la mise en terre du cadavre. Il existe pourtant des dissidents surtout géographiques et « des sectes » qui acceptent une telle pratique.
- ³³ Sophocle, *Théâtre complet*, traduction de Robert Pignarre, Paris, GF Flammarion no 18, 1964, pages 69 – 101 (Antigone). Cf. Muriel Gilbert (dir.), *Antigone et le devoir de sépulture*, Genève, Labor et Fides, 2015 et surtout l'article de Pierre Moor, « Entre Antigone et Créon : la médiation juridique », *idem*, page 99 – 118.
- ³⁴ Voir, Stamatios Tzitzis, « Scolies sur les nomima d'Antigone, représentés comme droit naturel », dans *Archives de philosophie du droit*, tome 33, 1988, p 243-259. Fabio Ciaramelli, « Pour une relecture de l'Antigone comme tragédie du nomos », dans *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, Vol. 2, n. 1 (2014), page 201 – 215. Voir aussi Paulo Ferreira da Cunha, *O século de Antígona*, Coimbra, Almedina, 2003.
- ³⁵ Sophocle, *Théâtre complet*, op. cit., page 70.
- ³⁶ Le fait qu'Antigone jette le sable sur le corps de son frère mort pour symboliser un sépulcre, rappelle l'explication de Cicéron des coutumes sacrées romaines dans *De Legibus* (Traité des lois) : « Car avant que la terre n'ait été répandue sur un ossement du défunt, le lieu sur lequel a été brûlé son corps ne comporte pas d'égards religieux; mais quand la terre a été répandue, le défunt est alors inhumé en cet endroit : le lieu s'appelle « Tombeau » (*sepulcrum*) et désormais un grand nombre de droits religieux le concernent. », Cicéron, *Traité des lois*, (traduction de Georges De Plinval), Paris, Les Belles Lettres, 1968, Livre deuxième, XXII – 57. Notons que la même tradition existe symboliquement aujourd'hui, dans le fait qu'un prêtre chrétien ou le plus prochain parent prend un poigné de « terre » et le répand sur le lieu d'enterrement. Par cet acte, il s'agit aujourd'hui comme il y a 2.400 ans de désigner un « tombeau », d'un « sépulcre ».
- ³⁷ Une libation est acte rituel religieux qui nous vient de l'Antiquité. Elle s'effectue par la présentation d'une boisson en offrande (à un Dieu) et renversante quelques gouttes sur le sol ou sur l'autel. Les liquides de libation étaient le plus souvent soit du vin, du lait ou de l'huile d'olive. La Sainte Bible témoigne également de cette pratique : 2 Timothée 4 : « Mais toi, sois sobre en toutes choses, supporte les souffrances, fais l'œuvre d'un évangéliste, remplis bien ton ministère. Car pour moi, je sers déjà de libation, et le moment de mon départ approche. J'ai combattu le bon combat, j'ai achevé la course, j'ai gardé la foi... ».
- ³⁸ Sophocle, *Théâtre complet*, Antigone, op. cit., page 79.
- ³⁹ Sophocle, op. cit., p. 70.
- ⁴⁰ L'institution de sati est aujourd'hui interdite par la loi en Inde. L'histoire de cette interdiction législative remonte à 1829 et Regulation XVII (Sati Prevention Regulation Act) de Lord William

Bentincin qui la fait incriminer. C'est le résultat d'une campagne contre la politique orientaliste de l'époque et le dogme de respecter sans jugement toutes les coutumes ancestrales et religieuses de l'Inde. Cf. Catherine Weinberger-Thomas, *Cendres d'immortalité : La crémation des veuves en Inde*, Paris, Seuil, 1996. L'institution de sati (auto-immolation des veuves) se comprend avec une référence à l'institution du jauhâr (ou johur), la coutume de mort volontaire sur le bûcher funéraire suivie par les femmes des guerriers râjputs (et d'autres peuples également) afin d'éviter la déportation, la soumission et l'esclavage pendant les conquêtes musulmanes en Inde.

⁴¹ Cicéron (Marcus Tullius Cicero – 106 av. J. C – 43 av J. C.), *Traité des lois*, (traduction de Georges De Plinval), Paris, Les Belles Lettres, 1968, Livre deuxième, XXII – 56. Remarque également la conclusion de Cicéron sur cet acte : « C'est peut-être de peur que la même insulte n'arrivât à son corps qu'il fut le premier des patriciens de la gens Cornelia à vouloir qu'on le brûlât par la flamme » (57).

⁴² Voir sur les génocides, les massacres, les tueries en masse, des Arméniens, voir : Annette Becker, Hamit Bozarslan et Vincent Duclert, *Le génocide des Arméniens - Un siècle de recherche 1915-2015*, Paris, Armand Colin, coll. « Hors collection », 2015. Si les études contemporaines ciblent les génocides des Arméniens de 1914/5 à 1921, il convient de noter que les tueries en masse des Arméniens commencent dans le 19^e siècle. Il s'agit d'effacer la présence arménienne de l'Empire ottoman et de la Turquie. La discrimination contre la minorité Arméniens en Turquie est aujourd'hui encore systématique et endémique.

⁴³ Voir la collection de livres: "Les cadavres dans les génocides et les violences de masse », Paris, Éditions Pétra. Elisabeth Anstett et Jean-Marc Dreyfus, *Cadavres impensables, cadavres impensés. Approches méthodologiques du traitement des corps dans les violences de masse et les génocides*, Paris, Éditions Pétra, 2012; Anne-Marie Losonczy et Valérie Robin Azevedo, *Retour des corps, parcours des âmes. Exhumations et deuils collectifs dans le monde hispanophone*, Paris, Éditions Pétra, 2016. Cf. aussi Sévane Garibian (dir.), *La mort du bourreau: Réflexions interdisciplinaires sur le cadavre des criminels de masse*, Paris, Éditions Pétra, 2016.

⁴⁴ Et d'où aussi le phénomène historique consistant d'utiliser un cadavre en tant que pharmacopée. Ce qu'était coutumière dans l'Égypte pharaonique à l'Égypte islamisée où les corps momifiés étaient profanés et vendus, en tant que « médicament », comme remède médical, comme pharmacopée, à des gens qui croyaient, contre raison, que cela leur permettait de guérir.

⁴⁵ Cf. Mark Twain, Robert Louis Stevenson, etc.

⁴⁶ Cf. le statut de « l'enfant sans vie » en droit civil français, Code civil (française) l'article 79-1 (voir surtout alinéa 2) : « Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès.

À défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question. » Alinéa 2 ici permet d'obtenir un « acte d'enfant sans vie » ou « Certificat médical d'accouchement : en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie ».

- ⁴⁷ Concernant le mode et l'appréciation contemporaine de transgressions, voir Jean-Jacques Sueur et Pascal Richard (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, et surtout notre article « Le truisme du droit comme transgression », *ibid.*, p 453 – 478.
- ⁴⁸ Et de philosophie, surtout présente dans la philosophie des Lumières où la figure du gentil cannibale (en exemple du Bon Sauvage des Philosophes) est opposée à l'homme occidental barbare, cruel et non civilisé (ce qui est aujourd'hui repris à l'identique par « le progressisme réactionnaire » en tant que mythologie du l'homme occidental WASP ou encore raciste, antiféministe, et pire). Le mythe du gentil cannibale se trouve, par exemple, dans les écrits de Girolamo Cardano (1501 – 1576) et Michel de Montaigne (1533 – 1592); voir sur cette question Frank Lestringant, *Le Cannibal. Grandeur et décadence*, Genève, Droz, 2016. L'essai de Michel de Montaigne, *Des Cannibales*, Paris, Mille et une nuits, 2000, est un extrait (livre 1, chapitre 31) de son livre « *Essais* » (1580).
- ⁴⁹ Khalid Ghanayim, « Excused Necessity in Western Legal Philosophy », dans *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence. An International Journal of Legal Thought*, London (Ontario), University of Western Ontario, 2006, vol. 19, no 1, p 31 – 65.
- ⁵⁰ Cf. sur le plan littéraire (sans suite judiciaire), Henrik Ibsen, « Peer Gynt », Paris, Flammarion, coll. GF-Flammarion no 805, 1994, p 243-246 (Acte V). C'est la scène d'un naufrage, d'une tempête et deux personnes qui s'accroche tant bien que mal à une quille. Peer Gynt après avoir précipité l'autre naufragé vers la noyade, se hisse seul sur la quille en déclamant « Amen, mon gars. Tu étais et restas toi-même jusqu'à la fin. Tant qu'il y a de la vie, il y a de l'espoir. » (Idem, page 246).
- ⁵¹ R. v. Dudley et Stephens (1884, 14 QBD 273 DC). Voir, Alfred William Brian Simpson, *Cannibalism and the Common Law: The Story of the Tragic Last Voyage of the Mignonette and the Strange Legal Proceedings to Which It Gave Rise*, Chicago: University of Chicago Press, 1984. Cf. Alfred William Brian Simpson, « Cannibals at Common Law », *The University of Chicago Law School, Crosskey Lectures*, No. 5 (1981).
- ⁵² C'est-à-dire que le privilège d'être sauvé (de se sauver avec les moyens disponibles) ne pouvait pas être discriminé au préalable à partir d'un a priori. D'où précisément un positionnement relevant de l'égalité.
- ⁵³ Ce qui effectivement a été plus « juste ». Voir Edgar Allan Poe, *Les aventures d'Arthur Gordon Pym de Nantucket* (original 1838, trad. fr. 1858), chapitre XII (« La courte paille ») : « Je revins à temps de mon évanouissement pour voir le dénouement de la tragédie et assister à la mort de celui qui, comme auteur de la proposition, était, pour ainsi dire, son propre meurtrier. Il ne fit aucune résistance, et, frappé dans le dos par Peters, il tomba mort sur le coup. Je n'insisterai pas sur le terrible festin qui s'ensuivit immédiatement : ces choses-là, on peut se les figurer, mais les mots n'ont pas une vertu suffisante pour frapper l'esprit de la parfaite horreur de la réalité. Qu'il me suffise de dire qu'après avoir, jusqu'à un certain point, apaisé dans le sang de la victime la soif enragée qui nous dévorait, et détaché d'un commun accord les mains, les pieds et la tête, que nous jetâmes à la mer avec les entrailles, nous dévorâmes le reste du corps, morceau par morceau, durant les quatre jours à jamais mémorables qui suivirent, 17, 18, 19 et 20 juillet. » Cf. Edgar Allan Poe, *Histoires, Essais et Poèmes*, Paris, Le livre de poche, La Pochothèque, 2006, p 1231 – 1473, page 1372 pour la citation.
- ⁵⁴ Quant à la question morale de ce cas nous pouvons nous rapporter à Edmond Cahn, *The Moral Decision*, Bloomington, Indiana University Press, 1956, p 61 s. Voir également, idem, *The Sense of Injustice*, New York & London, 1949, et, idem (dir.), *Supreme Court and supreme law*, Bloomington, Indiana University Press, 1954.

- ⁵⁵ Il s'agit du Jeffrey Dahmer. Voir, Robert J. Dvorchak et Lisa Holewa, *Milwaukee Massacre: Jeffrey Dahmer and the Milwaukee Murders*, London, Robert Hale, 1992
- ⁵⁶ Il s'agit d'Armin Meiwes. Voir, Rainer Maria Kiesow, *L'Unité du droit*, Paris, Éditions EHESS, 2014, p 73 - 75.
- ⁵⁷ Plusieurs films ont été produits sur l'affaire de Jeffrey Dahmer (en 1993 et en 2002), de même que des références à son nom et ses crimes ont été faits dans plusieurs séries de télévision. Jeffrey Dahmer est incontestablement aujourd'hui un « must », une « icône », une figure de « culte » révéralé dans le contre-culturel « underground ». Une banalisation « culturelle » glorifiante est actuellement en œuvre; par exemple, dans la bande dessinée de John "Derf" Backderf, intitulé « mon ami Dahmer » (2013), et également dans le film basé sur cette bande dessinée et qui est sorti en salle en avril 2017.
- ⁵⁸ Jugement de la Cour fédérale / Bundesgerichtshofes du 22 avril 2005, ref. Az : 2 StR 310/0. Un deuxième procès à la Cour d'assises a eu lieu et le 9 mai 2006, Armin Meiwes a été condamné à la réclusion à perpétuité pour assassinat et pour la perturbation de la paix des morts. La Cour fédérale a confirmé cette décision en février 2007. Un recours pour atteinte aux « droits constitutionnels » n'a pas été accepté – par ordonnance du 7 octobre 2008 - par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne.
- ⁵⁹ Cf. American Psychiatric Association, *DSM-5: diagnostic and statistical manual of mental disorders*, 5e édition, Washington D.C. American Psychiatric Association, 2013. La quatrième édition a été traduite en langue française : *DSM-IV-TR, Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, texte révisé, Paris, Elsevier Masson, 2004 (1002 pages). On retrouve encore mieux avec le livre classique de Richard von Krafft-Ebing, *Études médico-légales : Psychopathia Sexualis. Avec recherche spéciale sur l'inversion sexuelle*, traduite à partir de la 8e édition allemande par Émile Laurent et Sigismond Csapo, Paris, Éd. Georges Carré, 1895 (librement disponible sur la Toile : le projet Gutenberg).
- ⁶⁰ Sigmund Freud, *Éros et Thanatos* ; cf. également, idem, *Pulsions et destin des pulsions* (1915), Paris, Payot, coll. Petite Bibliothèque Payot, 2010
- ⁶¹ Richard von Krafft-Ebing, *Études médico-légales : Psychopathia Sexualis. Avec recherche spéciales sur l'inversion sexuelle*, traduite sur la 8e édition allemande par Émile Laurent et Sigismond Csapo, Paris, Éd. Georges Carré, 1895 (librement disponible sur la Toile : le projet Gutenberg), article « Outrages aux cadavres (Nécrophiles) ».
- ⁶² Lynne Stopkewich (réalisatrice) « Kissed » (le titre québécois était « Extase »), Montréal 1996. Les acteurs principaux étaient Molly Parker, Peter Outerbridge, Jay Brazeau, James Timmons, Jessie Winter Mudie, Annabel Kershaw. Le film, l'adaptation d'une nouvelle de Barbara Gowdy "We So Seldom Look on Love" (1992), fût présenté à Cannes dans Quinzaine de réalisateurs du Festival de Cannes en 1997. Le film est sorti en DVD en 2005 et en 2007. Le film a été programmé à plusieurs reprises dans les stations de télévision au Canada et ailleurs.
- ⁶³ Le grand nom de mouvement immortaliste est Robert Chester Wilson Ettinger (1918 - 2011), feu professeur de physique américain. Il publia ces thèses dans son livre, *L'homme est-il immortel ?*, Paris, Denoël, 1964 (traduction française de *The Prospect of Immortality*, 1962, 1964, etc.) Le professeur Ettinger est un partisan prônant que la science peut servir, dans une perspective de l'immortalisation à réanimer le corps mort, à un moment opportun dans le futur, pour éventuellement à ce moment-là, le guérir de la maladie qui l'a tuée ou encore pour réparer dans le

futur la vieillesse avec des méthodes plus appropriées que nous fournis la science de l'avenir. Il est normalement considéré comme fondateur d'une crypto secte néo-païenne (dite : les immortalistes) prônant l'immortalité de l'homme par le biais de la « Science », sinon aussi de « transhumanisme » (c.-à-d. amélioration de l'homme par l'ingénierie génétique) en vue de devenir « parfait » ! Sur ce dernier point voir, R. C. W. Ettinger, *Man Into Superman: The Startling Potential of Human Evolution – And How to Be Part of It*, Oak Park (MI), Immortalist Society, 1989 (2005). Comme il se doit (sic!), son corps mort fut « cryoconservé ».

- ⁶⁴ Bernard Edelman, *Essai sur la vie assassinée. Petite histoire de l'immortalité*, Paris, Hermann, 2016.
- ⁶⁵ Cryogénéisation est libre (et légale) aux États-Unis. La France par contre vient de l'interdire par des décisions judiciaires : Voir, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 29 mai 2000 (CAA Bordeaux 29 mai 2000, req. n° 99BX02454 ; confirmant lui-même un jugement du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion rendu le 21 octobre 1999 : TA Saint-Denis, 21 oct. 1999 : JCP G 2000, II, 10287, note F. Lemaire), le Conseil d'État a décidé dans un arrêt « Leroy » du 29 juillet 2002 (req. n° 222180). Dans le même sens, le Tribunal administratif de Nantes a rendu un jugement (TA Nantes, 5 septembre 2002, req. n° 0201396) interdisant la cryogénéisation du docteur Martinot et imposant l'inhumation de ce dernier ainsi que sa femme (déposée dans un congélateur dans la crypte du château familial depuis 1984), confirmant ainsi la décision du juge des référés du Tribunal de grande instance de Saumur du 13 mars 2002. Il s'agit ici d'une précision judiciaire des dispositions de la réglementation française des opérations funéraires qui interdit ce mode de conservation du corps, puisque le cercueil contenant le corps du défunt doit être inhumé ou incinéré dans les 6 jours suivants le décès (art. R. 2213-33 et R. 2213-35 du Code Général des Collectivités Territoriales).
- ⁶⁶ C'est la procédure de la cryogénéisation du corps entier que nous venons de donner. Il n'y a pas pour autant de restriction voulant que ce vous pouvez faire en gros ne peut pas également aussi être fait en détail. Les partisans de cryogénéisation font donc aussi campagne pour cryogéniser des têtes, des poumons, des cœurs, et tout ce que vous souhaitez garder pour l'éternité.
- ⁶⁷ De nombreux adeptes (c.-à-d. cadavres) de cryogénéisation « attendent » déjà dans des capsules climatisées. Le plus connu est Walt Disney (le fondateur des Studios Disney et les produits culturels « Disney »).
- ⁶⁸ C'est le mot qu'il, Gunther Von Hagens, utilise pour caractériser sa technique, sa « méthode de production ».
- ⁶⁹ Nous aurons aussi pu mentionner l'artiste chinois Zhu Yu (et le groupe d'art « Cadavre »). Zhu Yu utilise des cadavres « achetés » des prisons chinoises pour faire ses sculptures.
- ⁷⁰ Le corps momifié – l'auto-icône - de Jeremy Bentham est conservé (en apparence) dans la bibliothèque universitaire de l'University College de Londres. La tête a cependant été enlevée et remplacée par une maquette, les parties musculaires et organes « moues » ont été remplacés par du « papier », et tout est mis en scène par une structure métallique. C'est aujourd'hui une attraction touristique (et de voyeurisme). Mentions ici également le Mausolée Lénine à Moscou.
- ⁷¹ Marc Jimenez, *La querelle de l'art contemporain*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 2005, p 291, voir aussi les pages 48 – 49 (intitulé : Les cadavres exquis de Günther Von Hagens).
- ⁷² Aldous Huxley, *Le meilleur des mondes*, Paris, Pocket, coll. 1438, 2005.
- ⁷³ *Le Monde*, daté du 6 août 1993. Il y a plusieurs exemples plus récents sur cette technique; entre autres au Québec en août 2016.
- ⁷⁴ *Le Monde*, daté du 6 août 1993 ; la signature J.-Y. N. s'appose à cette vignette.

- ⁷⁵ Jean-Noël Fabiani, *Ces histoires insolites qui ont fait la médecine : Tome 2 : Les transplantations*, Paris, Plon, 2012.
- ⁷⁶ Le trafic d'organes ne se fait pas seulement avec des cadavres. Pensons à ce qu'il se passe en Amérique du Sud où des gens disparaissent quelques jours pour réapparaître, mal en point, avec de l'argent dans leurs poches et quelques « organes » de moins.
- ⁷⁷ Gary Becker a reçu le Prix Nobel de l'économie (officiellement : Nobel Memorial Prize in Economic Sciences) en 1992.
- ⁷⁸ Gary Becker et Julio Elias, "Introducing Incentives in the market for Live and Cadaveric Organ Donations", *Journal of Economic Perspectives*. American Economic Association. 21. (3) (Summer 2007): 3–24. Doi:10.1257/jep.21.3.3. JSTOR 30033732.
- ⁷⁹ Edgar Allan Poe, *Le ver conquérant*, traduit par Charles Baudelaire (poème aussi connu sous le titre « Le ver vainqueur »). L'original s'intitule « The Conquerant Worm » fut publié dans *Graham's Lady and Gentleman's Magazine* en janvier 1843, et plus tard reprise dans la nouvelle « Ligeia » (2e version de 1845 ; qui est la source de la traduction de Charles Baudelaire) et par des collections variées de poésie d'Edgar Allan Poe. Cf. Edgar Poe, *Histoires Extraordinaires*, Paris, Michel Lévy, 1856; repris par Gallimard, Paris, collection Folio classique no 4081, (1973) 2004, p 330 – 331; ou Edgar Allen Poe, *Tous les contes d'Edgar Allen Poe, Histoires Extraordinaires, Nouvelles Histoires Extraordinaires, Histoires Grotesques et sérieuses*, Bruxelles, Bibliothèque Marabout no 109, 1960, p 220.

STUDII

**CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL CONSUMATORULUI DE RAMBURSARE
ANTICIPATĂ ȘI SANȚIUNILE APLICABILE CREDITORILOR
PROFESIONIȘTI ÎN CONTRACTELE DE CREDIT**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).4.2

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Juanita GOICOVICI*

Abstract: Remarks on the Consumer's Right to Early Repayment and the Injunctions Applicable to Professional Creditors in Credit Agreements. The article focuses on certain essential elements of the consumers' right to early repayment; as an empowering prerogative based on which the consumer is entitled to full or partial anticipated discharge of the payment obligations under the credit agreements. While the problematic of unfair terms is frequently focused on; in credit scoring literature; early repayment rights have received much less attention; despite a higher rate of litigious situations related to the clauses fixing the amount of the creditors' compensation. On one hand; the article points out the consumer's entitlement to a reduction in the total cost of the credit; consisting of the interest and the costs attached to additional services. Prepayment of the loan by the borrower is often the result of an optional refinancing on lower interest rates; as an embedded option cost that results in a lower total cost of the credit. On the other hand, there is substantial heterogeneity in the modalities of establishing the minimum and maximum amount for creditors' compensation. In the event of early repayment of the credit; the professional/creditor is entitled to fair and objectively justified compensation for possible costs directly linked to early repayment of credit provided that the early repayment falls within a period for which the borrowing rate is fixed. The second part of the study deals with the consumer's right to discharge fully or partially the obligations under a credit agreement; at any time; unconditionally of the number of rates already paid or the total value of the early payments. Third; the article encompasses the problematic of the mandatory legal provisions ceiling the professionals' right to compensation; which may not exceed 1 % of the amount of credit repaid in advance; if the period of time between the early repayment and the agreed termination of the credit agreement exceeds one year. According to the mandatory legal provisions; if the contractual period does not exceed one year; the creditor's compensation for early repayment may not exceed 0;5 % of the amount of credit on anticipated repayment. The fourth part of the observations is allocated to the study of the cases in which the professionals' compensation for early repayment may not be claimed: (i) if the repayment has been made under an insurance contract intended to provide a credit repayment guarantee; (ii) in the case of overdraft facilities; or (iii) if the repayment falls within a period for which the parties have established a variable borrowing rate. Finally; the legal injunctions which may be enforced upon the professional creditor for the breach of contractual duties such as the duty of

transparency are also discussed. Nonetheless; the article argues that the creditor's right to fair compensation for early repayment does not include a percentage of the costs of ancillary services and that the legal ceiling of the early repayment compensation must be centered on the value of the regular interest rate. Thus; the amount of the early repayment compensation would be connected to the regular interest rate; excluding the annual total cost of the credit/the payments for ancillary services.

Keywords : loans; right to early repayment; consumer; right to compensation; injunctions.

Mots-clé : contrats de crédit ; droit de remboursement anticipé ; consommateur ; sommes compensatoires ; sanctions complémentaires.

Cuvinte-cheie : contract de credit; drept de rambursare anticipată; consumatori; compensație de rambursare; sancțiuni complementare.

1. Observații introductive

1.1. Calul troian al răspunderii civile a creditorilor profesioniști – obligația bancară de transparență

Un element esențial pentru protejarea intereselor legitime ale consumatorilor îl constituie cerința de a asigura un nivel ridicat de corectitudine; onestitate și profesionalism în materia formării și executării contractelor de credit; consumatorii trebuind totodată să primească informații personalizate în timp util înainte de încheierea contractului de credit; care să le permită să analizeze și să compare caracteristicile produselor de creditare. Pentru a asigura un nivel cât mai ridicat de transparență și a preveni abuzurile care pot decurge din stabilirea compensației creditorilor pentru rambursare anticipată; aceste obligații ar trebui să includă informații corecte cu privire la modalitatea de calcul și plafoanele aplicabile compensațiilor percepute de creditorul bancar; avându-se în vedere cerințele de diligență profesională. Transparența cu care creditorii bancari anunță în etapa formării contractului plafoanele și modalitățile de calcul ale compensației de rambursare anticipată poate reprezenta un factor stimulator al competiției inter-bancare¹ și un factor de reducere a costului total al creditării pe piața inter-bancară; precum și un catalizator al preluării cotelor de clientelă; pornind de la prezumția că debitorii consumatori tind să opteze pentru produse de creditare al căror cost final; incluzând compensațiile datorate creditorului în caz de rambursare anticipată; este transparent afișat. Creditorul bancar și; după caz; intermediarul de credite au obligația de a furniza consumatorului; pe baza clauzelor și a condițiilor de creditare specifice; informațiile care să îi permită consumatorului să compare mai multe oferte pentru a putea lua o decizie avizată cu privire la încheierea unui contract de credit; inclusiv din perspectiva cuantumului compensației percepute de respectivul creditor pentru rambursarea anticipată a creditului.

1.2. Scurt expozeu al problematicii. Dreptul consumatorului de rambursare anticipată; ca drept potestativ

Dreptul consumatorului de rambursare anticipată a sumelor împrumutate în baza contractelor de credit este considerat a fi un drept esențial din perspectiva dispozițiilor Directivei 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48/CE și 2013/36/UE și a Regulamentului (UE) nr. 1093/2010; transpusă în dreptul intern prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; precum și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. Aprecierea caracterului potestativ al dreptului consumatorului de rambursare anticipate este importantă nu numai prin prisma consecințelor practice pe care potestativitatea le imprimă exercițiului acestui drept; ci și pentru examinarea cerințelor care ar condiționa exercițiul dreptului menționat. Argumentele de ordin logic; precum și fundamentele juridice pentru acest drept al consumatorului debitor sunt oferite de înseși principiile generale ale dreptului contractual civil. Debutând cu observația că obligația principală care incumbă debitorului în contractul de credit este aceea de a rambursa capitalul împrumutat; creditorul care refuză primirea plății integrale a creanței aflându-se în culpă; se poate acredita ideea existenței unui drept potestativ al debitorului de a opta pentru rambursarea totală sau parțială; înainte de scadență; a sumelor datorate în baza convenției de împrumut. Particularitățile exercițiului dreptului de rambursare anticipată; ca și dificultățile practice legate de efectele juridice conexe decurg din *stipularea termenului* contractual de rambursare; în cazul creditelor pe durată determinată; *în beneficiul ambelor părți*; atât al creditorului; cât și al debitorului consumator.

Problematica efectelor juridice ale exercițiului dreptului consumatorului de rambursare anticipată este circumscrisă de observația că; în mod uzual; în contractele civile și comerciale; termenul și condiția – ca modalități (suspensive/ extinctive) afectând efectele actului juridic pot fi stipulate fie în interesul univoc al uneia din părți; fie în interesul fiecăreia dintre părți. În primul caz; partea în beneficiul căreia a fost stipulat termenul sau a fost prevăzută condiția suspensivă sau rezolutorie poate renunța la beneficiul termenului/condiției; respectiva parte având un drept potestativ de a se prevala de beneficiul termenului/condiției; fără ca celălalt contractant să îi poată contracara sau contesta decizia luată. După cum s-a subliniat în literatura de specialitate²; dacă în beneficiul creditorului a fost stipulat un termen suspensiv; debitorul nu-l poate sili pe creditor să facă uz de beneficiul termenului.

În contractele de credit pe durată determinată încheiate cu consumatorii; termenul final de rambursare nu este stipulat în interesul exclusiv al consumatorului; încât acesta să poată renunța la beneficiul termenului printr-o rambursare anticipată fără costuri; în baza exercițiului non-oneros al unui drept de plată integrală a capitalului împrumutat. Dreptul consumatorului de rambursare anticipată subzistă; întrucât este vorba despre executarea obligației principale a debitorului; însă întrucât acesta contracarează efectele termenului contractual; exercițiul dreptului său va fi unul oneros; creditorul fiind îndreptățit la o compensație obiectivă; după cum rezultă din textul art. 67 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; modificată prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite

consumatorilor pentru bunuri imobile; precum și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori³.

Ne propunem; în paragrafele care urmează; să abordăm problematica obligației profesioniștilor de transparență privind calculul compensației de rambursare anticipată; respectiv aspectele practice legate de interzicerea compensației de rambursare anticipată în ipotezele enumerate în art. 68 din O.U.G. nr 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii. O a treia parte a analizei este centrată pe aplicabilitatea dispozițiilor legale imperative de plafonare a compensației de rambursare anticipată; pentru ca cea de-a patra parte a considerațiilor de mai jos să fie alocată nulității clauzelor privind renunțarea consumatorilor la dreptul de rambursare anticipată. În fine; ultima parte a analizei propuse vizează sancțiunile aplicabile în situația încolcării de către profesioniști a obligațiilor specifice în materia contractelor de credit încheiate cu consumatorii; inclusiv din perspectiva sancțiunilor complementare incidente în asemenea cazuri.

1.3. Ambivalența interesului ocrotit. Stipularea termenului de plată atât în interesul debitorului; cât și în interesul creditorului

În cazul convențiilor de credit acordat cu dobândă pe durată determinată; termenul de rambursare este stipulat; pe de o parte; în interesul debitorului; căruia nu i se poate solicita anticipat plata capitalului împrumutat și; pe de altă parte; în mod evident; termenul este stipulat de asemenea în interesul creditorului profesionist; întrucât acesta emite previziuni în legătură cu fructele civile produse de capitalul împrumutat în intervalul prevăzut în contract. După cum subliniază profesorul Jean-Denis Pellier⁴; creditorul profesionist nu poate bloca opțiunea consumatorului debitor de a-și executa anticipat obligația de restituire a capitalului împrumutat; însă în situațiile în care creditul a fost contractat pe perioadă determinată în mod oneros (capital producător de fructe civile); creditorul este îndreptățit să primească o compensație de rambursare anticipată înscrisă în limitele legale.

De remarcat că; fiind vorba despre executarea înainte de expirarea termenului contractual a obligației principale a debitorului de rambursare a împrumutului; având în vedere că debitorul nu poate fi silit să amâne executarea unei obligații de plată care îi revine; consumatorul poate lua decizia de rambursare anticipată *în orice moment*. Exercițiul dreptului de rambursare anticipată va avea loc fără ca creditorul să poată condiționa executarea anticipată nici stipulând că ar fi necesar un anumit număr de rate achitate; nici stipulând că executarea anticipată nu ar putea fi parțială (referindu-se la o parte din capitalul împrumutat). Consumatorului debitor *nu i se poate impune o sumă minimă* de plată anticipată; acesta fiind liber să execute și parțial obligația sa de rambursare care depășește valoarea ratei scadente. Evident că; în acest caz; debitorul va primi un nou grafic de rambursare; care să țină cont de achitarea anticipată a unei părți din capitalul împrumutat.

Astfel cum s-a precizat în literatura de specialitate⁵; limita maximă secundară; aplicabilă valorii compensației de rambursare anticipată este stabilită pornind de la valoarea ratei fixe a dobânzii pe care ar fi perceput-o creditorul în intervalul de timp pentru care are loc plata anticipată; într-un quantum pe care compensația de rambursare anticipată nu în

poate depăși. Rambursarea anticipată a împrumutului permite consumatorului să obțină o *reducere a costului total al creditului*; această reducere constând în dobânda și costurile aferente perioadei dintre data rambursării anticipate și data prevăzută pentru încetarea contractului de credit⁶. Se cuvine menționat faptul că încălcarea acestor dispoziții legale de către creditorul profesionist reprezintă contravenție și se sancționează cu amenda contravențională; conform art. 86 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate între profesioniști și consumatori; cu modificările și completările ulterioare.

2. Obligația profesioniștilor de transparență privind calculul compensației de rambursare anticipată. Schimbări palpabile sau implicare secvențială?

După cum a fost subliniat în literatura de specialitate alocată temei⁷; obligația profesioniștilor de transparență privind calculul compensației de rambursare anticipată se referă la îndatorirea creditorului profesionist de informa consumatorul încă din faza precontractuală; asupra modalității de calcul al compensației; modalitate care trebuie să fie clară; transparentă și verificabilă pe baza unor elemente obiective. În contractele de credit pe durată determinată cu o rată fixă a dobânzii aplicabile; termenul final de rambursare nu este stipulat în interesul exclusiv al consumatorului; astfel încât acesta nu poate renunța gratuit la beneficiul termenului printr-o rambursare anticipată; întrucât termenul este prevăzut și în interesul creditorului bancar; debitorul datorează o compensație echitabilă pentru rambursarea anticipată; integrală sau parțială a capitalului împrumutat.

Referitor la problematica impunerii de către creditorul profesionist a condiției achitării unui număr minim de rate; dreptul debitorului de rambursare anticipată persistă în toate cazurile; întrucât este vorba despre executarea obligației principale a debitorului; însă având în vedere faptul că acesta contracarează efectele termenului contractual stipulat și în interesul băncii; exercițiul dreptului său va fi unul oneros; iar creditorul va fi îndreptățit la o compensație obiectivă; după cum rezultă din textul art. 67 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; modificată prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile. Una din ideile principale care se desprind din textul legal menționat este aceea că creditorul profesionist are obligația de informa consumatorul încă din faza precontractuală asupra modalității de calcul al compensației; modalitate care trebuie să fie clară; transparentă și ușor verificabilă pe baza unor elemente obiective⁸.

În ceea ce privește cerința secundară; menționată inclusiv în cuprinsul art. 16 din 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48/CE și 2013/36/UE și a Regulamentului (UE) nr. 1093/2010; transpusă în dreptul intern prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; precum și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori; aceasta se referă la interdicția perceperii unei compensații de rambursare anticipată în cazurile în care restituirea anticipată a împrumutului intervine în perioade cu

dobândă variabilă; când banca/creditorul a dispus de mecanisme obiective de ajustare a ratei dobânzii în funcție de indicii de referință menționați în mod clar în contract; fără a mai putea transfera ulterior pe umerii consumatorului pierderile financiare rezultate din recuperarea anticipată a capitalului. Ca argument pentru neinclusiunea acestor situații în sfera materială de incidență a dreptului creditorului la compensație echitabilă s-a adus observația⁹ că dobânda variabilă este în practică recalculată ori de câte ori indicii de referință menționați în contract suferă modificări; ceea ce pune la adăpost creditorul cu privire la o serie de dezechilibre financiare decurgând din modificarea condițiilor de creditare; în vreme ce consumatorul nu beneficiază de o protecție similară.

În fine; cea de a treia observație care poate fi enunțată pe marginea textului legal citat este aplicarea unui plafon legal uniformizat (la nivelul tuturor statelor-membre U.E.); pentru valoarea maximă a compensației de rambursare anticipată. Această valoare a compensației de rambursare anticipată nu poate depăși: (a) 1% din valoarea creditului rambursat anticipat; dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit este mai mare de un an; (b) 0,5% din valoarea creditului rambursat anticipat; dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit nu depășește 12 luni.

3. Interzicerea compensației de rambursare anticipată în ipotezele enumerate în art. 68 din O.U.G. nr 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii. Ambiguitate legislativă sau asimetrie intenționată?

Ca urmare a exercitării dreptului de rambursare anticipată; consumatorul poate obține o reducere a costului total al creditului; constând în dobânda și costurile aferente perioadei dintre data rambursării anticipate și data prevăzută pentru încetarea contractului de credit. Astfel cum a subliniat profesorul Jean Calais-Auloy¹⁰; profesioniștilor nu le este permis să condiționeze rambursarea anticipată de plata unei anumite sume minime sau de un anumit număr de rate; punct de vedere care se regăsește și în redactarea textelor de lege aferente de către legiuitorul român (art. 66; alin. 1 și 2 din O.U.G. privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu completările și modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; care prevede că debitorul consumator „are dreptul; în orice moment; să se libereze în tot sau în parte de obligațiile sale care decurg dintr-un contract de credit. În acest caz; consumatorul are dreptul la o reducere a costului total al creditului; această reducere constând în dobânda și costurile aferente perioadei dintre data rambursării anticipate și data prevăzută pentru încetarea contractului de credit. Dreptul consumatorului de a rambursa anticipat nu poate fi condiționat de plata unei anumite sume minime sau de un anumit număr de rate”). De asemenea; după cum rezultă din textul legal menționat; creditorilor le este interzis să perceapă un comision de rambursare anticipată în următoarele trei cazuri; în care creditorul nu s-ar putea prevala de caracterul echitabil al compensației de rambursare anticipată:

(a) **situațiile în care rambursarea a fost realizată ca urmare a executării unui contract de asigurare având drept scop asigurarea riscului de neplată**; după cum s-a arătat în literatura de specialitate¹¹; în aceste ipoteze; rambursarea anticipată nu este voluntară și nu are loc din inițiativa debitorului; ci se produce ca urmare a survenirii riscului de neplată (insolvabilitatea debitorului) pe fondul existenței între bancă și o societate de asigurări; a unui contract de asigurare contra riscului de neplată. Alături de situațiile în care rambursarea anticipată are loc în perioade de creditare în care rata dobânzii percepute nu este fixă; respectiv de situațiile de contractare a unor servicii financiare sub forma descoperitului de cont; ipotezele în care rambursarea integrală creditului a fost realizată anticipat ca urmare a executării unui contract de asigurare reprezintă situații în care operează onterdicția legală de percepere a unei compensații de rambursare anticipată de către creditorul profesionist; sumele percepute cu acest titlu trebuind să fie restituite integral debitorului; inclusiv dobânda legală pentru intervalul dintre data plății acestor sume către creditor și data restituirii efective a acestora către consumator;

(b) **cazurile în care contractul de credit este acordat sub forma facilității de overdraft sau a „descoperitului de cont”**; având în vedere că de esența descoperitului de cont¹² este faptul că plățile parțiale sau integrale făcute de consumator nu atrag stingerea creanței; ci pot fi reutilizate imediat de către consumator ca sume disponibile în baza convenției de credit; mecanismul rambursării anticipate – care presupune stingerea totală sau parțială a creanței prin plată – este incompatibil cu structura descoperitului de cont; care permite consumatorului să reutilizeze sumele rambursate pe durata menționată. Creditul acordat sub forma descoperitului de cont presupune disponibilizarea capitalului împrumutat; în limita plafonului stabilit; cu fiecare plată făcută de consumator; funcția plății nefiind în acest caz aceea de a stinge creanța; ci de a plasa la dispoziția debitorului pe durata contractului; fondurile plafonate contractual care depășesc soldul creditor al contului curent al debitorului. Ca urmare; nu se poate vorbi despre o rambursare anticipată; întrucât creditorul s-a obligat să mențină respectivele sume la dispoziția debitorului pe durata stabilită; astfel încât nu poate fi percepută o compensație de rambursare anticipată în cazul descoperitului de cont.

Se cuvine menționat că; în ceea ce privește dreptul potestativ de denunțare unilaterală a contractului de descoperit de cont/facilitate de credit; acest drept nu poate fi exercitat de către creditor înainte de împlinirea termenului contractual decât pentru motive temeinice; „dacă acestea privesc beneficiarul facilității de credit”; după cum se exprimă legiuitorul în cuprinsul art. 2195 din Codul civil¹³. Din perspectiva efectelor atașate exercițiului dreptului potestativ de denunțare unilaterală a contractului de facilitate de credit; este necesar de remarcat faptul că denunțarea unilaterală a contractului de către creditor antrenează extincția dreptului consumatorului de a utiliza sumele puse la dispoziție în limita plafonului maxim; însă creditorul bancar are obligația să acorde debitorului/ consumatorului un termen de cel puțin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate și a accesoriilor acestora; în acord cu dispozițiile imperative ale art. 2195; alin. 2 din Codul civil. Dimpotrivă; în ipotezele în care contractul privind facilitatea de credit s-a încheiat pe durată nedeterminată; fiecare dintre părți (atât creditorul bancar/societatea de servicii financiare; cât și consumatorul debitor) poate să

denunțe unilateral contractul; cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile; „dacă din contract sau din uzanțe nu rezultă astfel”; după cum se menționează în cuprinsul art. 2195; alin. (3) Codul civil. Dreptul potestativ al consumatorului de denunțare unilaterală a contractului privind facilitatea de credit/ facilitatea de *overdraft*; în cazul convențiilor de descoperit de cont; încheiate pe durată nedeterminată; nu trebuie confundat cu dreptul potestativ al consumatorului de rambursare anticipată a creditului; în pofida similitudinilor parțiale din materia efectelor juridice ale exercițiului respectivului drept. Astfel; în timp ce opțiunea debitorului pentru denunțarea unilaterală a contractului de facilitate de credit încheiat pe durată nedeterminată își extrage fundamentele din principiul potrivit căruia părțile contractelor încheiate pe durată nedeterminată nu pot fi silit să rămână în respectiva relație contractuală în mod perpetuu (i); dreptul potestativ de rambursare anticipată a creditului este recunoscut debitorului pornind de la principiul potrivit căruia creditorul nu se poate opune executării voluntare de către debitor a obligației principale de plată generate de convenția de împrumut de bunuri consumptibile(ii);

(c) **excluderea ipotezelor în care rambursarea anticipată intervine într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului nu este fixă**; în perioadele cu dobândă variabilă; creditorul a dispus de mecanisme obiective de ajustare a ratei dobânzii în funcție de indicii de referință menționați în contract. După cum a fost menționat în literatura de specialitate care a tratat subiectul compensației de rambursare anticipată¹⁴; dobânda variabilă este în practică recalculată ori de câte ori indicii de referință menționați în contract suferă modificări; ceea ce plasează creditorul într-o zonă de siguranță cu privire la o serie de dezechilibre decurgând financiar din modificarea condițiilor de creditare; în vreme ce consumatorul nu beneficiază de o protecție similară. De aceea; numai în cazul creditelor cu dobândă fixă; nu și în cazul perioadelor de creditare cu dobândă variabilă; creditorul poate încasa o compensație echitabilă care să contracareze o parte din pierderile înregistrate la nivelul fructelor civile ale capitalului împrumutat. Însă rambursarea anticipată trebuie în toate cazurile să genereze o reducere a costului total al creditului pentru consumator; dispozițiile legale citate limitând cuantumul compensației care poate fi practică la 1% din valoarea rambursată anticipat; pentru creditele cu durată mai mare de 1 an și; respectiv la 0;5% din valoarea rambursată anticipat; pentru creditele contractate pentru o durată sub un an. După cum am menționat și în cazul nerespectării de către creditorul profesionist a obligației de transparență privind modul de calcul al compensației; încălcarea acestor dispoziții legale de către creditorul profesionist reprezintă contravenție și se sancționează cu amenda contravențională; conform art. 86 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile.

Considerăm că; atât de *lege lata*; cât și de *lege ferind*; dispozițiile art. 68 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile trebuie interpretate în sensul în care creditorul bancar; în materia produselor de creditare privind finanțarea achiziției; consolidării; extinderii bunurilor imobile; are dreptul să perceapă o compensație pentru rambursare anticipată; în limitele plafonului legal; chiar și

În situațiile în care rata dobânzii percepute este variabilă. În opinia noastră; este o scăpare a legiuitorului român faptul de a nu menționa în cuprinsul art. 68 din ordonanța de guvern citată faptul că sunt exceptate creditele de investiții imobiliare acordate consumatorului; în materia cărora să opereze dreptul creditorului de a percepe o compensație de rambursare anticipată în toate situațiile; indiferent de modalitatea de stabilire a ratei dobânzii (fixă sau variabilă). De exemplu; legiuitorul din Serbia a menționat în cuprinsul art. 36 din Legea nr. 73/2012 pentru protecția consumatorilor de servicii financiare¹⁵; faptul că nu poate fi percepută o compensație pentru rambursare anticipată în situațiile în care în care rambursarea anticipată intervine într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului nu este fixă; cu excepția creditelor pentru investiții imobiliare; în cazul cărora perceperea unei compensații este permisă indiferent de tipul dobânzii; în limitele plafonului legal. Considerăm că o asemenea mențiune expresă ar fi fost utilă și în legislația română privitoare la creditele de investiții imobiliare contractate de consumatori; astfel încât prevederile art. 68 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor; care interzic creditorilor profesioniști perceperea unei compensații de rambursare anticipată a creditului în situația existenței unei rate variabile a dobânzii; să fie circumscrise la cazurile creditelor pentru consum; respectiv de nevoi personale nenominalizate fără garanții reale imobiliare.

4. Plafonarea prin dispoziții imperative a compensației de rambursare anticipată

După cum sublinia profesorul Guy Raymond¹⁶; normele privitoare la plafonarea valorii compensației la care este îndreptățit creditorul în ipoteza rambursării anticipate prezintă un caracter imperativ; nefiind permisă derogarea prin clauze contractuale care ar tinde să depășească plafonul maxim legal. Textul art. 69 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările ulterioare; stabilește un plafon maxim global pentru valoarea compensației de rambursare anticipată; corespunzător dispozițiilor art. 16 din Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori; statuând că valoarea compensației convenite creditorului nu poate depăși cuantumul dobânzii pe care consumatorul ar fi plătit-o în perioada dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit. Prin urmare; limita maximă aplicabilă valorii compensației de rambursare anticipată este cea rezultând din valoarea dobânzii pe care ar fi perceput-o creditorul în intervalul de timp pentru care are loc plata anticipată.

Pentru creditele cu dobândă fixă; creditorul bancar poate încasa o compensație echitabilă care să contracareze o parte din pierderile înregistrate la nivelul dobânzii; însă rambursarea anticipată trebuie în toate cazurile să conducă în mod logic la o reducere a costului total al creditului pentru consumator; astfel încât compensația stabilită de bancă nu va putea depăși; ci eventual egala valoarea dobânzii pe care ar fi plătit-o în respectivul interval consumatorului.

Considerăm că; deși textul legal național; ca și cel al art. 16 din directiva europeană menționează expres cuantumul cărei dobânzi va fi luat în calcul ca plafon maxim; este vorba despre dobânda fixă stipulată în contract cu titlu de fructe civile generate de capitalul împrumutat; iar nu despre DAE – dobânda anuală efectivă. În opinia noastră; valoarea dobânzii fixe va fi luată ca reper (plafon legal pentru valoarea maximă a compensației de rambursare anticipată); iar nu valoarea DAE (costul total al creditului); având în vedere că respectivul cost total poate include și comisioane bancare percepute pentru prestarea de către creditorul bancar a unor servicii suplimentare sau conexe în respectivul interval. Or; ca urmare a rambursării anticipate; respectivele servicii conexe/suplimentare nu vor mai fi prestate către consumator pentru numărul de luni pentru care are loc rambursarea anticipată a creditului; ceea ce înseamnă că aceste comisioane (în accepțiunea de plată a unor servicii prestate cu caracter autonom) nu vor fi datorate de către consumator. Considerăm că rațiunea compensației de rambursare anticipată este aceea de a acoperi o parte din pierderea financiară rezultată din neîncasarea fructelor civile (a dobânzii propriuzise) pe care capitalul împrumutat le-ar fi generat conform contractului în intervalul stabilit; iar DAE include și costuri pentru servicii practicate de bancă; precum serviciul de administrare a contului bancar; or prin rambursarea anticipată acest serviciu nu mai este necesar/nu va mai fi prestat; ceea ce exclude rațiunea unei compensații suplimentare.

După cum am menționat în paragrafele precedente; legiuitorul european și cel național au făcut uz de două plafoane legale incidente în materia comisioanelor de rambursare anticipată. Mai întâi; se va aplica plafonul legal relativ la cuantumul maxim al compensației; de 1% din valoarea rambursată anticipat; pentru creditele cu durată mai mare de 1 an și; respectiv la 0;5% din valoarea rambursată anticipat; pentru creditele cu durata sub un an. Subsecvent; se va verifica încadrarea în cel de-al doilea plafon legal; privitor la valoarea dobânzii în intervalul stipulat în contract; astfel încât; de exemplu; suma rezultată din aplicarea calculului de 1%; respectiv de 0;5% din valoarea rambursată anticipat să nu depășească suma pe care banca ar fi perceput-o cu titlu de dobândă în intervalul contractual stabilit inițial. Încălcarea acestor dispoziții legale de către creditorul profesionist reprezintă contravenție și se sancționează cu amenda contravențională; conform art. 86 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările și completările ulterioare.

5. Nulitatea clauzelor privind renunțarea consumatorilor la dreptul de rambursare anticipată

Din dispozițiile art. 80; alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările și completările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezultă că clauzele de renunțare a consumatorului la drepturile conferite prin OUG nr. 50/2010 sunt lovite de nulitate. Astfel; se poate reține că sunt lovite de nulitate stipulațiile contractuale prin care creditorul profesionist propune consumatorului să renunțe la unul sau mai multe

din drepturile sale legale; inclusiv la dreptul de rambursare anticipată a creditului și la aplicarea normelor legale imperative privind plafonarea compensației creditorului pentru rambursarea anticipată. În ceea ce privește tipul de nulitate (absolută; imprescriptibilă și imposibil de confirmat sau; dimpotrivă; o nulitate relativă; prescriptibilă; care ar putea fi invocată doar de persoana ocrotită și de succesorii săi în drepturi cu titlu universal/universali; actul putând fi confirmat); legiuitorul a evitat să califice această specie de nulitate; ceea ce lasă loc de echivoc; permițând aducerea de argumente în sprijinul ambelor variante. Astfel; s-ar putea susține că; atunci când a dorit să instituie un caz de nulitate absolută; legiuitorul a menționat această calificare în mod expres (i); respectiv că nulitatea absolută reprezintă o situație de excepție; iar nu regula (ii); ca argumente pentru a reține caracterul de nulitate relativă a sancțiunii aplicabile clauzelor care aduc atingere dreptului consumatorului de rambursare anticipată.

Pornind de la exprimarea eliptică a legiuitorului („sunt lovite de nulitate”); cumulat cu argumentul extras din natura interesului privat ocrotit/interesele legitime; economice ale consumatorului debitor; s-ar putea extrage concluzia consacării prin dispozițiile art. 80; alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010 cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; a unui caz de nulitate relativă. Principala obiecție care s-ar putea ridica ar fi cea legată de caracterul prescriptibil în termenul general de 3 ani al dreptului la acțiunea în anulare; care s-ar calcula de la data semnării contractului cuprinzând clauza anulabilă; ceea ce ar atrage soluții ilogice în cazul consumatorilor care decid să-și exercite dreptul de rambursare anticipată (care nu se stinge prin semnarea clauzei abuzive de renunțare anticipată) și care își exercită respectivul drept după un interval mai mare de 3 ani de derulare a raporturilor contractuale de credit. Considerăm că; deși interesul ocrotit este unul privat; iar nu unul de ordine publică; acțiunea consumatorului în reprimarea clauzei abuzive de renunțare anticipată la drepturile consumatorului recunoscute prin dispozițiile imperative ale legii este imprescriptibilă; iar sancțiunea adecvată ar fi reputarea/considerarea clauzei ca nescrisă¹⁷.

Considerăm că; în cazul obligației de transparență și al obligației de informare incumbând profesioniștilor; pot fi remarcate două particularități:

(a) prezumția absolută; irefragabilă de bună cunoaștere a domeniului; în sensul în care profesionistului creditor nu i se acceptă proba contrară; a insuficienței cunoașterii a normelor domeniului în care activează; în încercarea de a se exonera de răspundere pentru neexecutarea obligației precontractuale de informare/ obligației bancare de transparență;

(b) inversarea sarcinii probei privind executarea obligației de informare/transparență; în sensul în care consumatorului nu i se solicită să facă dovada; imposibilă; a unui fapt negativ (faptul că executarea obligației de informare nu a avut loc); sarcina probei executării incumbând profesionistului; acesta trebuind să furnizeze dovada executării corespunzătoare a obligației precontractuale de informare/de transparență bancară. De aceea; revine profesionistului bancar sarcina de a-și preconstitui mijloace suficiente de dovadă (pe hârtie sau alt suport durabil) în legătură cu executarea față de consumator a obligației legale de informare.

6. Domeniul de aplicare *rationae personae* și *rationae materiae* al dispozițiilor legale privind dreptul potestativ de rambursare anticipată

Interogațiile privind sfera personală de aplicare a dispozițiilor legale referitoare la dreptul de rambursare anticipată și la plafonarea compensației percepute de creditor în cazul rambursării integrale sau parțiale; anticipate a creditului pornesc de la ideea de a ști în ce măsură persoanele fizice care contractează în scop profesional ar putea beneficia de protecția legală privitoare la plafonarea sumelor compensatorii acordate creditorului. Răspunsul nu poate fi decât negativ; având în vedere că atât dispozițiile directivei europene în materia creditelor pentru consum; cât și dispozițiile O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit; cu modificările ulterioare aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile se referă la consumatori; în accepțiunea de persoane fizice care contractează creditul în scopuri situate în afara unei activități profesionale; comerciale; artisanale sau industriale.

Din perspectiva domeniului de aplicare *rationae materiae* al dispozițiilor privind obligația creditorilor profesioniști de transparentă în ceea ce privește maniera de stabilire a cuantumului compensației de rambursare anticipată; noțiunea de acțiune înșelătoare sau de omisiune înșelătoare – ca forme de practici comerciale neloiale – se pot materializa atât în omiterea de către creditorul profesionist a menționării informațiilor; în faza precontractuală și în momentul semnării contractului de credit; privitoare la modalitatea obiectivă de calcul a valorii compensației de rambursare anticipată (a); cât și la acțiuni înșelătoare; cum ar fi utilizarea de formule de calcul netransparente; fondate pe elemente echivoce (cum ar fi clauzele privind „politica monetară a creditorului bancar”). După cum a fost menționat în decizia CJUE; în cazul *Trento Sviluppo și Centrale Adriatica Soc. coop. v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*¹⁸; o practică comercială poate fi calificată drept înșelătoare în sensul art. 6; alin. (1) din Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE; a Directivei 97/7/CE și 2002/65/CE și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004; privind practicile comerciale neloiale¹⁹; în cazul în care respectiva practică ar conține informații false sau susceptibile de a induce în eroare consumatorul mediu²⁰; fiind totodată de natură să determine luarea de către consumatorul mediu a unei decizii de contractare pe care nu ar fi luat-o dacă ar fi fost în posesia unor informații detaliate. Considerăm că întrunesc elementele acestei definiții a practicilor neloiale în relațiile cu consumatorii; practicile creditorilor profesioniști de a omite în etapa formării contractului de credit; a informațiilor esențiale privitoare la dreptul consumatorului de rambursare anticipată și la modalitatea de calcul a compensației achitate creditorului; respectiv furnizarea de informații false; eronate; incomplete sau echivoce privind modalitatea de calcul a valorii compensației de rambursare anticipată.

7. Calificarea încălcării de către creditorul profesionist a unor obligații specifice în raporturile cu debitorul consumator

În ceea ce privește calificarea încălcării de către creditorul profesionist a unor obligații specifice în raporturile cu debitorii consumatori; în accepțiunea de persoane fizice care contractează creditul în scopuri extraprofesionale; textul art. 86 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit; cu modificările ulterioare; se referă la calificarea drept contravenții a faptelor de încălcare de către creditorii profesioniști a anumitor dispoziții legale imperative; incidente în materia raporturilor contractuale de credit între profesioniști și consumatori:

(a) mai întâi; sunt vizate dispozițiile legale referitoare la obligația de informare a consumatorilor prin documentele publicitare (conform dispozițiilor art. 8 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile);

(b) în al doilea rând; sunt incidente dispozițiile legale privitoare la mențiunile obligatorii și la exemplul de calcul reprezentativ în mesajele publicitare de promovare a ofertelor de credit (art. 9 din OUG nr. 50/2010; privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile);

(c) în cel de-al treilea rând; este vizată încălcarea prevederilor legale imperative în materia informațiilor precontractuale care trebuie furnizate în mod obligatoriu consumatorilor în faza precontractuală; uzul Formularului informativ european standardizat; obligația de informare incumbând intermediarilor de credite ș.a.; conform dispozițiilor art. 11-20 din OUG nr. 50/2010; privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile ;

(d) pe de altă parte; reprezintă contravenție nerespectarea dispozițiilor legale referitoare la furnizarea informațiilor standard către consumator în faza precontractuală; pe hârtie sau pe alt suport durabil și redactate în scris; vizibil și ușor de citit; cu cel puțin 15 zile înainte ca acesta să încheie un contract de credit; conform art. 22-28 din OUG nr. 50/2010; modificată prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile;

(e) prevederile art. 29; alin. (2) privitoare la obligația creditorului profesionist de a se asigura că informațiile precontractuale prevăzute în articolele respective au fost primite de consumator; precum și dispozițiile art. 31-32 privitoare la obligația creditorului de a evalua bonitatea consumatorului și accesul la bazele de date;

(f) totodată; săvârșește contravenție creditorul profesionist care încalcă dispozițiile legale relative la formalismul informativ aplicabil contractului de credit – art. 33 din OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile;

conform căruia contractele de credit trebuie redactate în scris; vizibil și ușor de citit; pe hârtie sau pe un alt suport durabil; dispozițiile legale conform cărora contractele de credit trebuie să conțină informații complete; clare și ușor de înțeles; respectiv cerințele legale relative la obligația creditorilor de a da explicații suplimentare; la cererea expresă a consumatorului; înainte de semnarea contractului; sub forma unei note; anexată la contract;

(g) dispozițiile legale imperative privitoare la dreptul consumatorului de a primi un exemplar original al contractului de credit; în momentul semnării acestuia; conform art. 34;

(h) exigențele legale referitoare la formalismul informativ aplicabil contractului de credit; care presupune anumite cerințe privind conținutul obligatoriu al contractului; respectiv inserarea în cuprinsul contractului de credit; în scris; a mențiunilor obligatorii specificate de către legiuitor; în mod expres și fără a face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului; la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris; conform art. 46-58 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; dispozițiile legale referitoare la informarea consumatorului asupra ratei dobânzii; conform cărora consumatorul este informat; pe hârtie sau pe alt suport durabil; în legătură cu orice modificare a ratei dobânzii aferente creditului îndeosebi cu privire la valoarea plăților de efectuat după intrarea în vigoare a noii rate a dobânzii aferente creditului²¹;

(i) dispozițiile art. 35; prin care sunt interzise anumite practici bancare; este vorba despre: interzicerea majorării pe parcursul derulării contractului a comisioanelor; tarifelor și spezelor bancare; cu excepția costurilor impuse prin legislație; de asemenea; este interzisă introducerea și perceperea de noi comisioane; tarife sau a oricăror alte speze bancare; cu excepția costurilor specifice unor produse și servicii suplimentare solicitate în mod expres de consumator; neprevăzute în contract ori care nu erau oferite consumatorilor la data încheierii acestuia²²;

(j) modalitatea de calcul al dobânzii variabile; dispozițiile legale imperative referitoare la cuantumul dobânzii penalizatoare; încheierea actelor adiționale; predarea către consumator a documentelor care atestă executarea contractului; conform dispozițiilor art. 38-44 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările și completările ulterioare aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile²³.

După cum am menționat; textul art. 88 aduce precizări; pe de o parte cu privire la sancțiunile complementare pe care le poate aplica agentul constatator al contravenției contra creditorului care a încălcat dispozițiile imperative ale O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate între profesioniști și consumatori cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile și; pe de altă parte; cu privire la efectele contestației în instanță de către creditorii profesioniști a sancțiunilor contravenționale; precizându-se că aceste contestații nu sunt suspensive de executare a sancțiunilor contravenționale. Tipologia măsurilor sancționatarii care pot fi dispuse contra creditorilor contravenienți este mai vastă; aceasta incluzând nu numai aplicarea

amenzii contravenționale; ci și o serie de măsuri complementare. Sancțiunile contravenționale complementare care pot fi dispuse de către agentul constator; ca urmare a constatării contravenției; sunt; după cum rezultă din textul art. 88 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate între profesioniști și consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile:

(i) cea dintâi măsură complementară constă în obligarea creditorului profesionist la respectarea imediată a clauzelor contractuale care au fost încălcate;

(ii) în al doilea rând; se poate dispune restituirea de către creditor a sumelor încasate fără temei legal de la consumator; într-un termen de maximum 15 zile; de exemplu; dacă agentul constator a înregistrat săvârșirea unei contravenții sub forma percepției de către creditorul profesionist a unui comision interzis (cum ar fi nerespectarea plafonului legal maxim pentru valoarea compensației de rambursare anticipată a creditului; perceperea unui comision de analiză dosar fără acordarea creditului; comision de depunere numerar pentru plata ratelor; comision de retragere din cont a sumelor puse la dispoziție cu titlu de credit; comision pentru schimbarea scadenței ratelor; comision pentru schimbarea garanțiilor); sumele percepute ilegal trebuie restituite consumatorilor în decurs de 15 zile de la constatarea contravenției;

(iii) cea de a treia sancțiune complementară se referă la aducerea contractului în conformitate cu prevederile legale; de către creditorul profesionist; în termen de maximum 15 zile; de exemplu; în cazul constatării unei contravenții în forma introducerii în contractele de credit a unor clauze abuzive (cum ar fi clauza de renunțare a consumatorului la dreptul de rambursare anticipată; clauza de modificare unilaterală a contractului de către creditor fără încheierea unui act adițional; clauza de confidențialitate care obligă clientul să nu desconspire conținutul contractului de credit; clauza relativă la penalizarea consumatorului de către creditor pentru afectarea reputației băncii; clauza de scadență anticipată a obligației de rambursare a creditului pentru neexecutarea contractelor încheiate de consumator cu alți creditori; clauza de impunere a identității societății de asigurări); agentul constator va dispune readucerea contractelor la o formă acceptată de lege; prin eliminarea din contracte a clauzelor abuzive; având la dispoziție un interval de 15 zile în acest scop;

(iv) în fine; cea de a patra sancțiune complementară implică repararea deficiențelor constatate prin procesul-verbal; în termen de maximum 15 zile de la dispunerea măsurilor sancționatorii de către agentul constator.

De remarcat că neaducerea la îndeplinire a sancțiunilor contravenționale complementare dispuse în termenele și condițiile prevăzute în procesele-verbale de constatare a contravenției; respectiv săvârșirea repetată; în decurs de 6 luni de la prima constatare a uneia dintre contravențiile prevăzute la art. 86 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate între profesioniști și consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile constituie la rândul său contravenție și se sancționează cu amendă contravențională.

Plafoanele legale menționate în cuprinsul art. 86 pot fi depășite în cazul unor amenzi cumulative; aplicate pentru reclamații diferite; până la dublul valorii amenzilor contravenționale dispuse inițial.

8. Sancțiunile complementare aplicabile profesioniștilor pentru încălcarea unor obligații specifice în contractele de credit

Textul art. 89 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările ulterioare aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile prevede două sancțiuni complementare care pot fi aplicate profesioniștilor bancari; ca accesoriu al sancțiunii principale (amenda contravențională) pentru încălcarea exigențelor legale aplicabile ofertelor de credit; respectiv pentru încălcarea obligației de transparență în faza precontractuală (privind informarea consumatorului asupra modalității de calcul al compensației de rambursare anticipată; modalitate care trebuie să fie clară; transparentă și verificabilă pe baza unor elemente obiective).

În cuprinsul art. 9 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; autorilor și beneficiarilor publicității făcute ofertelor de credit li se solicită să se supună unor reguli clare relative la formă (scrierea cu caractere vizibile și ușor de citit; în același câmp vizual și cu caractere lizibile) și la conținut (cum ar fi exigențele privitoare la includerea obligatorie a unui exemplu de calcul reprezentativ). Textul legal citat impune setul de reguli menționat pentru orice formă de publicitate făcută ofertelor de credit; independent de tipul dobânzii percepute; fixă sau variabilă. Considerăm că; în situațiile în care; în practică; pliantele publicitare utilizate de societățile bancare/de servicii financiare exclud detaliile referitoare la dobânda practică; DAE și exemplul de calcul reprezentativ (sub pretextul caracterului informativ al mesajului sumar); A.N.P.C. poate dispune suspendarea derulării campaniei publicitare care încalcă prevederile art. 8 și 9; până la intrarea în legalitate.

După cum am menționat în paragrafele anterioare; reprezintă *practici înșelătoare* susceptibile de sancționare și situațiile în care un produs de creditare este prezentat consumatorului în materiale publicitate incomplete (care nu conțin informațiile standard minimale; în baza unui exemplu de calcul reprezentativ; privitoare la dobânda și comisioanele atașate produsului de creditare); fără a se explica/identifica contrapartida financiară aplicabilă (dobândă fixă/variabilă sau mixtă; comisioane pentru servicii acordare la solicitarea consumatorului; compensații datorate creditorului pentru rambursarea anticipată ș.a.).

De asemenea; se poate sublinia că; în actuala reglementare; *publicitatea* ofertelor de credit rămâne principala zonă insuficient detaliată în cuprinsul textelor legale; de pildă; nu se interzice utilizarea de materiale publicitare sumare; aparent „informativ”; din care lipsește

exemplul de calcul reprezentativ sau sunt absente mențiunile referitoare la dobânda și comisioanele practicate pentru servicii suplimentare sau conexe de către creditorul bancar/societatea de servicii financiare. Considerăm că o asemenea interdicție legală explicită ar fi utilă *de lege ferenda*; ținând seama că textul Directivei 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48/CE și 2013/36/UE și a Regulamentului (UE) nr. 1093/2010; transpusă în dreptul intern prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; precum și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. este unul de protecție minimală; statelor-membre fiindu-le permis să accentueze protecția legală acordată consumatorilor în raport cu tendințele naționale manifestate în practica judiciară.

Se cuvine reamintit faptul că cerințele imperative și exigențele cuprinse în art. 9 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile se referă la includerea în mesajul publicitar; a unor informații-standard care specifică; prin intermediul unui exemplu de calcul reprezentativ; următoarele: (a) rata dobânzii aferente creditului; fixă și/sau variabilă; împreună cu informații privind orice costuri incluse în costul total al creditului pentru consumator; (b) valoarea totală a creditului; (c) dobânda anuală efectivă; (d) durata contractului de credit; (e) în cazul unui credit sub formă de amânare la plată pentru un anumit bun sau serviciu; prețul de achiziție și valoarea oricărei plăți în avans; (f) după caz; valoarea totală plătită de către consumator și valoarea ratelor.

Măsura complementară a suspendării campaniei publicitare inițiate de creditor poate fi dispusă de A.N.P.C. (ori de către instanța de judecată; în cazul unui litigiu) nu numai pentru omisiunea uneia din informațiile-standard amintite; ci și strict pentru *forma* în care este livrată această informație (mesaj neclar; exces de informație; text ilizibil; informații scrise cu caractere mici în raport cu mesajul publicitar incitativ²⁴ ș.a.). După cum se menționează expres în textul art. 9; alin. (2) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările și completările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile;; „În orice formă de publicitate; informațiile prevăzute la alin. (1) sunt scrise în mod clar; concis; vizibil și ușor de citit; în același câmp vizual și cu caractere de aceeași mărime.”

După cum a subliniat profesorul Bonneau²⁵; o altă informație esențială care trebuie inclusă în mod obligatoriu în publicitatea ofertelor de credit este cea referitoare la *asigurările obligatorii* atașate contractului principal. În ipotezele în care încheierea unui contract referitor la un serviciu accesoriu aferent contractului de credit; îndeosebi un anumit tip de asigurare; este obligatorie pentru aprobarea creditului; iar costurile respectivului serviciu nu pot fi determinate anticipat; obligativitatea încheierii unui asemenea contract este; la rândul său; menționată în mod explicit; concis și vizibil; la fel ca valoarea dobânzii anuale efective; conform dispozițiilor art. 9; alin. (3) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate între profesioniști și consumatori privind contractele de credit pentru consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de

credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile. Considerăm că; dacă această informație lipsește; pe lângă amenda contravențională; se poate aplica și sancțiunea complementară a suspendării campaniei publicitare până la aducerea materialelor publicitare la conformitate.

Menționăm că; suplimentar față de sancțiunile prevăzute de art. 89 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate între profesioniști și consumatori; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; afișajul hotărârii judecătorești (de condamnare) poate reprezenta o sancțiune accesorie dispusă de către instanța de judecată; complementar sancțiunii principale²⁶ (cum ar fi plata de daune-interese) în urma admiterii acțiunii introduse de către un consumator sau de către o asociație de consumatori; constând în condamnarea profesionistului pârât la difuzarea publică a hotărârii judecătorești de condamnare; pe cheltuiala sa; calea de difuzare fiind aleasă în funcție de pertinenta acesteia (publicarea unui comunicat în presa scrisă; difuzarea unui comunicat televizat ori a unui radiofonic; reproducerea în presă a deciziei instanței; afișaj ș.a.); în mod evident; metoda comunicatului rectificativ poate avea efecte disuasive importante; dat fiind impactul său asupra reputației comerciale a pârâtului. Ca ipoteză de exemplificare; putem dicuta cazul în care; după rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești; în vederea eliminării efectelor unei *practici comerciale incorecte*; s-a dispus încetarea; respectiv interzicerea acesteia; instanța de judecată putând solicita publicarea deciziei; integral sau parțial; în forma pe care o consideră adecvată; într-un ziar de largă circulație; pe cheltuiala comerciantului; conform dispozițiilor art. 13 alin. (3) din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor; cu modificările și completările aduse prin O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor; aprobată cu modificări prin Legea nr. 51/2016 pentru aprobarea O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor²⁷

Într-o altă ordine de idei; cea de-a doua măsură complementară; adiacentă celor prevăzute de art. 89 din O.U.G. nr. 50/2010 cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; este cea a comunicatului rectificator prevăzut de art. 13; alin. (2); lit. b) din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor; cu modificările și completările aduse prin O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor; aprobată cu modificări prin Legea nr. 51/2016. Se cuvine reamintit faptul că; din perspectiva efectelor sale; comunicatul rectificator reprezintă o sancțiune accesorie²⁸ dispusă de către A.N.P.C.; respectiv instanța de judecată; complementară sancțiunii principale (cum ar fi plata de daune-interese) în urma admiterii acțiunii introduse de către un consumator/o asociație de consumatori în reprimarea publicității înșelătoare/ comparative ilicite; constând în condamnarea profesionistului pârât la difuzarea publică a unui anunț de rectificare a mesajului publicitar anterior și care a conținut alegații false (de natură a induce în eroare consumatorul mediu și de a influența în mod decisiv comportamentul economic al acestuia). Menționăm că publicarea anunțului rectificator are loc pe cheltuiala profesionistului bancar; calea de difuzare

fiind aleasă în funcție de relevanța acesteia (publicarea unui comunicat în presa scrisă; difuzarea unui comunicat televizat ori a unui radiofonic; reproducerea literală în presă; afișaj ș.a.); alături sau independent de afișajul hotărârii judecătorești de condamnare; anunțul rectificator poate avea efecte disuasive importante; dat fiind impactul său asupra reputației comerciale a creditorului profesionist.

De remarcat că sancțiunea complementară; a aducerii integrale a contractelor similare în conformitate cu prevederile legale; în termen de 30 de zile; poate însoți amenda contravențională aplicată pentru încălcarea prevederilor legale privitoare la: (a) inserarea de clauze contractuale privind perceperea unor comisioane bancare interzise de dispozițiile legale imperative; (b) nerespectarea cerințelor formalismului informativ (omiterea informațiilor obligatorii din textul contractual); (c) exigențele formale aplicabile conform art. 33 din O.U.G. nr. 50/2010 privind convențiile de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile; contractele de credit trebuind să fie redactate în scris; în mod vizibil; pe hârtie sau pe un alt suport durabil; sub sancțiunea amenzii contravenționale și/sau a obligării creditorului la refacerea formularelor contractuale standard (contracte de adeziune). Considerăm că; din perspectiva criteriilor de apreciere a existenței unei practici neloiale în materia serviciilor financiare contractate între profesioniști și consumatori; criteriul obiectiv al prezenței unor informații false prevalează asupra criteriului subiectiv; al existenței sau inexistenței intenției de a induce în eroare consumatorii; respectiv al neglijenței profesionale grave (încălcarea diligenței profesionale).

9. Observații conclusive

Următoarele observații conclusive pot fi desprinse pe marginea considerațiilor de mai sus privitoare la exercițiul dreptului consumatorului de rambursare anticipată; respectiv la sancțiunile aplicabile creditorului pentru nerespectarea unor obligații legale specifice:

(1) Ca urmare a exercitării dreptului de rambursare anticipată; consumatorul poate obține o reducere a costului total al creditului; constând în dobânda și costurile aferente perioadei dintre data rambursării anticipate și data prevăzută pentru încetarea contractului de credit; creditorilor profesioniști nu le este permis să condiționeze rambursarea anticipată de plata unei anumite sume minime sau de un anumit număr de rate achitate;

(2) Creditorilor profesioniști le este interzis să perceapă un comision de rambursare anticipată în următoarele situații: rambursarea anticipată a fost realizată ca urmare a executării unui contract de asigurare care are drept scop asigurarea riscului de neplată; contractul de credit este acordat sub forma facilității de *overdraft*/descoperit de cont; de asemenea; nu dă naștere unei obligații de plată a unei compensații rambursarea anticipată totală sau parțială a creditului care intervine într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului nu este fixă;

(3) Creditorul profesionist are obligația de a informa consumatorul încă din faza precontractuală asupra modalității de calcul al compensației; modalitate care trebuie să fie clară; transparentă și verificabilă pe baza unor elemente obiective;

(4) Limita maximă aplicabilă valorii compensației de rambursare anticipată este cea rezultând din valoarea dobânzii pe care ar fi perceput-o creditorul în intervalul de timp pentru care are loc plata anticipată;

(5) Cuantumul compensației de rambursare anticipată care poate fi practică este de maxim 1% din valoarea rambursată anticipat; pentru creditele cu durată mai mare de 1 an și; respectiv la 0,5% din valoarea rambursată anticipat; pentru creditele contractate pentru o durată sub un an. Încălcarea acestor dispoziții legale de către creditorul profesionist reprezintă contravenție și se sancționează cu amenda contravențională; respectiv cu obligarea creditorului la restituirea către consumator a sumelor percepute cu încălcarea dispozițiilor legale imperative;

(6) Din dispozițiile art. 80; alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate cu consumatorii; cu modificările și completările ulterioare aduse prin O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credite oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezultă că clauzele de renunțare a consumatorului la drepturile conferite cu privire la rambursarea anticipată a creditului sunt lovite de nulitate;

(7) Ca sancțiune complementară; agentul constatator poate dispune aducerea contractului în conformitate cu prevederile legale; de către creditorul profesionist; în termen de maximum 15 zile; în cazul constatării unei contravenții în forma introducerii în contractele de credit a unor clauze abuzive; cum ar fi clauza de renunțare a consumatorului la dreptul de rambursare anticipată; clauza de modificare unilaterală a contractului de către creditor fără încheierea unui act adițional;

(8) Sancțiunea amenzii contravenționale; precum și sancțiunile complementare sunt aplicabile și pentru încălcarea formalismului informativ; respectiv omiterea informațiilor obligatorii din textul contractual privind modalitatea de calcul a compensației pentru rambursare anticipată;

(9) În perspectiva domeniului de aplicare *rationae materiae* al dispozițiilor privind obligația creditorilor profesioniști de transparență în ceea ce privește maniera de stabilire a cuantumului compensației de rambursare anticipată; noțiunea de acțiune înșelătoare sau de omisiune înșelătoare; ca specii de practici comerciale neloiale; se pot materializa atât în omiterea de către creditorul profesionist; în faza precontractuală și în momentul semnării contractului de credit; a informațiilor privitoare la modalitatea obiectivă de calcul a valorii compensației de rambursare anticipată (a); cât și la acțiuni înșelătoare; cum ar fi utilizarea de formule de calcul netransparente; fondate pe elemente echivoce; în absența unor indicatori obiectivi de referință.

- * Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.
- ¹ A se consulta Z. Fungačova; L. Weill; „Does bank competition reduce cost of credit? Cross-country evidence from Europe”; în „Journal of Banking and Finance” vol. 83; nr. 3/2017; p. 104-120.
- ² A se consulta C. Noblot; „Droit de la consommation”; L.G.D.J.; Paris; 2012; p. 84.
- ³ Publicată în M. Of. nr. 727 din 20 septembrie 2016.
- ⁴ A se vedea J.-D. Pellier; „Droit de la consommation”; Dalloz; Paris; 2016; p. 118; Zhiyong Li; Xuao Yao; Qing Wen; Wei Yang; „Prepayment and Default of Consumers Loans in Online Lending”; postat în data de 01.03.2016; disponibil ca webografie la adresa <https://ssrn.com/abstract=2740858>; consultată în data 12.11.2017.
- ⁵ A se consulta J. Julien; „Droit de la consommation”; L.G.D.J.; Paris; 2017; p. 241; S. le Gac-Pech; „Droit de la consommation”; Dalloz; Paris; 2017; p. 132.
- ⁶ A se consulta pentru detalii J. Calais-Auloy; Fr. Steinmetz; „Droit de la consommation”; 5e édition; Dalloz; Paris; 2008; p. 185-208; Y. Picod; H. Davo; „Droit de la consommation”; Ed. Armand Colin; Paris; 2008; p. 139-156; S. Piedelièvre; „Droit de la consommation”; Economica; Paris; 2010; p. 342-368; T. Vignal; „Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé”; în „Mélanges M. Cabrillac”; Ed. Litec; Paris; 1999; p. 545 și urm.; F. Capriglione; „Operazioni bancarie e tipologia contrattuale”; în „Rivista di diritto civile” nr. 1/2006; Dottrina; p. 26-54; M. Aden; „Comentariu (Acțiunea în despăgubiri a clienților pentru consiliere eronată din partea agenților băncii)”; Conferința internațională „Probleme actuale în domeniul juridic bancar”; în volumul „Probleme actuale în dreptul bancar//Current Issues in Banking Law”; Ed. Wolters Kluwer; București; 2008; C.D. Enache; „Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori; Practică judiciară”; Ed. Hamangiu; București; 2012; p. 76 și urm.; E. Beguin; C. Biquet-Mathieu; „Le crédit hypothécaire au consommateur”; Larquier; Bruxelles; 2017; p. 76-88; C. Biquet-Mathieu; „Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.”; Larquier; Bruxelles; 2016; p. 112-118.
- ⁷ Pentru detalii; a se consulta Y. Picod; „Droit de la consommation”; Editions Sirey; Paris; 2015; p. 187.
- ⁸ A se consulta; pentru exemplificarea caracterului disproporționat al compensației; astfel cum a fost acesta reflectat în practica judiciară; V. Terzea; „Protecția consumatorilor. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene”; Universul Juridic; București; 2016; p. 139-141.
- ⁹ A se vedea S. Piedelièvre; „Droit de la consommation”; *cit. supra*; p. 127.
- ¹⁰ A se consulta J. Calais-Auloy; H. Temple; „Droit de la consommation”; 9e édition; Dalloz; Paris; 2015; p. 233.
- ¹¹ A se vedea Y. Picod; „Droit de la consommation”; *cit. supra*; p. 192.
- ¹² A se consulta T. Bonneau; „Droit bancaire”; L.G.D.J.; Paris; 2017; p. 311; F. Dekeuwer-Défossez; S. Moreil; „Droit bancaire”; Dalloz; Paris; 2016; p. 298.
- ¹³ Facilitatea de credit sau descoperitul de cont este definit(ă) în art. 2193 din noul Cod civil ca fiind contractul prin care o instituție de credit; o instituție financiară nebancaară sau o altă entitate autorizată pentru prestarea de servicii financiare se obligă să mențină la dispoziția debitorului o sumă de bani; în limita unui anumit plafon; pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată. În ceea ce privește utilizarea creditului; din cuprinsul art. 2194 rezultă că debitorul poate să utilizeze creditul în mai multe tranșe; respectiv poate; prin rambursări succesive; să reînnoiască suma disponibilă.
- ¹⁴ Pentru detalii; a se consulta G. Biardeaux; P. Flores; „Crédit à la consommation”; Editions Delmas; Paris; 2012; p. 251.

- ¹⁵ A se vedea M. Djurovic; N. Lazarevic; „The new Serbian law on consumer protection and the position of Serbian consumer”; în „Robert Schuman Centre for Advanced Studies; The 13th Mediterranean Research Meeting; Workshop 11; Political Governance and Regulatory Enforcement Activity in Competition and Consumer Protection Regulation”; 2012; p. 25-28.
- ¹⁶ A se vedea G. Raymond; „Droit de la consommation”; LexisNexis; Paris; 2017; p. 211.
- ¹⁷ Reamintim faptul că nulitatea clauzelor bancare abuzive este; de regulă; o nulitate parțială; afectând doar clauza în sine; care va fi reputată ca nescrisă sau extirpată din câmpul contractual; raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare; în măsura în care nu este afectată însăși cauza acestora.
- ¹⁸ CJUE; camera a șasea; hotărârea din 19 dec. 2013; C-281/12; publicată în ECLI:EU:B:2013:859; citată după V. Terzea; „Protecția consumatorilor. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene”; *cit. supra*; p. 451-453.
- ¹⁹ Transpusă în dreptul național prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor; cu modificările și completările aduse prin O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor; aprobată cu modificări prin Legea nr. 51/2016 pentru aprobarea O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor; publicată în M. Of. nr. 257 din 6 aprilie 2016.
- ²⁰ După cum s-a menționat în literatura de specialitate; practicile comerciale susceptibile să deformeze în mod esențial comportamentul economic al unui anumit grup vulnerabil de consumatori; clar identificabil; trebuie evaluate din perspectiva membrului mediu al grupului de consumatori; a se vedea G. Raymond; „Droit de la consommation”; *cit. supra*; p. 78. Astfel cum a argumentat profesorul Guy Raymond; deformarea substanțială a comportamentului economic al consumatorilor implică utilizarea unui criteriu subiectiv; centrat pe consumator; un criteriu utilizabil pentru identificarea existenței unei practici neloiale. Respectivul criteriu se referă la folosirea de către profesionist unei practici comerciale cu scopul de a afecta în mod considerabil capacitatea consumatorilor de a lua o decizie în cunoștință de cauză; determinându-i astfel să ia o decizie pe care nu ar fi luat-o. În materia împrumutului de consum; este vorba despre elementul subiectiv al consimțământului avizat al consumatorului la momentul încheierii contractului ori la momentul convenirii unui act adițional la contractul de credit.
- ²¹ De asemenea; reprezintă contravenții; sancționate cu amenda contravențională; încălcarea dispozițiilor legale imperative privind: (1) încetarea contractelor de credit pe durată nedeterminată – art. 54; exigențele aplicabile exercițiului dreptului pe care îl are creditorul profesionist de a suspenda posibilitatea consumatorului de a efectua trageri în baza contractului de credit pe durată nedeterminată – art. 55 din O.U.G. nr. 50/2010; (2) dispozițiile legale privitoare la obligația de informare specifică descoperitului de cont cu aprobare tacită; inclusiv asupra depășirii semnificative a limitei de credit; (3) prevederile legale referitoare la dreptul consumatorului de retragere din contractul de credit; în termen de 14 zile calendaristice; fără a invoca motive; termenul de retragere începând să curgă fie de la data încheierii contractului de credit; fie de la data la care consumatorului îi sunt aduse la cunoștință clauzele; condițiile contractuale și informațiile potrivit prevederilor art. 33–49; în cazul în care ziua respectivă este ulterioară datei semnării contractului; (4) prevederile legale privitoare la interzicerea anumitor comisioane bancare – art. 34 din O.U.G. nr. 50/2010;

conform căruia pentru creditul acordat; creditorul poate percepe numai: comision de analiză dosar; comision de administrare credit sau comision de administrare cont curent; compensație în cazul rambursării anticipate; costuri aferente asigurărilor și; după caz; dobânda penalizatoare; alte costuri percepute de terți; precum și un comision unic pentru servicii prestate la cererea consumatorilor; comisionul de analiză dosar și cel unic vor fi stabilite în sumă fixă; aceeași sumă fiind percepută tuturor consumatorilor cu același tip de credit în cadrul aceleiași instituții de credit.

- ²² Dispozițiile legale citate interzic totodată perceperea unui comision de depunere numerar pentru plata ratelor la credit; indiferent dacă depunerea se efectuează de către titular sau de către o altă persoană (a); perceperea unui comision de retragere pentru sumele trase din credit; se interzice perceperea unui comision; unui tarif; unei speze bancare sau a oricărui alt cost; în cazul în care consumatorul dorește schimbarea datei de scadență a ratelor (b); perceperea unor comisioane în situațiile în care consumatorii solicită schimbarea garanțiilor; în condițiile în care consumatorul plătește toate costurile aferente constituirii și evaluării noilor garanții (c). Pentru orice modificare a nivelului costurilor creditului; potrivit condițiilor contractuale; creditorul este obligat să notifice consumatorul în scris sau; la cererea expresă a consumatorului; prin altă modalitate stabilită de acesta și agreată de creditor și va pune la dispoziția acestuia un nou tabel de amortizare/grafic de rambursare.
- ²³ Nerespectarea de către creditorul profesionist a dispozițiilor privitoare la exercitarea dreptului de retragere din contract; conform căruia exercitarea dreptului de retragere își produce efectul de la data expedierii notificării de către consumator reprezintă contravenție; de asemenea; reprezintă contravenție încălcarea dispozițiilor art. 60; conform căruia creditorul nu poate percepe un comision autonom pentru exercitarea dreptului consumatorului de retragere din contract în intervalul de 14 zile calendaristice de la semnare; principiul potrivit căruia încetarea raporturilor contractuale de creditare ca urmare a retragerii consumatorului din contractul de credit în termen de 14 zile calendaristice de la semnarea lui atrage încetarea oricăror raporturi contractuale accesorii – art. 61; prevederile legale referitoare la dreptul de retragere în cazul creditelor legate – art. 63 din O.U.G. nr. 50/2010; (a) dispozițiile art. 65; conform căruia în cazul în care bunurile sau serviciile care fac obiectul unui contract de credit legat nu sunt furnizate sau sunt furnizate numai în parte sau nu sunt conforme cu contractul de furnizare; consumatorul are dreptul de a se îndrepta împotriva creditorului în cazul în care nu a reușit să obțină; de la furnizor; satisfacerea pretențiilor la care are dreptul în conformitate cu legislația sau cu contractul de furnizare a bunurilor sau a serviciilor; (b) dispozițiile legale imperative privitoare la dreptul consumatorului de rambursare anticipată – art. 66-69; (c) prevederile legale referitoare la cesiunea de drepturi – art. 70-71 din ordonanța de urgență citată; (d) exigențele legale imperative referitoare la DAE – dobânda anuală efectivă (art. 72-76); (e) prevederile legale referitoare la obligațiile intermediarilor de credite față de consumatori – art. 77-78; (f) dispozițiile art. 84 privitoare la raporturile de drept internațional privat; conform cărora consumatorii nu pierd protecția acordată în baza OUG nr. 50/2010; în cazul în care se stabilește ca lege aplicabilă contractului legea unui stat care nu este membru U.E.; în cazul în care contractul de credit are o strânsă legătură cu teritoriul unuia sau al mai multor state membre.
- ²⁴ Reamintim că; în cazul acuzațiilor de inexactitate; sarcina probei incumbă comercianților/profioniștilor; care trebuie să furnizeze dovezi privind corectitudinea afirmațiilor în legătură cu practica comercială întreprinsă și care sunt obligați; la solicitarea ANPC ori a instanțelor de judecată; să le pună acestora la dispoziție documente care să probeze cele afirmate în mesajele publicitare.

²⁵ T. Bonneau; „Droit bancaire”; *cit. supra*; p. 312. A se vedea; de asemenea; F. Dekeuwer-Défossez; S. Moreil; „Droit bancaire”; *cit. supra*; p. 192.

²⁶ A se consulta C. Biquet-Mathieu; „Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.”; *cit. supra*; p. 133-134.

²⁷ Publicată în M. Of. nr. 257 din 6 aprilie 2016.

²⁸ A se vedea E. Beguin; C. Biquet-Mathieu; „Le crédit hypothécaire au consommateur”; *cit. supra*; p. 119.

STUDII

**CONSIDÉRATIONS SUR LA PROROGATION VOLONTAIRE DE COMPÉTENCE EN
MATIÈRE DE DIVORCE ET DE RESPONSABILITÉ PARENTALE**

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.3

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Alina OPREA*

Abstract. *As a reaction to the complexity created by the diversification and the specialization of the norms governing the international disputes in family matters, the party autonomy is increasingly gaining ground as an effective tool for addressing the problems in this field. In the context of the discussions related with the Brussels II bis regulation's reform, our study is focused on the corresponding position of the European legislator in the field of jurisdiction for international matrimonial and parental responsibility disputes; illustrating some of the existing difficulties and their possible solutions, it also insists on the benefits that an the extension of the party autonomy would have in terms of reinforcement of the legal security, certainty and predictability for those involved in such disputes.*

Keywords: *party autonomy, voluntary prorogation of international jurisdiction, matrimonial disputes, parental responsibility disputes, best interest of the child.*

Résumé. *Face à la complexité générée par la diversification et la spécialisation des règles applicables au contentieux familial dans les disputes internationales, l'autonomie de la volonté gagne un rôle de plus en plus important comme instrument efficace pour la résolution des problèmes en la matière. Dans le contexte des discussions liées à une éventuelle réforme du règlement 2201/2003, l'étude est focalisée sur les solutions retenues à son égard par le législateur européen pour les litiges internationaux de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, respectivement ceux de responsabilité parentale. Tout en illustrant certaines des difficultés existantes et les solutions possibles, on insistera sur les avantages d'une extension du rôle de l'autonomie de la volonté.*

Mots-clés : *autonomie de la volonté ; prorogation volontaire de la compétence internationale ; contentieux matrimonial ; responsabilité parentale ; intérêt supérieur de l'enfant.*

1. La croissance des flux migratoires met son empreinte sur les sociétés des États européens, qui deviennent de plus en plus internationalisées ; les rapports de droit privé présentant des liens avec plusieurs systèmes de droit sont eux aussi une réalité de plus en plus fréquente. Vu que pour les disputes en matière familiale, sur le fond des divergences importantes entre valeurs et cultures, les réponses offertes par les législations étatiques contrastent significativement en dépit de la similitude des questions soulevées, le traitement juridique qui leur est réservé connaît une complexité accrue et la mission des normes de droit international privé, destinées à gérer ce pluralisme, n'est pas du tout simple. Certes, au niveau de l'Union européenne ont été adoptés des règlements dont le rôle est celui de résoudre de manière uniforme les problèmes concernant la compétence juridictionnelle et la désignation de la loi applicable, et de faciliter la circulation des jugements¹. Toutefois, ceux-ci n'éliminent que très partiellement la complexité existante, la diversification et la spécialisation des solutions étant une caractéristique dominante y compris pour ce qui est de leur contenu : d'un côté, les textes en discussion consacrent des ensembles doubles (et même parfois triples) de règles, qui se distinguent par leur objet – la compétence juridictionnelle, la loi applicable et la circulation des jugements ; d'un autre côté, ceux-ci instituent des solutions particularisées et différenciées par catégories de rapports juridiques – divorce, responsabilité parentale, régimes matrimoniaux, obligations alimentaires, successions –, ainsi que l'uniformité et la simplification apportées ne sont pas nécessairement évidentes.

Tel est le cas aussi pour le domaine qui fait l'objet de la présente étude : le contentieux matrimonial et de la responsabilité parentale. Pour ce qui est de la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des jugements, le règlement européen 2201/2003, qui succède au règlement 1347/2000², apporte une série de normes uniformes, avec des différenciations importantes toutefois, qui reflètent les particularités de la matière. La dissociation des compétences en fonction de la nature du contentieux (contentieux matrimonial ou responsabilité parentale) a été considérée nécessaire afin de garantir l'existence des critères de compétences qui permettent la saisine de la juridiction la plus proche de la situation litigieuse. Pour chaque catégorie, les critères de compétence ont été multipliés afin de répondre mieux tant aux intérêts des personnes impliquées, qu'aux objectifs spécifiques poursuivis par le législateur européen (spécialement celui de la libre circulation des personnes).

En ce qui concerne la loi applicable, la situation est plus nuancée : le règlement 1259/2010 met en application une forme de coopération consolidée seulement dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps³. Pour le mariage et son annulation, les règles de droit international privé de chaque État membre gardent leur place⁴ ; pour ce qui est de l'autorité parentale aussi, la considération des règles nationales de conflit est nécessaire⁵.

2. En ce contexte, l'autonomie de la volonté gagne de plus en terrain comme un instrument efficace de résolution des problèmes soulevés par l'internationalisation des litiges et la complexité résultant de la diversité des règles⁶. Même si cette technique a été traditionnellement réservée à la sphère économique (contrats/obligations extracontractuelles),

le cadre initial a été dépassé, elle étant plus fréquemment utilisée en matière familiale aussi, suite à un trend inspiré par des conceptions philosophiques qui mettent l'accent sur la valorisation de l'individu⁷. Les premières extensions ont été opérées dans le domaine des relations de famille ayant un contenu patrimonial (obligations alimentaires, successions, régimes matrimoniaux)⁸, des évolutions importantes étant aussi enregistrées ensuite pour des questions ayant un aspect personnel prédominant, telles le divorce ou la responsabilité parentale.

La croissance du rôle de l'autonomie de la volonté en matière familiale est soutenue non seulement par l'importance des principes d'égalité ou non-discrimination, de la liberté personnelle ou celui du respect de l'identité culturelle des personnes, mais aussi par des raisons tenant aux objectifs du droit international privé et du droit de l'Union européenne. Ainsi, l'autonomie de la volonté introduit un niveau élevé de flexibilité dans le fonctionnement des règles ; elle soutient les intérêts des parties, contribue à assurer la certitude et la sécurité juridique, apportant de la stabilité et de la prédictibilité pour les intéressés, dans un contexte transfrontière qui génère des problèmes délicats. Elle permet un certain niveau d'unité juridique et simplifie le traitement des disputes. Les solutions volontaristes sont de nature à soutenir la mobilité transfrontalière des personnes et, avec cela, les objectifs de la réalisation du marché intérieur ; de même, elles encouragent les parties à rechercher le consensualisme aussi pour leurs problèmes au fond.

Ces avantages incontestables peuvent être exploités aussi par le droit procédural en matière familiale⁹. Le législateur européen a essayé d'en tenir compte, d'autant plus que l'argument du bouleversement de la diversité des systèmes juridiques nationaux et des spécificités des législations étatiques en matière familiale ne joue pas un rôle tellement important au niveau de la compétence juridictionnelle¹⁰. Dans les litiges liés à la famille (divorce, régimes matrimoniaux, responsabilité parentale, obligations alimentaires), l'autonomie de la volonté facilite une gestion unitaire des problèmes, par la concentration du contentieux devant une seule juridiction, au-delà de la dispersion entraînée par les critères objectifs de compétence, pas toujours corrélés entre eux, apportant ainsi une plus de légitimité aux yeux du public pour les solutions retenues.

La volonté de soutenir les spécificités nationales et l'impérativité traditionnelle des normes en la matière ont imposé toutefois une dose de timidité importante des solutions ; le droit de la famille est imprégné par des conceptions éthiques et morales particulières, propres à chaque État, qui s'articulent plus difficilement avec l'autonomie de la volonté ; celles-ci impliquent des droits et des obligations à l'égard desquels n'existe pas, normalement, la libre disponibilité¹¹. La sévérité en la matière, traduite par une limitation de l'autonomie de la volonté, est généralement considérée nécessaire pour ménager des éventuelles craintes de fraude ou d'évasion des normes impératives, pour pouvoir garantir la protection adéquate des standards et maintenir la cohérence des solutions et, également, pour protéger adéquatement les intérêts des personnes vulnérables.

3. Dans le contexte des discussions liées à la réforme du règlement 2201/2003, pierre angulaire du droit international privé européen en matière familiale, la présente étude est consacrée à l'analyse du lieu et du rôle réservé actuellement par le législateur européen à l'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle pour les litiges de divorce ou annulation du mariage (I), respectivement de responsabilité parentale (II)¹²; l'examen des solutions retenues sera l'occasion d'insister sur les avantages d'un plus d'autonomie en ce domaine et, également, d'illustrer certaines des difficultés existantes et leurs réponses possibles.

1. La prorogation volontaire de compétence dans les litiges internationaux de divorce ou annulation du mariage

4. **Des critères objectifs de compétence.** La réglementation européenne en matière de compétence juridictionnelle pour les litiges de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage poursuit des intérêts variés, parmi lesquels figurent indiscutablement la garantie de l'accès égal à la justice et la prévisibilité juridique¹³. Même si l'autonomie de la volonté est de nature à les soutenir, dans le règlement 2201/2003, qui se substitue aux normes nationales de procédure civile¹⁴, le législateur européen a préféré édicter des critères objectifs de compétence¹⁵ : la norme générale de l'article 3 prévoit sept critères de compétence alternatifs et concurrents, fondés sur le principe de proximité ; cette multiplication, soutenue par le caractère alternatif des compétences, confère au demandeur une marge de discrétion importante, qui encourage la saisine rapide des instances (*rush to the courts*) et le phénomène de *forum shopping*¹⁶.

L'admission indirecte et limitée de l'autonomie de la volonté. Le jeu de l'autonomie de la volonté est admis seulement de façon indirecte, dans une forme limitée : l'article 3.1, 4^e précise que, de commun accord, les époux peuvent introduire leur demande devant les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle de chacun d'entre eux. La solution représente une forme extrêmement timide et incomplète d'admission de l'autonomie de la volonté en matière de divorce international, séparation de corps ou annulation du mariage.

Deux conditions cumulatives résultent à la lecture du texte. Tout d'abord, la juridiction choisie doit nécessairement appartenir à l'État de la résidence habituelle de l'un des époux ; peu importe la durée de la résidence (de l'un ou des deux époux) dans cet État avant l'introduction de la demande ou la possession ou non de la citoyenneté de l'État en cause. Le critère de la résidence habituelle doit être interprété de manière autonome, selon les indications tracées par la jurisprudence de la Cour de justice¹⁷; celle-ci a insisté, dans les affaires avec mineurs, sur l'existence d'un certain niveau d'intégration de la personne dans le milieu de l'État et a offert un éventail des critères qui doivent être pris en compte par les juridictions, dans le contexte de l'analyse de toutes les circonstances pertinentes de l'affaire¹⁸.

Tel qu'il est formulé, le texte légal ne permet pas l'option tacite, ni l'option en faveur d'une juridiction autre que celle de la résidence habituelle de l'un des époux. Spécialement, n'est pas permise l'option en faveur des instances de l'État de nationalité de l'un d'entre eux, bien qu'un lien suffisant puisse être considéré comme existant même dans ces cas. La réglementation de cette autonomie de la volonté minimale est par ailleurs déficitaire : ne sont pas établies les conditions de validité (formelle ou substantielle) que l'accord devrait remplir ; pour cela il devra être tenu compte du droit interne de la juridiction saisie (*lex fori*), avec une éventuelle exigence autonome relative à l'existence d'un consentement informé.

À travers cette limitation, le législateur essaye d'assurer une connexion entre la situation des parties (ou du moins de l'une d'entre elles) et l'État de la juridiction choisie. Si la résidence habituelle des époux est dans un même État, le lien entre le litige et le for correspondant est suffisamment fort : les instances de l'État de la localisation du centre de la vie familiale du couple vont intervenir pour trancher les problèmes liés à rupture du lien matrimonial. Lorsque les résidences des époux sont localisées dans des États différents, l'admission de l'autonomie de la volonté soutient la prévisibilité et permet des économies de temps – s'il obtient l'accord de l'autre, l'époux voulant voir le litige tranché dans l'État de sa résidence habituelle ne devra pas attendre six mois ou une année (selon qu'il possède ou non également la citoyenneté de cet État), pour y introduire sa demande de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage. La solution est admissible aussi lorsqu'un des époux n'a plus sa résidence habituelle dans un État membre de l'Union européenne, ce qui révèle son utilité ; toutefois, étant donné que l'autonomie de la volonté est limitée, la règle est inopérante si aucun des époux, tous les deux citoyens des États membres, n'a pas (ou plus) sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre¹⁹.

Ensuite, la deuxième condition prévue est celle d'une demande commune de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage²⁰ ; avec cette exigence est présumée la volonté des époux de prorogation de la compétence de l'instance saisie. Le renvoi à la demande commune pourrait être vu aussi comme un moyen d'assurer l'acceptation expresse de la compétence ; la prorogation tacite (dans laquelle un des époux s'adresse à une juridiction, incompétente selon les critères du règlement, et le défendeur se présente devant celle-ci et plaide directement l'affaire sur le fond, sans contester la compétence) n'est pas admissible dans le contexte des règles établies par l'article 3 du règlement²¹.

Le fait que le législateur parle de « demande » pourrait être interprété dans le sens de l'admission de l'autonomie de la volonté seulement dans l'hypothèse de l'existence effective d'un litige et pas comme une technique de prévision de la compétence pour ce qui est des éventuels litiges futurs ; ainsi, les conventions de choix de la juridiction compétente incluses dans des arrangements prémaritiaux ou conclues pendant le mariage seraient probablement inefficaces (et ne seraient pas visées par les dispositions de l'article 3.1, 4^e du règlement). Ainsi, la référence à la demande commune fait qu'un éventuel accord sur la juridiction compétente soit insuffisamment protégé ; si la juridiction choisie n'a pas été saisie, tandis que l'une des parties s'adresse à une autre juridiction, compétente selon l'article 3 du règlement, cette dernière aura priorité.

5. Discussions liées à une possible réforme. En 2006, la Commission européenne a avancé une proposition de réforme du règlement 2201/2003²² : ouverte aux objectifs de garantie de la sécurité juridique, de la prévisibilité, de la flexibilité, de facilitation de l'accès à la justice et de diminution de la course vers les tribunaux, elle proposait un nouvel article 3 bis²³, dédié au choix par les parties de la juridiction compétente en matière de divorce et séparation de corps²⁴. Celui-ci représentait une première ouverture véritable pour l'admission de l'autonomie de la volonté en la matière²⁵.

La solution était suffisamment flexible et encourageait la coopération entre les époux ; pour soutenir la prévisibilité et pour garantir l'existence d'un consentement réel et effectif, seulement l'option expresse était admise, et pas aussi la prorogation tacite de la compétence²⁶. Le texte incluait toujours des limitations, destinées à éviter la création des paradis du divorce : le jeu de l'autonomie de la volonté était permis seulement en faveur des juridictions des États avec lesquels les époux présentaient des liens étroits. Ainsi, plus concrètement, les critères de l'article 3 du règlement étant présumés exprimer des tels liens étroits, il était permis aux époux d'opter pour une des instances qui seraient compétentes sur la base de ce texte légal ; tenant compte de l'effet (subsidaire) dérogatoire d'une telle option, la solution était de nature de renforcer la sécurité juridique et la certitude pour les parties. Si l'accord en faveur des instances de l'État de la résidence habituelle de chacun des époux était une alternative (la seule) disponible aussi dans le cadre de l'article 3 du règlement 2201/2003, dans le cas de l'introduction d'une demande commune, la proposition permettait supplémentaires l'option en faveur des instances de l'État de nationalité de chacun des époux ; celle-ci était justifiée par la facilitation de l'accès à la justice et avait comme fondement le lien culturel existant entre les époux et l'État respectif. Enfin, parmi les alternatives apparaissait également la possibilité de désigner les instances de l'État de la dernière résidence commune des époux (si l'habitation là-bas a duré au moins trois années), option avec des effets favorables spécialement pour les citoyens des États tiers n'habitant plus dans l'Union.

À côté de cette ouverture bienvenue vers un plus de liberté en la matière, la proposition de 2006 méritait à être appréciée aussi du point de vue des précisions apportées sur la forme de l'accord, qui devrait être un écrit signé par les deux parties au plus tard au moment de la saisine de la juridiction. Elle soulevait toutefois quelques inconvénients. Ainsi, bien que la signature fonctionne comme une garantie du consentement effectif, sa simple présence n'élimine pas les problèmes liés à l'expression d'un consentement informé, qui assure un minimum de protection aux personnes vulnérables ; de ce point de vue, la proposition apparaissait déficitaire. Le même caractère déficitaire était mis en évidence par un autre aspect : en n'imposant aucune limitation relative à l'efficacité temporelle de l'accord, la solution proposée ouvrait les portes aux conventions attributives de juridiction contenues dans des pactes pré-nuptiaux ou conclus à tout moment pendant le mariage. Or, tant du point de vue de l'indisponibilité des droits substantiels en discussion, que de celle de la protection de l'époux vulnérable par la limitation sévère de son droit d'accès effectif à un juge (en contraste par ailleurs avec l'ouverture montrée par le législateur dans l'article 3), l'opportunité d'une si ample liberté pouvait soulever des doutes.

6. La proposition de réforme de 2006 a été temporairement abandonnée, le législateur européen concentrant ses efforts dans le domaine des conflits de lois²⁷. Toutefois, en 2014, suite au Rapport de la Commission relatif à l'application du règlement 2201/2003²⁸ et dans l'idée de continuer le développement de l'espace européen de la justice et des droits fondamentaux, les initiatives de modification sont réapparues sur l'agenda européen. Même si l'étude effectuée par Deloitte²⁹ a mis en évidence le fait que les règles existantes ne promeuvent pas adéquatement le consensus entre les époux, en les privant ainsi de l'accès aux instances qui leur sont les plus convenables³⁰ (effet soutenu également par les interprétations non-uniformes du concept résidence habituelle), et une proportion majoritaire des répondants consultés en vue de la réalisation de l'étude a soutenu l'opportunité de l'admission de la liberté des époux de se mettre d'accord sur la juridiction compétente³¹, la proposition de la Commission de réforme du règlement 2201/2003 du juin 2016 ne contenait pas des règles en ce sens³².

Justifiée probablement par la crainte que l'autonomie de la volonté pourrait être utilisée pour contourner la compétence des systèmes juridiques qui imposent des contraintes plus élevées en la matière afin de favoriser la stabilité du mariage et les obligations familiales au détriment de la volonté privée, la solution peut néanmoins être critiquée. Premièrement, en procédant de cette façon, le législateur européen n'assure pas la cohérence nécessaire dans la réglementation : même si l'autonomie de la volonté est admise en matière de divorce international pour ce qui est de la résolution des conflits de lois³³, les choses sont différentes en matière de compétence juridictionnelle ; de même, bien que dans d'autres matières liées à la sphère familiale – telles la responsabilité parentale, les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux, les successions – la prorogation volontaire de la compétence est admise, pour ce qui est de la dissolution du lien matrimonial le législateur européen poursuit la solution traditionnelle, restrictive. Également, parce que la solution en matière de compétence juridictionnelle contraste avec celle retenue pour ce qui est de la loi applicable au divorce, une autre critique qui pourrait être adressée au législateur européen est celle de ne pas soutenir adéquatement la coïncidence entre la compétence législative et celle juridictionnelle, même si les avantages qu'elle présente en termes de réduction des coûts et d'un plus de célérité dans les procédures qu'elles militent pour une solution en sens contraire ; supplémentaires, étant donné ce domaine particulier dans lequel les réglementations substantielles et celles procédurales sont étroitement imbriquées, une telle coïncidence aurait été d'autant plus nécessaire. Par ailleurs, l'impossibilité de choisir la juridiction compétente peut priver parfois d'effet des conventions d'élection de la loi applicable au divorce, avec toute l'incertitude juridique afférente : ainsi, si l'instance désignée sur la base des critères objectifs de compétence appartient à un État dans lequel le règlement 1259/2010 n'est pas obligatoire, État qui n'admet non plus la *professio juris* en matière de divorce, le choix de la loi applicable par les parties serait inopérant, avec toutes les conséquences négatives du point de vue de l'affectation des leurs expectatives légitimes. Enfin, l'autonomie attendue n'était pas une autonomie ample, selon le modèle consacré en matière civile et commerciale par les articles 25 et 26 du règlement 1215/2012 ; l'équilibre voulu entre les systèmes plus libéraux et ceux plus traditionnels impose des limitations dont l'utilité est généralement reconnue, et la Commission en aurait pu tenir compte.

7. Au contraire, à notre avis, pour encourager le consensualisme, la volonté des parties devrait avoir, de *lege ferenda*, une place plus grande dans le futur règlement de refonte. Le principe de l'autonomie de la volonté, sous la forme de la prorogation volontaire (et même tacite) de la compétence pourrait avoir une importance accrue, grâce à son utilité pratique pour les parties et pour la bonne administration de la justice : corrélé avec le principe *favor divortii*, il soutiendrait non seulement la flexibilité des solutions, mais également l'accès à la justice pour les parties impliquées³⁴. L'autonomie de la volonté favorise les démarches de type consensuel-collaboratif-conciliateur entre les parties et est de nature à diminuer le phénomène de *race to the courts*, corrélatif du tourisme judiciaire/ *forum shopping*³⁵, ainsi que son admission serait souhaitable.

Toutefois, les limitations sont nécessaires, afin d'assurer un lien suffisant entre la juridiction et le litige, la protection suffisante de l'impérativité étatique dans une matière reconnue comme délicate, et également afin de réduire la possibilité de l'époux qui se trouve dans une position de force d'en profiter de façon injustifiée au détriment de l'autre. Cela pourrait être réalisé, d'un côté, par la limitation des options des parties quant aux instances qui peuvent être choisies, avec l'introduction des exigences de proximité, et d'un autre côté, à travers des règles strictes relatives à la validité formelle des conventions d'*electio fori*, garantissant que les personnes impliquées sont conscientes des conséquences de leur choix. Les limites relatives au moment du choix (dans le sens de l'acceptation seulement des conventions conclues après l'éclatement de la dispute, après la survenance du problème de la dissolution du lien matrimonial entre les époux) pourraient se relever également opportunes : une telle solution serait cohérente avec la solution générale du règlement, qui multiplie les critères de compétence, pour répondre plus amplement aux besoins et aux attentes des époux, tout en assurant en même temps l'accès effectif aux instances.

2. La prorogation de la compétence dans les litiges en matière de responsabilité parentale

8. Contrairement à la solution rigide retenue pour les litiges de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, le législateur européen s'est montré plus ouvert à l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne les litiges en matière de responsabilité parentale. Résultat des réformes du règlement 1347/2000³⁶, l'article 12 du règlement 2201/2003 est l'expression de cette ouverture. Le texte introduit un for alternatif au for de la résidence habituelle de l'enfant, considéré le mieux placé pour trancher les disputes relatives à la responsabilité parentale³⁷, et est inspiré par un double objectif. D'une part, à travers la possibilité de la concentration du contentieux devant une juridiction unique, celle saisie avec l'action de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage ou éventuellement avec une autre action³⁸, est soutenue la bonne administration de la justice et l'économie procédurale et est introduite un plus de flexibilité dans le fonctionnement du règlement, mieux adaptée au besoin du respect minimal de l'intérêt supérieur de l'enfant. En même temps, bien que l'autonomie de la volonté ait une marge importante d'action, ses

limitations ne sont non plus absentes, en vue d'assurer tant un lien substantiel entre le mineur et l'État de la juridiction choisie que, également, la priorité du critère de principe de l'article 8, inspiré par des considérants de proximité³⁹ et efficience⁴⁰.

Le législateur européen différencie entre les exigences relatives au domaine matériel de la prorogation et les exigences relatives à la prorogation même et, en ce qui suit, on va s'y arrêter ponctuellement.

3. Le cadre général pour l'admission de la prorogation

Le texte de l'article 12 opère une distinction entre les litiges relatifs à la responsabilité parentale concomitants à ceux de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage (art. 12.1)⁴¹ et, respectivement, les litiges non corrélés avec ceux de divorce (art. 12.3 et 12.4). Les règles seront appliquées qu'il s'agisse ou non des enfants communs des époux impliqués dans la dispute⁴².

9. Actions corrélées aux actions de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage. Un premier cas (limitatif) dans lequel est admis le jeu de l'autonomie de la volonté dans les litiges relatifs à la responsabilité parentale est celui dans lequel entre les parties existe déjà une procédure pendante de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, la prorogation étant possible en faveur des instances compétentes à statuer sur celle-ci, lorsque (au moins) une des parties de cette procédure exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ; cette dernière exigence est de nature à garantir que la prorogation sera décidée en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, et non seulement en fonction des intérêts de ses parents (et/ou des titulaires de la responsabilité parentale).

Le moment de l'appréciation d'une procédure pendante de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage est celui de la saisine de la juridiction avec l'action en responsabilité parentale. La condition de l'existence de cette procédure peut être justifiée par la volonté d'assurer un lien raisonnable entre la situation de l'enfant et celle de ses parents, impliqués dans la procédure de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage ; en ce sens, le législateur européen impose que l'instance saisie ait retenu sa compétence sur la base de l'un des critères prévus par l'article 3 du règlement et non pas, éventuellement, sur la base des règles nationales de procédure civile internationale, dans les conditions des articles 6 et 7⁴³; en ces derniers cas, le lien du litige de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage avec l'espace européen n'est pas suffisamment caractérisé et l'extension de la compétence de l'instance saisie avec ce litige aussi aux disputes concernant la responsabilité parentale peut paraître exorbitante⁴⁴.

Étant une procédure dérivée de la procédure de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, la compétence prorogée sur la base de la règle de l'article 12.1 cessera avec celle-ci. Spécialement, selon l'article 12.2, la compétence de la juridiction va cesser lorsque le jugement relatif à l'anéantissement du lien matrimonial acquiert force de chose jugée, lorsqu'un jugement définitif est prononcé dans le litige relatif à la responsabilité

parentale, en cours lorsque le jugement de divorce, séparation de corps ou annulation est devenu définitif ou lorsque les litiges de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage ou responsabilité parentale ont cessé pour quelconque motif (par exemple, parce que les demandes ont été retirées ou se sont périmées ou parce que l'une des parties est décédée)⁴⁵.

Une précision supplémentaire s'impose. La prorogation va opérer normalement lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Lorsque l'enfant a sa résidence habituelle dans un État tiers, une distinction doit être opérée. Si cet État tiers n'est pas un État membre de la Convention de La Haye de 1996, l'article 12 du règlement est pleinement applicable et les instances d'un État membre saisies avec l'action de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage pourront se prononcer aussi sur les problèmes de responsabilité parentale. Si l'État (tiers) de la résidence habituelle de l'enfant est un État membre de la Convention de La Haye, cette dernière aura priorité au règlement (art. 61) et les instances vont vérifier leur compétence internationale sur la base de la Convention⁴⁶. Son article 10 étant rédigé dans des termes proches à ceux de l'article 12 du règlement, les solutions obtenues concrètement ne vont pas être tellement différentes. Deux différences doivent toutefois être mentionnées. D'abord, selon la Convention de La Haye, la prorogation est admissible seulement si elle est permise aussi par la loi (procédurale) interne de l'État dont les instances sont compétentes à statuer sur le divorce/l'annulation du mariage, tandis que le législateur européen n'a pas imposé dans le règlement 2201/2003 une telle exigence, consacrant directement un critère de compétence juridictionnelle distinct et autonome⁴⁷. Ensuite, l'article 10 de la Convention conditionne l'admission de la prorogation non seulement de l'exercice de l'autorité parentale par l'un des parents, mais également de la localisation de la résidence habituelle de l'un de ceux-ci dans l'État de l'instance dont la compétence va être prorogée ; cette dernière exigence n'apparaît non plus dans l'article 12 du règlement.

10. Actions en responsabilité parentale non corrélées avec des actions de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage. Lorsqu'il n'y a pas un litige en cours sur la dissolution du lien matrimonial, la prorogation volontaire de la compétence est toujours possible⁴⁸. La solution, de nature à apporter un plus de souplesse dans le système des règles consacrées en matière de responsabilité parentale, a un double fondement : l'autonomie de la volonté peut jouer seulement si la proximité est également respectée.

Pour que la prorogation soit admissible, une condition spécifique est imposée : l'existence d'un lien substantiel entre l'enfant et l'État membre dont les juridictions sont saisies, cet État n'étant pas celui de la résidence habituelle de l'enfant. Selon le texte légal, ce lien substantiel/étroit peut normalement exister avec l'État membre dont l'enfant est ressortissant ou avec l'État membre de résidence habituelle de l'un des titulaires de la responsabilité parentale. L'énumération de ces critères n'est pas exhaustive ; concrètement seront prises en compte toutes les circonstances de vie du mineur et de ses parents (titulaires de la responsabilité parentale). L'accent devra tomber non sur des aspects juridiques et formels, mais sur l'effectivité des liens entre l'enfant et un certain État, démontrés par des indices multiples, univoques ou concordants ; en ce contexte, l'appréciation globale de ces circonstances est

essentielle, pas toujours un élément de ceux indiqués par le législateur révélant le lien substantiel nécessaire (mais, au contraire, un simple lien formel)⁴⁹. La Cour de justice n'a pas offert dans sa jurisprudence des détails significatifs sur ce lien substantiel⁵⁰, qui devrait être déduit de l'évaluation objective de la situation de fait.

11. La formulation littérale de l'article 12.3 est de nature à soulever des discussions quant à la question de savoir si la prorogation peut être envisagée seulement au cas de l'existence d'une autre action pendante entre les parties ou y compris indépendamment de celle-ci⁵¹. Le guide pratique pour l'application du règlement, élaboré par la Commission, ne prends pas position⁵², mais le problème a fait l'objet d'une question préliminaire adressée à la Cour de justice par la Cour suprême de la République Tchèque, dans l'affaire *L. c. M*⁵³. En pratique, les difficultés étaient occasionnées par le fait que la lecture combinée des alinéas 1 et 3 de l'article 12 permettait deux interprétations opposées : une, plus restrictive, dans le sens que la prorogation devrait opérer seulement en faveur d'une instance saisie avec une procédure de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, dont la compétence a été établie à la base de l'article 7 du règlement⁵⁴, respectivement, une autre plus libérale, inspirée par l'autonomie de la matière « responsabilité parentale » par rapport au contentieux matrimonial dans le règlement, et qui ne conditionnait pas la prorogation de la connexité entre la procédure en matière de responsabilité parentale et une autre procédure (en cours)⁵⁵.

En suivant une interprétation systémique et téléologique, la Cour arrive à accorder préférence à cette dernière solution : « La prorogation de compétence prévue à l'article 12, paragraphe 3, du règlement n° 2201/2003 en matière de responsabilité parentale peut être appliquée sans qu'il soit nécessaire que la procédure en cette matière se rattache à une autre procédure déjà pendante devant la juridiction en faveur de laquelle la prorogation de compétence est souhaitée » (par. 45). L'interprétation large est justifiée par la volonté d'assurer l'effectivité de la disposition, elle étant la seule en mesure de garantir le respect des objectifs poursuivis par le règlement. La Cour insiste sur la nécessité de l'interprétation des dispositions du règlement en tenant compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et apprécie qu'une éventuelle subordination du jeu de la prorogation volontaire à l'existence d'un litige en cours irait à l'encontre de ce principe, étant donné la limitation importante qu'elle est susceptible d'entraîner en pratique (par. 48). En même temps, elle considère que l'objectif mentionné dans le considérant 5 du préambule du règlement – assurer l'égalité de tous les enfants – serait lui aussi contrarié par une telle exigence, dont le résultat serait l'exclusion de (presque) toute possibilité de prorogation de la compétence pour les litiges relatifs à des enfants dont les parents n'ont jamais été mariés ou sont déjà divorcés, séparés ou dont le mariage a été déjà annulé (par. 51)⁵⁶.

En tenant compte de la position de la Cour de justice dans cet arrêt, la Proposition de la Commission de juin 2016 relative à la réforme du règlement 2201/2003 supprime la mention interprétable « *dans d'autres procédures que celles mentionnées au premier alinéa* », figurant actuellement à l'article 12.3 57. Cette solution est de nature à apporter un plus de clarté des solutions dans le futur et contribue à l'application uniforme du texte.

12. Un autre aspect discuté en rapport avec la règle de l'article 12.3 est celui de savoir si une juridiction dont la compétence a été prorogée suite à l'accord des titulaires de la responsabilité parentale reste compétente aussi pour statuer dans d'autres litiges futurs entre ceux-ci concernant la situation de l'enfant.

Dans l'affaire E c. B, tranchée en 2014⁵⁸, la Cour de justice en a offert une réponse négative : « la compétence en matière de responsabilité parentale, prorogée, en vertu de l'article 12, paragraphe 3, du règlement n° 2201/2003, en faveur d'une juridiction d'un État membre saisie d'un commun accord d'une procédure par les titulaires de la responsabilité parentale, disparaît avec le prononcé d'une décision passée en force de chose jugée dans le cadre de cette procédure » (par. 50 et dispositif). Celle-ci s'est fondée sur une interprétation littérale des termes du règlement, soutenue également par des arguments téléologiques. En tenant compte du fait que les mesures prises en matière de responsabilité parentale sont nécessairement modifiables dans le temps, la Cour a commencé son raisonnement par l'analyse des dispositions des articles 8.1 et 12.3 et a apprécié que la position du législateur européen ait été assez claire dans le sens de la vérification de la compétence de l'instance au moment de sa saisine. Le principe traditionnel en la matière – celui de la cessation de la compétence avec le prononcé du jugement (*lata sententia iudex desinit esse iudex*) – a été réaffirmé : l'instance saisie doit vérifier et établir sa compétence « dans chaque cas particulier », « ce qui implique qu'elle n'est pas maintenue au-delà du terme d'une procédure pendante » (par. 40)⁵⁹. Supplémentairement, ayant comme prémisse la même indépendance des procédures successives, la Cour a pris en considération les termes de l'article 12.3 du règlement, qui prétendent l'acceptation de la prorogation de la compétence « expressément » ou « de toute autre manière non équivoque », et a refusé d'admettre que l'accord donné pour une procédure puisse opérer pour toutes les procédures éventuelles relatives à l'autorité parentale, qui pourraient survenir pendant la minorité de l'enfant⁶⁰. La position a été soutenue également avec des arguments liés aux objectifs du règlement, en particulier celui du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, même si le for de la résidence habituelle de l'enfant, inspiré par des considérants de proximité, est prévu alternativement avec celui convenu par les parties, les conditions pour l'admissibilité de ce dernier sont assez restrictives, les juges jouissant à cet égard d'une marge suffisante d'appréciation. Or, admettre que la prorogation convenue à un certain moment opère aussi après la finalisation de la procédure spécifique, bien que les circonstances et le milieu de vie de l'enfant se soient modifiés significativement dans le temps, signifie ignorer cet intérêt supérieur.

B. Conditions de la prorogation

En plus des particularités de chacune des deux hypothèses qui tracent le cadre général de la prorogation, deux exigences communes sont imposées : l'accord des parties et le respect de l'intérêt général de l'enfant. Étant d'application cumulative, le non-respect de l'une d'entre elles fait obstacle au jeu de la prorogation.

1. L'accord des parties sur la prorogation de la compétence

1.1. Une condition essentielle pour l'applicabilité de l'article 12 est celle de l'extériorisation de la volonté des parties, expressément ou de toute autre manière non équivoque, dans le sens de l'acceptation de la compétence des instances saisies. Avec cela, le caractère principal du critère de la résidence habituelle, probablement le plus adéquat critère de compétence juridictionnelle pour les litiges en matière de responsabilité parentale, est maintenu et est assuré une justification adéquate pour la réalisation de la prorogation, la simple concentration du contentieux n'étant pas suffisante. L'autonomie de la volonté justifie cette dérogation à la règle de la résidence habituelle de l'enfant par les avantages qu'elle présente : prévisibilité, flexibilité, adaptation aux besoins concrets des parties.

Le terme « partie » aura un sens particulier. Pour ce qui est de l'art. 12.1, le législateur précise expressément que la prorogation de la compétence de l'instance saisie avec la dispute matrimoniale pourra opérer en cas d'accord en ce sens des époux et des titulaires de la responsabilité parentale ; si ces personnes peuvent coïncider, tel n'est pas toujours le cas, vu l'extension opérée par le règlement Bruxelles II bis à tous les litiges en matière de responsabilité parentale, qu'ils visent ou non les enfants commun d'un couple ou les enfants sur lesquels les parents exercent ou non la responsabilité parentale. Pour ce qui est de l'article 12.3, la prorogation doit être acceptée par les « parties à la procédure » ; la notion vise non seulement les titulaires de la responsabilité parentale (parents ou non), mais également toute autre personne ayant un intérêt à agir dans la procédure de responsabilité parentale, telle que définie par les articles 1.2 et 2.7 du règlement, comme par exemple un grand parents, un ancien époux ou partenaire du titulaire de responsabilité parentale⁶¹.

Parce que l'absence de l'accord fonctionne comme limite principale de la prorogation de compétence et puisque l'article 12 n'est pas applicable seulement aux demandes communes, la clarification de la signification de l'expression « *acceptation expresse ou de toute autre manière non équivoque* » de la compétence acquiert une importance primordiale⁶². Celle-ci soulève parfois des difficultés ou hésitations en pratique⁶³, et la Cour de justice a été appelée déjà en deux occasions à se prononcer sur les exigences afférentes.

1.2. Le premier arrêt relevant est l'arrêt *L c. M*, du 2014, dont les faits ont été présentés plus haut. Dans l'affaire, par sa deuxième question préliminaire, la juridiction de renvoi voulait obtenir des clarifications sur l'interprétation de l'expression « *acceptation expresse ou de toute autre manière non équivoque de la compétence* », dans les conditions de l'existence de deux actions pendantes devant la même juridiction, ayant le même objet, la partie qui s'est adressée à l'instance la deuxième, contestant ultérieurement, à l'occasion du premier acte effectué, la compétence de celle-ci dans la procédure initiée antérieurement par l'autre partie, et s'adressant de façon concomitante à une juridiction d'un autre État membre. Le problème n'était pas simple. L'absence de l'accord sur la prorogation est claire lorsque les parties introduisent des procédures distinctes devant des juridictions des États différents⁶⁴. Toutefois, dans l'affaire, la particularité était donnée par le fait que les deux procédures avaient été introduites devant la même juridiction (et, sur la base du droit procédural interne

elles auraient dû probablement être jointes) et, la formulation de la demande devant une juridiction particulière fait présumer éventuellement l'acceptation (par le demandeur) de la compétence de ladite juridiction.

La Cour suit une position restrictive en la matière. Elle réalise une analyse littérale des articles 12.3 et 16 du règlement et considère que la date à laquelle doit être appréciée l'existence de l'accord sur la compétence est « *au plus tard [...] la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction choisie* » (par. 56). Tenant compte du comportement du défendeur dans la première action qui, même s'il a initié sa propre procédure, a contesté très vite la compétence de l'instance, elle décide que : « *l'article 12, paragraphe 3, sous b), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens qu'il ne peut pas être considéré que la compétence de la juridiction saisie par une partie pour connaître d'une procédure en matière de responsabilité parentale a été « acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure », au sens de cette disposition, lorsque la partie défenderesse dans cette première procédure engage, ultérieurement, une seconde procédure devant la même juridiction et soulève, dans le cadre du premier acte qui lui incombe dans la première procédure, l'incompétence de cette juridiction* » (par. 59).

Parce que dans cette solution l'accent tombe sur le comportement des parties dans la procédure, l'argumentation pourrait être utilisée aussi lors d'une discussion relative à l'efficacité d'une convention attributive de juridiction en matière de responsabilité parentale, antérieure au moment de la saisine de la juridiction. Lorsque les parties veulent la respecter, l'opérabilité de celle-ci est indubitable, sous la réserve du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (exigence qui devra être couramment analysée par l'instance). Les choses sont toutefois différentes lorsque l'une des parties conteste la compétence de la juridiction saisie sur cette base ; tenant compte tant de la formulation de l'article 12.3 – la compétence de la juridiction saisie doit avoir été acceptée à la date de la saisine de la juridiction –, que de l'argumentation de la Cour de justice dans l'arrêt *L*, probablement une opposition de la part de l'un des titulaires de la responsabilité parentale quant au déroulement du litige devant ladite juridiction serait de nature à priver d'effets la convention attributive de juridiction⁶⁵.

1.3. Le deuxième arrêt relevant en la matière - *Gogova* - a été prononcé par la Cour en 2015⁶⁶, suite à une question préjudicielle formulée par la Cour suprême de cassation de Bulgarie, intéressant l'interprétation du syntagme « *acceptation expresse ou de toute autre manière non équivoque* » dans un contexte particulier : absence de l'une des parties dans la procédure et sa représentation par un mandataire *ad litem* qui ne soulève pas un grief d'incompétence⁶⁷. Dans son argumentation, la haute juridiction européenne a eu comme point de départ le fait que l'admission de l'autonomie de la volonté dans les litiges en matière de responsabilité parentale est une solution exceptionnelle, ainsi que les exigences de l'acceptation non équivoque de la compétence doivent être interprétées strictement (par. 41)⁶⁸. L'acceptation devant provenir des parties au litige, une exigence minimale est la connaissance du commencement de celui-ci ; or, considère la Cour, bien que la connaissance de l'existence de la procédure ne vaille pas seule l'acceptation de la compétence, lorsque le

défendeur a été absent de la procédure, qui n'a pas été notifiée, il ne peut pas être considéré comme avoir agréé la prorogation (par. 42). L'acceptation ne peut être déduite non plus du comportement du mandataire car, à défaut des contacts entre le défendeur et le mandataire, ce dernier ne peut pas extérioriser une volonté que soit celle du défendeur représenté. En décidant finalement que « l'article 12, paragraphe 3, sous b), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens que la compétence des juridictions saisies pour connaître d'une demande en matière de responsabilité parentale ne saurait être considérée comme ayant été « acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure », au sens de cette disposition, au seul motif que le mandataire ad litem représentant le défendeur, désigné d'office par ces juridictions au regard de l'impossibilité de notifier à ce dernier la requête introductive d'instance, n'a pas soulevé l'incompétence desdites juridictions », la Cour offre une réponse non seulement prévisible⁶⁹, mais aussi parfaitement compréhensible : lorsque la compétence se fonde sur la volonté des parties, le cadre légal existant doit garantir que celles-ci ont effectivement accepté cette compétence, ce qui n'est pas le cas lorsqu'une d'entre elles n'avait même pas connaissance de la procédure démarrée à son encontre.

1.4. Une autre discussion que peut soulever l'article 12 du règlement 2201/2003 est celle de savoir si la prorogation envisagée peut être aussi tacite, selon le modèle consacré par l'article 26 du règlement Bruxelles I bis en matière civile et commerciale⁷⁰.

À une première vue, les arguments dans le sens d'une réponse négative semblent majoritaires. Un premier obstacle à l'admission de la prorogation tacite serait représenté par les règles sur le rôle du juge : vue que selon l'article 17 du règlement, la juridiction saisie a la mission de contrôler sa compétence⁷¹, il résulte que la surveillance du respect des règles de compétence juridictionnelle édictées par le règlement n'est pas à la latitude des parties à travers l'exception de non-compétence, celle-ci ayant seulement un rôle subsidiaire à cet effet. Au contraire, les règles instituées ont un caractère impératif et la dérogation en peut être faite seulement dans les conditions prévues par les textes mêmes, ainsi qu'une simple comparution du défendeur ne devrait pas être suffisante pour la prorogation de la compétence. En même sens militerait tant le fait que la déduction de l'acceptation de la compétence du comportement des parties nécessiterait parfois, de la part des instances, une analyse ample des aspects de fait, de même que la position de la Cour de justice dans l'affaire *L. c M.*, qui a exigé que l'acceptation de la compétence de la juridiction soit antérieure au commencement du litige. Enfin, cette solution restrictive figurait aussi dans la proposition originaire de règlement de 2002, qui précisait expressément que la comparution du défendeur ne vaut pas acceptation de la compétence.

Malgré ces arguments, la prise en considération d'un accord tacite pour la prorogation de la compétence dans les litiges en matière de responsabilité parentale ne nous semble pas une solution qui ne puisse pas être envisagée *de lege lata*⁷². La solution négative décrite plus haut est trop restrictive et contredit les analyses civilistes qui enseignent qu'une acceptation non équivoque peut revêtir aussi la forme d'une acceptation tacite. Par ailleurs, la doctrine a soutenu parfois une solution beaucoup plus libérale⁷³, dont les avantages sont évidents en

termes d'efficacité procédurale. Ni les arrêts de la Cour de justice ne sont pas univoques dans le sens du rejet d'une acceptation tacite de la compétence. En fait, dans l'arrêt *L*, la haute juridiction a précisé qu'il ne peut pas exister un accord exprès ou du moins univoque lorsque l'instance en cause est saisie seulement à l'initiative de l'une des parties à la procédure, tandis que l'autre, bien qu'introduisant une action séparée, conteste toutefois la compétence de la première instance ; *per a contrario*, lorsque la compétence n'est pas contestée et le défendeur comparaît, en formulant des conclusions sur le fond, la prorogation peut opérer. La présence du défendeur dans la procédure démontrerait sa volonté suffisante de voir l'affaire tranchée par les instances respectives⁷⁴; la corrélation de sa volonté avec la volonté concordante du demandeur, déduite de l'introduction de la requête devant ces instances précises, conduirait à l'existence d'une acceptation « *de toute autre manière non équivoque* » de la prorogation. Par ailleurs, une lecture atténuée des exigences de l'article 17, conduisant au même résultat, pourrait-elle aussi être envisagée : l'instance doit vérifier sa compétence et une démarche minimale serait celle de mettre la question au débat des parties ; si le défendeur ne soulève pas des objections et les autres conditions de l'article 12 sont remplies, la prorogation pourra être acceptée.

À défaut d'une prise de position de la Cour de justice, la solution peut être discutée. Éventuellement, pour un peu plus de clarté en la matière, dans le contexte des réformes futures, il pourrait être introduite dans le règlement une règle de nature à résoudre ce problème. À notre avis, l'admission de la prorogation tacite de la compétence est une alternative parfaitement acceptable, la garantie du consentement réel du défendeur pouvant être réalisée concrètement à travers un correctif similaire à celui prévu dans le règlement 1215/2012 pour la prorogation tacite de la compétence dans les litiges impliquant des parties vulnérables⁷⁵ : avant de se déclarer compétentes, les juridictions saisies devraient s'assurer que le défendeur (la partie vulnérable) est informé sur son droit de contester la compétence et sur les conséquences de sa comparution.

2. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

2.1. La deuxième condition essentielle pour l'admission de la prorogation volontaire de la compétence concerne le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant : tant l'article 12.1, que l'article 12.3 du règlement la mentionnent expressément, fait de nature à encourager les juridictions à réaliser sa vérification systématique et de motiver leurs décisions de ce point de vue⁷⁶.

Parce que l'intérêt supérieur de l'enfant reste une condition indispensable pour la prorogation, l'autonomie de la volonté pourra supplémentairement être censurée. Même si dans l'arrêt *E*, la Cour de justice affirmait que « *la prorogation d'une compétence acceptée par les titulaires de la responsabilité parentale d'un jeune enfant pour une procédure spécifique peut être considérée comme étant dans l'intérêt supérieur de cet enfant* » (par. 46), consacrant une présomption indirecte de respect de cet intérêt une fois l'accord réalisé, en fait, entre les

deux conditions - l'accord et le respect de l'intérêt supérieur - ne peut pas être mis un signe d'égalité. Généralement, le consensus des parties se traduit dans une solution favorable plus largement aux intérêts de l'enfant⁷⁷. Toutefois, tel peut n'être pas toujours le cas en pratique, et par la mention séparée des deux exigences, le législateur en tient compte adéquatement : ainsi, sur la base du texte légal, même si les deux parents sont d'accord avec la prorogation de la compétence, des juridictions pourraient censurer leur accord, lorsque celui-ci ne soutient pas également l'intérêt de l'enfant ; les parents, les titulaires de la responsabilité parentale et éventuellement les autres parties dans le litige n'ont pas la latitude de décider souverainement quel est cet intérêt, leurs décisions, y compris du point de vue procédural, restent sous le contrôle des juges⁷⁸.

2.2. Si, selon la Cour de justice, l'exigence doit être vérifiée au cas par cas⁷⁹, la réglementation légale du contenu concret de cet intérêt supérieur est vague, ce qui fait que son interprétation suscite des difficultés et entraîne des solutions non-uniformes en pratique. Dans l'article 12.4 du règlement, le législateur européen apporte une seule précision concernant le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de prorogation de compétence, limitée à une hypothèse particulière : celle de la résidence habituelle de l'enfant sur le territoire d'un État non européen qui n'est pas partie contractante à la Convention de La Haye. En cette hypothèse, la prorogation opérée sur la base de l'article 12 « *est présumée être dans l'intérêt de l'enfant, notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible dans l'État tiers concerné* » ; dans la Convention de La Haye de 1996, il n'y a pas une telle règle. En raison de sa spécificité et de son caractère très circonstanciel, la solution ne peut pas être généralisée pour les hypothèses de sélection entre plusieurs instances des différents États membres (où le déroulement des procédures est possible).

La doctrine s'est arrêtée sur cette notion - l'intérêt supérieur de l'enfant -, sans que les solutions offertes concernent strictement le problème de la procédure⁸⁰. Les indications de la Cour de justice sur les aspects pouvant être pris en compte dans l'évaluation ne sont pas toujours révélatrices. Par exemple, dans les arrêts *A* et *Mercredi*, la Cour a précisé que pour l'interprétation du concept « résidence habituelle » doit être tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui implique la vérification de la proximité étroite entre l'instance et l'endroit où le mineur est intégré du point de vue familial et social. Similairement, dans l'arrêt *L c. M*, elle a lié l'intérêt supérieur de l'enfant du lien étroit entre celui-ci et la juridiction saisie⁸¹. Toutefois, en pratique les deux aspects ne devraient pas être confondus. Au-delà du fait que le législateur les a prévus séparément⁸², on croit qu'un accent trop grand sur la (meilleure) proximité entre la juridiction compétente et le lieu où se déroule la vie du mineur, comme élément essentiel d'identification de son intérêt supérieur, dépasse l'esprit du texte ; étant donné que le critère de la résidence habituelle, prévu à l'article 8 du règlement, est considéré exprimer de façon principielle les liens les plus étroits, la prorogation arriverait à être admise seulement rarement, l'article 12 étant ainsi privé de son effet utile⁸³.

2.3. L'intérêt supérieur de l'enfant a été évoqué par la Cour de justice aussi dans un arrêt d'octobre 2016, *Child and Family Agency*⁸⁴, dans le contexte d'une question préliminaire relative à l'article 15 du règlement. La Cour a précisé que l'instance saisie (sur la base de

l'article 8) doit s'assurer, en tenant compte des circonstances concrètes de l'affaire, que le transfert de la compétence vers une autre instance ne risque pas d'avoir une incidence préjudiciable sur la situation de l'enfant visé et, à cet effet, elle « doit évaluer l'éventuelle incidence négative qu'un tel renvoi pourrait avoir sur les rapports affectifs, familiaux et sociaux de l'enfant concerné par l'affaire ou sur la situation matérielle de celui-ci » (par. 58-59). Transposables dans le contexte d'une prorogation volontaire de la compétence, les indices offerts restent toutefois vagues et, corrélativement, assez déficitaires dans la perspective de l'assurance de la prévisibilité et de la certitude juridique pour les personnes intéressées. Plus détaillées et utiles apparaissent les précisions de l'avocat général Wathelet, dans ses conclusions⁸⁵ : il suggère qu'en vue d'apprécier la capacité d'une instance d'apprécier une affaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent être pris en compte des éléments tels « la langue de procédure, la disponibilité des éléments de preuve pertinents relatifs, par exemple, à la capacité d'éducation et d'entretien du ou des parents, la possibilité de citer les témoins utiles et la probabilité que ceux-ci comparassent, la disponibilité de rapports médicaux et sociaux et la possibilité de les actualiser le cas échéant, voire le délai dans lequel la décision sera rendue » (par. 95)⁸⁶ ; parce que l'intérêt supérieur de l'enfant est le mieux préservé lorsque la compétence revient aux juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'enfant et aussi parce que certains documents utiles à l'appréciation de l'affaire pourraient être obtenus plus facilement par la coopération entre les juridictions, l'avocat général suggère en même temps la prise en considération de « l'incidence que pourrait avoir sur le bien-être physique et moral [de l'enfant] le déplacement inhérent à un renvoi de l'affaire à une juridiction située dans un autre État membre » que celui dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle (par. 96). Bien que fortement nuancées par le contexte spécifique de la question préliminaire (qui visait les conditions de la mise en œuvre du mécanisme exceptionnel de *forum non conveniens* de l'article 15), ses indications peuvent être généralisées et pris en compte aussi pour l'interprétation de l'exigence corrélatrice de l'article 12 du règlement.

Conclusions. Les solutions retenues par le législateur européen dans le règlement 2201/2003 reflètent largement des considérants contradictoires quant à l'admissibilité de l'autonomie de la volonté dans les litiges internationaux de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage et responsabilité parentale. D'un côté, pour le contentieux matrimonial, la volonté de préserver des conceptions étatiques particulières a imposé des limitations plus que sévères en ce qui concerne la liberté des époux de choisir la juridiction compétente. La solution n'est pas toutefois cohérente ni avec celle promue dans le plan des conflits de lois, ni avec la politique qui inspire l'article 3 du règlement (la multiplication des critères de compétence juridictionnelle, parmi lesquels le demandeur peut choisir celui qui lui est plus convenable) ; dans les conditions d'un libéralisme accentué aussi dans le plan du droit substantiel interne, l'admission dans la future réforme d'une autonomie encadrée serait de nature à mieux servir les intérêts européens – la correction des uns des inconvénients de l'actuelle règle de l'article 3, en soutenant en même temps la libre circulation, l'accès à la justice, la prévisibilité pour les personnes

impliquées, mais aussi l'efficacité économique. D'un autre côté, pour le contentieux de la responsabilité parentale, le législateur européen a été plus ouvert aux solutions volontaristes : sous la condition de l'existence d'un lien suffisant entre l'État de la juridiction saisie et l'enfant et du respect de l'intérêt supérieur de ce dernier, l'autonomie de la volonté est admissible. Cela promeut le consensualisme aussi pour la solution des problèmes de fond, reflète une plus grande ouverture pour les besoins des parties intéressées et apporte un plus de flexibilité dans le jeu des règles instituées, sans que la proximité soit sacrifiée. Certes, les solutions sont perfectibles et dans le contexte des réformes futures, il pourrait être envisagé, y compris sur la base des arrêts récents de la Cour de justice, la clarification des conditions d'extériorisation de la volonté des parties (spécialement du point de vue de l'accord tacite), afin de renforcer la sécurité juridique, la certitude et la prévisibilité pour tous ceux intéressés. Dans les deux domaines, comme toujours, le dernier mot reste toutefois au législateur et il est attendu avec intérêt.

* Chargée de cours, Faculté de Droit, Univ. Babeş-Bolyai, Cluj-Napoca, Romania. La présente étude a été réalisée avec le support financier de l'Université Babeş-Bolyai, à travers le Grant de recherche GTC – 31804/2016.

¹ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, JO L 338, 23.12.2003; Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JO L 343, 29.12.2010; Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO L 7, 10.1.2009; Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JO L 183, 8.7.2016; Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, JO L 183, 8.7.2016.

² Règlement (CE) n° 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, JOCE L 160, 30.06.2000.

³ Le fondement juridique de la technique de consolidation consolidée est représenté par les articles 20 TUE et 326-334 TFUE. Le recours à cette modalité de légiférer a comme conséquence le fait que le règlement 1259/2010 n'uniformise pas les règles de conflit en matière de divorce ou séparation de corps de tous les États européens, mais seulement celles des États ayant participé à son adoption ou qui ont adhéré ultérieurement à la coopération consolidée instituée. La situation mise à jour des

États liés est disponible sur le site www.e-justice.europa.eu. Sur la complexité entraînée, v. P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 291, spéc. p. 295.

- ⁴ Pour la Roumanie, il s'agit de l'article 2588 C. civ., qui renvoie aux lois qui gouvernent les exigences légales pour la conclusion du mariage, dont la désignation sera faite selon les articles 2586 et 2587 C. civ.
- ⁵ Pour la Roumanie, l'article 2611 C. civ. renvoie à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des mineurs, qui distingue entre la loi applicable à l'attribution et à l'exercice de l'autorité parentale, d'une part, et la loi applicable à la prise des mesures de protection, d'un autre.
- ⁶ Pour une analyse récente de la portée de l'intrusion de la volonté des parties en droit international privé de la famille (conflits de lois), v. B. Bourdelois, « Relations familiales internationales et *professio juris* », in *Les relations privées internationales : mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 137 ; C.I. Nagy, „What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law ? An EU Perspective”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2012, Vol. 30, No. 4, p. 576-586. V. déjà J.Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992 ; P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 425-454 ; E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, t. 251, spéc. p. 54-55 et 153.
- ⁷ Cette tendance d'extension du rôle de l'autonomie de la volonté est soutenue par un phénomène similaire dans le plan du droit substantiel interne ; dans le sens que l'autodétermination des individus est un élément définitoire des réglementations actuelles en droit de la famille, v. par exemple P. Franzina, « The law applicable to divorce and legal separation », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n° 2, p. 85, spéc. p. 108, n° 44. Le droit européen reflète lui-aussi la même tendance : au niveau des États membres du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 soutient comme composante du droit à la vie privée et familiale le droit d'une personne de prendre des décisions en ce qui concerne, par exemple, sa vie sexuelle (CEDH, 19 février 1997, *Laskey c. Royaume Uni*, par. 44), la procréation (CEDH, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume Uni*, par.7) ou son identité personnelle (CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin v c. Royaume Uni*, par. 90).
- ⁸ Sur cette progression de l'autonomie de la volonté au-delà de la sphère des obligations, à des aspects personnels, v. par exemple E. Jayme, « Party autonomy in international family and succession law : new tendencies », *Swiss Yearbook of PIL*, 2009, vol 11, p. 1 et s. ; B. Ancel, H. Muir Watt, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 457, spéc. p. 467, n° 9. Pour les solutions concrètes, v. les articles 4 et 5 du règlement 4/2009, qui admettent l'élection expresse ou tacite de la juridiction compétente pour les litiges nés ou éventuels en matière d'obligations d'entretien ; une limitation importante, justifiée par l'objectif d'assurer une protection adéquate à l'intérêt supérieur de l'enfant, a été toutefois prévue pour les litiges relatifs aux obligations alimentaires dont le créancier est un enfant âgé de moins de 18 ans (la compétence devant être établie sur la base des règles objectives). V. aussi les solutions du règlement 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et

l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, OJ L 201, 27.7.2012 (en particulier, les articles 5 et 9 sur la prorogation volontaire de compétence). V. aussi les règlements 2016/1103 et 2016/1104, qui encadrent la liberté des parties de choisir la juridiction compétente de sorte que les objectifs de bonne administration de la justice, proximité, coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative puissent être au mieux réalisés (v. spécialement l'article 7, de même que les articles 8 et 5.2 de chacun de ces textes).

⁹ Les solutions volontaristes ne sont toutefois une panacée, car des fois l'accord peut manquer, vu la nature délicate des problèmes soulevés par le domaine familial.

¹⁰ Par ailleurs, même dans le plan des conflits de lois il est accepté que, lorsque l'option des parties est limitée à un éventail de lois avec lesquelles la situation présente des liens, l'autonomie de la volonté n'agit plus comme un promoteur de la concurrence législative qui ébranle les politiques impératives étatiques, mais apporte, au contraire, un plus de stabilité et de prévisibilité pour les personnes intéressées, dont la situation est déjà fragilisée par le jeu des conflits de lois ; l'autonomie de la volonté devient ainsi un instrument de coordination des systèmes juridiques - v. H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en DIP : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général*, RCADI, 2005, p. 292.

¹¹ Toutefois, le droit de la famille connaît aussi des nuances importantes de « privatisation » (étant admis le divorce par consentement mutuel, étant offertes des options plus larges quant au régime matrimonial ou étant permises des ententes sur les obligations alimentaires, par exemple), qui pourraient se répercuter sans trop graves inconvénients sur les problèmes procéduraux.

¹² Il est applicable dans tous les États membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark), à partir du 1^{er} mars 2005. Pour la Roumanie et Bulgarie, États qui ont adhéré à l'Union en 2007, le règlement est applicable à partir du 1^{er} janvier 2007 et pour la Croatie, à partir du 1^{er} juillet 2013.

¹³ En détail sur les objectifs poursuivis par le législateur européen en la matière, v. par exemple B. Ancel, H. Muir-Watt, « La désunion européenne : le règlement dit Bruxelles II », *RCDIP*, 2001, p. 403, spéc. p. 411 et s., n° 5.

¹⁴ L'articulation entre les normes européennes et celles nationales est réglée par les articles 6 et 7 du règlement, avec les précisions apportées par la Cour de justice dans l'arrêt *Sundelind Lopez* (CJCE, 29 novembre 2007, C-68/07) ; vu la priorité qui doit être accordée aux normes européennes, l'intervention des normes nationales de procédure civile internationale est fortement limitée. Le règlement Bruxelles 2 bis se substitue aux normes nationales de compétence, auxquelles est réservée seulement une place résiduelle.

¹⁵ Sur celles-ci, v. R. Hausmann, « Article 3 », in S. Corneloup (coord.), *Droit européen du divorce - European Divorce Law*, Lexis Nexis, 2013, p. 238 et s. ; A. Borrás, « Article 3 », in U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Brussels II bis Regulation*, Sellier, 2012, p. 87 et s. ; v. également B. Ancel, H. Muir Watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 569, spéc. p. 577-579, n° 8.

¹⁶ V. B. Ancel, H. Muir Watt, « L'intérêt supérieur... », *op. cit.*, n° 8-9, p. 577-579.

¹⁷ Malheureusement, les interprétations des juridictions nationales n'en tiennent pas toujours compte et elles sont de plus en plus diverses ; cela affecte l'application uniforme du règlement et accroît l'insécurité juridique.

- ¹⁸ CJCE, 2 avril 2009, C-523/07, A; CJUE, 22 décembre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*; v. aussi CJUE, 6 octobre 2015, aff. C-404/14, *Marie Matouskova, D.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke.
- ¹⁹ Les règles de procédure civile internationale stipulées par le règlement ne sont obligatoires que pour les instances des États membres de l'Union dans lesquels le règlement est applicable ; la compétence internationale des instances des États tiers, dans les litiges impliquant des citoyens européens, sera établie en chaque cas particulier selon les règles de procédure civile de l'État de la juridiction saisie.
- ²⁰ Sur l'interprétation de la notion « demande commune », v. R. Hausmann, *op. cit.*, p. 246-247, n° 18-19.
- ²¹ V. R. Hausmann, *op. cit.*, p. 238, n° 2.
- ²² Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM/2006/0399 (17.7.2006). Sur celle-ci, v. I. Barrière-Brousse, « La révision du règlement Bruxelles II bis : perspectives communautaires sur les désunions internationales », D. 2008, p. 625.
- ²³ Celui-ci était formulé comme suit : « Choix de la juridiction par les parties dans les procédures de divorce et de séparation de corps 1. Les conjoints peuvent convenir qu'une juridiction ou les juridictions d'un État membre auront compétence pour statuer dans une procédure de divorce ou de séparation de corps qui les oppose, à condition qu'ils aient des liens étroits avec ledit État membre en raison du fait que: l'un des critères de compétence énumérés à l'article 3 s'applique, ou il s'agit du lieu de la dernière résidence habituelle commune des conjoints pendant une durée d'au moins trois ans, ou l'un des conjoints est ressortissant de cet État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, a son « domicile » sur le territoire d'un de ces deux États membres. 2. La convention attributive de compétence doit être formulée par écrit et signée par les deux conjoints au plus tard au moment de la saisine de la juridiction ».
- ²⁴ L'autonomie de la volonté n'était pas admise pour les litiges d'annulation du mariage. Cette limitation semble compréhensible, car les problèmes de fond en discussion reflètent des conceptions particulières des États sur le mariage et sa validité ; or, faire dépendre l'efficacité de celles-ci de la libre volonté des personnes privées apparaissait totalement inopportun.
- ²⁵ La solution était d'autant plus remarquable que, en considération du caractère indisponible des droits en discussion, les normes étatiques de compétence juridictionnelle avaient un caractère impératif - v. I. Barrière-Brousse, *op. cit.*, p. 629, n° 19.
- ²⁶ Cette solution est contraire à la celle retenue généralement en matière civile et commerciale par (l'actuel) article 26 du règlement 1215/2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)* (Bruxelles I bis), JO L 351, 20.12.2012.
- ²⁷ Ces efforts ont été finalisés avec l'adoption du règlement 1259/2010, qui trahit pourtant certains des objectifs initiaux du législateur européen : ce règlement ne se superpose pas parfaitement au règlement 2201/2003 ni du point de vue géographique, étant obligatoire seulement pour une partie des États membres, ni du point de vue matériel, en excluant la problématique de l'annulation du mariage de son champ d'application.
- ²⁸ COM(2014) 225 final.

- ²⁹ Deloitte, Coffey, *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment* (May 2015), disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iaa_final_report_evaluation.pdf.
- ³⁰ Deloitte, Coffey, *op. cit.*, p. 25, p. 29.
- ³¹ Deloitte, Coffey, *op. cit.*, annexe 1, p. 21, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iaa_final_report_analtical_annexes.pdf.
- ³² Commission européenne, „Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), COM(2016) 411 final.
- ³³ V. ainsi l'article 5 du règlement 1259/2010 (*Roma III*). Deux observations sont nécessaires : d'un côté, en raison de la technique suivie pour son adoption (la coopération consolidée), ce règlement n'est pas en vigueur dans tous les États membres ; d'un autre côté, la solution de l'admission de l'autonomie de la volonté retenue dans l'article 5 du règlement était toutefois novatrice au niveau européen, seulement l'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas consacrant antérieurement des règles de conflit subjectives en la matière - v. P. Franzina, *op. cit.*, spéc. p. 108, n° 42.
- ³⁴ En dépit du champ d'application territorial et matériel large du règlement, les règles actuelles n'arrivent pas à garantir l'accès à un juge d'un Etat membre justice pour tous les citoyens européens. Ainsi, pour un couple de citoyens européens de nationalités différentes vivant dans un (des) pays tiers, pour un citoyen européen marié avec un ressortissant d'un état tiers et vivant dans un (des) Etat(s) tiers ou pour les époux homosexuels de nationalités différentes et vivant dans un Etat (membre) ou leur mariage n'est pas reconnu, l'accès à la justice peut s'avérer délicat. L'admission de l'autonomie de la volonté serait de nature à corriger ce problème (sans qu'elle soit toutefois le seul mécanisme disponible à cet effet).
- ³⁵ V. Deloitte, Coffey, *op. cit.*, p. 38, soutenant que l'admission des conventions attributives de juridiction en la matière serait de nature à protéger la partie la plus faible du point de vue économique devant un *forum shopping* démarré par le partenaire qui a eu des ressources suffisantes pour obtenir des conseils juridiques adéquats sur les juridictions devant lesquelles il pourrait obtenir un traitement plus favorable à ses intérêts.
- ³⁶ Le règlement 1347/2000 était applicable aux litiges en matière de responsabilité parentale seulement lorsque ceux-ci concernaient les enfants communs au couple (et non également pour les litiges concernant les enfants naturels ou les enfants d'un seul époux) et étaient connexes à une procédure en cours relative au lien matrimonial (v. le considérant 11 et l'article 1.1.b) du règlement 1347/2000); de ce point de vue, il a été considéré insatisfaisant et à l'initiative de la France, son domaine d'application a été élargi.
- ³⁷ Bien que l'article article 12 est une exception à l'article 8 (compétence des instances de l'État de la résidence habituelle de l'enfant), les deux critères de compétence peuvent fonctionner alternativement – v. E. Pataut, « *Article 12* », in U. Magnus, P. Mankowski, *op. cit.*, p. 148, n° 9. Sur la qualification et sur la mise en œuvre du critère de la résidence habituelle, v. E. Gallant, « *Réflexions sur la résidence habituelle des enfants des couples désunis* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer : liber amicorum*, LGDJ, 2015, p. 241-253.
- ³⁸ Même si en droit comparé la solution est très fréquente pour les litiges internes, la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs met en évidence une tendance opposée, celle de séparation entre les litiges matrimoniaux et ceux relatifs à la responsabilité parentale – v. E. Pataut, *op. cit.*, p. 147, n° 4.

- ³⁹ V. par exemple en ce sens CJUE, 1^{er} octobre 2014, *E c. B*, C-436/13, par. 41-42 (dans lequel est invoqué le considérant 12 du préambule) et CJUE, 12 novembre 2014, C-656/13, *L c. M*, par. 48; V. aussi CJUE, 2 avril 2009, C-523/07, *A*, par. 35); CJUE, 23 décembre 2009, C-403/09 PPU, *Detiček*, par. 35; CJUE, 22 décembre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, par. 46; CJUE, 15 juillet 2010, C-256/09, *Purrucker*, par. 91.
- ⁴⁰ V. B. Ancel, H. Muir-Watt, « L'intérêt supérieur... », *op. cit.*, p. 580, n° 11.
- ⁴¹ Cette alternative se retrouvait aussi à l'article 10 de la Convention de La Haye de 1996, qui a servi comme source d'inspiration pour le législateur européen. Sa reprise atteste la volonté du législateur d'assurer une articulation cohérente des deux textes internationaux. En tenant compte des dispositions de l'article 61 du règlement, la compétence des juridictions des États membres européens sera établie selon le règlement (y compris son article 12) lorsque l'enfant aura sa résidence habituelle dans un État membre ou dans un État tiers qui n'est pas partie à la Convention de La Haye. Lorsque l'enfant aura sa résidence habituelle dans un État non-européen, partie à la Convention de La Haye, les dispositions de l'article 10 de ce dernier texte vont être suivies (*v. infra*).
- ⁴² Sur l'extension opérée par le règlement Bruxelles 2 bis de ce point de vue, v. W. Pintens, « Article 1 », in U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *op. cit.*, p. 73-74, n° 60.
- ⁴³ Toutefois, même avec cette limitation (mais dans le contexte de la multiplication des critères de compétence juridictionnelle en matière de contentieux matrimonial), la solution ne garantit pas un lien très étroit entre l'enfant et l'État de l'instance saisie – v. B. Ancel, H. Muir-Watt, « L'intérêt supérieur... », *op. cit.*, p. 586, n° 16.
- ⁴⁴ E. Pataut, *op. cit.*, p. 150, n° 20-21. À notre avis, rien n'empêche en ces cas les parents et les titulaires de la responsabilité parentale à se prévaloir de l'article 12.3 du règlement, à condition toutefois de prouver le lien étroit exigé par l'article 12.3. a) entre la situation de l'enfant et l'État de la juridiction élue.
- ⁴⁵ V. aussi CJUE, 15 février 2017, C-499/15, *W et V c. X* : « ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 43 à 49 de ses conclusions, [...] les juridictions ayant statué en matière de divorce, en l'occurrence les juridictions lituaniennes, ne bénéficient pas dans une affaire telle que celle au principal d'une prorogation de compétence. Quand bien même la compétence de ces juridictions aurait été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par X, conformément à l'article 12, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 2201/2003, cette compétence a, en tout état de cause, pris fin dès que la décision faisant droit à la demande en divorce et statuant sur la responsabilité parentale est passée en force de chose jugée, conformément à l'article 12, paragraphe 2, sous a) et b) de ce règlement » (par. 68).
- ⁴⁶ L'article 10 de la Convention de La Haye : « 1. Sans préjudice des articles 5 à 9, les autorités d'un État contractant, dans l'exercice de leur compétence pour connaître d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents d'un enfant résidant habituellement dans un autre État contractant, ou en annulation de leur mariage, peuvent prendre, si la loi de leur État le permet, des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant, a) si, au commencement de la procédure, l'un des parents réside habituellement dans cet État et que l'un d'eux ait la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et b) si la compétence de ces autorités pour prendre de telles mesures a été acceptée par les parents, ainsi que par toute autre personne ayant la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et si cette compétence est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. 2. La compétence prévue au paragraphe premier pour prendre des mesures

de protection de l'enfant cesse dès lors que la décision faisant droit ou rejetant la demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage est devenue définitive ou que la procédure a pris fin pour un autre motif ».

⁴⁷ V. E. Pataut, *op. cit.*, p. 148, n° 13.

⁴⁸ La solution, qui n'a pas un correspondant dans l'article 10 de la Convention de La Haye de 1996, se remarque par sa nouveauté.

⁴⁹ Dans le sens que le législateur n'a pas voulu instituer des présomptions, mais simplement offrir des exemples, v. Th. Rauscher, « Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation Brussels IIA », *The European Legal Forum*, 1-2005, p. 37, spéc. p. 41.

⁵⁰ Toutefois, dans l'arrêt de 12 novembre 2014, C-656/13, *L c. M*, qui sera présenté *infra*, la Cour de justice a lié l'intérêt supérieur de l'enfant du lien étroit entre l'enfant et l'instance saisie.

⁵¹ Sur ces discussions, v. B. Ancel, H. Muir-Watt, « L'intérêt supérieur... », *op. cit.*, p. 587-589, n° 17.

⁵² Commission européenne, *Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis* (spéc. p. 32), disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_fr.pdf.

⁵³ CJUE, 12 novembre 2014, C-656/13, *L c. M*, *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 667, note E. Gallant ; V. Egéa, « Les prorogations de compétence dans le règlement Bruxelles II bis : d'utiles précisions », *Rev. Trim. Dt. Eur.*, 2015, p. 383. Le litige portait sur la situation des deux enfants, ressortissants tchèques, qui sont nés et qui ont vécu de façon permanente en République Tchèque, avec leurs parents, un couple non marié. Du 2010 jusqu'au 2012, suite à la séparation des parents, les enfants ont habité alternativement avec leur mère (*L*), en Autriche, et avec leur père (*M*), en république Tchèque. En mai 2012, la mère a enregistré le domicile des enfants en Autriche. En octobre 2012, *M* a saisi les instances tchèques avec une demande concernant l'organisation des relations entre les parents et les enfants, suivie, quelques jours plus tard, par une demande introduite devant les mêmes instances par *L*, concernant la custodie des enfants et une pension alimentaire. Ultérieurement, après avoir réitéré sa demande devant les juridictions autrichiennes, *L* a contesté la compétence de la juridiction tchèque. Le litige est arrivé jusqu'à la Cour suprême qui a décidé de saisir la Cour de justice de l'UE avec deux questions préliminaires relatives à l'article 12.3 du règlement ; la première concerne précisément le problème de savoir si la prorogation de compétence visée par ce texte peut opérer aussi lorsque entre les parents (titulaires de la responsabilité parentale) n'existe pas un litige de divorce ou toute autre procédure pendante ayant un autre objet ; les questions préliminaires sont reproduites au par. 31 de l'arrêt.

⁵⁴ V. B. Ancel, H. Muir-Watt, « L'intérêt supérieur... », *op. cit.*, p. 589, n° 18. Dans le sens que la prorogation peut opérer seulement lorsque les instances sont déjà saisies avec une autre procédure, sans que celle-ci soit nécessairement matrimoniale, v. R. Baratta, « Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia », in P. Picone (coord.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 177. Le problème qui fait l'objet de la question préliminaire a été discuté aussi devant les juridictions roumaines, qui ont opté pour une interprétation restrictive du texte : par exemple, dans une affaire de 2012, la Cour d'Appel Bucarest s'est prononcée avec clarté dans le sens de l'existence d'une action connexe pendante devant l'instance convenue par les parties pour statuer en matière de responsabilité parentale ; considérant que l'interprétation de l'article 12.3 doit se faire par corroboration avec l'article 12.1 du règlement, elle a décidé que, lorsque entre les parties n'existe pas une autre procédure en cours, la prorogation visée par l'article 12.3 ne peut pas opérer (C. Ap. Bucarest, 3^{ème} ch. civ., déc. n° 1054, séance publique du 7.06.2012).

- ⁵⁵ V. les références citées par E. Gallant, *Note précitée*, p. 678-679, n° 8.
- ⁵⁶ La solution a été indirectement confirmée dans l'arrêt *Gogova* (CJUE, 21 octobre 2015, C-215/15 ; v. *infra*).
- ⁵⁷ Commission européenne, « Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) », COM (2016) 411 final.
- ⁵⁸ CJUE, 1 octobre 2014, *E c. B*, C-436/13. Le litige entre le père espagnol (E) et la mère anglaise (B) concernait l'établissement de la résidence de leur enfant et la modification des droits de visite du père. L'enfant était né en Espagne, pays dans lequel a résidé continuellement jusqu'en février 2010, date à laquelle la mère, séparée avec le père, s'était établie au Royaume Uni. En juillet 2010, les parents ont arrivé à un accord sur la custodie de l'enfant, homologué par un juge espagnol devant lequel les deux se sont présentés volontairement. Peu de temps après, la mère s'était adressée aux instances anglaises de la nouvelle résidence de l'enfant sollicitant la modification du jugement espagnol ; leur compétence a été contestée, le père invoquant la prorogation de compétence intervenue en faveur des instances espagnoles. Suite à l'appel déclaré contre l'arrêt par lequel High Court s'est déclarée compétente, la Court of Appeal a adressé à la Cour de justice une série de questions préliminaires intéressantes, entre autres, le problème de savoir si « *lorsque la compétence d'une juridiction d'un État membre a été prorogée en vertu de l'article 12, paragraphe 3, du [règlement n° 2201/2003] en ce qui concerne des questions de responsabilité parentale, cette prorogation produit-elle seulement ses effets jusqu'au prononcé d'une décision passée en force de chose jugée dans la procédure en question ou ces effets perdurent-ils ?* »
- ⁵⁹ Par ailleurs, la même règle a été appliquée dans l'affaire par les juges espagnols aussi ; saisis par la mère en décembre avec une demande de transfert de la compétence vers les juridictions anglaises, sur le fondement de l'article 15, ont rejeté la sollicitation avec l'argumentation suivante : « *[dans la mesure où la [décision du 20 octobre 2010] rendue dans cette affaire [était] passée en force de chose jugée, où l'affaire [était] close et où aucune autre affaire opposant les parties en matière familiale ne demeur[ait] pendante devant le tribunal, il n'exist[ait] aucune raison de constater le défaut de compétence comme demandé dans la requête* » (v. par. 22 de l'arrêt). V. aussi CJUE, 15 février 2017, C-499/15, *W et V contre X*, par. 70 : « *Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la question posée que l'article 8 du règlement n° 2201/2003 et l'article 3 du règlement n° 4/2009 doivent être interprétés en ce sens que, dans une affaire telle que celle au principal, les juridictions de l'État membre qui ont adopté une décision passée en force de chose jugée en matière de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires concernant un enfant mineur ne sont plus compétentes pour statuer sur une demande de modification des dispositions arrêtées par cette décision, dans la mesure où la résidence habituelle de l'enfant est située sur le territoire d'un autre État membre. Ce sont les juridictions de ce dernier État membre qui sont compétentes pour statuer sur cette demande* ».
- ⁶⁰ V. le par. 48 de l'arrêt : « *l'article 12, paragraphe 3, visant à permettre aux titulaires de la responsabilité parentale de saisir d'un commun accord et sous certaines autres conditions une juridiction de sujets relevant de la responsabilité parentale pour l'appréciation desquels elle n'est pas, en principe, compétente, il ne saurait être présumé qu'un tel accord persiste, dans tous les cas, au-delà du terme de la procédure engagée et en ce qui concerne d'autres sujets pouvant se présenter ultérieurement* ».

⁶¹ V. E. Pataut, *op. cit.*, p. 157, n° 53.

⁶² Dans la pratique roumaine, les instances ont décidé que l'accord n'existe pas lorsqu'une des parties – très souvent le défendeur, résidant en Roumanie (le demandeur et l'enfant ayant leur résidence à l'étranger) – se présente devant les juridictions pour contester la compétence (Trib. 1^{re} instance Bistrita, ch. civ., déc. n° 10314/2013, du 19 décembre 2013, confirmé par le Trib. Bistrita Nasaud, 1^{re} ch. civ., déc. n° 76/A/2014, du 28 mai 2014 ; v. dans le même sens Trib. Buzau, 1^{re} ch. civ., déc. n° 57/2016 du 21 mars 2016). Une solution identique est retenue pour le cas de la non comparution de défendeur – v. Trib. 1^{re} instance Moreni, déc. n° 311 du 23 juin 2014 ; Trib. 1^{re} instance Bacau, ch. civ., déc. n° 2105 du 2 avril 2015 ; v. également Trib. 1^{re} instance Moreni, déc. n° 1098 du 17 décembre 2012 (décision dans laquelle, discutant l'exigence de l'accord, mentionnée à l'article 12.3.b) du règlement, la cour a précisé expressément que la prorogation conventionnelle de la compétence ne peut pas opérer suite à la manifestation de volonté exclusive d'une seule des parties (le demandeur) et a exigé que l'accord des parties sur la compétence survienne avant la saisine de l'instance.

⁶³ Par exemple, dans la pratique roumaine, le Tribunal de première instance Tg. Mures a considéré qu'il n'a pas été correctement saisi sur la base de l'article 12.3 du règlement en raison de l'absence de déclaration expresse d'acceptation de la compétence par le défendeur (même si celui-ci, présent dans la procédure, s'est déclaré d'accord avec les prétentions du demandeur sur le fond) ; l'instance a décidé, également, que l'intérêt supérieur de l'enfant sera mieux respecté si le litige serait tranché par les instances belges de l'État de résidence habituelle de l'enfant, où pouvait être faite directement et plus adéquatement la probation sur le milieu de vie de l'enfant et ses relations sociales et familiales - v. Trib. 1^{re} instance Tg. Mures, ch. civ., déc. n° 3588, du 30 juin 2016. Le Tribunal Mures a eu une position similaire dans une affaire tranchée également en 2016, concernant le divorce d'un couple des Roumains et la custodie de leurs enfants, toutes les parties impliquées ayant leur résidence habituelle en Italie : avec une motivation précaire à notre avis, centrée sur l'importance de la proximité, les juges se sont fondés exclusivement sur l'intérêt supérieur de l'enfant et ont refusé de retenir leur compétence, même si les parents, citoyens Roumains, se sont mis d'accord indirectement sur la compétence, en mettant des conclusions exclusivement sur le fond, tant dans la première instance, que dans l'instance de recours – v. Trib. Mures, ch. civ., déc. n° 172 du 25 février 2016.

⁶⁴ Ce « conflit » ne sera pas résolu sur la base de la règle de litispendance figurant à l'article 19 du règlement. Au contraire, la hiérarchie établie entre les articles 8 et 12 et les critères de compétence correspondants jouera son rôle : si en général, le jeu de l'autonomie de la volonté est admissible en la matière, en l'absence de l'accord des parties, la compétence des instances de l'État de la résidence habituelle de l'enfant est prioritaire et doit être suivie, de sorte qu'en conformité avec l'article 17 toute autre juridiction doit se déclarer incompétente.

⁶⁵ V. dans le même sens E. Gallant, *Note précitée*, p. 679.

⁶⁶ CJUE, 21 octobre 2015, C-215/15, *Gogova c. Iliev*, *Rev. Trim. Dt. Eur.*, 2015, p. 803, note V. Egéa. Le litige impliquait les parents bulgares, non mariés, d'un enfant âgé de 10 ans. Même si tant les parents que l'enfant avaient leur résidence habituelle en Italie, la mère a commencé devant les juridictions bulgares une procédure dont l'objet était la supplantation du consentement du père pour la délivrance d'un passeport pour l'enfant. Se trouvant dans l'impossibilité de lui notifier la requête introductive d'instance, celles-ci ont désigné pour la représentation du père un mandataire

ad litem ; en constatant ultérieurement que la résidence habituelle de l'enfant est en Italie, elles se sont déclarées néanmoins incompetentes. L'ordonnance correspondante a été attaquée, la mère soutenant que l'absence de la contestation de la compétence par le mandataire ad litem vaut accord pour la prorogation de la compétence.

⁶⁷ V. la question préliminaire reformulée par la Cour de justice : « il y a lieu de comprendre la troisième question comme visant à déterminer, en substance, si l'article 12, paragraphe 3, sous b), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens que la compétence des juridictions saisies pour connaître d'une demande en matière de responsabilité parentale peut être considérée comme ayant été « acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure », au sens de cette disposition, au seul motif que le mandataire ad litem représentant le défendeur, désigné d'office par ces juridictions au regard de l'impossibilité de notifier à ce dernier la requête introductive d'instance, n'a pas soulevé l'incompétence desdites juridictions » (par. 39).

⁶⁸ La même interprétation stricte est par ailleurs mise en évidence par l'arrêt *E* (par. 48).

⁶⁹ V. antérieurement CJCE, 10 octobre 1996, C-78/95, *Hendrikman et Feyen*, dans le contexte de l'interprétation de la Convention de Bruxelles de 1968 : « un défendeur qui ignore la procédure entamée à son encontre et pour qui comparait, devant le juge d'origine, un avocat qu'il n'a pas mandaté se trouve dans l'impossibilité absolue de se défendre » (par. 18). V. également CJUE, 11 septembre 2014, C-112/13, *A c. B*, arrêt relatif à l'interprétation de l'article 24 du règlement 44/2001 et dans lequel la haute juridiction a décidé que la comparution dans la procédure du curateur du défendeur absent et de domicile inconnu ne peut pas justifier la prorogation (tacite) de la compétence : « la prorogation tacite de compétence en vertu de l'article 24, première phrase, du règlement no 44/2001 est fondée sur un choix délibéré des parties au litige relatif à cette compétence, ce qui présuppose que le défendeur ait connaissance de la procédure entamée contre lui. En revanche, un défendeur absent auquel la requête introductive d'instance n'a pas été lui notifiée et qui ignore la procédure entamée contre lui ne peut être considéré comme acceptant tacitement la compétence du juge saisi. En outre, un défendeur absent ignorant le recours introduit contre lui ainsi que la nomination d'un curateur du défendeur absent ne peut fournir à ce curateur toutes les informations nécessaires pour apprécier la compétence internationale de la juridiction saisie et lui permettre de contester effectivement cette compétence ou de l'accepter en connaissance de cause. Dans ces circonstances, la comparution dudit curateur du défendeur absent ne saurait non plus être considérée comme valant acceptation tacite de ce défendeur » (par. 54-55 de l'arrêt, sur lequel v. P. Callé, *Note, Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 915-921, spéc. p. 919-921, n° 15-21).

⁷⁰ La position libérale de ce texte est bien connue : la prorogation tacite est efficace. Il y a une acceptation tacite de la compétence lorsque le défendeur se présente dans la procédure et formule des conclusions sur le fond, sans contester la compétence : v. par exemple CJCE, 7 mars 1985, *Hannelore Spitzley*, Aff. 48/84 ; CJUE, 17 mars 2016, C-175/15, *Taser international*. En détail, v. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matières civile et commerciale*, 5e éd., LGDJ, 2015, p. 186 et s., n° 163 et s.

⁷¹ Cela se justifie d'autant plus que la compétence de la juridiction d'origine ne peut plus être vérifiée au stade de l'instance indirecte et que la matière intéresse le statut personnel, caractérisé par l'indisponibilité de principe des droits.

- ⁷² Dans la pratique des instances roumaines, la prorogation tacite a été admise : v. par exemple Trib. Iași, 1^{re} ch. civ., déc. n° 258 du 8 juin 2016, dans laquelle l'instance a décidé que la présence du défendeur dans la procédure, à des séances différentes, sans contester la compétence, peut être interprétée comme une acceptation non équivoque de la compétence. V. aussi Trib. 1^{re} instance Brăila, ch. civ., déc. n° 59 du 23 janvier 2013, appréciant que le défendeur a accepté de manière non équivoque la compétence des juridictions roumaines, l'avocat qu'il avait volontairement désigné mettant les conclusions directement sur le fond (sans contester la compétence).
- ⁷³ V. par exemple Th. Rauscher, *op. cit.*, spéc. p. 40. Dans le sens que la position de défendeur qui a connu l'existence de la procédure et qui a choisi de ne pas comparaître pourra être interprétée comme une acceptation tacite de la compétence, v. V. Egéa, *Note sous l'arrêt Gogova, Rev. Trim. Dt. Eur.*, 2015, p. 805.
- ⁷⁴ Cette présence devrait toutefois démontrer non équivoquement l'acceptation de la compétence, les indices contraires attirant l'inapplicabilité de l'article 12 (dont les exigences doivent être strictement interprétées) ; ainsi, par exemple, dans la pratique roumaine, la Cour d'appel Galati a analysé l'exigence de l'accord prévue par ce texte et a décidé que la simple présence de demandeur à deux séances de jugement, sollicitant un ajournement de l'affaire afin de qu'il puisse s'engager un avocat, ne peut pas être interprétée comme une acceptation non équivoque de la compétence – C. Ap. Galati, déc. civ. n° 106/R du 5 mars 2014.
- ⁷⁵ Sur cette solution, v. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carascosa Gonzalez, « Article 26 », in U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Bruxelles I bis Regulation*, Otto Schmidt, 2016, p. 681-682, n° 33-35.
- ⁷⁶ V. B. Ancel, H. Muir-Watt, « L'intérêt supérieur... », *op. cit.*, p. 587, n° 17.
- ⁷⁷ L'accord de prorogation permet d'éviter ou de limiter les dissensions entre les parents, ainsi que l'intérêt de l'enfant est lui-aussi soutenu. Par exemple, dans l'affaire *E*, l'acceptation de la compétence par les juridictions espagnoles devant lesquelles les deux parents se sont présentés volontairement malgré le fait que la mère était établie depuis une année avec l'enfant au Royaume Uni, a eu des effets bénéfiques sur la situation de l'enfant : l'intervention du juge pour l'homologation de leur entente a permis l'extinction, du moins partielle, de leur dispute, sans l'affectation négative de l'enfant du point de vue émotionnel et psychologique.
- ⁷⁸ V. par ailleurs en ce sens la position de l'Avocat général P. Mengozzi, dans ses conclusions sous l'affaire *Gogova*, qui mentionne l'obligation de l'instance de s'assurer que les parties n'ont pas exercé en défaveur des intérêts de l'enfant l'autonomie qui leur est reconnue (v. par. 66 de l'*Opinion* présentée le 10 septembre 2015). V. aussi E. Pataut, *op. cit.*, p. 153, n° 37, soulignant toutefois le caractère plutôt exceptionnel des hypothèses de censure de l'accord des titulaires de la responsabilité parentale.
- ⁷⁹ V. les arrêts *E* (par. 47) et *L* (par. 58)
- ⁸⁰ V. par exemple P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 365 et s.
- ⁸¹ V. P. Hammje, *op. cit.*, p. 372, qui insiste sur la proximité.
- ⁸² L'exigence du lien étroit apparaît expressément dans l'article 12.3 et seulement indirectement (et plus atténuée, en raison de la multiplication des critères de compétence juridictionnelle prévus en matière de divorce) dans l'article 12.1.

⁸³ Dans sa jurisprudence récente, la Cour européenne de justice a montré toute son ouverture pour cet effet utile : par exemple, dans l'arrêt *W, V c. X* du 17 février 2017 (C-499/15), elle a réaffirmé le caractère principal de la compétence des juridictions de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, établie bien entendu en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (par. 60 et 64), mais rappelle aussi que les dérogations sont possibles en présence des éléments de fait particuliers : parmi ceux-ci, la Cour mentionne expressément un éventuel accord des titulaires de la responsabilité parentale sur la compétence des instances d'un autre Etat membre que celui de la résidence habituelle de l'enfant (par. 65).

⁸⁴ CJUE, 27 octobre 2016, aff. 428/15, *Child and Family agency c. JD*.

⁸⁵ Les conclusions de l'Avocat général M. Wathelet, présentées le 16 juin 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*.

⁸⁶ V. en ce sens, dans la jurisprudence roumaine C. Ap. Galați, déc. n° 106/R du 5 mars 2014, dans laquelle l'instance a apprécié que la prorogation de la compétence ne servirait pas l'intérêt supérieur de l'enfant car la probation relative à son milieu de vie et à ses relations familiales et sociales pourrait être faite plus facilement et plus adéquatement en Italie (pays dans lequel l'enfant résidait depuis 2007); l'argument du non-respect de l'intérêt supérieur de l'enfant a été toutefois invoqué non pour censurer un accord ferme des parents sur la prorogation, mais pour conforter la solution de rejet de la prorogation, dans le contexte du caractère discutable de l'acceptation de celle-ci par le défendeur. V. aussi Trib. Iași, 1^{re} ch. civ., déc. n° 258 du 8 juin 2016 - dans cette affaire concernant une famille de Roumains (les enfants résidant à l'étranger avec la mère, demandeur dans la procédure), le tribunal a argumenté le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant par le fait que les audiences allaient se dérouler en Roumain, langue commune des parties, sans nécessiter des dépenses supplémentaires de communication et de traduction des actes de procédure, ainsi que par le fait que la probation nécessaire à la solution de la dispute avait été déjà administrée devant les instances de fond.

STUDII

DONAȚII DIN BUNURILE PĂRINTELUI NEBUN – O PRIVIRE ISTORICĂ

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.4

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Dorin JOREA*

Abstract: *Gifts from the insane parent's property – a historical perspective. In the post-classical Roman legal system, the paternal consent was still mandatory for the legitimacy of a marriage. The parent was also obliged by the Justinian law, to constitute a dowry to his daughter or an ante-nuptial donation for his son. However, what would happen if he went insane? An insane person could not consent either to the marriage, either to the donations that accompanied the legal union between husband and wife because he was considered without any will. Justinian intervened and permitted those marriages and the constitution of dowries and ante-nuptial donations, without paternal consent. He gave a constitution that permitted the family and the legal guardian of the insane to act on behalf of the insane parent, under the supervision of a Roman magistrate. That legal measure was used to justify and legitimate a similar legal measure, inserted into the French Civil code of 1804. The same disposition was imported from the French legislation and implemented by the Romanian Civil code of 1864. It has also reverberated in a Romanian civil code of 1939 (never into force). In this article, we will try to prove the harmonizing aspect of the Justinian constitution and the unlikely rebirth of a comparable legal measure in the modern era.*

Keywords: *dowry, donation, incapacity, insanity, interdiction, tutor, tutorship, curator, curatorship, consent, Roman law.*

Rezumat: *În perioada dreptului roman post-clasic, consimțământul părintelui la căsătoria copiilor săi a fost în continuare considerat obligatoriu pentru legitimitatea căsătoriei. Constituirea unei dote, sau a unei donații antenuțiale, a devenit obligatorie pentru părinte, sub domnia lui Iustinian. Dar ce se întâmpla atunci când părintele devenea nebun? O persoană nebună nu putea consimți nici la căsătorie și nici nu putea constitui dota sau donațiile ce însoțeau căsătoria romană, întrucât nu avea voință. Iustinian va interveni și va permite aceste căsătorii și de asemenea constituirea unei dote sau a unei donații antenuțiale, fără consimțământul părintelui nebun. Acesta a stabilit, că familia și curatorul persoanei nebune vor putea acționa pentru acesta, sub supravegherea unui magistrat. Măsura legală a fost utilizată pentru a justifica și legitima o dispoziție similară, inserată în Codul civil francez de la 1804 în art. 511 (nr. articolului anterior reformei din 1968). Textul francez a fost preluat*

de Codul civil român de la 1864. Aceasta a reapărut, într-o formă similară, și în Codul civil român de la 1939 (ce nu a intrat niciodată în vigoare). În cadrul acestui articol, vom încerca să dovedim aspectul armonizant al dispoziției introduse de Iustinian și caracterul improbabil al funcționării acesteia într-o legislație civilă contemporană.

Cuvinte-cheie: dotă, donații, incapacitate, nebun, interdicție, tutore, tutelă, curator, curatelă, consimțământ, drept roman.

În secolul al V-lea d.Hr., împăratul Iustinian va lămuri, prin intermediul unei Constituții imperiale, o problemă a timpului său: posibilitatea căsătoriei copiilor unei persoane nebune. Totodată el va dispune cum anume se va constitui, cu această ocazie, dota și donațiile antenuțiale¹ pentru acești descendenți. Textele dreptului roman au fost utilizate ulterior, de comentatorii Codului civil francez de la 1804, pentru a justifica și legitima o dispoziție franceză cuprinsă în art. 511 al Cod civil francez (nr. articolului anterior reformei din 1968)².

Vechiul Cod civil român de la 1864³ va prelua din Codul civil francez textul art. 511⁴ în textul art. 456⁵ (text ce va fi abrogat prin Decretul nr. 32/1954). O reglementare similară se va regăsi și în auto-intitulatul Cod civil „Carol al II-lea”⁶, din 1939 în art. 420, devenit, după modificarea din 1940⁷, art. 528⁸. Acest din urmă act normativ nu a intrat vreodată în vigoare, însă și el stă mărturie aceleiași invenții și utilități purtate de norma juridică în cauză.

Articolul de față dorește să prezinte contextul în care reglementarea împăratului Iustinian a luat ființă, în dreptul roman (1) pentru ca apoi să urmărească preluarea sa în Codul civil francez de la 1804 (2), iar la final să proclame imposibilitatea oricărei aplicări a unei reglementări similare, în contextul juridic actual (3).

(1) Dreptul Roman⁹

O succintă expunere a regulilor în materia ocrotirii¹⁰ persoanelor în dreptul roman este necesară pentru înțelegerea climatului în care împăratul Iustinian va permite donațiile către descendenții unei persoane care își pierduse rațiunea și era plasată sub una dintre măsurile de protecție romane.

Câteva repere asupra tutelei și curatelei romane ne vor furniza o viziune asupra naturii acestora și asupra persoanelor care făceau obiectul unor astfel de măsuri (i) pentru ca apoi, abordarea consimțământului patern la căsătoria copiilor săi (ii) și prezentarea succintă a evoluției dotei și a donațiilor propter-nuțiale (iii) ne vor permite să înțelegem contextul adoptării reglementării cu privire la donațiile din bunurile părintelui nebun (iv). De-a lungul acestui periplu, vom reliefa, acolo unde dispunem de informațiile necesare, o abordare cronologică a soluțiilor dreptului roman prin apelul la perioadele istorice ale acestuia: perioada arhaică – a dreptului quiritar sau a vechiului drept roman (sec. VIII î.Hr. - mijlocul secolului IV. î.Hr.)¹¹, perioada preclasică sau a republicii romane naționale (sec. IV sec. I î.Hr., an 27 î.Hr.)¹², perioada clasică, a republicii romane universale sau a principatului¹³

(ultimii ani ai sec. I î.Hr. - III d.Hr. an 284 d.Hr.)¹⁴ și perioada post-clasică¹⁵ a imperiului roman sau a dominatului¹⁶ (sec. IV-VI d.Hr., an 656 d.Hr.)¹⁷

(i.) Curatela și tutela romană

În cele ce urmează vom prezenta, pe scurt, cine au fost destinatarii măsurilor de ocrotire în dreptul roman, prin ce se diferențiau tutela de curatelă și de interdicția prodigilor, precum și care era consecința pronunțării unui decret de plasare sub curatelă a nebunilor.

a) Sfera persoanelor ocrotite

Măsurile au vizat doar pe aceia ce erau deopotrivă liberi (aveau *status libertatis*), cetățeni (aveau *status civitatis*) și erau *sui iuris*, neaflându-se sub puterea altcuiva¹⁸. *Sui iuris* erau fie femeile¹⁹, fie bărbații capi ai unei familii (*pater familias*).

Pater, din construcția *pater familias*, nu definea descendența, pentru care romanii aveau cuvântul *parens* sau *genitor*, ci autoritatea²⁰. Romanii nu au avut o denumire pentru familia pe care o cunoaștem astăzi, întrucât nu au avut o astfel de realitate socială. Termenul *familias*²¹ sublinia prevalența grupului asupra individului²². În această accepțiune, *pater familias* nu era un *tată de familie*, ci un „stăpân” al unui grup de persoane, era persoana *sui iuris*, cap al unei case²³.

Sub puterea lui *pater familias* se regăseau două categorii de persoane: unele ce intrau în această categorie datorită naturii, altele datorită legii. Natural, *pater familias* (de sex masculin) exercita puterea asupra copiilor acestuia, de ambele sexe, asupra descendenților copiilor de sex masculin²⁴ și a descendenților lor de sex feminin, anterior căsătoriei lor *cum manu*. Prin dispozițiile legislative, el exercita puterea asupra: celor ce intrau în familie prin adopție sau abogațiune²⁵, membrilor altor familii ce fuseseră achiziționați de *pater familias* cu titlu de forță de muncă și care se aflau, în aceste limite, sub puterea sa²⁶, asupra soției sale și soțiilor fiilor săi căsătorite *cum manu* și asupra sclavilor săi. Denumită, după cum se pare la origini, *manus*²⁷, puterea lui *pater familias* se va divide în *patria potestas* (asupra copiilor) *manus* (asupra soției) și *dominica potestas* asupra sclavilor. Titulatura de *pater familias* putea fi dobândită chiar de nou-născuți²⁸, însă abia după ce aceștia dobândeau descendenți legitimi, dobândeau și *patria potestas*²⁹.

Având în vedere că doar unui *pater familias* îi era recunoscut un drept de proprietate deplin, averea întregii familii³⁰ era periclitată atunci când acesta ar fi fost predispus unei exploatare³¹. Iată spațiul de intervenție al tutelei și curatelei romane la începuturile instituțiilor! Cei ce se aflau sub puterea lui *pater familias*, erau sub protecția și îngrijirea acestuia, fără a necesita o tutelă sau o curatelă³². Așadar, *impuberii sui iuris* și femeile *sui iuris*, vor intra sub tutela ce intervenea în cazurile de neputință așa-zise naturale, a unei slăbiciuni datorată fie sexului (percepție existentă în cazul femeilor), fie vârstei, precum în cel al impuberilor. *Puberii*³³, nebunii și prodigii *sui iuris* precum și femeile gravide, aflați fiind într-o ipostază de neputință excepțională, se vor regăsi plasați sub una dintre formele³⁴ curatelei³⁵.

b) Tutela, curatela și interdicția în dreptul roman la nivel lingvistic

Tutela, din punct de vedere etimologic se explică prin apelul la un derivat al verbului *tueor-ëris*³⁶ (a vedea): **tüt-ëla* cu sensul de „apărare”; *tütö* cu sensul de a proteja, a păzi, *tütör* cu sensul de protector.³⁷ Cuvântul latin *cūra-ae* transmitea cel mai probabil intenția din spatele măsurii, sensul său comun fiind cel de *îngrijire*³⁸. Termenul se opunea neglijenței transpuse în cuvântul latin *incūria*. În spațiul administrativ și juridic, dominant a fost însă sensul de *direcție, conduită, administrare*³⁹.

Nebunii au fost clasificați în două categorii distincte: *mente captus* (cei slabi de minte) și *furiosus*⁴⁰. Cei din urmă erau acei bolnavi mintali care manifestau semne evidente ale afecțiunii lor, dar nu neapărat de o manieră continuă⁴¹.

Aceștia au fost considerați ca fiind sub o pedeapsă divină⁴², se considera că natura (sau de zeitățile infernului – furiile⁴³; spiritele rele ale morților – larvoele⁴⁴ etc) le controlau viața și îi făceau să fie incapabili să își gestioneze patrimoniul. Aceștia erau considerați incapabili de a înțelege și a acționa, lipsindu-le capacitatea de a înțelege (*intellectus*), înțelepciunea (*mentis, sensus, iudicium*) și discernământul (*exactum consilium*)⁴⁵. Aceștia nu puteau, așadar, să încheie niciun act juridic⁴⁶, fiind asimilați unui copil sau unei persoane adormite⁴⁷.

Toți intrau, de drept, anterior instituirii curatelei dative, sub curatela⁴⁸ *agnaților*⁴⁹, conform legii celor XII Table (Tabla 5. 7a)⁵⁰.

Interdicția, deși își are originea în reglementarea romană, nu a fost dedicată nici nebunilor, dar nici celor slabi de minte. Ea era rezervată prodigiilor, având un caracter punitiv⁵¹ și de salvagardare a însăși grupării de persoane ce constituiau familia romană. Termenul „interzicere”, lat. *Interdicō,-is,-xi,-ctum,-ere*, ce se va regăsi în denumirile măsurilor medievale și moderne de protecție ale persoanelor nebune, prezintă o etimologie proprie sferei juridice. Folosit cu sensul de „pronunțare (din *dicere* cf. *iūs dicere, iūdex*) a formulei ce pune capăt unui litigiu între (*inter*) părți”; de „pronunțarea unei hotărâri”,⁵² cuvântul a purtat mereu caracterul prohibitiv transmis din relația dintre *inter*⁵³ și *dicere*. Alăturat interdicției, cuvântul „prodig” are și el o denotație interesantă⁵⁴. Derivat din termenul *ago*,⁵⁵ latinescul *prōdigō* se formează prin prefixarea acestuia cu prefixul *pro* (*pro-ago*). Aci forma derivată a grecescului ἄγω(*ago*)⁵⁶ - προ-ἄγω (*pro-ago*)⁵⁷ — ne este furnizată ca echivalentă cu cea a latinescului omofon,⁵⁸ atunci când *prōdigō*, ca verb, va purta sensul de „a face să se deplaseze înaintea sa, a fi împins înaintea sa” (fr. *pousser devant soi*). Latina va dezvolta de aici înțelesurile de „a arunca înaintea sa” (fr. *jeter devant soi*),⁵⁹ apoi într-un fâgaș pozitiv, de „a se dispensa de”, de „a uza de”, „a consuma”, și într-unul negativ, care va face carieră în limbajul juridic: de „a disipa”, „a risipi”.⁶⁰ Ca adjectiv, forma *prōdigus*, atunci când se va referi la persoane va purta înțelesul de „cel ce este extravagant”, de „risipitor” (atât a resurselor materiale cât și morale); iar când va fi atașat unui comportament, va face ca acesta să fie, „necontrolat”, „licențios”.⁶¹

Importanța distincției dintre *furiosus* și *mente captus* apare doar în dreptul lui Iustinian, și o vom vedea aplicată în cazul căsătoriei copiilor⁶². În ceea ce privește curatela, atât pentru nebuni cât și pentru prodigi, avem suficiente indicii pentru a o identifica ca o măsură existentă în perioada vechiului drept roman. Cert este că persoanele *sui iuris* ce vor face obiectul unei curatele, vor trece sub puterea agnaților celor mai apropiați în grad, iar în lipsa acestora, în puterea gentililor care vor exercita respectiva putere de o manieră colectivă asupra acestora.

În epoca veche și preclasică a dreptului roman aflăm că persoana centrală în cadrul grupului familial, identificată prin denumirea de *pater familias*, exercita puteri depline asupra membrilor grupului și asupra patrimoniului familiei⁶³. El putea, însă, să confere, prin testament, tutela asupra impuberilor și asupra femeilor de sub puterea sa, după decesul său. Odată cu legea celor XII table⁶⁴, acea persoană putea fi alta decât propriul său erede⁶⁵. În lipsa unei dispoziții testamentare, tutela legitimă asupra membrilor familiei, *impuberi* sau de sex feminin, trecea agnatului *sui iuris* cel mai aproape în grad de rudenie cu persoana în cauză⁶⁶. Întinderea acestei puteri, exercitate de tutore ori de curator asupra persoanelor *imbuperilor sui iuris*, femeilor, nebunilor și prodigilor *sui iuris* este discutabilă. Ce apare cu reverberație în lucrările romaniștilor este că ea urmărea în principal protejarea patrimoniului familial asupra cărora, cei ce o exercitau aveau o vocație succesorală propriu-zisă. Interesul urmărit era așadar, al grupării familiale ori a titularilor puterilor exercitate.⁶⁷

În epoca preclasică, odată cu relaxarea legăturilor familiale, în urma schimbărilor socio-economice din cadrul societății romane de după războaiele publice⁶⁸ și o dată cu instituirea tutelei dative, prin *lex Atilia*, de către un magistrat⁶⁹, se va schimba și optica măsurii. Tutela și curatela vor deveni măsuri care vor urmări interesele celor plasați sub acestea⁷⁰. Curentul de accentuare a acestei protecții va continua în etapele următoare, regăsindu-se și în epoca lui Iustinian. Tot în această etapă, odată cu Servius Sulpicius Rufus, la finele perioadei preclasice, vom primi și o definiție a tutelei, element ce stă mărturie, prin conținutul său, schimbării ce avea loc asupra instituției:

*„Tutela este, după cum o definește Servius (Sulpicius), puterea dată și îngăduită de dreptul civil asupra unei persoane libere în vederea ocrotirii aceleia care, din pricina vârstei, nu se poate apăra singur.”*⁷¹

În epoca clasică, apar primele semne clare de îmbinare dintre situația prodigilor și cea a nebunilor⁷². Mărturie găsim într-o soluție a lui *Antonius Pius*, text căruia, deși i se poate reproșa că este dat într-un caz special, a fost preluat apoi în *Digeste* cu literă de lege, arătând că, până la Iustinian și după acesta, cu toții au crezut că opinia lui *Antonius Pius* a fost justă.

*„Împăratul Antoniu Pius a răspuns favorabil unei cereri atunci când o mamă a solicitat să-i fie numiți curatorii fiilor săi risipitor prin aceste cuvinte: Nu este prima oară când vedem oameni care, prin cuvintele lor, par a fi în toate mințile, dar își risipesc bunurile în așa fel încât ar cădea în sărăcie lucie dacă nu le-am veni în ajutor. Vor avea nevoie să primească pe cineva care să îl asiste cu sfatul să; întrucât este just ca să venim în sprijinul celor care, atunci când vine vorba de bunuri, se comportă ca niște nebuni.”*⁷³

Tot acum aflăm de la Ulpian că părintele nebun păstra *patria potestas* asupra copiilor născuți dintr-o căsătorie încheiată valabil, având în vedere că aceasta nu înceta ca urmare a nebuniei sale⁷⁴. Gaius arăta, totodată, că un curator nu putea face donații din bunurile nebunului, decât dacă prezentau un folos neîndoielnic pentru acesta, după cercetarea unui magistrat.⁷⁵ Tot în aceeași linie de gândire, conferirea unui bun al nebunului religiei sau eliberarea unui sclav, erau văzute în afara administrării la care era chemat curatorul⁷⁶. Cert este că donațiile din bunurile celui protejat nu erau permise⁷⁷, decât excepțional, curatorului, în timp ce, nebunului, în nicio circumstanță.⁷⁸

În epoca imperială, Iustinian va stabili, prin novela 115 o obligație familială de întrajutorare a celui nebun. În acest context, Iustinian va stabili că succesibilii nebunului care nu îi vor acorda ajutor vor fi considerați demni de exheredare și de alte pedepse civile, iar cel care, după ce i-a somat pe descendenții nebunului, l-a îngrijit pe acela și l-a primit în casa sa, va deveni noul său succesori legitim, chiar și atunci când testatorul a testat în favoarea copiilor săi.⁷⁹ Ca o ultimă precizare, importantă în contextul analizei, curatela nebunilor era, până în vremea lui Iustinian⁸⁰, intermitentă. Ea începea și înceta odată cu pierderea și redobândirea rațiunii, iar, în intervalele lucide, persoana putea încheia ea însăși actele pe care le considera necesare: se putea căsători, putea testa, putea consimți la căsătoria copiilor săi etc. Capabil, în intervalele lucide, incapabil în cele de nebunie, iată situația capului de familie în dreptul roman.

Concluzii cu privire la măsurile de ocrotire ale tutelei și curatelei romane

Născute și organizate de o manieră unilaterală, precum toate puterile conferite de dreptul roman sub formă de prerogative pure și simple, recunoscute fără contrapartidă, tutorelui sau curatorului, în interes propriu sau în interesul grupării agnatice⁸¹, pentru prezervarea patrimoniului familial⁸², tutela și curatela romană au devenit, începând cu epoca clasică, sarcini impuse acestora pentru protecția incapabilului⁸³, iar formele de tutelă, ce nu s-au putut acomoda acestei noi schimbări de optică, au dispărut⁸⁴. Dincolo de acest aspect, ce este esențial de reținut este faptul că măsurile ocroteau doar o categorie limitată de persoane, iar această categorie se distanța de celelalte prin aceea că avea și posibilitatea de a dispune de bunurile grupării familiale.

Nebunii își păstrau legăturile de putere părintească asupra descendenților lor, întrucât nebunia nu punea capăt căsătoriei romane; putând constitui cel mul un motiv de repudiere, în formele ei cele mai grave⁸⁵. Ei nu puteau face donații, însă, decât prin intermediul curatorului și doar dacă actul prezenta un vădit avantaj pentru aceștia. Cu toate acestea, problemele administrării bunurilor, nu erau singurele ce se puteau ivi în viața unui cetățean roman. Și căsătoria copiilor unui *pater familias*⁸⁶ ridica problemele ei, întrucât necesita, încă din perioada primară, consimțământul acestuia și, ulterior, impunea constituirea unei dote ori a unei donații *antenuțiale*.

Înainte de a vedea care au fost soluțiile dreptului roman în cazul căsătoriei copiilor unei persoane aflate sub curatelă, să vedem de unde a izvorât necesitatea consimțământului acestuia și, mai apoi, care a fost evoluția dotei și a donațiilor propter-nuțiale în acest sistem de drept.

(ii.) Consimțământul capului de familie, o componentă a *patria potestas*

Cei ce nu erau *sui iuris*, erau *alieni iuris*, adică erau subiecți ce se subordonau lui *pater familias*, fiind fie *alieni potestas*, fie *alieni manus*, fie *alieni mancipium*.⁸⁷

În sens restrâns, *patria potestas* reprezenta puterea unui *pater familias*, cap al unui grup familial, asupra acelor persoane ce erau legate de el prin descendența agnatică, anume asupra *filii familias*⁸⁸.

Patria potestas a cunoscut multiple explicații din partea romaniștilor. Aceasta a fost înțeleasă fie ca o extensie a ideii de proprietate⁸⁹, fie a unei idei de suveranitate⁹⁰, de autoritate necesară⁹¹, fie a unei prerogative reieșite dintr-o imagine a familiei micro-statale, unde capul familiei îndeplinea atât funcții publice, cât și private și religioase (era deopotrivă judecător, preot și stăpân).⁹² Fie, în cele din urmă, ca o putere în interesul tatălui, într-un context în care *interesul tatălui era însuși interesul familiei*; putere creată așadar în interesul grupului și independentă (în perioada primară) de orice configurație politică statală.⁹³

Sub puterea părintească, anume *patria potestas*, se aflau inițial doar copiii dintr-o căsătorie *iustus nuptiis*⁹⁴, însă dreptul roman va asimila treptat acestora și alte categorii de descendenți.⁹⁵

Patria potestas conferea lui *pater familias* și *consensus patris* prerogativa de a consimți la căsătoria „copiilor săi”⁹⁶. Prin căsătoria fiului, se creau noi descendenți⁹⁷ în sânul aceleiași familii reunite sub autoritatea lui *pater familias*, fapt ce lărgea sfera descendenților atât pentru capul familiei cât și pentru fii săi, atunci când se căsătorea un nepot de-al lui *pater familias*. În acest context, se solicita consimțământul amândurora: atât al lui *pater familias* cât și a tatălui mirelui⁹⁸. Prin exprimarea consimțământului capul familiei nu doar selecta pe cei care intrau în familie⁹⁹, și se îngrijea de cei ce vor intra în aceasta ci, exercita o condiție anterioară căsătoriei, în lipsa căreia, aceasta nu își producea efecte juridice¹⁰⁰. Cert este că acest consimțământ suplimentar intervenea doar pentru cei ce erau *alieni iuris*¹⁰¹.

Pentru Iustinian, consimțământul apărea ca regulă conformă naturii și dreptului civil: „(...) *et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut iussus parentis pracædere debeat.*”¹⁰² Iată textul din instituțiile sale:

„*Cetățenii romani încheie o căsătorie legiuită dacă se căsătoresc în conformitate cu dispozițiile legii: bărbații să fie puberi, iar femeile nubile, indiferent dacă aceștia au calitatea de șefi de familie sau de fii de familie, cu condiția ca fii de familie să aibă și consimțământul părinților (parentum¹⁰³) în a căror putere sunt. Și dreptul civil și cel natural dispun că așa trebuie să se procedeze, cu condiția însă ca încuviințarea părintelui să fie dată anterior (căsătoriei). [...]*”¹⁰⁴

În dreptul roman primar și în perioada clasică, consimțământul capului de familie era obligatoriu pentru valabilitatea căsătoriei.¹⁰⁵ În acest sens s-a exprimat și un rescript al împăraților Dioclețian și Maximian spre sfârșitul secolului III î.Hr.¹⁰⁶

„*Autoritatea legii nu permite căsătoria (unei fete) cu un fiu de familie în lipsa (consimțământului) său. Nimic nu vă împiedică, așa cum cereți, să vă uniți legitim cu femeia pe care v-o doriți, dacă observați preceptele legii, cu condiția ca părintele (patris) vostru să consimtă.*” (t.n.d.j.)

Un alt text arăta cine trebuia să consimtă la căsătorie. În Dig. 23.2.16.1., ni se spune că:

„*Fiul trebuie să consimtă la căsătoria băiatului său, dar dacă se va căsători o fiică, consimțământul bunicului este suficient.*”¹⁰⁷

Treptat, odată cu evoluția dreptului, ideilor, a moravurilor și apariția procedurii *extra ordinem*, ce a permis noi mijloace de coerciție a taților rău-voitori¹⁰⁸, prerogativele conferite de *patria potestas* își vor pierde din vigoare¹⁰⁹. Alături de ele, și *consentis patris* își va pierde caracterul absolut. MATRINGE arată că această erodare, bine-cunoscută de romaniști, a lui *patria potestas*, se va proiecta, cu preponderență, în perioada Imperiului și în Occident, asupra consimțământului lui *pater familias* la căsătoria fiilor și fiicelor de familie.¹¹⁰

Motivul evanescenței acestei forme a puterii părintești? Imposibilitatea amenajării unei veritabile organizări patrimoniale în contextul unei subordonări stricte a căsătoriei, consimțământului capului de familie.¹¹¹

Un text din Digeste¹¹² ne arată că, odată cu *Lex Iulia*¹¹³, împiedicarea cu *rea-credință* (termenul latin este *iniuria*)¹¹⁴ a căsătoriei sau refuzul constituirii dotei, putea fi adus la cunoștința unui magistrat care îl putea obliga pe cel indolent (aici verbul latin *cōgor*) să își căsătorească copilul sau să îi constituie o dotă. Măsura a fost completată; se pare; de împărații Septimiu Sever și Caracalla¹¹⁵, care au dat-o în competența *proconsulilor și guvernatorilor de provincii*.

Se aplica acest text atât fetelor cât și băieților? Autorii care s-au preocupat de acest aspect¹¹⁶ au căzut de acord că la început a avut ca destinatari doar fiicele și că forma finală a textului din Digeste s-ar datora exclusiv compilatorilor, ea devenind certă doar în vremea lui Iustinian.

Măsurile luate de Augustus, prin *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 î.Hr.) și prin *Lex Papia Poppea* (9 d.Hr.), vor interveni atunci când catalizatorii tradiționali ai echilibrului familial, moravurile și intervenția cenzorului, nu mai erau suficiente pentru a contrabalansa excesele capilor de familie. Totodată ele au echilibrat importanța consimțământului soților ce erau *sui iuris* cu cea a celor ce se aflau *alieni iuris*¹¹⁷. Deși sunt considerate drept surse primare ale intervenției magistratului, în cazul *consensus patris* și ale interdicției căsătoriilor forțate, măsurile au avut însă o importanță istorică juridică și socială foarte limitată.¹¹⁸

În perioada clasică și în epoca lui Iustinian, însă, consimțământul lui *pater familias* putea fi exprimat și tacit.¹¹⁹ Consimțământul tatălui captiv, absent sau nebun (asimilat celor absenți¹²⁰) va fi înlăturat de puterea publică.

Pe fondul acestei intervenții a statului, în suplinirea unui consimțământ nerațional al unui om obișnuit, trebuie privită și modificarea adusă ulterior de Iustinian în materia consimțământului în cazul celor ce și-au pierdut uzul rațiunii. *Patria potestas* își schimbăse fundamentul și forța, consimțământul la căsătorie, deși obligatoriu, nu mai era insurmontabil, astfel că puterea publică intervenea pentru înlăturarea piedicilor neavenite la căsătorie.

(iii.) Dota – de la obicei la obligație

Ne vom ocupa în cele ce urmează, pe scurt, de dotă¹²¹ și de donația-contrapusă acesteia pe care o regăsim deja în dreptul roman post-clasic. Vom încerca să aflăm ce este dota și ce erau donațiile propter-nupțiale, cât erau de practicate în dreptul roman, pentru a înțelege textul pe care îl anticipăm deja, din materia donațiilor din bunurile unei persoane nebune cu ocazia căsătoriei unui copil al acestuia.

Dota¹²², înțelegându-se primar ca o donație făcută soțului, constând în *bunuri ce femeia aducea cu sine pentru susținerea sarcinilor căsniciei*¹²³, este intim legată de căsătoria romană. Această legătură ține de rolul său accesoriu¹²⁴ și necesar căsătoriei¹²⁵, întrucât dota nu condiționa, *per se*, încheierea căsătoriei.¹²⁶

Dacă femeia era, la momentul căsătoriei, *sui iuris*, așadar nu se afla sub puterea nimănu, aceasta suferea, prin căsătorie, un *capitis deminutio minima*, și intra în *manus-ul* soțului dacă acesta era *sui iuris*, deci *pater familias*, sau, dacă acesta se afla sub puterea unui *pater familias*, sub *manus-ul* acestuia din urmă. Odată cu acest *capitis deminutio minima*, bunurile femeii treceau în mâinile lui *pater familias* și se confundau cu celelalte *bunuri ale acestuia*.¹²⁷

Fieca de familie, anume femeia care era *alieni iuris*, nu avea bunurile ei. Aceasta avea însă vocația de a moșteni, alături de ceilalți descendenți, bunurile lui *pater familias*. Prin căsătoria *cum manu* însă, ea ieșea de sub puterea capului de familie și pierdea prin aceasta și posibilitatea de a veni la succesiunea acestuia.¹²⁸ În acest context, pentru a acoperi acest *prejudiciu*, *pater familias* constituia pentru fiică o dotă, constând într-o sumă de bani ce putea fi privită ca reprezentând, într-o oarecare măsură, partea sa succesorală.¹²⁹

Dota a existat în toate perioadele dreptului roman, chiar și în perioada primară care nu cunoștea decât proprietatea colectivă.¹³⁰ În dramaturgia romană, Titius Maccius Plautus, în secolul II î.Hr. în piesa *Trinumus*, adresează problema dotei¹³¹. Fiului *prodig* i se solicită să își căsătorească sora „fără dotă”. Însă, o asemenea căsătorie, apare pentru personajele din piesă ca umilitoare și aducând mai curând a concubinaj.¹³²

Dota dobândește în perioada clasică, caracterul unei cutume, însă autorii moderni par să se pună de acord asupra caracterului non-obligatoriu al acesteia: obligația de a dota nu era o datorie juridică propriu-zisă¹³³, ci una morală. Doar anumite persoane erau obligate, pe cale administrativă și excepțional, să constituie o dotă¹³⁴; spre exemplu, când promiteau o asemenea dotă. Același lucru pare să fie valabil și pentru logodnă. Cu acestea, în perioada clasică, dota servea ca probă a existenței consimțământului la căsătorie și la *affectio maritalis*, pentru a o distinge de un simplu concubinaj.¹³⁵

Textul din Digeste ce făcea trimitere la posibilitatea suplirii consimțământului tatălui și obligarea acestuia la constituirea unei dote (Dig. 23.2.19), citat în contextul consimțământului tatălui la căsătorie a fost dezbătut de romaniști¹³⁶ și considerat interpolat. Aceștia au concluzionat că nici sub *Lex Iulia*, nici sub constituțiile împăraților Septimius Severus și Marcus Aurelius Antoninus (Caracalla)¹³⁷, dota nu a constituit o veritabilă obligație juridică.

Într-un alt text din Digeste¹³⁸, Publius Iuventius Celsus (sec. II d.Hr.) este citat pentru a lămuri dacă trebuia să fie restituită dota constituită de bunicul patern în favoarea nepotei acestuia, tatălui, în cazul în care bunicul murise, iar apoi murise și nepoata.

„Echitatea face, ca ceea ce tatăl meu, în considerarea calităților mele, în numele fiicei mele a donat, să fie considerat donat ca de mine însumi; mai mult, datoria unui bunic față de propria nepoată depinde de afecțiunea bunicului față de propriul fiu (*ex officio patris erga fillium pendet*) și **întrucât un tată trebuie să îi constituie o dotă fiicei sale**, pentru aceleași motive, un bunic, nepotei sale trebuie să îi constituie una (*et quia pater filiae ideo avus propter filium nepti dotem dare debet*). (t.n.d.j.)”¹³⁹

Și acest text este contestat ca reprezentând o obligație morală în vremea lui Celsus în timp ce ultima parte, păstrată de noi în latină, este considerat a reprezenta un adaos al lui Iustinian.¹⁴⁰

Un alt text, de data aceasta aparținând lui Ulpian, arată că:

„Dacă un libertus (om eliberat) constituia o dotă fiicei sale, ceea ce a dat ca dotă, nu este în fraudă patronului, întrucât acest act de constituire de dotă este un act de pietate paternă ce nu poate fi blamată” (t.n.d.j.)¹⁴¹

Din confruntarea acestui text cu cel din Basilicale, în care „*pietatea paternă*” este eliminată, GUGLIELMO ajunge la concluzia că dotalitatea nu era obligatorie în epoca lui ULPIAN, care, pentru a marca datoria morală a tatălui și a salva actul în detrimentul obligației dintre *libertus* și patronul său, a făcut apel la ideea de pietate. Odată cu obligativitatea sa, sub Iustinian, s-a simțit nevoia înlăturării acestei trimiteri din textele Basilicalelor.¹⁴²

O novelă a împăratului *Maorianus* (al Imperiului Roman de Apus) datată octombrie 458 d.Hr. stabilea că uniunea dintre un bărbat și o femeie, fără dotă, atrăgea infamia¹⁴³ și totodată că nu putea fi considerată drept căsătorie¹⁴⁴. Novela a fost însă abrogată în 463 d.Hr. printr-o Novelă a Împăratului Sever¹⁴⁵. MATRINGE considera, însă, că dispozițiile lui *Maorianus* erau „străine de o obligație familială de a dota copiii sau rudele ce se căsătoreau, precum și de ideea de a constitui un contra-aport celui adus de soție sau de părinții acesteia.”¹⁴⁶

Cu toate acestea, constituirea dotei a fost, atât pentru perioada romană veche preclasică, cât și pentru perioada clasică, în ciuda expresiei sale juridice limitate, o realitate socială importantă și de necontestat.¹⁴⁷ Această cutumă de a constitui dota la căsătoria fiicelor, cât și a unei donații antenuțiale, la căsătoria fiilor, apare în această perioadă adânc înrădăcinată în societatea romană.

Obligația de a dota, atribuită în general rudelor apropiate, se va generaliza abia în dreptul bizantin.¹⁴⁸ Obligația de constituire a dotei devine certă în dreptul lui Iustinian.¹⁴⁹ Scopul obligativității constituirii dotei va deveni acela de a dispersa orice dubiu asupra naturii legăturii conjugale și asupra legitimității copiilor născuți din această uniune. Importante în acest sens vor fi constituțiile împăraților Zenon, din 477 d.Hr.¹⁵⁰, Anastasie, din anul 517 d.Hr.¹⁵¹, și Iustinian, din 529¹⁵² și 530 d.Hr.¹⁵³.

Între obligativitatea dotei, ca obligație părintească, și necesitatea sa, ca precondiție la încheierea unei căsătorii, este o mare diferență.

În novela 74.4.1 Iustinian va obliga pe cei care erau însărcinați cu înalte dregătorii, să contracteze căsătorie doar însoțită de dotă. Aceasta va rămâne, după dispariția celorlalte ipoteze, singurul caz în care dota va condiționa căsătoria romană.¹⁵⁴

Revenind la obligații în sarcina părinților, în anul 500 d.Hr. Iustinian impunea părinților eretici să constituie dote și donații antenuțiale pentru copiii lor ortodocși¹⁵⁵. Într-un alt text din Cod¹⁵⁶, Iustinian va arăta că

„Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie.”

„Aceste legi, ce declară că este de datoria tatălui să constituie o dotă sau o donație ante-nupțială pentru descendenții săi, sunt bine cunoscute.” (t.n.d.j.)

Și alte texte din perioada lui Iustinian, sugerează aceeași realitate juridică și socială¹⁵⁷.

S-a ajuns ca o altă specie de donație să fie constituită cu ocazia căsătoriei, ce va purta numele de *ante nuptias donationem*.

Acest tip de donație apare ca una specifică soțului, ce se realiza, fie de către soț, fie de către capul său de familie sau de un altul în numele său, cu prilejul căsătoriei, sau în imediata ei vecinătate, fiind subordonată încheierii acesteia. Scopul său a fost acela de a susține și a favoriza familia în formare, și în caz de deces al unuia dintre soți, să permită soțului supraviețuitor să se întrețină pe sine și pe eventualii săi copii¹⁵⁸. Prima mențiune apare în 386 d.Hr.¹⁵⁹

Valentinian al III-lea va dota și donațiile nupțiale vor trebui să aibă aceeași valoare¹⁶⁰, iar împărații *Leo* și *Maorianus* vor stabili că fata ce se va căsători nu va constitui o dotă mai mică decât donația antenuptțială pretinsă¹⁶¹.

Iustinian va permite ca donațiile antenuptțiale să fie efectuate și după căsătorie, de aceea le va schimba denumirea în *propter nuptias*¹⁶². Tot în vremea sa, donațiile *propter nuptias* devin un contra-echivalent dotei, de aceea împăratul va stabili că ceea ce este valabil pentru dotă, va fi valabil și pentru donațiile *propter nuptias*¹⁶³. Tatăl va fi obligat, așadar, să constituie atât o dotă pentru fiice, cât și o donație *propter nuptias* pentru fiul său¹⁶⁴.

(iv.) Consimțământul la căsătorie și constituirea dotei pentru descendenții părintelui nebul

Nu de puține ori s-a ajuns la situația în care un *pater familias* slab de minte (*mente capti*), ori aflat într-un moment de nebunie (*furiosus*), să fi avut copiii care să fi trebuit să se căsătorească. În acest context, în care consimțământul lui *pater familias* nu putea fi dat, cum s-ar fi putut căsători copiii acestuia? Dacă dota devine o obligație pur juridică în vremea lui Iustinian, cum se putea ea constitui pentru copiii unui *furiosus*?

Mai multe texte vor adresa problema căsătoriei copiilor persoanelor nebune¹⁶⁵.

În ordine cronologică, s-a admis căsătoria fetelor și băieților fără consimțământul tatălui slab de minte (*mente capti*), printr-o constituție a împăratului Marcus¹⁶⁶.

„Dacă copiii ce se află sub puterea unui *furiosus parentis*, s-ar putea căsători, este o chestiune controversată la anticii jurisconșulți și aproape toți anticii fondatori ai dreptului au admis că fiica unui nebul se poate mărita. Ei au crezut, prin urmare, că este suficient ca tatăl să nu se opună. Din contră, au existat dubii în ceea ce îi privește pe fiii de familie. și Ulpian, pe bună dreptate, a invocat o constituție a împăratului Marcus care nu vorbește de nebul (*furiosus*), ci de o manieră generală, de fii unui dement (*illis menti capti*), care fie băieți, fie fete, puteau să se căsătorească, pretinzând că ar putea face aceasta, chiar în lipsa autorizării prințului (*principem*). Și o nouă îndoială a apărut (pentru Iustinian¹⁶⁷), dacă ceea ce constituția spune despre dement (*demente*) se poate aplica și nebulului (*furiosis*). (t.n.d.j.)”¹⁶⁸

Din acest text reiese că, pentru fiicele unui *furiosus*, jurisconșulții clasici au admis încheierea căsătoriei fără consimțământul patern¹⁶⁹. Și interpretarea următorului pasaj din *Instituțiile lui Iustinian* sugerează aceasta :

„este conform regulii naturii cât și dreptului civil ca acesta, (consimțământul celui sub puterea căruia se află) să fie obținut(t.n.j.d.)”¹⁷⁰

„De unde și (următoarea) problemă : poate oare fiica unui nebun să se căsătorească sau fiul unui nebun să se însoare? Deoarece, cu privire la situația fiului opiniile erau împărțite, am dat o constituție prin care am îngăduit ca fiul unui nebun să poată – asemenea fiicei – să încheie o căsătorie potrivit procedurii prescise în această constituție și fără încuviințarea tatălui.”¹⁷¹

NOAILLES explică sensul termenilor de *furiosus* și *mente captus*. Primii erau cei ce reveneau la momente de luciditate, în timp ce ultimii, deși poate aveau o afecțiune mai puțin gravă, aveau o stare de sănătate iremediabil afectată, fără a mai reveni la stări lucide¹⁷². Autorul considera că, pentru autorii clasici, intervalele lucide ar fi permis intervenția părintelui *furiosus*, motiv pentru care fiii trebuiau să aștepte această întoarcere la luciditate, în timp ce, pentru părintele *mente capti*, întrucât această revenire nu mai era previzibilă, s-a admis căsătoria copiilor indiferent de sex.¹⁷³

De ce era situația diferită în cazul fiilor? Întrucât aceștia puteau, prin căsătorie, să mărească numărul succesorilor lui *pater familias* sau ai tatălui lor, motiv pentru care, se pare, jurisconșulții au fost reticenți în a le acorda beneficiul căsătoriei.¹⁷⁴

În continuare (C. 5.4.25) Iustinian pune de acord toate chestiunile anterior expuse:

„Pentru a distruge orice îndoială, noi ordonăm ca ceea ce pare lipsă în constituția împăratului Marcus, să fie suplinită de dispozițiile următoare: descendenții, indiferent de sexul lor nu doar a celui slab de minte dar și a celui nebun, pot contracta o căsătorie legitimă, dota acestora cât și donațiile antenuțiale vor fi realizate de curatorul aceluia: estimarea se va face în acest Oraș regal exclusiv de praefecti urbis, în provincii de guvernator (presidum) sau ierarhul locului (locorum antistitum) ce vor ține seama, la stabilirea moderației dotei și a donațiilor antenuțiale, de reputația persoanei. La această estimare vor fi prezenți curatorul dementis vel furiosus precum și membrii cei mai importanți ai familiei, astfel încât nimic să nu reiasă din cauza aceasta, nici în Orașul regal și nici în provincii, pentru a cauza o pagubă furiosi vel mente capti iar această operațiune se va face gratuit, astfel încât nefericirea omenească, să nu fie agravată de nicio cheltuială.”(t.n.d.j.)

Textul se regăsește quasi-identic și în C. 1. 4. 28. :

„Descendenții atât ai unui furiosus cât și a unui menti capti, indiferent de sexul lor, vor putea contracta o căsătorie legitimă. Dota acestora cât și donațiile antenuțiale vor fi realizate de curatorul tatălui, estimarea acestora, se va face în Orașul regal de praefecti urbis, iar în provincii de guvernator (presidum) sau ierarhul locului (locorum antistitum) care vor stabili măsura dotei și a donațiilor antenuțiale, conform reputației persoanei. Această estimare trebuie să se facă în prezența curatorului celui furiosus sau menti capti și a celor mai apropiate rude ale copiilor aceluia. La această estimare vor fi prezenți curatorul dementis vel furiosus precum și membrii cei mai importanți ai familiei, astfel încât nimic să nu reiasă din cauza aceasta, nici în Orașul regal și nici în provincii, pentru a cauza o pagubă furiosi vel mente capti iar această operațiune se va face gratuit, astfel încât nefericirea omenească să nu fie agravată de nicio cheltuială.”(t.n.d.j.)

În ceea ce privește donațiile, trebuie să spunem că dreptul roman nu permitea curatorului să realizeze donații din bunurile unui *furiosus*, decât în mod excepțional.

Acest caracter excepțional, proclamat de GAIUS, viza ipoteza în care donația aducea un *mare avantaj* pentru nebun și era realizată cu cunoștința magistratului¹⁷⁵. Iustinian cunoștea aceasta când a permis constituirea dotei și a donațiilor antenuțiale în cazul căsătoriei unui copil al unui *furiosus*, însă în epoca sa, totalitatea devenise obligatorie pentru ca o fiică să își poată găsi un soț¹⁷⁶, la fel și donațiile propter-nuțiale căpătaseră caracterul unui contra echivalent necesar.

Mai mult, se stabilise deja de SABINUS și ULPIAN la începutul erei noastre, că, dacă un curator al unui nebun, al unui risipitor ori a altcuiva, constituia o dotă, aceasta păstra caracterul *profecticiam* fiind deci considerată ca provenind de la tatăl nebun (în cazul nostru)¹⁷⁷.

Concluzii cu privire la căsătorie și constituirea dotei și donațiilor ante-nuțiale în cazul persoanelor nebune

Așadar, marele avantaj pe care dota și donațiile propter-nuțiale le aduceau cu sine unui *furiosus*, era fără doar și poate căsătoria copiilor, și, prin aceasta, continuitatea familiei.

Textul analizat, prin chiar plasarea lui, arată că nu vine doar să reglementeze suplینirea unui consimțământ. Dota devenise obligatorie prin constituțiile împăraților și aflăm că, în timpul lui Iustinian, se obișnuia ca familia mirelui să ofere o donație antenuțială, de o valoare echivalentă dotei, viitoarei soții.

În ceea ce privește destinatarii donațiilor antenuțiale și a dotei, textul latin folosește substantivul *liber, liberi*. Sensul său trebuie căutat în înțelegerea acordată lui în spațiul dreptului roman: într-un extras din întrebările lui Callistratus, preluat în Digeste, ne este furnizată următoarea denotație a termenului: prin *liberorum* se înțelegeau toți descendenții unei persoane, iar legea celor XII table îi cuprindea pe toți aceia. Pentru cazurile în care se dorea nominalizarea doar a unei anumite categorii de descendenți, legea obliga la utilizarea unor cuvinte specifice precum fii (*filii*), nepoți (*nepotes*), strănepoți (*prenepotis*)¹⁷⁸.

Cu toate acestea, nu trebuie uitat că, deși oricare descendent putea fi subiectul unor donații antenuțiale, nu toți ascendenții erau ținuti să realizeze acele daruri, ci, atunci când existau părinți în viață, aceia aveau obligația de a dota și, doar în subsidiar, obligația se transmitea bunicilor și străbunicilor.

Iustinian va îndrepta lucrurile și va conferi atât fetelor, cât și fiilor, posibilitatea de a se căsători, iar consimțământul tatălui urma să fie suplinit de puterea statală. Tot cu această ocazie, se constituia de către curator și dota, și bunurile ce se ofereau cu ocazia căsătoriei. Aceste donații urmau să se impute pe partea legitimă a moștenitorilor, pentru a nu conduce la atacarea ulterioară a testamentului.

(v.) Concluzie asupra problemei în dreptul roman

Vedem așadar că, odată cu aportul lui Iustinian, se încheie un arc de cerc conceptual, asigurându-se o poziție de egalitate juridică acolo unde echitatea o impunea: copiii unei persoane afectate de nebunie, urmau să beneficieze de aceeași poziție ca și copiii unei

persoane în puterea rațiunii. Astfel, regula de drept se arată și se poziționează deasupra slăbiciunii naturale a omului și asigură o carantină a legii asupra degradării naturale.

Iată, așadar, climatul în care va interveni Iustinian. Consimțământului capului de familie la căsătoria copiilor i-a fost erodată funcția de expresie a puterii parentale, fiind înlocuit, treptat, cu cel al interesului copiilor. În acest context, consimțământul patern putea fi omis când interesul copiilor era neîndoielnic. Astfel, pentru părintele care nu putea să îl exprime, acest consimțământ nu mai era necesar căsătoriei descendenților săi, întrucât nu mai putea deservi scopului său inițial: de a expune autoritatea capului de familie.

În ceea ce privește constituirea unei dote, aceasta devenise, din obligație morală, o obligație cu un izvor juridic, ba mai mult, și familia soțului constituia o donație, echivalentă dotei, în favoarea soției, cu ocazia căsătoriei.

Iată rolul donațiilor din bunurile unei persoane fără uzul rațiunii în dreptul roman! A asigura egalitatea între viitorii soți, acolo unde donațiile cu ocazia căsătoriei deveniseră la ordinea zilei.

(2) Dreptul francez

(i.) Dota în vechiul drept francez

În regiunile de drept scris¹⁷⁹ din Franța¹⁸⁰, dota era înțeleasă ca survenind, natural din obligația alimentară a tatălui și a mamei față de copiii acestora. Așa cum am amintit deja, nu se mai efectuau căsătorii fără dotă.¹⁸¹

Constituirea dotei era considerată o obligație a tatălui fiind cunoscut și aplicabil textul din Digeste 23, 2, 19 care oferea o acțiune în justiție pentru dotă.¹⁸² Conform *Loi 33ff de pactis acompaniată de o notă* a lui Godefroy *dotare noptem ex filio avus paternus cogitur*, s-a reținut că, în lipsa tatălui, bunicul are această obligație. S-a mai amintit că atât dota, cât și donațiile antenuptiale, sunt o obligație a părintelui¹⁸³.

La fel ca în dreptul roman, tatăl putea refuza motivat constituirea dotei, precum în cazul în care fiica majoră dorea încheierea unei căsătorii ce ducea la o alianță defavorabilă din perspectiva tatălui.¹⁸⁴

Mai adăugăm aici câteva chestiuni care ni se par utile demersului nostru. În această perioadă a dreptului vechi francez, tatăl era obligat să își înzestreze fiica, indiferent dacă era sub puterea sa sau era emancipată. Obligativitatea dotei se extindea și la constituirea unei noi dote, dacă prima pierise fără culpa fetei. De asemenea, obligația se extindea la bunicul patern, dacă tatăl era încă sub puterea părintească a acestuia.¹⁸⁵ Mama nu era obligată la a dota fiica decât în cazuri excepțional prevăzute, precum în cazul în care rudele paterne ar fi sărace, iar fiica nu ar avea mijloacele necesare pentru a-și constitui singură o dotă.¹⁸⁶ Nu am putut însă identifica niciun text care să fi aplicat, în vechiul drept francez, regula din dreptul roman. Și atunci când se va scrie despre art. 511 C.civ.fr., autorii vor prefera să trimită la reglementările romane, sărind peste orice altă aplicare națională.

(ii.) Continuitatea reglementării în dreptul francez o dată cu adoptarea Codului civil francez 1804

Codul civil francez de la 1804 va cunoaște o prevedere similară celei romane. Unele surse indică¹⁸⁷ legătura dintre viitoarea reglementare franceză și textele din Codul lui Iustinian. În cele ce urmează vom examina apariția normei ce permitea donațiile din bunurile celui pus sub interdicție (art. 511 C.civ.fr.)¹⁸⁸, în procesul legislativ de adoptare al Codului Civil francez de la 1804.

Imboldul redactării definitive și adoptării Codului civil de la 1804, va veni în perioada Consulatului ce va constitui o etapă de stabilizare politică prin reinstituirea ordinii¹⁸⁹, concomitent cu consolidarea treptată a puterilor primului consul, Napoleon BONAPARTE.

(iii.) Redactarea Codului civil francez de la 1804¹⁹⁰

Codul Civil francez de la 1804 va lua ființă după eșecul politic a patru principale proiecte de cod¹⁹¹ și după o dezbatere, mai mult sau mai puțin fructuoasă al celui de-al cincilea¹⁹². După ce primele trei proiecte, redactate de CAMBACÉRÈS¹⁹³ vor fi respinse¹⁹⁴, va urma un proiect prezentat de Jean-Ignace JACQUEMINOT¹⁹⁵ și un ultim proiect, pe care îl regăsim în lucrarea lui FENET ca fiind al *Commission de Gouvernement*¹⁹⁶.

Acest ultim proiect este realizat la propunerea lui Napoleon BONAPARTE¹⁹⁷ de o comisie guvernamentală, în perioada Consulatului, formată din TRONCHET¹⁹⁸, BIGOT-PRÉAMENENU¹⁹⁹ și PORTALIS²⁰⁰, avându-l ca secretar-redactor pe Jacques de MALLEVILLE²⁰¹.

Comisia reușește într-un termen record de doar patru luni²⁰² să ducă la îndeplinire sarcina. Însă, Proiectul de Cod nu se va naște din neant. Membrii comisiei guvernamentale s-au distanțat de dreptul revoluționar și au dorit să afirme originalitatea operei acestora. Prin aceasta, Proiectul de Cod Civil a fost mai aproape de maximele dreptului roman și de regulile dreptului vechi²⁰³ decât de imboldul inovant al dreptului revoluționar.²⁰⁴ Codul ce va rezulta nu va fi însă un Cod vechi, ci va fi guvernat de imboldul revoluționar, care a permis redactarea și adoptarea sa. La nivel de conținut, va cunoaște, ca sursă primară, nu textele antice, ci textele perioadei premergătoare lui²⁰⁵. Aproximativ 200 de texte sunt preluate, *mot à mot*, din cel de-al treilea proiect al lui CAMBACÉRÈS.²⁰⁶ Altele, vor fi preluate și din celelalte proiecte.²⁰⁷

Proiectul de Cod va fi apoi transmis, spre dezbatere, către puterea judecătorească, anume Curtea de Casație și Curțile de Apel.

După primirea observațiilor, primele proiecte-lege ce vor compune Codul civil vor fi transmise, într-o procedură constituțională, camerelor decizionale.

(iv.) Apariția textului ce permitea constituirea de dotă din bunurile părintelui nebun

O dovadă în plus că cel de-al cincilea proiect de Cod Civil a avut ca sursă lucrările efectuate anterior este și norma juridică pe care o analizăm și care va fi încapsulată în viitorul art. 511 al Codului Civil Francez.

Aceasta apare pentru întâia oară²⁰⁸ în ce-l de-al patrulea proiect de cod Civil, al lui Jean-Ignace JACQUEMINOT²⁰⁹, la art. 55 din secțiunea II *De l'interdiction*²¹⁰ Title [II]

Textul este apoi preluat, *tel quel*²¹¹, în proiectul comisiei guvernamentale instituite de Napoleon²¹². Acest ultim proiect va fi trimis pentru observații *au Tribunal de cassation* și *aux Tribunaux d'Appel*²¹³, însă va fi renumerotat după discuțiile privind împărțirea materiei Codului Civil din cadrul *Conseil d'État*.²¹⁴ Această numerotare face ca art. 52 din titlul X al capitolului II din proiectul comisiei guvernamentale, așa cum apare redat în lucrarea lui FENET²¹⁵, să ajungă art. 24 din titlul XI: *De la majorité. De l'interdiction et du Conseil judiciaire*²¹⁶ în timpul dezbaterilor proiectului.

În fața *Conseil d'État*, acest text va fi avut în vedere în ședința din 11 noiembrie 1802.²¹⁷

Cu această ocazie, va interveni Jean-Jacques Régis CAMBACÉRÈS care va aduce textul în forma sa finală. Conform acestuia :

« *La famille ne doit être appelée qu'à donner un avis soumis ensuite aux tribunaux. Sans cette précaution, les enfants pourraient abuser de la disposition établie par cet article.* »²¹⁸

Iată forma finală a viitorului art 511, așa cum a fost adoptată în ședința din 11 noiembrie 1802 și prezentată în noua redactare a titlului din ședința din 25 noiembrie 1802²¹⁹ și în forma definitivă în 12 martie 1803.²²⁰

« *Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoire, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal sur les conclusions du commissaire du gouvernement.* »²²¹

EMMERY alături de TREILHARD și GOUVION-SAINT-CYR au prezentat proiectul titlului XI în fața *Corps Legislatif* în ședința acestuia din 28 ventose an XI (19 martie 1802) și au susținut proiectul în ședința din 8 germinal an XI. Așa cum am văzut, proiectul era susținut de primul orator desemnat, acesta fiind, pentru titlul XI, EMMERY.

Cu prilejul expunerii de motive din fața *Corps Legislatif*, EMMERY face cunoscute câteva gânduri aflate în spatele articolului. Să îl urmărim:

« *Si'il est question de marier l'enfant d'un interdit, les conventions matrimoniales seront réglées par un conseil de famille, dont l'avis aura toujours besoin d'être homologué par le tribunal, sur les conclusions du commissaire du gouvernement. Dans l'intention de la loi, cette homologation ne doit pas être une vaine formalité ; le tribunal ; le commissaire du gouvernement sont étroitement obligés, par les devoirs de leur place, de s'assurer que les intérêts de l'enfant et ceux de l'interdit ne sont pas sacrifiés à des intérêts opposés qui peuvent exister au sein même de leur famille.* »²²²

Proiectul de lege a fost transmis de către *Corps Legislatif*, *Tribunat*-ului printr-o comunicare oficială în 30 ventose an XI (21 martie 1803). În fața *Assemblée générale* a *Tribunatului*, tribunul Bertrand de GREUILLE, va prezenta raportul comisiei de legislație în data de 5 germinal an XI (26 martie 1803). Oprindu-se asupra art. 24 din proiect, acesta va remarca :

« Après avoir précieusement conservé les plus grands et les plus chers intérêts de l'interdit, le projet de la loi déploie toute sa sollicitude en faveur de ses enfants. C'est déjà trop pour eux du fardeau imposé à leur tendresse et à leur sensibilité ; il ne faut pas qu'ils restent victimes de l'humiliant et pénible état de leur père ; il faut leur faciliter les moyens de s'établir ; il faut donc qu'une autorité bienveillante et légale remplace autant que possible l'affection et la générosité d'un père qui ne peut plus être consulté, puisqu'il n'a plus de volonté : c'est encore le conseil de famille qui vient, dans ce cas, interposer son officieuse autorité. Il règle la dot, les avantages et toutes les autres conventions matrimoniales ; mais cette opération est soumise aux réquisitions du commissaire et à l'homologation du tribunal, qui s'assure, avant de l'accorder, que les sacrifices que l'on exige du père sont basés sur sa fortune, qu'ils ne sont pas exorbitants, et tels qu'ils puissent absorber les dépenses nécessaires qu'entraîne la ténacité de la maladie sous laquelle il gémit. »²²³

Considerentele par cunoscută. În marea lor parte sunt cele ale lui Iustinian, expuse în Codul său, pe care deja le-am parcurs. În ședința din 8 germinal an XI (29 martie 1803) cei trei tribuni desemnați de către Tribunal, vor susține punctul de vedere al acestei camere, în fața *Corps Legislatif*.

Tribunul TERRIBLE va fi desemnat să redacteze raportul din partea Tribunalului. Observațiile sale, cu privire la art. 24 se reduc la următoarele :

« Les dispositions des articles (...) n'ont pas besoin d'analyse pour justifier leur utilité : elles ne frappent pas seulement l'esprit, elles remuent le cœur et y réveillent les sentiments du respect et de la reconnaissance. (...).

Elles étendent leur prévoyance jusqu'à l'établissement des enfants et aux moyens de le procurer.

Elles confient le soin de régler ces divers objets à la sagesse et au zèle du conseil de famille.

Le législateur semble quitter sa voix imposante pour emprunter le langage d'un père donc la tendre sollicitude pourvoit à tous les besoins de ses enfants. »²²⁴

Titlul XI va fi adoptat în aceeași ședință și va fi promulgat în 18 germinal an XI (8 aprilie 1803).

(3) Imposibilitatea coabitării donațiilor din bunurile părintelui nebun cu dreptul actual

Prezenta secțiune nu poate fi decât o concluzie mai amplă asupra celor deja relatate. În dreptul roman post-clasic, conferirea posibilității familiei de a acționa împreună cu curatorul în vederea constituirii de donații antenuțiale și de dotă în numele celui afectat de nebunie apare ca un act în executarea unei obligații legale de înzestrare sau de constituire de donații nuțiale pentru descendenți în contextul în care marea parte a averii familiale era încă concentrată în mâinile capului de familie. Preluarea dispoziției în C.civ.fr. 1804, dacă acceptăm că a operat o asemenea preluare, se va face într-un context de incertitudine asupra continuării regimului obligativității constituirii de dotă sub C.civ.fr. Întrucât argumentele aduse în sprijinul măsurii în contextul dezbaterii C.civ.fr. nu surprind altfel decât emoțional, legătura cu vechiul drept roman nu rămâne decât una de autoritate normativă, prin care art. 511 C.civ.fr. se autojustifică în peisajul normativ. Soluția propusă de Împăratul Iustinian și-a avut utilitatea în contextul întregului sistem normativ creat de acesta în materie de căsătorie, în

lipsa unei obligativități a constituirii de dotă ori de donații nuptiale, o dispoziție ca cea tratată, nu poate conduce decât la abuzuri și la o contrarietate de sens, raportat la orice principiu de guvernare al unei măsuri de protecție a unei persoane afectate de nebunie.

De aceea concluzionăm că posibilitatea de constituire de donații din bunurile unui părinte nebun, către descendenții săi, adoptată ca o normă necesară în dreptul roman, își pierde orice utilitate în lipsa unui regim matrimonial dotal și a unei obligativități din partea părinților de a dota sau dona copiilor acestora. Ea contravine flagrant și oricăror principii de fondare a măsuri moderne de ocrotire a persoanei majore vulnerabile.

* Asistent Universitar al Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai, doctorand al Școlii doctorale de Drept a Universității Babeș-Bolyai și doctorand al Université de Nantes, Faculté de Droit et des Sciences Politiques. Email: contact : dorin.jorea@law.ubbcluj.ro.

¹ Referitor la donațiile *ante nuptias* și inovația iustiniană ce a condus la transformarea acestora în donații propter *nuptias* v: Carla FAYER; : *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote*, coll. «La familia romana», "L'Erma" di Bretschneider, Roma, 2005, p. 748. Pentru terminologia existentă sub codul Calimach: Ioan Scarlat CALIMACH, *Codul Calimach : ediție critică*, Editura Academiei Republicii Populare Romîne, București. 1958, p. 573; 703.cap. al treizeci și patru Despre darul nuntesc adecă despre contra-zestre și pentru ipovolon (văduvăritul).

² Art. 511 crée par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 ; Abrogé par art. 22 de la Loi n°68-5 du 3 janvier 1968, JORF 4 janvier 1968 p. 114, en vigueur le 1^{er} novembre 1968 :

« Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur impérial. »

³ Codicele civil sau Codul civil din 1864, decretat la 26 noiembrie 1964, promulgat la 4 decembrie 1864 și pus în aplicare la 1 decembrie 1865. Publicat în M.Of. nr. 271 din 4 decembrie 1864 și M.Of. nr. 7 (supl.) din 12 ianuarie 1865, nr. 8 (supl.) din 13 ianuarie 1865, nr. 8(supl.) din 14 ianuarie 1865, nr. 11 (supl.) din 16 ianuarie 1865, nr. 13 (supl.) din 19 ianuarie 1865. Abrogat expres prin art. 230 lit. a) din Legea 71/2011 privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.Of. nr. 409 din 10 ianuarie 2011.

⁴ Constantin HAMANGIU, Nicolae GEORGEAN, *Codul Civil adnotat cu textul art. corespunzător francez, italian și belgian și jurisprudența de la 1868-1925*, Vol. I (art. 1- 643), Editura Librăriei „Universala” ALCALAY & Co., București. 1925, pp. 547-548; Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislații străine*, Vol. t.III p.I, 2, Atelierele grafice Socec & Co Societate Anonimă, București. 1909, pp. 39, 55, 293.

⁵ C.civ. 1864, art. 456: „Când va sosi timpul de a se căsători copilul unui interdisu, destrea și toate cele'alte convențiuni privitoare la stabilirea sau căsătoria lui, se vor regula de către consiliul de familie, după încuviințarea tribunalului cari va asculta concluziunile procurorului.”

Textul a fost abrogat expres prin art. 49 al decretului nr. 32 din 1 ianuarie 1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, publicat în B.Of. nr. 9 din 31 ianuarie 1954. Decretul 32/1954 a fost abrogat prin art. 230 lit. o) din Legea 71/2011 privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.Of. nr. 409 din 10 ianuarie 2011.

- ⁶ Codul civil Carol al II-lea, Decretul nr. 3993 din 7 noiembrie 1939 și publicat în M.Of. p. I, nr. 259 din 8 noiembrie 1939, modificat prin Decretul-lege privind modificarea Codului civil Carol al II-lea, publicat în M.Of. partea I, nr. 200 din 30 august 1940; Republicat în M.Of. p. I, Nr. 206 din 6 septembrie 1940, abrogat expres prin art. 230 lit. h) din Legea 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.
- ⁷ În urma decretului-lege privind modificarea Codului civil Carol al II-lea, textul art. 420 al C.civ. Carol al II-lea, a devenit art. 528 însă își va păstra conținutul.
- ⁸ C.civ. Carol al II-lea, art. 528:
„Descendenții interzisului vor putea fi căpătați sau înzestrați de tutor cu autorizațiunea instanței tutelare, după ce se va lua avizul consiliului de familie, fără însă să se poată da scutire de raport.”
- ⁹ În indicarea textelor din Digeste, am optat să includem și textul celei mai noi traduceri a Pandectelor în limba franceză, realizată de Domminique GAURIER și apărut în 2017, tocmai datorită caracterului novator și exact al traducerii, în raport cu traducerile franceze ale lui HULOT & BERTHELOT (1805) și Breard NEUVEILLE (1823) (pe care le-am avut la dispoziție) și cu traducerea în engleză a lui Alan WATSON. Pentru textele din instituții, vom folosi traducerea consacrată în România a profesorilor Vladimir HANGA și Mircea Dan BOB, insistând, la nevoie, asupra anumitor nunațe de exprimare. Pentru textele Codului, vom utiliza, Traducerea în franceză a lui TISSOT (1807).
- ¹⁰ Ocrotirea putea fi fie a unui interes familial, fie a unuia individual care putea sau nu să fie cel al persoanei aflate sub tutelă sau curatelă.
- ¹¹ O delimitare mai precisă dar în același timp, mai arbitrară conduce la plasarea dreptului quiritar între anii 753 î.Hr. (anul mitic al formării Romei) la anul 367 î.Hr. al *Leges Licinae Sextiae* (un *compromis între patricieni și plebei*). V: Antonio GUARINO; : *Diritto privato romano*, 12e éd., Jovene, Napoli, 2001, pp. 87; 90-91.
- ¹² Corespunde Republicii romane naționale unde mecanismul republican ia locul structurii antice de funcționare corespunzând, mai precis, perioadei cuprinse între 367 î.Hr. și 27 î.Hr. În anul 27 î.Hr., lui Augustus i-a fost conferită pentru prima oară, puterea constituțională de *princeps*. V: *idem*. p. 94.
- ¹³ Vladimir HANGA, Mircea Dan BOB, *Curs de drept privat roman*, Ediția a 5-a revizuită și adăugită, Universul Juridic, București. 2013, p. 25.
- ¹⁴ Corespunde Republicii romane universale și regimului de guvernare a principatului în perioada cuprinsă din ultimii ani ai secolului I î.Hr. (an. 27 î.Hr.) și finele secolului III d.Hr. (anul 284 d.Hr.) o dată cu finalul celei de-a treia anarhie miliater și ascensiunea la putere a lui Dioclețian. V: A. GUARINO, *Diritto privato romano ... op. cit.*, p. 102.
- ¹⁵ V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept pivat roman ... op. cit.* p. 25. De observat că autorii români citați prezintă perioada istorică distinct de etapele formării dreptului roman. Astfel, perioada vechiului drept roman apare cuprinsă între perioada regalității (a dreptului quiritar și sfârșitul republicii naționale), perioada clasică corespunde republicii romane universale și principatului (romaniștii cotați consideră principatul ca fiind prima etapă a imperiului), în timp ce dreptul post-clasic apare ca fiind cel specific ultimei perioade, a imperiului (a dominatului).
- ¹⁶ *Idem*.
- ¹⁷ Perioada cuprinsă între preluarea puterii de către Dioclețian (284-305 d.Hr. și până la Iustinian I (527-565 d.Hr.). v: A. GUARINO, *Diritto privato romano ... op. cit.*, p. 108.

- ¹⁸ Inst. 1, 13, 1 : Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione quaedam neutro iure tenentur. „Vom trece acum la o altă diviziune (a persoanelor s.n.d.j.). Dintre persoanele care nu se află sub puterea nimănu, unele sunt sub tutelă, altele sub curatelă, iar altele nu se află sub niciun astfel de drept.” (t.n.d.j.) a se vedea, de asemenea: Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN; : *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe; précédée de l'Histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu'à la législation moderne et d'une Généralisation du droit romain d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts.*, 8e éd., t.II, Henri Plon, imprimeur-éditeur, Paris, 1870, p. 135 ș.urm.
- ¹⁹ Pentru un scurt periplu asupra apariției și evoluției tutelei femeilor în dreptul roman, precum și pentru apariția curatelei sarcinii, a se vedea: Verena HALBWACHS, «Women as legal actors» în PAUL J. DU PLESSIS, ANDO CLIFFORD & TUORI KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 448-449; Eva CANTARELLA, «Women and patriarchy in roman law» în PAUL J. DU PLESSIS, ANDO CLIFFORD & TUORI KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 422-423, 425-428.. O dată cu reforma împăratului Augustus, mamele născute liber cu mai mult de trei copii și cele dezrobite cu patru copii, ieșeau de sub tutela agnaților. Cu toate acestea, după mărturia lui Gaius, în vremea sa, femeile se administrau singure (Inst. Gaius 1.190). v. și : V. HALBWACHS, «Women as legal actors» în DU PLESSIS, CLIFFORD & KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*.. Acesta susținea că în vremea împăratului Claudius s-a abolit tutela agnaților asupra femeilor cf. Inst Gaius 1.157. O dată cu o constituție a împăratului Constantin din 321 d.Hr., se va recunoștea femeilor o capacitate egală cu cea a bărbaților, dacă doreau să o solicite, de la împlinirea vârstei de 18 ani (Cod. 2.44.2.1).
- ²⁰ Pierre NOAILLES; : *Répétitions écrites de droit romain approfondi rédigées d'après le Cours et sous le contrôle de M. Noailles. Mariage-divorce et restitution de la dot*, Les cours de droit, Paris, 1936-1937, p. 12; V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ... op. cit.* p. 116. Puteau fi *pater familias* și femeile? Conform unor opinii recente, da, deși fără recunoașterea tuturor prerogativelor unui bărbat. Matthew J. PERRY, «Defining gender» în PAUL J. DU PLESSIS, ANDO CLIFFORD & TUORI KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*,...op.cit. pp. 436-437; Richard P. SALLER, «Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household», *Classical Philology*, vol. 94 n° 2, 1999. Contra: V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ... op. cit.* p. 117.unde se arată că numai fii, adică descendenții de sex masculin puteau deveni *pater familias* și că acest element era definitoriu pentru familia agnatică. A. GUARINO, *Diritto privato romano ... op. cit.*, p. 532.unde autorul arăta că, de regulă, calitatea aparținea doar persoanelor de sex masculin întrucât ar fi operat, în dreptul roman, un bine cunoscut principiu „*mulier est caput et finis familiae suae*”
- ²¹ Asupra sensului cuvântului *familia*, v: Roger HENRION, «Des origines du mot Familia», *L'antiquité classique*, vol. Tome 10 n° fasc. 1, 1941, pp. 41-42.pentru sensul din text; Roger HENRION, «Des origines du mot Familia», *L'antiquité classique*, vol. Tome 11 n° fasc. 2, 1942, pp. 282-284.
- ²² Suzanne DIXON, «Family» în PAUL J. DU PLESSIS, ANDO CLIFFORD & TUORI KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*, ... op. cit. p. 463.
- ²³ Dig. 50.16.192.1; Dig. 50.16.192.2 V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ... op. cit.* pp. 115-116.
- ²⁴ P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot ... op. cit.*, p. 16.
- ²⁵ A. GUARINO, *Diritto privato romano ... op. cit.*, p. 486. Autorul analizează componenta ipotetică a familiei agnatice în perioada quiritară. Pentru abogațiune, a se vedea: Inst. Gaius 1.97-107.
- ²⁶ *Idem.* aceștia nu dobândeau o legătură de rudenie agnatică. Despre *potestas sui liberi in mancipio* a se vedea: *idem.* pp. 537-538.

- ²⁷ V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. pp. 115-116. Contra: P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot ...* op. cit., pp. 17-18. ce nu credea într-o suprapunere, la nivel originar, a acestor puteri.
- ²⁸ (Dig. 50, 16, 195, 2) JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, DOMINIQUE GAURIER (trad.): *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien comprenant - pour la première fois en français - La Palingénésie du commentaire sur l'édit du préteur d'Ulpian (d'après Otto Lenel)*, III – III, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2017, pp. 2389-2390.
- ²⁹ Pentru detalii: Paul Frédéric GIRARD ; FÉLIX SENN ET JEAN-PHILIPPE LÉVY (sous la dir. de): *Manuel élémentaire de droit romain rééd. présentée par Jean-Philippe Lévy*, 8e éd. revue et mise à jour par Félix Senne éd., coll. «Bibliothèque Dalloz», Dalloz, Paris, 2003, p. 149; nota 2; P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot ...* op. cit., p. 12.
- ³⁰ V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 116.
- ³¹ Tristan S. TAYLOR, «Social status, legal status and legal privilege» în PAUL J. DU PLESSIS, ANDO CLIFFORD & TUORI KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*, ... op. cit., p. 350; A. GUARINO, *Diritto privato romano ...* op. cit., p. 493.
- ³² Cod.lust. 5.70.7. Carla FAYER; : *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari*, coll. «Problemi e ricerche di storia antica», "L'ERMA" di Bretschneider, Roma, 1994, p. 570. pentru curatela fiilor de familie nebuni.
- ³³ Dig.. 26.3.6. Pentru curatela *puberilor*: *idem*. pp. 587-609. și *impuberii* puteau fi acompaniați de o curatelă.v: *idem*. pp. 609-611.
- ³⁴ Curatela va fi denumirea care va reuni o paletă de măsuri prin care se asigură gestionarea patrimoniului, în cazuri excepționale. Acestea erau variate, de la curatela minorilor de până la 25 de ani, la curatelele numite în cadrul tutelei romane, la cea menită să evite un avort în cursul sarcinii femeii, la cea a prodigilor și nebulilor.
- ³⁵ Structura curatelei se adapta cazului pentru care era instituită. C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 559.
- ³⁶ Cu sensul vechi de a vedea, a proteja, a avea în pază Alfred ERNOUT, Antoine MEILLET ; JACQUES ANDRÉ (sous la dir. de): *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots*, 4e éd., Klincksieck, Paris, 2001, p. 706. De aici, acțiunea de a veghea asupra, protecție, pază, gardă Félix GAFFIOT ; : *Dictionnaire latin-français*, Hachette, Paris, 1934, p. 1616.
- ³⁷ A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., p. 706.
- ³⁸ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO ; : *Histoire du droit civil*, 2e éd., coll. «Précis Dalloz», Dalloz, Paris, 2010, p. 260. Latinescul *curo-curare*, ar fi avut sensul de „a veghea”, „a observa”, „a avea grijă”. În limba română avem termenii derivați: „acuratețe”, „cură”, „curatelă” etc. Conform noilor studii etnologice, latinescul *curo-curare* ar proveni din rândușă din proto-indo-europeană, având un contra echivalent în **kios-cu* sensul de „grijă”, . Mihai VINERANU, *Dicționar etimologic al limbii române pe baza cercetărilor de indo-europenistică*, Alcor Edimpex, București, 2008. la cuvântul „curat”.
- ³⁹ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français ...* op. cit., p. 455; A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., p. 159.
- ⁴⁰ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., pp. 559-560. pentru sinonimia dintre termenii *furiosus* și *demens* la nivelul dispozițiilor juridice (nota. 680).
- ⁴¹ *Idem*. p. 559.
- ⁴² Pentru trimerite la scrierile lui Cicero: *idem*.
- ⁴³ Despre Eumenide sau Furii și locul lor în mitologia romană, a se vedea Mathieu CHRISTOPHE ; : *Dictionnaire pour servir à l'intelligence des auteurs classiques grecs et latins*, L. Duprat-Duverger, Paris, 1805, p. 364.
- ⁴⁴ v. *Idem*. p. 511.

⁴⁵ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 560. pentru o bogată colecție de texte juridice care susțin afirmațiile, a se vedea, nota 681-684.

⁴⁶ Inst. Gaius 3.106.

⁴⁷ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 561.

⁴⁸ Ulp. Dig. 27.10.1.pr: „*Lege deodecim tabulorum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio. Quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed soient hodiè praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi. Et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si eveuerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*”

⁴⁹ Vechea rudenia agnatică se baza pe legăturile de putere iar nu pe cele de sânge. V: V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 116.

⁵⁰ Inst 1.15 ; Inst. Gaius 1.157; C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 563.

⁵¹ Abia în teritoriile franceze medievale va opera rocada instituțiilor și interdicția va trece, de la o măsură rezervată prodigilor, la una a nebunilor și prodigilor, urmând ca treptat, prodigii să se emancipeze și, o dată cu Codul Napoleon, interdicția să devină măsura de ocrotire doar a celor *debili* sau *alienați mintal*.

⁵² A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., p. 320.

⁵³ *Inter* reprezintă o formațiune derivată a prefixului privativ *in*. Ca preverb și prepoziție, *inter* se folosea cu sensul de „între”, „în interiorul a”, la nivel spațial: „printre” și temporal: „timp de”. Cu toate acestea, atunci când intra în interiorul unor cuvinte compuse, *inter* aducea cu sine ideea de privațiune, de distrugere, de moarte, precum în termenii: *intereō* – „a muri”, „a sucumba”, „a lua sfârșit” .etc – *interficiō* – „a asasina”, „a aneantiza”, „a distruge”, „a ruina” .etc – *interimō* – „a asasina”, „a suprima”, „a omori”, „a răvăși” .etc și *interdicō* – „a comanda”, „a soma”, „a opri”, „a ordona” dar mai ales „a interzice” (al cărui sens prohibitiv este trasat, la nivel lingvistic, în proto-indo-europeană, prezent în scrierile zoroastriene, unde în cuprinsul imnurilor Gatha, întâlnim în avestică termenul de *antora-mruye*, „interdicō” ce corespunde termenului latin ca, sens, formă și compunere. A se vedea: *idem*. pp. 311-313.la analiza termenilor *in* și *inter*.

⁵⁴ Pentru etimologia și sensurile termenului *ago*, -is, *ēgī*, *āctum*, *agere*, a se vedea: *idem*. pp. pp.15-17 ; Félix GAFFIOT, Pierre FLOBERT; : *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français*, Nouvelle édition revue et augmentée. /e éd., Hachette., Paris, 2000, pp. 90-92; Ethan Allen ANDREWS, Wilhelm FREUND, Charlton Thomas LEWIS, Charles SHORT; : *A latin dictionary founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1958, p. 89. P. G. W. GLARE; : *Oxford Latin Dictionary*, Clarendon press, Oxford, 1984, pp. 87-90.

⁵⁵ Sensurile cel mai uzuale al termenului latin *ago*, și care pare să fi existat în toate perioadele a fost acela de „a intenționa să”, „a face”, „a acționa asupra”, „a tranzacționa”. Acestora li se adaugă sensurile de „a pune în mișcare”, de „a împinge înainte”, de „a conduce”, de „a ghida”, „a guverna”, de „a excita”, de „a împinge înspre un lucru”, de „a urma un curs al acțiunii”, de „a face din ceva, un obiect al unei acțiuni”. În sfera juridică a fost folosit cu sensul de „a pleda”, „a tranzacționa”, „a delibera”. v. E.A. ANDREWS, FREUND, W., LEWIS, C.T., SHORT, C., *A latin dictionary founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary ...* op. cit., p. 89; 1469.. Asemănător termenului ἄγω, omologul latin va fi avut și sensul acțiunii de „a cântări” (cf. *fr. peser*) a se vedea: A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., p. 16.. *Ago* dă naștere unor termeni derivați și va fi alăturat altora. Dintre aceștia, amintim:

Agitō-ās iterativ intensiv cu sensul de „a împinge”; „a îndemna cu ardoare, ori cu forță”. Acroșat lumii fizice ori psihice va purta sensurile de „a nu lăsa în repaos”, „a se mișca fără încetare”. *Agitātor* va fi folosit în latină cu sensul de „vizitiu”, „jocheu”, iar tardiv, de „instigator”, în timp ce *agitātiō* a avut mai presus de toate, un sens moral de „agitație” ori „meditație, practică constantă”.

Cōgitō derivat din *agō* *co-agitō cu sensul de „agitare a gândurilor”, „acțiunea de a pune în mișcare gândurile” ce va da în română „cuget” și „cugetare”. Pentru sursa latină a termenilor români, a se vedea și Dicționar etimologic al limbii române pe baza cercetărilor de indo-europenistică, Alcor Edimpex, București, 2008, p. 287..

Actus, actiō, exigō și prōdgō se pot alătura termenilor deja menționați, toți, derivați ai lui *ago*. Mai putem avea în vedere și sensul lui *agere* („a fi activ”) utilizat prin opoziție cu *pati* („a fi pasiv”). Pentru detalii, a se vedea: A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., pp. 15-17..

⁵⁶ Verbul ἄγω poartă alături de derivatele sale, sensul original de „proces în derulare”, „« pousser » mais très vite, « conduire »”. Ramificațiile sale semantice diverse, ne sunt prezentate ca fiind *diferite* de cele ale omologului latin, *agō*. a se vedea: Pierre CHANTRAINE, Jean TAILLARDAT, Olivier MASSON, Jean-Louis PERPILLOU; : *Dictionnaire étymologique de la langue grecque histoire des mots achevé par Jean Taillardat, Olivier Masson et Jean-Louis Perpillou*, Nouvelle éd. 2009e éd., coll. « Librairie Klincksieck Série linguistique », Klincksieck, Paris, 2009, p. 16.

⁵⁷ Iată sensurile lui προ-ἄγω [pro-ago] în limba greacă: de „a face să avanseze”, „a avansa” (în vârstă, în demnitate, în putere) „a fi împins spre” (un sentiment o acțiune), „a merge înainte” (în spațiu, în timp, în sens figurat de a depăși a trece peste ceva) dar și (sens slab) de „a crește copiii”, „a face să avanseze afacerile”, „a conduce afacerile până la un anumit punct”, iar în forma pasivă: „a fi condus înainte”, „a avansa, a se lăsa împins, condus înspre un sentiment, o acțiune” ș.a. a se vedea: Victor MAGNIEN, Maurice LACROIX, Raymond SALESSES; : *Dictionnaire grec-français*, E. Belin, Paris, 1969, pp. 1521-1522; P. CHANTRAINE, TAILLARDAT, J., MASSON, O., PERPILLOU, J.-L., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque histoire des mots achevé par Jean Taillardat, Olivier Masson et Jean-Louis Perpillou ...* op. cit., p. 16; Anatole BAILLY, Émile EGGER, Louis SÉCHAN, Pierre CHANTRAINE; : *Dictionnaire grec-français réd. avec le concours de E. Egger éd. rev. par L. Séchan, ... et P. Chantraine, ... avec... de nouvelles notices de mythologie et religion par L. Séchan*, Hachette, Paris, 2000, p. 1624.

⁵⁸ Pentru echivalența termenului grec cu cel latin, a se vedea A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., p. 17.

⁵⁹ *Idem*. „Jeter” intră în câteva locuțiuni adverbiale în franceză care, în sens figurat, poartă ideea de progalitate: „jeter l’argent par les fenêtres*”; „jeter au vent, en air*” dar și „jeter sa tête”.

⁶⁰ E.A. ANDREWS, FREUND, W., LEWIS, C.T., SHORT, C., *A latin dictionary founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary ...* op. cit., p. 1469.. Sensul de „a disipa”, „a risipi” este evident semnalat și de A. ERNOUT, MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots ...* op. cit., p. 17.

⁶¹ P.G.W. GLARE, *Oxford Latin Dictionary ...* op. cit., p. 1472. *Prodigus* va purta în schimb și un sens pozitiv de „lavish”, „unstinting”. De asemenea Félix GAFFIOT semnaleză și el sensul pozitiv: de „a produce în abundență”, franceza păstrând expresia „terre prodigue”. A se vedea: F.I. GAFFIOT, FLOBERT, P., *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français ...* op. cit., p. 1261.. Mai mult, pentru o expunere a sensurilor termenului în limbajul curent în limba franceză: Anne GOTMAN; : *Dilapidation et prodigalité*, Nathan, Paris, 1995, p. 12.

⁶² C.5.4.25.

⁶³ P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot ...* op. cit., pp. 12-13; 19.

- ⁶⁴ Secolul al V-lea î.Hr. v: V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 25. între 499-451 î.Hr.
- ⁶⁵ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 388.
- ⁶⁶ *Idem.* p. 392.
- ⁶⁷ V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 135; C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., pp. 392,393.
- ⁶⁸ V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 135.
- ⁶⁹ *Lex Atilia* este datată anterior anului 186 î.Hr. Ea va fi extinsă în provincii prin *Lex Iulia* și *Lex Titia*. V: *idem.* p. 136.
- ⁷⁰ Mai puțin în cazul femeilor, unde tutela nu pare să aibă o funcție de protecție. v: C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 395. Pentru *furiosi* Dig. 27.10.7. pr.
- ⁷¹ Dig. 26.1.1.pr. Pentru traducerea în limba română: V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 136.
- ⁷² Despre tendința de contaminare între măsurile de ocrotire din dreptul roman a se vedea: C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 580.
- ⁷³ Dig. 26.5.2.
- ⁷⁴ Dig.1.6.8.; 1.6.8.1.
- ⁷⁵ Dig. 27.10.17.
- ⁷⁶ Dig. 27.10.12. Dig. 40.9.22.
- ⁷⁷ Dig.27.10.12; Dig.27.10.17.; Dig.40.1.13.; Dig.40.9.22 în ceea ce privește sclavii.
- ⁷⁸ Dig.39.5.23. 1.
- ⁷⁹ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 573.
- ⁸⁰ Curatela devenise în această perioadă în principal dativă, anume curatorul era desemnat de un magistrat. Dacă ea înceta în momentul redobândirii lucidității, s-a pus problema renumirii curatorului de fiecare dată când luciditatea dispărea. În acest context, Iustinian va decide că se va da un curator permanent unui *furiosus* și, chiar dacă curatela va înceta în momentul stării de luciditate, curatorul numit își va relua funcția imediat când aceasta va dispărea. C.5.70.6.1. pr.
- ⁸¹ Vladimir HANGA, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și pedagogică, București. 1977, p. 244; Constantin Ștefan TOMULESCU, *Manual de drept privat roman*, Tip. și litografia Ministerului învățămîntului, București. 1958, p. 253; C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 392.
- ⁸² C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., p. 392.
- ⁸³ Această evoluție se va realiza o dată cu translația grupării familiare romane dinspre o legătură de putere, agnatică, înspre o legătură de rudenie a sângelui, înspre familia cognatică. V: V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 135.
- ⁸⁴ P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain ...* op. cit., p. 219.
- ⁸⁵ Dig. 23.3.22.7-11.
- ⁸⁶ Așa cum vom vedea, doar ascendenții de sex masculin consimțeau la căsătoria copiilor lor, nu și cei de sex feminin.
- ⁸⁷ Gaius, 1, 49-55. Pentru text și traducere în franceză: GAIUS; LÉO DOMENGET (sous la dir. de): *Institutes de Gaius contenant le texte et la traduction en regard, avec le commentaire au dessous*, A. Marescq Aîné, libraire-éditeur, Paris, 1866, p. 32. Pentru o altă traducere în franceză a textului: Jean GAUDEMET; ; EMMANUELLE CHEVREAU (sous la dir. de): *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Paris, 2009, pp. 323-324.
- ⁸⁸ A. GUARINO, *Diritto privato romano ...* op. cit., pp. 533-534.

- ⁸⁹ Guillaume MATRINGE, *Individualisme et communauté dans la famille en Occident latin recherches sur les régimes matrimoniaux de l'apogée classique à la disparition de l'Empire* (Thèse), Faculté de Droit de Strasbourg, Université de Strasbourg, 1959, p. 265. Pentru înțelesul conceptelor de „potestas” și „patria potestas”, a se vedea cu precădere notele 1 și 2; Guillaume MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)» dans, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V – V, coll. «Publicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma» n° 44, Milano, Giuffrè, 1971, p. 192; nota 6. Autorul atribuie această viziune lui Edouard Cuq însă poate fi regăsită și la Joseph-Louis-Elzéar Ortolan.
- ⁹⁰ G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra ...*, op. cit., p. 192; nota 6. Viziunea este atribuită lui Pietro Bonfante. Aceasta apare însă și la Noailles care vedea familia ca un grup suveran, străin (inițial n.n.) de intervenția Statului: v: P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot ...* op. cit., p. 11.
- ⁹¹ V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 116.
- ⁹² G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra ...*, op. cit., pp. 192; nota 6. cu o trimitere dificilă la Girard pentru imaginea puterii capului de familie ca o extensie politică și religioasă. Autorul arăta, în același loc, că ideea era împărtășită și de Pietro de Francisci; Pasajul opiniei lui Girard poate fi regăsit la: P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain ...* op. cit., pp. 13-15; V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 116.
- ⁹³ Fundamentul acestei puteri părintești suverane, create în interesul familie reprezentate de capul acesteia, apare pentru NOAILLES ca provenind din cutume religioase și familiale ancestrale, acceptate de Cetatea Sacră ca atare. Intervențiile Statului în contextul puterii părintești, remarcă autorul, deși vor exista, vor fi timide și vor privi, chestiuni de detaliu survenite din evoluția dreptului roman ca atare. P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot ...* op. cit., p. 11. Vom reveni asupra acestei idei când vom aborda ideea dotei.
- ⁹⁴ Gaius, 1, 55. Termenul desemna o căsătorie încheiată în conformitate cu ius civile de către persoane care aveau dreptul de a se căsători – conubium. A se vedea V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. pp. 120-127.
- ⁹⁵ Este vorba despre copiii reieșind din căsătorii asimilate prin lege cf. *Lex Aelia Sentia*, sau prin constituții imperiale. De asemenea este cazul copiilor legitimați și ai celor adoptați. Pentru detalii, v: GAIUS, *Institutes de Gaius contenant le texte et la traduction en regard, avec le commentaire au dessous ...* op. cit., pp. 35-37; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain ...* op. cit., p. 161 ș.urm.
- ⁹⁶ G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra ...*, op. cit., p. 198. Din perioada lui Iustinian avem următoarele texte : Inst. 1, 10: ... este conform regulii naturii cât și dreptului civil ca acesta, (consimțământul celui sub puterea căruia se află) să fie obținut anterior căsătoriei (t.n.j.d.); Dig. 23, 2, 2, Paulus libro 35 ad edictum „Căsătoria nu se poate realiza dacă nu consimt toți anume cei care se unesc și cei sub a căror putere se află” (t.n.d.j.) Pentru traducerea în franceză: « Les noces ne peuvent se présenter à moins que tous n'y consentent, c'est-à-dire ceux qui s'unissent et ceux sous la puissance desquels ils se trouvent. JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, DOMINIQUE GAURIER (trad.): *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien comprenant - pour la première fois en français - La Palingénésie du commentaire sur l'édit du préteur d'Ulpien (d'après Otto Lenel)*, I – III, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2017, p. 833.

„ Căsătoria nu poate avea loc fără consimțământul tuturor, adică a celor care se căsătoresc și a celor sub puterea cărora se află. (t.n.d.j. v. aussi: J. GAUDEMET, *Droit privé romain* ... op. cit., p. 330.) ; Dig. 23, 2, 16, 1 *Paulus libro 35 ad edictum*; « Dans un discours du divin Marc, il est disposé que, si la fille d'un sénateur avait épousé un affranchi, il n'y aurait pas de noces; un sénatus-consulte à suivre de celui-ci. 1. Son petit-fils prenant une épouse, le fils doit y consentir ; mais, si sa petite-fille se marie, la volonté et l'autorisation de son grand-père suffisent. (...) » JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien* ... op. cit., vol.I, p. 836.

„ Fiul (unui senator) trebuie să consimtă la căsătoria băiatului acestuia, dar când se va căsători fiica acestuia, consimțământul și autorizarea bunicului vor fi suficiente.” (t.n.d.j.). Cod 5, 4, 1-2.

⁹⁷ A se vedea și nota 178.

⁹⁸ A se vedea nota 107.

⁹⁹ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote* ... op. cit., p. 456.

¹⁰⁰ Paul.Sent.2.19.2 (a doua parte a textului pare a fi interpolată).*Idem.* p. 459.

¹⁰¹ *Idem.* p. 461. Dig.23.2.25.

¹⁰² Inst. 1, 10. .

¹⁰³ A se vedea Dig. 50.16.51. *Gaius libro 23 ad edictum provinciale* care arată că sub denumirea de *parentis* trebuiau să fie înțeleși atât tatăl cât și bunicul străbunicul și toți străbunii dar și mama, bunica și străbunica. Cu toate acestea abia cu o constituție din anul 408 se va introduce necesitatea consimțământului mamei la căsătoria copiilor, dar aceasta se va face o dată cu schimbarea opticii asupra necesității consimțământului: de la autoritatea capului de familie, la necesitatea protejării intereselor copilului. P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot* ... op. cit., pp. 207-208.

¹⁰⁴ Pentru traducerea în română: : *Iustiniani institutiones = Instituțiile lui Iustinian*, VLADIMIR HANGA ȘI MIRCEA DAN BOB (trad.), Universul Juridic, București, 2009, p. 49.

¹⁰⁵ G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra*.

¹⁰⁶ Cod 5. 4. 12. Dig. 23.2.2.

¹⁰⁷ Dig. 23.2.16.1.

¹⁰⁸ G. MATRINGE, *Individualisme et communauté*, ..., op. cit.; p. 268.

¹⁰⁹ În perioada primară a dreptului roman, prerogativele puterii părintești au fost limitate de *mores*. Când acestea, au slăbit, o dată cu cuceririle romane, puterea publică va interveni și le va lua locul. *Cenzorul* până la finalul Republicii și chiar începutul Imperiului, putea controla viața privată alături de cea publică a cetățenilor și putea blama de o manieră eficientă capii de familie care nu urmau un comportament onest. Când această intervenție a devenit insuficientă, dispozițiile imperiale au intervenit și au limitat progresiv puterile lui *pater familias* asupra copiilor acestuia. v. *Idem.* G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra* ..., op. cit., pp. 193-194. Pentru NOAILLES dispariția unor prerogative ale familiei patriarhale romane, precum dreptul de a-și vinde copiii ori de a-i omorî, nu constituie o schimbare profundă a principiilor familiei romane ci doar dispariția caracterului absolut al prerogativelor lui *pater familias*. v: P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot* ... op. cit., p. 10. Pentru erodarea prerogativelor a se vedea și GAIUS, *Institutes de Gaius contenant le texte et la traduction en regard, avec le commentaire au dessous* ... op. cit., pp. 32-33; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* ... op. cit., p. 152 ș.urm.

¹¹⁰ G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra* ..., op. cit., p. 196.

- ¹¹¹ *Idem.* p. 195. Autorul utilizează aici „fii și fiice de familie” pentru a desemna nu doar descendenții de gradul I, ci și descendenții în linie dreaptă, cei adoptați sau cei intrați sub patria potestas prin abrogațiune. *Idem.* p. 196; nota 18. Pentru persoanele care intrau sub patria potestas a se vedea și nota noastră v.: n. 95
- ¹¹² Dig. 23, 2, 19 Marcianus libro 16 institutionum.
- « Dans la chapitre trente-cinq de la Loi Julia, ceux qui ont empêché que les enfants qu'ils ont sous leur puissance prennent des épouses ou se marient, ou qui ne veulent pas donner une dot, à partir de la constitution des divins Sévère et Antonin, pour les proconsuls et les gouverneurs des provinces, sont contraints en mariage, de les unir et de les doter. Mais est considéré l'empêcher celui qui n'en recherche pas la condition. » v. : (JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien ...* op. cit., vol.I, p. 836.
- ¹¹³ Din 736 (18 î. Hr.) v: P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain ...* op. cit., p. 169.
- ¹¹⁴ Pentru detalii asupra dificultății conceptului, precum și pentru traducerea sa prin rea-credință, v: G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra ...*, op. cit., p. 204.
- ¹¹⁵ Textul trimite la o constituție a împăraților Lucius Septimius Severus și a lui Marcus Aurelius Antonius (cunoscut și sub numele de Caracallus) care stabilesc competența proconsulilor ori a *praesides que provinciarum*. A se vedea, pentru reconstrucția textului: *idem.* p. 204; n. 56; Castelli GUGLIELMO: *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in dritto romano*, în *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano* nr.1913, pp, 164-169.
- ¹¹⁶ v: Paul MORIAUD, «Du consentement du père de famille en droit classique» dans, *Mélanges P. F. Girard : études de droit romain dédiées à M. P. F. Girard, professeur de droit romain à l'Université de Paris, à l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, II – II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912; C. GUGLIELMO: *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in dritto romano.* op. cit.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain ...* op. cit., p. 169. Opinia este împărtășită și de profesorii clujeni: V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 120.
- ¹¹⁷ G. MATRINGE, «La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (Sous l'Empire et en Occident)», *Studi in onore di Edoardo Volterra ...*, op. cit., p. 199.
- ¹¹⁸ *Idem.*
- ¹¹⁹ Atunci când pater familias nu se opunea în niciun fel căsătoriei. V. HANGA, BOB, M.D., *Curs de drept privat roman ...* op. cit. p. 120. Pentru logodnă Dig. 23, 1, 7. Pentru căsătorie Cod 5, 4, 2; 5, 4, 5.
- ¹²⁰ C. 1.4.25.
- ¹²¹ Pentru etimologia termenului *dota* a se vedea: C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote ...* op. cit., p. 673.; pentru cuvântul românesc „zestre” a se vedea: Paul VASILESCU; : *Regimuri matrimoniale. Partea generală*, Universul Juridic, București, 2009, pp. 131-132.
- ¹²² La origini, termenul ar fi însemnat „dar” v.: Paul GIDE; : *Du Caractère de la dot en droit romain, par Paul Gide*, E. Thorin, Paris, 1872, p. 6. De unde se desprindea ideea că nu avea contra-echivalent și nu era nici restituit femeii. Autorul susține în continuare că, *dota* ar fi servit, până la recunoașterea unui drept de moștenire propriu soției și copiilor acesteia, ca instrument de transmisiune (perpetuă) a averii femeii către copiii acesteia. V: *idem.* pp. 7-10.
- ¹²³ *Idem.* pp. 3-4.
- ¹²⁴ Nu există dotă acolo unde nu există căsătorie. Dig. 23, 3, 2.
- ¹²⁵ P. GIDE, *Du Caractère de la dot en droit romain, par Paul Gide ...* op. cit., p. 10.

- ¹²⁶ Abia în perioada post clasică, o dată cu un decret al Papei Leon din 458/ 459 d.Hr. dota este identificată ca semn al unui mariaj legitim și se va naște adagiul canonic medieval « Il n'y a pas de mariage sans dot » : J. GAUDEMET, *Droit privé romain ...* op. cit., p. 59; 207.
- ¹²⁷ Pierre NOAILLES; : *Répétitions écrites de droit romain approfondi Etude de la dot romaine 1932-1933*, Cours de droit, Paris, 1933, p. 57.
- ¹²⁸ *Idem.* p. 58.
- ¹²⁹ *Idem.*
- ¹³⁰ Pentru soluțiile identificate pentru asigurarea unei dote, în perioada primară: constituirea ca dotă a cotei successorale a fetei, sau prin oferirea unui contra echivalent pentru cota sa parte care urma să constituie dota sa, a se vedea: G. MATRINGE, *Individualisme et communauté, ...*, op. cit.; p. 214 ș.urm.
- ¹³¹ CHARMIDES, cetățean atenian bogat, este plecat într-o căsătorie. El își lasă copiii, o fiică și un fiu, LESBONICUS, în grija unui prieten, MEGARONIDE. LESBONICUS va delapida averea părintească, LYSITELES, prietenul lui LESBONICUS, îi va cere tatălui său, PHILTON să accepte să se căsătorească, fără dotă, cu fiica lui CHARMIDES. LYSITELES îi spune tatălui că, dacă acceptă, „nu îl va costa nimic”. PHILTON îi reproșează: „Să sufăr eu să te văd luând o soție fără dotă?” (15129) La insistența fiului, PHILTON acceptă însă și îi va cere lui LESBONICUS, pe sora sa, pentru LYSITELES, fără dotă. În ciuda prodigalității sale, văzută ca o adevărată depravare morală, LESBONICUS refuză să își căsătorească sora fără dotă (15198, 15256) și vrea să îi dăruiască singurul bun scăpat prodigalității sale. (15205).El nu vrea „ca sora sa să sufere”. Un alt personaj CALLICLES, se va exprima: „Pe Hercule, va fi umilitor ca fata să nu aibă nicio dotă!”(15275) LESBONICUS îi va reproșa lui LYSITELES dorința de a o lua pe sora sa fără dotă. „Să o las în sărăcie ca ea să mă deteste?”(15326) „Nu vreau să se spună peste tot că ți-am dat-o pe sora mea fără dotă, că am făcut-o mai curând concubina decât soția ta. Unde s-ar mai pomeni o așa proastă reputație ca a mea?” (15327)
- ¹³² În română, piesa este cunoscută ca „Trei bănuți”. Pentru o traducere în franceză, a se vedea: PLAUTE, J. NAUDET; : *Théâtre de Plaute. Traduction nouvelle accompagnée de notes, par J. Naudet, Lefèvre*, Paris, 1845. Trimiterea la scrierile lui Plaut se datorează lui Édouard Centner, a se vedea : Édouard CENTNER, *Droit romain : du Legs, de la dot, et en général de la chose due. Droit français : le Divorce et la séparation de corps en droit international privé, spécialement au point de vue du droit français.* (Thèse), Paris, Faculté de droit de Paris, 1893, pp. 4-5.
- ¹³³ G. MATRINGE, *Individualisme et communauté, ...*, op. cit.; p. 232; C. GUGLIELLO: *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in dritto romano.* op. cit.
- ¹³⁴ G. MATRINGE, *Individualisme et communauté, ...*, op. cit.; p. 232; J. GAUDEMET, *Droit privé romain ...* op. cit., p. 59.
- ¹³⁵ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote ...* op. cit., p. 377.
- ¹³⁶ P. MORIAUD, «Du consentement du père de famille en droit classique», *Mélanges P. F. Girard : études de droit romain dédiées à M. P. F. Girard, professeur de droit romain à l'Université de Paris, à l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*; C. GUGLIELLO: *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in dritto romano.* op. cit.
- ¹³⁷ A se vedea nota 112.
- ¹³⁸ Dig. 37, 6, 6.

- ¹³⁹ Traducerea lui Dominique Gaurier este superioară. „parce qu’un père, à sa fille, doit donner une dot, pour cette raison, une grand-père, à raison de son fils, à sa petite-fille, [doit en donner une].” JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, DOMINIQUE GAURIER (trad.): *Les 50 Livres du Digeste de l’Empereur Justinien comprenant - pour la première fois en français - La Palingénésie du commentaire sur l’édit du préteur d’Ulpian (d’après Otto Lenel)*, II – III, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2017, p. 1533. Hulot traducea diferit textul dându-i un alt înțeles „c’est naturellement au père à doter sa fille, quand l’aïeul fournit cette dot il est censé le faire en consideration de son fils.” JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, HENRI HULOT (trad.): *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l’Empereur Justinien*, t. V – VII, Behmer et Lamort (Metz) Rondonneau (Paris), Metz et Paris, 1804, p. 385.
- ¹⁴⁰ C. GUGLIELMO: *Intorno all’origine dell’obbligo di dotare in dritto romano*. op. cit.
- ¹⁴¹ Dig. 38.5.1.10.
- ¹⁴² C. GUGLIELMO: *Intorno all’origine dell’obbligo di dotare in dritto romano*. op. cit.
- ¹⁴³ Despre infamie a se vedea: Abel Hendy Jones GREENIDGE; : *Infamia, its place in Roman public and private law*, the Clarendon press, Oxford, 1894; Robert KNAPP, «Legally marginalised groups - the Empire» în PAUL J. DU PLESSIS, ANDO CLIFFORD & TUORI KAIUS (dir.), *The Oxford handbook of Roman law and society*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 367-368.
- ¹⁴⁴ Nouvelle Maj. 6, 9. Apud. G. MATRINGE, *Individualisme et communauté, ...*, op. cit.; p. 234.
- ¹⁴⁵ Novele Sev. 1. Apud *idem*.
- ¹⁴⁶ *Idem*. Pentru o interpretare în detaliu a Novelei Împăratului Majorian, a se vedea: C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote ...* op. cit., pp. 618-619.
- ¹⁴⁷ G. MATRINGE, *Individualisme et communauté, ...*, op. cit.; p. 239.
- ¹⁴⁸ *Idem*. p. 234; P. NOAILLES, *Etude de la dot romaine ...* op. cit., p. 58.
- ¹⁴⁹ Cod 5.12.14. unde se arată că o mamă nu poate fi obligată să constituie o dotă fiicei sale, cu excepția unei cauze justificate sau a unei solicitări din partea legii, de unde ar reieși o obligație în sarcina tatălui. Nov. 97.5. unde tatăl este obligat de împărat să constituie o nouă dotă fiicei sale, în vederea unei noi căsătorii.
- ¹⁵⁰ C.5.27.5.
- ¹⁵¹ C.5.27.6.
- ¹⁵² C.5.27.10.
- ¹⁵³ C.5.27.11.
- ¹⁵⁴ Formalitatea reliefării afecțiunii maritale prin intermediul unei foi dotale va interveni doar în trei cazuri specifice: pasajul de la concubinaj spre o căsătorie legitimă, în vederea legitimării copiilor prin noua căsătorie C.5.27.10. Căsătoria femeilor actrițe și a fiicelor acestora C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote ...* op. cit., p. 623. și textele citate acolo: C.5.4.23 ; C.5.4.23.3 ; C.1.4.33.2 ; C.5.4.29.6-7. și căsătoria sclavilor eliberați cu un om de condiție liberă în anumite condiții v: C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari ...* op. cit., pp. 623-624.
- ¹⁵⁵ C.1.5.19.3, C.1.5.12.20.
- ¹⁵⁶ C.5.11.7.
- ¹⁵⁷ A se vedea nota 149.
- ¹⁵⁸ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote ...* op. cit., p. 739.
- ¹⁵⁹ *Idem*.
- ¹⁶⁰ *Idem*. p. 741. Nov.35.9.

¹⁶¹ *Idem.* Nov.6.9.

¹⁶² *Idem.* p. 748.

¹⁶³ C .5.3.20.3.

¹⁶⁴ C. FAYER, *La familia romana aspetti giuridici ed antiquari Parte seconda Sponsalia, matrimonio, dote* ... op. cit., p. 749. nota 345. C.5.11.7.2.

¹⁶⁵ Dig. 23.2.3; 23.2.9; 23.2.16;

¹⁶⁶ (C. 1.4.25.) C. 5.4.25.

¹⁶⁷ P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot* ... op. cit., p. 195.

¹⁶⁸ C.5.4.25.

¹⁶⁹ P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot* ... op. cit., p. 194.

¹⁷⁰ *Iust. Inst.* 1.10.

¹⁷¹ *Inst. Inst.* 1.10.

¹⁷² P. NOAILLES, *Mariage-divorce et restitution de la dot* ... op. cit., p. 194.

¹⁷³ *Idem.* p. 195.

¹⁷⁴ Pentru idea reticenței și soluția înlăturării acesteia: *Inst.* 1, 10. Cu explicație în: J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien* ... op. cit., vol.t.II, pp. 85-86.; Pentru principiu conform căruia nimeni nu putea impune cuiva un succesori, împotriva voinței sale: *Inst.* 1, 11, 7; J. GAUDEMET, *Droit privé romain* ... op. cit., p. 44; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* ... op. cit., p. 169. Aceiași principiu explica motivul pentru care era necesar și consimțământul copilului, la căsătoria nepotului lui *pater familias* deși în cazul căsătoriei nepoateilor era necesar doar consimțământul lui *pater familias*. (Dig. 23, 2, 16). Explicația acestui fapt ne ajută să înțelegem reglementările din materia nebuniei. *Pater familias* avea dreptul să micșoreze numărul persoanelor aflate sub puterea sa, însă el nu putea spori numărul celor ce intrau în familie. Căsătoria fetelor nu prezenta o problemă în acest sens întrucât copiii care se vor fi născut, nu mai aveau o legătură de rudenie agnatică cu rudele de sânge ale fetei, ci intrau în familia soțului lor și sub puterea altui *pater familias*. În cazul băieților, în schimb, copiii acestora intrau în sânul propriei familiei agnatice, iar la moartea sa, familia trecea în grija unui alt *pater familias* care se putea trezi cu succesori nedoriți. J. GAUDEMET, *Droit privé romain* ... op. cit., p. 44; J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien* ... op. cit., vol.t.II, pp. 85-86.

¹⁷⁵ Dig. 27, 10, 17.

¹⁷⁶ Dig. 42, 8, 25, 1. Textul este preluat din lucrarea despre Interdicte a lui Venuleius Saturninus. (sec. III d.Hr.). Opinia cuprinsă în text aparține lui Marcus Anttistius Labeo (sec. I D.Hr.). Textul prezintă o soluție în cazul în care dotea a fost constituită de tată în fraudă creditorilor. Ginerile nu va restitui bunurile creditorilor dacă a ignorat fraudă întrucât „*cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit*” (întrucât acesta nu ar fi luat o soție fără dotă (t.n.d.j.)

¹⁷⁷ Dig. 23.3.5.3.

¹⁷⁸ Dig. 50.16.220 JUSTINIEN IER EMPEREUR DE BYZANCE, *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien* ... op. cit., vol.III, p. 2394.

¹⁷⁹ În celelalte regiuni, de drept cutumiar, cu excepțiile menționate în nota 180, se obișnuia ca viitorul soț să constituie pentru viitoarea soție un *douaire* (etimologic din latina medievală, *dotarium*) care devenea adevărată sa dotă. Acest *douaire*, se pare consta dintr-o sumă de bani sau din anumite bunuri pe care soția le-ar fi primit în uzufruct după moartea bărbatului. Oricum, « *il ne se doit point faire de mariage sans dot* », se referea în aceste regiuni, la *douaire*, iar preoții, la începuturi, nu binecuvântau căsătoria dacă dotea nu era constituită. Ch. DAGAR; : *Le nouveau Ferrière, ou Dictionnaire de droit et de pratique, civil, commercial, criminel et judiciaire ; contenant l'explication de tous les termes du droit anciens et modernes... par C.-H. Dagar*, II – III, l'auteur, Paris, 1804, pp. 5-6.

- ¹⁸⁰ În regiunile de drept cutumiar, obligația tatălui era una naturală și copiii acestuia nu dispuneau de o acțiune în justiție. Cu toate acestea, o jurisprudență contrară pare să se edifice și aici. Pentru cazul unui judecător avar condamnat de Parlement de Paris, la constituirea dotei pentru fiicele sale, jurisprudență preluată apoi de Parlement de Flandre; precum și pentru jurisprudența Grand Conseil de Malines și a Conseil souverain de Brabant care au reținut aceeași obligație de a dota, a se vedea: Philippe-Antoine MERLIN; : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence etc.*, 5e éd., t. IX, H. Tarlier, Libraire-Éditeur, Bruxelles, 1826, pp. 5-6.
- ¹⁸¹ *Idem.* p. 3.
- ¹⁸² Același text pare să fie urmat de mai multe hotărâri ale Parlamentelor regiunilor de drept scris din Franța. Merlin amintește în acest sens o hotărâre a Parlamentului din Toulouse din 13 august 1587, alta din 13 iunie 1612. Și Parlamentul din Bordeaux va lua o decizie similară în 6 aprilie 1604. V: *idem.*
- ¹⁸³ Toulouse 17 mars 1672 : *Journal du Palais, ou recueil des principales décisions de tous les parlemens, et cours souveraines de France, sur les questions les plus importantes de droit civil, de coutume, de matières criminelles & bénéficiales & de droit public...* 4e éd., Tome premier. Contenant les Arrêts depuis l'année 1660, jusqu'en 1678 / par feu Maîtres Claude Blondeau, & Gabriel Gueret, Avocats en Parlement, Chez David, jeune, libraire, rue du Hurepoix, près le pont S. Michel, Paris, 1755, p. 189.
- ¹⁸⁴ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Quatrième édition, corrigée, réduite aux objets dont la connaissance peut encore être utile, et augmentée 1°. d'un grand nombre d'Articles, 2°. de Notes indicatives des changemens apportés aux Lois anciennes par les Lois nouvelles, 3°. de Dissertations, de Plaidoyers et de Réquisitoires de l'éditeur sur les unes et les autres ; par M. Merlin,...* Tome dix-septième. Additions ... op. cit., vol.t. IX, p. 3.
- ¹⁸⁵ *Idem.* p. 4.
- ¹⁸⁶ *Idem.* pp. 4-5.
- ¹⁸⁷ Léon FAYE, René WALDECK-ROUSSEAU, Emile GIRAUDIAS, Jean-Martial LAHAYE; : *Les codes français annotés...* I, A. Gobelet, Paris, 1840, p. 37. Pierre-Antoine FENET; : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, IIe éd., III – XV, Au dépôt, Rue Saint-André-des-Abcs, N° 51, Paris, p. 535. unde Tribunal d'appel de Grenoble considera viitorul art. 511 ca recunoscând fetei o acțiune pentru dotă.
- ¹⁸⁸ Asupra doctrinei franceze care a dezbătut aplicarea acestuia în practică, a se vedea: Charles Marie Barbe Antoine AUBRY, Charles Frédéric RAU, Karl Salomo ZACHARIÄ; ; G RAU, CHARLES FALCIMAIGNE ET MAURICE GAULT (sous la dir. de): *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 5e éd., Marchal et Billard, Paris, 1897, pp. 805-806; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, Philippe BONNECARRÈRE, Gustave CHÉNEAUX; : *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, 3e éd.e éd., IV – V, Société anonyme du 'Recueil Sirey', Paris, 1905, pp. 764-767; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, Philippe BONNECARRÈRE, Gustave CHÉNEAUX; : *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, 3e éd.e éd., V – V, Société anonyme du 'Recueil Sirey', Paris, 1908, pp. 826-828; Charles DEMOLOMBE; : *[Cours de Code Napoléon]. [VIII], Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation : de la majorité : de l'interdiction et du conseil judiciaire : des individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés*, 2e éd., VIII (II), coll. «Cours de code Napoléon», Auguste Durand L. Hachette et Cie, libraires, Paris, 1861, pp. 406-410; Claude Etienne DELVIN COURT; ; DE FORTBOIS DRAULT (sous la dir. de): *Cours de code civil*, II, P.J. de Mat, Bruxelles, 1827, pp. 273-276; François LAURENT; : *Principes de droit civil*, 4e éd., V – XXXIII, Bruylant-Christophe (Bruxelles); A. Morescq, Ainé et A. Chevalier-Moresq (Paris), Bruxelles; Paris, 1887, pp. 350-356.etc.
- ¹⁸⁹ Revoluția trebuia terminată iar ordinea politică trebuia stabilizată și fixată definitiv părea să fie opinia unanimă a partizanilor complotului lui Bonaparte. v: Jean-François NIORT; : *Homo civilis contribution à l'histoire du Code civil français 1804-1965*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, p. 77; parag. 31.

¹⁹⁰ Codul civil Francez de la 1804 a purtat, la naștere, numele de « *Cod civil des Français* ». El primește denumirea de « *Code Napoleon* » odată cu dorința împăratului exprimată în 1806 și cu tiparul ediției din 1807 ce va purta titlul « *Code Napoleon édition originale et seuel officielle* » (Ediția oficială, la nivel de conținut, va fi cea din 1816, care va renunța al mai menționa pe Napoleon. Ultima ediție oficială, ce purta denumirea de « *Cod Napoleon* », va fi cea din 1856 când (doar) se va reveni la denumirea din 1807 : « *Code civil Napoleon* »). Pentru istoricul denumirilor pe care Codul civil francez le-a purtat, a se vedea: *idem*. p. 24; n. 40.

¹⁹¹ L'Assemblée Législative a invitat printr-o adresă din 16 octombrie 1781 toți cetățenii, chiar și străinii, să comunice puncte de vedere cu privire la formarea unui nou Cod. v: Pierre-Antoine FENET; : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, 11e éd., I – XV, Au dépôt, Rue Saint-André-des-Abcs, N° 51, Paris, p. XXXVI. Pentru motivul eșecului primelor două proiecte, v: *idem*. p. XLVII. Stefano Solimano este creditat pentru aducerea la lumină a unui alt proiect, al lui Guy Jean-Baptiste Target în lucrarea sa Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Bqptiste Target (1798-1799), Giuffré, Milan, 1988 apud : Jean-Louis HALPÉRIN, «L'histoire de la fabrication du Code le Code: Napoléon?», Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 107, 2003, p. 15; n. 10.

¹⁹² Este vorba despre opiniile solicitate de guvernare, în perioada consulatului, din partea Tribunalului, „Curții de casație” și celorlalte „Curți de Apel” din Franța. v: P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil ...* op. cit., vol.I, p. LXIV. (curțile se numeau la acea dată Tribunal de cassation și tribunaux d'Appel. v: nota 213). Acestora li se vor adăuga susținerile legilor privind Codul civil din fața *Conseil d'État* de către reprezentanții guvernării și ai Tribunal-ului. În realitate însă, guvernarea nu va suporta puterea extinsă a Tribunalului.

Constituția din 22 frimaire an VIII slăbește considerabil puterea legislativă. Inițiativa legislativă va aparține guvernării, iar *Conseil d'État*, auxiliar al consulilor, fără autonomia de a iniția proiecte, va răspunde la solicitările primului consul în vederea redactării legislației necesare.

Tribunat-ul, fără să poată face modificări proiectelor de lege, discuta proiectele propuse de *Conseil d'État*.. El putea să emită un punct de vedere privind adoptarea sau respingerea acestora în fața *Corps Legislatif*, care nu putea discuta legile ci doar putea vota, prin vot secret, pe cele discutate în fața sa de către reprezentanții Tribunalului și ai guvernării. *Sénat-ul conservateur*, avea mai mult un rol formal, dar puterile sale puteau avea urmări grave în raportul cu guvernarea. Aceasta avea atribuții limitate la alegerea membrilor ce compuneau, în principal, *Tribunat*-ul și *Corps Legislatif* putând dezbate problemele de neconstituționalitate semnalate doar de *Tribunat* sau de *Gouvernement*. v: pentru procedura legislativă: *idem*. p. LXVI. Pentru textul constituțional: *Constitution* du 22 frimaire (13.10) 1799 (an VIII); <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>: (7 iunie 2017).

¹⁹³ Jean-Jacques Régis de CAMBACÉRÈS, 18 oct. 1753-12 martie 1824, originar din Montpellier a fost unul dintre marii contributori ai operei de unificare a dreptului privat francez. Pentru detalii despre viața și activitatea sa, a se vedea *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, PATRICK ARABEYRE, JEAN-LOUIS HALPÉRIN ET JACQUES KRYNEN (sous la dir. de), Quadrige/PUF, Paris, 2007.

¹⁹⁴ Datorită contextului politic deosebit de agitat în care au fost discutate și elaborate< v: J.-F. NIORT, *Homo civilis contribution à l'histoire du Code civil français 1804-1965 ...* op. cit., p. ?

¹⁹⁵ Jean-Ignace JACQUEMINOT 14 ian. 1754-13 iun. 1813 în localitatea Naives-Rosières (Meuse), avocat de Nancy este cunoscut pentru două mari proiecte: *Le Code Hypothécaire* de l'an VII, inspirat de cutumele din nordul Franței și *Le projet du Code Civil* prezentat între 1799-1800. În ceea ce privește cel de-al doilea, s-a afirmat că proiectul lui JACQUEMINOT este „însuși Codul civil 1804”. A se vedea : *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, Quadrige/PUF, Paris, 2007, pp. 420-421.

- ¹⁹⁶ Este vorba despre proiectul redactat de secțiunea legislativă din cadrul Conseil d'État, organism al puterii guvernamentale, instituit o dată cu Consulatul, prin Constituția din 13 decembrie 1799 (22 frimaire an VIII). Misiunea le este încredințată în data de 24 thermidor an VIII (12 august 1800) de către Napoleon Bonaparte, spre a termina proiectul până în ultima decadă a lunii brumaire an IX (final de noiembrie 1800). Proiectul va fi imprimat la 1 pluvoise an IX (21 ianuarie 1801) și discuția primei cărți va avea loc la 4 thermidor an IX în cadrul Consiliului guvernamental. Pentru data exactă a proiectului, a se vedea discuția de la nota 212.
- ¹⁹⁷ Arrêté du 24 thermidor an VIII (12 august 1800) în extras în: P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil ...* op. cit., vol. I, p. LXII.
- ¹⁹⁸ François Denis TRONCHET: 23 martie 1726-10 martie 1806 este originar din Paris unde urmează cursurile Facultății de Drept. Anul 1800 îl găsește drept președinte al *Tribnal de Cassasion*. Este privit ca un simbol al vechiului drept, în special al cutumelor Parisului și un promotor al unei ordinii familiale construită împrejurul unei imagini patriarhale. V: Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle), Quadrige/PUF, Paris, 2007, pp. 752-754.
- ¹⁹⁹ Felix-Julien Jean BIGOT-PRÉAMENENU.
- ²⁰⁰ Jean-Étienne Marie de PORTALIS.
- ²⁰¹ Jacques de MALVEILLE.
- ²⁰² Afirmăția aparține lui MALLEVILLE citat în: Jean-Étienne-Marie PORTALIS; FRÉDÉRIC PORTALIS (sous la dir. de): *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil publiés par le Vte Frédéric Portalis, ... précédé de : Essai sur l'utilité de la codification*, Joubert, Paris, 1844, p. XXXVI.
- ²⁰³ Conform lui Aubry & Rau, redactorii Codului Civil Napoleon, au dat prioritate regulilor din dreptul cutumiar francez atunci când dreptul cutumiar a admis principii proprii în raport cu dreptul roman. v.: C.M.B.A. AUBRY, RAU, C.F., ZACHARIĂ, K.S., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ ...* op. cit., p. 36.
- ²⁰⁴ J.-L. HALPÉRIN, «L'histoire de la fabrication du Code le Code: Napoléon?» ... p. 14.
- ²⁰⁵ *Idem*. p. 15.
- ²⁰⁶ *Idem*.
- ²⁰⁷ A se vedea **Error! Reference source not found.**, analiza viitorului art. 511 din Codul civil Napoleon.
- ²⁰⁸ Întrucât Jean-Ignace JACQUEMINOT provenea din regiunile de drept cutumiar, fiind născut în Naives și în timpul revoluției fiind deputat din partea departamentului Meurthe cu „capitala” la Nancy, iar reglementarea art. 511 își avea originea în dreptul roman, bizantin. Este adevărat că nu a lucrat singur la proiect, ci a fost ajutat, așa cum afirmă singur, și de alți juriști și cetățeni: FAVARD, GRENIER, TROUCHET, CRASSOUS, VERMEIL, HUA, PORRIQUET, CAURNOL și TARDY. Cf : Jean-Ignace JACQUEMINOT; : *Projet de Code Civil présente par Jacqueminot, Député de la Meurthe, A la commision législative du Conseil de Cinq-Cents, Au nom de la Section de Législation*, 1799, p. 7.
- ²⁰⁹ Al patrulea proiect de Cod, după ce primele trei proiecte, propuse de CAMBACÉRÈS nu au avut succesul preconizat. După ce CAMBACÉRÈS este ales al doilea consul, în anul 1800, îi va reveni lui JACQUEMINOT sarcina redactării celui de-al patrulea proiect de cod. Acesta se va dovedi *incomplet și precipitat* și va intra în conflict cu dorința lui Napoleon de a prezida edificarea codului, motiv pentru care nu se va bucura de succes și se va realiza un al cincilea proiect. v : J.-F. NIORT, *Homo civilis contribution à l'histoire du Code civil français 1804-1965 ...* op. cit., p. 76.
- ²¹⁰ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil ...* op. cit., vol. I, p. 548.
- ²¹¹ Pentru o scurtă observație din partea le *Tribunal de Cassasion* ce puncta faptul că doar dota și donațiile constituite din bunurile interzisului sunt supuse avizului consiliului de familie, a se vedea: *idem* vol. II. p. 551.
- ²¹² *Projet de la Commision de Gouvernement Présenté le 24 thermidor an VIII: art. 52 Titre X De la majorité et de l'interdiction ; Chap. II v : idem*. p. 95. Data prezentată de Fenet în volumul II, atunci

când prezintă proiectul, nu pare să fie însă exactă. Fenet, în introducere, face trimitere la arrêté du 24 thermidor an VIII prin care Napoleon setează termenul limită pentru proiect « art. 6 (...) dans la dernière décade de brumaire an IX, et présenté à cette époque aux consuls. » (conform calendarului gregorian, noiembrie 1801). (*idem* vol. I. p. LXIII.) Pentru detalii, a se vedea și : J.-F. NIORT, *Homo civilis contribution à l'histoire du Code civil français 1804-1965 ...* op. cit., pp. 45-46. (n. 86).

²¹³ Aici, termenul tribunal este propriu perioadei revoluționare. Instituțiile își vor schimba denumirea în Cour de Cassation și Cours d'Appels o dată cu instituirea primului Imperiu (1804-1814) v: J.-F. NIORT, *Homo civilis contribution à l'histoire du Code civil français 1804-1965 ...* op. cit., p. 81; nota 96. Această schimbare are loc prin Sénatus-consultus organique du 18 mai 1804, Titre XIV De l'ordre judiciaire, art. 136. v: *Sénatus-consulte organique* du 28 mai 1804; <http://www.culture.gouv.fr/Wave/image/web/archim/?ref=AF-02938>: (1 juin 2017).

²¹⁴ Relevante în acest sens sunt discuțiile purtate în cadrul ședințelor din 28 messidor an IX, 4 thermidor an IX, 6 thermidor an IX, 24 brumaire an X. A se vedea: P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil ...* op. cit., vol.I, pp. LXVIII – LXXVII. Numerotarea finală a Codului are loc în ședințele din 17 și 26 ventose an XII. *Idem*. pp. LXXX, LXXXVIII.

²¹⁵ *Idem*. pp. 527-462.

²¹⁶ *Idem* vol. X. p. 681 ș.urm.

²¹⁷ Întregul titlu va fi dezbătut în ședințele din 13 brumaire an XI– 4 noiembrie 1802, 20 brumaire an XI– 11 noiembrie 1802 și 4 frimair an XI – 25 noiembrie 1802.

²¹⁸ „Familia nu trebuie convocată decât pentru a da un aviz, supus mai apoi tribunalului. Fără această precauție, copiii ar putea abuza de dispoziția stabilită de către acest articol” (t.n.d.j.) v. :P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil ...* op. cit., vol.X, p. 695.

²¹⁹ *Idem*. p. 696.

²²⁰ *Idem*. p. 706.

²²¹ *Idem*. p. 695.

²²² Emmery v: *idem*. p. 713.

²²³ *Idem*. pp. 727-728. Pentru aceleași idei. Jean-Guillaume LOCRÉ; : *Esprit du Code Napoléon ; tiré de la discussion, ou, Conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'état, des observations du tribunal, des exposés de motifs, des rapports et discours, &c., &c.*; vol. III (t. IV et V), Imprimerie Imperiale, Paris, 1807, pp. 371-372.

„ După ce s-a preocupat să protejeze prea importante și scumpele interese ale interzisului, proiectul de lege și-a răsfâns solicitudinea asupra copiilor acestuia. Este deja prea mare pentru ei povara impusă tandreții și sensibilității lor; nu trebuie ca ei să rămână victime ale umilitoarei și penibile stări a tatălui lor, trebuie să li se faciliteze mijloacele prin care să se stabilească, trebuie așadar ca o autoritate binevoitoare și legală să înlocuiască, pe cât este posibil, afecțiunea și generozitatea unui tată ce nu mai poate fi consultat, întrucât nu mai are voință. De acum încolo, consiliul de familie va veni, și în acest caz, va interpune autoritatea sa oficioasă. El reglează dota, avantajele și toate celelalte convenții matrimoniale, dar această activitate este supusă controlului procurorului imperial și omologării tribunalului, care se asigură înainte de a o acorda, că sacrificiile pe care le solicităm tatălui sunt fondate pe averea sa, că nu sunt exorbitante, precum a absorbi cheltuielile necesare antrenate de tenacitatea maladiei de care acesta suferă.” (t.n.d.j.)

²²⁴ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil ...* op. cit., vol.X, pp. 745-746.

STUDII

**SOME THOUGHTS ON BRIDEWEALTH IN SOUTH AFRICA AND DOWRY
IN ROMAN LAW**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).4.5

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Gardiol van NIEKERK*

Abstract: *Bridewealth still forms part of the indigenous South African marriage culture. Legislative recognition of African customary marriages stripped them of many of their characteristic indigenous African features that offered protection to African women and children. This article focuses on the role of bridewealth in the formation of a valid customary marriage, and in the maintenance of the wife and her children should the need arise. The hypothesis is considered that the Roman law of dowry can provide new perspectives on the problem areas of bridewealth in African customary law. Even though principally opposites, there are numerous similarities in the role and function of bridewealth in African marriage culture and of dowry in Roman society.*

Keywords: *bridewealth; dowry; African customary law; customary marriage; civil marriage; Roman marriage; legal requirements for marriage; maintenance; recovery of dowry/bridewealth.*

1. Introduction

The handing over marriage goods or bridewealth to the family of the bride in anticipation of (or subsequent to) a marriage today still forms an integral part of indigenous African cultures. So important is the institution in the living African customary marriage laws in current-day South Africa, that bridewealth also forms part of the majority of African civil marriages.

Due to the prevailing legal pluralism in South Africa, African customary law was historically regarded as a secondary legal system with limited application. The Roman-Dutch common law applied as the primary legal system and formed the core of South African law. Customary marriages were not recognised as marriages because they were potentially polygynous and because the transfer of bridewealth was an essential feature of such marriages, both being regarded as against Christian morals. Colonial administrators saw the bridewealth custom as the purchasing of a wife, notwithstanding its evident spiritual significance in indigenous African culture.¹ This prejudice against African marriages persisted

until the late twentieth century and crucially affected the personal lives of a large section of South African society, especially women and children.

However, today the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, officially recognises African customary law. In terms of section 211(3), all courts “must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law”. In theory, the implication of this change was that within a paradigm of state-law pluralism,² both western or European common law and African customary law should apply as independent parallel legal systems. In reality, though, South African law is still predominantly Roman-Dutch law³ and the courts still struggle to figure out what exactly to do with customary law. The prevailing sentiment appears to be that customary law must somehow be incorporated into the western/ European common law.

The constitutional recognition of African customary law had far-reaching effects on customary marriages. It set in motion an investigation by the South African Law Reform Commission⁴ into the harmonisation of civil law and customary law marriages.⁵ This investigation resulted in the promulgation of the Recognition of Customary Marriages Act,⁶ which formally recognised African customary marriages as lawful marriages. The Act legalised polygyny to a limited extent⁷ and, indirectly at least, retained the custom of bridewealth.

The uniform recognition of customary marriages was widely welcomed. In many respects, it offered protection to African women and children, but through its regulation of customary marriages, it caused numerous uncertainties that had the opposite effect. Bar the recognition of polygyny, the legislative regulation of customary marriages stripped them of most of their characteristic indigenous African features. As a result, the status of customary marriages is still shrouded in uncertainty in South African law despite their official recognition. Polygyny and bridewealth are the main problem areas. Against this backdrop, I will focus on bridewealth, and more specifically its role in the formation of a valid customary marriage and its maintenance function.

At a conference on “Law in Africa: New perspectives on origins, foundations and transition”, it was observed that there is an uncanny likeness in the social development of customary marriages in present-day South Africa and in Roman society. The authors considered the hypothesis that Roman law principles could shed light on certain problems relating to bridewealth.⁸ The question arises whether the Roman law experience could provide new perspectives on the specific problem areas of bridewealth in African customary law that I alluded to earlier. I will attempt to find some solutions by analogy with the Roman law of marriage and the institution of dowry.⁹

Prima facie, it may appear incongruous to compare the Roman institution of dowry with the indigenous institution of bridewealth given that in essence dowry is the reverse of bridewealth.¹⁰ Bridewealth is transferred by the prospective husband to the family of the bride, whereas dowry is transferred from the side of the bride to that of the groom. Nevertheless, one may find surprising similarities in the underlying values of these two ancient legal systems, if not in the relevant legal rules themselves. Among others, there appears to be fundamental parallels in the function of these institutions, and there are

similarities in certain rules determining rights of retention when the marriage fails and in the link between dowry and bridewealth and procreation.

2. Bridewealth: its meaning in African marriage culture

There is much controversy regarding the meaning and function of bridewealth. From a functionalist, typical legal perspective, using known western/ European legal precepts and principles as analytical tools, it may be said that marriage in African customary law displays features of a contract. It is an agreement between two families that the marital authority over the woman, which includes rights to her reproductive capacity and service as well as her earnings, will be transferred to the husband's family.¹¹ Delivery of bridewealth, which is transferred in ownership to the woman's family,¹² is the counter performance in terms of this bilateral real contract.¹³

The object of transferring the limited authority over the woman is to establish and maintain a family. This aligns with the purpose of marriage: to have children and to ensure the continued existence of the family group. African law shares this goal of procreation in marriage with numerous societies, old and modern, including Roman society.¹⁴ In Roman culture, the primary objective of marriage was to beget children and the connection between marriage and procreation was linked to natural law. Thus, in the first book of the Digest, in his definition of natural law, Ulpian stated: "*Jus naturale* is that which nature has taught to all animals; for it is not a law specific to mankind ... Out of this comes the union of man and woman which we call marriage, and the procreation of children, and their rearing..."¹⁵ Augustus reinforced the ethos of procreation in marriage in his notorious marriage legislation, which encouraged childbearing to increase the population.¹⁶ It is significant that also in Roman law a clear connection was made between the dowry and procreation. Pomponius's text in D. 24.3.1 confirms the interconnection of marriage, dowry and procreation: "An action for the dowry takes precedence at all times and in all circumstances; for it is in the public interest for women to keep their dowries, since it is absolutely essential for women to have dowries so that they can produce offspring and replenish the state with their children."¹⁷

But, interpreting the transfer of bridewealth in African law as counter performance in terms of a bilateral, real contract, which obligates the prospective bride's family of origin to transfer her to the family of the prospective husband, bears the risk that the institution of bridewealth may be regarded as a mere economic institution.¹⁸ Such an interpretation inevitably leads to the bride being viewed as an economic entity that is sold to her husband's family.¹⁹ It may further create the impression that the transfer of bridewealth is a necessary requirement for a valid customary marriage. A misinterpretation of this kind typically results when western/ European legal principles are used to explain African law: the African institution is distorted by trying to force it into a preconceived "western" paradigm. Bearing this caveat mind, there is another way of explaining the dowry agreement in African law, namely with reference to the *dictio dotis* in Roman law, the formal verbal contract, in which

the bride or her ascendants promised to give dowry to the husband.²⁰ Interpreted this way, the bridewealth agreement may be seen as a unilateral contract, reducing the risk of viewing the prospective bride as a chattel.

Ultimately though, the institution of bridewealth is a multi-faceted social institution and not merely part of a contract. In African marriage culture, the institution of handing over marriage goods to the family of the bride has magico-religious significance. It is considered as a token of gratitude to the woman's group for having raised her and as compensation for separating the woman from her family, and aimed at strengthening the bond with her new family and ensuring that the ancestors make her fertile. Bridewealth is a spiritual and social symbol of the bond between the respective families.²¹ It is a means to restore equilibrium in the bride's family (disturbed by the transfer of the woman) and a means of maintaining equilibrium in the relationship between the living members of her family group and the deceased ancestors.²² Participants in the South African Law Reform Commission's investigation of customary marriages held strong views about the institution. Many objected to the use of the word "bridewealth" because they felt that "it could not do conceptual justice" to the customary institution which they regarded as a "blood contract, a mandatory and imperative *sine qua non* condition for any marriage in indigenous African communities".²³

The high esteem in which bridewealth is held today has been confirmed in empirical studies. A study conducted in the late 1990s, for example, touched upon the question of the general attitude towards the institution of bridewealth as well as the extent to which bridewealth determined a wife's status within a family group. The conclusion drawn in the study, from information elicited by means of questionnaires, was that bridewealth was then still highly regarded, even in urban areas and among participants who had assumed a western lifestyle. More than 70 per cent of the interviewees still conformed to the traditional view that women with bridewealth held a far more honoured position than those without.²⁴

Likewise, more than a decade later, in a study conducted among the Zulu, the connection between bridewealth and honour clearly came to the fore.²⁵ The researchers in that study concluded from their investigation that there was an inextricable link between bridewealth and respect. According to the majority of the interviewees, bridewealth conferred "dignity on their position as a wife".²⁶ They found that the link between bridewealth and respect or honour encompassed the following: for both the husband and wife it signified respect for their culture, respect towards each other, their parents, the extended family, the community, and their ancestors. In turn, the woman for whom the bridewealth was transferred gained the respect of her new family and the community. She owed respect to her husband, his and her own family, the community and especially towards her in-laws.²⁷ Importantly, bridewealth distinguished the customary marriage from an informal sexual relationship.

From this, one should not assume that customary marriages without bridewealth were possible in the past or is prevalent today. In traditional societies, bridewealth formed part of all marriages, whether actually then transferred, or merely just negotiated. Recent research among the Zulu established that even though bridewealth is not a legal requirement

for a valid marriage, it still forms part of most civil (or double²⁸) marriages and that all customary marriages involve bridewealth.²⁹ The two studies referred to above, were conducted in modern-day societies and civil marriages formed part of the interviewees' frame of reference. There was no indication in the studies among the Zulu what type of marriages the respondents were in, but in the study in Atteridgeville and Mamelodi, by far the majority of the married participants were in civil-law marriages or in double marriages. Moreover, bridewealth had been given or negotiated in more than 90 per cent of their civil and the double marriages and in 100 per cent of their customary marriages.³⁰

Therefore, one may assume that for customary marriages, the special place of honour stemmed from the fact that the woman was *married*, rather than from the fact that bridewealth had been transferred. The same probably applies to the civil and double marriages. Interestingly, the investigation among the Zulu confirmed the traditional cultural view that "married women ... command far greater respect than unmarried women in Zulu society".³¹ The researchers in the Zulu study concluded, "a female only becomes a "woman" by being lobola'd [by bridewealth being transferred] *and married*. High levels of respect for tradition, cultural pride and the wish to live a dignified life are significant elements of Zulu womanhood."³²

The honoured position of the wife (with bridewealth) in African law reminds of the Roman *matrona's* unique position of respect in Roman society. In the same way, bridewealth elevates a sexual relationship between a man and woman to a marriage in African society, dowry was an indication that there was a valid Roman marriage with a freeborn woman; that the parties intended to be married and not to live in concubinage. Even though a marriage could exist without a dowry, the opposite was not possible.³³ Honour, dignity, modesty, prudence and chastity³⁴ were the attributes of the married woman and eventually became the benchmark of *honeste vivere* for women generally.³⁵ Interestingly, Treggiari,³⁶ relying on Plautus,³⁷ draws a connection between the dowry and respectability, observing that, "marriage without dowry was undesirable and disreputable". Indeed, a concubine was a woman (usually of lower social standing who was not eligible for marriage) in a long-term sexual relationship with a man. Among the persons who were not eligible for marriage were slaves, actors, innkeepers or prostitutes, or someone related to them.³⁸ The prohibition of marriages on social grounds was underscored by the principle that a person of rank was not permitted to marry a person who lived dishonourably, or was related to such a person.³⁹

As noted, in trying to find common ground in different legal systems there is always a risk of forcing legal principles and institutions of the one system into the pre-conceived cultural stereotype of the other system. It is therefore prudent to take note of another possible interpretation of the special status of the Roman *matrona* with a dowry: the Roman *uxor dotata's* distinctive status may be attributed to the power she had over her husband, rather than to her honourable attributes. A large dowry was held to be a "powerful lever" that ensured that, irrespective of her legal status, the wife was never really in her husband's control.⁴⁰ The dowry, especially a large one, independence of property, and her right to divorce secured potential power and independence for a wife. She could leave or threaten

to leave her husband in the knowledge that the dowry would have to be returned, at least partially.⁴¹

3. Bridewealth and maintenance

In the African law, one of the obligations that flows from the marriage is the maintenance of the woman and her offspring. Bridewealth served as security that she and her children would be properly cared for during or after the marriage. Bridewealth therefore safeguarded that the bride's family of origin would take care of her should the marriage fail or she be mistreated, and, conversely, it guaranteed that her husband and his family would treat her well during the subsistence of the marriage.⁴² If treated badly, the wife and her children could return to her group of origin and remain there until relations could be mended. If the marital relationship ended because she and her children had not received proper care, the husband forfeited the marriage goods. Her family was then obliged to take care of them and they could use the bridewealth to this end.⁴³

Nowadays, though, the traditional maintenance function of bridewealth has changed. In a prevailing capitalist economy, cash and consumer goods have replaced traditional marriage goods such as cattle. Concomitantly, the amount of bridewealth has increased and there appears to be a trend to commercialise the institution.⁴⁴ Families use the bridewealth for their own benefit and regard it as *quid pro quo* for the costs incurred in raising the bride.⁴⁵ The result is that the wife's family of origin is often loathe taking care of her and her children in case of need.⁴⁶

Some two decades ago it was stated in published research that "[t]he maintenance character of *lobolo* [bridewealth] as in traditional customary family law should be revived".⁴⁷ Interestingly, there the focus was on the interests of the husband, and not as is customary, on those of the wife. The premise was that because the traditional role of bridewealth had fallen by the wayside, the husband now finds himself in an untenable position upon divorce: In terms of the Recognition of Customary Marriages Act, only a court of law may dissolve a customary marriage.⁴⁸ As a rule, the courts grant custody to the mother and hold the father responsible for maintenance of the children and his former wife despite the fact that he had previously transferred bridewealth and that the woman's family of origin should be responsibility for their care or should at least share the responsibility. However, one cannot ignore the fact that maintenance orders are notoriously ignored, and that this leaves the woman and her children without any recourse. For example, empirical research in Cape Town has shown that on average 85 per cent of fathers default on maintenance orders.⁴⁹

Today the customary marriage is neither an African nor a civil-law marriage. It has become a hybrid with features of both civil and customary marriages, which deprives the wife of the protection she might have had under customary law when the marriage is dissolved. The Recognition of Customary Marriages Act⁵⁰ empowers a court that grants a decree of divorce to take into consideration the rules of customary law when it makes an

order for the payment of maintenance. This section arguably enables the courts to make the family to whom the bridewealth was transferred, at least partially responsible for the maintenance of the woman and her children.⁵¹

In Roman law, there was a similar connection between dowry and maintenance. The Roman rules relating to dowry in this regard provide an interesting perspective on the maintenance problems experienced in African customary law. An important purpose of the Roman dowry was the maintenance of the wife and her children. The *liberum matrimonium*⁵² and the concomitant independence of property meant that the husband was responsible for the maintenance of his wife and children, a burden alleviated by the dowry. The dowry agreement was usually concluded before the marriage took place. The bride or her family transferred, or promised to transfer, property of a monetary value to the husband who obtained ownership of the dowry, subject to some restrictions.⁵³ In the late Republic, the wife had the *actio rei uxoriae* for the recovery of the dowry,⁵⁴ irrespective of whether there had been a prior agreement about its fate when the marriage broke down.

A decree issued in 439 confirmed the importance of dowry in the maintenance of the children when it determined that upon the death of the wife, the dowry had to go to the children she had with her husband, and should not revert to the person who provided the dowry.⁵⁵ The husband's rights in the dowry became increasingly limited, and under Justinian his ownership existed merely in name. Thus, Tryphoninus in D. 23.2.75 remarked, "[a]lthough the dowry becomes a part of the property of the husband, it nevertheless, in fact, belongs to the wife".

It appears as if the maintenance of the wife had become the central purpose of the dowry by the time of Justinian.⁵⁶ The rules relating to the return of the dowry when the marriage ended confirm the maintenance function of this institution⁵⁷ and remind of the maintenance function of bridewealth in traditional African customary law.⁵⁸ As a rule, the dowry reverted to the wife or her family when the marriage was dissolved. If there was no prior agreement, the dowry was returned but the husband retained a portion because he remained responsible for the support of the children. Upon divorce, an additional fraction was retained as a penalty for the wife's misbehaviour, if any. An agreement about the dowry, which was often preceded by extended negotiations, was usually reduced to writing to avoid uncertainty about what exactly should be returned should the marriage end.⁵⁹

As indicated, state-law customary marriages, those sanctioned and regulated by the Recognition of Customary Marriages Act, are now *sui generis* marriages with western and African features. Bearing this in mind, the economic significance of the bridewealth should be developed: The time has perhaps come that, along the lines of Roman law, bridewealth agreements should be formalised and reduced to writing, indicating exactly how it should be utilised when the marriage ends. Further, it may be appropriate to restrict the bridewealth holder's rights to use the bridewealth so that it is kept intact, should the woman and her children need it at a later stage.

4. Bridewealth and the validity of a customary marriage

In accordance with the Recognition of Customary Marriages Act, the requirements for a valid customary marriage are that the parties agree to be married to each other under customary law, that they are above eighteen, and that “the marriage must be negotiated and entered into or celebrated in accordance with customary law”.⁶⁰ The Act does not explicitly mention bridewealth or the handing over of the bride as a part of the marriage negotiations or as requirements for validity. This has caused much uncertainty in legal practice regarding the status of bridewealth (and the ceremonial handing over of the bride) vis-à-vis the validity of a customary marriage.

The transfer of marriage goods and the fact that the woman is physically transferred to her husband’s group upon marriage are common to marriages of all Southern African Bantuspeakers. Yet, in traditional customary law, the actual transfer of bridewealth was not an essential requirement for a valid marriage. In fact, it was even possible to waive the right to the transfer of the bridewealth altogether. It was nevertheless necessary for a valid marriage that there had to be at least an agreement to deliver bridewealth.⁶¹

Importantly, marriage in traditional African law was an ongoing process that joined two families together.⁶² The obligations in terms of the marriage agreement were of a continuing nature. These included the family of the husband’s ongoing obligation to take care of the woman and her children. In turn, the woman had the ongoing obligation to provide her services and earnings to her husband and his family. Therefore, if the bridewealth was not delivered or not delivered in full, the obligation did not become extinguished. Where the woman joined her new family before bridewealth had been transferred at all or in full, the husband or his family group remained liable to perform.

It follows naturally that neither a spouse’s inability to procure children, nor the refusal to transfer marriage goods, was a ground to dissolve the marriage. The respective families had to provide substitutes to rectify the inability to have children.⁶³ In addition, death did not dissolve a marriage: the deceased spouse’s family of origin merely provided a substitute. If a widow wanted to remarry, her family had to return the bridewealth to her late husband’s family. The new prospective husband would again transfer marriage goods to the woman’s family of origin and it would have served the same function of securing proper care of her and her children by her new husband and his group. Similarly, her father would again be obliged to take care of her if necessary during the subsistence of the marriage or after its termination.

The intention of the Law Reform Commission when it drafted the Recognition of Customary Marriages Act was clear: it did not regard bridewealth as an essential requirement for a valid customary marriage. It confirmed the fact that customary marriages were flexible and pragmatic⁶⁴ and that even in traditional law, customary ceremonies could be shortened or combined with civil-law marriage ceremonies or even completely ignored.⁶⁵ It recommends that the handing over of the bride and bridewealth should be regarded as optional.⁶⁶ In its *Report* the Law Reform Commission stated that “it seems sensible to regard the legal effect

of giving *lobolo* [bridewealth] as a form of evidence, albeit weighty evidence, of the parties' intention to contract a customary form of marriage".⁶⁷ The Cape High Court confirmed this view in its decision in *Mabuza v Mbatha*⁶⁸ when it held that no traditional marriage custom should be elevated into something so indispensable that without it there could be no valid customary marriage.

Notwithstanding, a perusal of the South African Law Reports shows that generally the courts regard bridewealth and the traditional handing over of the bride to her new family as necessary requirements for a valid customary marriage. Moreover, the courts tend to treat these customary practices on an *ad hoc* basis and there appears to be little consistency in their decisions regarding their role in customary marriages. The result is that numerous customary-law marriages have been denied validity because either or both of these two traditional features were absent. In addition, the uncertainty has also opened an avenue for opportunistic parties to marriage disputes to use and manipulate these customs to their advantage to prove or disprove the existence of a marriage.⁶⁹

A recent case in point is the decision in *Eunice Xoliswa Ngema v Sifiso Raymond Debengwa*,⁷⁰ where the North Gauteng High Court found that there was no valid customary marriage because the plaintiff had not been ceremoniously handed over to the defendant's family and the defendant had not consented to the marriage, as he claimed. The Court reached this decision despite the fact that the parties were *ad idem* that bridewealth had been negotiated and had been paid in full. Moreover, they agreed that a celebration had taken place at the bridewealth negotiations where blankets and scarves were ceremoniously put on some of the women present;⁷¹ and they agreed that the plaintiff had lived with the defendant for a number of years. Both the High Court and the Supreme Court of Appeal denied the plaintiff leave to appeal.

There are interesting resemblances in traditional African marriages and marriages in classical Roman law. The requirements for a valid Roman marriage were that the parties had to be of the right age and status to marry each other; and that both of them and the persons under whose authority they were had consented to the marriage.⁷² No formalities were required to conclude a *iustum matrimonium*.⁷³ However, the ceremonial delivery of the bride to her husband's home, *deductio in domum mariti*, while not a legal requirement for a valid marriage, was a visible sign and, as such, proof that the marriage had in fact taken place. The *deductio in domum* was regarded as a public expression of the consent of the parties and their *affectio maritalis*.⁷⁴ The marital affection was indicative of the parties' intention to live as husband and wife and distinguished the relationship between them from mere concubinage.⁷⁵

Likewise, payment of dowry was proof that the parties had reached an agreement to live together as husband and wife.⁷⁶ Neither dowry nor dowry documents (*tabulae dotales*) were legal requirements⁷⁷ for a valid marriage.

Scaevola's response in D. 24.1.66*pr.* clearly shows that a marriage was concluded the moment consensus was reached and that the time of the ceremonial procession to the groom's house and of the signing of the dotal documents were irrelevant to this question:

Seia, when about to marry Sempronius on a certain day, before she was conducted to his house, and before the marriage contract was signed, gave him a certain number of aurei. I ask whether this donation is valid. I answered that strict attention should not be paid to the time, that is, whether the donation was made before she was conducted to his house, or before the marriage contract was signed, as very frequently this is done after the marriage has been celebrated; for unless the donation was made before the marriage was contracted, which is understood to have been done by the consent of the parties, it will not be valid.⁷⁸

Importantly, while there could be a marriage without dowry, dowry could not exist without a marriage.⁷⁹ Ulpian thus states in D. 23.3.3: “The term dowry does not apply to marriages which are void, for there cannot be a dowry without marriage. Therefore, where the name of marriage does not exist, there is no dowry.”⁸⁰

The significance of the Roman dowry was wide-ranging.⁸¹ As in African customary law, it was regarded as a gift to strengthen the bond between the families of the bride and the groom; it was a “symbolic expense” towards the proper celebration of the union;⁸² it served to assist the newlyweds in setting up their home; it allowed the woman to share in her family’s estate even though she formed part of her husband’s family; and it was a “groom-price” aimed at inducing the grooms parents to agree to the marriage.

The position regarding dowry that obtained in classical law, did not change substantially in late Roman law, at least not in the eastern Empire. Attempts were made in the western Empire to make dowry an essential prerequisite for a valid marriage when Valentinianus III determined that children born from a marriage that was not accompanied by the usual marriage ceremonies, would be illegitimate.⁸³ Interestingly, in this rescript celebration of the marriage was linked to honourability: *honesta celebratione matrimonii*.

Some two years later, in AD 428, Emperor Theodosius II of the East rejected this law and in a rescript confirmed the classical Roman law position that a valid marriage rested on consent only and that dowry and marriage ceremonies were not prerequisites for it:

“If instruments of prenuptial gifts or dowries should be lacking and if the solemn procession and other wedding ceremonies should be omitted, no person shall suppose that on this account a marriage otherwise legally entered into shall lack validity or that the rights of legitimacy can be taken away from children born of such a marriage, when the marriage is contracted by persons of equally honourable status, when it is precluded by no law, and when it is confirmed by the consent of the parties and the reliable testimony of friends etc.”⁸⁴

However, in the West, the position remained uncertain and in 458, Emperor Majorian again issued a decree that made dowry a prerequisite for a valid marriage. His main concern appears to have been the welfare of the children and the protection of their “due benefits”. He determined that “[g]irls and the parents of girls and any persons who are going to marry shall know that if they should be joined in marriage without a dowry, they must be branded with the stigma of infamy and that neither will the union be adjudged a marriage nor will legitimate children be born from them”.⁸⁵ In AD 463, the western Emperor, Severus, repealed this law, but the notion that dowry was a prerequisite for a valid marriage was taken up by Pope Leo and by the Germanic codes of the West.⁸⁶

5. Conclusion

The legislative regulation of customary marriages in South Africa has deprived them of their flexibility and adaptability, characteristics of the non-specialised legal system. These marriages have become *sui generis* marriages with both western and African features. Many of the equitable attributes of the traditional customary marriage that served to protect women and children have disappeared. This article focused on two specific problem areas of bridewealth: its role in the formation of a valid customary marriage, and its maintenance function. The central question it considered was whether Roman law could provide new perspectives on the problem areas of bridewealth in African customary law.

Numerous similarities were identified in the role and function of bridewealth in African marriage customs and of the Roman dowry. And, indeed, there are some lessons to be learnt from Roman law, not least of all from the simple principle that while there can be a marriage without dowry, dowry cannot exist without a marriage. The Recognition of Customary Marriages Act confirmed the traditional African law position that there can be a marriage without bridewealth, as long as bridewealth was negotiated.⁸⁷ But can bridewealth exist without a marriage? This is a question that often arises in South African courts. Following the elementary rule of Roman law, the answer should be “no”.

However, this principle aligns also with African marriage culture. In traditional African societies, bridewealth was sacrosanct. It had social, ritual and spiritual significance. Empirical research has confirmed that this time-honoured institution is still an important facet of African marriages today, even in urban areas. Despite criticism against the institution, traditional sentiments still obtain. If “Lobola ... is the framework that people use to express and to bring about complicated changes in terms of relationships and deep changes in terms of emotional realities, values, attitudes and concepts”, if it is still regarded as “the language that the ancestors understand and bless”,⁸⁸ why would families come together and agree on, or transfer, bridewealth with all its wider social and religious implications if they had not in fact consented to a marriage? As such, bridewealth should be regarded as strong evidence that a marriage exists. And if in addition the woman has joined her husband’s family, whether ceremoniously or not, there should be no doubt that a marriage had been concluded.

It is unfortunate that the maintenance function of bridewealth has largely disappeared. This function should be restored. Such great store did the Romans set in the maintenance function of dowry, that by the time of Justinian maintenance had become its primary function, and the husband’s rights in the dowry had become so curtailed that he was its owner merely in name. Following Roman law, the time has perhaps come that rules be formalised to restrict the rights of the bridewealth holder (the family of the bride) to the bridewealth, thus keeping it secure for future use by the woman and her children, should the need arise.

- * Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa; vniekgj@unisa.ac.za. I thank the University of South Africa for their financial assistance that enabled me to conduct research at the Institute of Advanced Legal Studies in London, UK. Opinions and conclusions are those of the author and not the University of South Africa.
- ¹ See, e.g., the description of the bridewealth custom amongst the Khoi by De Grevenbroek, a seventeenth-century official of the Dutch-East India Company at the Cape of Good Hope: *Virginem nubilem viro tempestivam à parentibus procius ex vicino, et nunquam eodem quo amasia nata vico oriundus, instituto probabili, quanto potest minime mercatur ...* (When a girl becomes of marriageable age and ripe for a husband, a suitor from a neighbouring village, but never from the same one as his beloved (an excellent institution) purchases her from her parents at the lowest price for which he can get her...): see Johannes Gulielmus de Grevenbroek *Genitis Africanae circa Promontorium Capitis Bona Spei Vulgo Hottentotten Nuncupatae Descriptio* (1695) (translated and annotated in 1. Schapera & B. Farrington (eds.) *The Early Cape Hottentots* (Cape Town, 1933)) at 198, 199. In the decision in *Kaba v. Ntela* 1910 T.S. 964 at 967, the Court stated that according to s. 24 of Law 3 of 1876 (Zuid-Afrikaansche Republiek), in the interest of morality, the buying of wives and polygamy amongst the coloured people were not recognized. (“[t]ot bevordering der zedelijkheid wordt het aankopen van vrouwen of veelwijverij onder de kleurlingen in deze Republiek door de wetten des lands niet erkend”). The Court further stated that accordingly, an African customary marriage was against the “general principles of civilisation, because of its polygamous character”, was void and “from the narrow point of view of the law an illicit and ... an immoral cohabitation” (at 970).
- ² State-law pluralism refers to a situation where different legal systems are officially recognised and applied. Within a paradigm of deep legal pluralism, which also prevails in South Africa, multiple legal systems, which are not recognised by the state, apply unofficially.
- ³ The Roman-Dutch law that was brought to South Africa during the seventeenth century, when the Dutch established a refreshment station at the Cape of Good Hope, was influenced by English common law from the eighteenth century onwards and has been developed over the years by local legislation and judicial precedent.
- ⁴ South African Law Reform Commission *Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law (Customary Marriages)* Project 90, Report (Aug. 1998).
- ⁵ Technically, the harmonisation of laws involves removing conflicting features of the relevant legal systems, but preserving each legal system’s distinct characteristic features. That ensures that the legal systems continue to apply as separate legal systems.
- ⁶ Act 20 of 1998.
- ⁷ Polygyny is recognised only where both marriages are customary marriages.
- ⁸ See Rita-Marie Jansen & Alet Ellis “The South African common law and lobolo - another perspective” (1999) *Fundamina (editio specialis)* 114-131 at 129.
- ⁹ Historically, “bridewealth” and “dowry” were used interchangeably in both literature and case law. E.g., in a discussion of *Malgas v. Gakawu* in “Native customs and the Colonial courts” (1891) 8 *Cape Law J.* 37-41 at 39, the author observed that, “to impose upon the Courts of a civilised Government the duty of trying cases relating to ‘dowry,’ in the widest sense of the term, would be the deliberate recognition of polygamy, and also the indefinite postponement of the time when native women shall be released from their present level of almost hopeless degradation”. In *Ngqobela v. Sihela* (10 S.C. 346 at 352), the Court declared: “[I]f, by native custom, ‘dowry’ cattle is paid to the woman’s father on condition

that upon her refusing to cohabit with the man any longer the latter shall be entitled to claim the cattle from the father, the claim cannot be enforced by our courts. In law there is a *par delictum*, and the claimant cannot prevail over the possessor.” Today, too, some courts still use the terms interchangeably: see *Chali v Rasello* (683/2011) [2011] ZAFSHC 121; *Leboho v Premier of Limpopo Province* (37898/07) [2011] ZAGPPHC 22; and *Southon v Moropane* (14295/10) [2012] ZAGPJHC 146 all available at <http://www.saflii.org> (accessed 24 Jul. 2017). In the latter case in par. [43] the Court stated: “With the payment of ‘pula molomo’, the man was formally ushered into the bride’s home. He testified that ‘pula molomo’ was the ‘initial lobola’ and the beginning of the dowry which will be counted, as part of the lobola [bridewealth].” Section 1(iv) of the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 defines “lobolo” as: “the property in cash or in kind, whether known as *lobolo*, *bogadi*, *bohali*, *xuma*, *lumalo*, *thaka*, *ikhazi*, *magadi*, *emabheka* or by any other name, which a prospective husband or the head of his family undertakes to give to the head of the prospective wife’s family in consideration of a customary marriage”. In South Africa, “lobolo” has become the common term that denotes bridewealth.

- ¹⁰ Bruce W. Frier “The Roman Dowry. Some Economic Questions” available at <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandconomics/workshops/Documents/Paper%2012.Frier.Roman%20Dowry-%20Some%20Economic%20Questions.pdf>. (accessed 26 Jul. 2017) at 4, notes that unlike bridewealth that is a social institution of “societies that are evolving from primitivism to the early stages of modernism”, dowry occurs in “far larger, more populous, richer, and more complex” societies; cf., also, Diane Owen Hughes “From bride price to dowry in Mediterranean Europe” (1978) 3 *J. of Family History* 262-296 at 263.
- ¹¹ Her family of origin retains the plenary guardianship. See, generally, A.C. Myburgh “Law and Justice” in W.D. Hammond-Tooke (ed.) *The Bantu-speaking Peoples of Southern Africa* (London, 1974) at 304; J. Church “‘Lobolo’: A critical evaluation” in A.J.G.M. Sanders (ed.) *Southern Africa in Need of Law Reform* (Durban, 1981) at 28.
- ¹² G.M.B. Whitfield *South African Native Law* (Cape Town, 1948) at 525.
- ¹³ A.C. Myburgh *Papers on Indigenous Law* (Pretoria, 1985) at 111; Joan Church *Marriage and the Woman in Bophuthatswana: An Historical and Comparative Study* (unpublished doctoral thesis, Pretoria, 1989) at 36-37; for a detailed discussion of a traditional Pedi marriage, see H.O. Mönnig *The Pedi* (Pretoria, 1978) 129ff.
- ¹⁴ See C. 5.4.9; Bruce W. Frier & Thomas A.J. McGinn *A Casebook on Roman Family Law* (Oxford, 2004) at 29, 39-40, 47; Susan Treggiari *Roman Marriage* (Oxford, 1991) at 11; Judith Evans Grubbs *Women and the Law in the Roman Empire. A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood* (London, 2002) at 92; J.L. Barton “Marriage in Roman law” (1977) 52/53 *Law & Justice – The Christian Law Review* 9-23 at 9.
- ¹⁵ D. 1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio ...*; and cf., further D. 23.2.1; D. 50.16.220.3; Evans Grubbs (n. 14) at 81. This reminds of the spiritual aspect of the bridewealth institution in African law, which links the institution with the ancestors: see the references at n. 22 below.
- ¹⁶ On the *lex Iulia de maritandis ordinibus*, promulgated in 18 BC (succeeded by and included in the *lex Papia Poppaea* in AD 9), see Treggiari (n. 14) at 60-80; Mary R. Lefkowitz & M.B. Fant “Legal status in the Roman world” in *Women’s Life in Greece and Rome* in pars. 120-123, available at <http://www.stoa.org/diotima/anthology/wlgr/wlgr-romanlegal120.shtml#pass121> (accessed 16 Aug. 2017); Evans Grubbs (n. 14) at 83 ff.

- ¹⁷ Pomponius *lib. xv ad Sabinum: Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*
- ¹⁸ Cf., Frier (n. 10) at 5, who notes that there is the perception that in “relatively primitive ‘tribal’ societies, women usually have an economic value of their own through their input into agricultural production; hence their families receive a bride price in compensation for the loss of a producer”.
- ¹⁹ This was the general view in colonial Africa. For a brief survey of the different interpretations of this cultural institution in sub-Saharan Africa, see Stanley J. Tambiah “Bridewealth and dowry revisited: The position of women in sub-Saharan Africa and North India” (1989) 30(4) *Current Anthropology* 413-435 at 414ff.
- ²⁰ T.C. Sandars, *The Institutes of Justinian* (London, 1934) at 333; W.W. Buckland *A Text-Book of Roman Law* (Cambridge, 1963, 3rd. ed. Peter Stein) at 457-458. In classical law, this obligation was enforceable by a *condictio*. It fell into disuse when Theodosius II made enforceable any informal promise of a dowry: C.Th. 3.13.4 and the *interpretatio* in Clyde Pharr *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions* (New York, 1959; 1969 repr.) at 76; This oral agreement was in later years documented in the *tabula dotalis*, which was ceremonially ratified at the wedding ceremony: Treggiari (n. 14) at 165.
- ²¹ This facet of bridewealth is described by De Grevenbroek (n. 1) at 198, 199: ... *forte etiam quo pacis, societatis et concordiae studia, et commercii nervi cum finitimis, hoc sacro foedere, jugali vinculo et matrimoniali capistro fidelius stringantur, et nuptiis alligati arctius coalescant* ... (... the intention may also be that peace, harmony and concord, and the threads of friendly dealing may be drawn tighter by this sacred treaty, pledge of union, and matrimonial bond; that the marriage may be a link to bind them more closely to one another ...)
- ²² For an overview of the various anthropological and legal interpretations of the meaning of bridewealth in African culture, see N.J.J. Olivier, N.N.J. Olivier (Jnr.) & W.H. Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* (Durban, 1989) at 98ff. See, further, Whitfield (n. 12) at 523; Eleanor Preston-Whyte “Kinship and marriage” in Hammond-Tooke (n. 11) at 187f., M.W. Prinsloo, G.J. van Niekerk & L.P. Vorster “Current research on lobolo by means of a questionnaire” (1997) 30 *De Jure* 98-117 at 98-99; M.W. Prinsloo, G.J. van Niekerk & L.P. Vorster “Perceptions of the law regarding, and attitudes towards, lobolo in Mamelodi and Atteridgeville” (1998) 31 *De Jure* 72-92 at 74 (hereafter Prinsloo, Van Niekerk & Vorster “Perceptions”); Jansen & Ellis (n. 8) at 114-115; Church (n. 11) at 33; Dorrit Posel & Stephanie Rudwick “Marriage and *ilobolo* [bridewealth] in contemporary Zulu society” (2014) 57(2) *African Studies Review* 51-72 at 54 (hereafter Posel & Rudwick “Contemporary Zulu society”); Stephanie Rudwick & Dorrit Posel “Zulu bridewealth (*ilobolo*) and womanhood in South Africa” (2015) *Social Dynamics: A J. of African Studies* 1-18 available at <http://dx.doi.org/10.1080/02533952.2015.1060683> at 1-2 (hereafter Rudwick & Posel “Womanhood”).
- ²³ South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.3.1.2.
- ²⁴ Prinsloo, Van Niekerk & Vorster “Perceptions” (n. 22) at 81, 92.
- ²⁵ See the study of Rudwick & Posel “Womanhood” (n. 22).
- ²⁶ Rudwick & Posel “Womanhood” (n. 22) at 2, 3.
- ²⁷ *Idem* at 5-7.
- ²⁸ A double marriage occurs where a man and a woman conclude both a customary and a civil marriage with each other.

- ²⁹ Rudwick & Posel “Womanhood” (n. 22) at 1; Also Papa I.P. Maithufi “The requirements for validity and proprietary consequences of monogamous and polygynous customary marriages in South Africa: Some observations” (2015) *De Jure* 261-279 at 278 observes that bridewealth usually forms part of civil marriages.
- ³⁰ M.W. Prinsloo, G.J. van Niekerk & L.P. Vorster “Knowledge and experience of *lobolo* in Mamelodi and Atteridgeville” (1997) 30 *De Jure* 314-330 at 325.
- ³¹ Rudwick & Posel “Womanhood” (n. 22) at 2.
- ³² *Ibid.* (emphasis added).
- ³³ See D. 23.3.3.
- ³⁴ See Kaser *Das römische Privatrecht* vol. 1 (Munich, 1971) at 59; Treggiari (n. 14) at 34; Evans Grubbs (n. 14) at 19-20; Thomas A.J. McGinn *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome* (Oxford, 1998) at 153; Annelize Jacobs “*Maritus v Mulier*: The double picture in adultery laws from Romulus to Augustus” (2015) 21(2) *Fundamina* 276-288 at 286. Andrew T. Bierkan, Charles P. Sherman & Emile Stocquart “Marriage in Roman law” (1907) *The Yale Law Review* 303-327 at 317 note: “In juridical language, the words *matrona* or *materfamilias* had a clear and precise meaning, exacting a two-fold condition for the wife; first, to have had a Roman citizen for a father; second, to have maintained an honourable and pure life, the dignity which her origin gave to her.”
- ³⁵ See, e.g., D. 3.1.1.5; C. 2.12.21; D. 26.10.1.7.
- ³⁶ (n. 14) at 323.
- ³⁷ *Trin.* 691.
- ³⁸ See, e.g., C. 5.5.7.2; Nov.Marc. 4.2; C. 5.27.
- ³⁹ See, generally, Gardiol van Niekerk & Duard Kleyn “*Honeste vivere*: Ulpian’s *praecepta iuris* as manifested in the Roman law of marriage” (2016) 2 *Studia iurisprudentia universitas Babeş-Bolyai iurisprudentia* available at <https://studia.law.ubbcluj.ro/> (accessed 14 Aug. 2017).
- ⁴⁰ Treggiari (n. 14) at 329; for a discussion of the powers of the *uxor dotata* as expressed in the literature, see further, *idem* at 330-331. D. 48.5.12(11).3 illustrates the relative power of a large dowry when the wife’s adultery is overlooked for fear of losing it: Papinianus *lib. singulari de adulteriis: Socer cum nurum adulterii accusaturum se libellis praesidi datis testatus fuisset, maluit accusatione desistere et lucrum ex dote magis petere. Quaeritur, an huiusmodi commentum eius admitti existimes. Respondit: turpissimo exemplo is, qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit contentus lucrum ex dote retinere tamquam culpa mulieris dirempto matrimonio: quare non inique repellatur, qui commodum dotis vindictae domus suae praeponere non erubuit.* (A father-in-law who, in a written accusation filed with the Governor, stated that he accused his daughter-in-law of adultery, preferred to abandon the accusation and obtain her dowry. The question arises whether you think that a scheme of this kind should be permitted. The answer was, that it is a very dishonourable example for a person, after he has brought an accusation against his daughter-in-law, to desire to abandon it, and remain content with the profit obtained from her dowry, as the marriage was dissolved through the fault of the woman. Wherefore he will not be unjustly barred who was not ashamed to prefer the advantage of the dowry to avenging the honour of his house.)
- ⁴¹ Richard P. Saller *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family* (Cambridge, 1997) at 221, 223-224.
- ⁴² Participants in the study of Rudwick & Posel “Womanhood” (n. 22) at 9 opined that bridewealth did not necessarily safeguard the personal security of the wife. It could in fact have the opposite result: trapping the wife in an abusive relationship because her family of origin was unable to return the bridewealth.

- ⁴³ J.B. Hartman *Aspects of Tsonga Law* (Pretoria, 1991) at 35ff; Olivier et al. (n. 22) at 98ff. J. Van Tromp *Xhosa Law of Persons: A Treatise on the Legal Principles of Family Relations among the Ama Xhosa* (Cape Town, 1948) at 48, points out that the bridewealth does not serve as security for the maintenance of the wife and children by her family of origin in case of ill-treatment by her husband, because, in accordance with Xhosa law, the husband's family has to pay a fine of one beast to her family of origin for the ill-treatment. It must, however, be borne in mind that the wife may still choose not to return to her husband. In such a case, her family will return only a portion of the bridewealth. See, also, Marissa Herbst & Willemien du Plessis "Customary law v common law marriages: A hybrid approach in South Africa" (May 2008) 2.1 *Electronic J. of Comparative Law*, available at <http://www.ejcl.org> (accessed 23 Aug. 2017)
- ⁴⁴ Victoria Hosegood, Nuala McGrath & Tom Moultrie "Dispensing with marriage: Marital and partnership trends in rural KwaZulu-Natal, South Africa 2000-2006" (2009) 20 *Demographic Research* 279-312 available at <http://www.demographic-research.org> (accessed 29 Aug. 2017) at 283ff., describes the historical regulation of the institution in KwaZulu Natal from the nineteenth century and the legislative fixing of the amount of bridewealth which lead to its commercialization; see, also, Posel & Rudwick "Contemporary Zulu society" (n. 22) at 55-56, 62ff.
- ⁴⁵ Posel & Rudwick "Contemporary Zulu society" (n. 22) at 64; Sandra Burman (1991) 7 "Capitalising on African strengths: Women, welfare, and the law" *South African J. on Human Rights* 215-221 at 220 observes that the woman's family of origin nowadays regards the bridewealth as a "cash bonanza".
- ⁴⁶ See South African Law Reform Commission (n. 4) in pars. 4.3.1.8-10; Posel & Rudwick "Contemporary Zulu society" (n. 22) at 55; see, also, Rudwick & Posel "Womanhood" (n. 22) at 9; Burman (n. 45) at 220.
- ⁴⁷ Jansen & Ellis (n. 8) at 130. Burman (n. 45) at 219-221, too, suggests that bridewealth should be reconsidered as a source of funding to contribute to the maintenance of the customary wife and children. However, her solution moves completely away from the traditional maintenance function of bridewealth. She proposes the establishment of a so-called "Bridewealth Fund", similar to a Retirement Annuity Fund or a Trust Fund, to which the groom and his family would contribute a single lump sum, or make regular contributions.
- ⁴⁸ See ss. 1(i) and 8(i) of the Act.
- ⁴⁹ See Burman (n. 45) at 216. At 217; she observes that international research has shown that default on maintenance payments is not limited to South Africa, but occurs in numerous other wealthier countries.
- ⁵⁰ Section 8(4)(e).
- ⁵¹ Cf., also, Jansen & Ellis (n. 8) at 130; Thulani Nkosi "The ending of a customary marriage. What happens to the *ilobolo*?" (2013) *De Rebus* 36-39.
- ⁵² The free marriage came into existence through consent. It was a social institution in pre-classical and classical law and there were no prescribed legal formalities. Marriage became a legal institution only in post-classical law: see D. 23.2.1; D. 25.2.1; D. 42.1.52; Kaser 1 at 72-73, 310-311; Kaser/Wubbe *Romeins Privaatrecht* (Zwolle, 1967) at 278; Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* (London, 1962) at 80.
- ⁵³ The husband's rights in the dowry were complicated: in this regard, see the discussion of Buckland (n. 20) at 108; Frier (n. 10) at 8ff; Evans Grubbs (n. 14) at 95-97. By the time of Justinian, the husband's ownership of the dowry was in practice restricted to a right to income from it for the duration of the marriage: see Nicholas (n. 52) at 88-90.

- ⁵⁴ Dowry received legal recognition for the first time in 230 B.C: When Carvilius Ruga divorced his wife without a satisfactory explanation before the family council and without returning the dowry, his family-in-law instituted a successful action against him for the recovery of the dowry: see Suzanne Dixon “The marriage alliance in the Roman elite” (1985, Winter) *J. of Family History* 353-378 at 357.
- ⁵⁵ See Nov.Th. 14 and the *interpretatio* in Pharr (n. 20) at 498-500; cf. Evans Grubbs (n. 14) at 115-116; Dixon (n. 54) at 364.
- ⁵⁶ Buckland (n. 20) at 107.
- ⁵⁷ For a detailed exposition of the development of the rules regulating the return of dowry, see Buckland (n. 20) at 108ff; Barton (n. 14) at 15-17; Jane F. Gardner “The recovery of dowry in Roman law” (1985) 35(2) *Classical Quarterly* 449-453 at 449ff. It should be borne in mind that return of the dowry was further important because it secured the possibility of a second marriage.
- ⁵⁸ The Recognition of Customary Marriages Act is silent on the fate of the bridewealth when the marriage ends. Nevertheless, the courts follow the traditional customary-law rules. See, generally, Olivier et al. (n. 22) at 193ff. for the customary-law rules in this regard. The question whether bridewealth is returned, depends on the circumstances. See, e.g., *Sila v Masuku* 1937 NAC (N & T) 121; *Matlala v Tompa* 1951 NAC (N-E) 404; *Nkambule v Linda* 1951 (1) SA 377 (A); *Thembisile and another v Thembisile and another* 2002 (2) SA 209 (T); *Netshituka v Netshituka and Others* 2011 (5) SA 453 (SCA). See, also, Herbst & Du Plessis (n. 43) at 11; Nkosi (n. 51) at 36-39.
- ⁵⁹ J.A. Crook *Law and Life of Rome* (Ithaca, NY, 1984) at 104-106; Judith Evans Grubbs *Law and Family in Late Antiquity* (Oxford, 1999) at 55, 145, 226-228; Barton (n. 14) at 15-17.
- ⁶⁰ See s. 3(1) of the Act.
- ⁶¹ See South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.3.3.2; Church (n. 11) at 30-31; Posel & Rudwick “Contemporary Zulu society” (n. 22) at 54; Maithufi (n. 29) at 266.
- ⁶² This is in line with the fact that prescription does not exist in African customary law. The Tswana maxim states that “a debt does not decay” (*molato ga o bôle*). Thus, the obligation to pay marriage-goods does not prescribe: see Church (n. 13) at 22-23, 37; Joan Church “Betrothal and Marriage: Contractual Aspects” in *Indigenous Contract in Bophuthatswana* (1990) at 88-89; Church (n. 11) at 28.
- ⁶³ Preston-Whyte (n. 22) at 188 and, cf., *idem* at 193-194.
- ⁶⁴ The flexible, adaptable nature of customary law is widely accepted: see, e.g., the Constitutional Court decisions in the seminal cases of *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha, and Others* 2005 (1) SA 580 (CC) in pars. [45], [110]; *Shilubana and Others v Nwamitwa and Others* 2008 (9) BCLR 914 (CC) in pars. [35], [65]; and cf., *Mayelane v Ngwenyama and Another* 2013 (4) SA 415 (CC) in pars. [24](f), [25]; and see, Annika Claassens & Geoff Budlender “Transformative constitutionalism and customary law” available at <http://www.constitutionalcourtreview.co.za/wp-content/uploads/2016/09/Transformative-Constitutionalism-and-Customary-Law-CCR-VI.pdf> (accessed 28 Aug. 2017).
- ⁶⁵ See, e.g., I. Schapera *Married Life in an African Tribe* (Evanston, 1966) at 71ff.; Van Tromp (n. 43) at 57-8; Brian Allan Marwick *The Swazi* (London, 1940) at 121. See, further, R.T. Nhlapo *Marriage and Divorce in Swazi Law and Custom* (Mbabane, 1992) at 29ff. and at 65-66; South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.4.7.
- ⁶⁶ South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.4.10. In par. 4.3.3.6 it likened bridewealth to the “solemnization of marriages by religious rites”.
- ⁶⁷ See South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.3.3.6.
- ⁶⁸ 2003 (4) SA 218 (C) in par. [25].

- ⁶⁹ It is often averred that the goods transferred to the woman's family was merely to "open negotiations" and not intended as bridewealth. See, e.g., *Southon v Moropane* (n. 9).
- ⁷⁰ Unreported case no 2011/3726 of 14/62016.
- ⁷¹ In pars. [8] and [17].
- ⁷² See D. 23.2.2.: *Paul lib. 35 ad ed.: Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*
- ⁷³ In D. 23.2.1, Modestinus describes the lawful Roman marriage as "the union of a man and a woman, forming an association during their entire lives, and involving the common enjoyment of divine and human privileges".
- ⁷⁴ Blume *ad C. 5.4.9* (Fred H. Blume *Annotated Justinian Code*, available at <http://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/>); D. 23.2.5.; Treggiari (n. 14) at 166-167.
- ⁷⁵ On *affectio maritalis*, see D. 24.1.32.13; D. 39.5.31pr.; cf., also, Treggiari (n. 14) at 54-57, 448-449; Frier & McGinn (n. 14) at 49-53.
- ⁷⁶ Alan Watson *The Spirit of Roman Law* (Athens, London, 2008) at 10, 70.
- ⁷⁷ In D. 39.5.31pr. Papinian responded ... *An autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.* See, also, C. 5.4.9.; Buckland (n. 20) at 107; Judith Evans Grubbs "Marriage contracts in the Roman Empire" in Lena Larsson Lovén & Agneta Strömberg (eds.) *Ancient Marriage in Myth and Reality* (New Castle upon Tyne, 2010) 78-101 at 78-82.
- ⁷⁸ *Seia Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere.*
- ⁷⁹ D. 23.3.3; cf., also, D. 23.3.39.1; C.J. 5.3.20.2: "For as dowry becomes such on account of marriage, and there is no dowry without a marriage, although marriage may be entered into without dowry ...)
- ⁸⁰ Ulpianus *lib. 63 ad ed. Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*
- ⁸¹ Vijayendra Rao "The economics of dowries in India," in Kaushik Basu (ed.) *Oxford Companion to Economics in India* (2007) at 118-121; Frier (n. 10) at 6 describes it as "more than just an economic institution; it functions also as a richly-textured social institution ...".
- ⁸² In African customary law the bride's family used it towards hosting the wedding: see South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.3.1.8.
- ⁸³ C.Th. 4.6.7: *Impp. Theodosius et Valentinianus ... Naturalium his nomen sancimus imponi, quos sine honesta celebratione matrimonii procreatos legitima coniunctio fuderit in lucem; servos autem ex ancillae utero ipso iure generari patet, quamvis per vim naturae ne illis quidem possit naturalium nomen auferri.* (We sanction that the name of natural [illegitimate] children shall be placed upon those who have been begotten and brought into this world as the result of a lawful union without an honourable performance of the marriage ceremony ...) tr. Pharr (n. 20); Evans Grubbs (n.14) at 90-94, 114-115.
- ⁸⁴ *Impp. Theodosius et Valentinianus ... Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet, ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, si inter pares honestate personas, nulla lege impediante, fiat consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur etc.*; also C.J. 5.4.22.

⁸⁵ Nov.Mar. 6.9: *Et quia studiose tractatur a nobis utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento et procreatis competentia commoda perire non patimur, hoc necessario putavimus praecavendum, ut marem feminamque iungendos copula nuptiali par condicio utrimque constringat, id est ut numquam minorem quam exigit futura uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo se noverit conlaturam, scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis ambos infamiae maculis inurendos, qui fuerint sine dote coniuncti, ita ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur.* See, further, the discussion by Evans Grubbs (n. 14) at 119.

⁸⁶ See Evans Grubbs (n. 59) at 302; Hughes (n. 10) at 265ff.

⁸⁷ Church (n. 13) at 46; Prinsloo, Van Niekerk & Vorster “Perceptions” (n. 22) at 78, 79.

⁸⁸ South African Law Reform Commission (n. 4) in par. 4.3.2.7.

**RELAȚIA DINTRE RISCUL DE OPERARE DIN MATERIA CONCESIUNII ȘI RISCUL
DIN DREPTUL PRIVAT**

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.6

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Ana-Maria COLDEA (TOADER)*

Summary: *In the present study, we analyse a new concept introduced in the Romanian legislation by Law no. 100/2016, named the operating risk, in the light of its relationship with the contract of concession and the private-law risk. The need for such an approach is given by the fact that the operating risk has been integrated into the definition of the concession contract, an essential contract for the development of local communities and the state in general. Thus, the new risk is no longer a marginal figure, but a defining one, which underlies the notion of the concession contract. Taking into account the role played by this notion, we believe that it is currently a topical theme. First, we considered it appropriate to analyse the concession contract in terms of the operating risk by examining the legal definitions of both the concession contract and the operating risk. Later, we tried to list the characters and types of risk integrated into the concession contract. In order to establish a more revealing framework for this notion, we also studied its effects on the classification of public law contracts. The heart of our study is the analysis relating to the relationship of operating risk with the private-law risk. Our conclusion is that operating risk has the same significance as the risk of private law, that is, a random event, outside the contract, which causes economic damages to the concessionaire. However, the scope of the operating risk is completely different from that of private-law risk, with different effects on the contract and involving different events. They can coexist within a concession contract, but most often, private-law risk has a detrimental effect on operating risk. The goal of our work is to outline the notion of operating risk by reference to the concession contract and the private law risk.*

Keywords: *risk, operating risk, concession contract.*

Rezumat: *În prezentul studiu vom analiza un nou concept introdus în legislația română prin Legea nr. 100/2016, și anume riscul de operare, din perspectiva raportului acestuia cu contractul de concesiune și a relației cu riscul din dreptul privat. Necesitatea unui astfel de demers este dată de faptul că riscul de operare a fost integrat în definiția contractului de concesiune, un contract esențial pentru dezvoltarea comunităților locale și a statului, în general. Astfel, noul risc nu mai e o figură marginală, ci una definitorie, care stă la baza noțiunii contractului de concesiune. Ținând cont de rolul jucat de această noțiune a riscului de operare, considerăm că, în prezent, reprezintă o temă de actualitate. Într-o primă instanță, am considerat oportună analiza contractului de concesiune din perspectiva riscului*

de operare, examinând definițiile legale atât ale contractului de concesiune, cât și ale riscului de operare. Ulterior, am încercat să inventariem caracterele și tipurile de risc integrate în contractul de concesiune. Pentru a stabili un cadru cât mai revelator asupra acestei noțiuni, am studiat și efectele sale asupra calificării contractelor din dreptul public. Inima studiului nostru o reprezintă partea referitoare la raportul dintre riscul de operare și riscul din dreptul privat. Concluzia noastră este aceea că riscul de operare are aceeași semnificație ca riscul din dreptul privat, respectiv de eveniment aleatoriu, exterior contractului, care produce prejudicii de natură economică concesionarului. Cu toate acestea, sfera de aplicare a riscului de operare este complet diferită de cea a riscului din dreptul privat, având efecte diferite asupra contractului și cuprinzând evenimente diferite. Ele pot coexista în interiorul unui contract de concesiune, dar de cele mai multe ori, riscul din dreptul privat are un efect nimicitor asupra riscului de operare. Scopul final al lucrării noastre îl reprezintă conturarea noțiunii riscului de operare prin raportare la contractul de concesiune și riscul din dreptul privat.

Cuvinte-cheie: risc, risc de operare, contract de concesiune.

1. Contractul de concesiune de servicii și contractul de concesiune de lucrări – perspectivă legală, doctrinară și jurisprudențială

Contractul de concesiune, în diversele sale forme, reprezintă actul juridic prin care administrația publică modernizează infrastructurile economice necesare dezvoltării armonioase și durabile a societății, contractând cu alte persoane, cu expertiză de specialitate și experiență în domeniile respective. De-a lungul timpului, au apărut diverse tipuri ale contractului de concesiune, acesta diversificându-se în mod constant în funcție de nevoile societății în dezvoltare.

În prezent, în dreptul român sunt reglementate mai multe tipuri de contracte de concesiune, neexistând un cadru legal general care să reglementeze regimul juridic al contractului de concesiune. Principalele reglementări în vigoare sunt O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică și Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, denumită în continuare *Legea*. Prima reglementare se referă la o *concesiune domeniială*, prin care se valorifică bunurile aparținând domeniului public, reprezentând un contract oneros, de exploatare a unor bunuri, în principal bogății ale solului și subsolului. Acest tip de contract de concesiune are la bază ideea de redevență, element definitoriu pentru contract. A doua reglementare reprezintă transpunerea Directivei 2014/23/UE din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune în dreptul intern, menționată în prezentul studiu ca *Directiva*. Transpunerea *Directivei* nu s-a efectuat în mod perfect identic, încă de la titlul celor două acte normative existând diferențe. *Legea* se dorește a fi o reglementare completă a contractelor de concesiune de lucrări și concesiunea de servicii, pe când *Directiva* are ca scop stabilirea normelor aplicabile doar cu privire la procedura de atribuire a acestor contracte. Cu toate că doar aceste acte normative reglementează domeniul contractelor de concesiune, nu excludem ideea conform căreia se pot încheia alte tipuri de contracte de concesiune, cu respectarea principiilor generale ale contractului de concesiune.

În lucrarea de față, ne vom limita la analiza contractului de concesiune de lucrări și concesiunea de servicii, contracte pentru care vom folosi generic noțiunea de *concesiune* sau de *contract de concesiune*, astfel cum sunt ele reglementate de *Lege*. Restrângerea are ca motiv principal definirea acestora prin raportare la riscul de operare, element care face parte din familia mai mare a riscului din dreptul privat, tema principală a acestui studiu. Concesiunea de bunuri proprietate publică este, conform legii, caracterizată în principal prin *redevență*, iar concesiunea de lucrări și concesiunea de servicii prin noțiunea de *risc de operare*. Redevența reprezintă un element constitutiv al contractului, esențial pentru încheierea contractului, lipsa sa ducând la nulitatea contractului, pe când riscul de operare este un criteriu de definire și calificare care poate cel mult determina o recalificare a actului juridic. În cazul contractului de concesiune, conceptul de redevență este doar unul accidental, poate chiar eronat integrat în art. 89 alin. 2 lit. g) al *Legii*¹. Astfel că, dubla restrângere – contractul de concesiune definit de *Lege* și riscul de operare – din prezentul studiu este una justificată.

Doctrina a analizat pe larg concesiunea domenială. Acesta este văzut² ca un contract în care elementul „contractual” și cel de „putere” se împletesc atât de strâns încât nu pot fi separate, ci dau naștere unei noi entități. În opinia altor autori³, contractul de concesiune este „un contract civil sau comercial, în raport cu natura activității ori a serviciului care face obiectul concesiunii, precum și de calitatea concesionarilor”. În continuare, autorul conchide că „datorită împrejurării că *partea reglementară a contractului de concesiune* (adică acele elemente esențiale ale contractului preluate din caietul de sarcini întocmit de autoritatea concedentă) își pune amprenta în mod decisiv asupra configurației contractului de concesiune, o bună și esențială parte a clauzelor acestuia nu pot fi negociate și, ca atare, acest contract poate fi calificat ca unul de azeziune.

De asemenea, având în vedere finalitatea social-economică urmărită prin încheierea contractului de concesiune, în general, acesta poate fi inclus în categoria contractelor prin care se realizează administrarea (utilizarea) bunurilor, activităților și serviciilor gestionate de stat”. În doctrină⁴, s-a avansat ideea conform căreia concesiunea ar fi „un act juridic complex, care se alcătuiește dintr-o parte reglementară și o parte contractuală”. Motivul unei astfel de catalogări este considerat a fi „lipsa de egalitate juridică dintre concedent și concesionar”. Potrivit doctrinei mai vechi⁵, prin noțiunea de concesiune de servicii publice se înțelegea acea „modalitate de gestiune a unui serviciu public prin care un particular, persoană fizică ori juridică, preia riscurile conducerii unui serviciu public, sub controlul, autorității administrative, în schimbul dreptului de a percepe de la utilizatorii sau beneficiarii serviciului public taxele pentru serviciile prestate”. În această cercetare, ne vom detașa complet de toate aceste opinii doctrinare întrucât nu au nici un punct de legătură cu concesiunea definită prin riscul de operare.

Un alt aspect demn de menționat la începutul prezentei lucrări este următorul: întrucât nu mai există un cadru legal general care să reglementeze regimul juridic al contractului de concesiune, indiferent de obiectul său, considerăm că, în situația în care nu există prevederi care să trateze anumite situații juridice, se va aplica dreptul comun. Considerăm că, în atare

circumstanțe, dreptul comun rămâne dreptul civil⁶. Regimul juridic al unui contract de importanța celui de concesiune trebuie să fie unul clar legiferat, fără sincope sau viduri legislative, susceptibil de interpretări arbitrare sau abuzive, astfel că în situația în care nu există reglementări specifice în legile speciale sau în *Directivă*, dreptul civil trebuie să se aplice. În plus, Constituția obligă Statul român să asigure anumite servicii și lucrări pentru cetățenii săi, situație care nu poate rămâne nereglementată. Așadar, în prezentul studiu, vom apela, acolo unde există situații nereglementate de *Lege* și unde nu există incompatibilități notabile cu dreptul civil, la normele din Codul civil care reglementează teoria generală a obligației și a contractului civil.

Contractele de concesiune definite prin riscul operațional au delăsat, în principiu, orice fel de legătură cu dreptul privat. În *Lege* există pur și simplu formal câteva articole⁷ care trimit la dreptul comun, presupunând că ar fi vorba de dreptul civil. Practic, va fi dificilă aplicarea acestor texte de lege, în condițiile în care multe dintre normele speciale conținute în *Lege* sunt contrare dreptului comun. Aceste trimiteri au ca unic scop transformarea reglementării concesiunii într-o frumoasă poveste, în care dreptul public se împletește cu dreptul privat, normele speciale fiind completate de normele generale, totul spre o cât mai complexă legiferare a contractului de concesiune.

Acest cadru legislativ relativ nou referitor la concesiune se datorează jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie, și în principal hotărârilor pronunțate în cauza C-274/09 - Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler c. Zweckerband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (Hotărârea Curții din 10 martie 2011) și în cauza C-206/08 – Eurawasser, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) împotriva Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (Hotărârea Curții din data de 10 septembrie 2009), hotărâri care au statuat că riscul de operare este element definitoriu pentru acest tip de contracte de concesiune.

Contractele de concesiune sunt catalogate atât de lege, cât și de doctrină, ca făcând parte din „categoria” contractelor administrative sau a contractelor de drept public. O astfel de catalogare ar trebui să conteze din perspectiva normelor juridice aplicabile și pentru stabilirea unui regim juridic adecvat. În realitate însă, catalogarea acestor contracte ca fiind contracte administrative este un demers strict didactic, fără implicații juridice. Astfel, *contractele administrative* reprezintă o denumire strict didactică, pentru ușurarea înțelegerii comune, categoria juridică fiind contractul de concesiune. În ceea ce privește denumirea de *contracte de drept public*, aceasta este sinonimă celei de *contracte administrative*, care a luat ființă tocmai pentru a evita denumirea de *contracte administrative*. Toate aceste tipuri de acte juridice, adică și contractele administrative și contractele de drept public, sunt de fapt acte administrative, acte care includ și operațiuni juridice⁸.

Păreră noastră este că orice contract de drept public sau administrativ este un contract civil căruia i s-a atașat o procedură administrativă, având astfel o natură mixtă, în funcție de tipul de contract încheiat. Riscul de operare este conectat doar cu partea contractuală a concesiunii, neavând nici o influență asupra procedurii administrative de atribuire a contractului. Cu toate acestea, riscul de operare este diferit de noțiunea de risc din dreptul privat care afectează contractele civile. Pe larg, vom analiza raportul dintre riscul de operare și cel din dreptul privat în partea 4.

1.1. Reglementări europene

La nivel european, prin *Directivă*, s-a încercat crearea unui cadru legal adecvat, care să înlăture obstacolele în calea liberei circulații a serviciilor și incertitudinea juridică existentă în jurul contractelor de concesiune. Scopul final al acestui act normativ este acela ca cetățenii Uniunii să beneficieze de servicii de calitate la cele mai bune prețuri, prin utilizarea optimă a banilor publici și contractarea unor servicii de la toți operatorii economici din Uniune. Conform alineatului 1 din preambulul *Directivei*, se dorește crearea unui „cadru juridic adecvat, echilibrat și flexibil de reglementare a atribuirii concesiunilor”, care să garanteze operatorilor economici accesul efectiv și nediscriminatoriu pe piață, „favorizând investițiile publice în infrastructuri și servicii strategice pentru cetățeni”.

Importanța unei astfel de reglementări este dată și de faptul că în orice stat european, „contractele de concesiune reprezintă instrumente importante pentru dezvoltarea structurală pe termen lung a infrastructurii și a serviciilor strategice, contribuind la progresul concurenței de pe piața internă, făcând posibilă valorificarea cunoștințelor de ordin tehnic ale sectorului privat și facilitând procesul de eficientizare și de inovare” (alineatul 3 din preambulul *Directivei*). Dintr-o atare perspectivă, acest tip de contract reprezintă un instrument important pentru bunăstarea cetățenilor, a societății și a Statului, în general. Astfel, însemnătatea riscului crește într-un mod vertiginos, astfel că analiza noastră este una justificată și necesară. Având în vedere însemnătatea contractelor de concesiune, cadrul legislativ aplicabil acestora ar trebui să fie simplu și clar, fără a crea o sarcină birocratică excesivă.

Directiva încearcă să stabilească limite clare între contractele de concesiune și alte domenii/contracte/instituții juridice în care sunt implicate organe ale statului, servicii publice sau operatori economici. De aceea chiar și în preambul regăsim definiții ale contractelor de concesiune și a unor concepte precum *riscul de operare*.

De asemenea, se încearcă trasarea unor linii de demarcație față de alte reglementări. *Directiva* menționează o parte dintre ele, dintre care amintim și noi pe cele privind (1) finanțarea unei activități, în special prin intermediul granturilor, (2) sistemele de servicii pe bază de bonuri, (3) autorizațiile sau licențele pentru exercitarea unei activități economice, (4) dreptul unui operator economic de a exploata anumite domenii sau resurse publice în temeiul dreptului public sau privat, (5) drepturile de trecere care vizează utilizarea bunurilor imobile publice pentru punerea la dispoziție sau funcționarea liniilor sau rețelelor fixe destinate furnizării de servicii către public, (6) contractele care nu presupun plăți către contractant și în cadrul cărora contractantul este remunerat pe baza tarifelor reglementate, calculate astfel încât să acopere toate costurile și investițiile suportate de contractant pentru furnizarea serviciului, (7) domeniul apei, (8) serviciile media.

Toate aceste comparații, clasificări și definiții sunt necesare pentru crearea unui cadru legal al contractului de concesiune coerent din punct de vedere juridic. Nevoia unor astfel de demersuri are ca punct de plecare hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauze privind contractele de concesiune sau achiziție publică, o parte dintre acestea fiind menționate mai sus.

Ca urmare a acestor mișcări legislative la nivel european, în dreptul intern s-a transpus *Directiva* prin *Lege*. Această lege beneficiază și de Norme de punere în aplicare, aprobate prin Hotărârea nr. 867/2016, norme care conțin unele reglementări relevante pentru studiul riscului de operare, pe care le vom denumi în cele urmează *Normele*. În aceste reglementări nu s-au reținut toate nuanțele sesizate în *Directivă*, existând anumite lipsuri și discrepante. Le vom analiza în cele ce urmează doar din perspectiva riscului de operare și a efectelor sale.

O primă definiție a acestui contract se regăsește în preambulul *Directivei*, la punctul 11, care prevede următoarele: „Concesiunile sunt contracte cu titlu oneros încheiate în scris prin intermediul cărora una sau mai multe autorități contractante sau entități contractante încredințează executarea de lucrări sau prestarea și gestionarea de servicii unuia sau mai multor operatori economici. Obiectul unor astfel de contracte îl constituie achiziția de lucrări sau servicii prin intermediul unei concesiuni a cărei compensație constă în dreptul de exploatare a lucrărilor sau a serviciilor sau în dreptul de exploatare și o plată. Este posibil, dar nu obligatoriu, ca astfel de contracte să presupună transferul de proprietate către autoritățile contractante sau entitățile contractante, dar autoritățile sau entitățile contractante obțin întotdeauna beneficiile lucrărilor sau serviciilor în cauză”.

Tot în preambulul *Directivei* mai sus amintite se încearcă clarificarea definiției concesiunii, în principal în ceea ce privește conceptul de risc de operare. Se afirmă că „principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, chiar dacă riscul îi revine în continuare, parțial, autorității contractante sau entității contractante. Aplicarea de norme specifice care să reglementeze atribuirea concesiunilor nu s-ar justifica dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă ar prelua riscul eventualelor pierderi suportate de operatorul economic, garantându-i un venit minim cel puțin egal cu investițiile efectuate și cu costurile pe care trebuie să le acopere operatorul economic în legătură cu executarea contractului.

În același timp, ar trebui precizat că anumite aranjamente remunerate exclusiv de o autoritate contractantă sau de o entitate contractantă ar trebui să fie considerate concesiuni dacă recuperarea investițiilor și a costurilor suportate de operator pentru executarea lucrării sau prestarea serviciului depinde de cererea efectivă sau de disponibilitatea serviciului sau a activului”. În aceste texte legale regăsim o definiție a riscului de operare, fiind evidențiat caracterul său economic. Riscul de operare e văzut ca fiind posibilitatea concesionarului de a nu-și recupera costurile și investițiile efectuate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, altfel spus un eveniment aleatoriu care poate produce prejudicii concesionarului. De asemenea se definește riscul de ofertă și riscul de cerere.

1.2. Reglementări naționale

Contractul de concesiune este reglementat prin *Lege*⁹, precum și prin normele de punere în aplicare a acestei legi. *Legea* definește *contractul de concesiune* în două moduri.

Primul îl regăsim printre definițiile enumerate la art. 5, și anume acela de „contract cu titlu oneros, asimilat potrivit legii actului administrativ, încheiat în scris, prin care una sau mai multe entități contractante încredințează executarea/prestarea și gestionarea de lucrări/servicii unuia sau mai multor operatori economici, în care contraprestația pentru lucrări este reprezentată fie exclusiv de dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor/serviciile care fac obiectul contractului, fie de acest drept însoțit de o plată”.

Această definiție nu este încărcată cu valoare juridică, ci pare mai degrabă o enumerare de caractere ale contractului de concesiune, narativă, semănând foarte mult cu definițiile contractului de achiziție publică și de achiziții sectoriale. Singurul aspect relevant din punct de vedere juridic este acela că, *contractul de concesiune* este asimilat actului administrativ, cu unicul scop de a atrage competența instanțelor de judecată administrative. Din punct de vedere al dreptului material, *contractul de concesiune* nu este un real act administrativ, ci doar din punctul de vedere al procedurii este asimilat actului administrativ, pentru a atrage competența instanțelor de contencios administrativ. *Contractul de concesiune* pare a fi un contract de drept privat îmbrăcat cu o procedură de atribuire aparținând dreptului public, creându-se astfel o operațiune mixtă, o structură normativă, reglementată doar de norme speciale, fără a avea o natură juridică proprie și fără a fi guvernată de norme generale sau principii de drept recunoscute fie în dreptul privat, fie în cel public.

O a doua definiție o putem extrage din art. 6 al *Legii*, articol care prevede că „(1) Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective. (2) Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare a fost transferată atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă”. Din aceste texte legale reiese intenția legiuitorului de a introduce în definiția contractului de concesiune noțiunea de risc de operare. *Contractul de concesiune* se definește în funcție de riscul de operare, prin atribuirea acestuia concesionarului, împrumutând astfel din caracterele generale ale riscului din dreptul privat, respectiv patrimonialitatea prin prejudiciul provocat și eventualitatea prin evenimentul aleatoriu pe care îl cuprinde.

Cu toate că noțiunea de *risc de operare* nu este introdusă în definiția legală de la art. 5 din *Lege*, coroborând art. 6 din *Lege* cu prevederile art. 5 din *Directiva*, concluzia noastră este că riscul de operare este element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, fiind doar o alegere neinspirată a legiuitorului român de a le reglementa în articole distincte, fără a exista o rațiune juridică în spatele acestui demers de tehnică legislativă. În concluzie, riscul de operare face parte din *contractul de concesiune*, fiind în același timp un criteriu de definire și unul de calificare a contractelor de concesiune.

1.3. Doctrina română și străină

Contractul de concesiune nu reprezintă un domeniu des studiat și analizat în doctrina română. În lucrările de referință privind dreptul administrativ regăsim câteva analize cu privire în special la concesiunea domenală și mult mai puțin cu privire la *contractele de concesiune*. În cea mai relevantă și complexă analiză a dreptului administrativ¹⁰, se susțin următoarele: „Concesiunea nu este un scop în sine, ea este o modalitate juridică creată de civilizația secolului XIX, dar, mai ales, a secolului XX, pentru a face să fie puse mai bine în valoare lucrurile publice ce urmează să fie transmise generațiilor viitoare”. În Franța, contractul de concesiune și-a câștigat renumele de „cea mai utilizată metodă de exploatare a domeniului public de către Administrație, prin transmiterea către particulari a unor drepturi exclusive în acest sens”¹¹, deși natura sa juridică rămâne una controversată.

În doctrina franceză mai recentă¹², se susține că *Directiva* consideră transferul riscului de operare criteriul prim al concesiunii, cu toate că noile texte legale nu sunt scutite de contradicții și incertitudini. Noțiunea de risc de operare este considerată a fi una neclară. Aceeași autori susțin că „dreptul de exploatare și prețul sunt contrapartida nu a activității, ci a riscului asumat de exploatare”.

În doctrina română mai recentă, se statuează după cum urmează: „Contractul de concesiune a depășit barierele spațiului și timpului, el nu aparține unei anumite epoci sau unor anumite conjuncturi economico-sociale, nu și-a încetat existența și nu a devenit anacronic. Contractul de concesiune s-a transformat continuu, adaptându-se necesităților societății, dar păstrând o indisolubilă corelație cu noțiunile care i-au trasat întotdeauna identitatea, cum ar fi: domeniul public, interesul public sau serviciul public”¹³. Mai nou, și riscul apare ca noțiune care îi trasează identitatea, deși nu este identificat în doctrină ca atare.

Ținând cont de toate cele menționate mai sus în doctrina recentă, în mod evident, riscul de operare nu a fost încorporat în ființa contractului de concesiune. Sperăm însă că în studiile ce vor urma va fi mai clar conturată această noțiune și relația sa cu contractul de concesiune, dar și cu elemente din dreptul privat care țin de problematica riscului, imposibilității fortuite de executare, aleatorului.

1.4. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene

Înainte de *Directivă*, în hotărârile¹⁴ pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Curtea a analizat în ce măsură contractele încheiate de autorități sau entități publice sunt contracte de concesiune sau contracte de achiziții publice, pornind de la riscul transferat concesionarului. În aceste hotărâri apar sintagme precum „risc semnificativ”, „risc de exploatare important”, „risc economic”, „risc inerent exploatării economice a serviciului”.

Concluzia Curții a fost în sensul următor: „faptul că, în cadrul unui contract cu privire la servicii, autoritatea contractantă nu plătește direct o remunerație cocontractantului, ci acesta din urmă are dreptul să perceapă o remunerație de drept privat de la terți, este suficient, în

sine, pentru ca respectivul contract să fie calificat drept concesiune de servicii, în măsura în care cocontractantul preia în totalitate sau o parte însemnată din riscul de exploatare, chiar dacă acest risc este de la început foarte limitat datorită modalității de drept public de organizare a serviciului”. Putem deci observa că baza noilor reglementări în domeniul concesiunilor este reprezentată de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care a statuat în mod constant faptul că „În lipsa completă de transfer către prestator al riscului legat de prestarea de servicii, operațiunea respectivă constituie un contract de servicii”.

Aceste concluzii s-au păstrat, în mod constant, în majoritatea hotărârilor privitoare la contractele de concesiune. Ba mai mult, prevederile din *Directivă* sunt constant interpretate de ultimele decizii ale Curții în acest domeniu. Riscul de operare este privit în jurisprudența Curții ca fiind un element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, care cade, în principal, în totalitate în sarcina concesionarului.

1.5. Concluzii

Din cele de mai sus, rezultă că, în momentul actual, *contractul de concesiune* este reglementat în principal de norme speciale cuprinse în *Lege*, lipsind normele generale. Deși există o tendință în ființa fiecărui doctrinar de a analiza orice contract pornind de la natura sa juridică, fapt care permite stabilirea normelor juridice și a regimului juridic aplicabile, în cazul contractului de concesiune, nu suntem în prezența unui arhetip juridic, fiind dificil, dacă nu chiar imposibil, de stabilit natura juridică a acestuia. *Contractul de concesiune* pare a fi o figură juridică elaborată după exigențe politice, economice, jurisprudențiale, fără a exista o viziune juridică unitară și clară asupra acestuia. Logica care îl guvernează este una extra-juridică, fiind mai degrabă o categorie distinctă și autonomă de act. Ceea ce contează sunt scopurile și efectele contractului, mai puțin importante fiind categoriile, clasificările și natura juridică a actului. Înclinăm să credem că este dificil de stabilit natura juridică a contractului de concesiune pentru că nu există o natură juridică clară a acestuia.

Legea folosește instrumente postmoderne de reglementare, în urma analizei de ansamblu a acesteia putându-se lesne concluziona că legiferează doar cadrul și principiile generale privind procedura de atribuire a *contractului de concesiune*, fără a conține prea multe norme privind dreptul material cu privire la *contractul de concesiune*. *Legea* încearcă o reglementare specială, detaliată a contractului, acolo unde este cazul făcând trimitere la dreptul comun. În cazul de față, dreptul comun este reprezentat de dreptul civil, dar și de alte reglementări privitoare la concesiune. Ori de câte ori va apărea o problemă juridică sau un vid legislativ, legiuitorul va acționa prompt în sensul reglementării situației respective, pentru o facilă utilizare a acestui contract. Miza stabilirii naturii juridice a unui contract este stabilirea regulilor juridice aplicabile. În materie de concesiune, nu există această miză, pentru că în momentul în care nu există o regulă, legiuitorul va acționa imediat pentru stabilirea ei.

În atare circumstanțe, *contractul de concesiune* apare ca fiind un contract de drept strict, reglementat de norme speciale, concretizându-se într-o categorie juridică distinctă. Din această postură de categorie autonomă, natura *contractului de concesiune* se identifică

cu regimul său normativ propriu, neavând nevoie de o explicitare prin raportare la o altă categorie juridică. Așadar, *contractul de concesiune* nu mai este o specie de act juridic prin raportare la alte acte juridice civile, ci are un regim juridic propriu, stabilit de norme speciale. Aceste aspecte nu influențează prea mult studiul de față, întrucât riscul de operare nu este legat de aceste norme sau de natura juridică a contractului de concesiune. Riscul este atât integrat în corpul contractului, dar are și o mișcare separată de acesta, fiind extern, imprevizibil și prejudiciabil.

2. Riscul de operare în contractul de concesiune de lucrări sau servicii – noțiune și semnificații

În prezent, atât în *Lege*, cât și în *Directivă* se găsesc referiri la noțiunea de *risc de operare*, fără a exista conturată o definiție legală a acestui concept. Cu toate acestea, în cuprinsul actelor normative mai sus enunțate, se abordează relația dintre riscul de operare, *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice.

Directiva tratează subiectul franc și fără ocolișuri, existând câteva precizări importante chiar în preambulul acesteia, prevederi pe care considerăm oportun să le redăm în integralitate în cele ce urmează:

„(18) Dificultățile legate de interpretarea conceptelor de concesiune și de contract de achiziții publice au generat o constantă incertitudine juridică printre părțile interesate și au condus la numeroase hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene. Așadar, definiția concesiunii ar trebui clarificată, în special în ceea ce privește conceptul de risc de operare. Principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, chiar dacă riscul îi revine în continuare, parțial, autorității contractante sau entității contractante.

Aplicarea de norme specifice care să reglementeze atribuirea concesiunilor nu s-ar justifica dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă ar prelua riscul eventualelor pierderi suportate de operatorul economic, garantându-i un venit minim cel puțin egal cu investițiile efectuate și cu costurile pe care trebuie să le acopere operatorul economic în legătură cu executarea contractului. În același timp, ar trebui precizat că anumite aranjamente remunerate exclusiv de o autoritate contractantă sau de o entitate contractantă ar trebui să fie considerate concesiuni dacă recuperarea investițiilor și a costurilor suportate de operator pentru executarea lucrării sau prestarea serviciului depinde de cererea efectivă sau de disponibilitatea serviciului sau a activului.

(19) Dacă o reglementare sectorială elimină riscul, prevăzând să i se acorde concesionarului o garanție privind atingerea pragului de rentabilitate referitor la investițiile și costurile suportate pentru exploatarea contractului, un astfel de contract nu ar trebui să fie considerat o concesiune în sensul prezentei directive. Faptul că riscul este limitat de la bun început nu ar trebui să excludă posibilitatea considerării contractului drept concesiune. Acesta poate fi cazul,

de exemplu, în sectoarele cu tarife reglementate sau atunci când riscul de operare este limitat prin intermediul contractelor care prevăd compensări parțiale, inclusiv compensări în cazul încetării anticipate a concesiunii, din motive imputabile autorității contractante sau entității contractante sau din motive de forță majoră.

(20) Riscul de operare ar trebui să reiasă din factori care nu depind de părți. Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către operatorul economic sau de o situație de forță majoră nu sunt hotărâtoare în vederea clasificării drept concesiune, întrucât riscurile respective sunt inerente fiecărui contract, fie că este vorba de un contract de achiziții publice sau de o concesiune. Un risc de operare ar trebui înțeles drept riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere. Riscul de cerere trebuie înțeles ca riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul contractului. Riscul de ofertă trebuie înțeles ca fiind riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul contractului, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii. În scopul evaluării riscului de operare, valoarea actualizată netă a tuturor investițiilor, costurilor și veniturilor concesionarului ar trebui avută în vedere în mod consecvent și uniform”.

Extragem aspectele importante sesizate în *Directivă*, aspecte pe care le vom analiza pe larg în capitolele ce urmează:

- Legătura directă, clară și indisolubilă între *contractul de concesiune* și riscul de operare, prin integrarea noțiunii de *risc de operare* în definiția contractului, riscul devenind astfel element definitoriu al contractului de concesiune.
- Calificarea juridică a contractului ca fiind de concesiune sau de achiziție, în funcție de transferul riscului de operare.
- Caracterele riscului de operare de eveniment exterior, diferit de o situație de forță majoră sau de alte riscuri inerente oricărui contract.
- O specie a riscului de operare o reprezintă riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere.

Mai departe, în art. 5 din *Directivă*, în cadrul definiției contractului de concesiune, se menționează că „Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică transferul către concesionar a unui risc de operare legat de exploatarea acestor lucrări sau servicii care cuprinde riscul de cerere sau riscul de ofertă ori ambele. Se presupune că concesionarul își asumă riscul de operare atunci când, în condiții de exploatare normale, nu i se garantează recuperarea investițiilor efectuate sau a costurilor suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul concesiunii. Partea riscului transferată către concesionar implică o expunere reală la situațiile neprevăzute care pot apărea pe piață, astfel încât orice pierdere potențială estimată suportată de concesionar nu este doar nominală sau neglijabilă”. Prin această reglementare, riscul de operare devine un element de definire pentru *contractul de concesiune*, fiind importantă analiza pierderilor potențiale estimate.

Transpunerea acestor dispoziții din legislația europeană în legislația internă prin *Lege* nu s-a efectuat în mod perfect identic, legiuitorul român preferând să menționeze riscul de operare într-un articol distinct de cel care cuprindea definițiile contractelor de concesiune de lucrări și servicii, și anume în art. 6 alin. 1¹⁵ din *Lege*. Chiar dacă legiuitorul român nu a inclus riscul de operare în articolul rezervat definiției contractului de concesiune, astfel cum s-a procedat la nivel european, considerăm că nu poate fi înlăturat caracterul definitoriu al riscului de operare pentru *contractul de concesiune*. Astfel, riscul, privit ca o pierdere semnificativă, potențială, estimată, suportată de concesionar, devine caracterial contractului de concesiune.

Putem observa că riscul apare, înainte de toate, în imediata apropiere a definiției legale a contractului de concesiune, devenind crucial pentru acesta. Mai apoi, legea conturează noțiunea și caracterele riscului, fără a-i dedica totuși o definiție precisă. La final, depistăm reglementări care fac din risc și un element de diferențiere între *contractul de concesiune* și cel de achiziție publică, precum și dintre contractele de drept public și cele civile. Ceea ce este important în analiza riscului de operare e litera legii, iar nu adausurile și detaliile din normele de punere în aplicare, care vizează aspecte *de facto*, materializate aici în pragul valoric al concesiunii, care e oricum modificabil. Deci, relevant ar fi de analizat riscul în concesiuni așa cum este legal definit, adică o pierdere economică, semnificativă și fortuită. Toate aceste aspecte vor fi cercetate în cele ce urmează.

2.1. Definiție legală a riscului de operare

Nu avem o definiție clară a riscului de operare în *Lege*, ci prevederi din care putem desprinde caracterele sale și putem schița o posibilă definiție a riscului de operare, definiție care se aproprie mult de cea deja analizată de noi în capitolele precedente referitoare la riscul din dreptul privat.

Astfel, alin. 2 al articolului 6 din *Lege* prevede că „Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare a fost transferată atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă”. De aici putem deduce că asumarea riscului de operare presupune o pierdere potențială estimată semnificativă. Altfel spus, pentru a ne afla în fața unui risc de operare este necesară existența unui prejudiciu, concretizat într-o pierdere patrimonială potențială considerabilă, prin raportare la valoarea contractului. Riscul de operare pare a fi definit ca fiind un prejudiciu potențial de o mare însemnătate raportat la valoarea contractului.

O tentativă de definire a riscului de operare se regăsește și în *Directivă* ca fiind „riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere. Riscul de cerere trebuie înțeles ca riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul contractului. Riscul de ofertă trebuie înțeles ca fiind riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul contractului, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii”. În acest caz, riscul de operare este conectat cu fațetele sale, riscul de cerere și cel de ofertă, fiind astfel limitat și particularizat de la caz la caz.

În alineatul 3 al articolului 6, *Legea* mai menționează că „(3) Riscul de operare este riscul care îndeplinește, în mod cumulativ, următoarele condiții: a) este generat de evenimente care nu se află sub controlul părților la *contractul de concesiune*; b) implică expunerea la fluctuațiile pieței; c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor”. Din aceste dispoziții legale putem extrage caracterele riscului de operare. Primul dintre acestea este caracterul exterior al riscului raportat la clauzele contractului, riscul nedepinzând de voința părților, concedent și concesionar. De asemenea, asumarea riscului de operare presupune suportarea de concesionar a modificărilor din piață, a cererii sau ofertei. Acest fapt îi imprimă riscului un caracter economic, variabil, legat de piața financiară internă și internațională.

La o analiză de suprafață, riscul de operare implică posibilitatea ca particularul – concesionarul, în relația sa cu concedentul, să nu poată avea profit vreodată, fapt contrar ideii de contract sinalagmatic și oneros. Baza oricărui contract sinalagmatic și oneros o reprezintă ideea de câștig, profit, preț. În schimb, în cazul contractului de concesiune, concesionarul are doar o posibilitate de a face profit, riscul fiind asumat de el în mare parte, el neputând cere nimic de la concedent. Concedentul nu poate plăti niciodată nimic, precum la contractul de achiziție, unde autoritatea contractantă e ținută să achite prețul. În acest punct sensibil apare utilizatorul și relația concesionarului cu acesta, terț față de *contractul de concesiune*. Am putea analiza o posibilă onerozitate și a caracterului sinalagmatic al *contractului de concesiune* din perspectiva raportului concesionar – terț, utilizator. Vom examina aceste aspecte în partea privitoare la caracterul economic al riscului de operare.

O concluzie preliminară este aceea că riscul de operare are aceeași semnificație ca riscul din dreptul privat, respectiv de eveniment aleatoriu, exterior contractului, care produce prejudicii de natură economică concesionarului. Cu toate acestea, sfera de aplicare a riscului de operare este complet diferită de cea a riscului din dreptul privat, având efecte diferite asupra contractului și cuprinzând evenimente diferite, fapt analizat pe larg în secțiunea a patra a studiului.

2.2. Caractere ale riscului de operare

Din toate aceste prevederi legale, putem desprinde caracterele riscului de operare, similare cu cele identificate de noi și în primul capitol al lucrării ca fiind caracterele riscului în dreptul civil, și anume de eveniment prejudiciabil, imprevizibil, potențial și exterior, care produce prejudicii concesionarului. Și din perspectiva *Legii*, cele două coordonate esențiale ale riscului rămân patrimonialitatea și aleatoriul, privit ca eveniment fortuit. În plus, se conturează și un caracter economic în strictă legătură cu cererea și oferta din piața internă.

2.2.1. Patrimonialitatea

Ideea de patrimonialitate este strict conectată cu noțiunea de prejudiciu și cu starea de pericol creată. Materializarea stării de pericol dă naștere prejudiciului. În logica contractuală, riscul poate afecta raportul juridic și deci are relevanță din punct de vedere juridic doar dacă există un prejudiciu. Riscul de operare este conectat cu ideea de prejudiciu, chiar dacă acesta rămâne unul potențial, viitor. Prin înglobarea prejudiciului printre componentele riscului de operare, se relevă latura „umană”, practică, concretă a acestuia, în completarea celei abstracte, care ține de hazard.

2.2.2. Imprevizibilitatea

O altă caracteristică a riscului de operare este că pierderea patrimonială trebuie să fie una eventuală, dar care să poată fi estimată, fapt ce creionează caracterul imprevizibil al acestuia. Riscul de operare rămâne un eveniment viitor și imprevizibil, cu toate că înainte de încheierea contractului de concesiune are loc o inventariere a posibilelor situații care pot da naștere riscului. Această imprevizibilitate nu are în vedere o imprevizibilitate absolută, ci una „relativă”, în funcție de circumstanțele în care se manifestă împrejurarea și modalitatea de reflectare a acesteia în conștiința și cunoștințele părții contractante în cauză.

Din această perspectivă, noțiunea de risc integrează atât ideea de previzibilitate, cât și cea de imprevizibilitate. Fenomenul în sine care creează riscul este unul care poate fi anticipat și evitat, ceea ce nu putem însă prevedea sunt efectele fenomenului asupra raportului juridic și dacă acesta se va manifesta.

2.2.3. Caracterul economic

Riscul de operare este un risc al pieței, având o natură vădit economică. Din toate unghiurile din care am dori să privim riscul de operare, acesta apare ca fiind un risc legat de rentabilitatea proiectului (serviciu sau lucrări) la care s-a angajat concesionarul. Finanțarea proiectului, existența unor cereri și oferte reale pe piața internă, veniturile și cheltuielile aferente realizării obiectului contractului, condițiile economice și financiare generale, interne sau internaționale, resursele și capitalul investit în efectuarea proiectului de concesiune, concurența, schimbările legislative, politice, economice din piața internă, toate reprezintă fațete ale caracterului economic al riscului.

Concesionarul se află însă în fața unei incertitudini cu privire la profitul proiectului. La nivel național, există deja numeroase dosare pe rolul instanțelor, prin care se cere rezilierea sau rezoluțiunea contractului de concesiune pe motiv de nerentabilitate. Instanțele de judecată sunt astfel puse în fața analizării riscului de operare și a modalităților de cuantificare și estimare a acestuia. Așadar caracterul economic poate influența oportunitatea încheierii contractelor de concesiune. În aceste situații, se pune în discuție inclusiv caracterul sinalagmatic și oneros al contractului. Lipsa acestor caractere pot determina „moartea” contractului de concesiune, fapt puțin probabil.

În dreptul privat, actul juridic este considerat, la modul teoretic și principal, sinalagmatic și oneros. Aceste caractere ale contractului nu depind niciodată de o chestiune de fapt, apărută pe parcursul derulării contractului. În materie de concesiune însă, datorită raportului extra-contractual dintre concesionar și utilizator, onerozitatea este dată de contingent, e funcțională, nu e originară. Riscul operațional rămâne un criteriu de definire și calificare conform legii, care atunci când dispare transformă *contractul de concesiune* într-un contract oneros pentru concesionar. Astfel, în situația în care *contractul de concesiune* devine complet oneros pentru concesionar, pe parcursul derulării contractului, dispare riscul de operare și apare riscul din dreptul comun. Ținând cont de acest raport tripartit, în care relația dintre concesionar și utilizator poate influența contractul, concluzionăm că și *contractul de concesiune* este, de principiu, sinalagmatic și oneros, dar el devine complet oneros doar când dispare riscul de operare. Specificitatea acestui tip de contract este dată tocmai de raportul dintre concesionar și utilizator și de caracterul economic al riscului de operare.

2.3. Tipuri de riscuri

2.3.1. Risc de proiect, risc de operare și risc de exploatare, riscul de construcție și riscul operațional legat de disponibilitatea serviciilor

În legislația națională privind *contractul de concesiune*, am identificat mai multe sintagme care înglobează noțiunea de *risc*, dintre care amintim: *risc de proiect*, *risc de operare* și *risc de exploatare*. În doctrina recentă¹⁶, s-a afirmat că „riscul de exploatare implică riscul de piață (risc de cerere, risc de ofertă), dar și un risc operațional, acestea nefiind distincte de riscul de exploatare” și că „noțiunea de risc de exploatare pare a se confunda cu cea a riscului de operare”, fără a exista o astfel de delimitare legală. Mai mult, se susține și că „riscul de proiect este cel virtual asumat, anterior riscului de operare/exploatare, care va opera concret ca urmare a încheierii efective a contractului de concesiune”.

Riscurile de proiect sunt prevăzute în Anexa nr. 1 din *Norme*¹⁷, anexă care cuprinde o matrice preliminară de repartitie a riscurilor de proiect, aferente unui contract de concesiune de lucrări. Se poate deci observa că nu există și o matrice a acestor riscuri cu privire la *contractul de concesiune* de servicii, fapt bizar, având în vedere că normele se referă la punerea în aplicare a *Legii* care are ca obiect reglementarea ambelor timpuri de contracte. Conform acestor dispoziții, riscurile de proiect trebuie identificate, cuantificate și repartizate cu ajutorul unei matrice, din punct de vedere economic financiar, în cadrul unui studiu de fundamentare și a unui studiu de fezabilitate în temeiul cărora va fi fundamentată și aprobată decizia de concesionare. În alin. 1 al art. 13 din *Norme* se prevede că „(1) Studiul de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să cuprindă o analiză care să permită definirea și cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor de proiect, luând în considerare, totodată, și variantele identificate de repartitie a riscurilor între părțile viitorului contract de concesiune, precum și analiza privind încadrarea contractului în categoria celor de concesiune”.

În ceea ce privește noțiunea de *risc operațional al exploatării*, jurisprudența europeană¹⁸ a fost cea care a recunoscut aceasta sintagmă ca fiind de esența concesiunii. Astfel, contractul încheiat va fi clasificat concesiune și nu achiziție publică în situația în care concesionarul își asumă o mare parte din riscul operațional. Lipsa remunerării directe a concesionarului de către autoritatea contractantă reprezintă prin ea însăși o asumare a riscului de exploatare de către concesionar.

Potrivit raportului Juvin¹⁹, definiția riscului operațional în directiva concesiunilor este vagă: riscul care rezidă în cererea furnizării serviciului sau riscul care rezidă în disponibilitatea infrastructurii utilizate pentru furnizarea serviciului către utilizatori. Raportul Juvin a propus simplificarea acestuia, ca fiind un risc de exploatare, nu este cert că își va amortiza investițiile efectuate sau cheltuielile efectuate cu exploatarea serviciului care formează obiectul concesiunii.

Conform *Directivei*, riscul exploatării are o dublă semnificație:

- Acest risc se distinge de alte tipuri de risc inerente tuturor contractelor și exterioare pieței și care nu poate fi considerat ca un risc operațional de exploatare. Este cazul unei gestiuni defectuoase de către operatorul economic, a activității sale, de lipsuri ale obligației sale contractuale sau chiar de forță majoră.

- Concesionarul este obligat a-și asuma riscul exploatării în timp ce operează în condiții normale, nu este certă amortizarea investițiilor pe care le-a efectuat sau costurile pe care le-a suportat cu exploatarea lucrării sau serviciului care face obiectul contractului de concesiune.

Transferul riscului către concesionar nu trebuie să fie integral, însă partea din risc transferată trebuie să implice o „reală expunere pericolelor pieței” potrivit art. 5.1. din *Directivă*, și să fie semnificativ potrivit jurisprudenței europene²⁰.

Riscul de exploatare economic reprezintă un risc de expunere la hazardul pieței, caracteristică pe care o regăsim preluată întocmai în definiția riscului de operare elaborată în *Lege*. În aceeași idee, pct. 18 din preambulul *Directivei* precizează că principala caracteristică a unei concesiuni este dreptul de a exploata, care implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică, adică posibilitatea ca acesta din urmă să nu-și recupereze investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor, chiar dacă riscul îi revine parțial autorității contractante.

În doctrină²¹, *riscul exploatării economice a serviciului* este văzut ca „un risc de expunere la natura aleatorie a pieței și poate fi tradus prin riscul concurenței din partea altor operatori, riscul unei inadvertențe ofertă/cerere a serviciului, riscul insolabilității debitorului, riscul responsabilității unui prejudiciu sau al lipsei acoperirii complete a cheltuielilor de exploatare”. În atare condiții, în doctrina franceză citată mai sus se consideră că *riscul de exploatare* înglobează *riscul de operare*, dar și *riscul de construcție*, fără ca prin acesta din urmă să înțelegem aspecte care țin de natura contractuală a raportului născut dintre cele două părți, ci care sunt specifice concesiunii.

Și în art. 6 din *Lege* se menționează că „riscul de ofertă poate fi împărțit în riscul de construcție și riscul operațional legat de disponibilitatea serviciilor atunci când construcția și operarea constituie cele două mari faze ale proiectului de concesiune”. Conform *Normelor*,

riscul de disponibilitate apare atunci când „lucrările și serviciile care fac obiectul contractului nu sunt furnizate sau nu îndeplinesc specificațiile tehnice de calitate prevăzute în contract”. Toate aceste tipuri de riscuri sunt diferențiate de noțiunea de risc din dreptul privat. Se susține că „riscul de exploatare/operare nu se referă la forța majoră sau la cazul fortuit și nici la efectele care sunt atrase de culpa uneia dintre părți în executarea obligațiilor contractuale”²².

2.3.2. Riscuri financiare și riscuri de mediu versus impreviziune și aleatoriu

Riscul de operare pe care și-l asumă concesionarul înglobează, conform doctrinei²³, și riscurile financiare și cele de mediu. Aceste riscuri sunt considerate că se află la granița cu impreviziunea, forța majoră sau cazul fortuit. În acest sens, s-a afirmat că „la limita riscului financiar, apare impreviziunea, iar sfera de aplicare a impreviziunii trebuie reglementată prin clauzele contractuale, putând include atât circumstanțe economice, cât și fenomene naturale”²⁴. De asemenea, riscul de mediu este în imediata apropiere a evenimentelor fortuite, a *aleatorului*, precum forța majoră și cazul fortuit.

Vechea legislație²⁵ care reglementa *contractul de concesiune* consacră principiul echilibrului financiar al contractului și al egalității părților, principii specifice în principal dreptului civil, dar care au dobândit o formă particulară în *contractul de concesiune*, formă impusă de raporturile dintre interesul public și cel privat. Pe baza acestor principii, doctrina²⁶ a considerat că legiuitorul român a înțeles să reglementeze problema impreviziunii în acest *contractul de concesiune*. Același autor susține că „în concepția clasică despre impreviziune, dezechilibrul patrimonial contractual nu este rezultatul unor cauze de forță majoră sau cazuri fortuite, ci al unor împrejurări imprevizibile la momentul încheierii contractului și exterioare voinței și acțiunii părților, împrejurări care nu împiedică executarea obligațiilor, ci doar le face mai împovărătoare (mai excesive)”. În situația intervenirii impreviziunii, „concesionarul are dreptul de a primi din partea concedentului o compensație a sarcinilor suplimentare. Compensația va fi determinată de părți, în caz contrar va fi stabilită de instanță”. Impreviziunea era aplicabilă contractului de concesiune tocmai prin aplicarea principiului echilibrului financiar și al necesității modificării contractului de concesiune în cazul apariției unor evenimente care influențează echilibrul economic al contractului de concesiune.

În prezent, aceste principii nu mai sunt aplicabile, nefiind specifice contractului de concesiune reglementat de *Lege*. Astfel că discuțiile de mai sus nu se aplică și situației analizate în prezenta cercetare. Mai mult, în *Lege*, impreviziunea este considerată o modificare substanțială a contractului, fapt ce atrage organizarea unei noi proceduri de atribuire, cu toate efectele acesteia. În acest sens, art. 106 prevede următoarele: „(1) Contractele de concesiune pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanțiale, în sensul alin. (2). (2)

O modificare a unui contract de concesiune pe perioada de valabilitate este considerată modificare substanțială atunci când, prin această modificare, caracterul concesiunii devine substanțial diferit față de cel al concesiunii încheiate inițial. Este considerată modificare substanțială orice modificare care îndeplinește cel puțin una dintre următoarele condiții: (...)

b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de concesiune în favoarea concesionarului și/sau alocarea riscurilor între părți într-un mod care nu a fost prevăzut în concesiunea de lucrări sau în concesiunea de servicii inițială”.

În mod evident, este necesară parcurgerea unei noi proceduri de atribuire, ceea ce presupune încheierea unui nou contract, cu toate consecințele care decurg din acest fapt. Impreviziunea nu mai reprezintă astfel o condiție de existență a concesiunii, ea fiind „înghițită” de noțiunea de risc de operare. Raportul dintre *contractul de concesiune* și impreviziune s-a modificat deci. Considerăm că opinia doctrinarilor de mai sus nu mai este de actualitate, cu toate că unele păreri au fost emise după intrarea în vigoare a *Legii*.

3. Riscul de operare – element definitoriu și de distincție între contracte

Având în vedere noile reglementări din domeniu, se poate cu ușurință observa că, pe de o parte, riscul a devenit element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, iar, pe de altă parte, riscul de operare reprezintă un criteriu de diferențiere între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice. La o privire mai atentă, poate fi considerat chiar și un element de distincție între contractele de drept civil și cele de drept public, cele bilaterale și unilaterale, comutative și aleatorii. Toate acestea le vom analiza acum în detaliu.

3.1. Riscul de operare – element definitoriu

După identificarea definiției legale a contractului de concesiune și conturarea noțiunii de risc de operare, ca fiind o pierdere economică semnificativă și fortuită, se impune corelarea celor două noțiuni pentru evidențierea conexiunilor existente și extragerea implicațiilor juridice importante în economia contractului de concesiune.

Legiuitorul român a preferat să trateze separat noțiunea de *risc de operare*, respectiv în art. 6 din *Lege*, articol diferit față de cel în care apare definiția contractului de concesiune – art. 5 din *Lege*. În schimb, în reglementarea europeană, încă din preambul și din art. 5 din *Directivă* se face legătura între *contractul de concesiune* și riscul de operare, prin integrarea noțiunii de risc de operare în definiția celui dintâi.

Cu toate că transpunerea acestor dispoziții din legislația europeană în legislația internă prin *Lege* nu s-a efectuat întocmai, legiuitorul român preferând să menționeze riscul de operare într-un articol distinct de cel care cuprindea definițiile contractelor de concesiune de lucrări și servicii, și anume în art. 6 din *Lege*, esența trebuie să rămână aceeași – riscul de operare este un element definitoriu pentru *contractul de concesiune*. Astfel, indiferent dacă riscul de operare este sau nu reglementat în același text de lege ca definiția contractului de concesiune sau dacă este inclus în articolul rezervat definiției contractului de concesiune, astfel cum a procedat legiuitorul european, considerăm că și în legislația română își păstrează caracterul definitoriu. Riscul, privit ca o pierdere semnificativă potențială estimată suportată de concesionar, devine parte integrantă a contractului de concesiune.

În doctrina²⁷ și jurisprudența franceză²⁸ anterioară *Directivei*, în încercarea de a defini cât mai exact contractul de concesiune, s-a apelat la noțiuni precum incertitudine, rezultatele exploatării și inclusiv risc, pornind de la remunerația stabilită în contractul de concesiune. În prezent, se consideră că „riscul este consubstanțial noțiunii de concesiune”²⁹. Inițial, noțiunea de incertitudine a fost conectată cu noțiunea de rezultate ale exploatării serviciului, care la rândul ei a fost legată de remunerația din contractul de concesiune. Rezultatele luate în considerare au fost doar cele de natură fizică, nu financiară. În acest stadiu al evoluției jurisprudențiale, criteriul remunerației a suferit o regretabilă incertitudine conectată cu relația sa cu noțiunea de risc, întrucât se considera că persoana privată-concesionarul își asumă nu doar riscurile legate de construcție, dar și cele inerente gestiunii și utilizării echipamentului. Concluzia instanțelor franceze a fost că, într-o concesiune de lucrări, *aleas* inerente exploatării sunt transferate concesionarului.

De aici nu a mai fost decât un pas spre considerarea riscului ca fiind parte din noțiunea de concesiune. Astfel, criteriul remunerației conform rezultatelor a devenit un instrument de măsurare a riscului operațional. Într-o decizie din 2008, s-a introdus noțiunea de risc în definiția contractului de concesiune. Remunerația nu este asigurată de rezultatele exploatării, ci de o parte semnificativă din risc transferată cocontractantului. A operat integrarea criteriul riscului în criteriul financiar al contractului.

Având în vedere analizele de mai sus, referitoare la definiția contractului de concesiune și la noțiunea de risc de operare, putem concluziona fără urmă de echivoc că riscul a devenit element definitoriu pentru *contractul de concesiune*. În plus, pentru rigurozitate, ar trebui despărțită noțiunea de *risc de operare* de operațiunea de atribuire a contractului de concesiune, conexiunea fiind doar cu ființa contractului de concesiune, respectiv cu partea contractuală, și nu cu cea reglementară.

Așadar, *contractul de concesiune* se bucură de două definiții, dar doar în cadrul uneia dintre ele se apelează la noțiunea de risc de operare. În atare condiții, se naște întrebarea care e definiția cea mai exactă a contractului, cea prin riscul de operare sau cea prin elementele sale caracteristice. Considerăm că doar cea care apelează la noțiunea de risc de operare reprezintă o definiție concludentă și reală a contractului de concesiune din punct de vedere juridic, cealaltă fiind fără încărcătură și valoare juridică.

3.2. Riscul de operare - element de distincție între contracte

3.2.1. Contractele de concesiune și de achiziție publică

Riscul de operare reprezintă și un criteriu de diferențiere între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice. Înainte de a analiza implicațiile riscului de operare asupra diferențierii celor două contracte, este importantă identificarea elementelor principale de distincție între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice, ambele considerate de lege ca fiind contracte administrative, de drept public.

Contractul de concesiune este un contract numit, reglementat în dreptul public prin *Lege*, având o fizionomie juridică distinctă. De cealaltă parte, contractul de achiziții publice, reglementat prin *Legea nr. 98/2016*, reprezintă o modalitate sau procedură de atribuire a unui contract de drept comun, nefiind un contract numit. Dintr-o comparație între cele două contracte se naște un paradox. *Contractul de concesiune* este un contract de drept public, numit, catalogat de lege ca fiind un contract administrativ și deci care ar trebui să aibă o fizionomie juridică distinctă. Dintr-o atare perspectivă, riscul se conectează cu această categorie. Contractul de achiziție publică desemnează doar o modalitate de atribuire a unui contract ordinar, de înstrăinare, dobândire, locație. Riscul deci nu își mai găsește locul într-un atare context, deși forțat, legea oferă posibilitatea catalogării unui contract ca fiind de achiziție publică prin simplul fapt al preluării riscului de operare de către concedent.

Diferențele dintre diversele tipuri de contracte administrative sunt realizate doar prin normele legale, fie prin stabilirea unui prag valoric³⁰, fie prin calificarea dată de riscul de operare. Se apelează astfel la instrumente postmoderne de calificare a contractului de concesiune, acesta reprezentând o categorie juridică autonomă căreia nu i se mai aplică normele juridice generale.

Cu toate că există o definiție legală a celor două contracte, din toată economia legii, se nasc confuzii între contract și proceduri. Astfel, achizițiile publice par să desemneze două calități care pot fi confundate – contractul cu procedurile sale de atribuire, unde se face distincție între contract și atribuire, ca etape diferite. În cazul contractului de concesiune nu există această confuzie și necesitate de clarificare între contractul propriu zis și procedurile de atribuire. Contractul de achiziție nu are o natură distinctă de contractul de drept civil. Ceea ce este diferit este procedura de atribuire a acestuia. Astfel că, achiziția înțeleasă ca procedură este singura modalitate de a încheia un contract de drept comun cu entitatea contractantă și singurul element de specificitate în cazul încheierii unui contract cu o entitate contractantă. Riscul de operare nu ar trebui să facă parte nici un moment din formarea și atribuirea contractului de achiziții publice.

Contractul de concesiune este un contract de drept strict, inclusiv în materie fiscală, în timp ce în cazul contractului de achiziție publică, doar procedurile de atribuire a acestuia sunt de drept strict, iar nu contractul în sine.

Având în vedere această diferență, riscul de operare se justifică din punct de vedere legal doar din perspectiva contractului de concesiune, devenind un element definitoriu doar al acestuia. Atribuirea reprezintă un criteriu de distincție, din punct de vedere cantitativ, între contractul de achiziție și cel de concesiune. Așadar, riscul nu ar trebui analizat din această perspectivă a atribuirii, ci doar ca parte integrantă a contractului de concesiune.

Revenind la raportul dintre *contractul de concesiune* și cel de achiziții publice din perspectiva riscului de operare, relevante sunt atât dispozițiile art. 230 din *Legea nr. 98/2016*, conform cărora autoritatea contractantă are obligația să analizeze, prin studiul de fundamentare, dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic, așa cum acesta este reglementat de *Lege*, cât și art. 8 din *Lege*, care prevede că „(1) Prin studiul de fundamentare prevăzut la art. 7 alin. (1) entitatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei

părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic. (2) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, va fi transferată operatorului economic, contractul va fi considerat contract de concesiune, urmând a se aplica prevederile prezentei legi. (3) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, nu va fi transferată operatorului economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică sau contract sectorial, după caz”. Din reglementările de mai sus, rezultă că, riscul de operare reprezintă, conform legii, și un criteriu de calificare a contractelor administrative.

Rezultă, deci, că transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor, este fundamental pentru identificarea contractului de concesiune. În doctrina recentă³¹ s-a pus întrebarea, pertinentă de altfel, „cum poate fi însă determinat dacă partea de risc de operare transferată este sau nu semnificativă?” Răspunsul ne este dat tot de reglementările în vigoare, și anume de art. 6 alin. 2 din *Lege*, care identifică latura semnificativă a riscului ca fiind transferată „atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă” și *Directivă*, în care se precizează că partea de risc transferată este semnificativă atunci când există posibilitatea pentru concesionar ca acesta să nu își recupereze investițiile efectuate și costurile, fără a ca aceste răspunsuri să ofere o perspectivă clară asupra noțiunii de *semnificativ*. Mai mult, potrivit Ghidului pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România³², „regula generală pentru alocarea unui risc este aceea că trebuie suportat de partea care poate atenua riscul în cea mai mare măsură”. Deși concedentul își asumă mai puține riscuri decât în cazul achizițiilor publice, alocarea riscurilor trebuie să fie acceptabilă pentru concesionar și finanțatori. Autoritatea contractantă trebuie să preia orice risc care de obicei este neasigurabil pe piața internațională și să își asume riscurile pe care este în măsură să le gestioneze și să asigure rentabilitatea proiectului. Cu toate acestea, în lumina noilor reglementări, preluarea riscului de către autoritatea contractantă nu trebuie să fie una semnificativă, întrucât altfel, contractul nu mai poate fi concesiune.

Deși aceste texte legale pot fi folosite ca o metodă de eludare a prevederilor legale referitoare la formarea contractului de concesiune, posibil chiar a procedurii de atribuire a acestuia, scopul acestor norme rămâne acela de calificare a unui contract administrativ. Bineînțeles că în această situație, ar trebui analizat cum operează această recalificare a actului juridic în condițiile în care nu s-au respectat condițiile de atribuire, care sunt distincte de condițiile necesare încheierii contractului. Din prevederile legale citate mai sus, ar rezulta că doar până în momentul încheierii contractului de concesiune și deci a finalizării procedurii de atribuire, ar putea opera această recalificare a unui contract de concesiune într-un contract de achiziție. Ulterior, pe parcursul executării contractului, în cazul în care se conchide că riscul de operare nu a fost transferat într-o parte semnificativă concesionarului, considerăm că ar trebui aplicate prevederile referitoare la o neexecutare a contractului, în măsura în care sunt compatibile cu normele privind încetarea contractului de concesiune, nemaiputând interveni conversiunea lui într-un contract de achiziție. Ne vine greu să credem că odată încheiat, *contractul de concesiune* nu poate înceta decât în cazurile prevăzute în art. 110 din *Lege* și în art. 58 din *Legea nr. 101/2016*, devenind într-un fel „nemuritor”.

Se poate deci observa că riscul de operare este elementul care împarte contractele de drept public în două categorii – contractele de concesiune, atunci când o parte semnificativă din riscul de operare este asumat de către concesionar și contractele de achiziție publică, atunci când riscul de operare este asumat de către entitatea contractantă.

Atât *Legea*, cât și reglementările și jurisprudența europeană stabilesc ca criteriu principal de diferențiere între cele două contracte transferul unei părți semnificative a riscului de operare către concesionar. Determinarea părții semnificative din riscul de operare ni se pare dificil de efectuat în condițiile date. Pe cale de consecință, doar pe parcursul executării contractului, în funcție de situațiile care apar, se poate concluziona că s-a transferat o parte semnificativă din riscul de operare către concesionar.

Deci, *de lege lata*, riscul devine o modalitate de a face diferența între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice, pe lângă faptul că riscul e un element definitoriu al contractului de concesiune. Se poate observa că în domeniul contractelor administrative, riscul este cel care face ordine printre contracte, pe când în dreptul privat determină cel mult imposibilitatea fortuită de executare a contractelor.

3.2.2. *Contractele de drept public și contractele civile*

Contractul de concesiune se încheie destul de des de autoritățile publice în materie de dezvoltare publică, astfel că are o importanță practică foarte mare. Riscul de operare devine o punte între dreptul public și cel privat, fiind folosit într-o primă instanță ca criteriu de distincție între contractele de concesiune și cele de achiziții publice, ca mai apoi să fie cel care face diferența între contractele de drept public (contractul de achiziții publice și contractele de drept civil) locațiune, vânzare, etc. Legătura dintre dreptul civil și cel public este dată de faptul că procedura de atribuire a contractului este publică, achiziția nefiind decât o procedură prin care se încheie un contract ordinar de drept civil, între o autoritate publică și o persoană de drept privat.

Cu toate că forța riscului este în creștere, neincluderea riscului de operare în câmpul contractual al concesiunii nu atrage nici o sancțiune. Atunci când respectivul act juridic nu poate fi nici contract de concesiune (riscul de operare nefiind asumat în mare parte de concesionar), nici contract de achiziție publică, contractul încheiat de autoritatea publică trebuie să își continue existența sub o formă, atât timp cât nu poate fi desființat. Singura modalitate posibilă este să îmbrace hainele unui contract civil sau al unui contract de concesiune nereglementat de *Lege*, cu toate implicațiile juridice posibile, presupunându-se bineînțeles buna credință a părților contractante.

Există deci de asemenea posibilitatea ca riscul de operare să împartă convențiile în contracte încheiate de administrațiile publice ca autorități publice și contractele civile, încheiate de administrațiile publice în aceleași condiții și cu aceleași efecte ca atunci când acestea sunt încheiate de către particulari. Riscul de operare poate constitui un criteriu de distincție între contractele administrative și contractele civile alături de alte criterii, printre care și scopul pentru care au fost încheiate³³.

3.2.3. Contractele unilaterale și contractele bilaterale

În dreptul civil, granița dintre contractele unilaterale și cele bilaterale pare a fi una destul de bine conturată. Identificarea unui contract ca fiind unilateral nu se realizează cu dificultate având în vedere atributele evidente ale unui astfel de act juridic: (1) existența unei obligații principale, clar determinate, în sarcina uneia dintre părți, fără a exista și o obligație corelativă și (2) caracterul gratuit sau dezinteresat al actului respectiv. În domeniul contractului de concesiune, lucrurile nu mai stau atât de simplu. În momentul analizării naturii concesiunii, apar mai multe necunoscute, dar și specificități, toate datorate riscului de operare integrat în corpul existențial al contractului.

Privit din unghiul concesionarului, acesta își asumă mai multe obligații și suportă o parte semnificativă din riscul de operare, fără a exista întotdeauna și din partea concedentului obligații corelative. În același timp, concesionarul speră la obținerea unui profit, cu toate că riscul asumat este dificil de identificat, cuantificat și calculat. Concedentul se poate afla într-una din următoarele două situații. a) Fie nu se transferă prin contract integral riscul de operare concesionarului, situație în care riscul de exploatare este distribuit între concedent și concesionar, fiind posibil ca în sarcina concedentului să existe anumite obligații și trebuind să se stabilească în mod explicit contribuția financiară a concedentului pe parcursul derulării contractului. b) Fie prin contract se stabilește că riscul de exploatare este asumat integral de concesionar, caz în care concedentul nu poate fi obligat la plata vreunei sume de bani. Se poate deci observa că riscul de operare este cel care face jocurile, mai precis inclină balanța spre un tip de contract sau altul.

Contractul de concesiune este de regulă unul cu titlu oneros, comutativ; integrarea riscului de operare în câmpul contractual excluzând de principiu ideea unui contract aleatoriu sau unilateral. În anumite situații, mai exact atunci când concesionarul își asumă în integralitate riscul de operare, *contractul de concesiune* pare a fi un contract „aproape” unilateral, raporturile juridice fiind unele complexe și dificil de analizat. Spunem „aproape” dat fiind faptul că nu se regăsesc caracterele contractului unilateral din dreptul privat, ci reprezintă un unilateralism aplicat unui contract oneros, de drept public. Se poate lesne observa că nu se respectă regula din dreptul civil conform căreia unilateralismul este specific actelor gratuite sau celor dezinteresate, în principal deci actele juridice lipsite de valență patrimonială, din cadrul unor raporturi juridice simple. Însuși caracterul unilateral pare a fi aleatoriu în funcție de distribuirea riscului de operare.

Riscul de operare, privit ca o pierdere economică semnificativă și fortuită, este de natură a defini *contractul de concesiune* ca unul unilateral de drept public, distinct de înțelesul contractului unilateral din dreptul civil. În cazul în care riscul de operare este preluat în integralitate de concesionar, contractul devine unul unilateral, deși el este întotdeauna oneros. Suntem astfel în prezența unui risc definitiv. Rămâne de analizat, de la caz la caz, ce efecte are această calificare asupra contractului privit în ansamblul său, în funcție de obligațiile și obiectul propriu-zis.

3.2.4. Contractele comutative și contractele aleatorii

Riscul poate imprima contractului de concesiune și un caracter aleatoriu prin raportare la dispozițiile art. 6 alin. 3 lit. c) din *Lege*. Față de prevederile art. 1173 alin. 2 din Codul, *contractul de concesiune* se apropie de un contract aleatoriu. Cu toate că poate exista un preț al concesiunii și implicit achitarea unei sume de bani concesionarului, acestuia nu i se poate garanta prin niciun mijloc juridic recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor. Din punctul nostru de vedere, concesionarul este partea care se expune fie unui câștig, fie unei pierderi, în funcție de riscul de operare, evenimentul viitor și incert.

Elementul *alea* din *contractul de concesiune* este reprezentat de riscul de operare, inclus în câmpul contractual prin asumarea posibilității producerii lui de către ambele părți și prin atribuirea lui concesionarului. Astfel, contractul aleatoriu de concesiune în care se produce evenimentul imprevizibil asumat de părți, respectiv riscul de operare, va trebui executat astfel cum s-a convenit, în timp ce dacă apare un alt eveniment exterior, imprevizibil și prejudiciabil care nu a fost avut în vedere în momentul încheierii actului juridic, una dintre părți se va afla în imposibilitate fortuită de executare, fapt ce va duce la încetarea contractului. În acest ultim caz nu ne aflăm în cazul unui contract aleatoriu, ci în față unui contract afectat de risc, fiind incidente prevederile referitoare la imposibilitatea fortuită de executare.

Bariera dintre cele două situații nu este totuși una foarte trainică, având în vedere următoarele aspecte. În primul rând, este dificil de stabilit toate evenimentele posibile care pot fi considerate risc de operare, deși există criteriile mai sus enumerate și stabilite de *Lege* și deși în *Norme* s-a introdus un tabel reprezentând „Matricea preliminară de repartitie a riscurilor de proiect. Lista generală de referință a riscurilor pentru un proiect de concesiune de lucrări”. Acest tabel se dorește a fi un reper în stabilirea situațiilor și evenimentelor care intră sub incidența riscului de operare, existând enumerate mai multe categorii de risc (de proiectare, de finanțare a proiectului, aferente cererii și veniturilor, legislative/politice, etapei de pregătire/atribuire, de operare și întreținere). Aceste riscuri rămân însă dificil de estimat în momentul încheierii contractului de concesiune, fapt ce duce la stabilirea caracterului aleatoriu sau comutativ al contractului de concesiune.

4. Concursul dintre riscul de operare din materia concesiunii și riscul din contractele civile

În *contractul de concesiune* pot apărea două tipuri diferite de risc: cel de operare, care e inclus.

În ființa sa, fiind un element definitoriu al contractului, și cel din dreptul privat, care poate fi atașat obligațiilor contractuale și care poate interveni doar în anumite situații. Deși am conchis mai sus că cele două tipuri de riscuri sunt asemănătoare, fiind văzute ca evenimente imprevizibile care produc prejudicii, acestea au efecte diferite asupra contractului de

concesiune. Ele pot coexista în interiorul unui contract de concesiune. Ba mai mult, se poate naște un concurs între cele două, *contractul de concesiune* fiind cel care jonglează cu aceste riscuri, pasându-le dintr-o parte în alta. În mod evident, cele două tipuri de riscuri pot coexista, rămânând să analizăm efectele acestora atunci când se întrepătrund.

Într-un atare context, se nasc mai multe întrebări. Riscul din dreptul privat este apt de a distruge riscul operațional? Riscul operațional poate să supraviețuiască alături de celelalte evenimente fortuite? Care este raportul dintre cele două tipuri de riscuri?

În dreptul comun și pentru contractele civile, aceste întrebări nu își găsesc rostul. Contractele din dreptul privat pot fi afectate doar de riscul denumit de noi *riscul disolutiv*. Riscul de operare, astfel cum este definit de *Lege*, nu poate afecta un atare contract. *Riscul disolutiv* se poate prezenta din punct de vedere faptic în moduri diferite, luând forma unui caz fortuit, a unui caz de forță majoră sau alte asemenea, care țin de *aleatoriu*. Între diversele forme ale riscului disolutiv nu poate exista nici un concurs, efectele acestora fiind întotdeauna imposibilitatea fortuită de executare a contractului care duce la stingerea obligației și încetarea contractului.

În *contractul de concesiune* însă ne aflăm în fața a două tipuri de risc care au efecte diferite, născându-se astfel un concurs între *riscul de operare*, un risc definitoriu pentru contract, și *riscul din dreptul privat*, un simplu element care disturbă echilibrul contractual și afectează executarea contractului, nefiind definitoriu pentru acesta. Un contract de concesiune afectat de risc își va înceta efectele, fiind imposibil de executat. Astfel, riscul din dreptul civil ar putea fi înțeles ca unul care dezleagă juridic și lasă fără efecte *contractul de concesiune*, putând fi denumit *risc disolutiv*. Problema care apare este aceea de a stabili cine este debitorul obligației imposibil de executat și în ce condiții ar suporta el riscul.

Deși în *Lege* nu se analizează această distincție, iar în *Norme* se încadrează forța majoră în matricea riscurilor de proiect, creându-se astfel o confuzie între riscul de operare și *riscul disolutiv*, *Directiva* prevede în mod expres în punctul 20 al preambulului că „Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către operatorul economic sau de o situație de forță majoră nu sunt hotărâtoare în vederea clasificării drept concesiune, întrucât riscurile respective sunt inerente fiecărui contract, fie că este vorba de un contract de achiziții publice sau de o concesiune”. Astfel, orice prevederi din legislația română contrare normelor europene de mai sus nu sunt aplicabile.

Pe o axă a timpului și ținând cont de prevederile legale în domeniu, *riscul disolutiv* poate interveni (4.1.) înainte de finalizarea procedurii de atribuire, adică înainte de încheierea în mod valabil a contractului sau (4.2.) după încheierea contractului de concesiune.

4.1. Înainte de încheierea contractului de concesiune

Lege reglementează situația intervenirii *aleatorului* înainte de finalizarea procedurii de atribuire a contractului de concesiune, prevăzând la art. 89 alin. 1 lit. e) că „Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de concesiune în următoarele cazuri: e) contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost

stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă conformă clasată pe locul al doilea”. Din prevederile legale, rezultă că nu se poate încheia contractul, anulându-se procedura de atribuire din două motive distincte: forța majoră sau imposibilitatea fortuită de executare. Atunci când forța majoră afectează un contract, acesta devine imposibil de executat. Există și alte cauze, înafara de forța majoră, care pot duce la imposibilitatea fortuită de executare. Dacă analizăm dreptul comun, respectiv dreptul civil, articolul 1634 C. civ. reglementează imposibilitatea fortuită definitivă de executare: „Debitorul este liberat atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul să fie pus în întârziere”. După cum putem observa, imposibilitatea fortuită de executare este datorată *aleatoriului*, respectiv forței majore, cazului fortuit sau altor evenimente asemenea. În timp ce imposibilitatea fortuită de executare reprezintă un mecanism juridic prin care se stinge obligația imposibil de executat, *aleatoriul* activează teoria riscului prin care se amenajează efectele acestuia asupra ansamblului contractual. În concluzie, forța majoră sau imposibilitatea fortuită de executare menționate în *Lege* sunt de fapt fațete ale aceleiași monede, întrucât forța majoră determină imposibilitatea fortuită de executare, iar imposibilitatea fortuită de executare activează teoria riscului.

În art. 77 alin. 2 din *Norme* se spune că „Riscurile transmiterii ofertei/solicitării de participare, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă/solicitare de participare”. Din acest text de lege rezultă că *riscul disolutiv* cu privire la transmiterea ofertei cade în sarcina operatorului economic, respectiv al debitorului obligației imposibil de executat. În această situație, deși nu există încă încheiat încă un contract, se aplică regulile de suportare a riscului din dreptul privat al contractelor, respectiv *res perit debitori*.

Și în art. 91 alin. 2 din *Norme* se reglementează o situație în care poate interveni *riscul disolutiv*: „În cazul în care entitatea contractantă nu poate încheia *contractul de concesiune* cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, ca urmare a faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, aceasta are obligația să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă”. Aceste norme au în vedere un alt caz în care se poate manifesta riscul înainte de încheierea contractului, situație care nu duce la stingerea obligației sau la aplicarea vreunei reguli de suportare a riscului contractual, ci care transformă o situație „dăunătoare” pentru încheierea contractului într-una salvatoare: încheierea contractului cu operatorul economic situat al doilea. Asistăm din nou la convertirea unei situații care ar fi dus la stingerea contractului, ofertantul câștigător aflându-se într-un caz de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, într-una care salvează contractul, acesta putând fi încheiat cu ofertantul situat pe locul doi.

Punctul comun al acestor situații îl reprezintă *aleatoriul*, evenimentul fortuit (forța majoră, cazul fortuit sau alte asemenea) care duc la imposibilitatea fortuită de executare a contractului, contract neîncheiat în mod valabil. Efectele *riscului disolutiv* sunt însă diverse, fără a exista nici un numitor comun. Legiuitorul a preferat să reglementeze distinct aceste

situații asemănătoare, fapt care împiedică conturarea unei teorii a *riscului disolutiv* în *contractul de concesiune*. În măsura în care apar alte cazuri de manifestare a riscului, nereglementate de *Lege* sau de *Norme*, considerăm că sunt incidente prevederile din Codul civil referitoare la riscul contractual, cu toate că încă nu s-a încheiat *contractul de concesiune*, fiind în etapa procedurii de atribuire a acestuia.

În ceea ce privește raportul dintre riscul de operare și *riscul disolutiv*, în mod evident, manifestarea *riscului disolutiv* în etapa premergătoare a încheierii propriu-zise a contractului de concesiune duce la distrugerea oricăror posibile efecte ale riscului de operare, întrucât acestea se pot manifesta preponderent după încheierea contractului.

4.2. După încheierea contractului de concesiune

Legea nu conține alte prevederi cu privire la efectele *aleatorului* asupra contractului de concesiune, după încheierea sa în mod valabil. Nu este reglementată nici situația imposibilității fortuite de executare a contractului de concesiune. Acest fapt nu semnifică că, după încheierea sa în mod valabil, *contractul de concesiune* nu poate fi afectat de *riscul disolutiv*. *Lege* nu conține prevederi nici cu privire la raportul dintre riscul operațional și *riscul disolutiv* sau cu privire la efectele *riscului disolutiv* asupra contractului de concesiune. Într-un atare caz, va fi necesară stabilirea normelor aplicabile unei astfel de situații, mai precis identificarea legii aplicabile unui contract de concesiune afectat de *riscul disolutiv*.

În plus, singura prevedere legală referitoare la încetarea contractului de concesiune o regăsim în art. 110 din *Legea* nr. 100/2010, în rest fiind reglementate doar cazuri de modificare a contractului. Art. 110 din *Lege* prevede o singură situație de încetare a contractului de concesiune, și anume cea prin denunțarea unilaterală a concedentului, făcând însă trimitere la dreptul comun privind încetarea contractelor.

În atare condiții, considerăm că dreptul comun este dreptul civil, urmând a se aplica prevederile referitoare la încetarea contractelor civile în măsura în care nu sunt contrare normelor privind concesiunea.

În *Norme* se reglementează situația „finalizării contractului de concesiune”, în articolul 105 prevăzându-se următoarele: „(1) Contractul trebuie să prevadă situațiile în care acesta poate înceta, după cum urmează: a) la expirarea duratei stabilite conform angajamentelor din oferta prezentată de concesionar și a clauzelor contractuale specifice; b) în cazul constatării unor abateri grave ale concesionarului de la îndeplinirea obligațiilor contractuale, prin rezilierea unilaterală de către concedent și cu plata unei despăgubiri în sarcina concesionarului; c) în cazul constatării unor abateri grave ale concedentului de la îndeplinirea obligațiilor contractuale, prin rezilierea unilaterală de către concesionar și cu plata unei despăgubiri în sarcina concedentului; d) în cazul în care interesul național sau local o impune, prin denunțarea unilaterală de către concedent, dar numai cu plata de despăgubiri juste și prealabile în sarcina concedentului; e) în cazuri de forță majoră sau caz fortuit, când concesionarul se află în imposibilitatea de a continua contractul, prin renunțare fără plata

unei despăgubiri”³⁴. Se poate observa că aceste norme reglementează situația în care un contract de concesiune este afectat de forța majoră sau cazul fortuit. Un astfel de contract va înceta ca urmare a imposibilității concesionarului de a continua executarea contractului, prin renunțarea concesionarului la contract, fără a exista posibilitatea ca acesta să solicite vreo despăgubire de la concedent.

În concluzie, riscul manifestat după încheierea contractului are aceleași efecte ca cel din dreptul civil, respectiv încetarea contractului. Specificitatea lui este dată de modalitatea de încetare – renunțarea concesionarului la contract, fără a exista posibilitatea ca acesta să solicite vreo despăgubire³⁵. Pare a fi un act unilateral al concesionarului, care suportă în integralitate *riscul disolutiv*.

Într-un atare context, riscul de operare și *riscul disolutiv* pot coexista, până la manifestarea unuia dintre acestea. Dacă riscul de operare va afecta *contractul de concesiune*, concesionarul este obligat să execute în continuare contractul, fiind singurul care suportă riscul. De cealaltă parte însă, dacă *riscul disolutiv* va afecta *contractul de concesiune*, concesionarul poate renunța la contract, suportând însă eventualele prejudicii cauzate de manifestarea *aleatorului*. Din nou, riscul de operare este aneantizat de manifestarea *riscului disolutiv*. În practică, va fi însă dificil de stabilit granița dintre riscul de operare și cel *disolutiv*, având în vedere capitolul 6 referitor la riscurile naturale³⁶ (război sau situații conflictuale, cutremur și alte evenimente naturale, terorism, forța majoră) din matricea preliminară a riscurilor conținută de *Norme*.

4.3. Concluzii

În momentul în care *riscul disolutiv* afectează un contract de concesiune după încheierea sa în mod valabil, acesta își încetează efectele. În doctrină³⁷, s-a apreciat că, în caz de încetare a contractului din cauza forței majore sau a cazului fortuit, concesionarul este obligat să asigure continuitatea serviciului sau a lucrării, în condițiile stipulate în contract, până la preluarea acestora de către concedent³⁸. Această obligație specială este o consecință a obligației legale și contractuale a concesionarului de a îndeplini activitatea ori serviciul concesionat³⁹. O astfel de situație poate apărea și în cazul în care bunul dispare fortuit, doctrina calificând o astfel de situație ca fiind o imposibilitate obiectivă de exploatare. Acest „tip” de imposibilitate poate sta și la baza încetării contractului de concesiune a unei anumite activități ori a unui serviciu public.

Atât în situația pieririi fortuite a bunului, imposibilității obiective de a-1 exploata ori a imposibilității obiective a concesionarului de a mai exploata activitatea ori serviciul public, are loc o renunțare a concesionarului la concesiune. Această modalitate de încetare a contractului de concesiune are o determinare obiectivă. Așa cum a observat același autor citat mai sus⁴⁰, „imposibilitatea obiectivă are în vedere imposibilitatea executării obligațiilor determinată de o cauză exterioară, care nu este imputabilă părții respective, înglobând atât forța majoră cât și cazul fortuit”.

Ulterior, concesionarul notifică concedentului renunțarea la concesiune. În oricare din situațiile în care concesionarul este îndreptățit să renunțe la concesiune, concedentul nu va putea fi obligat la plata vreunei despăgubiri pentru prejudiciile suferite de concesionar ca urmare a intervenției respectivelor situații.

Așa fiind, astfel de prevederi permit să se înțeleagă că și în materia acestui contract principiile egalității părților și al echilibrului patrimonial sunt prezente (specifice dreptului civil și celui comercial), ce-i drept, într-o formă particulară (atipică) impusă de raporturile dintre interesul public și cel privat.

Riscul disolutiv poate duce la încetarea contractului de concesiune, ca urmare a renunțării concesionarului la contract. Apariția *aleatoriului* a dus la imposibilitatea fortuită de executare a contractului și astfel se justifică aceste soluții juridice. Față de prevederile din dreptul civil, putem observa că nu se aplică *res perit debitori*, întrucât nu există o parte contractuală care să suporte riscul.

Regulile atipice din materia concesiunii nu permit concedentului să despăgubească concesionarul pentru prejudiciile provocate, ba mai mult îl obligă să continue serviciile sau lucrările până la preluarea acestora de către concedent. Cu toate acestea, concesionarul suportă *riscul disolutiv* chiar dacă nu într-una din formele din dreptul civil.

Într-un atare context, riscul de operare pare a fi subsidiar *riscului disolutiv*. Manifestarea riscului de operare nu duce la încetarea contractului, ba dimpotrivă concesionarul este obligat să continue executarea contractului. În schimb, un contract de concesiune afectat de *riscul disolutiv* își va înceta efectele, aneantizând riscul de operare.

5. Considerații finale

Reglementările actuale din domeniul concesiunii au capacitatea de a transforma riscul din dreptul privat, văzut ca un simplu incident, întâmplare nefericită, într-un risc tutelar, care împarte contractele și hotărăște naturile juridice. Noul *risc* nu mai e o figură marginală, ci una definitorie, care stă la baza noțiunii contractului de concesiune. Importanța noțiunii de risc este dată și de faptul că ființa sa a fost conectată cu cea a unor contracte esențiale pentru dezvoltarea comunităților locale, a statului în general, cum sunt contractele de concesiune și achiziții publice, nemaifiind relevantă doar pentru contracte derizorii din punct de vedere civil, precum e contractul de joc și pariuri.

Contractul de concesiune se încheie în materie de dezvoltare publică, astfel că are o importanță practică foarte mare. Riscul devine o punte între dreptul public și cel privat, fiind folosit într-o primă instanță ca element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, ca mai apoi să fie folosit ca un criteriu de distincție între contractele de concesiune și cele de achiziții publice, între contractele de drept public și contractele de drept civil – locațiune, vânzare, între contractele unilaterale și cele bilaterale, între contractele comutative și cele aleatorii.

Cu toate că forța riscului este în creștere, neinclusiunea riscului de operare în câmpul contractual al *concesiunii* nu atrage nici o sancțiune, fiind un criteriu de calificare și nu un element esențial pentru încheierea contractului. Atunci când respectivul act juridic nu poate fi nici contract de concesiune (riscul de operare nu a fost asumat în mare parte de concesionar), nici contract de achiziție publică, contractul încheiat de autoritatea publică trebuie să își continue existența sub o formă, atât timp cât nu poate fi desființat. Singura modalitate posibilă este să îmbrace hainele unui contract civil, cu toate implicațiile juridice posibile.

Riscul de operare are aceeași semnificație ca riscul din dreptul privat, respectiv de eveniment aleatoriu, exterior contractului, care produce prejudicii de natură economică concesionarului. Cu toate acestea, sfera de aplicare a riscului de operare este complet diferită de cea a riscului din dreptul privat, având efecte diferite asupra contractului și cuprinzând evenimente diferite. Ele pot coexista în interiorul unui contract de concesiune. Ba mai mult, se poate naște un concurs între cele două, *contractul de concesiune* fiind cel care jonglează cu aceste riscuri, pasându-le dintr-o parte în alta. De cele mai multe ori, *riscul disolutiv* are un efect nimicitor asupra riscului de operare.

Într-un atare context legislativ, riscul se transformă din Cenușăreasa în regina balului. Concesiunea nu mai poate fi gândită independent de ideea de risc. Riscul este cel care stabilește dacă este concesiune sau dimpotrivă, contract de achiziții publice, ba mai mult, dacă suntem în prezența unui contract de drept public sau un contract civil.

* Contact : anamaria.coldea@gmail.com.

¹ Art. 86 din Lege:

„(1) Contractele de concesiune se atribuie pe baza criteriului ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, stabilită în baza unor criterii obiective care garantează evaluarea ofertelor în condiții de concurență reală.

(2) În sensul alin. (1), criteriile obiective trebuie să aibă legătură directă cu obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii și se pot referi la oricare dintre următoarele:

- a) gradul de preluare a unor riscuri de către concesionar;
- b) nivelul plăților actualizate efectuate de către entitatea contractantă;
- c) nivelul tarifelor de utilizare;
- d) modalitatea de execuție a lucrărilor/prestare a serviciilor bazată pe indicatori de performanță de ordin calitativ, tehnic, funcțional, financiar etc.;
- e) modul de asigurare a protecției mediului;
- f) modul de rezolvare a unor probleme sociale;
- g) nivelul redevenței (s.n.);
- h) durata concesiunii;
- i) inovarea.”

² M. Mureșan, *Dinamica relațiilor sociale reglementate de lege, oglindită în teoria și practica dreptului*, Cluj-Napoca, 1988, p. 32, nota 32 apud A. Iorgovan, op. cit., p. 102.

- ³ T. Prescure, *Despre regimul juridic al contractului de concesiune în dreptul românesc contemporan*, articol consultat la adresa web: http://revcurentjur.ro/old/arhiva/attachments_200412/recjurid041_24F.pdf, p.3.
- ⁴ C. G. Dinu, *Contractul de concesiune*, ediția 2, editura C.H. Beck, București, 2016, p. 39.
- ⁵ P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. 1, *Principiile generale*, București, 1934, p. 154.
- ⁶ Ne bazăm susținerea conform căreia dreptul comun aplicabil contractului de concesiune este dreptul civil și ținând cont de reglementări mai vechi și doctrina aferentă, respectiv Legea nr. 71/1969 privind contractele economice și S. Cărpenaru, E. Kovács, D. Petică-Roman, *Legislație economică*, editura Didactică și Pedagogică, București, 1983. În art. 97 al Legii nr. 71/1968 se prevede că „Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Codului civil, în măsura în care nu sunt potrivnice legii de fata sau naturii raporturilor dintre unitățile socialiste”.
- ⁷ Art. 110 din Legea nr. 100/2016
- „(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului entității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de concesiune, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, entitatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de concesiune, în perioada de valabilitate a acestuia, în una dintre următoarele situații:
- a) concesionarul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile prevăzute la art. 79-81, care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire;
- b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit concesionarului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.
- (2) Entitatea contractantă introduce dreptul de denunțare unilaterală prevăzut la alin. (1) în condițiile contractuale cuprinse în documentația de atribuire”.
- ⁸ Pe larg vezi P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil*, editura Universul Juridic, București, 2008, p. 12 și urm.
- ⁹ Inclusiv în art. 1 alin. 2 din Legea nr. 219/1998 s-a menționat noțiunea de risc: „Concesionarea se face în baza unui contract prin care o persoană, numită concedent, transmite pentru o perioadă determinată, de cel mult 49 de ani, unei alte persoane, numită concesionar, care acționează pe riscul și pe răspunderea sa, dreptul și obligația de exploatare a unui bun, a unei activități sau a unui serviciu public, în schimbul unei redevențe”.
- ¹⁰ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, ed. All Beck, București, 2005, p. 243.
- ¹¹ R. Dussault, L. Brogeât, *Traité de droit administratif*, vol. II, 2eme édition, Presses de l’Université Laval, Québec, 1986, p. 154.
- ¹² L. Richer, F. Lichere, *Droit des contrats administratifs*, 10e edition, LGDJ, Paris, 2016, p. 567 și urm.
- ¹³ C. G. Dinu, op. cit., p.1.
- ¹⁴ A se vedea în acest sens
- Cauza C.J.U.E. C-458/03, *Parching Brixen c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke*, Hotărâre din 13 octombrie 2005,
- Cauza C.J.U.E. C-206/08, *WAZV Gotgha c. Eurowasser Aufbereitungs*, Hotărâre din 10 septembrie 2009,
- Cauza C.J.U.E. C-29/04, *Comisia c. Austria*, Hotărâre din 10 noiembrie 2005,
- Cauza C.J.U.E. C-382/05, *Comisia c. Italia*, Hotărâre din 18 iulie 2007,
- Cauza C.J.U.E. C-264/03, *Comisia c. Franța*, Hotărâre din 20 octombrie 2005.

¹⁵ Art. 6 din Legea nr. 100/2016

„(1) Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective”.

¹⁶ C. G. Dinu, op. cit., p. 123.

¹⁷ ANEXA nr. 1: Matricea preliminară de repartitie a riscurilor de proiect. Lista generală de referință a riscurilor pentru un proiect de concesiune de lucrări din *Norme*.

Categoria de risc	Descriere	Consecințe
1.	Riscuri referitoare la locație (...)	
2.	Riscuri de proiectare (...)	
3.	Riscuri de finanțare a proiectului (...)	
4.	Riscuri aferente cererii și veniturilor (...)	
5.	Riscuri legislative/politice (...)	
6.	Riscuri naturale (...)	
7.	Riscurile etapei de pregătire/atribuire (...)	
8.	Riscuri referitoare la construcție (...)	
9.	Riscuri de operare și de întreținere (...)	

¹⁸ Cauza C.J.U.E C-274/09 din data de 10 martie 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler c. Zweckerband fur Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, p. 37-38.

¹⁹ C. G. Dinu, op. cit., p. 270.

²⁰ Cauza C.J.U.E C-274/09 din data de 10 martie 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler c. Zweckerband fur Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, Hotărâre din 10 septembrie 2011.

²¹ S. Platon, Délégation du service public et concession de services en droit de l’Union Européenne, în A.J.D.A., nr. 25/2013, p. 1452 apud C. G. Dinu, op. cit., p. 270.

²² C. G. Dinu, op. cit., p. 126.

²³ I. Adam, op. cit., p. 177.

²⁴ C. G. Dinu, op. cit., p. 89.

²⁵ Art. 32 din Legea nr. 219/1998 prevede că „relațiile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii, respectiv pe realizarea unei posibile egalități între avantajele care fi sunt acordate concesionarului și sarcinile care-i sunt impuse. În consecință, concesionarul nu va fi obligat să suporte creșterea sarcinilor legate de execuția obligațiilor sale, în cazul în care această creștere rezultă în urma: a) unei acțiuni sau măsuri dispuse de o autoritate publică; b) unui caz de forță majoră sau unui caz fortuit”.

²⁶ T. Prescure, op.cit., p. 3.

²⁷ L. Richer, F. Lichere, op. cit., p. 567 și urm.

²⁸ Idem, p. 582 – 585.

²⁹ Idem, p. 593.

³⁰ Vezi art. 11 și 12 din *Lege*.

³¹ G. D. Dinu, op. cit., p. 127.

³² Consultat online, la adresa web:

http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/PPP/GHID_CONCES_PUBLICE.pdf

³³ În lucrarea S. Cărpenaru, E. Kovács, D. Petică-Roman, op. cit., p. 54 s-a susținut că „elementul esențial al distincției dintre contractele economice și contractele comune supuse regulilor generale ale dreptului civil (...), îl constituie scopul pentru care se încheie contractul: prin încheierea contractelor economice se urmărește fundamentarea și realizarea sarcinilor de plan care privesc activitatea de bază a unităților socialiste și care sunt cuprinse în planul național unic, pe când contractele comune se încheie cu scopul satisfacerii altor nevoi ale unităților socialiste, fără a urmări realizarea unor sarcini din planul național unic”.

³⁴ Toate aceste prevederi sunt asemănătoare cu cele prezente în O.U.G. nr. 54/2006 și în normele sale de aplicare.

³⁵ În lucrarea lui D. Dragoș, *Public Contracts and Public Private Partnership*, editura Tritonics, București, 2013, p. 160 și urm. se menționează ca modalitate de încetare a contractului – *ineffectiveness*. Pentru detalii legate de acest subiect vezi și: *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* în *Sigma Paper*, nr. 41 și R. Caranta, *Remedies in EU Public Contract Law: The preceduralisation of EU Public Procurement Legislation*, articol publicat în *Review of European and Administrative Law* nr. 8/2015-1. Există și Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, reglementare care enumeră în art. 58 cazurile de nulitate ale contractului de concesiune.

³⁶ Asumarea răspunderii în caz de forță majoră a fost considerată (vezi S. Cărpenaru, E. Kovacs, D. Petică-Roman, op. cit., p. 90) o clauză de răspundere contractuală agravată, interzisă și nulă. Motivul unei astfel de interdicții este reprezentat de faptul că „o răspundere agravată nu ar mai putea fi un stimulent pentru unitatea socialistă și deci prin răspundere nu s-ar putea determina o anumită comportare”.

³⁷ T. Prescure, op. cit., p. 18.

³⁸ C. G. Dinu, op. cit., p. 90.

³⁹ T. Prescure, op. cit. 19.

⁴⁰ Ibidem.

ARTICOLE

**NOȚIUNEA DE PRACTICI CONCERTATE ÎN CADRUL
DREPTULUI EUROPEAN AL CONCURENȚEI**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).4.7

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Sergiu DELEANU*

Résumé. La notion de pratiques concertées dans le cadre du droit européen de la concurrence.

Cette notion est une notion du droit de l'Union européenne. La compréhension de cette notion permet l'application adéquate de l'article 101 TFUE. Parfois, l'existence d'une position dominante collective peut résulter d'une pratique concertée, de la manière de sa mise en œuvre et, partant, des liens ou facteurs de corrélation qui en résultent. Selon l'article 102 TFUE est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. D'autre part, la compréhension de la notion de pratiques concertées est importante dans des situations dans lesquelles les faits au principal se situent en dehors du champ d'application directe du droit de l'Union, mais la législation nationale reprend cette notion du droit de l'Union. Par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne plusieurs aspects fondamentaux impliqués par la notion de pratiques concertées peuvent être mis en évidence. L'étude s'arrête aussi sur les preuves et les sanctions des pratiques concertées et sur les moyens par lesquels les entreprises peuvent se dissocier des pratiques concertées.

Mots clés : *pratiques concertées ; caractéristiques ; preuve ; sanction ; distanciation publique.*

Cuvinte-cheie: *practici concertate, caracteristici, probă, sancțiune, distanțare publică.*

1. Preliminarii. Numeroase noțiuni și sintagme care prezintă o relevanță deosebită în cadrul dreptului european al afacerilor au o semnificație unională, care este stabilită în cuprinsul legislației Uniunii Europene, a hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii, a Comunicărilor Comisiei.

În mod specific, art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (T.F.U.E.) operează cu mai multe asemenea noțiuni și sintagme.

Potrivit art. 101 din T.F.U.E.:

(1) Sunt incompatibile cu piața internă și interzise orice acorduri între întreprinderi, orice decizii ale asocierilor de întreprinderi și orice practici concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre și care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței în cadrul pieței interne și, în special, cele care:

a) stabilesc, direct sau indirect, preturi de cumpărare sau de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare;

b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică ori investițiile;

c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;

d) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial;

e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte.

(2) Acordurile sau deciziile interzise sunt nule de drept.

(3) Cu toate acestea, prevederile alineatului (1) pot fi declarate inaplicabile în cazul:

– oricăror acorduri sau categorii de acorduri între întreprinderi;

– oricăror decizii sau categorii de decizii ale asocierilor de întreprinderi;

– oricăror practici concertate sau categorii de practici concertate

care contribuie la îmbunătățirea producției sau distribuției de produse ori la promovarea progresului tehnic sau economic, asigurând totodată consumatorilor o parte echitabilă din beneficiul obținut și care:

a) nu impun întreprinderilor în cauză restricții care nu sunt indispensabile pentru atingerea acestor obiective;

b) nu oferă întreprinderilor posibilitatea de a elimina concurența în ceea ce privește o parte semnificativă a produselor în cauză.

În raport cu prevederile legale arătate, se poate reține că au o semnificație unională noțiunea de „întreprindere”¹, noțiunile de „acorduri”, „decizii” și „practici concertate”², sintagma „efect asupra comerțului”³, sintagma „eliminarea concurenței pe o parte semnificativă a pieței produselor în cauză”⁴ ș.a.

Înțelegerea noțiunii de „practici concertate” permite aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 101 din T.F.U.E. și a legislației secundare a Uniunii care o utilizează.

De asemenea, orientările aduse în atenția organelor de jurisdicție și a autorităților de concurență din statele membre de către Comisie în legătură cu probleme pe care le ridică aplicarea regulilor europene în domeniul concurenței țin seama, ori de câte ori este cazul, de această noțiune.⁵

Precizarea sensului noțiunii de „practici concertate” poate să aibă însă însemnătate și în alte situații.

După cum s-a reținut în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii, un acord, o decizie sau o practică concertată poate să aibă drept consecință, atunci când se concretizează, luarea în considerare a întreprinderilor în cauză, din pricina legăturilor care vizează comportamentul

acestora pe o anumită piață, ca o entitate colectivă, în raport cu concurenții, cu partenerii lor comerciali și cu consumatorii. Așadar, existența unor poziții dominante colective poate să rezulte dintr-o practică concertată, din modul în care ea se concretizează și, prin urmare, din legăturile sau factorii de corelare între întreprinderi pe care îi determină.⁶

După cum se cunoaște, folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi, a unei poziții dominante deținută pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia este, conform art. 102 din T.F.U.E., incompatibilă cu piața internă și interzisă, în măsura în care poate afecta comerțul dintre statele membre.

În general, art. 102 se aplică în situația în care poziția dominantă este deținută pe piață de către o singură întreprindere. Poziția dominantă poate să fie deținută însă pe piață de mai multe întreprinderi care nu formează o unitate economică, dar care înțeleg să își unifice strategia comercială pe care o vor aplica pe piață.

Prevederile art. 101 și cele ale art. 102 din T.F.U.E. se aplică în cazul în care comportamentele întreprinderilor pot să afecteze comerțul dintre statele membre. După cum reiese din legislația Uniunii Europene, din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii și din Comunicarea Comisiei privind conceptul de efect asupra comerțului din articolele 101 și 102 din tratat (ex-art. 81 și 82 din Tratatul C.E.), condiția arătată determină, în materia reglementării concurenței, domeniul dreptului european (comunitar) în raport cu cel al statelor membre.⁷

În ipoteza în care o legislație națională preia *mutatis mutandis* modul de redactare a art. 101 și 102 din T.F.U.E., înțelegerea noțiunii de „practici concertate” permite aplicarea corespunzătoare a normelor naționale de concurență.⁸

În asemenea situații pur interne, Curtea de Justiție se poate pronunța în contextul mecanismului chestiunii prejudiciale, existând un interes unional cert ca, pentru evitarea unor viitoare divergențe de interpretare, dispozițiile sau noțiunile preluate din dreptul Uniunii să primească o interpretare uniformă, oricare ar fi condițiile în care acestea urmează să fie aplicate.⁹

2. Semnificația noțiunii de practici concertate. Mai multe hotărâri ale Curții de Justiție cu privire la practicile concertate au influențat în mod deosebit dezvoltarea dreptului european (comunitar), ele putând fi considerate „hotărâri – structurante” sau „hotărâri – directoare”, în acest sens.

Totodată, în cuprinsul mai multor comunicări ale Comisiei se oferă o serie de repere în scopul înțelegerii noțiunii de practici concertate.

Privit jurisprudenței instanței europene, practicile concertate exprimă o formă de coordonare între întreprinderi, care înlocuiesc în mod conștient riscurile concurenței cu o cooperare practică între ele, ce conduce la condiții de concurență care nu corespund condițiilor normale de piață, ținând seama de natura produselor, importanta și numărul întreprinderilor, dimensiunile și caracteristicile pieței.¹⁰

În ceea ce privește aprecierea caracterului anticoncurențial al unei practici concertate, trebuie să se țină seama în special de scopurile obiective pe care urmărește să le atingă, precum și de contextul economic și juridic în care se încadrează.¹¹

O întreprindere poate să fie sancționată dacă intenționează să contribuie prin propriul comportament la obiectivele comune urmărite de toți participanții și cunoștea comportamentele ilicite preconizate sau manifestate de alte întreprinderi în urmărirea acelorași obiective ori putea să le prevadă în mod rezonabil și era pregătită să accepte riscul ce decurge din acestea.¹²

După cum a hotărât Curtea de Justiție, fiecare operator economic trebuie să își determine în mod autonom politica pe care o înțelege să o pună în practică pe piața internă, inclusiv alegerea destinatarilor ofertelor și vânzărilor sale. Exigența arătată se opune oricărui contact direct sau indirect între întreprinderi, având ca obiect sau ca efect, fie să influențeze comportamentul pe piață a unui concurent actual sau potențial, fie să dezvăluie unui asemenea concurent comportamentul propriu pe piață, care a fost stabilit sau se află doar în stadiu de proiect.¹³

Pe temeiul acestor hotărâri ale Curții de Justiție pot să fie evidențiate mai multe aspecte fundamentale subsumate noțiunii de practici concertate.

a) Corespunzător art. 101 și 102 din T.F.U.E., practicile concertate presupun implicarea a cel puțin două întreprinderi. Aceasta poate să se manifeste printr-o coordonare care vizează unul sau mai multe obiective specifice (de exemplu, fixarea prețurilor, limitarea producției, împărțirea piețelor sau a clienților) și să atragă aplicarea art. 101 din T.F.U.E. sau este posibil ca întreprinderile în cauză să își unifice strategia pe care înțeleg să o aplice în continuare pe piață, ceea ce poate să conducă la deținerea unei poziții dominante colective și să determine, în cazul anumitor comportamente ale entității colective ce a rezultat în urma unui acord și/sau practici concertate, aplicarea art. 102 din T.F.U.E.

Cooperarea între o societate-mamă și filiala acesteia, care nu își stabilește în mod autonom comportamentul pe piață, ci aplică, în esență, instrucțiunile care îi sunt date de societatea-mamă, având în vedere mai ales legăturile economice, organizatorice și juridice care unesc cele două entități juridice, nu este supusă prevederilor art. 101 alin. (1) din T.F.U.E., pentru că societatea-mamă și filiala fac parte din aceeași unitate economică și, prin urmare, formează o singură întreprindere.¹⁴ Unitatea de conduită a subiecților – societate-mamă și filială – pe piață prevalează față de separarea lor, fiecare entitate având personalitate juridică¹⁵. Comportamentul întreprinderii în cauză va putea să fie însă analizat pe baza art. 102 din T.F.U.E.

Legăturile economice, organizatorice și juridice care unesc filiala de societatea-mamă pot varia în funcție de fiecare caz în parte și, în consecință, nu pot face obiectul unei enumerări exhaustive.

Adesea, existența unei unități economice și, prin urmare, a unei singure întreprinderi este dovedită cu ajutorul mai multor factori, precum stipulații ale actului constitutiv al filialei; deținerea de către societatea-mamă a unui procent important din capitalul filialei; împrejurarea că societatea-mamă și filiala au aceiași administratori; coordonarea investițiilor în cadrul grupului de către societatea-mamă; obligația filialei de a tine seama, în cursul negocierilor cu potențialii clienți, de instrucțiunile societății-mamă; prevederi ale unor contracte încheiate între societatea-mamă și filială.¹⁶ Așadar, influența decisivă a societății-mamă asupra filialei

poate să fie stabilită pe baza unor acte sau comportamente ale societății-mamă și/sau ale filialei.

Posibilitatea societății-mamă de a exercita, în mod direct sau indirect, o influență decisivă asupra filialei permite să se afirme că cele două entități formează o singură întreprindere.

Influența decisivă a societății-mamă asupra filialei nu poate să fie exclusă pe motiv că societatea-mamă nu a acționat direct în sectorul economic în care s-a desfășurat activitatea filialei; că societatea-mamă nu a participat direct la încălcarea regulilor de concurență și nici nu a incitat la săvârșirea încălcării; că nu a existat nici o suprapunere a posturilor de conducere ale societății-mamă și ale filialei; că societatea-mamă nu putea să impună un anumit buget filialei; că, în cadrul grupului de societăți, exista posibilitatea formării unor majorități variabile; că societatea-mamă nu a intervenit în activitatea administrativă curentă sau în cea operațională a filialei; că filiala nu a respectat toate instrucțiunile societății-mamă; că, în mai multe rânduri, societatea-mamă a dat instrucțiuni unor avocați să îi apere interesele în raport cu filiala.¹⁷

În situația particulară în care societatea-mamă deține totalitatea sau cvasitotalitatea capitalului filialei există o prezumție relativă potrivit căreia respectiva societate-mamă exercită o influență decisivă asupra filialei sale.¹⁸

Societatea-mamă va trebui să răstoarne această prezumție, prezentând probe suficiente referitoare la legăturile organizatorice, economice și juridice dintre ea și filiala sa, de natură să demonstreze că filiala sa se comportă în mod autonom pe piață. Dacă societatea-mamă nu răstoarnă această prezumție, Comisia va putea să considere că aceasta și filiala sa fac parte din aceeași unitate economică și că prima este răspunzătoare pentru comportamentul celei de a doua și să oblige aceste două societăți în solidar la plata unei amenzi fără a fi necesară stabilirea implicării personale a societății-mamă în încălcare.¹⁹

Prezumția de exercitare efectivă a unei influențe decisive nu este în contradicție cu principiile legalității, personalității pedepselor, răspunderii personale, precum și securității juridice, această prezumție vizând tocmai să asigure un echilibru între, pe de o parte, importanța obiectivului de a sancționa comportamentele contrare normelor de concurență, în special articolului 101 din T.F.U.E., și de a preveni repetarea acestora și, pe de altă parte, importanța cerințelor anumitor principii generale ale dreptului Uniunii, precum, printre altele, principiul prezumției de nevinovăție, principiul personalității pedepselor, principiul securității juridice și, de asemenea, dreptul la apărare, inclusiv principiul egalității armelor. Acesta este motivul principal pentru care prezumția menționată este relativă.²⁰

Pe de altă parte, o reglementare care este întemeiată pe o prezumție absolută conform căreia întreprinderile între care există raporturi de afiliere s-ar influența în mod necesar încalcă principiul proporționalității. Grupările de întreprinderi pot avea forme și obiective variabile și nu exclud în mod necesar posibilitatea ca întreprinderile controlate să se bucure de o anumită autonomie în cadrul gestiunii politicii lor comerciale și a activităților lor economice. Așadar, întreprinderile între care există raporturi de afiliere trebuie să aibă posibilitatea să demonstreze că au acționat în mod independent.

Mai multe hotărâri ale instanței europene referitoare la contracte de achiziții publice pot să fie aduse în atenție în acest context.²¹

b) Practicile concertate presupun să existe cel puțin un contact direct sau indirect între întreprinderi care are caracter anticoncurențial. După cum s-a accentuat într-o serie de hotărâri ale Curții de Justiție, fiecare întreprindere se poate adapta în mod inteligent la comportamentul existent sau anticipat al concurenților săi.²² În consecință, comportamentul similar al întreprinderilor pe piață nu constituie o practică concertată.

Fiecare întreprindere trebuie însă să își stabilească în mod autonom comportamentele pe piață. Ținând seama de această exigență, contactul sau contactele directe ori indirecte între întreprinderi care pot să aibă caracter anticoncurențial sunt analizate în mod riguros.²³

Contactele între întreprinderi pot să fie publice sau secrete. Formele de participare a întreprinderilor la contacte anticoncurențiale pot să fie variate, ceea ce conduce la ideea că *a priori* nu poate să fie exclusă nici o modalitate de stabilire a acestor contacte.

Un anunț unilateral care este cu adevărat public, de exemplu, printr-un ziar, nu reprezintă o practică concertată în sensul art. 101 alin. (1) din tratat.

Situația este însă diferită dacă anunțul implică invitații la coluziune sau este urmat de anunțuri publice făcute de alți concurenți, în special pentru că răspunsurile strategice ale concurenților la anunțurile publice făcute de alte întreprinderi (care, de exemplu, pot implica modificări ale propriilor anunțuri anterioare în funcție de anunțurile concurenților) se pot dovedi a fi o strategie pentru a se ajunge la o înțelegere comună cu privire la condițiile coordonării.²⁴

În alte împrejurări contactele între întreprinderi au caracter secret.²⁵

Frecvent, practicile concertate sunt probate cu ajutorul mai multor factori care rezultă din acte și/sau comportamente ale întreprinderilor.

Contactele între întreprinderi este posibil să se stabilească între reprezentanți ai întreprinderilor în cauză sau între simpli angajați. Un angajat își îndeplinește funcțiile în beneficiul și sub îndrumarea întreprinderii pentru care lucrează și se consideră astfel că se integrează în unitatea economică constituită de respectiva întreprindere. Așadar, eventualele acțiuni anticoncurențiale ale unui angajat pot să fie atribuite întreprinderii din care face parte, întreprinderea fiind, în principiu, considerată răspunzătoare pentru acestea.²⁶

Participarea la o singură reuniune poate să fie suficientă pentru a se aplica art. 101 din T.F.U.E.²⁷

Modurile pasive de participare, precum prezenta unei întreprinderi la reuniuni în cursul cărora au fost încheiate acorduri având un obiect anticoncurențial, fără să se fi opus în mod vădit, reflectă o complicitate care este de natură să angajeze răspunderea sa potrivit art. 101 din T.F.U.E., având în vedere că aprobarea tacită a unei inițiative nelegale, fără a se distanța în mod public de conținutul acesteia sau fără a o denunța entităților administrative, are drept efect să încurajeze continuarea încălcării și să compromită descoperirea sa.²⁸

O întreprindere care nu a participat în mod direct decât la o parte dintre comportamentele anticoncurențiale poate să fie sancționată în ipoteza în care aceste comportamente se înscriu într-un „plan de ansamblu”, în considerarea obiectivului comun al acestora care constă în denaturarea concurenței în cadrul pieței interne. Astfel, întreprinderea în cauză este posibil să fi intenționat să contribuie prin propriul comportament la obiectivele comune

urmărite de toți participanții și să fi cunoscut comportamentele ilicite preconizate sau puse în aplicare de alte întreprinderi ori să fi putut să le prevadă în mod rezonabil și să fi fost pregătită să accepte riscul ce decurge din acestea. Într-un asemenea caz, întreprinderea respectivă răspunde pentru totalitatea comportamentelor anticoncurențiale.²⁹

Concepția arătată se aplică în situația în care sunt întrunite următoarele condiții: existența unui plan de ansamblu în considerarea unui obiectiv unic; contribuția intenționată a întreprinderii la acel plan; cunoașterea (probată sau prezumată) a comportamentelor anticoncurențiale ale celorlalți participanți.³⁰

În împrejurările menționate, Comisia și instanțele europene rețin existența unei încălcări unice și complexe, chiar dacă unul sau mai multe elemente ale unei serii de acte ori ale comportamentului continuu ar putea constitui în sine și privite izolat o încălcare a prevederilor art. 101 alin. (1) din T.F.U.E.³¹

Noțiunea de obiectiv unic (comun) nu poate să fie determinată printr-o raportare generală la existența unei denaturări a concurenței, ci prin raportare la diferite elemente obiective.³²

De exemplu, într-o cauză, Curtea de Justiție a reținut că diferitele comportamente imputate urmăreau același scop, și anume, în cazul tuturor fabricanților de produse și accesorii pentru baie, coordonarea comportamentului lor față de distribuitorii cu ridicata. În cauză, instanța europeană a luat în considerare rolul central avut de distribuitorii cu ridicata în circuitul distribuției, caracteristicile acestui circuit, existența unor organisme de coordonare și a unor asociații mult produs, similitudinea punerii în aplicare a unor acorduri coluzive și suprapunerile materiale, geografice și temporale între practicile în cauză.³³

Pentru calificarea diferitelor acțiuni drept încălcare unică și continuă nu trebuie însă să se verifice dacă acestea prezintă o legătură de complementaritate, nici să se probeze că întreprinderile în cauză își desfășoară activitatea pe piața vizată de restrângerile concurenței ori pe piețe situate în amonte sau în aval sau învecinate cu piața respectivă. În unele ipoteze, aranjamentele în cauză pot să vizeze numai comportamentul comercial al uneia dintre întreprinderile participante la raporturi orizontale sau verticale.³⁴ Așadar, mecanismele adoptate de întreprinderile în cauză pot să fie diferite.

În schimb, dacă o întreprindere a participat în mod direct la unul sau la mai multe dintre comportamentele anticoncurențiale care compun o încălcare unică și continuă, dar nu s-a stabilit că, prin propriul comportament, aceasta intenționa să contribuie la ansamblul obiectivelor comune urmărite de ceilalți participanți la înțelegere și că aceasta cunoștea toate celelalte comportamente ilicite urmărite sau puse în aplicare de acești participanți pentru atingerea aceluiași obiective sau că putea să le prevadă în mod rezonabil și era pregătită să accepte riscul ce decurge din acestea, Comisia nu are dreptul să stabilească în sarcina sa răspunderea decât pentru comportamentele la care a participat în mod direct și pentru comportamentele urmărite sau puse în aplicare de ceilalți participanți pentru atingerea aceluiași obiective cu cele pe care ea le urmărea și cu privire la care s-a dovedit că aceasta le cunoștea sau putea să le prevadă în mod rezonabil și era pregătită să accepte riscul ce decurge din acestea.³⁵

În consecință, afirmația potrivit căreia contribuția intenționată a întreprinderii la planul de ansamblu în cauză este posibilă chiar dacă aceasta nu a participat de la început la încălcarea regulilor de concurență³⁶ trebuie să fie înțeleasă în mod nuanțat, întrucât acesta ar putea constitui un indiciu de natură să demonstreze că respectiva întreprindere nu răspunde pentru anumite comportamente.

În cadrul unei încălcări care se întinde pe o perioadă mai lungă de timp, faptul că manifestările înțelegerii intervin în perioade diferite, care pot fi separate prin intervale de timp mai mult sau mai puțin lungi, nu exclude aplicarea art. 101 alin. (1) din T.F.U.E. Comisia trebuie însă să probeze că întreprinderea luată în considerare cunoștea comportamentele anticoncurențiale puse în aplicare de alte entități sau că putea să le prevadă în mod rezonabil.³⁷

În cazul în care nu se poate imputa unei întreprinderi răspunderea pentru anumite comportamente și, prin urmare, pentru încălcarea unică și continuă în ansamblu, instanța Uniunii trebuie să se limiteze la anularea în parte a deciziei Comisiei prin care întreprinderea respectivă este sancționată pentru încălcarea unică și continuă în ansamblu. Așadar, întreprinderea în cauză nu va fi exonerată de răspundere pentru comportamentele la care este cert că a luat parte sau pentru care poate să fie considerată răspunzătoare.³⁸

Practicile concertate au ca obiect sau efect denaturarea concurenței.

Articolul 101 alin. (1) din T.F.U.E. se referă în mod general la practicile concertate care, în raporturi fie orizontale, fie verticale, denaturează concurența pe piața internă, independent de piața pe care părțile își desfășoară activitatea, precum și de faptul că doar comportamentul comercial al uneia dintre acestea este vizat de termenii aranjamentelor în cauză.³⁹ Această concepție este avută în vedere indiferent dacă comportamentele anticoncurențiale se înscriu sau nu într-un „plan de ansamblu” al întreprinderilor.

În ceea ce privește calificarea unei practici drept restrângere a concurenței prin obiect, din jurisprudența Curții de Justiție, a legislației secundare a Uniunii și din Comunicarea Comisiei, din anul 2014, privind acordurile de importanță minoră care nu restrâng în mod semnificativ concurența în sensul art. 101 alin. (1) din T.F.U.E. (Comunicarea *de minimi*)⁴⁰ reiese că anumite tipuri de coordonare între întreprinderi indică un grad suficient de nocivitate pentru concurență pentru a se putea considera că examinarea efectelor acestora nu este necesară. Această concepție se întemeiază pe împrejurarea că anumite forme de coordonare între întreprinderi pot fi considerate, prin însăși natura lor, ca fiind dăunătoare pentru buna funcționare a concurenței.

Pentru a se considera că este vorba de o „restrângere a concurenței prin obiect” trebuie analizate dispozițiile în cauză, obiectivele urmărite, precum și contextul economic și juridic în care se integrează comportamentele întreprinderilor.⁴¹

În cuprinsul unor hotărâri ale Curții de Justiție s-a reținut că, în cadrul aprecierii contextului în care se înscrie tipul de coordonare între întreprinderi, trebuie să se țină seama de natura bunurilor sau serviciilor afectate, precum și de condițiile reale de funcționare și de structura pieței sau a piețelor relevante.⁴²

În raport cu această jurisprudență, se poate, totuși, observa că analiza contextului economic și juridic în care se încadrează practica poate să se limiteze la ceea ce este strict necesar pentru a concluziona că există o restrângere a concurenței prin obiect. Astfel, comportamentele care privesc împărțirea piețelor au ca obiect restrângerea concurenței prin ele însele și aparțin unei categorii expres interzise prin art. 101 alin. (1) din T.F.U.E., un asemenea obiect neputând să fie justificat prin intermediul unei analize a contextului economic în care se încadrează comportamentul anticoncurențial în cauză, iar în circumstanțele în care barierele la intrarea pe piața europeană nu sunt insurmontabile, poate să fie restrânsă concurența potențială pe piață. Așadar, o analiză mai detaliată a contextului economic și juridic relevant nu este necesară.⁴³

Noțiunea de restrângere a concurenței „prin obiect” se interpretează în mod restrictiv. În cazul în care analiza comportamentelor întreprinderilor nu indică un grad suficient de nocivitate pentru concurență, vor trebui examinate efectele acestora.⁴⁴

De exemplu, constituie restrângeri ale concurenței „prin obiect” acordurile și/sau practicile concertate dintre concurenți care, în mod direct sau indirect, privesc fixarea prețurilor de vânzare a produselor către terți⁴⁵; limitarea producției sau a vânzărilor; alocarea piețelor sau a clienților.⁴⁶

Restricțiile grave pentru concurență pot să fie, de asemenea, arătate în cuprinsul oricărui regulament actual sau viitor de exceptare pe categorii al Comisiei.⁴⁷

Contactul sau contactele care au caracter anticoncurențial pot să intervină între concurenți actuali sau potențiali⁴⁸ ori între întreprinderi care nu sunt concurente. După cum se cunoaște, prohibiția instituită la art. 101 alin. (1) din T.F.U.E. privește deopotrivă acordurile și/sau practicile concertate în raporturi orizontale și pe cele în raporturi verticale. Criteriul de distincție dintre unele și celelalte decurge din poziția economică în care se află părțile interesate în raporturile reciproce pe care le stabilesc între ele (la același nivel economic sau la nivele economice diferite).⁴⁹ În general, se consideră că acordurile și/sau practicile concertate în raporturi orizontale pot să aibă consecințe negative mai pronunțate în domeniul concurenței decât cele în raporturi verticale. Acordurile și/sau practicile concertate în raporturi orizontale pot să restrângă concurența între întreprinderi care produc bunuri similare. Acordurile și/sau practicile concertate în raporturi verticale pot să conducă la limitarea concurenței între una dintre părțile ce participă la respectivul comportament și un terț.

Prevederile art. 101 alin. (1) vizează nu numai efectele actuale asupra concurenței în cadrul pieței interne, ci și pe cele potențiale.⁵⁰

Faptul că o întreprindere a jucat un rol minor în aspectele în care a fost implicată nu este relevant pentru a stabili existența unei încălcări din partea sa, dat fiind că acest element trebuie să fie luat în considerare doar atunci când se evaluează gravitatea încălcării și, după caz, când se stabilește amenda.⁵¹ În raport cu o serie de criterii de ordin economic și juridic aplicate întreprinderilor participante la practicile concertate este însă posibil să se conchidă că acestea nu au un caracter semnificativ asupra comerțului dintre statele membre sau că nu restrâng în mod semnificativ concurența.

Comportamentele anticoncurențiale pot să fie stabilite de către întreprinderi sau să se afle numai în stadiul de proiect. De exemplu, contactul care constă într-o încercare de a ajunge la un acord privind preturile constituie o practică concertată.⁵² A *fortiori* contactele și reuniunile periodice între întreprinderi în scopul examinării și definirii politicii lor comerciale reprezintă comportamente interzise de art. 101 alin. (1) din T.F.U.E.⁵³

În cazul în care o poziție dominantă colectivă rezultă dintr-o practică concertată, din modul în care ea se concretizează și, prin urmare, din legăturile sau factorii de corelare între întreprinderi pe care îi determină, aplicarea prevederilor art. 101 alin. (1) sau declararea acestora ca fiind inaplicabile, pe temeiul alineatului (3) al aceluiași articol, nu exclude posibilitatea aplicării art. 102 din T.F.U.E.⁵⁴

c) Practicile concertate restrâng concurența în cadrul pieței interne. După cum reiese din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii, pentru a se aprecia că o practică concertată poate să constituie o „restrângere a concurenței prin obiect” trebuie analizate cuprinsul dispozițiilor în cauză, obiectivele pe care urmăresc să le atingă, precum și contextul economic și juridic în care acestea se înscriu. În cadrul respectivului context, trebuie să se ia în considerare natura bunurilor sau serviciilor afectate, precum și condițiile reale de funcționare și structura pieței sau a piețelor relevante.

De exemplu, generarea unei împărțiri a clienților pentru servicii, în scopul afilierii persoanelor vizate la un cerc limitat de operatori economici, contrar normelor legale aplicabile, în condițiile formării unei noi piețe într-o perioadă relativ scurtă, legislația națională impunând obligativitatea afilierii, iar serviciul în discuție fiind ușor identificabil de clienții potențiali, ceea ce a determinat o concurență puternică pe piață, a reprezentat o restrângere a concurenței prin obiect. În asemenea circumstanțe, numărul de persoane concret vizate a fost lipsit de relevanță.⁵⁵

Dacă se impune examinarea efectelor practicilor concertate, se va tine seama de împrejurarea că acestea intervin între concurenți existenți sau potențiali ori, dimpotrivă, între neconcurenți; de praguri ale cotelor de piață; de dispozițiile în cauză; de elementele obiective care influențează cadrul real în care se produc consecințe comportamentelor întreprinderilor.⁵⁶

Nici în ipoteza „încălcării prin obiect”, nici în cea a „încălcării prin efect” nu se determină invariabil piața relevantă.

3. Proba și sancționarea practicilor concertate supuse prevederilor art. 101 din T.F.U.E.

Potrivit jurisprudenței instanței europene, noțiunile „acord” și „practică concertată” în sensul art. 101 alin. (1) din T.F.U.E., cuprind, din punct de vedere subiectiv, forme de coluziune care au aceeași natură și nu se disting decât prin intensitatea lor și prin formele sub care se manifestă. Prin urmare, în orice caz, este suficient să se facă dovada elementelor constitutive ale oricăreia dintre aceste forme de încălcare prevăzute de dispoziția menționată pentru ca aceasta să se aplice în orice ipoteză.⁵⁷

În raport cu cele arătate, apare posibil ca un anumit comportament să fie calificat ca fiind acord și/sau practică concertată și să se facă dovada elementelor constitutive ale uneia dintre aceste forme de coluziune.⁵⁸

De asemenea, instanța europeană a reținut în cuprinsul hotărârilor pronunțate expresiile „ansamblu de acorduri și/sau practici concertate”⁵⁹, „acorduri și practici concertate”⁶⁰, „acord sau, cu titlu subsidiar, practică concertată”.⁶¹

În cuprinsul art. 101 din T.F.U.E. se distinge între noțiunile de „practică concertată”, „acorduri între întreprinderi”, „decizii ale unor asocieri de întreprinderi”, în scopul de a include, în cadrul interdicțiilor prevăzute de această dispoziție, diferite forme de coordonare între întreprinderi a comportamentului lor pe piață și de a evita astfel ca întreprinderile să poată eluda aplicarea normelor de concurență ca urmare doar a formei prin intermediul căreia acestea își coordonează comportamentul în cauză.⁶²

Criteriile stabilite în jurisprudența Curții în scopul de a aprecia dacă un comportament are ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței sunt deopotrivă aplicabile în cazul unui acord, al unei decizii sau al unei practici concertate.⁶³

În ceea ce privește stabilirea cuantumului amenzii, prin aplicarea unor metode de calcul diferite nu se poate opera o discriminare între întreprinderile care au participat la un acord sau la o practică concertată contrară art. 101 alin. (1) din T.F.U.E.⁶⁴

Așadar, calificarea exactă a formei de coordonare a comportamentului întreprinderilor pe piață sau luarea în considerare în mod eronat a noțiunii de „acord” în loc de noțiunea de „practică concertată” nu este susceptibilă să determine modificarea analizei care se impune pe temeiul art. 101 din T.F.U.E.⁶⁵

În jurisprudența instanței europene s-a accentuat că, în cauzele de drept european (comunitar) al concurenței, proba testimonială nu joacă decât un rol secundar, în vreme ce înscrisurile ocupă un loc principal.⁶⁶

În numeroase situații, activitățile pe care le presupun practicile și acordurile anticoncurențiale se desfășoară însă în mod clandestin, reuniunile sunt secrete și documentația aferentă acestora este redusă la minimum. Elementele care atestă în mod explicit un contact nelegal între operatorii economici sunt adesea fragmentare și dispersate. Ca atare, existența unei practici sau a unui acord anticoncurențial trebuie să fie dedusă dintr-un anumit număr de coincidențe și de indicii care, luate în considerare în ansamblu, pot constitui, în absența unei alte explicații coerente, dovada încălcării normelor de concurență.⁶⁷

De exemplu, în practică, instanțele europene au ținut seama de acorduri scrise ale întreprinderilor și de existența unor devize de comenzi,⁶⁸ de o listă de control care conținea obiective anticoncurențiale⁶⁹; de procese-verbale ale unei reuniuni⁷⁰; de tabele în care erau centralizate date privind vânzările pe diferite luni și diferiți ani, pe baza informațiilor comunicate de mai multe întreprinderi⁷¹; de declarația unui martor direct al împrejurărilor prezentate.⁷²

Elementele relevante pot să fie obținute în cadrul interviului oricărei persoane fizice sau juridice care deține informații privind obiectul investigației; inspecțiilor desfășurate la întreprinderi, asociațiile de întreprinderi, precum și în orice alte incinte, terenuri și mijloace de transport; audierii părților⁷³ etc.

Un element de probă cu origine anonimă nu poate stabili singur existența unei încălcări a dreptului european (comunitar) al concurenței.⁷⁴

În cazul în care înscrisurile analizate demonstrează existența unui comportament ilicit, proba testimonială nu este necesară.⁷⁵

Dreptul de a nu contribui la propria incriminare nu este afectat de solicitările de informații formulate în temeiul Regulamentului nr. 1/2003. De altminteri, art. 18 alin. (3) din acest regulament prevede că netransmiterea informațiilor solicitate de Comisie printr-o decizie poate să conducă la aplicarea unei amenzi sau a unei penalități cu titlu cominatoriu, în conformitate cu art. 23, respectiv, cu art. 24 din regulament.

Decizia Comisiei prin care sunt solicitate informații poate să fie atacată la Curtea de Justiție.

Regulamentul nr. 1/2003 impune întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi, aidoma Regulamentului nr. 17/62, care a fost primul regulament de aplicare a art. 81 și 82 din Tratatul C.E. (actualele art. 101 și 102 din T.F.U.E.), să colaboreze cu Comisia în cursul investigației acesteia. Obligația de a colabora cu Comisia nu presupune însă ca întreprinderile și asociațiile de întreprinderi să admită încălcarea regulilor europene de concurență.⁷⁶

Pe parcursul întregii proceduri administrative, întreprinderile și asociațiile de întreprinderi pot să invoce dreptul la apărare.⁷⁷

În etapa procedurii contradictorii, Comisia acordă întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi care fac obiectul procedurilor desfășurate de Comisie prilejul de a-și exprima punctul de vedere. Comisia își fundamentează deciziile doar pe obiecțiunile asupra cărora părțile în cauză au putut prezenta comentarii [art. 27 alin. (1) din Regulamentul nr.1/2003].

Comunicarea Comisiei trebuie să indice, cu claritate, elementele esențiale reținute în privința întreprinderii în cauză, precum faptele reproșate, în ce calitate i se reproșează întreprinderii faptele reținute, calificarea acestora și elementele de probă pe care se întemeiază Comisia.⁷⁸

Comisia comunică elementele necesare pentru ca întreprinderea în cauză să aibă posibilitatea să se apere nu numai împotriva unei constatări a încălcării, ci și împotriva aplicării unei amenzi. Aceasta nu implică, totuși, transmiterea unor informații concrete privind nivelul amenzii preconizate.

Respectarea dreptului la apărare impune ca, în cursul procedurii administrative, întreprinderii în cauză să i se ofere posibilitatea să își exprime în mod util punctul de vedere asupra realității și pertinentei faptelor și circumstanțelor invocate, precum și asupra înscrisurilor reținute de Comisie în susținerea afirmației sale privind existența unei încălcări.⁷⁹

Părțile în cauză au dreptul de acces la dosarul Comisiei, dar nu la documentele interne ale Comisiei sau ale autorităților de concurență ale statelor membre [art. 27 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003]. Informații care, prin natura lor, sunt protejate de secretul profesional, nu sunt divulgate [art. 28 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003].

Potrivit unei jurisprudențe constante, necomunicarea unui document constituie o încălcare a dreptului la apărare doar dacă întreprinderea vizată demonstrează, pe de o parte, că, în speță, Comisia s-a întemeiat pe acest document pentru a-și susține obiecțiunea

privind existența încălcării și, pe de altă parte, că această obiecțiune putea fi dovedită doar prin referire la documentul respectiv. Dacă au existat alte documente despre care părțile au avut cunoștință în cursul procedurii administrative și care susțin concluziile Comisiei, eliminarea din rândul mijloacelor de probă a documentului incriminator netransmis nu ar infirma temeinicia obiecțiunilor reținute în decizia contestată. Întreprinderii în cauză îi revine sarcina să demonstreze că rezultatul la care a ajuns Comisia în cadrul deciziei sale ar fi fost diferit dacă un document netransmis și pe care Comisia s-a întemeiat pentru incriminarea acelei întreprinderi trebuia să fie înlăturat ca mijloc de probă incriminator.

Întreprinderii în cauză trebuie să i se ofere inclusiv posibilitatea să examineze documentele dezincriminatoare din dosarul de investigare al Comisiei.

Conform unei jurisprudențe constante, întreprinderea în cauză trebuie să demonstreze că necomunicarea unui document dezincriminator a putut influența, în detrimentul ei, derularea procedurii și conținutul deciziei Comisiei. Așadar, întreprinderea în cauză este datoare să probeze nu numai că nu a avut acces la anumite documente dezincriminatoare, ci și că le-ar fi putut utiliza în apărare.⁸⁰

În situația în care au fost încălcate regulile dreptului european al concurenței, amenda va fi stabilită în funcție de numeroase elemente, cum ar fi circumstanțele particulare ale cauzei, contextul acesteia și efectul descurajant al amenzilor, fără să existe o listă imperativă sau exhaustivă de criterii care trebuie să fie luate în considerare în mod obligatoriu ori o formulă matematică precisă.⁸¹

Articolul 23 alin. (2) și (3) din Regulamentul 1/2003 conține criteriile de bază pentru calcularea amenzilor și limitele acestora.

O Comunicare a Comisiei din anul 2006 privește calcularea amenzilor aplicate în temeiul art. 23 alin. (2) lit. a) din Regulamentul nr. 1/2003.⁸² În cuprinsul acesteia este arătată metodologia utilizată de Comisie pentru a stabili amenda care urmează să fie aplicată întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi. Totuși, în circumstanțe particulare, Comisia se poate abate de la orientările prin care își limitează puterea de apreciere, cu respectarea principiilor generale de drept, precum egalitatea de tratament sau protecția încrederii legitime.

În ceea ce privește, în special, aplicarea art. 101 din T.F.U.E., destinatarul comunicării care conține obiecțiunile Comisiei poate să conteste în etapa procedurii jurisdicționale diferitele elemente de fapt sau de drept care au fost reținute împotriva sa, chiar dacă nu le-a contestat anterior, în cursul procedurii administrative.⁸³

Din jurisprudența Curții de Justiție reiese că, atunci când este sesizat, conform art. 263 din T.F.U.E., cu o acțiune în anularea unei decizii de aplicare a art. 101 alin. (1) din T.F.U.E., Tribunalul trebuie să exercite în general, pe baza elementelor aduse de reclamant în susținerea motivelor invocate, un control deplin pentru a verifica dacă sunt sau nu reunite condițiile aplicării acestei dispoziții. Tribunalul exercită un control „aprofundat” atât în drept, cât și în fapt. De asemenea, Tribunalul verifică, din oficiu, dacă Comisia și-a motivat decizia.⁸⁴

În conformitate cu art. 31 din Regulamentul nr. 1/2003, Tribunalul poate elimina, reduce sau mări amenda ori penalitatea cu titlu cominatoriu aplicată de Comisie.

Motivarea hotărârii Tribunalului Uniunii Europene trebuie să menționeze în mod clar și neechivoc raționamentul acestuia, astfel încât să dea posibilitatea persoanelor interesate să ia cunoștință de temeiurile deciziei luate și Curții de Justiție să își exercite controlul jurisdicțional.⁸⁵ Tribunalul nu este însă obligat să realizeze o expunere care să urmeze în mod exhaustiv și unul câte unul toate argumentele scrise și orale prezentate de părțile în litigiu.⁸⁶ Motivarea Tribunalului poate fi, așadar, implicită.⁸⁷

Nu mai dimensiunea redusă a motivării nu semnifică o motivare insuficientă.⁸⁸

Pe de altă parte, nu se poate impune Tribunalului să își justifice soluția reținută într-o cauză în raport cu cea reținută în altă cauză cu care a fost sesizat, chiar dacă aceasta ar privi aceeași decizie.⁸⁹ Nu se poate opera însă o discriminare între întreprinderile care au participat la aceeași încălcare a art. 101 din T.F.U.E.⁹⁰ În plus, Curtea de Justiție asigură aplicarea principiului proporționalității în ceea ce privește amenzi stabilite de Tribunal.⁹¹

Autoritățile de concurență ale statelor membre și instanțele naționale sunt, de asemenea, competente, în conformitate cu art. 5 și, respectiv, art. 6 din Regulamentul nr. 1/2003, să aplice art. 101 și 102 din T.F.U.E., cu respectarea art. 16 din regulament, prin care se asigură aplicarea uniformă a dreptului unional al concurenței.

4. Mijloacele pe care le pot utiliza întreprinderile pentru a demonstra că s-au disociat de practici concertate

Participarea, chiar pasivă, a unei întreprinderi la una sau mai multe reuniuni cu caracter anticoncurențial atrage sancționarea acesteia. Simplul fapt că reprezentantul unei întreprinderi a părăsit o asemenea reuniune nu este, în sine, de natură să arate că întreprinderea în cauză s-a disociat de practicile concertate.⁹² Nici împrejurarea că o întreprindere nu pune în aplicare practicile anticoncurențiale sau că desfășoară o politică mai mult sau mai puțin independentă pe piață nu demonstrează, ca atare, că întreprinderea respectivă nu a participat la încălcarea regulilor de concurență, pentru că atitudinea întreprinderii în cauză poate să determine alte întreprinderi să adopte un comportament care să aducă atingere concurenței.⁹³

După cum s-a reținut în jurisprudența Curții de Justiție, pentru a nu fi sancționată, întreprinderea care a participat la reuniuni cu caracter anticoncurențial trebuie să se distanțeze în mod public de conținutul lor sau să le denunțe entităților administrative competente.⁹⁴

Noțiunea „distanțare publică” transpune o situație de fapt a cărei existență este constatată de Tribunal, de la caz la caz, ținând seama de o serie de coincidențe și de indicii care i-au fost prezentate și ca urmare a unei evaluări globale a tuturor probelor și indiciilor relevante. Aprecierea Tribunalului nu constituie, cu excepția cazului denaturării elementelor prezentate acestuia, o chestiune de drept supusă ca atare controlului Curții de Justiție.⁹⁵

În acest context, decisivă este percepția pe care o au ceilalți participanți la o înțelegere cu privire la intenția întreprinderii în cauză.⁹⁶ În împrejurări particulare nu se poate însă impune unei întreprinderi ca intenția de a se distanța să se manifeste în raport cu toți concurenții.⁹⁷

Pentru a se distanța public de comportamentele anticoncurențiale, o întreprindere poate să își informeze în scris concurenții cu privire la dorința sa de a nu mai participa la ele și să nu mai aibă asemenea contacte.⁹⁸

În funcție de circumstanțele cauzei pot să fie luate în considerare nu numai distanțarea publică sau denunțarea către entitățile administrative, ci, de pildă, aplicarea sistematică a unei reduceri, care depășește plafonarea în cauză.⁹⁹

Firește, organele de jurisdicție nu pot impune demersuri excesive sau nerealiste întreprinderilor care doresc să demonstreze că s-au disociat de anumite practici concertate.¹⁰⁰ Totuși, după cum se poate observa, mijloacele aflate la îndemâna întreprinderilor care doresc să se disocieze de practicile concertate nu sunt lesnicioase.

* Profesor, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; sdeleanu@law.ubbcluj.ro

¹ Potrivit jurisprudenței instanței europene, prin întreprindere se înțelege orice entitate care desfășoară o activitate economică, independent de statutul ei juridic și de modul în care este finanțată (C.J.C.E., 23 aprilie 1991, cauza C-41/90, Hofer și El ser, pct. 21),

O persoană fizică ce prestează servicii contra unei plăți și își asumă riscurile financiare aferente activității pe care o îndeplinește poate să fie supusă prevederilor art. 101 și 102 din tratat, chiar dacă este vorba de o activitate intelectuală care ar putea fi realizată fără reunirea unor elemente materiale, imateriale și umane (C.J.C.E., 18 iunie 1998, cauza C-35/96, pct. 37-38)

O întreprindere poate să fie constituită din mai multe persoane fizice sau juridice (C.J.C.E., 12 iulie 1984, cauza C-170/83, Hydrotherm Gerätebau, pct. 11; C.J.U.E., 21 iulie 2016, cauza C-542/14 SIA, pct. 22).

² A se vedea, de pildă, pct. (14) din Comunicarea Comisiei privind aplicarea art. 101 alin. (3) din tratat [ex-art. 81 alin. (3) din Tratatul C.E.], în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (J.O.), 2004, C 101.

³ A se vedea, pct. (12) din Comunicarea Comisiei privind conceptul de efect asupra comerțului din art. 101 și 102 din tratat (ex-art. 81 și 82 din Tratatul C.E.), în J.O. 2004, C 101.

⁴ A se vedea, pct. (106) din Comunicarea Comisiei privind aplicarea art. 101 alin. (3) din tratat [ex-art. 81 alin. (3) din tratatul C.E.].

⁵ În cuprinsul mai multor comunicări ale Comisiei care conțin orientări referitoare la aplicarea regulilor europene de concurență ce subliniază că acestea stabilesc punctele de vedere ale Comisiei cu privire la aspectele pe care le abordează, fără să fie obligatorii pentru instanțele și autoritățile statelor membre [a se vedea, de exemplu, pct. (4) din Comunicarea Comisiei privind aplicarea art. 101 alin. (3) din tratat (ex-art. 81 alin. (3) din Tratatul C.E.); pct. (3) din Comunicarea Comisiei privind conceptul de efect asupra comerțului din art. 101 și 102 din tratat (ex-art. 81 și 82 din Tratatul C.E.)]. Se poate, totuși, observa că referitor la Comunicarea Comisiei privind cooperarea în cadrul rețelei autorităților de concurență (J.O. 2004, C 101), Curtea de Justiție a Uniunii a reținut că aceasta conține declarația autorităților de concurență ale statelor membre în sensul că ele au luat act de principiile expuse de comunicare și acceptă să le respecte (C.J.U.E., 13 decembrie 2012, cauza C-226/11, Expedia, pct. 26), în asemenea circumstanțe, comunicarea respectivă este obligatorie pentru autoritățile de concurență din statele membre.

- ⁶ C.J.C.E., 16 martie 2000, cauzele conexate C-395/96P și C-396/96P, Dafa-Lines, pct. 44-45.
- ⁷ În acest sens poate să fie avut în vedere art. 3 din Regulamentul nr. 1/2003 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la art. 101 și 102 din tratat (ex-art. 81 și 82 din Tratatul C.E.), textul fiind consacrat raportului dintre art. 101 și 102 din tratat și legislațiile naționale de concurență; jurisprudența Curții de Justiție corespunzător căreia interpretarea și aplicarea condiției referitoare la efectele asupra comerțului dintre statele membre, prevăzută la art. 101 și 102, trebuie să aibă ca punct de pornire finalitatea acestei condiții, care este aceea de a determina, în materia reglementării concurenței, domeniul dreptului european (comunitar) în raport cu cel al statelor membre, aparținând astfel domeniului dreptului european (comunitar) orice înțelegere și orice practică susceptibilă să afecteze libertatea comerțului dintre statele membre într-un sens care ar putea aduce atingere realizării obiectivelor pieței unice dintre statele membre, în special prin separarea piețelor naționale sau prin modificarea structurii concurenței în cadrul pieței interne (C.J.C.E., 13 iulie 2006, cauzele conexate C-295/04 – C-298/04, Manfredi, pct. 41; C.J.C.E., 23 noiembrie 2006, cauza C-238/05, Anse, pct. 33; C.J.C.E., 27 ianuarie 2007, cauza C-407/04P, Dalmine, pct. 89; pct. (12) din Comunicarea Comisiei privind conceptul de efect asupra comerțului din art. 101 și 102 din tratat (ex-art. 81 și 82 din Tratatul C.E.) în cuprinsul căruia se arată că în cazul criteriului efectului asupra comerțului este vorba de un criteriu legislativ autonom de drept european (comunitar) care trebuie evaluat separat în fiecare situație și că acesta este un criteriu jurisdicțional care definește domeniul de aplicare a dreptului european (comunitar) al concurenței.
- ⁸ C.J.C.E. (Marea Cameră), 11 decembrie 2007, cauza C-280/06, Philip Morris, pct. 23-24.
- ⁹ C.J.C.E., 18 octombrie 1990, cauzele conexate C-297/88 și C-197/89, Dzodzi, pct. 35-37.
- ¹⁰ C.J.C.E., 14 iulie 1972, cauza 48/69, Imperial Chemical Industries, pct. 64-68; C.J.C.E., 16 decembrie 1975, cauzele conexate 40-48, 50, 54-56, 111, 113 și 114/73, Suiker Unie, pct. 26.
- În cuprinsul Comunicării Comisiei privind aplicabilitatea art. 101 din T.F.U.E. acordurile de cooperare orizontală (J.O. 2011, C 11) se arată la pct. (60) că „noțiunea de practici concertate se referă la o formă de coordonare între întreprinderi prin care, fără a se fi ajuns la stadiul încheierii unui acord propriu-zis, o cooperare practică între acestea înlocuiește în mod intenționat riscurile aferente concurenței.”
- În cadrul Regulamentului nr. 330/2010 privind aplicarea art. 101 alin. (3) din T.F.U.E. categoriilor de acorduri verticale și practici concertate, „acordul vertical” este definit la art. 1 alin. (1) lit. a) ca fiind un acord sau practică concertată convenite între două sau mai multe întreprinderi care acționează fiecare în sensul acordului sau al practicii concertate la niveluri diferite ale procesului de producție și de distribuție și care se referă la condițiile în care părțile pot cumpăra, vinde sau revinde anumite bunuri sau servicii, iar în cuprinsul Comunicării Comisiei privind restricțiile verticale (J.O. 2010, C 130) se subliniază, la pct. (25) lit. a), că regulamentul de exceptare pe categorii nu se aplică comportamentului unilateral al întreprinderilor în cauză. Asemenea comportamente unilaterale pot intra sub incidența art. 102, care interzice abuzurile de poziție dominantă.
- ¹¹ C.J.C.E., 14 iulie 1972, cauza 48/69, Imperial Chemical Industries, pct. 68; C.J.U.E., 4 iunie 2009, cauza C-8/08, T-Mobile Netherlands, pct. 27.
- ¹² C.J.U.E., 14 septembrie 2016, cauza C-519/15 P, Trafilerie Meridionali, pct. 31.
- ¹³ C.J.C.E., 16 decembrie 1975, cauzele conexate 40-48, 50, 54-56, 111, 113 și 114/73, Suiker Unie, pct. 173-174,
- ¹⁴ C.J.U.E. (Marea Cameră), 19 iulie 2012, cauzele conexate C-628/10 P și C-14/11 P, Alliance One International, pct. 43-44.

- ¹⁵ De exemplu, art. 101 alin. (1) din T.F.U.E. nu se aplică în situația în care, în cadrul unui grup, care constituie o entitate economică, societatea-mamă a interzis filialelor ei să vândă produsele cu care îi aprovizionează în exteriorul piețelor naționale ale statelor membre, unde își desfășura activitatea fiecare filială (C.J.C.E., 24 octombrie 1996, cauza C-73/95P, Viho, pct. 5-6, 13, 51 și 54).
- ¹⁶ C.J.U.E., 16 noiembrie 2000, cauza C-294/98 P, Metsa, pct. 36; C.J.U.E., 1 iulie 2010, cauza C-407/08 P, Knauf, pct. 64-67; C.J.U.E., 8 mai 2013, cauza C-508/11 P, Eni, pct. 65; C.J.U.E., 24 iunie 2015, cauzele conexate C-293/13P și C-294/13 P, Fresh Del Monte, pct. 79-86.
- În acest context, credem că pot să fie avute în vedere inclusiv prevederile art. 2 din Directiva nr. 80/723 referitoare la transparența relațiilor financiare între statele membre și întreprinderile publice.
- ¹⁷ C.J.U.E., 1 iulie 2010, cauza C-407/08 P, Knauf, pct. 73; C.J.U.E., 8 mai 2013, cauza C-508/11 P, Eni, pct. 65 și 68; C.J.U.E., 24 iunie 2015, cauzele conexate C-293/13 P și C-294/13 P, Fresh Del Monte, pct. 88-89.
- ¹⁸ A se vedea, de pildă, C.J.U.E. (Marea Cameră), 19 iulie 2012, cauzele conexate C-628/10 P și C-14/11 P, Alliance One International, pct. 46-47; C.J.U.E., 17 septembrie 2015, cauza C-597/13 P, Total SA, pct. 36.
- ¹⁹ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-625/13 P, Villeroy & Boch AG, pct. 147-148.
- ²⁰ C.J.U.E., 8 mai 2013, cauza C-508/11 P, Eni, pct. 50.
- ²¹ A se vedea, de exemplu, C.J.C.E., 19 mai 2009, cauza C-538/07, Assitur, pct. 28-31; C.J.U.E., 23 decembrie 2009, pct. 37-40.
- ²² C.J.C.E., 16 decembrie 1975, cauzele conexate 40-48, 50, 54-56, 111, 113 și 114/73, Suiker Unie, pct. 174; C.J.C.E., 28 mai 1998, cauza C-7/95 P, John Deere, pct. 87. A se vedea, de asemenea, Comunicarea Comisiei privind aplicabilitatea art. 101 din T.F.U.E. acordurilor de cooperare orizontală, pct. 61.
- ²³ C.J.C.E., 16 decembrie 1975, cauzele conexate 40-48, 50, 54-56, 111, 113 și 114/73, Suiker Unie, pct. 174.
- ²⁴ În acest sens, Comunicarea Comisiei privind aplicabilitatea art. 101 din T.F.U.E. acordurilor de cooperare orizontală, pct. 63.
- ²⁵ A se vedea cu privire la reuniuni secrete organizate în state membre sau în țări terțe, C.J.U.E., 16 noiembrie 2000, cauza C-283/98 P, Domsjö, pct. 5; C.J.U.E., 16 februarie 2017, cauza C-95/15 P, ChemPharm, pct. 39.
- ²⁶ C.J.U.E., 21 iulie 2016, cauza C-542/14, SIA, pct. 23-24.
- ²⁷ C.J.C.E., 4 iunie 2009, cauza C-8/08, T-Mobile Netherlands, pct. 59-62.
- ²⁸ C.J.U.E., 21 ianuarie 2016, cauza C-74/14, Eturas, pct. 28.
- ²⁹ A se vedea, de pildă, C.J.U.E., 11 iulie 2013, cauza C-444/11 P, pct. 50; C.J.U.E., 24 iunie 2015, cauzele conexate C-293/13 P și C-294/13 P, Fresh Del Monte, pct. 156-158; C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-644/13 P, Villeroy & Boch SAS, pct. 48-49.
- ³⁰ C.J.U.E., 11 iulie 2013, cauza C-444/11 P, Team Relocation, pct. 51 și 53.
- ³¹ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-644/13 P, Villeroy & Boch SAS, pct. 47; C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-614/13 P, Masco, pct. 22-23.
- ³² C.J.U.E., 11 iulie 2013, cauza C-444/11 P, Team Relocation, pct. 57.
- ³³ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-625/13 P, Villeroy & Boch AG, pct. 166.
- ³⁴ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-644/13 P, Villeroy & Boch SAS, pct. 50-51.
- ³⁵ C.J.U.E., 24 iunie 2015, cauzele conexate C-293/13 P și C-294/13 P, Fresh Del Monte, pct. 159.
- ³⁶ C.J.U.E., 11 iulie 2013, cauza C-444/11 P, Team Relocation, pct. 56.

³⁷ C.J.U.E., 6 decembrie 2012, cauza C-441/11 P, Coppins, pct. 72 și 67.

³⁸ *Ibidem*, pct. 47 și 50.

³⁹ C.J.U.E., 22 octombrie 2015, cauza C-194/14 P, AC-Treuhand, pct. 34-29; C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-644/13 P, Villeroy & Boch SAS, pct. 51.

De exemplu, în cauza C-194/14 P, Curtea de Justiție a reținut că o întreprindere de consultanță care nu își desfășura activitatea pe piețele relevante a participat la realizarea obiectivelor anticoncurențiale în discuție.

⁴⁰ A se vedea, Comunicarea *de minimis*, în J.O. 2014, C291.

⁴¹ C.J.U.E., 20 ianuarie 2016, cauza C-373/14 P, Toshiba, pct. 24-27.

⁴² C.J.U.E., 19 martie 2015, cauza C-286/13 P, Dole, pct. 117.

⁴³ A se vedea, C.J.U.E., 20 ianuarie 2016, cauza C-373/14 P, Toshiba, pct. 28-34.

⁴⁴ C.J.U.E., 26 noiembrie 2015, cauza C-345/14, SIA, pct. 17-18.

Concepția arătată diferă de cea aplicată anterior de Curtea de Justiție care a considerat, în sens larg, că este suficient ca practicile concertate să aibă un obiect anticoncurențial (a se vedea, C.J.C.E., 8 iulie 1999, cauza C-199/92 P, Hüls, pct. 163-167).

⁴⁵ Constatarea obiectului anticoncurențial al unei practici concertate nu depinde de existența unei legături directe între aceasta și prețul de consum.

Modul de redactare a art. 101 alin. (1) din T.F.U.E. nu permite să se considere că ar fi interzise numai practicile concertate care au efect direct asupra prețului achitat de consumatorii finali. Articolul 101 din T.F.U.E. urmărește, asemenea altor norme de concurență prevăzute de tratat, să protejeze nu numai interesele directe ale concurenților sau ale consumatorilor, ci structura pieței și, prin aceasta, concurența în sine (C.J.U.E., 4 iunie 2009, cauza C-8/08, T-Mobile Netherlands, pct. 36-39).

⁴⁶ În acest sens, C.J.U.E., 19 martie 2015, cauza C-286/13 P, Dole, pct. 115; C.J.U.E., 26 noiembrie 2015, cauza C-345/14, SIA, pct. 19; C.J.U.E., 20 ianuarie 2016, cauza C-373/14 P, Toshiba, pct. 28; pct. (13) din Comunicarea *de minimis*; pct. (23) din Comunicarea Comisiei privind calcularea amenzilor aplicate în temeiul art. 23 alin. (2) lit. a) din Regulamentul nr. 1/2003 (J.O. 2006, C210).

Cartelurile se numără printre cele mai grave încălcări ale art. 101 din T.F.U.E. Cartelurile sunt înțelegeri sau practici concertate între doi sau mai mulți concurenți care urmăresc coordonarea comportamentului concurențial al acestora pe piață sau influențarea parametrilor relevanți ai concurenței prin practici care includ, printre altele, fixarea sau coordonarea prețurilor de achiziție sau de vânzare sau a altor condiții comerciale, inclusiv în legătură cu drepturile de proprietate intelectuală, alocarea cotelor de producție sau de vânzare, împărțirea piețelor și a clienților, inclusiv manipularea procedurilor de cerere de oferte, restricționări ale importurilor sau exporturilor sau acțiuni anticoncurențiale împotriva altor concurenți [a se vedea, art. 2 pct. (14) din Directiva nr. 2014/104 privind anumite norme care guvernează acțiunile în despăgubire în temeiul dreptului intern în cazul încălcării dispozițiilor legislației în materie de concurență a statelor membre și a Uniunii Europene (J.O. 2014, L 349) și pct. (1), nota (2) din Comunicarea Comisiei privind desfășurarea procedurilor de tranzacție în vederea adoptării de decizii în temeiul art. 7 și 23 din Regulamentul nr. 1/2003 în cazurile privind cartelurile (J.O. 2008, C 167)].

⁴⁷ A se vedea, de pildă, art. 4 din Regulamentul nr. 330/2010 privind aplicarea art. 101 alin. (3) din T.F.U.E. categoriile de acorduri verticale și practici concertate.

⁴⁸ C.J.U.E., 20 ianuarie 2016, cauza C-373/14 P, Toshiba, pct. 30-31.

- ⁴⁹ După cum am arătat, potrivit definiției de la art. 1 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 330/2010, „acord vertical” înseamnă un acord sau practică concertată convenite între două sau mai multe întreprinderi care acționează fiecare, în sensul acordului sau al practicii concertate, la niveluri diferite ale procesului de producție și de distribuție, și care se referă la condițiile în care părțile pot cumpăra, vinde sau revinde anumite bunuri sau servicii.
- ⁵⁰ C.J.C.E., 23 noiembrie 2006, cauza C-238/05, Asnef, pct. 50.
- ⁵¹ C.J.U.E., 6 decembrie 2012, cauza C-441/11 P, Coppens, pct. 45.
- ⁵² C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-609/13 P, Duravit, pct. 73.
- ⁵³ C.J.C.E., 8 iulie 1999, cauza C-200/92, ICI, pct. 7.
- ⁵⁴ C.J.C.E., 16 martie 2000, cauzele conexate C-395/96 P și C-396/96 P, Dafra-Lines, pct. 33-39, 44 și 130.
- ⁵⁵ C.J.U.E., 16 iulie 2015, cauza C-172/14, ING, pct. 32-47 și 54.
- ⁵⁶ A se vedea, Comunicarea *de minimis*, pct. (2), pct. (8)-(11) și pct. (14). Sfera de siguranță creată de pragurile cotei de piață este importantă inclusiv pentru acordurile care fac obiectul unui regulament de exceptare pe categorii al Comisiei, în măsura în care aceste acorduri conțin o așa-numită, „restricție exclusă” care este o restricție ce nu este enumerată ca fiind o restricție gravă, dar care nu face, totuși, obiectul regulamentului de exceptare pe categorii al Comisiei. De pildă, art. 5 din Regulamentul nr. 330/2010 conține o enumerare a restricțiilor excluse în acordurile verticale. Cu privire la jurisprudența instanței europene, C.J.C.E., 9 iulie 1969, cauza 5/69, Völk, pct. 6-7; C.J.C.E., 6 mai 1971, cauza 1/71, Cadillon, pct. 7-10; C.J.C.E., 21 ianuarie 1999, cauzele conexate C-215/96 și C-216/96, Bagnasco, pct. 35-37; C.J.U.E., 13 decembrie 2012, cauza C-226/11, Expedia, pct. 21-31.
- ⁵⁷ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-609/13 P, Duravit, pct. 68.
- ⁵⁸ C.J.U.E., 5 decembrie 2013, cauza C-449/11 P, Solvay, pct. 61.
- ⁵⁹ C.J.U.E., 19 decembrie 2012, cauza C-452/11 P, Heineken, pct. 58.
- ⁶⁰ C.J.U.E., 22 octombrie 2015, cauza C-194/14 P, AC-Treuhand, pct. 30.
- ⁶¹ C.J.C.E., 8 iulie 1999, cauza C-235/92 P, Montecatini, pct. 39.
- ⁶² C.J.U.E., 11 septembrie 2014, cauza C-382/12 P, MasterCard, pct. 63.
- ⁶³ C.J.C.E., 4 iunie 2009, cauza C-8/08, T.Mobile Netherlands, pct. 24.
- ⁶⁴ C.J.U.E. (Marea Cameră), 19 iulie 2012, cauzele conexate C-628/10 P și C-14/11 P, Alliance One International, pct. 58; C.J.U.E., 7 septembrie 2016, cauza C-101/15 P, Pilkington, pct. 66. Respectarea principiului egalității de tratament, consacrat la art. 20 și 21 din Carta drepturilor fundamentale, impune să nu se realizeze o discriminare, cu ocazia stabilirii cuantumului amenzilor aplicate, între întreprinderile care au participat la un acord sau la o practică concertată contrară art. 101 alin. (1) din T.F.U.E. (C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-638/13 P, Roca, pct. 65-66).
- ⁶⁵ C.J.U.E., 5 decembrie 2013, cauza C-455/11 P, Solvay, pct. 54.
- ⁶⁶ C.J.C.E., 25 ianuarie 2007, cauza C-411/04 P, Salzgitter, pct. 42.
- ⁶⁷ C.J.C.E., 25 ianuarie 2007, cauza C-403/04 P, Sumitomo, pct. 51.
- ⁶⁸ C.J.U.E., 6 decembrie 2012, cauza C-441/11 P, Coppens, pct. 4-6, 61-62.
- ⁶⁹ C.J.C.E., 15 octombrie 2002, cauzele conexate C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P, ICI, pct. 679.
- ⁷⁰ C.J.U.E., 1 iulie 2010, cauza C-407/08 P, Knauf, pct. 49.
- ⁷¹ T.P.I.C.E., 10 martie 1992, cauza T-9/89, Hüls, pct. 115.
- ⁷² C.J.C.E., 25 ianuarie 2007, cauza C-403/04 P, Sumitomo, pct. 50.
- ⁷³ A se vedea, art. 19-21 și 27 din Regulamentul nr. 1/2003.
- ⁷⁴ C.J.C.E., 25 ianuarie 2007, cauza C-411/04 P, Salzgitter, pct. 47-48.

- ⁷⁵ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-609/13 P, Duravit, pct. 82.
- ⁷⁶ A se vedea, de pildă, C.J.C.E., 15 octombrie 2002, cauzele conexate C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P, ICI, pct. 272-273.
- ⁷⁷ C.J.C.E., 21 septembrie 2006, cauza C-113/04 P, Technische Unie, pct. 55-56.
- ⁷⁸ C.J.U.E., 3 septembrie 2009, cauzele conexate C-322/07 P, C-327/07 P și C-338/07 P, Koehler, pct. 35-39.
- ⁷⁹ C.J.C.E., 9 iulie 2009, cauza C-511/06 P, Archer Daniels, pct. 68-69 și 88.
- ⁸⁰ C.J.U.E., 1 iulie 2010, cauza C-407/08 P, Knauf, pct. 13 și 23-24.
- ⁸¹ A se vedea, de pildă, referitor la o serie de criterii utilizate în practică în scopul stabilirii amenzilor, C.J.C.E., 16 noiembrie 2000, cauza C-283/98 P, Domsjö, pct. 12 și 45-47; C.J.C.E., 15 octombrie 2002, cauzele conexate C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P, C-254/99 P, ICI, pct. 467-469; C.J.U.E., 25 ianuarie 2007, cauza C-407/04, Dalmine, pct. 130-132.
- ⁸² Comunicarea Comisiei a fost publicată în J.O. 2006, C 210.
- ⁸³ C.J.U.E., 11 iulie 2013, cauza C-439/11 P, Ziegler, pct. 57.
- ⁸⁴ C.J.U.E., 30 ianuarie 2014, cauza C-382/12 P, MasterCard, pct. 155-156; C.J.U.E., 11 septembrie 2014, cauza C-67/13 P, CB, pct. 44-45.
- ⁸⁵ C.J.U.E., 8 mai 2013, cauza C-508/11 P, Eni, pct. 74.
- ⁸⁶ C.J.U.E., 14 martie 2013, cauza C-276/11 P, Viega, pct. 34-36.
- ⁸⁷ C.J.U.E., 25 iunie 2014, cauza C-37/13 P, Nexans, pct. 21.
- ⁸⁸ *Ibidem*, pct. 23.
- ⁸⁹ C.J.U.E., 26 ianuarie 2017, cauza C-609/13 P, Duravit, pct. 90.
- ⁹⁰ C.J.U.E., 12 noiembrie 2014, cauza C-580/12 P, Guardian, pct. 62.
- ⁹¹ C.J.U.E., 9 martie 2017, cauza C-615/15 P, Samsung, pct. 62-63.
- ⁹² C.J.C.E., 19 martie 2009, cauza C-510/06 P, Archer Daniels, pct. 120.
- ⁹³ C.J.U.E., 8 decembrie 2011, cauza C-389/10 P, KME, pct. 94-95.
- ⁹⁴ A se vedea, de pildă, C.J.U.E., 21 ianuarie 2016, cauza C-74/14, Eturas, pct. 28.
- ⁹⁵ C.J.U.E., 20 ianuarie 2016, cauza C-373/14 P, Toshiba, pct. 63.
- ⁹⁶ C.J.C.E., 19 martie 2009, cauza C-510/06 P, Archer Daniels, pct. 120.
- ⁹⁷ C.J.U.E., 21 ianuarie 2016, cauza C-74/14, Eturas, pct. 47.
- ⁹⁸ C.J.U.E., 6 decembrie 2012, cauza C-441/11 P, Coppens, pct. 57; C.J.U.E., 17 septembrie 2015, cauza C-634/13 P, Total Marketing Services, pct. 18-19.
- ⁹⁹ C.J.U.E., 21 ianuarie 2016, cauza C-74/14, Eturas, pct. 49.
- ¹⁰⁰ *Ibidem*, pct. 41.

ARTICOLE

**LES RESTRICTIONS AU DOMAINE DE L'ARBITRAGE RELATIVES AU CONTRÔLE DE
L'ÉTAT : QUESTION DE SOUVERAINETÉ OU D'ABUS ?**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).4.8

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Zouaghi CHAYMA*

Abstract: *The opening of the national markets generated a diversification of the investment whose Provenance is exogenic. In other words, by opening the borders, the reception States receive on the other hand of the foreign funds, services and of the citizens who must respect the sovereignty of the State of reception to manage their territory. In this context, the arbitration played a significant role in the economic activity, to ensure that the referees' activity does not affect the rule of law, or the fundamental values of society. The host state oversees the application of the arbitration field by limiting its ruler ship through the State's sovereignty.*

Keywords: *the investment, foreign funds, sovereignty, the arbitration, rule of law*

Introduction

L'ouverture des marchés nationaux a engendré une diversification des investissements dont la Provenance est exogène. Autrement dit, en ouvrant les frontières les Etats d'accueil reçoivent en contre partie des fonds étrangers, de services et aussi des citoyens qui doivent respecter la souveraineté de l'Etat d'accueil à gérer son territoire.

Dans ce contexte, l'arbitrage a joué un rôle important dans l'activité économique et afin de veiller à ce que l'activité des arbitres ne porte pas atteinte à l'état de droit, ou bien aux valeurs fondamentales de la société. L'Etat d'accueil encadre le champ d'application de l'arbitrage en limitant son pouvoir par le principe de la souveraineté de l'Etat.

En effet, selon Jacques Bon homme¹ « la souveraineté du peuple, la souveraineté de la loi, telles sont les deux bases sur le quelle on assoit la République ». Sur ce fondement historique, il semble a priori exclu que l'arbitrage domine la juridiction étatique, il reste limité par le concept de la souveraineté de l'Etat.

La souveraineté fiscale de l'Etat permettrait elle à un Etat d'accueil s'affrander des obligations relatives à l'exercice de ses pouvoirs fiscaux, qu'il a lui-même souscrites ?

La notion de souveraineté n'est pas inconnue en droit international. En contrepartie, en droit de l'arbitrage la notion de souveraineté est pratiquement liée à la notion d'ordre public.

La question se pose alors de savoir quelles sont les restrictions provenant de l'ordre public qui limite le pouvoir des arbitres ?

Pour répondre à cette question, il convient dès lors d'examiner dans quelle mesure l'ordre public encadre le champ d'application de l'arbitrage.

Afin de protéger les valeurs fondamentales de la société d'être atteinte par le pouvoir des arbitres. Les Etats d'accueil limitent le champ d'application de l'arbitrage et se réserve en outre le droit de restreindre les effets des sentences arbitrales. En fait, ces deux phénomènes sont étroitement liés.

Il convient dès lors d'examine dans quelle mesure « l'ordre public » de l'Etat d'accueil réagi au niveau d'application de l'arbitrage dans les différends relatifs à l'investissement (I) et, d'autre part, l'emprunte des sentences arbitrales rendues en la matière (II).

I- Les restrictions tenant à limiter le champ d'application de l'arbitrage international

Si l'autonomie du système arbitral est absolue, on ne peut jamais parler des limites devant l'ordre public de l'Etat d'accueil ou des pratiques confirmant la supériorité de la souveraineté de l'Etat à celle du système arbitral.

En l'absence d'une véritable juridiction internationale compétente, l'arbitrage est apparu comme le mode normal de règlement des différends relatifs l'investissement.

Il est en effet, « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci.² ». En fait, le système international d'arbitrage se fonde essentiellement sur la volonté des parties à recourir à ce mode privé de règlement des différends d'où vient le principe de l'autonomie de l'arbitrage.

Les législateurs restreignent le champ d'application de l'arbitrage de façon implicite, ils restreignent d'autonomie de la convention d'arbitrage, en établissant des règles d'arbitralité³. En fait, tout litige qui ne peut pas être confiés aux arbitres c'est à dire rationne materiae, est considéré inarbitrable.⁴

En outre, il existe parfois une « inarbitrabilité subjective »⁵ relative aux restrictions à la faculté de certaines personnes de compromettre. Seules les conventions d'arbitrage qui respect cette restriction au moment de la conclusion de la convention qui seront validées. On rencontre alors différents. La première c'est la rationne materiae qui dépend de la nature même d'un litige alors que l'inaptitude à compromettre ou bien « l'inarbitrabilité subjective » constitue ainsi une condition d'effet », selon le droit allemand, de la convention d'arbitrage.

En doctrine, la plupart des auteurs s'attachant à la distinction entre l'arbitralité objectif et celle subjective. Cette distinction est reliée essentiellement au champ d'application de la clause d'arbitrage qui se différence dans les modes d'arbitralité⁶.

Selon Marie-Noëlle : « Il est devenu habituel de distinguer en matière d'arbitralité les questions relatives à la qualité des sujets du débat arbitral (arbitralité subjective) des questions relatives à la matière des litiges susceptibles d'être traités par un arbitre (l'arbitralité objective)⁷ ».

Ladite distinction a pour cause le fait que si l'arbitrage international est considéré comme un mode normal de résolution des différends relatifs à l'investissement à caractère international, il se trouve toujours des obstacles dans le recours à l'arbitrage. En effet, il se trouve par fois que l'Etat se réserve la possibilité de recourir à l'arbitrage en se basant à sa propre qualité c'est le cas de l'arbitralité subjective. Ainsi que la qualité de l'objet du litige lui-même peut faire le motif à l'exclusion de l'arbitrage et c'est le cas de l'arbitralité objective.

De ce fait, on dégage une distinction entre ces deux types d'arbitralité.

Pour cela et pour ne pas confondre ces deux notions, il convient nécessairement de définir ces arbitralité.

Concernant l'arbitralité subjective ou « *rationae personae* », elle dépend en fait de la réponse à la question : qui peut compromettre ?

C'est la qualité de l'une des parties à la convention d'arbitrage, qu'il soit Etat ou un organisme public qui force le législateur d'exiger par fois que le litige soit exclusivement soumis à la juridiction étatique.

Cette interdiction dite « subjective » a été tempérée au niveau international en premier lieu par la jurisprudence dans l'arrêt « Galakis »⁸, ensuite par une loi du 19 août 1986, qui dispose que « par dérogation à l'article 2060 code civil (français), l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats. »⁹ .

Il n'en reste pas moins que la faculté des personnes morales de droit public de soumettre leurs litiges à l'arbitrage est restreinte. Pour une telle restriction, trois types de justifications sont envisageables¹⁰ .

La première justification consisterait à assimiler les autorités publiques à des personnes dépourvues de capacité juridique.

Cette justification est en fait faible que l'on ne peut pas soutenir. Car même s'il existe au sein de l'Etat des structures « d'orientation » ou de « tutelle », elles ne pourraient pas réduire la capacité de l'administration à l'égard des tiers.

La seconde justification est liée essentiellement à la protection du domaine de l'activité publique par les arbitres. Selon cette proposition l'interdiction de compromettre dans ce cas serait nécessaire dans le souci de protéger les intérêts publics aux quels la mauvaise qualité des sentences arbitrales pourrait introduit des préjudices.

Cette conception constitue en effet un préjugé erroné ; il est nécessaire à ce niveau de rappeler que les intérêts publics sont déjà protégés par le contrôle à posteriori des sentences arbitrales et la qualité de sentences s'approche à celle du jugement étatique et il se trouve parfois que les arbitres demandent l'intervention d'une expertise afin de trouver une solution bien adoptée à la situation.

La dernière justification concerne, en effet l'article 2060 du code civil français où l'inaptitude des autorités publiques à compromettre est conçue comme outil de protection pour la partie faible (personne privée). Alors qu'il n'est pas logique qu'une partie puissante comme l'Etat ou bien l'administration puisse faire valoir l'incapacité de compromettre à l'égard d'une partie faible⁽¹¹⁾. Pour ce raison l'arbitralité « rationae personae » est en cours de disparaître.

Pour l'arbitralité objective, il se trouve que la licéité d'une convention d'arbitrage peut être discutée en raison de son objet. D'une façon plus claire le recours à l'arbitrage n'est pas seulement lié au consentement de parties contractantes mais aussi à la licéité de l'objet de la clause compromissoire. Cela est justifié par le fait que le législateur interdit parfois de compromettre sur certains droits. A ce niveau il faut se poser la question sur quel droit peut-on compromettre ? La réponse est évidemment peut dessiner le destin de litige.

Pour résumé, il faut dire que malgré l'existence de deux types d'arbitralité qu'il existe d'autres argumentations qui considèrent que seul l'arbitralité objective est la véritable arbitralité au sens strict du terme.

L'ordre public : une limite à l'autonomie de l'arbitrage international

Il y a peu de notions juridiques qui soient aussi difficiles à définir que celle d'ordre public. Tout d'abord, étymologique parlant, la notion « ordre public » est composée de deux mots : « l'ordre », qui se définit comme étant la disposition régulière des choses les unes par rapport aux autres, l'équilibre des rapports ou bien l'ensemble des valeurs juridiques que l'Etat viendra ensuite expliquer et garantir dans son droit positif⁽¹²⁾. Ensuite le mot « public » désigne en fait la publicité qui signifie que l'on parle d'un ordre public qui concerne la société toute entière par opposition à l'ordre privé.

On déduit qu'il n'existe pas en fait une définition exacte ou standard de « l'ordre public », il s'agit juste de l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation et aux droits et libertés essentielles de chaque individu.

L'arbitrage est évidemment une véritable institution internationale qui accomplit la tâche de juger une affaire lui étant soumise. et n'étant rattaché à aucun for, l'arbitre doit faire attention quant au droit applicable au litige afin de réaliser une sentence efficace évitant la possibilité d'annulation par le juge du contrôle. Par conséquent, il est important d'étudier le lien qui existe entre l'ordre public et l'arbitrage international d'investissement.

La solution au différend relatifs à l'investissement se manifeste dans la décision prise par les arbitres qui se présente sous forme d'une sentence. L'ordre public intervient dans toute étape pour protéger des valeurs intouchables. En effet, la sanction d'une méconnaissance par l'arbitre de l'ordre public entraîne l'annulation de la sentence arbitrale.

Il est varié donc que l'intervention de la notion de l'ordre public représente une place importante à la détermination de droit applicable sans remettre en cause l'autonomie de l'arbitrage international. Ainsi que l'ordre public et l'arbitrage international entretiennent des relations complexes. C'est la raison pour laquelle, à ce niveau, on va étudier cette relation aux moments de recours à l'arbitrage international et ensuite l'influence de cette notion sur la sentence arbitrale prise par les arbitres.

A la différence du juge, l'arbitre international n'est pas désigné compétent en vertu d'une loi, mais la loi invente des limites à l'accès à l'arbitrage. C'est alors aux parties du litige qu'appartient la détermination de la compétence et l'étendu du pouvoir de leur arbitre à travers la convention d'arbitrage. « L'ordre public joue ici un rôle important dans deux hypothèses. Dans la première hypothèse le droit de l'arbitrage moderne tend à reconnaître la compétence de l'arbitrage même dans les domaines touchant à l'ordre public. Cela conduit à dire que l'ordre public recule et la compétence de l'arbitre s'affirme en matière de l'arbitralité du litige. Dans la seconde hypothèse, (...) l'ordre public est en effet devenu la seule cause de nullité de la convention d'arbitrage en vertu des règles matérielles.⁽¹³⁾».

La question préliminaire obligatoire, permettant de pouvoir attribuer la compétence à un arbitre international est celle de l'arbitralité du litige. C'est le premier élément à préciser. En effet, selon M. Boucher, le terme d'arbitralité désigne « l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage.⁽¹⁴⁾ ». En réalité, cette définition nous semble vague et elle ne correspond pas à notre problématique.

On s'attache surtout à la définition donnée par le professeur Jarrason qui dispose que « le fait d'être arbitrale et est arbitrale ce qui est susceptible d'être arbitré.⁽¹⁵⁾ » La première condition qu'il faut respecter pour que l'arbitrage puisse fonctionner comme une véritable institution internationale est le respect accordé aux clauses compromissaires insérées dans les contrats internationaux⁽¹⁶⁾.

On reconnaît depuis longtemps l'autonomie de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat principal. Cela explique à titre d'exemple que la convention d'arbitrage puisse être soumise à une loi différente de celle qui gouverne.

Le contrat principal. Ainsi que la nullité de ce dernier n'affecte pas nécessairement la validité de la clause arbitrale.⁽¹⁷⁾ Le compromis est nul de façon autonome au motif de l'absence d'arbitralité du litige.

A l'issue du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, l'ordre public joue également un rôle important ou bien essentiel dans le principe de validité de ladite convention. En raison de la règle d'autonomie, il remplit, en fait une fonction originale. En effet, l'ordre public reçoit un contenu propre dans le domaine particulier de l'appréciation de la clause d'arbitrage international. Il s'agit, en fait, d'un ordre public propre à l'arbitrage international et répond à ses besoins.⁽¹⁸⁾

L'application de la norme traditionnelle de l'ordre public en droit international privé est que devant le juge, la loi étrangère fixée pour la règle de conflit peut être exclue lorsque son application frappe l'ordre public⁽¹⁹⁾.

Par contre, devant l'arbitre international qui n'est attaché à aucun for, ce problème n'est pas posé. En effet, toutes les lois pour ce dernier sont étrangères.

Par conséquent, si l'arbitre n'est pas le gardien d'un ordre public particulier, il subit nécessairement les voies des ordres publics des pays où la sentence est désignée à être exécutée.

D'un autre côté, afin de répondre aux besoins de la vie économique et de l'investissement en général, l'arbitre doit rendre compte également de l'ordre public transnational qui est en fait un ordre public partagé par l'ensemble des nations et qui ne se contredisse pas avec l'ordre public étatique, au contraire, ils se complètent. Selon Algave, vouloir définir l'ordre

public à une notion variable, c'est vouloir « s'aventurer sur un sentier bordé d'épines qui vaut dans le même sens avec l'affirmation du professeur la Live que : « Les plus flous, [...] plus difficiles à saisir et [...] plus controversés. ⁽²⁰⁾ ».

II- Les restrictions aux effets des sentences arbitrales rendues

Etant donné que le tribunal arbitral ait rendu la sentence arbitrale, les parties peuvent alors l'exécuter spontanément. C'est l'hypothèse rêvée. Mais il arrive aussi que l'Etat appelé à exécuter une sentence arbitrale peut tout simplement refuser de lui donner effet. A cet égard il est nécessaire de rappeler la convention de New York qui dispose que « si la reconnaissance ou l'exécution [de ma sentence] serait contraire à l'ordre public de ce pays. ⁽²¹⁾ ». L'Etat refuse de lui donner effet.

La conclusion que, pour qu'elle soit susceptible d'exécution forcée, une sentence peut alors avoir à passer un « filtre » de contrôle à l'aune de l'ordre public.

Une telle exigence n'existe pas pour les sentences CIRDI ⁽²²⁾, dont l'article 54 (1) de la convention de Washington dispose que : « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire du dit Etat ».

A cet égard, il est nécessaire de se demander tout d'abord sur les effets produits par la sentence arbitrale, pour en finir ensuite par la manifestation des restrictions des effets de la sentence arbitrale par l'ordre public.

Les effets de la sentence arbitrale

Il a été généralement reconnu que les décisions arbitrales internationales ne peuvent être pleinement assimilées aux décisions judiciaires internes quant à leurs effets. En fait, il existe entre les unes et les autres des différences fondamentales, surtout aux niveaux des effets de la sentence arbitrale. En effet, une sentence arbitrale produit essentiellement trois effets selon que l'on considère la sentence à l'égard des parties en litige ou à l'égard des arbitres et à l'égard des tiers.

Concernant le principe de l'autorité de la chose jugée il a été généralement reconnu que ce qui a été jugé par les arbitres, ne peut être rejugé par d'autres arbitres ou par d'autres juridictions. Ainsi, une fois rendue, la décision arbitrale est revêtue de l'autorité de la chose jugée, présomption de droit en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus par la décision ne peuvent être remis en cause. ⁽²³⁾

Au niveau procédural, la décision arbitrale n'a d'autorité qu'à l'endroit des parties à l'instance arbitrale.

Ce principe se traduit par le fait qu'une partie peut faire valoir le fait que la prétention de la partie adverse ayant été rejetée par une décision devenue définitive, il ne saurait être question de la discuter le nouveau sur le plan contentieux. Ce principe est, en effet, l'exécution de chose jugée.

Sur le plan international, pour certaines législations, l'autorité de la chose jugée suppose une sentence arbitrale définitive et homologuée⁽²⁴⁾. C'est-à-dire reconnue exécutoire par un acte émanant d'une autorité publique⁽²⁵⁾. D'une autre partie, ce n'est qu'à partir du moment où elle est revêtue de l'exequatur que la sentence arbitrale peut acquérir l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties.⁽²⁶⁾ Et cette dernière étant obligatoire pour les parties, elle s'impose à celles-ci. Mais la question qui se pose à ce niveau dans quelle mesure la sentence arbitrale est obligatoire à l'égard des parties ?

La sentence arbitrale n'est obligatoire pour les parties que dans la mesure où elle est conforme au compromis. Il est en fait le support de la relativité qui s'attache à la sentence arbitrale. On déduit alors que cette dernière ne peut valoir que dans les rapports des parties signataires du compromis. Alors le principe que la sentence arbitrale ne produit des effets qu'à l'égard des parties, alors qu'il arrive cependant que la sentence intéresse les tiers, généralement dans le cas où le litige porte sur l'interprétation d'un traité collectif dont les signataires ne sont pas seulement les parties en litige.

On peut dire, à cet égard, qu'il semble avantageux de considérer que la sentence arbitrale puisse être valable à l'égard de toutes les parties au traité⁽²⁷⁾. La convention de la Haye de 1907, a restreint aux parties en litiges l'effet obligatoire de la sentence arbitrale, en élaborant un procédé plus au moins satisfaisant qui confère aux Etats parties à une convention collective la possibilité d'exercer la tierce intervention⁽²⁸⁾.

D'une manière générale, les effets de la sentence arbitrale s'étendent à l'égard des arbitres aussi. Le principe qu'étant trancher les litiges, les arbitres ne peuvent plus statuer une nouvelle fois sur la sentence rendue.

Cependant, certaines législations reconnaissent aux arbitres la possibilité d'effectuer certaines opérations à titre exceptionnel, notamment, dans le cas d'une demande de rectification ou d'interprétation de la sentence⁽²⁹⁾. Ou bien selon la loi-type de la C.N.U.D.C.I, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une des parties compléter sa sentence dans le contexte de statuer sur un ou plusieurs points du litige qui peuvent être dissociés des points sur lesquels il a déjà statué⁽³⁰⁾.

La sentence arbitrale n'a, en principe, d'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties contractantes. Cependant, ce principe n'a pas une portée absolue. Il comporte un correctif selon lequel un Etat peut volontairement intervenir dans la procédure, chaque fois qu'il estime qu'un intérêt juridique est pour lui en cause.

Et étant donné qu'une sentence peut avoir indirectement une influence ou bien une incidence sur des personnes étrangères à la convention d'arbitrage. Un tiers peut être affecté par une sentence s'il est conjointement responsable avec une partie à l'arbitrage. A ce moment, la décision arbitrale n'aura pas l'autorité de chose jugée dans une action exercée postérieurement contre les tiers. Par exemple dans le cas où la sentence ordonne l'exécution d'une obligation telle que la délivrance d'une chose, qui se trouve à titre temporaire entre les mains d'un tiers en vertu d'un titre quelconque.

Manifestation des restrictions aux effets de la sentence arbitrale par l'ordre public

Nul ne doute que dans l'exercice de son pouvoir souverain, l'Etat a le droit de régler l'entrée des capitaux étrangers sur son territoire. Cela veut dire que tout Etat détient la latitude d'introduire des exceptions d'ordre public, droit prévu par la plupart des accords internationaux sur l'investissement.

Bien qu'il soit de nos jours un concept bien établi dans de nombreuses juridictions, s'inscrit dans de nombreux instruments internationaux et a une histoire très particulière, l'ordre public, son contenu ou son champ d'application précis ne semble être défini dans aucun d'entre eux⁽³¹⁾.

En effet, à la recherche d'une définition à la notion d'ordre public, on se trouve devant une contradiction. D'une part, le dictionnaire de droit international public définit cette notion comme étant « l'ensemble de principes de l'ordre juridique interne d'un pays déterminé, jugés fondamentaux à un moment donné et auxquels il n'est pas permis de déroger⁽³²⁾. »

La locution « à un moment donné » signifie que l'ordre public est « un concept congénitalement variable.⁽³³⁾ ». De l'autre part tel que cité précédemment selon Algave, vouloir définir l'ordre public à une notion variable ne se fait pas. Un tel ordre public est une notion définie par la doctrine comme constitutive d'une « norme qui serait supérieur au droit choisi par les parties et qui doit se trouver à travers l'ensemble des préoccupations des pays.⁽³⁴⁾ ».

A. Mezghani, situe la notion dans son contexte selon lui « l'ordre public est considéré comme le sauvegarde de l'originalité d'une civilisation d'une civilisation, la défense des intérêts vitaux et de la politique législative de l'Etat⁽³⁵⁾ » qui « suggère le rôle positif que le droit peut jouer dans le changement des mentalités et la prise en compte des mutations structurelles de la société ...⁽³⁶⁾ ».

En général « l'ordre public n'est pas une valeur en soi, mais une doctrine juridique selon laquelle les valeurs fondamentales qui existent dans un système juridique prévaudront sur les lois spécifiques qui mettent en jeu ces valeurs.⁽³⁷⁾ ».

Ce qui nous intéresse le plus à ce niveau est le concept de l'ordre public étatique étranger car on a déjà signalé que l'efficacité de la sentence dépend principalement de l'ordre public puisque l'arbitre international n'est rattaché à aucun for étatique. Cette liberté n'est pas totalement absolue, car l'arbitre avant de prononcer sur l'efficacité de la sentence doit vérifier son respect de l'ordre public international.

En effet, l'arbitre n'est pas le gardien d'un ordre public en particulier. Mais, il est appelé à respecter les ordres publics des pays où la sentence est destinée à être exécutée.⁽³⁸⁾ On est évidemment devant deux hypothèses si on s'interroge sur le prise en compte de l'ordre public interne étranger et est-ce que le juge l'annulation tout comme l'arbitre doit prendre en considération les principes fondamentaux qui constituent l'ordre public ?

En effet, la situation est que sentence est rendue à l'étranger en matière et touche à l'ordre public interne du droit étranger. Dans cette hypothèse, lorsque l'exequatur est demandé à l'Etat d'accueil, il faut, tout fois, procéder au contrôle au regard de l'ordre public international. Prenons par exemple la France Etat où l'exequatur est demandé, la solution est que « si la

sentence introduite en France ne touche qu'aux intérêts d'un seul pays étranger, on admettra que l'ordre public interne français n'a pas non plus à intervenir. Le Juge français ne considérera que l'ordre public international. ⁽³⁹⁾».

Dans une seconde hypothèse, si une sentence arbitrale rendue au niveau international porte atteinte à un ordre public étranger, comment se manifeste la solution.

La réponse était claire dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris 1996⁽⁴⁰⁾ qui disposait que la violation de l'ordre public étatique m'entraîne pas automatiquement une contrariété à l'ordre public international du for. Il faut noter à ce niveau que dans ce cas l'ordre public international du for est lui-même atteint.

Comme l'a énoncé la convention de New York dans l'hypothèse de la nation de l'ordre public, que la règle qui permet de faire jouer l'ordre public pour entraver la reconnaissance et l'exécution est en fait une règle d'exception qui s'oppose aux buts généraux de ladite convention.

Cette considération nous conduit, en fait, à privilégier une conception restrictive de l'ordre public d'exécution qui vise à permettre aux Etats de sauvegarder leur appréciation souveraine pour déterminer à quelles sentences étrangères souhaitent accorder l'accès aux outils internes d'exécution.

Cette considération, à donner lieu à un troisième type d'ordre public loin de la notion classique qui distingue deux types d'ordre public, qui sont l'interne et l'international. Alors un troisième appelé « Transnational ».

Ce dernier se situe cependant sur les différents « ordres publics » étatiques où il trouve sa source d'inspiration ⁽⁴¹⁾. Et par conséquent le juge de l'exequatur va prendre en compte cet ordre public transnational.

Comme l'a énoncé l'Association de droit international dans sa résolution de 2002 : « (...) afin de déterminer si un principe faisant partie d'un système juridique doit être considéré comme suffisamment fondamental pour motiver un refus de reconnaître ou d'exécuter une sentence, la juridiction étatique devrait prendre en considération, d'une part, la nature internationale de l'espèce et ses liens avec les systèmes juridique du for, et d'autre part, l'existence ou non d'un consensus au sein de la communauté internationale sur le principe en question. Lorsqu'on tel consensus existe, le terme « ordre public transnational » peut être utilisé pour décrire de tels principes. ⁽⁴²⁾».

Il est ainsi admis qu'à la lumière de ces considérations, tout Etat signataires de la convention de New York est tenu de faire un usage modéré de l'exception d'ordre public. Cette méthode permet de détecter quelques règles de base sur lesquelles se réfèrent les tribunaux étatiques appelé à insérer leur droit interne dans le fond de la convention de New York.

Il convient de souligner deux exemples clairs. En premier lieu, il est admis que l'application aberrante des règles applicables ou les règle qui sont selon les lois de conflit inapplicables, ne permettent pas de faire bouger l'exception d'ordre public du for.

En second lieu, une partie de la jurisprudence dispose clairement qu'il s'agit du résultat concret de la reconnaissance et de l'exécution souhaitée qui doit s'opposer à l'ordre public et non pas la motivation sur laquelle se base la sentence ⁽⁴³⁾.

Conclusion

Il a pu être observé qu'aucune raison n'existe qui justifierait une exclusion totale de l'arbitrage en domaine d'investissement international. Pour ce qui concerne le droit interne actuel notamment le droit tunisien plusieurs restrictions s'imposent aux arbitres lorsqu'ils sont appelés à trancher des questions touchant à la souveraineté de l'Etat hôte. Ces limitations tiennent cependant au consentement à l'arbitrage ainsi qu'à la limite de l'arbitrage en matière fiscale.

Rien ne devrait en revanche s'opposer en principe à ce qu'un Etat et un particulier conviennent qu'un arbitre doive trancher leur contentieux fiscal. Sur le plan théorique, cette hypothèse est rarement opportune et en faisant une simple comparaison des systèmes juridiques, on constate que le droit tunisien ainsi que le français ne semblent pas être plus restrictif que d'autres systèmes de droit, comme par exemple le droit Américain.

Quoi qu'il en soit des éventuelles restrictions à l'arbitralité du droit fiscal ne saurait avoir d'incidence sur l'activité d'un tribunal arbitral international.

Autrement dit quel que soit les restrictions on constate que l'ordre public joue le rôle le plus important dans la relation entre l'arbitrage et le droit de police. Particulièrement dans le cadre de la notion de la souveraineté de l'Etat sur ses ressources naturelles l'ordre public devienne à l'épreuve de mondialisation, le seul garant de la régularité de l'arbitrage international. Bref l'ordre public est l'arme efficace devant les abus.

* Etudiante en doctorat, Faculté de droit UBB Cluj-Napoca ; czouaghi@yahoo.fr.

¹ J. BONHOMME, « Entretiens de politique primaire, 1870, Editorial de l'Action, 9 avril 1871.

² Ch. JARROSSAN, « La notion d'arbitrage », Paris 1987, P 372, N°785.

³ P. MAYER, « le contact illicite » Rev. Arb. 1984 P206, spec. P231, Pascal Ancel, article précité note 170, spéc. p.273.

⁴ Ph. FOUCHARD /E. GAILLARD /B. GOLDMAN « Traité de l'arbitrage commercial international » Paris 1996, p. 11 s.

⁵ Ch. JARROSON, « l'arbitralité : présentation méthodologique », Rev Jurisper .comm 1996, p1 : « En réalité la seule et véritable arbitralité et celle dite objective (...). L'arbitralité subjective est un abus de langage et recouvre une autre notion, qui peut résider soit en une régle de capacité ; soit en une régle matérielle relative à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre »

⁶ B. HANOTIAU ; « L'arbitralité des litiges en matière de droit de société, Mélanges offerts à Claude Reymond, Litec, 2004.p. 101.

⁷ M-N JOBARD – BACHELLIER, « Ordre public international », Fasc . 534-2, J -CL éditions techniques 1992.P 14.

⁸ L'arrêt « Galakis » (Cass. 1 ér civ. Du 2 Mai 1996), Rev .crit .d.l.p 1967, p. 553, spèc .p 557.

- ⁹ Rappelons à cet égard l'article 2060 du code civil français qui dispose que « on peut compromettre les questions d'Etat (...) sur les contestation intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »
- ¹⁰ A. E Gildemeister « l'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements » LGDJ, l'extenso éditions, p .49 -52
- ¹¹ P. ANCEL, « Litiges arbitrales » (1986) in J .C1. Procédure civile, Fasc. 1024/J. Commercial, Fasc. 212.
- ¹² M. EL BAAJ, « Est-il possible de définir l'ordre public ? », article publié le 28 octobre 2009, village de la justice, URL : www.village-justice.com/articles/possible_d%C3%A9finir_-_ordre_-_public,6894.html
- ¹³ R. THARA, « ordre public et Arbitrage international en droit du commerce international », université lumière Lyon 2 – Master 1 droit des entreprises en difficulté 2005.
- ¹⁴ H. KENFACK, « Droit des commerce international, » Dalloz, Mémentos, 2002.p .42.
- ¹⁵ Ch. JARROSON, « Arbitralité : Présentation méthodologique » RJ .com .1996 nr 2 et 4, p 1 et 2
- ¹⁶ H. ARFAZADEH, « l'ordre public et arbitrage à l'épreuve de mondialisation », LGDJ, 2005. P.38
- ¹⁷ H. ARFAZADEH, « Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de mondialisation, LGDJ, 2005, P45.
- ¹⁸ N. NORD, « ordre public et lois de police en droit international privé », thèse pour le doctorat en droit, 2003. P132.
- ¹⁹ D. GUTMANN, le droit international privé, Dalloz, 4^{ème} Edition, P2004, P113.
- ²⁰ Algave, définition de l'ordre public en matière civil, Revue pratique de droit administratif. P44.
- ²¹ Voir l'article V (2) (b) de la convention de New York pour la reconnaissance t l'exécution des sentences arbitrales du 10 Juin 1958
- ²² Voir l'arrêt de la cour, de cassation dans l'affaire « société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. Sénégal », du 11 juin 1991 (Cass. 1^{ère} civ. ILM vol.30 (1991), P.1167.
- ²³ C. ROUSSEAU, les rapports conflictuels, t-V, Paris, Sirey, 1983, P. 355
- ²⁴ N. KAMARIYAGWE, Portée d'une sentence arbitrale en droit international, Université du Burundi, Licence 2011.
- ²⁵ Art 365 du code de procédure civile burundais. Voir aussi Art 1456 N.C.P.C français et Art .24 code judiciaire Belge
- ²⁶ A. BERNARD, l'arbitrage volontaire en droit privé, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 1937, P307.
- ²⁷ L. CAVARE, Droit international public positif, T II, 3eme Edition, Paris, Librairie de la cour d'Appel et de l'ordre des Avocats, 1969, p. 309
- ²⁸ voir Art 84 de la convention de la Haye de 1907 <http://www.annales.org>
- ²⁹ Art 1455 al. 2N.C.P.C français et Art. 794 codes judiciaires Belges
- ³⁰ voir Art. 33 de la loi – type de la C.N.U.D.C.I
- ³¹ Nations Unie : « Le droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux – Utilisation des clauses d'exception générale pour la protection des droits de l'homme » - New York et Genève, 2005. P15.
- ³² Dictionnaire de droit international public, Université Francophone – Bruylan- Bruxelles 2001. P.786
- ³³ M. Ben Jemia, «ordre public, constitution et exequatur», in Mélanges en l'honneur de Habib AYADI. Centre de publication universitaire 2000. Tunisie. P271.

- ³⁴ L. CHEDLY, *ordre public transnational et investissement* », in où va le droit d'investissement ? Désordre normatif et recherche de l'équilibre. Actes du colloque organisé à Tunis les 3et 4 mars 2006. Edition A. Pedone. Laboratoire des relations internationales, des marchés et des négociations. Faculté de droit et des sciences Politiques de Tunis. P295.
- ³⁵ M. Ben JEMIA: Op.cit. P 291.
- ³⁶ A. MEZGHANI, « Droit international privé, Etats nouveaux et relations privées internationales : système de droit applicable et droit judiciaire », CERES – CERP, 1991, P337 et s, N° 870 et s.
- ³⁷ Ch. MCCRUDDEN, «International economic law and the pursuit of human rights: A framework for discussion of the legality of "selective purchasing" land "under the WTO – Government Procurement Agreement" Journal of international Economic Law (1999), 3-48. P40. Voir Nations Unie "Les droit de l'homme et les accords commerciaux internationaux " P.16
- ³⁸ M – N. JOBARD – Bachelier ? 3ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ? Fasc. 534-2, J-CL éditions technique 1992. P10.
- ³⁹ J. BAPTISTE RACINE, *l'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999. P447
- ⁴⁰ C. A Paris, 20 Juin 1996 : Rev. Arb. 1996. 657, note D. Bureau.
- ⁴¹ C. KESSEDJIAN «transnational Public Policy», in Albert Jan Van den berg edition, «International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congres séries n°18», La Haye 2007, p. 871 et s
- ⁴² Voir l'article 2(b) de la résolution de l'association de droit international conférence tenue à New – Delhi du 2 au 6 avril 2002, rapportée par Pierre Mayer, Recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance au d'exécution des sentences arbitrales internationales, Rev arb. 2002, P.1061.
- ⁴³ Voir *Adviso NV (Netherlonds Antilles) C. Korea Overseas Construction Corp.*, décision de la cour suprême de la Corée du sud du 14 février 1995.

ARTICOLE

**METODA COMPARATIVĂ – O USTENSILĂ EPISTEMOLOGICĂ NECESARĂ ÎN
STUDIILE DE DREPT COMPARAT**

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.9

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Alina-Emilia CIORTEA*

Abstract: *The comparative method: a necessary epistemological tool in comparative legal studies*
This essay will consider the aims of comparative law. It will argue that the comparative method is the needed epistemological tool for every legal theoretician who conducts comparative studies. Further on, the article will state a definition that was envisaged by scholars along with the author's proposed definition. The history of the comparative method will be examined in details, explaining how the steps of comparison work in practice. Afterwards, each element of the comparative method will be developed and it will be further considered what is to be understood by the comparability of the terms to be compared. Also, it will be valuable to look at the relationship between the comparative method and juxtaposition and, in particular, to some of the weaknesses and strengths of both of these terms. By way of conclusion, some observations will be made on how the proposed definition of the comparative method is more appropriate and more comprehensible than the ones that were already phrased by scholars.

Keywords: *comparative law, comparative method, juxtaposition, terms to be compared, comparative method's definition, history of comparative method, tertium comparationis, comparative method's elements, Romanian Law, French Law, Anglo-American Law, equity.*

Rezumat: *Prezentul studiu este dedicat analizei metodei comparative, o ustensilă epistemologică indispensabilă oricărui cercetător care întreprinde demersuri comparative în cadrul științelor juridice. De asemenea, articolul prezintă, alături de definițiile care au fost propuse de-a lungul timpului metodei comparate și o definiție proprie a autorului cu privire la această metodă. Studiul prezintă istoricul evoluției metodei comparative, evidențiind modul în care se aplică, în practică, etapele comparării. Apoi, fiecare element al metodei comparative este detaliat și se exemplifică problema comparabilității termenilor de comparat. Totodată, sunt analizate particularitățile metodei comparative, ale juxtapunerii, precum și relația dintre acestea. Nu în ultimul rând, studiul demonstrează motivul pentru care definiția propusă de autor a metodei comparative este mai adecvată și mai inteligibilă decât cele anterior enunțate de literatura juridică.*

Cuvinte-cheie: *drept comparat, metodă comparativă, juxtapunere, termeni de comparat, definiția metodei comparative, evoluție istorică a metodei comparative, tertium comparationis, elementele metodei comparative, drept român, drept francez, drept anglo-american, echitate.*

Introducere

Dreptul comparat se aseamănă foarte mult cu o excursie în care protagoniștii, comparatistul și turistul, sunt chemați să iasă din rutina cotidiană și din mediul familiar pentru a putea cunoaște și înțelege elementele care, până la acel moment, nu erau complet elucidate.¹ Studiul unui drept străin, precum și efectuarea unei călătorii pe alte meleaguri deschid automat noi orizonturi? Care este pregătirea intelectuală pe care trebuie să o realizeze fiecare inițiator și care sunt ustensilele epistemologice indispensabile cercetării?

În primul rând, turistul trebuie să se ferească de capcana tentantă de a gândi locul pe care îl vizitează ca fiind asemănător sau diferit de lumea în care trăiește. Abordarea unei asemenea atitudini este dificilă, dar nu imposibilă. Pentru aceasta, se impune ca turistul să facă un efort conștient de a se detașa de imaginea familiară a propriei culturi și să acorde o atenție sporită detaliilor variate și neomogene, ferindu-se astfel de reiterarea imaginilor cunoscute ale propriei vieți, pentru a putea aprecia deplin descoperirile făcute pe durata călătoriei. Astfel, acesta ajunge să dobândească un bagaj informațional și cultural valoros, care îi lărgeste orizontul și capacitatea intelectuală.² În concluzie, dezideratul turistului de a-și lărgi orizontul cultural nu poate fi atins printr-o simplă interacțiune cu mediul străin.

În al doilea rând, dacă turistul își direcționează atenția asupra aspectelor arhitecturale, comparatistul cercetează normelor juridice. În aceste condiții, care este asemănarea între cele două situații? Expus în mod metaforic, în ambele circumstanțe, cunoștințele anterioare și cele noi fuzionează. Condiția esențială a acestei contopiri este cunoașterea aprofundată a celor două culturi sau ordini juridice. Ulterior dobândirii informațiilor specifice propriului sistem, se impune distanțarea cercetătorului de cunoașterea dobândită (demers obiectiv³). Apoi, prin osmoza noțiunilor acumulate, cercetătorul va nuanța diferențe de substanță (demers subiectiv⁴) între culturile comparate. Astfel, omul, în ambele ipostaze, de comparatist sau de turist este capabil să regândească percepțiile părtinitoare ale propriei culturi sau al propriului sistem juridic.

Din perspectivă epistemologică, poate turistul sau comparatistul neînzeștrăat cu nicio ustensilă să își îndeplinească misiunea? Suntem de părere că răspunsul nu poate fi decât negativ. La fel cum turistul are nevoie de hărți, ghiduri turistice și de o garderobă adecvată, la fel și comparatistului îi este utilă și indispensabilă metoda comparativă.

Ce este metoda comparativă și cum a apărut? Care sunt elementele metodei comparative? De asemenea, în ce măsură se poate susține că orice demers comparativ poate fi calificat ca fiind o metodă comparativă?

În continuare, vom încerca să deslușim, fără a avea pretenția de exhaustivitate, tainele metodei comparative. Astfel, vom studia definiția metodei comparative (I), istoria acesteia (II), elementele metodei (III), urmând a verifica comparabilitate termenilor de comparat (IV) și, nu în ultimul rând, vom detalia în ce măsură noțiunea de juxtapunere se identifică cu metoda comparativă (V).

I. Definiția metodei comparative

Este oare posibil ca definirea noțiunii de metodă comparativă să constituie un proces anevoios, fragmentar și aluziv? În caz afirmativ, care ar putea fi un potențial *raison d'être* a acestui *status quo*? Putem susține că, la momentul actual, nu există o definiție a metodei comparative unanim acceptată de doctrina internațională?

În primul rând, după cum vom vedea în următoarea secțiune a acestui articol, dezbateră doctrinară tumultuoasă cu privire la distincția, precum și la relația dintre drept comparat, metodă comparativă și știința dreptului comparat⁵ și-a pus amprenta și asupra formulării unei definiții corecte și funcționale a metodei. Astfel, în 1972 s-a constatat, în mod riguros, după părerea noastră, că „studiul metodei comparative a fost întotdeauna incident și incomplet”⁶, conducând la o confuzie metodologică generală datorită lipsei de precizie a cercetărilor comparatiștilor, dar și a înlănțuirii unor controverse multiple în ceea ce privește definiția metodei comparative.⁷

În al doilea rând, s-a susținut că este foarte dificil pentru un comparatist să formuleze observații metodologice fără a fi el însuși implicat în procesul de cercetare.⁸ Astfel, afirmațiile unui comparatist capătă valoare științifică numai în măsura în care studiul terminologiei juridice și al dreptului ca ansamblu juridic s-a realizat prin simțurile proprii ale comparatistului. Cercetarea nemijlocită poate avea loc doar prin cunoașterea și prin familiarizarea cercetătorului cu fundamentele sistemului juridic cercetat, cu istoria, cu sociologia, cu literatura etc. specifică ordinii juridice respective.⁹ Or, întrunirea cumulativă, în persoana comparatistului, a acestor criterii constituie un fenomen rar întâlnit, fapt ce conduce adesea la imposibilitatea acestuia din urmă de a formula opinii doctrinare relevante și consistente.

În al treilea rând, surmontând piedicile apărute de-a lungul parcursului evolutiv, suntem de părere că, actualmente, metoda comparativă poate fi determinată în termeni științifici. Astfel, metoda comparativă este definită ca fiind „ansamblul demersurilor și al procedeelelor, care se înlănțuie potrivit unei proceduri raționale, menite să facă spiritul juridic să constate și să înțeleagă, printr-un proces ordonat, metodic și progresiv, de confruntare și de comparare, asemănările, diferențele și cauzele acestora, adică în cele din urmă să desprindă raporturile existente între structurile și funcțiile termenilor de comparat ce aparțin unei ordini juridice diferite.”¹⁰

În considerarea acestei definiții, se ridică, în mod legitim, următoarele întrebări: când și cum a apărut metoda comparativă? Care sunt elementele metodei comparative? Este necesar ca termenii de comparat¹¹ să fie compatibili *per se*, ori compatibilitatea este creionată de comparatist? Poate fi găsită o utilitate practică a concluziilor extrase în urma comparării a doi termeni care, deși aparent comparabili, nu prezintă niciun element comun din perspectivă juridică? Există anumite faze ale procesului metodologic? Care sunt acestea? Și nu în ultimul rând, se poate pune semnul echivalenței între metoda comparativă și juxtapunerea termenilor de comparat?

II. Scurt istoric al metodei comparative

Pe continentul european, problema metodologiei s-a pus pentru prima dată în dreptul german, în a doua jumătate a secolului al XIX-lea.¹² În Franța, Edouard Lambert a fost primul care a lansat o dezbatere asupra acestor chestiuni în cadrul Congresului Internațional de Drept Comparat, organizat la Paris, în anul 1900.¹³

Teoretizarea unui instrument științific precum metoda comparativă a necesitat multă rigoare și dedicare. Astfel, evoluția doctrinei, în ceea ce privește metoda comparativă, a parcurs mai multe etape.

La începuturi, în Franța, demersul comparativ a fost unul pur empiric¹⁴, nefiind cunoscută clasificarea comparației în micro și macro-comparație.¹⁵ Care a fost obiectul de studiu, din această perioadă, al metodei comparative? Autorii s-au concentrat, în principal, pe studiul legislației și al codurilor din diverse jurisdicții. Așadar, obiectivul principal a fost cunoașterea progresului din alte țări în ceea ce privește domeniul juridic. Și totuși, această abordare a fost virulent criticată. În principal, i s-a reproșat lipsa cursivității metodologice, datorită faptului că a fost realizată superficial și fără referiri contextuale.¹⁶

Abordarea pur empirică a metodei comparative a primit, retroactiv, denumirea de metodă descriptivă.¹⁷ Analizând modul de abordare al metodei descriptive, Constantinesco subliniază că, juristul educat în sistemul de drept romano-germanic are tendință eronată de a considera că întreg sistemul juridic se rezumă la legi și la coduri.¹⁸ O atare interpretare este nesusținută, deoarece legea nu reprezintă întreg dreptul.¹⁹ Comparatistul trebuie să utilizeze doctrina, jurisprudența, practica în afacerii și cutuma, alături de legile și de codurile din ordinele juridice analizate.²⁰ Cu toate că unele dintre ustensilele de care se folosește comparatistul nu constituie izvoare de drept în sistemul juridic supus cercetării științifice, formarea unui viziuni de ansamblu asupra ordinii juridice este vitală, întrucât fiecare dintre aceste elemente contribuie la evoluția dreptului și la justificarea istoriei acestuia.

Începând cu debutul secolului al XX-lea, metoda comparativă a devenit un subiect de studiu și de analiză. Diverși autori (Kholer, Lambert, Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf etc.)²¹, prin opiniile exprimate și prin studiile realizate, au schițat conturul metodei comparative, fără a se putea mândri cu obținerea unei sistematizări, respectiv a unei coerențe de ansamblu asupra problemei.²²

În continuarea demersului intelectual lansat la sfârșitul secolului al XIX-lea, un curent doctrinar, al cărui promotor a fost Leontin-Jean Constantinesco, tinde să se detașeze de caracterul empiric al metodei comparative.²³ Astfel, autorul susține că metoda comparativă „constă în a conduce un studiu comparativ de-a lungul a trei stadii succesive, și anume: *connaître, comprendre, comparer*”.²⁴ Prin acest demers se urmărește oferirea unui cadru metodologic propice comparatistului pentru a putea opera cu finețe subtilitățile elementelor de comparat din ordinea juridică cercetată, în vederea atingerii unui scop precis. Cele trei faze ale procesului metodologic sunt cunoscute și sub numele de regula celor trei C.²⁵

Prima fază, intitulată *connaître* (a cunoaște), înglobează toate acțiunile necesare pentru cunoașterea termenilor de comparat²⁶ (analizarea termenului de comparat așa cum este, respectiv studierea termenului de comparat în cadrul izvoarelor sale din ordinea juridică

respectivă²⁷ și în complexitatea acestora, respectarea ierarhiei izvoarelor de drept și, nu în ultimul rând, întrebuițarea metodei de interpretare specifică ordinii juridice de care aparține termenul de comparat).²⁸

Dacă în prima fază, comparatistul s-a familiarizat cu termenii de comparat, izolat de ordinea sa juridică, în următoarea etapă cunoscută sub numele de *comprendre* (a înțelege), cercetătorul va utiliza toate operațiunile metodologice necesare înțelegerii termenilor de comparat în cadrul peisajului juridic din care provin. Astfel, pentru început, comparatistul a întreprins o operațiune de *zoom in* și de focalizare asupra fiecărei particule a termenului de comparat, privit în individualitatea lui, precum turistul fotografiază curios detaliile arhitecturale ale unor clădiri istorice. Comparatistului, dar și turistului nu le este suficientă o viziune de detaliu. Așadar, este absolut necesară integrarea termenul de comparat în ordinea juridică respectivă și analizarea lui în relație cu toate influențele juridice și extra-juridice (sociologice, istorice, economice și lingvistice) care se exercită asupra termenului.²⁹ Turistul va proceda identic, întrucât după o fotografie de detaliu, se va orienta spre captarea unei imagini de ansamblu. Operațiunea aceasta de *zoom out* este vitală pentru o înțelegere rațională a utilității globale a elementului arhitectural, vizualizat anterior în detaliu.³⁰

A treia fază, denumită *comparer* (a compara), cuprinde acțiunile menite să îl ajute pe comparatist să relaționeze termenii de comparat, pentru a putea stabili raporturile de asemănare sau de deosebire existente între aceștia.³¹ Pentru a compara este absolut necesar a înțelege, iar pentru a înțelege este nevoie de cunoaștere.³²

În fond, primele două faze sunt menite să furnizeze informațiile necesare comparării finale, realizată în ultima etapă, aceea a comparării efective. În cadrul acestei faze, comparatistul urmărește observarea raportului existent între fiecare element al termenului de comparat, mergând de la particular la general, de la analiză la sinteză.³³ Demersul apreciativ și critic poartă o puternică amprentă subiectivă, întrucât activitatea de compararea presupune interpretare, comparație și alegeri.³⁴ Prezentarea asemănărilor și/sau a deosebirilor între termenii de comparat nu urmărește măsurarea raporturilor de paralelism instituțional sau, din contră, de diversitate, ci dimpotrivă evidențierea scopului urmărit de comparatist.³⁵ Astfel, dreptul comparativ trimite la o teorie a argumentării, care este de fapt o interferență a descoperirii și a justificării.³⁶ Turistul trăiește o experiență asemănătoare. Prin prisma rezistenței la prejudiciile propriei culturi, reușește să obțină atât o viziune de detaliu, cât și una generică, de ansamblu cu privire la elementele noii culturi pe care o explorează. Apoi, cu acest bagaj informațional, turistul va putea prezenta o viziune documentată cu privire la identitatea sau diversitatea dintre locul său natal și cel al țării pe care o vizitează. În măsura în care turistul avansează direct la comparare, sărind peste primele două faze, acesta redescoperă doar peisaje din trecutul său, întrucât călătorind legat la ochi, nu poate să aprecieze pe deplin frumusețea și unicitatea locului pe care îl vizitează.³⁷

Schematic, cele trei faze metodologice pot fi imaginate ca trei tronsoane orizontale ale unei piramide secționată. Acestea nu sunt ermetic separate, ci prin complementaritatea și solidaritatea lor ajută la demersul cercetării întreprins de către comparatist.³⁸

În concluzie, începând cu secolul al XIX-lea, eforturile doctrinare au adus îmbunătățiri substanțiale metodei comparative. Dacă în fazele incipiente ale metodei comparative,

noțiunea și elementele de bază nu au fost metodologic delimitate, evoluția ulterioară a adus un plus de rigoare, claritate și consistență. Acum, putem oare afirma că metoda comparativă a ajuns la capătul stagiului evolutiv sau acesta este doar începutul unei teoretizări consistente? Pentru a oferi un răspuns pertinent, se impune analiza detaliată a atomilor metodei comparative și a rolului acestora în metodologia dreptului comparat.

III. Elementele metodei comparative

Cele patru elemente esențiale, deduse din definiția metodei comparative³⁹ sunt: realizarea unui comparații sistemice, existența unui scop precis, utilizarea a cel puțin doi termeni de comparat și apartenența termenilor de comparat la două ordini juridice diferite.⁴⁰

Pentru ca un demers științific să poată fi caracterizat ca având caracterele unei metode comparative este absolut necesar a exclude orice abordări haotice, executate la întâmplare, fragmentate sau contradictorii. Astfel, compararea trebuie să fie sistematică, logică și coerentă.

Dacă în alte domenii s-ar putea accepta efectuarea unor studii al căror scop să fie deslușit pe parcurs, în ceea ce privește metoda comparativă, existența unui scop precis nu poate fi supusă unui compromis. Incizia în ordinele juridice supuse operațiunii de comparație este efectuată de comparatist care, folosind metoda comparativă, urmărește elucidarea asemănarilor și deosebirilor existente între termenii de comparat.

Metoda comparativă impune utilizarea a cel puțin doi termeni de comparat. Termenul de comparat este noțiunea care „înglobează particulele juridice elementare”⁴¹ din cadrul unor ordine juridice diferite, adică „regulile, instituțiile juridice, funcțiile sau problemele juridice care sunt de comparat.”⁴²

Nu în ultimul rând, este indispensabilă, pentru metoda comparativă, existența a cel puțin două ordini juridice diferite în care să se regăsească termenii de comparat pentru a putea proceda la comparare eficientă.⁴³ Nu este exclusă utilizarea mai multor ordini juridice, însă aceasta alegere o va face comparatistul în funcție de pregătirea sa și de scopurile urmărite. Deși, inițial, comparațiștii au avut tendința de a îngloba cât mai multe ordini juridice în studiile lor, acum, din dorința de a conferi un plus de profunzime cercetării (în pofida vizibilei pierderi cantitative), ordinele juridice comparate sunt în număr mai redus.⁴⁴

Poate fi considerat *tertium comparationis* un al cincilea element al metodei comparative?⁴⁵ Literatura de specialitate a susținut, în mod întemeiat, ineficiența utilizării noțiunii de *tertium comparationis*, întrucât compararea se face întotdeauna utilizând ordini juridice concrete. Raportarea la o unitate de măsură exterioară și prestabilită nu poate fi efectuată, deoarece aceasta nu există și nici nu ar putea exista în cadrul dreptului.⁴⁶

În măsura în care sunt întrunite toate elementele metodei comparative, un profan ar fi tentat să pledeze în favoarea libertății neîngrădite a comparatistul de a jongla cu orice termeni, indiferent de ordinea juridică de care aceștia aparțin. Însă, lucrurile sunt departe de a fi atât de tranșante. Compararea termenilor de comparat depinde de comparabilitatea acestora, caracteristică ce se află întipărită în ADN-ul acestora. Și totuși, ce se înțelege prin comparabilitate?

IV. Comparabilitatea termenilor de comparat

În doctrină, problema comparabilității se analizează, pe două paliere: la nivelul termenilor de comparat și în planul ordinilor juridice diferite supuse comparării.⁴⁷ Preponderent, ne vom axa exemplificarea problemei comparabilității asupra primului palier, respectiv cel al termenilor de comparat, atingând doar tangențial cel de-al doilea nivel, reprezentat de comparabilitatea ordinilor juridice cărora aparțin textele de comparat.

Ce calități sau trăsături trebuie să aibă termenii pentru ca aceștia să poate fi comparați? Este nevoie de existența unui element comun între termenii de comparat? Se rezumă oare comparabilitatea la paralelismul lingvistic al termenilor de comparat?

În vederea întreprinderii acestui demers științific, vom porni raționamentul de la un exemplu concret. Care ar fi rezultatul dacă un comparatist și-ar alege, pentru început, trei sisteme de drept: unul aparținând sistemului anglo-saxon (Anglia), iar al doilea și al treilea de inspirație romano-germanică (Franța, respectiv România) selectând drept termen de comparat noțiunea de *equity* (engleză)⁴⁸, de *équité* (franceză)⁴⁹, respectiv de echitate? S-ar putea afirma cu certitudine că rezultatul care s-ar obține în urma comparării ar fi unul cu valoare științifică?

În primul rând, pentru a putea cunoaște termenul de comparat (parcurgând prima faza a procesului metodologic, intitulată *connaître*) trebuie operată o analiză detaliată a acestuia. Apoi, după ce comparatistul a deprins cunoștințele necesare în ceea ce privește termenul de comparat, se impune reintegrarea acestuia în peisajul juridic de care aparține, pentru înțelegerea complexă a fiecărui element specific termenului de comparat, operațiuni care se desfășoară în faza denumită *comprendre*. Întrucât cele două faze ale procesului metodologic nu sunt ermetic separate, dar și pentru o mai bună fluentă a prezentului discurs, le vom analiza împreună.

Care este semnificația noțiunii de *equity* în dreptul anglo-saxon? Fără a intra în prea multe detalii cu privire la sistemul juridic englez, acțiune care ar exceda scopul prezentului articol, menționăm că, la sfârșitul secolului al XIII-lea, trei instanțe judecătorești erau deja ferm constituite în Anglia și aplicau așa-numitul drept Common Law, adică dreptul comun întregii țări.⁵⁰ În fața acestor instanțe reclamantul, pentru a-și putea susține cauza, avea nevoie de un *writ*⁵¹, adică de un ordin prestabilit care corespundea doar situațiilor factuale care se iveau cel mai des în practica judiciară a acelor vremuri.⁵²

Spre exemplu, normele juridice aplicabile în Common Law ofereau un remediu persoanelor al căror consimțământ, la încheierea unui contract, a fost viciat prin amenințări la adresa vieții sau care vizau integritatea corporală sau sănătatea.⁵³ Însă, aceste norme nu ofereau victimelor violenței morale nicio acțiune eficientă. În consecință, plasându-ne în secolul al XIV-lea, ne punem întrebarea: exista vreun remediu juridic oferit de normele de Common Law, de pildă, unei femei căsătorite care, aflându-se într-o situație financiară precară, a încheiat un contract vădit dezavantajos cu soțul său care a profitat de această circumstanță, stipulând în favoarea lui?⁵⁴ Răspunsul, deși inechitabil⁵⁵ și injust, nu poate fi decât negativ. Așadar, datorită faptului că societatea a evoluat, *writ*-urile existente nu mai corespundeau nevoilor oamenilor. Implementarea unei schimbări se impunea de urgență.

Ca reacție la îngrădirea injustă a accesului la justiție,⁵⁶ în secolul al XV-lea p. Chr., a fost introdus sistemul de *Equity*. Acesta reprezintă setul de reguli juridice de drept elaborate de către Cancelar, un ofițer al regelui, pentru a înlătura rigorile dreptului aplicabil în Common Law.⁵⁷ Cancelarul oferea victimei care nu era apărată în sistemul de Common Law, un *writ* prin care ordona pârâtului să se înfățișeze înaintea lui și să răspundă sub jurământ la acuzațiile ce i se aduc.⁵⁸ Astfel, deși *Equity* a apărut ca un set de reguli aplicabile în cazuri izolate și conform regulilor moralei din acea perioadă, ulterior s-a dezvoltat într-un veritabil set de norme juridice.

O perioadă cele două instanțe au funcționat în paralel. În anul 1875, prin *Judicature Acts*, s-a înființat Curtea Supremă de Justiție care, din acel moment, urma să aplice atât normele de Common Law, cât și cele specifice instanțelor ecleziastice care utilizau principiile de *Equity*.⁵⁹ Această fuziune a avut ca scop unificarea și simplificarea regulilor procedurale, întrucât, în planul dreptului substanțial, în situația în care se ivea un conflict între normele de Common Law și cele de *Equity*, acestea din urmă prevalau.⁶⁰

Care este optica franceză în ceea ce privește noțiunea de *équité*? Cum se reflectă echitatea în dreptul român? Putem afirma că există, pe lângă paralelismul lingvistic, și un plan al echivalenței juridice între *équité*, *Equity* și echitate?

Pentru început, ar fi impardonabilă omisiunea de a sublinia faptul că diviziunea fundamentală Common Law - Equity este ignorată în Europa continentală. În dreptul de inspirație anglo-saxonă, diviziunea fundamentală dintre Common Law și Equity nu se bazează pe niciun fundament logic, ci se datorează evoluției istorice a dreptului englez.⁶¹ Așadar, în Franța noțiunea de *équité* nu are semnificația pe care am identificat-o anterior în sistemul juridic englez, întrucât istoria celor două țări se întemeiază pe piloni diferiți. În esență, dreptul de inspirație romano-germanică este centrat pe lege,⁶² care cuprinde norme generale și principii abstracte.⁶³ Judecătorul, deși dispune de o marjă largă de interpretare, nu îi este recunoscută posibilitatea de a crea norme juridice cu caracter general și forță obligatorie.⁶⁴ De cealaltă parte, dreptul englez are un pronunțat caracter cazuistic, întrucât practicienii și judecătorii creează dreptul în funcție de fiecare stare de fapt cu care aceștia lucrează, exprimându-și reticența față de o sistematizare și o teorie generală a normelor de drept.

La o analiză în detaliu a dreptului francez, observăm că noțiunea de *équité* nu îi este total străină. Prezența termenului poate fi remarcată încă din anul 1800, în cuprinsul articolului 11 din Proiectul Codului Civil.⁶⁵ Conținutul articolului 11 nu a fost incorporat în Codul Civil francez de la 1804, deoarece s-a considerat că, prin cuprinsul său, acest articol ar da un accent filosofic excesiv normelor juridice și ar conferi hotărârilor judecătorești calitatea de izvor direct de drept.⁶⁶ Astfel, s-a susținut că, prin introducerea articolului 11 din Proiect în Codul Civil francez, s-ar ajunge la o suprapunere a noțiunii de *équité* cu cea de *Equity* din sistemul anglo-saxon, fapt ce ar submina autoritatea și importanța normelor cuprinse în Codul Civil,⁶⁷ apropiind cele două sisteme, sub acest aspect, până la identitate. Într-un context diferit, redactorii Codului Civil francez au uzat de termenul *équité*. În aceste circumstanțe, ce se înțelege prin echitate, în dreptul francez?

Eficiența pragmatismului ne îndeamnă să demarăm exemplificarea pornind de la o normă de drept concretă. De pildă, art. 1194 din Codul civil francez situat în secțiunea dedicată efectelor contractului, respectiv subsecțiunea intitulată forța obligatorie utilizează, în cuprinsul său, noțiune de *équité*.⁶⁸ Perspectiva din care acest articol abordează noțiunea de echitate o reprezintă rolul interpretativ al judecătorului.⁶⁹ Dacă în sistemul de Common Law, judecătorul creează reguli de drept, în dreptul romano-germanic menirea acestuia este de a aplica și interpreta legea⁷⁰ la starea de fapt cu care este investit. În acest context, ce reprezintă echitatea, ca sursă interpretativă exterioară contractului și dreptului pozitiv? Întrucât o explicație mai evocatoare este dificil de exprimat, ne vom referi la ideile expuse de Portalis, la începutul secolului al XIX-lea.⁷¹ Acesta susținea că echitatea se definește ca o întoarcere la dreptul natural, acolo unde legea este evazivă, obscură sau insuficientă.⁷² Așadar, echitatea este adevăratul supliment al legislației pe care judecătorul, în considerarea poziției sale, o aplică la fiecare caz particular cu care se confruntă, completând caracterul general și abstract al legilor din sistemul de drept romano-germanic.⁷³

Dacă din legislația franceză am ales un exemplu de text normativ care face trimitere directă la *équité*, ne întrebăm în ce măsură, în contextul dreptului român, se poate vorbi despre echitate chiar dacă o normă juridică nu face trimitere expresă la această noțiune?⁷⁴ Pentru exemplificare, vom alege instituția reprezentării succesorală, reglementată la art. 965-969 noul Cod civil.

Reprezentare succesorală este un beneficiu legal acordat exclusiv descendenților copiilor defunctului și descendenților fraților sau surorilor defunctului, care permite acestora să împrumute gradul și dreptul succesoral al antecesorului⁷⁵ pentru a veni la moștenirea lui *de cuius* la care nu ar fi avut vocație succesorală în lipsa reprezentării.⁷⁶

În prima reglementare scrisă a reprezentării succesorală, respectiv în Instituțiile lui Iustinian, regăsim consacrarea expresă a cuvântului echitate, considerându-se că acesta este adevăratul motiv pentru care se impune implementarea instituției.⁷⁷ Astfel, reprezentarea succesorală corectează aplicarea mecanică și uneori nedreaptă a principiului proximității gradului de rudenie între membrii aceleași categorii de succesori.

Este echitabil ca, atunci când un moștenitor încetează din viață înaintea lui *de cuius*, descendenții acelui moștenitor să poată veni la succesiunea defunctului, având posibilitatea de a dobândi cota succesorală cuvenită antecesorului lor. Așadar, reprezentare previne nedreptatea ce ar putea fi creată în cazul unei cronologii anormale a deceselor în familie.⁷⁸

Spre deosebire de Codul civil de la 1864, conform căruia puteau fi reprezentate doar persoanele precedate, reglementarea din 2011 a reacționat la criticile doctrinare⁷⁹ și a permis, alături de reprezentarea precedatului și reprezentarea nedemnului. Astfel, în măsura în care un moștenitor al defunctului este nedemn față de acesta din urmă, este inechitabil și illogic ca sancțiunea strict personală care îi este aplicată numai nedemnului, să îi înlăture de la moștenire pe descendentul acestuia care, în lipsa pedepsei civile, ar fi venit la moștenirea lui *de cuius*.

De-a lungul timpului, legiuitorul a operat diferite modificări la nivelul reglementării instituției reprezentării succesorală. Astfel, începând cu secolul al XIX-lea, noțiunea de echitate nu a mai fost reiterată în cuprinsul definiției legale a reprezentării succesorală. Cu toate acestea,

putem susține, fără ezitare, că fundamentul reprezentării se regăsește tot în echitate, întrucât aceasta își găsește corespondentul într-o realitate socială perpetuă.

Prin urmare, observăm că și în cazul unei norme juridice care nu face trimitere expresă la echitate, aceasta se regăsește în însăși rațiunea reglementării, justificându-i necesitatea, conținutul și aplicabilitatea.

În al doilea rând, după ce comparatistul a cunoscut și a înțeles termenii de comparat din fiecare ordine juridică, urmează procesul efectiv de comparare (fază intitulată *comparer*) prin care cercetătorul trasează raporturile de asemănare și de deosebire dintre termenii de comparat studiați în fazele anterioare ale procesului metodologic.

În considerarea informațiilor dobândite în primele două faze, în ce măsură putem afirma că există elemente comune între noțiunile de *equity*, din limba engleză, varianta franceză, denumită *équité* și echitatea din dreptul român? Este suficientă existența unui paralelism lingvistic pentru a afirma că noțiunile analizate constituie termeni de comparat?

Este cert faptul că, noțiunile de echitate din cele trei sisteme de drept care aparțin unor familii juridice și lingvistice diferite nu prezintă, de regulă, elemente de drept comune.⁸⁰

Totuși, nu poate fi contestat că, la baza noțiunilor de echitate din sistemele de drept analizate, se află principiile de drept natural.⁸¹ De pildă, François Génys a susținut că sintagma prezentă în articolul 565 din Codul Civil francez (referitor la dreptul mobilier de accesione)⁸² este similară, dintr-o anumită perspectivă, cu varianta engleză a noțiunii de echitate.⁸³ Autorul a afirmat că, dacă este analizată cauza și scopul pentru care au fost create instanțele care aplică normele de *Equity*, se poate observa apropierea structurii engleze de conceptul „echității generale” din dreptul romano-germanic.⁸⁴

Astfel, chiar dacă punctul de pornire coincide, traseul urmat în sistemele anglo-american și cele de drept romano-germanic diferă fundamental. În sistemul anglo-saxon, prin *Equity* se înțelege un întreg set de norme juridice care oferă un remediu eficient situațiilor nereglementate de Common Law. Așadar, se creează un întreg sistem de drept paralel și prevalent față de normele de Common Law. În concepția romano-germanică,⁸⁵ termenul de echitate, respectiv de *équité* desemnează utilizarea dreptului natural drept criteriul de referință în interpretarea și aplicarea normelor de drept și a actelor juridice, precum și în justificarea existenței unor instituții de drept.

În concluzie, dacă în sistemul anglo-american, echitatea și-a câștigat independența ca normă juridică autonomă, în sistemele de inspirație romano-germanică echitatea este utilizată de juriști ca resort în cazul aprecierii conduitei părților în exercitarea drepturilor și a obligațiilor reglementate de o normă de drept, precum și în legitimarea consacrării legislative a unor instituții juridice.

Chiar dacă poate fi identificată o origine comună și o identitate lingvistică între cele trei noțiuni, regula metodologică aplicabilă în dreptul comparat conține asupra posibilității comparării doar acolo unde există elemente comune pe plan juridic între termenii de comparat.⁸⁶ Or, datorită evoluției distincte a noțiunii de echitate din sistemul de inspirație anglo-saxon, precum și din cele de inspirație romano-germanică, concluzionăm că acestea nu prezintă elemente juridice comune care să justifice relevanța unui studiu comparativ

actual. Paralelismul fundamentului termenilor de comparat nu există decât la un grad mare de generalizare și abstractizare, fapt ce conduce la concluzia incomparabilității termenilor de comparat.

Observăm, așadar, că deși termenii de comparat nu sunt comparabili (fapt ce pune la îndoială însăși caracterizarea acestora ca „termeni de comparat”), anumite asemănări pot fi deduse prin folosirea mijloacelor procedurale specifice metodei comparative.⁸⁷ Cu toate acestea, compararea noțiunii echității, cu varianta franceză *équité* și cu *Equity*-ul englez, ca izvor de drept, conduce la rezultate absurde și de utilitate practică redusă.

În concluzie, compararea este îndreptățită doar atunci când, între particulele juridice elementare ale fiecărei ordini juridice, triate maiestros de către comparatist, existe puncte comune⁸⁸ care creează un paralelism juridic între termenii de comparat, independent sau complementar de echivalența lingvistică.

Un cititor circumspect s-a întreba care este utilitatea comparării dacă, în urma parcurgerii procesului metodologic, comparatistul ajunge la concluzia că termenii de comparat sunt, în realitate, incomparabili?⁸⁹

Pornind de la exemplu nostru, am văzut că versiunea română și franceză a echității, pe de-o parte,⁹⁰ și cea engleză pe de altă parte, deși au fundamentul în aceleași principii, evoluția lor le atribuie un caracter juridic esențial diferit. Așadar, în urma constatărilor făcute în cea de-a treia fază metodologică (*comparer*), putem afirma că cele noțiunile nu constituie, din perspectiva dreptului comparat, termeni de comparat. Simpla prezența a principiului etic la geneza noțiunii de echitate din sisteme de drept analizate nu conferă calitatea de termeni de comparat din perspectivă juridică.⁹¹ Pentru a ajunge la această concluzie, am parcurs cele două faze premergătoare comparării, respectiv faza de cunoaștere și cea de înțelegere. Or, cum nimeni nu se poate angaja într-o comparare fără a înțelegere ceea ce *a priori* a făcut obiectul unui proces de cunoaștere, neîncrederea în utilitatea demarării unui proces comparativ care se sfârșește prin concluzia incomparabilității noțiunilor nu poate fi temeinic susținută.

Comparatistul, utilizând metoda comparativă ca ustensilă epistemologică, pătrunde adânc în complexul fenomenului juridic studiat pentru a-l cunoaște atât din perspectivă juridică, cât și dintr-o viziune metajuridică, politică, socială, istorică etc. Cunoștințele acumulate, chiar dacă nu conduc la concluzia comparabilității termenilor, oferă comparatistului un bagaj informațional prețios. Fie că este vorba despre contribuția la crearea unor norme supranaționale, a unei legislații comune europene, a unui glosar plurilingv sau despre o mai bună cunoaștere a propriei ordini juridice a comparatistului sau a unei ordini juridice străine, polza nu poate fi contestată. Nu trebuie pierdut din vedere faptul că, metoda comparativă nu diferă în funcție de rezultatele la care comparatistul ajunge, iar utilizarea acestora în cadrul altor demersuri științifice nu influențează unitatea metodei.⁹²

Argumentele aduse în sprijinul tezei utilității efectuării unui demers comparativ, chiar dacă acesta ar putea duce la concluzia incomparabilității elementelor, nu trebuie înțelese în sensul în care susținem întreprinderea unui proces comparativ cu privire la orice noțiuni. Din contră. Este zadarnic a sublinia că elemente precum drepturile succesoriale ale

soțului supraviețuitor din sistemul francez și dreptul unității administrativ-teritoriale de a culege o moștenire vacantă din legislația română nu prezintă niciun element comun sau vreo echivalență. Comparabilitatea ce ar putea rezulta din faptul că ambele situații se referă la domeniul succesiunilor este doar aparentă, deoarece, *ab initio*, este exclusă existența comparabilității sau a unui paralelism juridic între cei doi termeni de comparat. Însă, nu același lucru se poate afirma despre noțiuni echivalente lingvistice care, cel puțin aparent, ar putea să conducă la concluzia prezenței unor elemente comune ce leagă termenii de comparat.⁹³

Concluzionând, deși comparabilitatea precedă compararea, constatarea unei identități sau a unei echivalențe, structurale sau funcționale pe plan juridic a termenilor de comparat nu se poate efectua, de cele mai multe ori, decât după parcurgerea sistematică și completă a primelor două faze ale procesului metodologic, respectiv faza de cunoaștere și de înțelegere. Urmează ca, în cea de-a treia fază, cea a comparării, cercetătorul să dobândească convingerea asupra apropierii sau asupra diferențierii termenilor de comparat în funcție de gradul de comparabilitate identificat. Întrucât metoda comparativă nu este o ustensilă științifică ce poate fi folosită fără o cunoaștere sistemică și detaliată a metodologiei dreptului comparativ, atât pentru constatarea compatibilității, cât a incompatibilității, este necesară cunoașterea aprofundată a regulilor metodologice, fapt ce justifică încă o dată utilitatea practică a observațiilor trasate în prezentul articol.

V. Juxtapunerea – o metodă comparativă camuflată?

Între întreruperea parcursului firesc al fazelor procesului metodologic, în special al fazei comparării, prin constatarea incompatibilității termenilor de comparat și juxtapunere există o relație de sinonimie? Ce este juxtapunerea și în ce măsură poate aceasta epuiza actul comparării juridice? Putem afirma că orice juxtapunere aparține dreptului comparat, ca știință independentă?

În deschidere, studiile de drept comparat invită publicul cititor să descopere instituțiile juridice de drept străin ce alcătuiesc termenii de comparat (faza intitulată *connaître*). Pentru această operațiune, comparatistul⁹⁴ constată particularitățile termenilor de comparat și le expune în studiul său.⁹⁵ În această privință, activitatea comparatistului poate fi asemănată cu cea a unui miner. Astfel, *ab initio*, minerul trebuie să identifice diferite zone geografice bogate în minerale, ca mai apoi să extragă din fiecare zăcământ minereul pur, urmând a-l pregăti pentru o cercetare amănunțită.

Acest demers este în mod necesar anterior, dar și indispensabil pentru prelucrarea minereului în vederea utilizării lui în procesul tehnologic. Înainte de înțelegerea deplină a calităților produsului extras, prin studierea atentă a proprietăților sale în vederea obținerii unui produs finit, util în diverse sectoare economice, este nevoie de descoperirea minereului și de cunoașterea particulelor componente. În mod similar, cercetătorul demarează comparația prin angajarea sa în studii paralele de drept străin pentru a cunoaște cu adevărat felul în

care termenii de comparat sunt concepuți, interpretați și aplicați în fiecare din aceste ordini de drept. Oprindu-se în această etapă a procesului comparativ, **rezultatul se concretizează într-un studiu de drept străin care nu se confundă cu un studiu de drept comparat.**⁹⁶

În primul rând, comparatistul alege termenii de comparat din diferite ordini juridice, pentru a-i pune față în față și a-i studia. Studiul se limitează la dezvăluirea raporturilor de natură tehnică între termenii de comparat. Ceea ce comparatistul efectuează constituie, de fapt, juxtapunerea particulelor juridice care fac parte din dreptul pozitiv al sistemelor de drept studiat. Așadar, cititorului îi este expusă partea vizibilă a circuitului juridic.

Revenind la exemplul nostru, care ar fi rezultatul obținut strict în urma juxtapunerii valențelor cuvântului echitate prezente în sistemelor de drept român, francez și englez? Concluzia noastră s-a rezuma, în fond, la ideea că, dacă în sistemele romano-germanice, există texte legale care fac trimitere atât expresă, cât și implicită la noțiunea de echitate, în familia dreptului anglo-saxon, echitatea desemnează, în principiu, un set de norme juridice dezvoltate, din perspectivă istorică, în paralel cu dreptul de *Common Law*.

Așadar, la acest nivel, cercetătorul furnizează numai materia primă brută pentru comparare. Minerul identifică zăcămintul bogat în minerale și îl extrage pentru ca ulterior acesta să poată fi folosit în procesul complex de producție, la fel și comparatistul apelează la texte din diferite legislații, expunându-le conținutul, pentru ca mai apoi termenii de comparat să fie integrați în contextul socio-cultural și istoric al ordinii juridice studiate. Numai în urma dezvăluirii interacțiunilor ascunse între termenii de comparat și datele extra-juridice se poate afirma că produsul obținut este rezultatul unui studiu comparativ.

Juxtapunerii i s-ar putea imputa lipsa de utilitate practică. De ce s-ar mulțumi un cercetător cu efectuarea unui studiu de drept străin, deci cu prezentarea unor elemente de fapt, când ar putea să opteze pentru un studiu amplu, comparativ?

Un exemplu edificator îl regăsim în mecanismul aplicării unei legi străine de către instanța de judecată română chemată să soluționeze un litigiu cu elemente de extraneitate. Conform art. 253 Cod procedură civilă și a art. 2562 noul Cod civil, dovada conținutului legii străine este făcut fie de instanță din oficiu, fie de partea care o invocă. Observăm că, potrivit dispozițiilor art. 2563 noul Cod civil, odată ce proba legii străine s-a făcut, interpretarea și aplicare acesteia se realizează după regulile de interpretare și aplicare existente în sistemul de drept căruia îi aparține. Asemănător primelor două faze ale procesului metodologic specific metodei comparative, respectiv faza *connaître și comprendre*, instanța de judecată întreprinde un demers de cunoaștere și de familiarizare cu un alt sistem de drept, detașându-se de cunoștințele dobândite din propriul sistem de drept. Urmează ca, la soluționarea cauzei, instanța să aplice normele de drept străin. Însă, în mod excepțional, în situația în care legea cu elemente de extraneitate încalcă ordinea publică de drept internațional privat român, instanța va aplica, potrivit art. 2564 noul Cod civil, legea română. Așadar, în acest din urmă caz, instanța juxtapune principiile generale de ordine publică din dreptul român cu dispozițiile legii străine, iar în caz de conflict, dispune înlăturarea acestora din urmă. Este dincolo de orice îndoială că, în aplicarea art. 2564 noul Cod civil, instanța procedează la comparare a două ordini juridice. Totuși, operațiunea nu poate fi calificată ca reprezentând un studiu de

drept comparat, deoarece demersul instanței nu vizează și aspecte extra-juridice, contextul istoric, sociologic etc. al ordinii juridice străine. Mai mult, concluzia instanței se rezumă la o stare de fapt centrată în jurul normelor de drept străine, nefiind înzestrată cu valențe subiective.

Așadar, în cazul analizat în acest din urmă exemplu, judecătorul fondului nu are, de cele mai multe ori, nevoie să apeleze la resorturile extra-juridice ale normelor străine, întrucât misiunea sa este limitată la soluționarea litigiului pendinte. Desigur, într-un sistem de drept utopic, instanța s-ar concentra nu numai asupra regulii de drept străine, ci și asupra întregului din care aceasta face parte, respectiv a contextului istoric, economic și social al acelei ordini juridice. Avantajul integrării termenului de comparat în ordinea juridică din care provine se explică prin aceea că este imposibil de cunoscut „cu adevărat particula ce se examinează fără a cunoaște organismul din care ea face parte”.⁹⁷

În felul acesta, pe de-o parte, justițiabilul găsit vinovat este lămurit cu privire la motivul condamnării sale, iar, pe de altă parte, instanța judecătorească dobândește conștiința pronunțării unei soluții cât mai aproape de adevăr. În lipsa oricăror speranțe de atingere a acestui ideal, cel puțin în viitorul apropiat, ne limităm la recunoașterea meritelor juxtapunerii în înfăptuirea justiției sub aspectul dreptului internațional privat.

În al doilea rând, constatările comparatistului sunt, până la acest moment, strict obiective,⁹⁸ constituind **judecăți de fapt**. În esență, comparatistul ia act de felul în care anumite instituții juridice sunt reglementate în diferite sisteme de drept, fapt ce contribuie la cunoașterea termenilor de comparat astfel cum aceștia sunt consacrați în legislațiile diferitelor țări. Întrucât comparatistul se limitează la expunerea reglementărilor naționale, este puțin probabil să se ivească, în cadrul aceluiași demers, păreri contradictorii între rezultatul cercetărilor sale și cele ale altor juriști. Spre exemplu, dacă mai mulți comparațiști studiază drepturile soțului supraviețuitor în mai multe sisteme de drept, concluzia la care aceștia vor ajunge este că soțul supraviețuitor fie beneficiază de un drept legal de abitație cu titlu temporar pe durata unui an, fie până la ieșirea din indiviziune, fie este privat de acest drept succesoral.

Din perspectiva noastră, considerăm că este dificil de atins rezultate diferite, în măsura în care termenii de comparat sunt selectați după aceleași criterii de timp și spațiu. Astfel, contradicțiile doctrinare cu privire la judecățile de fapt sunt extrem de reduse, poate chiar inexistente. Or, nu aceeași concluzie poate fi desprinsă în legătură cu compararea efectivă. În urma parcurgerii tuturor fazelor procesului metodologic, comparatistul, trasând asemănările și deosebirile între termenii de comparat, operează o judecată de valoare a cărei valoare nu poate fi decât subiectivă. Discursului comparativ i se imprimă o puternică amprentă subiectivă datorită investirii textelor normative cu valențe de oportunitate sau de eficiență. Din perspectiva observatorului, concluziile comparării pot părea neutre, însă rezultatul la care comparatistul ajunge în urma trasării relațiilor termenilor de comparat din punct de vedere al unității și diversității, nu pot fi decât impregnate cu subiectivism.

La o privire concluzivă, între juxtapunere și metoda comparativă nu există o relație de sinonimie. Juxtapunerea reprezintă, în esență, simpla alăturare a unor texte legislative care aparțin unor sisteme de drept diferite.⁹⁹ Sunt foarte puține elemente în afara legii de care juristul să țină cont când utilizează juxtapunerea.¹⁰⁰

Această operație implică doar mecanisme obiective care, așa cum am văzut, nu sunt lipsite de utilitate practică. Juxtapunerea conferă metodei comparative materia primă necesară pentru exprimarea unei păreri critice, în urma analizării asemănărilor și deosebirilor existente între termenii de comparat, prin prisma studierii și a părții invizibile a dreptului (examinarea mediului înconjurător, a ordinii sociale și a ansamblului de factori extra-juridici). Așadar, fiecare dintre cele două instrumente de cercetare trebuie delimitate cu precauție, întrucât servesc unor scopuri diferite, neputând exista o suprapunere între acestea.

VI. O definiție proprie a metodei comparative – demers adaptat cercetărilor juridice

În considerarea informațiilor acumulate pentru redactarea prezentului studiu, dar și a concluziilor enunțate în secțiunile anterioare, propunem o nouă abordare asupra definiției metodei comparative care să exceleze prin ușurința formulării și prin utilitatea ei practică.

Conștient de controversele apărute între cercetători cu privire la numeroasele încercări de a concepe o definiție științifică a metodei comparative, în 1974, Leontin-Jean Constantinesco formulează o nouă definiție.¹⁰¹ Deși corectă din punct de vedere metodologic, definiția poate genera serioase incertitudini unui cercetător neinițiat în dreptul comparat.

Așadar, pentru a ușura procesul de înțelegere, dar și pentru a adapta metoda comparativă la realitățile practice, propunem o definiție proprie a acesteia. Astfel, **prin metoda comparativă înțelegem o ustensilă epistemologică necesară în studiile de drept comparat prin care comparatistul se detașează de propriul sistem de drept, pentru a putea întreprinde o cercetarea interdisciplinară a mai multor ordini juridice străine (demers obiectiv), în vederea nuanțării asemănărilor și a diferențelor de substanță între termenii de comparat din ordini juridice diferite (demers subiectiv).**

Considerăm că această definiție a metodei comparative este adecvată, pertinentă și accesibilă unui public mai larg.

Pentru început, o cercetare restrânsă la stadiul legislației și al codurilor din ordinile juridice studiate nu poate constitui un fundament pentru un studiu de drept comparat. Astfel, demersul comparativ trebuie să cuprindă pe lângă analiza legilor și a codurilor, cercetarea doctrinei, jurisprudenței, practicii în afaceri și a cutumei. Mai mult, cercetătorul este nevoit să apeleze la istoria, sociologia și literatura specifică ordinii juridice studiate.

În această fază, comparatistul recoltează informația, precum minerul colectează zăcămintele naturale, așadar toate acțiunile sale sunt obiective, fiind detașate de opinia personală a acestuia și se caracterizează prin rezistența la prejudecățile propriei culturi juridice.

Etașa obiectivă de detașare și cunoaștere nu oferă singură soluții de profunzime în domeniul dreptului comparat. Așadar, după ce comparatistul a cunoscut și a înțeles în detaliu termenii de comparat, acesta va stabili raporturile de asemănare și de deosebire între aceștia. Demersul apreciativ este ghidat de impactul perspectivei și al experienței comparatistului. Activitatea subiectivă pe care o desfășoară cercetătorul, în această fază, presupune interpretare, analiză și comparație, în vederea atingerii scopului urmărit de autor. Numai prin îmbinarea

viziunii obiective cu cea subiectivă, un studiu de drept comparat poate contribui la o mai bună înțelegere a unor sisteme de drept, la clarificarea regulilor pe care un legiuitor dorește să le adopte, la cunoașterea obiectivelor sociale pe care termenii de comparat le deservește în diferite ordini juridice, la codificarea la nivel european a legislațiilor etc.

Prin urmare, folosind rigorile enunțate în definiția propusă a metodei comparative, comparatistul este capabil să formuleze o concluzie de substanță asupra imaginii de ansamblu a ordinii juridice, atribuindu-i studiului de drept comparat un veritabil caracter trans-disciplinar, dar și un statut de lucrare științifică de referință în literatură.

VII. Concluzie

În cuprinsul acestui studiu, am realizat o prezentare cronologică a evoluției metodei comparative, prin trimiteri la materiale bibliografice din spațiul european și cel anglo-american. Structura studiului a urmărit o sistematizare a demersului de utilizare a metodei comparative în studiile de drept comparat, urmărind ca finalitatea practică să constea în transpunerea noțiunilor teoretice în exemple concrete.

Totodată, am demonstrat faptul că, între juxtapunere și metoda comparativă nu există o relație de sinonimie. Juxtapunerea conferă metodei comparative materia primă necesară pentru exprimarea unei păreri critice, în urma analizării asemănărilor și deosebirilor existente între termenii de comparat.

La finalul discursului argumentativ, am formulat o nouă definiție a metodei comparative. Prin aceasta am urmărit să oferim cercetătorilor un punct de sprijin în delimitarea clară a conținutului demersului obiectiv și a celui subiectiv. Astfel, elaborarea un veritabil studiu de drept comparat este posibilă numai prin parcurgerea strictă a etapelor indicate.

Încheiem prin încurajarea cercetătorilor ca, în studii de drept comparat, în tezele de doctorat, în monografiile sau articole, să utilizeze în mod riguros metoda comparativă.

* Student-doctorand la Universitatea „Babeș-Bolyai”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca, sub coordonarea prof. univ. dr. Mircea Dan BOB, LL.M. în Comparative Law la Louisiana State University, Louisiana, Statele Unite ale Americii, avocat în Baroul Cluj. Poate fi contactată la adresa de e-mail: alina.ciortea@law.ubbcluj.ro.

¹ Günter Frankenberg, *Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*, Harvard International Law Journal nr. 26/1986, p. 411-412.

² Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 412.

- ³ Demersul obiectiv este intitulat, în literatura de specialitate americană „*distancing*”. Distanțarea este necesară pentru a putea desluși cine suntem, încotro ne îndreptăm și ce gândim. Procedul „decentralizează” lumea pe care o cunoaștem, injectând obiectivitatea cercetării. Astfel, acest demers este util pentru a ne putea detașa de cunoștințele bine sedimentate, de prejudecățile care ne înconjoară și de ignoranța de care dăm uneori dovadă. Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 414.
- ⁴ Doctrina americană accentuează importanța amprentei perspectivei și a experienței personale a observatorului, fie el turist sau comparatist, pentru a preveni confuzia noțiunilor acumulate. Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 414. Pentru mai multe detalii cu privire la aserțiunea imposibilității existenței unei comparații obiective, a se vedea Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 415 și urm.
- ⁵ Pentru o prezentare amplă, a se vedea Leontin-Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat, Vol. I Introducerea în dreptul comparat*, ed. ALL Educațional, București, 1997, p. 195 și urm.
- ⁶ Leontin-Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat, Vol. II Metoda comparativă*, ed. ALL Educațional, București, 1998, p. 7.
- ⁷ Pentru detalii, a se vedea Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1997), p. 185 și urm.
- ⁸ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 9.
- ⁹ Este indubitabil că aceste aspecte conduc la atribuirea caracterului trans-disciplinar metodologiei comparative.
- ¹⁰ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 12.
- ¹¹ Pentru detalii, a se vedea *infra*, secțiunea III.
- ¹² S-a susținut că o atare abordare este specifică respectivei perioade. În secolul al XIX-lea a avut loc revoluția în matematică, fapt ce a condus la transpunerea unui important curent doctrinar și în drept. Béatrice Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé. Bilan et Prospective*, Revue International de Droit Comparé nr. 1/2005, p.30.
- ¹³ Discursul său a avut ca fundament cercetările autorilor Bernhöft și Cohn. Béatrice Jaluzot, *op.cit.*, p.30.
- ¹⁴ *Ibidem*.
- ¹⁵ Macro-compararea are ca scop studiul taxonomiei sistemelor juridice, iar micro-comparare urmărește compararea a două instituții juridice și soluțiile oferite de acestea unei probleme identice. Béatrice Jaluzot, p.46. Raportat la funcția fundamentală a metodei comparative, respectiv de a furniza noi cunoștințe, se poate afirma că micro-compararea pregătește calea macro-comparării, iar cea din urmă întemeiază știința dreptului comparat. Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 257.
- ¹⁶ Béatrice Jaluzot, *op.cit.*, p.32.
- ¹⁷ Denumirea a fost atribuită de Leontin-Jean Constantinesco. K. Zweigert și H. Kötz au intitulat-o „metoda legislativă”. *Idem*, p.31. În fond, ceea ce contează cu adevărat este mecanismul de funcționare al acestei metode și nu denumire efectivă pe care o poartă, întrucât fondul și nu forma definește, cel mai adesea, o entitate.
- ¹⁸ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 160 și urm.
- ¹⁹ Pentru detalii, a se vedea Olivier Moréteau, *Codes as Straight-Jackets, Safeguards, and Alibis: The Experience of the French Civil Code*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation nr. 20/1994-1995, p. 273 și urm.
- ²⁰ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 180.
- ²¹ Béatrice Jaluzot, *op.cit.*, p.33.
- ²² *Idem*, p.34.
- ²³ *Ibidem*.
- ²⁴ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 123.
- ²⁵ *Ibidem*.

- ²⁶ Cunoașterea elementelor de comparat va fi analizată, în detaliu, în secțiunea dedicată juxtapunerii. A se vedea *infra*.
- ²⁷ Comparatistul trebuie să utilizeze surse originale, autentice și cu valoare științifică. Pentru aceasta, el trebuie să depășească bariera lingvistică, barieră care există și în situația în care cercetătorul cunoaște în profunzime limba în care lucrează. Este celebră dificultatea de a traduce un termen și de a-l transpune într-o ordine juridică străină lui. Spre exemplu, a se vedea *infra* discuția referitoare la valențele termenului „Equity” în sistemul de *Civil Law* și *Common Law*.
- ²⁸ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 134 și urm.
- ²⁹ *Idem*, p. 124.
- ³⁰ Spre exemplu, dacă elementul arhitectural aparține unui pasaj pietonal, după analizarea lui în detaliu, turistul se va îndepărta de particularitățile intrinseci ale acestuia pentru a pune în valoare poziția elementului raportat la întreg, rolul său în cadrul decorativ sau necesitatea acestuia raportat la structura de rezistență a podului. În măsura în care nu întreprinde aceste din urmă operațiuni, cum ar putea ști dacă elementul arhitectural studiat este fezabil pentru un pod rutier, de pildă? Cum ar putea stabili care sunt asemănările și deosebirile față de decorațiile unui pasaj pietonal din țara de origine a turistului?
- ³¹ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 124.
- ³² *Idem*, p. 121.
- ³³ *Idem*, p. 258.
- ³⁴ Marie-Claire Ponthoreau, *Le Droit Comparé en Question(s). Entre Pragmatisme et Outil épistémologique*, Revue International de Droit Comparé nr. 1/2005, p. 13.
- ³⁵ *Idem*, p. 13, 17.
- ³⁶ Procesul de descoperire implică ideea de „pre-cunoaștere”, prin care informațiile noi sunt alese în funcție de cele familiare comparatistului. Este greu de imaginat, poate imposibil, un inginer în postura de comparatist a două ordini juridice diferite. Neavând noțiunile de drept, din propriul sistem de juridic, cunoscute și înțelese, acesta nu poate întreprinde un demers științific comparativ. Pre-cunoașterea este însoțită și un proces de reconstrucție care nu necesită automat uitarea cunoștințelor acumulate de comparatist, ci abilitatea acestuia de reconstrucție a cunoștințelor sale pentru a putea integra o altă manieră de a raționa în drept. *Idem*, p. 11-14.
- ³⁷ Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 412.
- ³⁸ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 124.
- ³⁹ A se vedea *supra* secțiunea I.
- ⁴⁰ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 12.
- ⁴¹ *Idem*, p. 52.
- ⁴² *Ibidem*.
- ⁴³ *Idem*, p. 53.
- ⁴⁴ Marie-Claire Ponthoreau, *op.cit.*, p. 13-14.
- ⁴⁵ Prin *tertium comparationis* se înțelege „existența unui drept obiectiv, superior, un fel de drept natural, de drept ideal”. Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 24. Elementele supuse comparării nu sunt niște constante, ci sunt elemente variabile, cărora comparatistul trebuie să le stabilească punctele comune și raporturile existente între acestea, fără a exista o intenție de estimare, în absolut, valoarea obiectelor comparate. *Idem*, p. 10.
- ⁴⁶ *Idem*, p. 27. Nu insistăm asupra mai multor detalii cu privire la noțiunea de *tertium comparationis*, întrucât aceasta excedă obiectivul prezentului articol.

⁴⁷ *Idem*, p. 52.

⁴⁸ În traducere, echitate.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Este vorba despre King's Bench, Common Pleas și Exchequer. Toate acestea sunt considerate instanțele Regelui. William Geldart, Sir William Searle Holdsworth, *Elements of English Law*, ed. Oxford University Press, 1945, p. 34.

⁵¹ Un ordin emis de către Rege prin care acesta din urmă chema o persoană, împotriva căreia a fost depusă o plângere, în fața King's Courts, adică în fața instanțelor Regelui. *Idem*, p. 35.

⁵² La origine, numărul writ-urilor nu era limitat, putând fi formulat un writ pentru orice circumstanță care apărea în practică. Ulterior însă, datorită frecvenței anumitor cazuri asemănătoare, acestea au fost grupate în anumite writ-uri, numărul acestora devenind astfel restrâns. Aladar Sebeni, *Le "tort of negligence" en droit anglais*, In Honorem Corneliu Bîrsan, ed. Hamangiu, București, 2013, p. 281.

⁵³ Remediu principal era posibilitatea reclamantului de a obține nulitatea relativă a contractului încheiat sub imperiul violenței. William Geldart, Sir William Searle Holdsworth, *op.cit.*, p. 48.

⁵⁴ Această stare de fapt a făcut obiectul unui proces judecat de instanțele americane în anul 1979. *Francois v. Francois*, 599 F.2d 1286, United States of Appeals, Third Circuit, 1979.

⁵⁵ Citorul poate fi surprins, în acest context, de utilizarea termenului „inechitabil”. Aici, noțiunea de echitate, cu valențele sale, nu este folosită ca instituție juridică sau ca normă de drept, ci ca o judecată de valoare cu privire la efectele legii. Manuel Rodriguez Ramos, *"Equity" in the Civil Law: A Comparative Essay*, Tulane Law Review nr. 44/1969-1970, p. 721.

⁵⁶ Este cunoscut faptul că, acțiunea judiciară, în dreptul englez, nu este justificată de existența prealabilă a unui drept subiectiv, ci writ-ul în sine dădea naștere dreptului subiectiv, permițând persoanelor să își valorifice dreptul material în fața instanțelor de judecată. Leontin-Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat, Vol. III Știința dreptului comparat*, ed. ALL Educațional, București, 2001, p. 373.

⁵⁷ George P. Fletcher, Steve Sheppard, *American Law in a Global Context. The Basics*, ed. Oxford University Press, New York, 2015, p. 63, 338 și urm.

⁵⁸ Părâtul dintr-un proces judecat în temeiul normelor de Common Law nu depunea jurământ. Desigur, existau mai multe diferențe între normele procedurale aplicabile de instanțele judecătorești care aplicau Common Law și cele conduse de Cancelar. Pentru mai multe detalii, a se vedea William Geldart, Sir William Searle Holdsworth, *op.cit.*, p. 38-40.

⁵⁹ *Idem*, p. 45.

⁶⁰ *Idem*, p. 57-60.

⁶¹ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 65-66.

⁶² În sensul că norma de drept emană de la puterea legislativă, aleasă democratic de către popor. Pe de altă parte, în sistemul de drept anglo-saxon precedentul judiciar, alături de legislație, constituie izvor direct de drept, deci judecătorul este creator de drept. Pentru detalii, a se vedea Edgar Bodenheimer, John Oakley, Jean Love, *An Introduction to the Anglo-American Legal System: Readings and Cases*, ed. Thomson West, Statele Unite, ed. a 4-a, p. 79 și urm.

⁶³ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (2001), p. 374.

⁶⁴ În acest sens sunt dispozițiile art. 5 din Codul Civil francez (Art.5: *"Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises."*). În sistemele de inspirație romano-germanică, jurisprudența este considerată izvor indirect de drept. Pentru detalii, a se vedea Olivier Moréteau, *Codes as Straight-Jackets, Safeguards, and Alibis: The Experience of the French Civil Code*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation nr. 20/1994-

1995, p. 273 și urm. Aceeași concluzie poate fi susținută și în dreptul român unde, potrivit art. 5 Noul Cod de Procedură Civilă, îi este interzis judecătorului, prin hotărârile pe care le pronunță, să stabilească dispoziții general obligatorii.

⁶⁵ Articolul 11 din Proiectul Codului Civil expunea, în esență, faptul că atunci când judecătorul nu are la îndemână o normă juridică care să se aplice la situația factuală cu care se confruntă, el va judeca apelând la echitate. Astfel, echitatea este definită ca fiind resortul la dreptul natural și la uzanțe.

⁶⁶ Manuel Rodriguez Ramos, *op.cit.*, p. 721.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Articolul 1194 din Codul civil francez, astfel cum a fost reglementat prin art. 2 din Ordonanța nr. 131 din 10 februarie 2016, are următorul conținut: "*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.*"

⁶⁹ J.-Michel Doyon, *Droit, Loi et Équité*, Revue Générale de Droit, vol. 26, nr. 2/1995, p.330.

⁷⁰ Văzută ca și o creație emanând preponderent de la Parlament, asigurându-se astfel supremația poporului francez.

⁷¹ J.-Michel Doyon, *op.cit.*, p.331.

⁷² P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, présentation au Corps législatif, exposé de motifs par le conseiller d'état Portalis, 4 ventôse an XI, tome VI, p.359 și urm. *apud* J.-Michel Doyon, *op.cit.*, p.331.

⁷³ J.-Michel Doyon, *op.cit.*, p.332.

⁷⁴ Desigur, există și în dreptul român dispoziții legale care fac trimitere directă la noțiunea de echitate, dintre care amintim: art. 630 alin. (1) Cod civil (Depășirea limitelor normale ale vecinătății), art.624 alin. (1) Cod civil (Starea de necesitate), art. 716 alin. (3) Cod civil (Lucrările și îmbunătățirile în materie de uzufruct), art. 1222 Cod civil (menținerea contractului în caz de existență a leziunii), art. 1271 alin. (3) lit. a) Cod civil (Adaptarea contractului în caz de impreviziune), art. 1272 Cod civil (Conținutul contractului). Însă, pentru a crește complexitatea studiului, am ales să nu tratăm aceste cazuri întrucât dezbaterile textelor legale din dreptul român ar fi similare cu cea efectuată în considerarea normelor din dreptul francez.

⁷⁵ Antecesorul ar fi avut vocație *jure proprio*, dacă acesta nu ar fi precedat sau considerat nedemn față de *de cuius*.

⁷⁶ Instituția reprezentării nu este o inovație a Codului civil din 2011. Aceasta a fost cunoscută încă de la Iustinian (Inst. III.1.6), când reprezentantul succeda în locul reprezentatului în virtutea dreptului său propriu. Mircea Dan Bob, *Manual Elementar de Drept Privat Roman*, ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 322. Reprezentarea era consacrată și în vechiul nostru drept: Grava 273 din pravila lui Matei Basarab, cap. XXXVII, parag. 1 și 8 din Codul lui Andronache Donici, partea IV, Cap. III din Codul Caragea, art. 924 din Codul Calimach. Instituția și-a continuat existența și în Codul civil 1864, în cuprinsul art. 664 și urm. În dreptul cutumiar francez, reprezentarea nu a fost, pentru multă vreme, recunoscută. Un prim pas către consacrarea legislativă a acesteia, a reprezentat-o validarea actelor numite „*rappels à la succession*” care produceau aceleași efecte ca reprezentarea, însă numai în situația în care defunctul avusese grijă să dispună în acest sens printr-un act *mortis causa*. M.G. Rarincescu, *Curs de Drept Civil. Succesioni – Donațiuni. Contractul Matrimonial*, ed. Cursurilor Litografiate, București, 1943, p. 92-93. În prezent, Codul civil francez, la art. 751 și urm., reglementează instituția legală a reprezentării în materie succesorală.

- ⁷⁷ „*Pari ratione et si nepos neptisque sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisque, simul vocantur*” (Inst. III.1.6). În traducere: „În adevăr, este echitabil ca nepoții și nepoatele să ia locul tatălui lor”.
- ⁷⁸ Matei B. Cantacuzino, *Elementele Dreptului Civil*, ed. Cartea Românească, București, 1921, p. 222; Dan Chirică, *Tratat de Drept Civil. Succesiuni și liberalități*, ed. C. H. Beck, București, 2014, p. 43.
- ⁷⁹ Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral. Vol. I Moștenirea legală*, ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 148-149.
- ⁸⁰ Cu mențiunea că, atât sistemul juridic francez, cât și cel român aparțin familiei romano-germanică, spre deosebire de Anglia al cărei sistem de drept este reprezentativ pentru sistemul anglo-saxon.
- ⁸¹ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 63.
- ⁸² Articolul 565 din Codul civil francez are următorul conținut: „Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.”
- ⁸³ George P. Fletcher, Steve Sheppard, *op.cit.*, p. 347
- ⁸⁴ *Ibidem*.
- ⁸⁵ Sistem de care aparține atât dreptul român, cât și cel francez.
- ⁸⁶ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 63.
- ⁸⁷ A se vedea observația lui François Gény referitor la articolul 565 din Codul Civil francez.
- ⁸⁸ *Idem*, p. 61-62.
- ⁸⁹ În situația în care comparatistul ajunge la concluzia comparabilității termenilor de comparat, acesta poate duce până la capăt demersul științific întreprins, iar utilitatea cercetării sale nu riscă să fie pusă la îndoială.
- ⁹⁰ Am ales să tratăm împreună echitatea din sistemul de drept românesc, cu *équité* din dreptul francez, întrucât, pe lângă faptul că ambele sisteme aparțin familiei romano-germanice, observăm că echivalența lingvistică este dublată de o echivalență juridică. A se vedea Manuel Guțan, *Sisteme de drept comparate. Introducere în teoria generală a dreptului comparat*, ed. Hamangiu, București, 2014, p. 208.
- ⁹¹ Din punct de vedere filosofic, s-ar putea discuta despre comparabilitatea acestor noțiuni, însă o atare analiză excedă scopului prezentului studiu.
- ⁹² Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 49-51.
- ⁹³ În sistemele de drept aparținând aceluiași familii juridice (Spania, Franța, Italia, România etc.) există un număr nelimitat de situații în care echivalența juridică se întâlnește la nivelul termenilor de comparat. Spre exemplu, cauza exoneratoare de răspundere a forței majore din dreptul român este identică cu varianta franceză cunoscută sub numele de *force majeure*. De asemenea, între îmbogățirea fără justă cauză ca fapt juridic licit generator de obligații potrivit art. 1345 și urm. Cod civil poate fi trasat un paralelism juridic cu aceeași instituție din dreptul francez, anume *l'enrichissement injustifié*, prevăzută de art. 1303 și urm. Codul civil francez. Și, desigur, lista poate continua.
- ⁹⁴ Utilizarea, în acest context a termenului „comparatist” nu este întocmai exactă, însă pentru a asigura fluența discursului, dar și pentru a evita unele confuzii ce ar putea fi create, înțelegem ca, de fiecare dată când folosim noțiunea de comparatist în secțiune dedicată juxtaponerii, să ne referim la cercetătorul care efectuează studii de drept străin.
- ⁹⁵ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 49-51.
- ⁹⁶ *Ibidem*, p. 125.
- ⁹⁷ Leontin-Jean Constantinesco, *op.cit.* (1998), p. 213.

⁹⁸ Este discutabil, totuși, în ce măsură există într-adevăr o obiectivitate strictă. Pentru început, comparatistul selectează contextul legal în care își va desfășura cercetarea, limitându-și domeniul și cadrul acțiunii. Selecția operează în funcție de domeniul de specialitate al autorului, de limba străină pe care o cunoaște, de disponibilitatea și accesibilitatea materialului bibliografic etc. Totodată, sistemele de referință pe care comparatistul le alege depind, din nou, de abordarea pe care dorește să o adopte acesta. Astfel, cercetătorul fie pornește demersul comparativ de la principiile generale, fie de la cazuri concrete și felul în care acestea au fost soluționate în diferite sisteme de drept. Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 431.

⁹⁹ Termenul de juxtapunere provine din latinescul „*juxta*” care semnifică „alături” și din cuvântul franțuzesc „*poser*” care înseamnă „a pune”.

¹⁰⁰ Günter Frankenberg, *op.cit.*, p. 433.

¹⁰¹ A se vedea *supra*.

ARTICOLE

**NORMA JURIDICĂ ȘI NORMA SPORTIVĂ. APĂRARE ÎN ZONĂ
SAU MARCAJ OM LA OM?**

DOI:10.24193/SUBBjur.62(2017).4.10

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Septimiu Ioan PUȚ*

Abstract: The legal norm and sports rule. Defence in the Area or Man to Man Marking Drill?
Sports rules and regulations are developed and set up by sports federations with the fundamental objective of organizing sports championships. These rules are similar to common rules of law, from the perspective of the conduct they impose, they general, voluntary and impersonal character and formal typology. Thus, mere statutory specification of some obligations or sanctions would be useless, insofar as decisions on participants in sports competitions would be based only on recommendation rules, without being accompanied by a minimum of coercion. However, sporting rules are imposed on the addressees and are perceived by them as imperative rules, because the idea of sports affiliation to a federation or professional league automatically and necessarily implies the unconditional recognition of the normative power that these organizations usually develop. The mechanism of operation of the system leads to the conclusion that sports rules acquire a true normative character.

Keywords: *normative character, imperative, sport competition, federal power, sports law.*

1. Contextualizare

La primul pas în labirintul normativ ne întâmpină un triplu stereotip: normele juridice constituie suportul normativ al „ordinii de drept” în societate; normele de drept constituie elementul fundamental al sistemului dreptului; normele juridice sunt componenta emancipată și formalizată a normelor sociale.

Trăsăturile normelor juridice sunt arhi-cunoscute, dar, în context, merită reiterate. Normele juridice au caracter general, imperativ și impersonal, caracter volitiv, determină apariția unor raporturi sau relații sociale, care altfel nu ar apărea în sfera relațiilor sociale, pot să reglementeze apariția, modificarea sau stingerea unor raporturi juridice, se pot realiza doar trecând prin conștiința subiectelor de drept, au o aplicare imediată, directă, continuă, necondiționată, între limitele temporale ale intrării lor în vigoare și încetării acțiunii lor în timp și reglementează raporturi de alteritate între subiecte sociale devenite juridice.

Se pune problema în ce măsură normele non-juridice pot completa textura labirintului normativ? Aceasta pentru că alături de normele juridice, în categoria laxă a normelor sociale mai sunt incluse norme morale, etice, estetice, religioase, economice, politice, ecologice, sanitare, sportive ș.a. Toate aceste norme, ca orice normă socială în general, au ca finalitate reglementarea (normarea) conduitei și acțiunilor umane în ansamblul unor tipuri de raporturi sociale specifice. La fel ca norma de drept, orice altă normă socială reclamă existența unor subiecte, urmărește să inducă destinatarilor impersonali o conduită tip logică¹, operând la un nivel ridicat de generalizare.

Fiind o specie a normelor sociale, normele juridice rămân în interacțiune cu celelalte categorii de norme sociale. Această inter-relaționare este sursa unor posibile dispute de domenialitate.

2. Profilul normelor sportive

Spre deosebire de normele juridice, normele sportive sunt elaborate și instituite de către federațiile de profil și au ca obiectiv principal organizarea competițiilor sportive. „Normele care provin de la mișcarea sportivă se raportează la un obiectiv unic: acela de a organiza competiții, adică de a face posibile și efective existența și desfășurarea lor”². Organizarea competițiilor sportive implică toate aspectele care sunt legate de competiție. Fiecare participant la competiție, indiferent pe ce palier ierarhic se situează își asumă obligația de a respecta normele conținute de statutele și regulamentele care reglementează respectiva competiție. Mai mult, participanții au obligația de a respecta autoritatea organizatorului, dar și deciziile unilaterale luate de către acesta.

Din perspectiva conduitei pe care le impun, a caracterului general, volitiv, impersonal și chiar a tipologiei formale, acestea sunt asemănătoare unor norme de drept veritabile. Astfel, simpla vehiculare statutară a unor obligații sau sancțiuni ar fi inutilă în măsura în care deciziile privind participanții la competițiile sportive ar fi bazate doar pe norme permissive sau de recomandare, fără a fi însoțite de o minimă coerciție reală. Dar, normele sportive se impun destinatarilor și sunt receptate de către aceștia ca norme imperative pentru că ideea afilierii sportive (la o federație sau ligă profesionistă) implică în mod automat și necesar recunoașterea necondiționată a puterii normative care le elaborează. Astfel, mecanismul de funcționare a sistemului conduce la concluzia că normele sportive dobândesc un veritabil caracter imperativ.

2.1. Imperativitatea normelor sportive

Participarea la competiții implică, înainte de toate, o manifestare de voință, un angajament ferm privind respectarea normelor sportive, acesta fiind sensul afilierii și al licențierii sportive. În ordine logică, nerespectarea normelor sportive antrenează aplicarea sancțiunilor disciplinare pe care subiectele sportive trebuie să le accepte.

Deținătorul unei licențe și gruparea sportivă afiliată acceptă să se spună ansamblului regulilor aplicabile competițiilor la care s-au angajat. Diferenții participanți la competițiile federale sunt ținute să acționeze conform prescripțiilor enunțate în textul regulamentelor sportive edictate de către federațiile care își impun astfel voința unilaterală. Nerespectarea prescripțiilor statutare sau regulamentare îi expune astfel pe participanți sancțiunilor instituite de către federațiile sportive, unele dintre acestea putând însemna inclusiv excluderea din competiția sportivă, ceea ce ar trebui să-i responsabilizeze pe participanții la competiție.

De exemplu, art. 18 din Statutul F.R.F. din anul 2014, nepublicat oficial, prevede: „membrii afiliați la FRF au obligația să respecte statutul, regulamentul, directivele și deciziile F.I.F.A., U.E.F.A., F.R.F. în orice moment (...)”.

Totodată, Regulamentul disciplinar al FRF din anul 2016, nepublicat oficial, stabilește abaterile de la statutul și regulamentele F.R.F., determină sancțiunile aplicabile, reglementează organizarea și funcționarea organismelor responsabile cu luarea deciziilor și procedura de soluționare a cauzelor disciplinare. Articolul 12 din Regulamentul disciplinar prevede cinci sancțiuni aplicabile persoanelor fizice și juridice: a) avertisment; b) mustrarea; c) penalitate sportivă; d) restituirea distincțiilor; e) munca în folosul fotbalului.

Astfel, nerespectarea condițiilor statutare de desfășurare a competițiilor sportive conduce la aplicarea sancțiunilor persoanelor fizice sau juridice vinovate.

Conformarea față de actele de aplicare a sancțiunilor disciplinare nu este negociabilă. Puterea de a impune sancțiunile disciplinare aparține structurii asociative care organizează competiția sportivă, care fie este chiar federația sportivă, fie este o entitate căreia i-a fost acordată această prerogativă prin intermediul federației sportive respective.

2.2. Normele sportive - produsul normativ al federațiilor

Normele adoptate de către federații sunt expresia unei puteri normative. Federația de profil este cea care organizează competiții sportive pe ramuri sportive. Într-această competență intră și puterea de a edicta reguli de desfășurare a competițiilor sportive. Între legislația comună și desfășurarea efectivă a unei activități sportive sau a unei competiții sportive, recunoaștem pe un nivel intermediar facultatea federativă de reglementare. Excluzând cadrul general-principial, problematica menținerii ordinii publice, chestiunea medicinei sportive, a dopingului, dreptul obiectiv nu pare a fi interesat de reglementarea resorturilor interne ale mișcării sportive, recunoscându-i implicit puterea de a-și edicta propriile reguli. Toate celelalte aspecte țin de problematica specifică fenomenului sportiv și se impun a fi rezolvate normativ unitar în interiorul mișcării sportive.

Puterea federației este o putere de reprezentare care corespunde voinței generale de la baza piramidei organizatorice, dată de către asociații sportive, cluburi sportive și ligi profesioniste pentru asigurarea finalității obiectului normelor sportive de a stabili organizarea competițiilor în conformitate cu reguli adecvate, corespunzător elaborate, anterior debutului competițional.

Puterea federativă reprezintă voința unilaterală a autorităților federale și, în acord cu mecanismele și procedurile normative generale, produce efecte independent de eventualul consimțământ al destinatarilor normelor sportive.

Din perspectiva tipologiei, a obiectului de reglementare, a opozabilității și efectelor produse, regulile sportive prezintă caracteristicile asemănătoare unor reguli juridice. „Această putere a federațiilor sportive se aseamănă, prin atributele sale, cu aceea care aparține în mod obișnuit exercitării prerogativelor de putere publică. Ea este astfel expresia a ceea ce am putea numi „puterea publică federală”³, care legitimează suveranitatea federațiilor asupra disciplinelor lor și fondează recunoașterea unei specificități în organizarea și funcționarea sistemului sportiv. Într-un cuvânt, puterea federală stă la bază unui sistem juridic complet și diferit de cel al statelor: sistemul juridic sportiv”⁴.

Din perspectiva forurilor de reglementare federativă, funcția de reglementare îi revine adunării generale constituite din totalitatea membrilor afiliați. Astfel, potrivit art. 28.1 din Statutul F.R.F., nepublicat oficial: „Adunarea Generală este organul suprem și deliberativ al F.R.F.” Conform art. 12.1 din Statutul F.R.B.: „Adunarea Generală este organul suprem legislativ al F.R.B., alcătuit din totalitatea membrilor săi”. Potrivit art. 23 alin.1 al Statutului F.R.T.: „Adunarea Generală este organul legislativ al F.R.T. și, în consecință autoritatea supremă”. Adunările generale, ca entități reprezentative ale disciplinei sportive, elaborează reguli de completare și modificare a normativității sportive inițiale.

3. Reglementarea publică a sportului

Am mai spus-o și o repetăm: lupta dintre dreptul subiectiv și dreptul obiectiv simbolizează esența dreptului⁵. Lupta dintre „privat” și „public” reprezintă continuarea permanentizată a acestei dispute într-un al registru (superior) și marchează simbolic supremația „publicului”: interes, ordine, normă, față de „privat”: interes, ordine, normă! Norma sportivă, ca normă privată nu poate refuza această superioritate!

Deși inițial sportul reprezenta o afacere pur privată care se organiza în mod independent, ulterior acesta a devenit o activitate de interes public care actualmente implică pe lângă necesitatea reglementării juridice și un calendar de politici publice naționale sau chiar locale de dezvoltare în plan sportiv⁶. În prima etapă a dezvoltării mișcării sportive dreptul pozitiv nu era interesat să reglementeze etatic, public, unitar acest domeniu social vizând derularea relațiilor sportive și a competițiilor sportive în sine, dar astăzi reglementarea sportului se realizează și prin norme juridice garantate la nevoie prin forța coercitivă a statului. Aceste norme juridice au rolul de a fixa limitele în care normele sportive își pot căuta identitatea și își pot atinge finalitatea.

La fel ca și în România, exceptând decalajul temporal de vreo treizeci de ani, și în etalonul juridic și sursa de inspirație a sistemului de drept românesc în general – Franța, reglementarea publică a sportului a fost mai întâi izolată, secvențială. Totuși, în dreptul pozitiv francez actual, totalitatea textelor normative privind activitățile fizice și sportive este

reunită în Codul sportului intrat în vigoare „în 2006, în ceea ce privește partea legislativă și partea reglementară, în 2007 când vorbim de decrete, apoi în 2008 pentru ordinele ministeriale. Codul sportului desăvârșește o producție normativă care nu a încetat să se amplifice de-a lungul timpului”⁷.

Codul Sportului din Franța este clivajat pe patru „cărți” care reglementează „organizarea activităților fizice și sportive” (cartea I), „actanții sportului” (cartea a II-a), „practica sportivă” (cartea a III-a) și „dispozițiile diverse” (cartea a IV-a). Chiar dacă aparent sunt reunite sub un singur titlu substanțial, normele juridice aplicabile mișcării sportive franceze continuă să existe și dincolo de dispozițiile codului, dovada fiind chiar actele normative speciale care au intrat în vigoare după activarea normelor juridice ale codului.

În România, perspectiva de reglementare etatică este departe de a fi unitară. În cronologia normativă putem observa reglementarea sacadată a domeniului sportiv. Există mai multe reglementări legislative disparate care comunică prea puțin sistemic. Mai mult, se pare că ar lipsi însăși viziunea legislativă. Un exemplu adecvat ar putea fi acela că *Legea nr. 69/2000 a educației fizice și sportului*⁸, legea fundamentală a domeniului, a fost modificată de la intrarea în vigoare și până în prezent de peste 20 de ori și, paradoxal, de fiecare dată neinspirat!

Potrivit art. 1 și 2 din *Legea nr. 69/2000* aceasta „reglementează organizarea și funcționarea sistemului național de educație fizică și sport în România”, acestea fiind „activități de interes național sprijinite de stat”. Mai mult, legea prevede că: „prin educație fizică și sport se înțelege toate formele de activitate fizică menite, printr-o participare organizată sau independentă, să exprime sau să amelioreze condiția fizică și confortul spiritual, să stabilească relații sociale civilizate și să conducă la obținerea de rezultate în competiții de orice nivel”.

Ca domenialitate, *Legea nr. 69/2000* vizează normarea cadrului legal de desfășurare a competițiilor sportive și de practicare a educației fizice. În acest context, *Legea* reglementează: educația fizică și sportul școlar și universitar, educația fizică militară și profesională, sportul pentru toți (ultra-amator), sportul de performanță, structurile administrației pentru sport, direcțiile pentru tineret și sport județene, respectiv a municipiului București, Comitetul Olimpic Român, structurile sportive asociative, asociațiile sportive, cluburi sportive, asociațiile județene și ale municipiului București pe ramuri de sport, federațiile sportive naționale, ligile profesioniste, dispoziții comune privind: autoritatea disciplinară, exercitarea supravegherii și controlului, cercetarea științifică în domeniul educației fizice și sportului, controlul și asistenta medicală în domeniul educației fizice și sportului, formarea și perfecționarea specialiștilor din domeniul educației fizice și sportului, protecția socială a sportivilor de performanță, finanțarea activității sportive, baza materială pentru activitatea sportivă, prevenirea violenței în sport și lupta împotriva dopajului.

*Legea nr. 551/2004 privind organizarea și funcționarea Comisiei Naționale de Disciplină Sportivă*⁹ reglementează organizarea și funcționează Comisiei pe lângă Agenția Națională pentru Sport ca organ deliberativ, fără personalitate juridică, independent în exercitarea atribuțiilor jurisdicționale date prin lege în competența sa. Potrivit dispozițiilor art. 2 din

lege, Comisia „este competentă să soluționeze recursul formulat împotriva hotărârilor definitive pronunțate, prin epuizarea căilor de atac, de comisiile interne de disciplină sau de alte organisme cu atribuții disciplinare, care sunt organizate și funcționează în cadrul federațiilor sportive naționale, asociațiilor județene și ale municipiului București, pe ramuri de sport, al ligilor profesioniste și Comitetului Olimpic Român, precum și a căilor de atac formulate împotriva hotărârilor Comisiei Naționale de Acțiune împotriva Violenței în Sport”. Potrivit alin. (3), „atribuțiile Comisiei prevăzute la alin. (1) și (2) se exercită numai dacă o parte interesată optează pentru această jurisdicție. Calea de atac se poate introduce în termen de 15 zile de la comunicarea hotărârii”.

Un alt act normativ aparent colateral fenomenului sportiv, dar extrem de important pentru asigurarea condițiilor egale de competitivitate sportivă îl constituie *Legea nr. 227/2006 privind prevenirea și combaterea dopajului în sport*¹⁰. Legea nr. 227/2006, în acord cu denumirea, urmărește prevenirea și combaterea dopajului în sport într-un context extrem de controversat în care, mai ales la nivel internațional, s-a ajuns la utilizarea anabolizantelor, narcoticelor, transfuziilor de sânge sau chiar la doping genetic. În esență, legea reglementează organizarea activității anti-doping la nivel național, stabilește substanțele interzise sau metodele interzise care constituie încălcări ale reglementărilor anti-doping, instituie o responsabilitate directă a sportivului în legătură cu conținutul probei sale biologice, stabilește condițiile testării anti-doping, în competiție și în afara competiției, instituind din această perspectivă o reală procedură de urmat.

Prin *Legea nr. 4/2008 privind prevenirea și combaterea violenței cu ocazia competițiilor și a jocurilor sportive*¹¹ se situează în art. 2 că: „Organizatorii competițiilor și jocurilor sportive și forțele de ordine angrenate au obligația de a asigura protecția și siguranța spectatorilor, sportivilor și oficialilor și de a lua măsuri pentru prevenirea și înlăturarea oricăror incidente ce se pot produce pe traseele de afluire/defluidare și în interiorul arenelor sportive, înainte, pe timpul și după terminarea competiției sau a jocului sportiv”. Pentru realizarea dezideratului de organizare și desfășurare a activității de asigurare a ordinii și siguranței sunt instituite atât obligații ale organizatorului de competiții sau de jocuri sportive, cât și ale spectatorilor. De ex., prin art. 7 al legii s-au stabilit normativ care sunt categoriile de competiții sportive: competiții sportive fără grad de risc, cu grad scăzut, mediu sau ridicat de risc. Dintre acestea, doar competițiile cu grad mediu sau ridicat de risc reclamă prezenta jandarmilor.

Criza acută de previzibilitate normativă și coerență administrativă nu a ocolit finanțarea sportului din România. Pentru că auditorii publici externi ai Camerelor Curții de Conturi a României „interpretau” diferit legislația pozitivă incidentă a fost nevoie ca într-un prim pas spre normalitate și unitate de reglementare să fie elaborată *O.G. nr. 38/2017 privind modificarea și completarea Legii educației fizice și sportului nr. 69/2000*.¹²

Odată cu modificarea art. 18 din *Legea nr. 69/2000*, se statuează prin alin. (3) că: „Autoritățile administrației publice locale pot aloca sume pentru finanțarea activității potrivit alin. (1) și (2) în limita a maximum 5% din bugetul aprobat”. Abia acum, după șaptesprezece ani de la intrarea în vigoare, *Legea nr. 69/2000* a fost completată într-un mod inspirat, care să contribuie la dezvoltarea mișcării sportive din România. Această reglementare reprezintă pentru

sport perfuzia normativă vitală, fără de care acesta se îndrepta spre moarte clinică. Oricum, problematica finanțării sportului este una complexă, în general, punându-se problema încadrării, transparentizării și chiar plafonării sumelor de bani primite de către sportivi sau echipe sportive de la guverne, autorități publice regionale sau locale, respectiv organizații sportive internaționale sau naționale, în funcție și de competițiile sportive la care participă.¹³ Spre exemplu, în Franța există o demarcație netă între finanțarea sportului amator și finanțarea sportului profesionist¹⁴.

Prin O.G. nr. 38/2017 privind modificarea și completarea Legii educației fizice și sportului nr. 69/2000 s-a introdus și *contractul de activitate sportivă*, definit ca și „convenția încheiată pentru o durată determinată între structurile sportive și participanții la activitatea sportivă prevăzuți la art. 67¹ alin. (1) lit. a) - c), care are ca obiect desfășurarea unei activități cu caracter sportiv”. Din perspectivă fiscală, se precizează că „veniturile realizate din Contractul de activitate sportivă se încadrează în categoria veniturilor din activități independente prevăzute de Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare.”

4. Autonomia relativă a dreptului sportului

Mișcarea sportivă este susceptibilă să fie reglementată atât de un drept etatic, cât și de un drept supra-etatic: regional, continental sau internațional. Spre exemplu, avem un drept european care, mai mult sau mai puțin, apare interesat de reglementarea acestui domeniu special, dar avem și o multitudine de instrumente internaționale emanând de la ONU sau UNESCO și care pretind „vocația universalității”. În ceea ce privește dreptul etatic, acesta este dreptul comun (intern), în raport cu ceea ce reprezintă dreptul sportului (intern) ca ansamblu de norme juridice care reglementează raporturi juridice privind organizarea competițiilor sportive. Dreptul special al sportului este fundamentat în mare parte pe normele sportive, pe norme asociative, norme private care vizează desfășurarea competiției sportive, preluate, transformate și instituționalizate în norme de drept de către legiuitorul etatic. Tocmai de aceea se apreciază justificat că dreptul etatizat al sportului este puternic influențat de competiția sportivă. În doctrina franceză se arată că principiile generale ale dreptului sportului sunt: „*fair-play*-ul, echitatea sportivă, egalitatea între competitori, integritatea, sinceritatea și echilibrul competițional”¹⁵.

Dispozițiile actelor normative care reglementează activitatea sportivă exclusiv sau inclusiv constituie „dreptul sportului”. Relația acestui drept special cu dreptul comun este asemănătoare cu relația dreptului cutumiar cu dreptul normat, adică acționează pe o nișă permisă de către dreptul comun¹⁶. În mod logic și juridic, dreptul sportului nu are cum să-și fie suficient lui însuși, în sensul că și din punct de vedere material și procedural va trebui să se completeze cu instituțiile juridice comune. Pe de altă parte, se pune întrebarea „care este impactul acestui drept special asupra autonomiei mișcării sportive și a libertății sale de a edicta propriile reguli?”¹⁷

4.1. Relația dintre Dreptul sportului și dreptul comun

Linia de demarcație între Dreptul sportului și dreptul comun nu este una clară. Se naște o controversă în legătură cu aplicabilitatea normelor de drept comun în materie de sport. Existența unui drept special nu înseamnă îndepărtarea, *ipso facto*, de la dreptul comun. Potrivit regulii elementare de Teoria dreptului, acesta rămâne cu vocația de a se aplica atunci când situația vizată nu intră în câmpul de atracție al dispozițiilor normative speciale.

Legislația sportului este una derogatorie de la dreptul comun, în considerarea particularităților activității în materie sportivă; în schimb, dreptul comun tinde să se impună atunci când exercitarea activității sportive nu prezintă prin ea însăși vreo particularitate. Cu alte cuvinte, dreptul special se aplică situațiilor care relevă specificitatea materiei; în afara acestei specificități, nicio rațiune nu se opune aplicării dreptului comun. Astfel, de exemplu, vânzarea de produse derivate, alimentare sau non-alimentare sau locul unei loje într-un stadion sunt supuse regimului general al contractelor. La fel, contractele de muncă ale sportivilor țin în mod normal de Codul muncii, în afară de derogările pe care respectivul cod însuși sau textele speciale le autorizează, cu scopul de a lua în considerare particularitățile profesiei de sportiv¹⁸.

Nu de puține ori apare problema identificării regimului aplicabil unei fapte juridice sau chiar unui act juridic. Sigur că în interiorul federațiilor principiul este acela al aplicării regulilor speciale de Dreptul sportului, deși extrăgând federațiile din propriul fief, ele însele constituie subiecte tipice în contenciosul administrativ. Pe de altă parte, chiar în România, până în 2015 când s-au stabilit criteriile fiscale privind desfășurarea activităților independente¹⁹ s-au utilizat în paralel atât convențiile (civile) sportive, cât și contractele individuale de muncă pentru același tip de relație contractuală, cu toate că statutul special al sportivului salariat presupune existența unui regulament federal în care să fie stabilite general criteriile neechivoce.

Fixarea domeniului normei sportive²⁰ în raport cu cea juridică rămâne încă un subiect deschis, susceptibil să facă obiectul unor pertractări viitoare.

4.2. Autonomia regulilor federative

Autoritatea federativă și puterea normativă a regulii sportive se pot impune persoanelor afiliate, iar nerespectarea acestora este susceptibilă de a fi sancționată. După cum s-a exemplificat în doctrina de specialitate, „în august 2005, Federația Franceză de Echitație (FFE) și-a văzut retrase acreditarea și delegarea de care beneficia, fiindcă a refuzat să se conformeze obligațiilor statutare impuse de texte. Aceste decizii au avut drept consecință privarea acestei prestigioase federații de puterea de a organiza concursuri de echitație și de a face selecții în vederea probelor internaționale. Federația Franceză de Echitație nu a putut recupera acreditarea și delegarea, în 2006, decât resemnându-se să adopte statute conforme cu legea”²¹.

Acest exemplu este dovada subordonării principiale a normelor sportive dreptului etatizat. Această subordonare nu este specifică doar normei sportive, ci este una comună, care vizează și norma economică, politică, ecologică, sanitară ș.a. Pentru a explica raporturile normei etatizate cu norma sportivă, împrumutăm un concept creat de către Curtea Constituțională odată cu integrarea euro-atlantică a României prin care se redefinea suveranitatea națională, acela de „relativizare”. Din această dublă subordonare a normei edictate de mișcarea sportivă la dreptul special al sportului și, în definitiv, la dreptul comun, tragem concluzia relativității libertății de elaborare a normelor sportive.

Cu toate acestea, mișcarea sportivă rămâne în mare parte „competentă” să reglementeze atât substanțial, cât și procedural. Din punct de vedere procedural, federațiile sportive au instituit proceduri jurisdicționale interne apte să soluționeze totalitatea litigiilor disciplinare și chiar non-disciplinare care pot apărea în desfășurarea competiției sportive. Organigrama jurisdicțională federativă este una complexă, comisiile de fond sau apel oferă garanții procedurale similare celor oferite de normele procedurale comune pozitive, iar orice tentativă de sustragerea de la activarea justiției private federative poate atrage sancțiuni drastice, până chiar la excluderea din competiția sportivă. Evident că nici perspectiva jurisdicțională nu este perfect autonomă, pentru că unele litigii fie, potrivit legii²², fie prin dezvoltarea propriu-zisă a litigiului²³ sau chiar pentru obținerea investirii privind executarea hotărârii unui tribunal sportiv²⁴ vor fi aduse în fața jurisdicțiilor comune.

Chiar dacă pare greu de crezut, funcționarea în plan internațional a sportului poate influența legislația pozitivă națională. Regimul de afiliere la federația internațională supune membrii comunității sportive la respectarea normelor sportive internaționale. Se poate ajunge în situații în care norma sportivă prevalează asupra normei etatice. Astfel, în fotbal, agenții sportivi trebuie să fie în posesia licenței emise de F.I.F.A., care le permite să exercite profesia față de ansamblul cluburilor și jucătorilor din lumea întreagă. Numai că dacă vor să desfășoare această activitate în Franța, vor fi ținuți să respecte dispozițiile Codului Sportului referitoare la agenți, trebuind să fie, în orice situație, titularii unei licențe de „agent F.I.F.A.”. Se poate întâmpla chiar ca legea națională contrară să cedeze în fața „legii sportive”, care, indiferent de palierul unde activează, rămâne o reglementare privată. Astfel, orașele care candidează la organizarea Jocurilor Olimpice trebuie să garanteze că legislația națională va respecta Carta Olimpică, la nevoie, modificând legislația națională. La fel, în 1998, pentru a obține dreptul de a organiza „Grand Prix”-ul Franței la Formula 1, Franța a trebuit să modifice anumite dispoziții ale legii din 16 iulie 1984, în concordanță cu exigențele F.I.A.²⁵

Această prevalență izolată a normei private sportive asupra normei publice etatizate dovedește totuși puterea normativității sportive.

4.3. Raportul dintre Dreptul european și normele sportive

În ceea ce privește raportul dintre norma sportivă și norma europeană, lucrurile sunt parțial neclare. Aceasta și pentru că obiectivul central al creării Comunității Economice Europene a fost constituirea pieței comune realizabilă pe pilonul celor patru libertăți economice fundamentale, iar nu acela de a aduce în câmpul de atracție al reglementării comunitare și alte domenii sau subdomenii de interes, periferice din perspectiva funcției economice îndeplinite.

Mai mult, mișcarea sportivă europeană, la fel ca și mișcarea sportivă națională, nu a dorit să se situeze în zona de acțiune a dreptului european, preferând să-și autodetermine competențele de organizare a competițiilor sportive. Orice imixtiune a legiuitorului european echivala cu o spoliere a prerogativelor organismelor sportive. Totuși, din perspectivă normativă, Dreptul Uniunii Europene reglementează raporturile din materia sportivă ca oricare altă activitate aptă să intre în sfera sa de reglementare.

Exceptând intervențiile punctuale și neesențiale în ansamblu ale Comisiei, Curții de Justiție de la Luxemburg i-a revenit misiunea de a statua în legătură cu compatibilizarea celor două planuri și de a stabili jurisprudențial un raport între normele comunitare și normele care organizau mișcarea sportivă. Sesizată prin mecanismul întrebării preliminare, instanța supremă europeană a avut posibilitatea să se pronunțe în numeroase litigii care vizau aplicarea dreptului european în materie sportivă.

Deși se consideră că prin afacerea *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association și alții/Bosman și alții*²⁶, CJUE a statuat cu privire la raportul între cele două planuri, în realitate prin Hotărârea din afacerea *Gaetano Donà c. Mario Mantero*²⁷, CJUE a decis neechivoc, de mult timp, că legislația CE trebuie aplicată în sportul profesionist, dacă activitatea sportivă constituie o activitate economică. Această concluzie este reafirmată de către Curte într-o altă cauză mai veche, *Walrave și Koch/Association Union Cycliste Internationale și alții*²⁸.

Totuși, prin hotărârea din afacerea *Bosman*, CJUE a confirmat regulă inițială potrivit căreia dreptul comunitar se aplică în materie de sport, exceptând situațiile particulare. De exemplu, regulamentele federale naționale sau cele elaborate de U.E.F.A. care limitează numărul de fotbaliști profesioniști străini admiși să participe la competiții, resortisanți ai Comunității europene sau care au intrat legal pe teritoriul acesteia și urmează să-și schimbe clubul angajator, sunt discriminatorii și contrare dreptului Uniunii Europene²⁹.

Concluziv, federația sportivă (poate) deține forță normativă în limitele pe care dreptul pozitiv național sau european i le recunoaște explicit sau implicit. *Fair-play*-ul normativ sportiv nu poate depăși bariera pozitivismului juridic. Așa cum laitmotivul normei de drept îl reprezintă ideea de echitate, laitmotivul normei sportive îl reprezintă ideea de *fair-play*. Aceasta străbate reglementarea și se transformă în finalitatea ei intimă.

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, septimiuput@law.ubbcluj.ro.

¹ S-a afirmat că legea, „în sensul său cel mai general, este descrierea unei relații necesare între o ipoteză și consecința sa”. J.-L. Bergel, *Theorie generale du droit*, 5^e edition, Dalloz, 2012, p. 44.

² G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *Droit du Sport*, Presses Universitaires de France, Paris, 2012, p. 21.

³ A se vedea G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique etatique*, Paris, LGDJ, „Biblioteque de droit public”, 1990, p. 156, apud G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p. 30.

⁴ G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p. 30.

⁵ *Particularities of the Game between Law and Rights*, în *Lucrarea Conferinței Internaționale "Probleme actuale de teoria dreptului și drept comparat"*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 434.

- ⁶ A se vedea cazul Ungariei care a stabilit un set de politici naționale în materie de sport pentru cinci sporturi în care sportivii maghiari au avut cele mai mari performanțe: fotbal, handbal, baschet, hochei pe gheață și polo.
- ⁷ G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p. 41.
- ⁸ Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 200 din data de 9 mai 2000.
- ⁹ Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 1161 din data de 8 decembrie 2004.
- ¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 518 din data de 15 iunie 2006.
- ¹¹ Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 24 din data de 11 ianuarie 2008.
- ¹² Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 403 din data de 29 mai 2017. În preambulul Ordonanței aflate justificarea necesității reglementării: „Structurile sportive de drept public organizate ca servicii în cadrul administrației publice locale nu pot încheia raporturi juridice specifice activității sportive cu sportivii de performanță în condițiile actuale reglementate de Legea nr. 69/2000, cu modificările și completările ulterioare, motivat de faptul că actualul cadru legislativ a condus/conduce la confuzii și interpretări diferite din partea organelor de control și există riscul real al blocării activității sportive de performanță cu efecte negative imediate atât în plan sportiv, cât și sociale. Astfel, organele de control au constatat o lipsă profundă de coerență între dispozițiile legale prevăzute de Legea nr. 69/2000, cu modificările și completările ulterioare, pe de o parte, și dispozițiile din Legea nr. 273/2006, cu modificările și completările ulterioare, pe de altă parte, situație care a condus la emiterea unor decizii de imputare a sumelor alocate desfășurării activității sportive, organizate la nivel de administrație publică locală, context în care, la rândul său, aceasta se află în situația de a nu mai finanța activitatea sportivă în lipsa unui cadru legal coerent”. Această situație a reclamat intervenția normativă de urgență pentru asigurarea unei minime finanțări a activității sportive de către administrația publică locală.
- ¹³ A se vedea K. Tetlak, *Taxation of International Sportsmen*, IBFD Doctoral Series, Volume 30, p. 113.
- ¹⁴ A se vedea Fr. Buy, J-M. Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo, *Droit du sport*, 3^e edition L.G.D.J. Paris, 2012, pp. 99-100.
- ¹⁵ Fr. Buy, J-M. Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo, *op.cit.* p. 158.
- ¹⁶ A se vedea Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Teoria izvoarelor dreptului obiectiv*, vol. III, Ed. All Beck, București 2004, p. 206.
- ¹⁷ G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p. 48.
- ¹⁸ G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p. 49.
- ¹⁹ Potrivit art. 7 pct. 3 al Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal publicată în Monitorul Oficial cu numărul 688 din data de 10 septembrie 2015, pentru ca o activitate să fie considerată independentă din punct de vedere fiscal trebuie să fie îndeplinite cel puțin patru dintre cele șapte criterii legale.
- ²⁰ În legătură cu originea privată și devenirea normei sportive a se vedea Fr. Buy, J-M. Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo, *op.cit.*, pp. 133-137.
- ²¹ G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p. 50.
- ²² Potrivit art. 2 alin. (5) al Legii nr. 551/2004 privind organizarea și funcționarea Comisiei Naționale de Disciplină Sportivă: „Hotărârile pronunțate pot fi atacate la Secția de contencios administrativ a Tribunalului București, în termen de 15 zile de la comunicare”.
- ²³ Părțile nemulțumite după soluționarea litigiului de către comisiile federale interne sau Tribunalul de Arbitraj Sportiv au totuși posibilitatea de a se adresa instanței comune competente.
- ²⁴ Hotărârile de *exequatur* (recunoașterea hotărârilor străine) pentru deciziile TAS.
- ²⁵ A se vedea G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op.cit.*, p.51.
- ²⁶ C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463.
- ²⁷ C-13/76, ECLI:EU:C:1976:115.
- ²⁸ C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140.
- ²⁹ A se vedea de exemplu afacerea C-265/03, Igor Simutenkov, ECLI:EU:C:2005:213.

ARTICOLE

**DEMOCRAȚIA ROMÂNEASCĂ EXPRIMATĂ ISTORIC
DE AUTORITARISMUL ȘEFULUI DE STAT**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).4.11

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Răzvan Cosmin ROGHINĂ*

Abstract: *In 2003, through constitutional review, the Romanian Constituent inserted in the fundamental law preamble the conclusion that the Romanian people, in its political manifestation core, is in possession of democratic traditions. As enthusiastic this statement can be, as such it can prove questionable in truth. In this study, we will try to underline, through a brief exploration of the history of the Romanian constitutionalism, the fact that the Romanian democracy is rather a desideratum aimed basically in a declarative way, being placed in a form of a talisman against a past that awakens, also in a declarative way, a repugnance against power personalization, against an authoritarian chief of state. In this fund, art. 1 par. (3) of the Constitution reveals elements that translate traditional Romanian democracy paradoxes.*

Keywords: *Romanian Democracy; Constitutional Transplant; Romanian Constitutional Paradoxes; Political Culture; Legal Culture.*

Rezumat: *Cu ocazia revizuirii constituționale din 2003, constituantul român a inserat în preambulul legii fundamentale concluzia potrivit căreia poporul român are în sorgintea manifestării sale politice moderne o cultură democratică. Pe cât de entuziastă se poate dovedi această afirmație, pe atât de îndoielnică se poate arăta. Prin prezentul articol vom sublinia, prin prisma unei scurte explorări a istoriei dezvoltării constituționalismului românesc, faptul că democrația românească este mai mult un desiderat la care se tinde la modul declarativ, fiind așezată sub forma unui talisman împotriva unui trecut care trezește, tot sub forma unui discurs, o repugnă față de personalizarea puterii, față de un șef de stat autoritar. În acest fond, art. 1 alin. (3) din Constituție dezvăluie elemente ce traduc paradoxuri ale democrației „tradiționale” românești.*

Cuvinte-cheie: *democrația românească; transplant constituțional; paradoxuri democratice românești; cultură politică; cultură juridică.*

Articolul 1 alin. (3) din legea fundamentală afirmă tradițiile democratice ale poporului român ca bază a întregii orânduiri politice. Ca atare, istoricul bagaj democratic românesc reprezintă principala coordonată de interpretare a Constituției.

„România este un stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate.”

Prin lucrarea „Democrația românească exprimată istoric de autoritarismul șefului de stat” ne propunem să surprindem realismul democrației românești prin prisma unei scurte incursiuni istorice, cu accent pe instituția șefului de stat, întrucât prin respectivul actor politic determinăm balansul dintre autoritarism și democrație (bineînțeles, fără să-l izolăm de celelalte autorități politice). În acest demers ne propunem, de asemenea, să purtăm lentilele de analiză/de interpretare recomandate de art. 1 alin 3 din Constituție, anume „tradițiile democratice românești”.

La finalul exercițiului sau, mai bine zis, la finalul testului, vom ajunge la concluzia că lentilele recomandate de textul constituțional nu sunt adecvate pentru proiectarea realității. Constituantul român din 2003 a căutat constituționalizarea tradițiilor democratice românești, care ar fi fost întrerupte de perioada comunistă. Care ar fi acelea? Rămâne o întrebare retorică sau care nu caută un răspuns.

Pentru a putea observa realismul tradițiilor democratice românești sunt necesare alte tipuri de lentile, care să permită formarea unei imagini reale și la distanță – mai precis în trecutul istoric îndepărtat și relevant. Revizuirea din 2003 asupra art. 1 poate traduce, astfel, o expresie a unui constituționalism românesc miop. Preambulul constituțional revizuit afirmă expres că poporul român are în sorgintea manifestării sale politice moderne o cultură democratică. Pe cât de entuziastă se poate dovedi această afirmație, pe atât de îndoielnică se poate arăta.

Totuși, este adevărat, trebuie să avem în vedere și faptul că emoțiile poporului sunt importante și că simbolurile de forță sunt necesare pentru trezirea anumitor pulsuri emoționale în societate, pentru legitimarea unei legi fundamentale, pentru revizuri constituționale sau pentru coeziunea populară. Democrația poate fi un astfel de simbol de forță în psihologia unui popor care, în istoria sa modernă, a dezvoltat o repugnă față de personalizarea puterii.

Revenind la tema abordată, lucrarea este structurată în 3 părți. Prima parte este dedicată trecutului care ar fi înrădăcinat tradiții democratice până la 1991, având ca limită inferioară mijlocul secolului al XIX-lea. Incursiunea istorică este una rezumativă, expunând anumite segmente din realismul tradițiilor democratice românești. Astfel, se evidențiază paradoxurile tradițiilor democratice românești.

În partea a 2-a, momentul constituțional de la 1991 este explorat în sensul unei reacții organice împotriva autoritarismului șefului de stat, chiar dacă este dificil a discuta despre o evoluție organică a constituționalismului românesc, începând cu secolul a XIX-lea

și culminând cu prezentul. În ultima parte, vom încerca să surprindem un alt paradox și anume că democrația românească contemporană este în contra direcției reacției organice din 1991, prin prisma, după cum s-a anunțat la început, manifestărilor politice ale șefului de stat.

I. Segmente din realismul tradițiilor democratice românești de până la 1991

După cum am observat, articolul 1 alin. (3) din legea fundamentală afirmă tradițiile democratice ale poporului român ca bază a întregii orânduiri politice, așezând, astfel, lentila generală de interpretare a legii fundamentale.

O analiză obiectivă a evoluției constituționalismului românesc dezvăluie fără echivoc faptul că poporul român, în istoria sa constituțională, a avut parte doar sporadic de manifestări democratice. S-a bucurat doar de momente democratice, cel puțin când ne exprimăm prin prisma manifestărilor politice de fond. Concentrându-ne pe formă, adică doar asupra dreptului scris, într-adevăr, se pot reține concluzii mult mai optimiste cu privire la debutul și evoluția instrumentelor democratice pe axa guvernați-guvernanți, după caz.

Chiar dacă în cursul dezvoltării constituționale a statului român au existat acte juridice cu caracter fundamental și constituții care au așezat scriptic regimuri parlamentare (deci, guvernăminte reprezentative) bazate pe suveranitatea poporului, praxisul constituțional nu a tradus o înrădăcinare de tradiții democratice.

În 1858, pe calea imperialismului juridic, Puterile europene adunate la Paris au „acordat” Principatelor Române o Convenție cu caractere constituționale. Urmărita îndepărtare de modul de distribuție a puterii din Regulamentele Organice nu s-a realizat prin Convenția de la Paris. Aceasta, având ca surse de inspirație Regulamentele Organice și actul juridic fundamental francez de la 1852, a menținut autoritarismul domnesc¹.

În 1859, Proiectul Comisiei Centrale de la Focșani a mixat sursele de inspirație, anume Convenția de la Paris/ Constituția franceză de la 1852 și Constituția Belgiei de la 1831. Din această suprapunere a rezultat un proiect constituțional cu caractere neliberale în ceea ce privește distribuția puterii în stat și guvernământul reprezentativ².

În 1863, proiectul de Constituție al lui A.I. Cuza sporea puterea domnului, accentuând impactul sursei de inspirație a Convenției de la Paris: Constituția franceză de la 1852³.

În 1864, A.I. Cuza, pentru a evita unele blocaje politice, a adoptat, prin plebiscit, Statutul Desvoltător al Convenției de la Paris. Actul din urmă a pus în evidentă un regim personal autoritar⁴. Totuși, nu trebuie să ignorăm faptul că, în ciuda caracterelor cezariste ale Convenției de la Paris și ale Statutului Desvoltător, în perioada 1859-1864-1866 s-au format primele fundamente ale parlamentarismului românesc⁵.

În 1866 s-a căutat introducerea unei legi fundamentale care să se constituie într-o replică dată regimului autoritar cuzist. Nu a fost o replică căutată (și) de popor, după cum se poate în mod deosebit reține legat de momentul constituțional românesc de la 1991, ci o reacție a claselor privilegiate, care nu își mai găseau poziții favorabile, de efect, pentru interesele personale, în organele statale. Bineînțeles, discursurile politice au fost croite prin simbolistica interesului de țară, al tuturor, al poporului.

„Domnilor, când țera a resturnat guvernul trecut nu a voit să restoarne numai persoanele care reprezentau acel guvern, ci starea aceea de lucruri, ei Constituțiunea aceea care s-a dat pe mâna unui Principe și în temeiul căreia acel Principe nu făcea de cât reu țerei. Trebuie dar să desființăm acea Constituțiune și în locul ei să punem alta. Una din calitățile principale ce trebuie să aibă noua Constituțiune este egalitatea. (...) A doua condițiune a Constituțiunii noastre trebuie să fie libertatea. Constituțiuni liberale au toate Statele, pentru că nu cred că un Stat care dă o Constituțiune să voescă să dea o Constituțiune care să nu fie liberală. Această Constituțiune trebuie să fie cu atât mai mult liberală cu cât voim să o punem în locul unui sistem trecut vițios și prin urmare nu trebuie să fie mai restrânsă de cât cealaltă”6. (G. Lahovari, în ședința din 18 iunie 1866)

În fapt, A.I. Cuza nu era ținta unei înlăturări din partea poporului. Așa cum remarcă A. Lordache:

„Nu de națiune nu era tolerat domnitorul Unirii și mărilor reforme, ci de elita politică aparținând tuturor grupărilor, pe care le înfruntase cu semeție, umilind-o adeseori, prin actele benefice pentru cei mulți, dar iritante pentru liderii politici din opoziție, care-și arogau merite în trecutul țării, unii prin originea lor aristocratică, alții prin activitatea lor revoluționară”7.

Țăranii se temeau că vor pierde pământurile primite prin reforma agrară din 1864. Era normală, astfel, susținerea lui A.I. Cuza. Atitudinea potrivnică față de schimbarea a țăranilor, care formau majoritatea populației, era cunoscută de către elita politică instalată în 1866. Ca atare, aceasta a recurs la „regizarea” plebiscitului pentru aducerea lui Carol, ca formă de legitimare nu doar internă, ci și externă. Așadar, se remarcă încă de la debuturile regimurilor aparent democratice românești uzanța plebiscitului ca instrument de iluzie democratică⁸.

După intrarea în vigoare a legii fundamentale de la 1866⁹, manipularea alegerilor, transformarea parlamentului într-o emanație a guvernului, rotativa guvernamentală gândită și pusă în practică de Carol I nu puteau să ducă la apariția sau consolidarea unui guvernământ reprezentativ, deci la apariția, în timp, a unor tradiții democratice. Mai degrabă s-au afirmat tradițiile autoritare ale societății românești, care a avut nevoie, pentru a depăși blocaje politice, de autoritarism domnesc/ monarhic¹⁰.

Apoi, Constituția din 1923¹¹, fiind în mare parte o revizuire a Constituției de la 1866, nu a adus schimbări esențiale cu privire la distribuția puterii în stat¹². Ideea de guvernare reprezentativă democratică părea a fi întărită, cel puțin la nivel formal, de introducerea votului universal. Dar, Senatul era departe de a fi cu adevărat o cameră reprezentativă, în condițiile în care numărul senatorilor de drept putea, în timp, să concureze pe cel al senatorilor aleși. Mai mult decât atât, o parte din senatori nu erau aleși direct de electorat, ci de consiliile județene, consiliile comunale urbane și rurale, camerele de comerț, industrie, muncă și agricultură, respectiv de universități (art. 67-73¹³). Sub influența Constituției belgiene (cea revizuită în 1921), Senatul redevenea o „Cameră ponderatoare”¹⁴. Prin legea electorală din martie 1926, partidele care obțineau 40% din voturi primeau automat 50% din mandate (prima electorală/ prima majoritară). Astfel, principiul reprezentativității era aspru lezat. În

plus, exista o clară contradicție între Constituția de la 1923 și legea electorală din 1926, în sensul în care prima reglementare (fundamentală) promova egalitatea votului, iar cea de a doua inegalitatea votului¹⁵. Cu privire la desfășurarea procesului electoral, alegerile organizate de guvernul țărănist din decembrie 1928 ilustrează „tradițiile democratice” ale poporului român, prin însăși atitudinea celui din urmă. În timpul campaniei electorale, sătenii, convingși că urmau să aibă guvernul lor, condus de I. Maniu (PNȚ), nu au permis în multe localități ca partidele din opoziție să facă campanie electorală. La marginea satelor erau așezate grupuri de țărani înarmați cu ciomege, sape și coase, care nu permiteau reprezentanților opoziției să se apropie¹⁶.

Nici un guvern ce a organizat alegeri în România monarhică nu le-a pierdut, cu excepția guvernului Tătărescu, în 1937, la dorința lui Carol al II-lea, care urmărea instaurarea dictaturii personale.

În perioada 1938-1944, poporul român *democrat* s-a aflat sub dictatura regală a lui Carol al II-lea și apoi sub cea a generalului Antonescu. Repunerea în vigoare a Constituției de la 1923, în august 1944, pentru scurt timp, nu a putut să deschidă calea spre conturarea unor tradiții democratice românești. În martie 1945, guvernul P. Groza pune bazele regimului comunist și, implicit, împiedica dezvoltarea democrației parlamentare în România.

În acest sens, întoarcerea spre trecut a constituanților din 2003 nu ni se pare potrivită. Societatea românească a avut o reacție organică împotriva formelor democratice/constituționale transplantate. A interpreta art. 1 alin. 3 în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român ar putea foarte ușor să însemne că nu ne propunem o transpunere reală în practică constituțională a valorilor enunțate. Totuși, după cum deja s-a subliniat, nu este de ignorat faptul că legitimitatea constituțională este condiționată și de emoțiile poporului, iar după momentul revoluționar din 1989 și după momentul constituțional din 1991, direcția pulsului emoțional al societății, anume împotriva unei puteri personalizate, nu putea să fie ignorat de dictatul constituțional. În atare condiții, putem spune că democrația românească reprezintă, istoric și contextual politic vorbind, un deziderat la care se tinde în mod tradițional. Autoritarismul șefului de stat, care pare să fie un avatar perpetuu și al regimurilor politice democratice din România, solicită fără întrerupere instalarea unei democrații vii în cadrul unui regim democratic așezat de nu puțin timp pe formă.

Democrația (“tradițională”) a rămas un deziderat chiar și după aproape trei decenii de la adoptarea legii fundamentale post-comuniste, gândită a fi, mai evident și mai rațional decât în 1866, în contra direcțiilor autoritare ale fondului politic.

II. Momentul constituțional de la 1991, reacție organică împotriva autoritarismului șefului de stat

După cum s-a afirmat, prima lege fundamentală scrisă (în sensul modern al termenului) a României (1866) a fost adoptată, dincolo de necesitatea legitimării internaționale a statului național și unitar roman, pentru a da o replică regimului autoritar cuzist.

Așadar, Constituantul de la **1866** a plecat, printre altele, de la răspunsul la întrebarea: **ce nu dorim?** Iar răspunsul a fost: **încă un regim politic dominat de un domn autoritar**. Dar această opțiune a fost departe de a fi impulsul volițional al societății românești în ansamblul ei. A fost, mai degrabă, o cerință generată de contextul politic internațional (evidențiindu-se aici interesul obiectiv național) și de contextul politic intern pricinuit de interesele izolate ale unor grupări politice naționale (remarcându-se aici interesele subiective, personale sau de grup).

Emoțiile anului 1866 și lipsa de experiență în materie de creație constituțională a fondului politic românesc, ce era cârmuit de o clasă politică incapabilă de a raționaliza și conștientiza mecanismele și finalitățile interne ale masivului transplant constituțional întreprins, au făcut ca efectele Constituției să nu fie predictibile prin prisma regulilor încă lacunare ale regimului parlamentar dualist¹⁷. Acordarea veto-ului absolut domnului/regelui Carol I, prin renunțarea inconștientă de către Constituantă la varianta veto-ului suspensiv, și înzestrarea monarhului cu pârgăhia de putere a dizolvării parlamentului au permis reactivarea autoritarismului domnesc în persoana „șefului de stat”¹⁸.

În mod similar, anul **1991**, anul adoptării legii fundamentale în vigoare (revizuită în 2003), a proiectat un moment constituțional clădit pe emoții. Acestea din urmă au împins din nou Constituanta în căutarea unui răspuns, sub forma unei soluții, la întrebarea **Ce nu dorim?** Iarăși, răspunsul a fost: **un președinte/ „șef de stat” autoritar**. Totuși, în premieră, în conținutul emoțional al răspunsului s-a regăsit și bagajul subiectiv al poporului, care, cel puțin în acel moment, a fost la unison cu Constituantul român – repugna față de personalizarea puterii politice din perioada comunistă. S-a evidențiat, așadar, un constituționalism al aversiunii¹⁹.

În consecință, locul șefului statului în eșafodajul politic a primit o atenție sporită. Spre deosebire de președintele comunist, dotat cu puteri însemnate, noul președinte a fost gândit în sens antagonic, fiind redus până la rolul de simplu mediator. Articolul 80 din Constituție și atribuțiile președintelui, care, în mare parte, sunt puse în exercițiu prin condiționare parlamentară și contrasemnătură ministerială, relevă faptul că președintele a fost îndepărtat și din posibilitatea de a-și aroga rolul unui arbitru între puteri, darămite să-și dezvolte un rol esențial în adoptarea și desfășurarea politicilor publice. După cum se exprima și G. Vrabie, președintele nu tranșează conflictele dintre autorități sau dintre stat și societate, erijându-și în postura unui judecător politic sau arbitru. Acesta trebuie să caute medierea, în virtutea rolului său constituțional în raporturile dintre puterile statului²⁰. Se observă, așadar, îndepărtarea conștientă de modelul președintelui francez.

Scopul principal a fost acela de a nu oferi scaunului prezidențial posibilitatea (re)personalizării puterii politice. S-a croit, în mod conștient, un regim parlamentar cu un președinte ales direct sau, altfel spus, un regim semiprezidențial pendulat anticipat spre parlamentarism (e.g. executivul se identifică într-o măsură covârșitoare cu guvernul, care este responsabil politic exclusiv în fața parlamentului). Se decelează, deci, încă o dată îndepărtarea de modelul președintelui francez, care reprezintă centrul executivului. Putem susține că, în 1991, Constituantul român a filtrat rațional – cel puțin cu privire la instituția președintelui – principalul izvor de inspirație, anume Constituția Franței²¹ (1958) și a

încercat să schițeze un regim politic care să răspundă cerințelor de rupere față de trecutul încorsetat în autoritarismul șefului de stat²². Astfel, se poate reflecta și faptul că aceeași teamă față de excesele de putere ale șefului de stat se găsește și la baza lipirii președintelui de contrapârghia dizolvării parlamentului în ipoteza în care referendumul pentru demiterea sa s-ar conchide cu un rezultat ce-i stă favorabil.

Apoi, președintele este declarat, prin art. 92 alin (1) din Constituție, comandatul forțelor armate și președintele CSAT, pentru ca în alin. (2) și (3) ale aceluiași articol și în articolul 93, toate acțiunile sale din respectiva postură să fie condiționate de aprobarea prealabilă a parlamentului sau, după caz, de confirmare/încuviințare ulterioară. Președintele francez, în schimb, este Comandantul Suprem al Forțelor Armate, iar condiționările sale din această postură sunt mai reduse.

O altă deosebire interesantă dintre președintele român și cel francez se găsește cu privire la actul de înfăptuire a justiției. Constituția română stabilește în art. 133 faptul că CSM este garantul independenței justiției, în timp ce Constituția franceză arogă președintelui misiunea garantării independenței autorității judecătorești. În obiectivarea acestei sarcini, președintele francez este asistat de CSM.

III. Democrația românească contemporană în contra direcției reacției organice din 1991

Speranțele și idealurile democratice românești de la 1991 se regăsesc trasate în spiritul și textul Constituției, ca expresie a mișcării populare anticomuniste. „Părinții fondatori” nu au mai căzut în plasa „sincronismului Iovinescian”, precum în 1866, și au temperat instituțiile constituționale franceze prin emoțiile și speranțele românești, clădite pe reminiscența față de regimul comunist. A rezultat un eșafodaj instituțional propriu, pliat pe finalitatea țintită, dar, din păcate, cu un sistem de ponderi și contraponderi nu foarte bine ferit de riscurile căderii în tradiționalul autoritarism al șefului de stat.

Bucurându-se de o legitimitate proprie, izvorâtă din alegerea sa directă de către popor, președintele capătă un nivel (ce-i drept, redus) de autonomie instituțională mai ales când vine vorba de dialogul dintre puterile statului și popor, deținătorul puterii politice. Această autonomie poate crește exponențial, în contra dorinței Constituantei de la 1991, în momentul în care ecuația desfășurării politice include o majoritate guvernamentală consolidată²³, scenariu în care președintele deține posibilitățile de context necesare pentru personalizarea puterii. Din păcate, în România post comunistă, anunțată dorință de rupere față de trecutul șefului de stat autoritar nu a dus la stingerea, am putea spune, a tradiției autoritarismului șefului de stat. Praxisul politic și justiția constituțională au demonstrat o pendulare spre prezidențializarea regimului politic²⁴.

Articolul 84 alin. (1) prevede incompatibilitatea funcției de președinte cu calitatea de membru al vreunui partid. Rațiunea acestei prevederi este de a da contur obiectiv rolului de mediator al președintelui și de a evidenția faptul că acesta nu este dator și nici nu ar trebui să se ralieze, sub eticheta de „președinte jucător” sau sub ecusonul de fost lider de

partid, în favoarea sau împotriva vreunui program politic de guvernare. În desfășurarea politică postcomunistă, s-a observat tendința anumitor președinți de a prelungi preferințele politice de partid și în exercitarea mandatelor prezidențiale, forțând uneori încropirea cutumiară (contrară Constituției) a unui executiv bicefal, în care preferințele politice prezidențiale să prindă rod cu ocazia anumitor proceduri constituționale, e.g. formarea Guvernului. Nu sporadice au fost încercările unor președinți de a-și aroga un rol activ, în excedarea rolului de mediator, în determinarea persoanei care să ocupe funcția de prim-ministru. Uneori, cu ajutorul influenței mass-media, s-a reușit răsturnarea unor candidaturi socotite a fi neavenite de către președintele în funcție.

Astfel, prin șansa unor contexte politice de moment, s-a izbutit schițarea unei cutume extraconstituționale în mentalul popular, cu privire la desemnarea candidatului pentru șefia guvernului, deși momentul revoluționar din 1989 și cel cel constituțional din 1991 au tradus în mod cert dorința de a scoate șeful statului din schemele active de distribuire și manifestare (de impact) a puterii statale. Din acest motiv, Constituția oferă guvernului o autonomie instituțională aproape deplină față de președinte²⁵, cel din urmă fiind trecut în mod exclusiv în controlul politic al parlamentului [art. 109 alin (1)].

Totuși, au existat situații în care răspunderea guvernului în fața parlamentului a fost răsturnată *de facto*, prin prisma contextului politic de majoritate guvernamentală consolidată, anume situația în care președintele și majoritatea parlamentară au aparținut aceluiași partid. În atare împrejurare politică, personalitatea autoritară a președintelui în funcție a transgresat finalitatea 84 alin 1) din Constituție și s-a evidențiat „președintele jucător”.

Acceptarea populară a implicării președintelui în guvernare, în contextual dinamicii politice a unui guvernământ majoritar consolidat, poartă nu doar riscul prezidențializării excesive, ci și riscul (re)căderii în vechile angoase referitoare la autoritarismul șefului de stat.

Totodată, nu a fost surprinzătoare discreditarea reprezentării parlamentare, prin canalele de „dialog” ale instituției prezidențiale cu poporul, în momentul în care președintele s-a văzut în desfășurarea politică a unui executiv majoritar divizat, adică în situația în care majoritatea parlamentară a fost diferită față de ecusonul politic la care a renunțat, teoretic, în momentul primirii mandatului prezidențial. În România, imaginea unui președinte jucător se bucură, în genere, de reacții majoritar-pozitive din partea poporului. Prin uzul referendumului consultativ, s-a reușit clădirea unei imagini a unui președinte salvator de neam, al unui reprezentant suprem al intereselor poporului, în contra instituției parlamentului.

Într-un regim semiprezidențial, aparent nu pe deplin conștientizat cu riscurile sale, în 1991, lipsa unei opoziții coerente din partea parlamentului, absența unei societăți civile care să impună bariere morale în calea eventualelor excese de putere, neconsolidarea unei justiții independente și a unei Curți Constituționale imune în fața presiunilor de partid politic duc în mod inevitabil la căderea în autoritarism.

Reacția organică contemporană în contra reacției organice de la 1991 este ilustrată, în schema personalizării puterii politice, și de Curtea Constituțională, care în nu puține rânduri a ales să interpreteze Constituția prin prisma activului instituției prezidențiale și mai puțin ori deloc prin prisma unei interpretări teleologice sau prin intermediul unor coroborări

intrinseci și extrinseci între anumite articole constituționale. În acest sens, putem aminti, Decizia 98/2008²⁶, prin care CCR a creat dreptul președintelui de a respinge o singură dată, dar motivat, numirea în funcția de ministru a persoanei propuse de prim-ministru. De asemenea, putem aduce în vedere Decizia 683/2012²⁷ în cuprinsul căreia s-a folosit, în afara fundamentelor constituționale, sintagma „atribuții considerabile” în dreptul președintelui, recunoscându-i totodată și dreptul (cu prioritate în fața șefului guvernului) de a reprezenta statul la ședințele Consiliului European, trecând Guvernul în plan secund în chestiunile de realizare a politicii externe, în pofida art. 102 alin. (1) din Constituție.

Interpretări ale Constituției prin lentilele rolului activ al președintelui în viața politică (conform cu Avizul CCR nr. 1/2007²⁸) găsim și în următoarele decizii și hotărâri relative la referendumul consultativ și procedura aplicabilă, e.g. Decizia nr. 70/1999²⁹, Decizia 567/2006³⁰, Decizia nr. 147/2007³¹, Decizia 355/2007³², Hotărârea nr. 33/2009³³. Acestea din urmă încununează probabil cea mai puternică pârghie de putere a președintelui: referendumul consultativ, un instrument unipersonal de putere, autonom și scos prin justiția constituțională în afara oricărei scheme politice de ponderi și contraponderi. Adăugând și posibilitatea președintelui de a promova anumite mesaje prin canalele diplomatice, referendumul consultativ se poate dovedi a fi la fel de puternic precum vetoul absolut primit de Carol I în legea fundamentală de la 1866, un instrument care l-a așezat iremediabil pe domn/rege în sfera guvernării efective, în pofida dorinței parlamentare de a-l pune sub dictonul „regele domnește, dar nu guvernează”.

IV. Concluzii

Având în vedere contextul istoric al Constituției în vigoare și al legilor fundamentale (sau al actelor cu caracter fundamental) din trecutul constituționalismului românesc, nu credem că este surprinzător faptul că art. 1 alin (3) din Constituție nu are în vedere realismul tradițiilor democratice românești. Constituția din 1991 (revizuită în 2003), fiind rezultatul unui constituționalism al aversiunii, poartă, am putea spune, în mod inevitabil „crucifixuri” constituționale în conținutul său.

Rostul testării art. 1 alin. 3, într-un fond istoric concret, contextualizat, stă în proiectarea posibilității unei explorări mai ample a momentului constituțional de la 1991 în forma unui transplant constituțional care dezvăluie, spre deosebire de importurile constituționale precedente, caractere conștiente și raționale. În pofida acestor caractere, transplantul constituțional (adaptat în forma legii fundamentale din 1991), nu funcționează la parametri de performanță din sistemele de drept de inspirație, din vestitul și urmăritul Occident. Ba chiar mai mult, guvernarea societății post-comuniste românești este, după cum am exprimat deja, în contra a ceea ce s-a urmărit în momentul fundamentării sistemului de ponderi și contraponderi din Constituție. Aici intervine și problematica înțelegerii dreptului prin prisma capacităților interne, a culturii.

- * Asist. univ. dr., Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept, razvan.roghina@ulbsibiu.ro
- ¹ Răzvan Cosmin Roghină, *Logica și efectele transplantului constituțional din 1866*, Edit. Universul Juridic, București, 2016, pp. 146 și urm..
- ² *Ibidem*, p. 152
- ³ Manuel Guțan, *Transplant constituțional și constituționalism în România modernă 1802-1866*, Edit. Hamangiu, București, 2013, pp. 342 și urm..
- ⁴ Idem, „Monarhia administrativă (autoritară) – o paradigmă a „realismului” constituțional în România modernă”, în *Pandectele Române*, nr. 1/2008, pp. 77-84.
- ⁵ A se vedea, Idem, „Convenția de la Paris și debuturile executivului modern în România”, în *Acta Universitatis Lucian Blaga*, nr. 1-2/2004; Idem, *Transplant constituțional...* cit., pp. 322 și urm..
- ⁶ Alexandru Pencovici, *Desbaterile Adunării constituante de la 1866 asupra constituției și legii electorale din România*, Tipografia Statului, Curtea Șerban Vodă, București, p. 51.
- ⁷ Anastasie Iordache, *Instituirea monarhiei constituționale și regimul parlamentar în România. 1866-1871*, Edit. Majadahonda, București, 1997, p. 22.
- ⁸ Bineînțeles, prin această afirmație nu ignorăm caracterele necesare ale demersului, în condițiile contextului geopolitic în care se aflau Principatele Române la mijlocul secolului al XIX-lea, după provocarea abdicării lui A.I. Cuza.
- ⁹ Prima Constituție a României a fost adoptată la 29 iunie 1866 și publicată în Monitorul Oficial la 1 iulie/13 iulie același an.
- ¹⁰ Manuel Guțan, *op.cit.*, pp. 379 și urm.; Răzvan Cosmin Roghină, *op. cit.*, pp. 291 și urm..
- ¹¹ Legea fundamentală din 1923 a fost sancționată și promulgată de Regele Ferdinand I la data de 28 martie 1923 și a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 282 din 29 martie 1923, dată la care a intrat în vigoare.
- ¹² Răzvan Cosmin Roghină, *op. cit.*, pp. 379 și urm..
- ¹³ Constituția română de la 1923 a fost consultată la adresa:
http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?id=1517, data ultimei accesări: 08.07.2017.
- ¹⁴ Paul Negulescu, George Alexianu, *Tratat de drept public*, Vol. I, Edit. Casa Scoalelor, București, 1943, p. 502.
- ¹⁵ *Ibidem*, p. 458.
- ¹⁶ Răzvan Cosmin Roghină, *op. cit.*, p. 380.
- ¹⁷ *Ibidem*, pp. 359 și urm..
- ¹⁸ *Ibidem*
- ¹⁹ Kim Lane Schepelle, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, în *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1/2003, pp. 300 și urm..
- ²⁰ Geneveva Vrabie, *Rolul și funcțiile președintelui României*, în *Revista de Drept public*, nr. 2/1995, pp. 73 și urm..
- ²¹ Semiprezidențialismul era o necunoscută pentru fondul românesc, pentru Constituantul român. Recurgerea la fondul constituțional francez nu pare să fie, în atare condiții, o întâmplare, având în vedere preferința istorică pentru transplantul juridic din dreptul francez. Se evidențiază, astfel, ceea ce A. Watson numește *transplant bias*. În concret, profesorul american susține că uneori performanța normelor sau ideilor juridice nu este principalul motiv pentru efectuarea unui transplant. În unele cazuri, el poate fi impus sau datorat unei înclinații spre un anumit sistem (dependență juridică – *transplant bias*). Conceptul *transplant bias* se referă la receptivitatea față de un anumit sistem de drept, o apropiere nedatorată unei selecții bazate pe cântărirea tuturor alternativelor posibile. Această receptivitate variază în funcție de factori precum: sursa transplanturilor precedente, tradiția lingvistică avută în comun cu sistemul donator, influențele educaționale din partea sistemului donator ș.a.m.d. (a se vedea Alan

- Watson, Comparative Law and Legal Change, Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978, nr. 2, pp. 313-336; Idem, ; Legal Change: Sources of Law and Legal Culture, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 131, nr. 5, 1982- 1983, pp. 1146-1147). Astfel, se poate explica de ce încă o dată fondul societal francez s-a dovedit atractiv, deși nu oferea un model de președinte redus la rolul unui simplu mediator.
- ²² A se vedea Geneva Constituției României 1991. Lucrările Adunării Constituante, Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 1998.
- ²³ Carl Schach, „The „newest” separation of powers: Semipresidentialism”, în International Journal of Constitutional Law, Vol. 5/2007, p. 101.
Articolul este disponibil la adresa: <https://academic.oup.com/icon/article/5/1/93/722466/The-newest-separation-of-powers>, data ultimei accesări: 12.11.2017.
- ²⁴ Elena Simina Tănăsescu, „The President of Romania or the Slippery-Slope of a Political Regime”, în European Constitutional Law Review, nr. 1/2008, p. 69.
- ²⁵ Introducerea (activă) a președintelui în procedura remanierii guvernamentale limitează, nu într-un mod accentuat, autonomia guvernului față de președinte.
- ²⁶ Decizia CCR nr. 98 din 7 februarie 2008 (asupra cererii de soluționare a conflictului juridic de natură constituțională dintre Președintele României și Guvernul României, formulată de primul-ministru Călin Popescu Țăriceanu), publicată în Monitorul Oficial nr. 140 din 22.02.2008; https://www.ccr.ro/files/products/D098_08.pdf. Data ultimei accesări: 24.11.2017
- ²⁷ Decizia CCR nr.683 din 27 iunie 2012 (asupra conflictului juridic de natură constituțională dintre Guvern, reprezentat de primul-ministru, pe de o parte, și Președintele României, pe de altă parte), publicată în Monitorul Oficial nr.479 din 12.07.2012; https://www.ccr.ro/files/products/D0683_12.pdf. Data ultimei accesări: 24.11.2017.
- ²⁸ Avizul consultativ CCR nr.1 din 5 aprilie 2007 (privind propunerea de suspendare din funcție a Președintelui României, domnul Traian Băsescu), publicat în Monitorul Oficial nr.258 din 18.04.2007; <https://www.ccr.ro/files/products/avizconsultativ.pdf>. Data ultimei accesări: 24.11.2017
- ²⁹ Decizia CCR nr. 70 din 5 mai 1999 (asupra obiecțiilor de neconstituționalitate a dispozițiilor art.2 alin.(1), art.6 alin.(1), art.9, art.11 alin.(2), art.12 alin.(1) lit.B.h), art.15 alin.(1), art.17 alin.(1) și (2), art.18, art.30 alin.(2) și art.45 din Legea privind organizarea și desfășurarea referendumului [Legea nr.3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 84 din 24 februarie 2000], adoptată de Camera Deputaților și de Senat în ședințele din 22 februarie 1999), publicată în Monitorul Oficial nr. 221 din 19.05.1999. https://www.ccr.ro/files/products/D070_99.pdf. Data ultimei accesări: 25.11.2017.
- ³⁰ Decizia CCR nr. 567 din 11 iulie 2006 (referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.12 alin.(1) din Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului), publicată în Monitorul Oficial nr.613 din 14.07.2006. https://www.ccr.ro/files/products/D567_06.pdf. Data ultimei accesări: 25.11.2017
- ³¹ Decizia CCR nr. 147 din 21 februarie 2007 (referitoare la constituționalitatea Legii pentru modificarea și completarea Legii nr.3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului), publicată în Monitorul Oficial nr. 162 din 07.03.2007. https://www.ccr.ro/files/products/D147_07.pdf. Data ultimei accesări: 25.11.2017
- ³² Decizia CCR nr. 355 din 4 aprilie 2007 (referitoare la constituționalitatea Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului), publicată în Monitorul Oficial nr. 318 din 11.05.2007. https://www.ccr.ro/files/products/D355_07.pdf. Data ultimei accesări: 25.11.2017.
- ³³ Hotărârea CCR nr. 33 din 2009 asupra contestației privind nerespectarea procedurii pentru organizarea și desfășurarea referendumului național consultativ din data de 22 noiembrie 2009.

ARTICOLE

**CÂTEVA CONSIDERAȚII PRIVIND ÎNREGISTRAREA UNEI MĂRCI
CU VALOARE DE SIMBOL RELIGIOS**

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.12

Published Online: 2017-12-20

Published Print: 2017-12-30

Paul POPOVICI*

Abstract: *The recent debates regarding the registration of a European trademark by an individual, in connection to one of the most prominent ecclesiastic figures from Transylvania, raise in a legitimate way some questions concerning firstly the existence of a limit regarding the actual registering of such a trademark; secondly, whether its effects are absolute and, thirdly, whether there are ways of rectifying some controversial legal situations such as the one stated below or not.*

Keywords: *Intellectual property law, European trademark, cancelation, Arsenie Boca*

Cuvinte-cheie: *proprietate intelectuală, marcă europeană, anulare, Arsenie Boca*

Arsenie Boca, biografie sumară¹

Arsenie Boca a fost un cleric creștin-ortodox, înzestrat nu doar cu aptitudini teologice, ci și artistice. Pe numele său de mirean Zian Boca, s-a născut în anul 1910 și a urmat studii la nivelul Academiei Teologice de la Sibiu, absolvită în anul 1933²; de asemenea, a avut studii incomplete la Academia de Arte Frumoase din București³; intrat în monahism sub numele de Arsenie Boca, devine în anul 1942 starețul Mănăstirii Brâncoveanu (Sâmbăta de Sus, județul Brașov); în această calitate se face cunoscut și foarte căutat de către mase semnificative de credincioși⁴.

Instaurarea regimului comunist a determinat diferite episoade consumate de arestări și anchete în legătură cu orientările sale, politică și religio-militantă. Pentru a reduce presiunea autorităților, în anul 1948, părintele Arsenie Boca a fost mutat ca stareț la Mănăstirea Prislop (județul Hunedoara); aceasta transformându-se într-un locaș de maici, îi determină, în conivență cu autoritatea religioasă, schimbarea statutului din stareț în duhovnic. Excluz din monahism în baza Decretul nr. 410/1959, s-a stabilit la București și, după pensionare la Sinaia, unde a și decedat. Conform voinței sale, a fost înmormântat la Mănăstirea Prislop.

Autoritatea religioasă informală a lui Arsenie Boca a crescut odată cu trecerea timpului, ajungându-se la o veritabilă explozie care a generat un veritabil cult popular la adresa sa. Deși (deocamdată⁵) nu a fost canonizat, pelerinajele care au loc nu doar cu ocazia celebrării sale sunt impresionante ca număr de participanți⁶. În acest context, s-a dezvoltat și un comerț inevitabil cu bunuri, care corespunde unor așteptări semnificative din partea publicului larg⁷.

„Arsenie Boca”, marcă înregistrată?

În acest context, înregistrările unor mărci în legătură cu persoana celui care a fost părintele Arsenie Boca provoacă întrebări legate de posibilitatea interzicerii oricăror forme de comerț neautorizat de titularii acestora în legătură cu numele celui în discuție.

Astfel, la nivel european au fost înregistrate trei mărci după cum urmează:

(1) Marca vizuală „PÂINEA NOASTRĂ CEA DE TOATE ZILELE Pr. Pâine Arsenie”, cu numărul de înregistrare 016722712 (data înregistrării și a protecției din 12.VIII. 2016), pentru clasele 30, 35;

(2) Marca verbală „ARSENIE” cu numărul de înregistrare 015760382 (data înregistrării și a protecției din 18.VIII. 2016), pentru clasele 3, 5, 14, 29, 30;

(3) Marca verbală „BOCA PARINTELE”, cu numărul de înregistrare 015773997 (data înregistrării și a protecției din 21.VIII. 2016), pentru clasele 16, 20, 32, 33, 34, 36.

Pot constitui drepturile conferite prin înregistrarea acestor mărci fundamentul pentru a putea fi solicitată interzicerea comercializării de bunuri care poartă denumirea sau imaginea celui care a fost părintele Arsenie Boca?

Jurisprudența în materie de similitudini în cazul mărcilor verbale

Este evident că nu există o identitate între numele lui Arsenie Boca și cele trei mărci menționate mai sus. Cu toate acestea, în jurisprudența națională și europeană, există un oarecare consens cu privire la parazitismul mărcilor atunci când între două mărci concurente există o prea mare apropiere. Cu alte cuvinte, nu este necesară o identitate perfectă din punct de vedere verbal (sau vizual) pentru ca să fie anulată o marcă parazită în raport cu alta (Sabel v Puma, bunăoară⁸).

Sensul mărcii și scopul protecției

Dintre tezele care stau la baza Regulamentului în materia mărcilor europene, câteva vizează în mod direct soluționarea teoretică a chestiunii în discuție. Astfel, „dreptul Uniunii nu se substituie legislațiilor statelor membre referitoare la mărci”⁹. De altfel, acest principiu răzbate în mod direct sau indirect din prevederi concrete, care fac trimitere la dreptul național al statelor membre ale Uniunii. Cu alte cuvinte, deși există ca un drept supranațional, dreptul Uniunii poate suporta la acest nivel corijări datorate specificului drepturilor naționale.

„Protecția conferită de marca UE, al cărei scop este în special garantarea funcției mărcii de indicare a originii, ar trebui să fie absolută în caz de identitate între marcă și semn și între produse sau servicii. Protecția ar trebui să existe de asemenea în caz de similitudine între marcă și semn și între produse sau servicii. Este oportun să se interpreteze noțiunea de similitudine în relație cu riscul de confuzie. Riscul de confuzie, a cărui apreciere depinde de numeroși factori și în special de cunoașterea mărcii pe piață, de asocierea care poate fi făcută între aceasta și semnul folosit sau înregistrat, de gradul de asemănare între marcă și semn și între produsele sau serviciile desemnate, ar trebui să constituie condiția specifică a protecției¹⁰”

Se deduce de aici în mod indirect faptul că protecția care se acordă mărcilor are la baza ei o rațiune pozitivă, și anume aceea de a da posibilitatea oricărui comerciant de a-și deosebi marca sa de altele astfel încât să fie eliminat orice echivoc.

În speță însă, scopul înregistrării acestor mărci nu este unul pozitiv, de ocrotire a unei / unor valori personale, care să identifice și particularizeze la nivel unional bunurile sau serviciile oferite de titulari, ci tocmai să împiedice sau să îngreuească exercitarea comerțului de către terțe persoane. Acesta este de fapt sensul demersului juridic de înregistrare și apoi de notificare a micilor comercianți de către titularii mărcilor. Or, într-o asemenea situație se poate constata existența unei cauze ilicite, neconforme cu regulile de exercitare a comerțului cu bună-credință și în conformitate cu uzanțele obișnuite.

Așadar, fără îndoială, prin astfel de înregistrări este încălcată buna-credință care trebuie să stea la baza oricărei protecții a mărcii, fiind vorba nu de a se diferenția în raport cu alții, ci de a împiedica pe alții să desfășoare un comerț. În sprijinul acestor considerații vine și faptul că până în prezent nu a fost semnalat pe piață nici un fel de bun pus în circuitul comercial de către deținătorii drepturilor asupra mărcii; mai mult, deocamdată nu au fost raportate decât notificări de interzicere a unor activități comerciale care să includă imaginea sau numele lui Arsenie Boca, ceea ce întărește încă o dată caracterul anticoncurențial al înregistrării. Or, într-o asemenea situație, este evident că are loc o relativizare a protecției juridice conferite mărcilor respective până la extincție, fie de drept, fie solicitată prin intermediul instanțelor de judecată. Această optică nu este nouă nici pentru legiuitorul român, nici pentru cel european; în literatura de specialitate s-a susținut că „drepturile asupra semnelor distinctive nu pot aparține decât celor ce produc sau exploatează anumite bunuri”¹¹.

Situația specială a utilizării numelui „Arsenie Boca”

În mod cert, deși deja presupune o veritabilă „industrie”, „Arsenie Boca” nu constituie o simplă marcă în legătură cu bunuri sau servicii. Sintagma este un nume, iar persoana care l-a deținut deși nu a fost canonizată, constituie un factor de polarizare religioasă indiscutabilă. Este evident atunci că numele respectiv este extras dintr-un anumit context și anume unul religios și, prin urmare, prin această matrice trebuie evaluată modalitatea de acordare a protecției, efectele acesteia și eventualele mecanisme de corijare. Legislația națională este

de altfel lipsită de echivoc și interzice în mod expres înregistrarea sau, dacă sunt înregistrate, pot fi anulate „mărcile care conțin semne cu înaltă valoare simbolică, în special un simbol religios”¹². Indiscutabil, canonizat sau nu, prin implicațiile pe care le presupune, persoana lui Arsenie Boca are o înaltă încărcătură spirituală, cu alte cuvinte este un simbol religios.

Evlavia populară de care este înconjurat și care a generat pelerinajele la mormântul său, cărțile scrise de acesta sau în legătură cu el atestă, indiferent de opțiunea fiecăruia, faptul că ne aflăm în fața unui fenomen religios cu un puternic impact social. Toate aceste elemente au condus la o aură mistică din ce în ce mai mare, astfel încât cei mai fervenți îl consideră drept „Sfântul Ardealului”, cu alte cuvinte, o persoană cu valențe de simbol.

Inexistența unei canonizări nu exclude caracterul de simbol religios la care se raportează numărul mare de persoane care prin prezența lor susțin un veritabil cult popular cu valențe teologice. Acest cult, manifestat prin publicații și mai ales prin pelerinaje, este de necontestat. Exemple aleatorii pot fi găsite în presă și atestă o afluire în anumite perioade în legătură directă cu persoana celui care a fost Arsenie Boca¹³. Aceste manifestări de evlavie populară cel puțin deocamdată nu au fost considerate neconforme cu practicile obișnuite ale comunităților ecleziale creștin-ortodoxe, de unde și faptul că acestea nu au fost sancționate și, implicit, interzise¹⁴. A opina cumva că ele sunt tolerate de autoritățile ecleziastice doar pentru că sunt aducătoare de venituri și de alegare socială, este reduționist și totodată eronat. Mișcările neconforme doctrinei și practicilor constante tradiționale au fost repudiate la nivel sinodal și eliminate din cadrul bisericesc (Mișcarea „Noul Ierusalim” de la Pucioasa, bunăoară).

Or, a proteja prin marcă și mai ales de către un terț în raport cu acest fenomen de masă, este și inadecvat și nefondat. În fond, după cum s-a observat în literatura de specialitate, protecția juridică acordată unei mărci „oferă garanția satisfacerii cerințelor consumatorilor aceluia gen de produse”¹⁵. Or, un simplu și singular particular nu poate constitui prin el însuși garantul unor exigențe de genul celor în discuție; având în vedere și faptul că dreptul la marcă presupune o apropiere exclusivă¹⁶, mărcile care conțin „semne cu înaltă valoare simbolică, în special un simbol religios” sunt excluse de la protecție.

Într-o logică a admisibilității, s-ar putea ajunge până la interzicerea utilizării numelor unor personalități religioase emblematice (sfînți, beatificați, fericiți sau pur și simplu personaje cheie) de către terțe persoane, ceea ce este cu totul nelegal și absurd.

Prin urmare, comercializarea de bunuri care poartă imaginea unui simbol religios, cum este și cel de față, nu distinge comercianții între ei decât într-o mică măsură și doar prin natura bunurilor comercializate, caracteristica particulară fiecăruia putând chiar să nu existe, fiind accesorie simbolului religios pus în circuitul civil (comercial). În aceste condiții, nu se poate reține ideea unui risc de confuzie între bunurile diferiților comercianți de datorită încărcăturii simbolice, a mesajului pe care aceasta îl poartă și îl transferă prin intermediul numelui și a imaginii celui promovat astfel. Există însă posibilitatea diferențierii, însă nu pe calea unei mărci înregistrate, ci a unei forme noi a unui bun, care poate fi protejată prin certificatul de protecție corespunzător unui desen sau model. De asemenea, diferențierea poate fi obținută prin intermediul dreptului de autor (diverse scrieri, de exemplu).

Comerțul cu bunuri necesare desfășurării activităților unui cult religios

Fără doar și poate, orice manifestare spirituală este însoțită de fenomene comerciale adiacente, pe care nu doar că se bazează, dar o și susțin prin diverse forme: literatură, imagini, obiecte mai mult sau mai puțin prețioase marcate în mod specific (loc, dată, o personalitate), într-un cuvânt, suvenir.

Din perspectiva unei eventuale canonizări, cerută cu insistență de tot mai numeroși practicanți ai cultului creștin-ortodox, chestiunea drepturilor conferite de marcă nu se mai poate ridica. În afară de prevederile legale în materia simbolurilor religioase, într-o asemenea ipoteză, verosimilă de altfel, vor mai fi incidente dispozițiile categorice în materia comerțului cu obiecte speciale de cult și anume Legea nr. 103/1992 privind dreptul exclusiv al cultelor religioase pentru producerea obiectelor de cult. Acest act normativ împiedică orice persoană, fizică sau juridică, să comercializeze anumite bunuri în lipsa unei autorizații prealabile:

Biserica Ortodoxă Română și celelalte culte religioase au, în exclusivitate, dreptul de producere și valorificare a obiectelor și veșmintelor de cult, precum și de tipărire a cărților de cult, a celor teologice sau cu conținut bisericesc, necesare practicării cultului¹⁷. Producerea sau valorificarea bunurilor prevăzute la art. 1 de către alte persoane, fizice sau juridice, decât cultele religioase se poate face numai cu autorizarea lor prealabilă, dată în condițiile stabilite de către fiecare cult în considerarea propriei sale exclusivități¹⁸.

„Imaginea industrială a părintelui Arsenie Boca”

Marca europeană „PÂINEA NOASTRĂ CEA DE TOATE ZILELE Pr. Pâine Arsenie”, cu numărul de înregistrare 016722712 (data înregistrării și a protecției din 12.VIII. 2016), pentru clasele 30, 35, conține și un element figurativ color.



„Pâinea noastră cea de toate zilele” este un citat biblic¹⁹ cu o puternică încărcătură religioasă dat fiind faptul că el constituie un fragment din rugăciunea creștină probabil cea mai cunoscută, și anume, „Tatăl nostru”. Fiind asociată cu imaginea unui cleric în veșminte sacerdotale, în mod evident că ea conduce imediat la ideea că respectivul bun este fie produs, fie certificat ecleziastic, ceea ce în speță nu poate fi vorba. Chiar dacă emblema conține doar o imagine prelucrată după o fotografie, toate elementele componente ea nu lasă nici o îndoială cu privire la calitatea de slujitor bisericesc (de la barbă la haină). Mai mult, imaginea nu este a unui necunoscut, ci a unei personalități foarte bine cunoscută și anume părintele Arsenie Boca (o căutare pe Google în acest moment plasează pe prima pagină această imagine căutată sub numele celui în cauză).

Așadar, această marcă vizuală, asociată cu un text biblic arhicunoscut, creează o confuzie gravă cu privire la natura și originea bunurilor pe care ar putea fi aplicată. Totodată, „imaginea industrială a părintelui Arsenie Boca” încalcă în mod evident dreptul la imagine al celui care constituie un simbol religios.



Această marcă este poate cea mai predispusă dintre toate la anulare deoarece conține elemente care pot induce în eroare publicul cu privire la originea bunurilor pe care aceasta ar putea fi aplicată; conform prevederilor europene în vigoare, suntem în situația în care este incident un motiv absolut de refuz, a cărui constatare împiedică înregistrarea unei mărci²⁰.

Sintetizând, apreciem că în cauză este vorba de o nulitate absolută a acestei mărci pentru că: (a) are un caracter deceptiv²¹, (b) conține, „fără consimțământul titularului, imaginea sau numele patronimic al unei persoane care se bucură de renume în România”²²; (c) conține, „semne cu înaltă valoare simbolică, în special un simbol religios”²³.

Mărcile europene „BOCA PĂRINTELE” și „ARSENIE”

Aceste mărci verbale sunt și ele lovite de nulitate absolută pentru aceleași motive ca și precedentă, cu excepția faptului că nu este incident textul de lege privind interdicția utilizării fără consimțământul titularului, a imaginii sau a numelui „patronimic al unei persoane care se bucură de renume în România”²⁴. Chiar și așa, mărcile respective nu pot avea nici o șansă de a fi menținute în urma unei acțiuni în anulare pentru că încălcările pe care le presupun sunt grave și multiple, după cum am arătat deja.

Mai mult, „ARSENIE” este un prenume²⁵, specific mai cu seamă universului monastic răsăritean²⁶ și înscris în calendarele creștine catolice și ortodoxe²⁷, ceea ce îi conferă automat calitatea de simbol religios; de aceea, înregistrarea sa ca marcă năruie pur și simplu ideea de protecție juridică acordată doar patronimicului sau numelui în ansamblu. Este adevărat că „Arsenie” poate fi întâlnit și ca nume de familie (nu este singurul caz în care un prenume a devenit patronimic), însă ocurența sa în practică este foarte redusă, fiind mai degrabă întâlnite forme „patronimizate”: Arse, Arseni, Arsenoiu, Arsenevici, Arsenovici, Arsenoiaiei, Arsici, Arsine, Arsinescu²⁸.

S-ar putea susține că patronimicul a fost avut în vedere la înregistrarea ca marcă? Foarte greu de acceptat din cauza caracterului simbolic-religios al numelui, nu pentru frecvența mică a numelui. Însă la o cercetare mai atentă, există în o corelație cu cealaltă marcă înregistrată

de același titular și care au ambele în vedere, în mod indiscutabil, numele de călugăr al lui Zian Boca. Din această cauză, utilizarea unui nume cu o rezonanță spirituală foarte mare poate confirma remarca unui dintre cei mai semnificativi doctrinari, „utilizarea ca marcă a numelui unui terț este o alegere în general suspectă, care servește adesea drept vehicul de fraudă”²⁹.

Chiar și în lipsa oricărei referiri la Arsenie Boca, marca europeană „Arsenie” este lovită de nulitate absolută tocmai pentru caracterul simbolic al acestui prenume, corespunzător unei personalități cu totul excepționale a monahismului creștin primar³⁰.

Bună sau rea-credință?

Și în legislația europeană, dar și în cea românească, anularea unei mărci poate fi cerută în temeiul relei-credințe³¹. Însă nici unul dintre legiuitori nu definește reaua-credință cu toate că este prevăzută ca și motiv de nulitate absolută. În acest context, i-a revenit doctrinei și jurisprudenței sarcina de a preciza ce este reaua-credință în materia înregistrării unei mărci³².

Dar ce este reaua-credință? În literatura de specialitate a fost definită ca fiind „starea psihologică a unui subiect de drept care implică intenția răufăcătoare, ilicitatea și cauzarea de vătămări în exercitarea drepturilor sau îndeplinirea obligațiilor sale civile sau față de alte persoane”³³. În condițiile în care „buna-credință se prezumă până la proba contrară”³⁴, reaua-credință trebuie dovedită, nu este prezumată. Concret, în situația înregistrării unei mărci, cum se poate reține? În mod cert, atunci când o cel care solicită înregistrarea unei mărci are la cunoștință de faptul că acea denumire este folosită de un concurent care nu și-a înregistrat-o sau urmează să și-o înregistreze și, în virtutea efectului atributiv pe care îl produce înregistrarea, va interzice concurentului să mai utilizeze denumirea devenită marcă înregistrată³⁵.

În speță, dată fiind notorietatea numelui, a depune o marcă înregistrată în legătură cu acesta face dovada în mod evident a unei rele-credințe și, prin urmare, acesta constituie un motiv distinct de anulare a mărcilor respective.

Abuzul de drept în legătură cu interzicerea utilizării numelui părintelui Arsenie Boca

Înregistrarea unei mărci nu presupune prin însăși acest fapt interzicerea utilizării acesteia în comerț de către orice altă persoană fizică sau juridică. În mod elementar, interzicerea poate opera numai în funcție de clasele pentru care s-a cerut protecția³⁶. În clasificarea NISA există 45 de clase de bunuri și servicii, iar la înregistrarea unei mărci trebuie precizate expres clasele pentru care se solicită aceasta³⁷. Altfel, conform principiului specialității³⁸, nimic nu împiedică un comerciant să comercializeze sub o marcă identică cu a altui comerciant, însă pentru clase diferite (care conțin categorii de produse diferite)³⁹.

Or, mărcile prezentate sunt protejate numai pe câteva clase NISA și prin urmare nu pot fi opuse tuturor bunurilor și serviciilor. De aceea, o eventuală solicitare făcută concurenților în vederea sistării comercializării *tuturor bunurilor* care poartă denumirea sau imaginea părintelui Arsenie Boca în condițiile în care înregistrarea mărcilor nu s-a realizat pe toate clasele, nu este doar rea-credință, ci și un abuz.

Concluzii

În mod indiscutabil, înregistrarea unei mărci cu valoare de simbol religios este lovită de nulitate absolută, însă aceasta trebuie solicitată instanțelor judecătorești tocmai pentru a se înlătura confuziile pe care le produce.

Chiar în pofida faptului că un comerț cu simboluri religioase poate cunoaște forme care trec de limita bunului gust și a bunului simț, acesta nu poate fi stopat prin înregistrarea unor mărci de natura celor în discuție, fapt nepermis de lege după cum s-a văzut, ci printr-o educație continuă cu privire la valoare, frumos și adevăr.

* Conf. univ. dr. Paul Popovici, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca; avocat, Baroul Arad.

Autorul mulțumește pe această cale domnului prof. univ. dr. Viorel Roș pentru sugestiile și observațiile făcute în legătură cu chestiuni dezbătute în prezentul articol.

¹ Pentru detalii privind viața și activitatea lui Arsenie Boca, a se vedea V. Manea, *Părintele Arsenie, obiectivul „Bratu”*, Edit. Patmos, Cluj-Napoca, 2009, G. Enache, A. N. Petcu, *Părintele Arsenie Boca în atenția poliției politice din România*, Edit. Partener, Galați 2009.

² Academii teologice au funcționat între anii 1925 și 1948 și au fost, contrar denumirii, de rang universitar inferior față de facultățile de teologie.

³ Din biografia oficială rezultă ca a manifestat interes față de cursurile susținute de profesorul Francisc Rainer la Facultatea de Medicină din București.

⁴ Tot din această perioadă datează și o colaborare (întreruptă la un moment dat și apoi niciodată reluată) cu cel mai semnificativ teolog român, părintele profesor Dumitru Stăniloae, care a condus la apariția în limba română a unei ediții monumentale a *Filocaliei* (12 volume), într-o versiune tradusă și adnotată de dascălul-teolog sibian.

⁵ Autorul nu este unul dintre susținătorii canonizării, precizarea fiind făcută tocmai pentru a risipi orice umbră de partizanat. Notăm însă, *audiatur et altera pars*, că în afara literaturii apologetice, asupra personalității și doctrinei părintelui Boca s-au scris și rânduri mai puțin encomeiastice: Gh. Anițulesei, *Fenomenul Arsenie Boca*, f. ed. f.a., 29 p.

⁶ Pentru note sociologice asupra pelerinajelor de la Prislop care se fac în legătură cu părintele Arsenie Boca, a se vedea M. Bănică, *Nevoia de miracol. Fenomenul pelerinajelor în România contemporană*, Edit. Polirom, Iași, 2014, pp. 129-141.

⁷ Fără să fim de acord cu aceste practici, repugnându-ne și kitschul care însoțește un astfel de comerț, îl constatăm însă, fiind caracteristic nu doar proximității fenomenului în discuție, ci tuturor locurilor de pelerinaj; a se vedea L. K. Davidson, D. Gitlitz, *Pilgrimage. From the Ganges to Graceland: An Encyclopedia*, Santa Barbara, California / Denver, Colorado / Oxford, England, ABC-CLIO, 2002, *passim*. Pentru literatura românească de specialitate, a se vedea M. Bănică, *op. cit.*, pp. 325-331.

⁸ A se vedea în acest sens, J. Pila, P. Torremans, *European Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 410-411.

⁹ Teza a 7-a din Regulamentul (UE) 2017/1001 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 iunie 2017 privind marca Uniunii Europene.

¹⁰ Teza a 11-a Regulamentul (UE) 2017/1001.

¹¹ Y. Eminescu, *Regimul juridic al mărcilor*, Edit. Lumina Lex, București, 1996, p. 146. Cf. cu decăderea prevăzută de legiuitor incidentă pentru neutilizarea mărcii: „Orice persoană interesată poate solicita Tribunalului București, oricând în cursul duratei de protecție a mărcii, decăderea titularului din drepturile conferite de marcă dacă fără motive justificate, într-o perioadă neîntreruptă de 5 ani, socotită de la data înscrierii în Registrul mărcilor, marca nu a făcut obiectul unei folosiri efective pe teritoriul României pentru produsele sau serviciile pentru care aceasta a fost înregistrată sau dacă această folosire a fost suspendată pentru o perioadă neîntreruptă de 5 ani” – art. 46 alin. (1) lit. (a) din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice.

¹² Art. 5 alin. (1) lit. (m) din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice.

¹³ Probabil, cel mai semnificativ moment din acest punct de vedere îl reprezintă cel legat de comemorarea morții. În doctrina creștină, momentul morții pământești constituie în același timp momentul unei noi existențe, spirituale, în „cealaltă lume”, numită doctrinar „Biserica triumfătoare”, de unde și faptul că tocmai data decesului este în cvasitotalitate data celebrării religioase a unei persoane sanctificate oficial.

¹⁴ Este de observat că până la acest moment nu există o consacrare oficială a sfințeniei părintelui Arsenie Boca, cu toată cinstirea populară care îl înconjoară. Deși iau parte evenimentele care îi sunt consacrate, ierarhi sau preoți îi cinstesc memoria în formulele oficiale consacrate oricărui decedat ca și credincios obișnuit, necanonizat.

¹⁵ C. H. Giraud, *L'importance économique de la marque*, thèse, Université de Bordeaux, 1963, p. 42, citat după Y. Eminescu, *Tratat de proprietate industrială*, vol. II, *Semnele distinctive*, Edit. Academiei RSR, București, 1983, p. 31.

¹⁶ Y. Eminescu, *Tratat de proprietate industrială*, vol. II, p. 65.

¹⁷ Art. 1 alin. (1) din Legea nr. 103/1992

¹⁸ Art. (2) din Legea nr. 103/1992.

¹⁹ *Matei* 6: 11, *Luca* 11: 3.

²⁰ Art. 7 alin. (1) lit. (g) din Regulamentul (UE) 2017/1001.

²¹ Art. 5 alin. (1) lit. (f) din Legea nr. 84/1998.

²² Art. 5 alin. (1) lit. (j) din Legea nr. 84/1998.

²³ Art. 5 alin. (1) lit. (m) din Legea nr. 84/1998.

²⁴ Art. 5 alin. (1) lit. (j) din Legea nr. 84/1998.

²⁵ N. A. Constantinescu, *Dicționar onomastic românesc*, Edit. Academiei RPR, București, 1963, p. 16.

²⁶ A. Bălan-Mihailovici, *Dicționar onomastic creștin. Repere etimologice și martirologice*, ed. a II-a rev., Edit. Sophia, București, 2009, p. 59.

Cel mai cunoscut Arsenie este supranumit „cel Mare”, fost senator roman, tutore numit de împăratul Teodosie I pentru fii săi Arcadius și Honorius, retras apoi în deșertul Egiptului ca monah, a se vedea B. Watkins, *The book of saints : a comprehensive bibliographical dictionary*, ed. a VIII-a, Bloomsbury T&T Clark, 2016, p. 72.

D. H. Farmer, în *The Oxford Dictionary of Saints*, ed. a V-a, Oxford University Press, 2004 (*Dicționar al sfinților*, trad. M. C. Udma, E. Burlacu, argument și articole consacrate sfinților români R. Rus, Edit. Univers Enciclopedic, București, 1999), nu îl consemnează, deși Arsenie cel Mare face parte din patrimoniul spiritual al Bisericii nedespărțite de Marea Schismă.

²⁷ 15 ianuarie este data celebrării în creștinismul romano-catolic și 8 mai în cel ortodox.

²⁸ I. Iordan, *Dicționar al numelor de familie românești*, Edit. Științifică și Enciclopedică, București, 1983, pp. 37-38.

- ²⁹ V. Roș, O. Spineanu-Matei, D. Bogdan, *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul proprietății industriale. Mărcile și indicațiile geografice*, Edit. All Beck, București, 2003, p. 43.
- ³⁰ Pentru Arsenie cel Mare, a se vedea *Patericul sau Apoftegmele Părinților din pustiu*, ed. a III-a ad., trad., studii, note Cr. Bădiliță, Edit. Polirom, Iași, 2007, pp. 52-68 (una dintre cele mai bine reprezentate figuri ale monahismului timpuriu, a treia ca număr de pagini dedicate în această celebră culegere de texte). De asemenea, o sinteză asupra personalității sale la G. Timuș, *Dicționar aghiografic cuprinzând pe scurt viețile sfinților*, Tipografia cărților bisericești, București, 1898, pp. 105-110.
- ³¹ Art. 59 alin. (1) din Regulamentul (UE) 2017/1001; art. 47 alin. (1) din Legea nr. 84/1998.
- ³² Pentru exemple din practica altor sisteme juridice europene în materia relei-credințe la înregistrarea mărcilor, a se vedea V. Roș, O. Spineanu-Matei, D. Dragoș, *op. cit.*, pp. 390-395.
- ³³ T. Ciornea (coord.), *Medicină legală. Definiții și interpretări*, Edit. Junimea, Iași, 1986, pp. 405-406.
- ³⁴ Art. 14 alin. (2) C. civ.
- ³⁵ V. Roș, O. Spineanu-Matei, D. Dragoș, *op. cit.*, p. 395.
- ³⁶ I. Macovei, *Tratat de dreptul proprietății intelectuale*, Edit. CH Beck, București, 2010, pp. 358-359.
- ³⁷ Practic, cu cât crește complexitatea mărcii (verbală, vizuală, elemente color) și numărul de clase, cu atât taxele sunt mai mari. Pentru denumirea și clasificarea produselor și serviciilor, a se vedea art. 33 din Regulamentul (UE) 2017/1001
- ³⁸ „Protecția de marcă UE se acordă în legătură cu produse sau servicii specifice, a căror natură și număr determină întinderea protecției acordate titularului mărcii” – pct. (28) din Regulamentul (UE) 2017/1001.
- ³⁹ În practică a fost respinsă cererea de „anulare a unei mărci pentru lipsa similarității produselor comercializate, deși între semnele protejate ce compun cele două mărci există o similaritate accentuată”, ICCJ, secția civilă și de proprietate intelectuală, dec. civ. nr. 5142/10 iunie 2011 – N.-R. Dominte, *Drept de autor. Mărci. Desene și modele. Brevete de invenție. Jurisprudență comentată*, Edit. CH Beck, București, 2012, pp. 34-50.