

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4/2019
octombrie – decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: Prof. Univ. Dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: Asist. Univ. Dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: Lect. Univ. Dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

Prof. Univ. Dr. Paul VASILESCU

Prof. Univ. Dr. Mircea Dan BOB

Prof. Univ. Dr. Sergiu BOGDAN

Conf. Univ. Dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

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

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

CUPRINS/TABLE OF CONTENTS/ TABLE DES MATIÈRES

- » **Studii:** Șerban DIACONESCU: *Funcțiile analizei de proporționalitate la apărarea drepturilor nepatrimoniale*..... 5-49
- » **Studii:** Mircea Dan BOB: *Laesio enormis, Codul civil austriac și o afacere de familie* 50-67
- » **Studii:** Juanita GOICOVICI: *Perspectives comparatives sur l'accord de préférence et sur l'action interrogative en droit civil français et roumain*..... 68-88
- » **Studii:** Cristina TOMULEȚ: *Interpretare versus construcție în dreptul penal* 89-118
- » **Studii:** Răzvan Cosmin ROGHINĂ: *Carol I of Romania - a lord/king who reigned and ruled. The formula of the dualist parliamentary regime transplanted in 1866* 119-151
- » **Articole:** Marius FLOARE: *A brief overview on the historical beginnings of Health law in the broader context of Private law* 152-168
- » **Articole:** Stela BOTNARU, Ghenadie TANAS: *Încriminarea faptelor de corupere a alegătorilor și altor infracțiuni electorale în Austria. Aspecte de drept comparat* 169-181

STUDII

FUNȚIILE ANALIZEI DE
PROPORȚIONALITATE LA APĂRAREA
DREPTURILOR NEPATRIMONIALE

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.1
Published Online: 2019-12-31

Șerban Diaconescu*

Rezumat: Nu orice atingere adusă drepturilor nepatrimoniale constituie o încălcare ilicită a acestora, de natură să atragă aplicarea unor sancțiuni. Atunci când exercitarea anumitor drepturi nepatrimoniale, în special libertatea de exprimare, intră în conflict cu exercițiul altor drepturi nepatrimoniale, pentru a determina dacă modul de exercitare al unui drept este conform cu limitele legale sau, dimpotrivă, este exercitat în mod excesiv sau nerezonabil, sau chiar cu intenția de a vătăma, trebuie făcută o analiză de proporționalitate: în ce măsură există un interes preponderent public sau privat care să justifice exercițiul unui drept și în ce măsură acel interes preponderent poate justifica o astfel de afectare a dreptului nepatrimonial al unei persoane.

Însă analiza de proporționalitate nu ar trebui să fie utilizată exclusiv pentru a determina dacă în speță există sau nu o faptă ilicită. Considerăm că funcțiile sale se extind și asupra alegerii sancțiunii adecvate, cu prioritate repararea prejudiciului prin mijloace nepatrimoniale, și chiar asupra modului de determinare al daunelor interese pe care eventual instanța le acordă persoanei ale cărei drepturi nepatrimoniale au fost încălcate.

Cuvinte cheie: drepturile personalității, apărarea drepturilor nepatrimoniale, analiză de proporționalitate, interes preponderent, măsuri nepatrimoniale de restabilire a dreptului atins, daune morale, prejudiciu, pierderea unei șanse, abuz de drept.

* Conferențiar universitar Doctor Șerban DIACONESCU, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, Avocat în Baroul Cluj, e-mail: diaconescu@birou-avocati.ro.

THE ROLE OF THE PROPORTIONALITY TEST IN MORAL RIGHTS PROTECTION

Abstract: An attack on a moral right must attain a certain level of seriousness to attract the application of a sanction. When the exercise of a moral right, freedom of expression especially, interference with the exercise of some other moral rights, in order to determine if the right was exercised with intention to harm or excessive and unreasonable, a fair balance exercise between two values which may come into conflict must be carried out under the proportionality test: if there is an public or private interest to justify the attain to the moral right of another person.

It is also possible to use the proportionality test to determine the proportionality of the sanction. If so, priority could be given to the non-material remedies and even to the amount of non-pecuniary damages awarded to the victim.

Keywords: personality rights, moral rights protection, proportionality test, balancing exercise of interests, non-material remedies, non-pecuniary damage, damage, loss of a chance; abuse of right.

1 Precizări liminare

Noul Cod civil oferă o reglementare unitară privind mijloacele de protejare a drepturilor nepatrimoniale, care și-a propus să ofere mijloace moderne și flexibile pentru repararea prejudiciilor nepatrimoniale, atât prin măsuri menite să restabilească dreptul atins, cât și prin compensații materiale, daune-interese. Însă punerea în aplicare a acestor dispoziții inovative pare să se lovească de imobilismul sistemului juridic, atât acțiunile în justiție formulate, cât și soluțiile din jurisprudență publicate par a rămâne cantonate în bună măsură în limitele unei răspunderi delictuale clasice, urmărind cu precădere, dacă nu în exclusivitate, obținerea de daune materiale, de o

manieră similară cu soluțiile pronunțate și solicitările formulate sub imperiul vechii reglementări, fiind cel mai adesea omise mijloacele nepatrimoniale de restabilire a dreptului atins și de reparare a pagubei generate.

Or, așa cum subtil s-a remarcat în doctrină¹, apărarea drepturilor personalității este un complex de mijloace pe care dreptul le pune la dispoziție pentru a preveni o conduită ilicită ori pentru a repara urmările dăunătoare deja produse. Sfera largă a acestei sintagme trimite la ansamblul măsurilor prin care se conferă ocrotire subiecților de drept. Finalitatea aplicării acestor măsuri la ipotezele în care sunt aduse atingeri unor drepturi ale personalității considerăm că ar trebui să urmărească cu prioritate restabilirea dreptului atins sau, după caz, înlăturarea atingerii, și nu prioritar sau exclusiv obținerea unor daune-interese. În acest context dorim să punem în discuție proporționalitatea măsurilor care pot fi adoptate în raport cu condițiile concrete ale atingerii aduse.

În special în materia drepturilor personalității jurisprudența bogată a CEDO în materia exercițiului dreptului la liberă exprimare, respectiv a dreptului la viață privată și a dreptului la demnitate și onoare au influențat semnificativ și jurisprudența română, însă metodele și soluțiile acolo propuse sunt utilizate cu precădere pentru identificarea în raport cu datele speței a existenței sau, după caz, inexistenței unei fapte ilicite. Ne propunem, în special în domeniul drepturilor personalității, să explorăm în ce măsură putem utiliza mecanismul analizei de proporționalitate dincolo de identificarea caracterului ilicit al faptei, ca măsură pentru stabilirea mijloacelor adecvate pentru repararea pagubei și restabilirea dreptului atins.

¹ C. JUGASTRU, *Constanță și evoluție în apărarea drepturilor personalității*, în RRDP, nr. 4/2017, p. 49.

2 Drepturile personalității

De principiu, drepturile personalității, termen preluat din sistemul german (Persönlichkeitsrechte), sunt considerate a fi acele drepturi atribuite de lege unei persoane, prin simpla sa existență, în vederea protejării unor valori și calități strâns legate de ființa umană, care constituie esența domeniului personal al individului². Aceste drepturi au mai fost definite³ ca fiind acele prerogative în care titularului i se recunoaște facultatea de a se bucura și de a-i fi apărate atributele și interesele esențiale și inerente persoanei sale sau ca prerogative extrapatrimoniale, intim atașate persoanei, care exprimă chintesența ființei umane, fiind intrinseci acesteia⁴.

Protecția acordată ființei umane prin intermediul acestor drepturi⁵ reprezintă un corolar necesar al libertății persoanei de a organiza viața sa

² Pentru o viziune în acest sens A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de le personnalité*, Ed. a 5-a, Ed. Helbing Lichtenhahn, Basel, 2009, p. 87. Am ales ca reper cartea acestui ilustru profesor al Universității din Geneva datorită opțiunii legiuitorului român pentru sistemul elvețian de protecție a drepturilor nepatrimoniale.

³ O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 44.

⁴ C. JUGASTRU, *Prejudiciul – repere românești în context european* -, Ed. Hamangiu, 2013, p. 192.

⁵ Protecția acestor drepturi nu se realizează numai prin mijloace de drept civil. Unele dintre aceste drepturi, cum sunt dreptul la viață, integritate corporală sau viață privată, sunt considerate drepturi fundamentale, în sensul Convenției europene a Drepturilor Omului, și sunt de asemenea drepturi constituționale, (de ex. art. 22, 26, 28, 30 din Constituție), beneficiind astfel și de protecția specifică drepturilor din aceste categorii, pentru detalii B. SELEJAN-GUȚAN, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 200 - 261. Există pentru anumite ipoteze și o protecție penală a acestor drepturi, pentru detalii C. JUGASTRU, *op. cit.*, *Constanța ...*, p. 49 – 50; Pentru alte reglementări interne și internaționale, M. NICOLAE, *Drept civil. Teoria Generală*, Vol. II, Ed. Solomon, București, 2018, p. 51 -53. Unele dintre aceste drepturi sunt recunoscute și prin Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, intrată în vigoare prin Tratatul de la Lisabona, disponibilă la <https://eur->

privată și socială⁶. Sistemul de protecție al drepturilor personalității reprezintă o reflectare în plan juridic al postulatului liberalismului clasic, în virtutea căruia libertatea individului nu poate fi exercitată decât în limitele respectării libertății celorlalți. Aceste prerogative, inerente ființei umane, poartă denumirea de „drepturi ale omului”, atunci când au ca scop limitarea puterilor statului, respectiv „drepturi ale personalității” atunci când sunt invocate în raporturi între particulari, adică în materie civilă⁷. Deși încadrarea acestor prerogative la categoria drepturilor subiective civile propriu-zise a fost discutată în doctrină⁸, legiuitorul român a optat pentru această soluție la art. 58 – 81 C.civ., sub denumirea de „drepturi inerente ființei umane”.

Prezenta analiză vizează cu precădere situațiile de interferență între exercițiul diferitelor drepturi nepatrimoniale, cum este ipoteza în care exercițiul dreptului la liberă exprimare aduce atingere dreptului la viață privată sau la demnitate și onoare al unui alt subiect de drept⁹, și nu vizează ipotezele de vătămare a integrității corporale sau a sănătății, care se bucură

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ro:PDF. Pentru detalii V. BÎCU, în *Drept civil. Persoanele*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 39.

⁶ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 88.

⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les Personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Ed. a 5-a, Ed. Defrénois, Paris, 2010, p. 95.

⁸ M. NICOLAE, *op. cit.*, p. 47, nota 115, unde autorul vorbește despre „așa-numitele *drepturi ale personalității*”. Elementul dubitativ are la bază faptul că prerogativele conferite de aceste drepturi sunt egale și uniforme pentru orice persoană fizică, fiind inerente oricărei ființe umane, spre deosebire de tipologia clasică a dreptului subiectiv care implică o putere determinată, definită și garantată de normele dreptului obiectiv care aparține în exclusivitate unei anumite persoane. Însă raportat la opțiunea legiuitorului de a justifica anumite efecte juridice, în special când se pune în discuție protecția acestor prerogative în raporturile dintre particulari, prin intermediul mecanismelor drepturilor subiective, apreciem că și aceste drepturi trebuie tratate ca o categorie, particulară, de drepturi subiective civile.

⁹ Cu privire la jurisprudența CEDO în legătură cu interferența acestor drepturi C. MUNTEANU, R. Ș. LAZĂR, *Dreptul la liberă exprimare – drept subiectiv și limită a dreptului la viața privată*, în RRDP nr. 4/2017, p. 140 –152.

de o reglementare special în materia răspunderii civile delictuale (art. 1387-1395 C.civ.).

Aparent aceste drepturi ar putea aparține doar unor persoane fizice. Însă formularea textelor de lege aplicabile fac referire la „orice persoană”, fără a distinge între persoane fizice sau juridice. În aplicare textului de inspirație (art. 35 din Codul civil Québec¹⁰), cu o formulare identică, s-a decis în jurisprudență că utilizarea termenului de persoană, fără determinarea categoriei, face ca textul să fie de aplicare generală inclusiv persoanelor juridice¹¹. De asemenea în dreptul elvețian, utilizat ca sursă pentru sistemul de protecție al acestor drepturi, se consideră că și persoana juridică se bucură de protecția drepturilor personalității, ținând însă cont de particularitățile acestui subiect de drept¹², soluție reținută și în jurisprudența franceză¹³. Opinia se poate sprijini și pe dispozițiile art. 257 C.civ. care, cu referire la protejarea drepturilor nepatrimoniale, precizează că regulile aceluia titlu se aplică prin asemănare și persoanelor juridice. În concluzie apreciem soluția corectă și pentru dreptul nostru că drepturile referitoare la respectul demnității se pot aplica, prin asemănare, și persoanelor juridice¹⁴, ținând cont de particularitățile acestor subiecți de drept¹⁵.

¹⁰ Pe viitor: C.civ.Q. (n.r.).

¹¹ J. L. BAUDOUIN, Y. Renaud, *C.civ.Q. adnotat*, Ed. 2010, Ed. Wilson & Lafleur Itée, p. 92.

¹² A. BUCHER, *op. cit.*, p. 88- 89 și 94.

¹³ Pentru o analiză critică a „antropomorfismului” care rezultă din aceste soluții V. WESTER-OUISSE, *La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'hommeaux droit de l'homme*, în JCP G 2009.I.121.

¹⁴ Contra B. CRISTEA, *Dreptul la propria imagine drept al personalității*, în RRDP, nr. 1/2013, p. 104 – 105. În articol se face totuși trimitere la dec.civ. nr. 348/2011 a Curții de Apel Timiș în care a fost admisă posibilitatea formulării unei acțiuni vizând protejarea propriei imagini de către o persoană juridică.

¹⁵ Pentru o analiză a unor soluții din jurisprudența europeană, O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, *op. cit.*, p. 51 – 52.

3 Sediul materiei

Art. 58 C.civ. face referire de principiu la drepturile personalității¹⁶, stabilind că „orice persoană are dreptul la viață, la sănătate, la integritate fizică și psihică, la demnitate, la respectarea vieții private, precum și alte drepturi recunoscute de lege”. Drepturile subiective din această categorie sunt reglementate, după modelul Codului civil din Québec, la art. 58 – 86 din Codul civil. Acest model avut în vedere de legiuitorul român poate oferi repere pentru modul în care drepturile din această categorie trebuie exercitate cu bună-credință, respectiv ipotezele în care acestea sunt exercitate cu rea-credință sau contrar bunei-credințe (excesiv și nerezonabil), mai ales că art. 15 C.civ., care reglementează abuzul de drept, are aceeași legislație ca model (detalii infra pct. 6). Deși în doctrină s-a susținut că drepturile personalității nu sunt susceptibile de a fi exercitate abuziv¹⁷, trebuie să observăm că art. 75 C.civ. prevede că nu constituie o încălcare a drepturilor personalității exercitarea drepturilor și libertăților constituționale cu bună-credință. Prin urmare, în măsura în care ne pliem pe opțiunea legiuitorului de a include în categoria drepturilor subiective ale personalității și unele libertăți constituționale, precum libertatea de exprimare (art. 70 C.civ.), acestea pot fi exercitate cu rea-credință, sau anormal, contrar bunei-credințe, situație în care avem de a face cu un abuz de drept.

¹⁶ Aceste drepturi au fost amplu tratate în E. CHELARU, *Drepturile personalității în reglementarea noului Cod Civil*, în *Dreptul*, nr. 10/2011, p. 30 – 61.

¹⁷ C. JUGASTRU, *op. cit. Prejudiciul ...*, p. 70.

Domeniul predilect în care instanțele au fost chemate să se pronunțe cu privire la interferențe în exercițiu diferitelor drepturi și libertăți este cel al drepturilor vizând respectul demnității umane. Această categorie de drepturi ale personalității cuprinde dreptul la respectarea vieții sale private (art. 71 C.civ.), la respectarea demnității (art. 72 C.civ.) și dreptul la propria imagine (art. 73 C.civ.). Unii autori, consideră toate aceste drepturi ca parte a unui drept la viață privată în sens larg, datorită legăturii strânse dintre ele atât ca valori protejate cât și ca regim juridic¹⁸. Din perspectivă didactică, aceste drepturi au fost împărțite în dreptul la respectarea vieții private, cu multiplele sale fațete¹⁹ și dreptul la respectarea onoarei și reputației.

În practica CEDO, respectul acestor drepturi sunt vizate de art. 8 al Convenției deoarece noțiunea de „viață privată” cuprinde dreptul persoanei la viață intimă, personală (inclusiv dreptul la imagine), dreptul acesteia la viața privată socială și dreptul persoanei la un mediu înconjurător sănătos²⁰.

Însă reglementarea mijloacelor juridice de protejare a drepturilor nepatrimoniale, cuprinsă la art. 252 – 257 C.civ., este inspirată din dispozițiile art. 28 – 29 din Codul civil elvețian²¹, modificat în 1983²², intenția

¹⁸ E. CHELARU, în *Noul Cod civil, comentariu pe articole*, coordonat de F. BAIAS, Ed. C. H. Beck, București, 2012, p. 81, comentariu la art. 74.

¹⁹ M. NICOLAE, *op. cit.*, p. 54 – 55, dreptul la viață privată cuprinzând dreptul la viața intimă, strict personală, dreptul la secretul corespondenței, dreptul la propria imagine, dreptul la inviolabilitatea domiciliului, dreptul la anonim, dreptul la secretul veniturilor sau resurselor proprii, dreptul la viața familială, dreptul la viața profesională și dreptul la secretul, confidențialitatea și protecția datelor cu caracter personal.

²⁰ C. BÎRSAN, *Convenția europeană a drepturilor omului, comentariu pe articole*, Ed. a II-a, Ed. C. H. Beck, București, 2010, p. 604.

²¹ De acum încolo, abreviat: SZGB (n.r.).

²² Art. 28 ind. 10

1 Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

legiuitorului fiind de a avea ca reper o reglementare relativ modernă și cu o jurisprudență deja articulată în domeniu.

Procedura de principiu, prevăzută de cod, este aplicabilă la orice fel de drept nepatrimonial, indiferent de norma care îl reglementează, în lipsa unor dispoziții speciale. Art. 252 C.civ. statuează, cu titlu de principiu, că: „Orice persoană fizică are dreptul la ocrotirea valorilor intrinseci ființei umane, cum sunt viața, sănătatea, integritatea fizică și psihică, demnitatea, intimitatea vieții private, libertatea de conștiință, creația științifică, artistică, literară sau tehnică.”

Alături de aceste dispoziții generale, aplicabile tuturor drepturilor nepatrimoniale, există și dispoziții cuprinse în legi speciale²³, aplicabile doar anumitor categorii de drepturi nepatrimoniale, cum ar fi Legea nr. 8/1996, privitoare la drepturile de autor ²⁴, sau Legea nr. 64/1991, privitoare la brevetele de invenție.

2 Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Art. 28a11

Al. 1 Le demandeur peut requérir le juge :

1. d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente ;
2. de la faire cesser, si elle dure encore ;
3. d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste.

Al. 2 Il peut en particulier demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié.

Al. 3 Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires.

²³ Detalii cu privire la măsuri prevăzute de legi speciale, care pot fi dispuse și de alte autorități decât cele judiciare, C. JUGASTRU, *op. cit. Constanța ...*, p. 71 – 65.

²⁴ Pentru o analiză a acestor dispoziții speciale S. FLOREA, *Reglementarea măsurilor asigurătorii în materia drepturilor de proprietate intelectuală. Implicațiile art. 252, 255 și 257 C.civ.*, în RRDP, nr. 6/2011, p. 85- 113.

În concret, în vederea protecției acestor drepturi, persoana vătămată, fie că este persoană fizică sau juridică, poate formula o acțiune în justiție, în baza art. 253 C.civ., prin care să solicite:

a) interzicerea săvârșirii faptei ilicite, dacă aceasta este iminentă; Pericolul săvârșirii faptei ilicite trebuie să fie real și actual, nu o simplă eventualitate, iar măsura dispusă trebuie să fie concretă²⁵ și proporțională cu gravitatea pericolului. Solicitarea reclamantului trebuie să vizeze interzicerea unei conduite concrete, pentru ca hotărârea să poată fi pusă în executare. Nu sunt posibile acțiuni care să vizeze o interdicție cu caracter general²⁶, ci trebuie, în concret, determinată conduita a cărei interzicere se solicită.

b) încetarea încălcării și interzicerea pentru viitor, dacă aceasta durează încă;

c) constatarea caracterului ilicit al faptei săvârșite, dacă tulburarea pe care a produs-o subzistă. Constatarea caracterului ilicit al faptei trebuie să fie justificată de un interes real și serios. Această constatare trebuie să folosească în concret persoanei care solicită instanței să dispună acest remediu.

În sfera delicată a dreptului la liberă exprimare, pentru ca măsura dispusă de către instanță să nu poată deveni o formă mascată de cenzură, legea nu permite interzicerea publicării unui material chiar dacă s-ar aprecia că acesta încalcă drepturile anumitor persoane, fiind permisă doar interzicerea difuzării lui pentru viitor sau constatarea caracterului ilicit al faptei.

²⁵ Pentru dezvoltări, I. REGHINI, Ș. DIACONESCU, P. VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 359 - 362.

²⁶ De exemplu, în jurisprudența elvețiană în aplicarea aceleiași text legal a fost respinsă ca inadmisibilă o acțiune prin care se cerea interzicerea, cu caracter general, a oricăror acte contrare datorilor conjugale, însă a apreciat admisibilă o acțiune prin care se solicita obligarea unui terț care se pretindea părintele biologic al copilului să înceteze orice acte de tulburare a soților a căror conținut a fost concret determinat – decizii ale Tribunalului federal elvețian, apud A. BUCHER, *op. cit.*, p.120.

Aceste măsuri, vizând împiedicarea sau înlăturarea consecințelor imediate ale faptei ilicite pot fi coroborate cu măsuri privind restabilirea dreptului atins, cum ar fi:

a) obligarea autorului faptei, pe cheltuiala sa, la publicarea hotărârii de condamnare; Măsura ar înlătura în parte atingerea adusă imaginii unei persoane prin aducerea la cunoștința publicului larg a faptului că fapta săvârșită este una ilicită iar autorul ei a fost tras la răspundere.

b) Instanța poate lua orice alte măsuri necesare pentru încetarea faptei ilicite sau pentru repararea prejudiciului cauzat. Acest text, cu caracter general, lasă libertate instanțelor să aplice orice alte măsuri pentru protejarea sau restabilirea dreptului atins, la solicitarea părților, în funcție de particularitățile cauzei, înlăturând astfel reținerea de a dispune o măsură care nu ar fi expres prevăzută de lege.

4 Autonomia măsurilor de protecție a drepturilor nepatrimoniale

Noul Cod civil a reglementat un sistem mixt de reparare a prejudiciilor nepatrimoniale²⁷, fiind prevăzute măsuri nepatrimoniale vizând restabilirea dreptului atins, nu doar indemnizarea victimei. Apreciem corectă opinia că măsurile reparatorii de natură nepatrimonială trebuie să aibă prioritate în raport cu cele pecuniare²⁸, pentru argumente pe care le vom dezvolta pe parcursul articolului.

²⁷ C. JUGASTRU, *op. cit. Prejudiciul ...*, p. 165.

²⁸ V. BÎCU, *op. cit.*, p. 71.

Deși nu ne propunem o detaliere a condițiilor și modalităților de aplicare a acestor măsuri, care ar deturna expunerea de la demonstrația juridică urmărită, considerăm totuși necesar să subliniem un aspect legat de funcțiile acestor măsuri. S-a susținut în doctrină²⁹, că toate aceste măsuri, inclusiv constatarea caracterului ilicit al faptei, au mai degrabă rolul de a preveni pagube viitoare, fiind măsuri preventive, care nu sunt subordonate existenței unui prejudiciu. Apreciem că opinia nu poate fi decât în parte corectă, cel puțin măsura constatării caracterului ilicit al faptei fiind un remediu de natură nepatrimonială pentru o faptă ilicită săvârșită în trecut, ale cărei efecte încă se mai produc.

La această concluzie duc atât condițiile de exercitare ale acțiunii, doar dacă fapta ilicită și-a încetat acțiunea (a fost săvârșită) și există un interes real și serios pentru admiterea cererii de constatare (tulburarea subzistă), cât și argumente de drept comparat, în sistemul de drept sursă pentru această reglementare, cel elvețian, reținându-se faptul că gravitatea prejudiciului psihic sau moral poate fi diminuată de satisfacția pe care victima a primit-o prin hotărârea de constatare a caracterului ilicit al faptei care este publicată³⁰ sau, după caz, comunicată unor terți. Acest aspect a fost surprins și în practica judiciară română, unde s-a reținut că prejudiciul moral suferit poate fi reparat, în tot sau în parte, prin constatarea judiciară a caracterului ilicit al faptei³¹.

²⁹ C. JUGASTRU, *op. cit.* Constanța ..., p. 58, pct. 2.2.3...

³⁰ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 127, nr. 590.

³¹ Astfel s-a reținut cu titlu de considerent esențial pentru respingerea cererii de acordare a daunelor morale: „În ceea ce privește stabilirea cuantumului compensațiilor bănești care au fost solicitate a fi acordate, instanța apreciază că simpla constatare a încălcării articolului 10 din Convenție, reprezintă, în sine, o reparație echitabilă, suficientă pentru repararea oricărui prejudiciu moral ce ar fi fost suferit de reclamant.” Jud. Cluj-Napoca, dos. nr. 17538/211/2013, sentință menținută în apel, nepublicată.

Chiar și în ipoteza unei fapte ilicite în curs de desfășurare, apreciem că măsura dispusă, de încetare a încălcării și interzicerea pentru viitor, nu are exclusiv un caracter preventiv, deoarece premisa logică a dispoziției instanței cu privire la încetarea încălcării unui drept nepatrimonial este aceea că atingerea adusă are caracter ilicit. Acesta constituie un considerent esențial al hotărârii instanței, care se bucură de autoritate de lucru judecat³², și care poate fi utilizat pentru înlăturarea unor consecințe negative ale atingerii³³, eventual, acolo unde este cazul, combinat cu o publicare a hotărârii de condamnare.

Mai mult, s-a susținut în doctrină³⁴ că toate acțiunile specifice apărării drepturilor nepatrimoniale ale personalității, așa cum apar reglementate la art. 253 C.civ., indiferent după cum sunt preventive sau reparatorii, reprezintă acțiuni în răspundere delictuală, drept urmare trebuie să întrunească toate cele patru elemente constitutive ale acestei forme de răspundere civilă: fapta ilicită, prejudiciul, vinovăția și legătura de cauzalitate. Vinovăția se exprimă, în această materie, prin reaua-credință a autorului, buna-credință excluzând culpa delictuală, deoarece este produsul unei stări psihologice ce se delimitează de orice formă a culpei.

Considerăm opinia exprimată contrară sensului și literei prevederilor legale. Dacă măsurile de prevenire și încetare a încălcării unui drept nepatrimonial pot fi dispuse de către instanță independent de vinovăția

³² Art. 430 alin. (2) C.p.civ..

³³ Spre exemplu, dacă este pusă în discuție conduita ireproșabilă unei persoane, ca o condiție pentru înscrierea la un concurs, considerentul esențial al instanței prin care reține că fapta imputată în realitate nu există poate fi utilizat ca argument pentru îndeplinirea condițiilor de a participa la concurs, fiind în parte înlăturat prejudiciul produs, alături de satisfacția morală adusă de recunoașterea injusteții atingerii aduse dreptului nepatrimonial.

³⁴ L. TEC, *Codul Civil – Comentat și adnotat. Despre legea civilă. Despre persoane*, Ed. Rosetti, București, 2018, comentariu la art. 253.

autorului (cum ar fi cazul exercițiului unui drept care interferează cu un alt drept nepatrimonial) și chiar și înainte de producerea unui prejudiciu (art. 253 alin. (1) lit. a) C.civ.), aplicarea lor nefiind condiționată de dovedirea existenței unui prejudiciu³⁵, acordarea daunelor interese este condiționată de vinovăția autorului faptei, concluzie la care duce atât formularea textului special (... dacă vătămarea este imputabilă autorului) cât și principiile generale, desprinse din art. 1353 C.civ. (exercițiul normal al unui drept este o cauză exoneratoare de răspundere) și art. 1357 C.civ. (condiția vinovăției pentru răspunderea pentru fapta proprie)³⁶, alături de existența prejudiciului. Și dreptul elvețian cere această condiție suplimentară a vinovăției pentru acordarea daunelor³⁷.

Cu toate acestea jurisprudența română pare, fie să nu fi sesizat, fie să nu fi dat importanță acestei distincții, considerentele instanțelor analizând exclusiv condițiile răspunderii civile delictuale din perspectiva acordării daunelor morale, fără o analiză particulară a unei eventuale ipoteze în care atingerea adusă dreptului la viață privată sau onoare ar putea duce doar la admiterea unei măsuri nepatrimoniale, precum constatarea caracterului ilicit al faptei. Astfel, considerentele instanței supreme³⁸ adesea dau impresia că

³⁵ C. JUGASTRU, *op. cit. Constanța ...*, p. 58.

³⁶ În același sens și O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, *op. cit.*, p. 99; V. BÎCU, *op. cit.*, 71.

³⁷ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 126 – 127, cu referire la art. 41 din Codul elvețian al obligațiilor.

³⁸ Spre exemplu Decizia nr. 3949/14.12.2018, pronunțată în analiza unei fapte săvârșite în anul 2016, prin acțiune solicitându-se să se constate încălcarea dreptului la onoare, demnitate, reputație profesională, imagine și viața privată, prin formularea, de către pârâți, a afirmațiilor denigratoare, defăimătoare, ironice și mincinoase la adresa reclamantei și obligare pârâților la plata sumei de 500.000 Euro, în solidar și la prezentarea de scuze publice în ceea ce o privește pe reclamantă. Considerentele hotărârilor din cele trei faze procesuale vorbesc exclusiv despre condițiile răspunderii civile delictuale, fără nicio mențiune cu privire la incidența art. 75 C.civ., sau a art. 253 C.civ., analiza de proporționalitate pentru determinarea caracterului ilicit al faptei fiind efectuată exclusiv din perspectiva art. 8 și 10 din Convenție și a principiului bunei-credințe:

analizează exclusiv o acțiune în răspundere civilă delictuală clasică, fără trimitere expresă la textele speciale din materia apărării drepturilor nepatrimoniale sau a limitelor prevăzute în legislația internă pentru exercițiul acestor drepturi³⁹.

„O astfel de critică impune a se analiza în ce măsură libertatea de exprimare a ziariștilor și de informare a publicului, garantată de art. 10, încalcă dreptul la viață privată a reclamantei, ocrotită de art. 8 din Convenție, în cadrul căreia este inclus și dreptul la imagine și reputație. Or, atât instanța de fond, cât și cea de apel au examinat cauza din perspectiva echilibrului între cele două drepturi, deopotrivă garantate, verificând dacă, prin publicarea articolelor încriminate, intimității s-au plasat în afara limitelor de protecție oferite de art. 10, cu consecința încălcării art. 8 al Convenției.

Reperete rezultate din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în această materie vizează distincția ce trebuie operată între fapte și judecăți de valoare, echilibrul dintre libertatea de exprimare și dreptul la reputație, existența unei baze factuale, atunci când se impută fapte determinate, și, în cazul emiterii unor judecăți de valoare, verificarea informațiilor și existența dreptului la replică, *buna-credință în demersul jurnalistic și doza de exagerare și provocare admisibilă*, tipul de discurs, natura subiectului expus, persoana vizată.

În analiza realizată, corect s-a reținut că presa are datoria de a alerta publicul atunci când are informații de interes general, însă când acestea implică în mod direct persoane și fapte determinate trebuie să furnizeze o bază factuală suficientă și să aibă în vedere contextul public în care acționează persoana vizată și natura împrejurărilor ce fac obiectul articolelor. Pentru a constitui o încălcare a art. 8 din Convenție, o atingerea a reputației unei persoane trebuie să atingă un anumit nivel de gravitate și să *cauzeze un prejudiciu real victimei* prin încălcarea dreptului acesteia la respectarea vieții private.

Este de necontestat, iar instanțele de fond au afirmat deja, că potrivit jurisprudenței Curții Europene, deși nu trebuie să depășească limitele ce țin, în special, de protecția reputației și drepturilor persoanei, în îndeplinirea sarcinii de a comunica informații și idei asupra unor chestiuni de interes general, jurnaliștii sunt protejați de art. 10 din Convenție, chiar dacă nu pot face proba verității, dacă se dovedește că au acționat cu bună-credință, pe baza unor afirmații credibile. Inexactitatea parțială a faptelor prezentate nu exclude protecția art. 10, dacă jurnalistul nu a acționat cu rea-credință, iar subiectul este de interes public.

În plus, trebuie reținut că afirmațiile intimaților în legătură cu faptele imputate reclamantei nu sunt și nu trebuie sprijinite de probe absolute, sau de probele necesare unei anchete judiciare, câtă vreme aceștia au prezentat un minimum de elemente și documente publice care a stat la baza articolelor scrise, astfel încât intimității au fost de bună-credință, lăsând cititorilor posibilitatea de a face propria apreciere asupra faptelor prezentate.”

³⁹ În cuprinsul deciziei 1880/23.11.2017 se reține, ca trimitere la considerentele instanței de apel, art. 75 alin. (2) C.civ., dar nu se menționează art. 253 C.civ., iar în considerentele Deciziei nr. 156/2016, se reține aplicare art. 253 alin. (4) C.civ.. În schimb în dec. nr. 520 din 30 mai

La această manieră de abordare poate să fi contribuit și refuzul unei părți a doctrinei de a analiza noua reglementare din perspectivă corectă, la intrarea sa în vigoare existând voci critice, care au afirmat că ar reprezenta o dublă reglementare⁴⁰, unele dintre drepturile personalității fiind și drepturi constituționale care se bucură de protecție din această perspectivă juridică. În realitate însă, așa cum s-a observat și de către alți autori⁴¹, dacă protecția constituțională a acestor drepturi reverberează și în relație cu autoritățile publice și constituie limitări pentru legiuitor, reglementarea drepturilor personalității, ca drepturi subiective, și a mijloacelor de protecție a acestora urmărește, pe un alt plan juridic, în raporturile de drept privat să ofere mecanisme adecvate, concrete pentru protejarea subiecților de drept. Din această perspectivă, opțiunile legiuitorului, pe de o parte pentru calificarea drepturilor personalității ca drepturi subiective, după model québécoise, pe de cealaltă parte, a mijloacelor de protecție nepatrimoniale, după model elvețian, se impune a fi valorificate ca mecanisme speciale de protecție a drepturilor nepatrimoniale, și nu reinterpretate, contrar textelor sursă, ca simple forme ale acțiunii în răspundere civilă delictuală.

2016 a CA București, s. a IV-a civ., disponibilă pe www.rolii.ro se analizează prioritatea măsurilor nepatrimoniale față de acordarea daunelor în aplicarea art. 253 C.civ..

⁴⁰ S-a apreciat, M. DUȚU, *Noul Cod civil - o etapă importantă în dezvoltarea dreptului privat român*, în M. ULIESCU, coordonator, *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 35, că nici în materia drepturilor personalității, „nu s-a reușit o operațiune de tehnică legislativă corespunzătoare, care să efectueze o corelare logică și sistematică între textele constituționale și cele ale noului Cod civil” și că paralelismul generat de preluarea a o serie de texte constituționale și reproducerea lor în cadrul noului Cod civil *tale quale*, a născut „o redundanță păgubitoare stilistic” și care contravine dispozițiilor art. 15 alin. (1) și (4) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

⁴¹ Gh. BUTA, *Aspecte generale privind drepturile personalității astfel cum sunt reglementate în noul Cod civil*, în PR, nr. 10/2013, p. 25 - 48.

5 Particularități ale exercițiului drepturilor nepatrimoniale

Nu orice atingere adusă drepturilor nepatrimoniale constituie o încălcare ilicită a acestora. Sistemul de protecție al acestor drepturi pornește de la premisa că toate drepturile nepatrimoniale trebuie exercitate cu bună-credință și în conformitate cu pactele și convențiile internaționale la care România este parte. Conform art. 75 C. Civ.⁴², în măsura în care sunt respectate aceste limite, în special practica CEDO în materia dreptului la liberă exprimare și la respectul vieții private, exercitarea drepturilor nu este considerată o încălcare a drepturilor și libertăților fundamentale ale unei persoane. Îndeplinirea acestor cerințe implică, din perspectiva dreptului civil, pe de o parte, a nu exercita dreptul cu intenția de a prejudicia pe celălalt și, pe de altă parte, de a nu exercita dreptul excesiv și nerezonabil, ci ținând seama și respectând și drepturile celorlalți. Exercițiul unui drept concurent cu bună-credință nu constituie o atingere nelegitimă adusă drepturilor personalității, iar buna-credință se presupune (art. 14 C.civ.), astfel încât sarcina probei revine victimei, spre deosebire de dreptul elvețian unde orice atingere se presupune ilegitimă, autorul atingerii trebuie să facă dovada interesului preponderent, public sau privat care justifică atingerea⁴³.

⁴² Art. 75 alin. (1) C.civ. „Nu constituie o încălcare a drepturilor prevăzute în această secțiune atingerile care sunt permise de lege sau de convențiile și pactele internaționale privitoare la drepturile omului la care România este parte.”

Alin. (2) „Exercitarea drepturilor și libertăților constituționale cu bună-credință și cu respectarea pactelor și convențiilor internaționale la care România este parte nu constituie o încălcare a drepturilor prevăzute în prezenta secțiune.”

⁴³ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 107 – 108, art. 28 alin. (2) din SZGB subliniază că ” *Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.*”

Uneori, legea este cea care permite, în situații excepționale sau justificate și care trebuie să fie predictibile, ca prin exercitarea drepturilor prevăzute de lege, fie de către autorități fie de către particulari, să se ajungă indirect la afectarea sferei private sau a reputației unei persoane. De exemplu, punerea sub interdicție a unei persoane se publică pentru a fi cunoscută de către terți (art. 169 alin. (2) C.civ.) pentru a asigura opozabilitatea hotărârii, sau în cadrul unui proces de stabilire a filiației pârâtul poate fi obligat să fie expertizat în vederea comparării datelor sale genetice cu cele ale copilului⁴⁴. De asemenea când există situații speciale, precum epidemiile sau pandemiile sau a stării de carantină legea permite anumite restricții justificate la drepturile personalității⁴⁵.

În exercitarea unor drepturi nepatrimoniale sau libertăți, cum este cazul în special al libertății de exprimare, exercitarea normală a dreptului poate să interfereze cu sfera drepturilor personalității⁴⁶. De exemplu dreptul angajatorului de a supraveghea locul de muncă poate să interfereze cu dreptul la viață privată (intimitate) al angajatului⁴⁷, sau exercitarea dreptului la opinie

⁴⁴ Pentru o analiză a jurisprudenței CEDO privind posibilitatea de a cunoaște realitatea biologică, C. HAGEANU, V. C. DUMITRACHE, *Dreptul persoanei de a dispune de corpul său versus dreptul copilului de a-și cunoaște identitatea biologică*, în RRDP, nr. 4/2017, p. 40 – 45, inclusiv cauzele A. M.M. c. România, dosar nr. 2151/2010, hotărâre din 14 februarie 2012 și I. L.V. c. România, dos. nr. 4901/2004, hotărâre din 24 august 2010.

⁴⁵ Pentru o analiză a altor situații, O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, *op. cit.*, p. 82 – 83.

⁴⁶ Pentru detalii H. D. DUMITRU, Libertate de exprimare și viața privată. Conexiuni constituționale și civile, în PR nr. 5/2012, p. 41 – 54; Pentru opiniile Curții Constituționale române, S. RĂDULEȚU, *Limitele libertății de exprimare în jurisprudența Curții Constituționale*, PR nr. 8/2011, p. 119 – 133.

⁴⁷ Pentru detalii R. DUMITRU, Dreptul la viață privată a lucrătorului pe parcursul orelor de program în RRDP nr. 4/2017, p. 19 – 34; A. LISIEVICI, Viața privată la locul de muncă după decizia CEDO în cauza Bărbulescu, în RRDP, nr. 4/2017, p. 94 – 98. Această cauză privea decizia unei societăți private de a concedia un angajat – reclamantul – în urma monitorizării comunicațiilor sale electronice și accesării conținutului lor. Reclamantul s-a plâns că decizia

Într-o campanie electorală poate să interfereze cu dreptul la respectarea reputației contracandidatului. În nevoia de a informa publicul în legătură cu anumite fapte săvârșite de diverse persoane, se poate interfera cu sfera unor drepturi nepatrimoniale ale acestora, în special dreptul la respectul vieții private, la demnitate și la propria imagine.

În astfel de cazuri, pentru a determina dacă modul de exercitare al unui drept este conform cu limitele legale sau, dimpotrivă, este exercitat în mod excesiv sau nerezonabil, sau chiar cu intenția de a vătăma trebuie făcută o analiză de proporționalitate: în ce măsură există un interes preponderent care ar justifica exercitarea dreptului concurent în detrimentul dreptului afectat. Acest interes preponderent poate fi de natură privată, legat de exercițiul unor drepturi ori libertăți sau apărarea unor interese legitime ale unei persoane sau poate fi de natură publică, când se confundă cu un interes general⁴⁸.

În consecință, o a doua limitare a drepturilor analizate rezultă din existența unui interes preponderent, public sau privat. Analiza de proporționalitate pornește de la valorile protejate, pentru a încerca concilierea intereselor

angajatorului său s-a întemeiat pe o încălcare a vieții sale private și că instanțele interne nu i-au protejat dreptul la respectarea vieții sale private și a corespondenței. Marea Cameră a hotărât, cu unsprezece voturi la șase, că a fost încălcat art. 8 din Convenție, constatând că autoritățile române nu au protejat în mod corespunzător dreptul reclamantului la respectarea vieții sale private și a corespondenței. În consecință, acestea nu au păstrat un echilibru just între interesele în cauză. În special, instanțele naționale nu au stabilit dacă reclamantul a fost notificat în prealabil de angajator despre posibilitatea ca aceste comunicări să fie monitorizate, nici nu au avut în vedere faptul că acesta nu a fost informat despre natura sau întinderea monitorizării, sau despre gradul de intruziune în viața privată și corespondența acestuia. În plus, instanțele naționale nu au stabilit, în primul rând, motivele specifice care să justifice introducerea măsurilor de monitorizare; în al doilea rând, dacă angajatorul putea utiliza măsuri care să implice o mai mică intruziune în viața privată și corespondența reclamantului; și, în al treilea rând, dacă comunicațiile ar fi putut să fie accesate fără știrea acestuia.

⁴⁸ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 112.

opuse. Unele valori, cum ar fi cele ocrotite prin dreptul la viață, sunt considerate preponderente⁴⁹. Ca regulă însă, nu există o ierarhie a drepturilor⁵⁰ iar analiza se face în funcție de particularitățile cauzei, revenind instanței rolul de a determina în concret, în situația dedusă judecății, care dintre interesele urmărite a fi atinse prin exercițiul drepturilor care interferează este preponderent⁵¹. Din păcate, așa cum a observat și CEDO într-o cauză recentă⁵² și s-a remarcat și în doctrină⁵³, în dreptul intern analiza rămâne cantonată pe existența unei atingeri adusă reputației unei persoane, fără a aprofunda măsura în care atingerea poate fi justificată de un interes privat sau public preponderent, respectiv în ce măsură, în contextul interferenței între drepturile nepatrimoniale, atingerea, eventual ilicită, este săvârșită cu vinovăție. Miza juridică a acestei abordări o reprezintă posibilitatea, demonstrată anterior, de a aplica doar măsurile nepatrimoniale prevăzute la art. 253 C.civ., în ipotezele în care nu sunt întrunite toate condițiile răspunderii civile delictuale.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Faptul că nu există o ierarhie a drepturilor a fost reținut și în practica Curții constituționale române care a apreciat că libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea persoanei. Pentru o analiză C. MOLDOVAN, *Libertatea de exprimare*, Ed. C. H. Beck, București, 2012, p. 92 – 93.

⁵¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 122.

⁵² *BRISC c. România*, din 11.12.2018: pct. 124. Curtea observă că nu există nicio dovadă că autoritățile interne au efectuat un exercițiu de punere în balanță între necesitatea de a proteja reputația judecătorului G. E. și dreptul reclamantului de a comunica informații pe teme de interes general privind anchetele penale în curs. Acestea și-au limitat analiza la simpla discutare a atingerii aduse reputației petentei fără a răspunde afirmațiilor reclamantului și CSM potrivit cărora declarațiile în litigiu fuseseră făcute de o terță parte, precum și fără a ține seama de criteriile stabilite de jurisprudența Curții.

⁵³ B. SELEJAN-GUȚAN, *Curtea europeană a drepturilor omului și jurisdicțiile naționale: scurtă privire comparativă*, în „*In honorem Corneliu Bârsan*”, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 642.

Demersul este fără îndoială unul dificil, însă credem că în cadrul analizei poate fi utilă comparația cu modul în care este privită în dreptul modern sfera privată a unei persoane: în determinarea ei se pornește de la valori comune tuturor indivizilor – familie, locuință – însă aceasta se particularizează în funcție de situația socială a titularului, de poziția pe care o asumă sau dorește să o asume în societate (ministru, candidat politic, lider sindical, magistrat, funcționar) fapt care atrage restrângerea implicită a sferei private. Și în materia interferenței drepturilor trebuie pornit de la premisa că fiecare dintre ele are valoare relativă, nu absolută, iar inconvenientul creat prin exercițiul celuilalt drept trebuie evaluat prin prisma situației concrete a protagoniștilor și a intensității concrete a vătămării sau tulburării pe care exercițiul dreptului concurent o poate produce, prin raportare la un om rezonabil aflat în aceeași situație (socială, profesională, familială, etc).

Interesul preponderent privat trebuie să reprezinte o valoare general recunoscută. Un interes pur lucrativ din partea autorului atingerii nu poate fi reținut⁵⁴. Interesul preponderent public se manifestă cu precădere în materia dreptului de informare al publicului larg prin intermediul presei. Practica Curții Europene a Drepturilor Omului, la care face trimitere pentru stabilirea limitelor de exercitare art. 75 C.civ., în aplicarea art. 10 al Convenției, pornește analiza de la principiul că libertatea de expresie acoperă nu numai informațiile și dezbaterile inofensive ci și unele care pot vătăma sau pot stârni neliniști⁵⁵.

⁵⁴ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 123.

Cu toate acestea libertatea de expresie nu este absolută, uneori pot exista alte interese preponderente care primează⁵⁶. Prin două decizii ale Curții, pronunțate de Marea Cameră la 7 februarie 2012⁵⁷, au fost reținute ca relevante pentru analiza de proporționalitate următoarele criterii: 1) contribuția adusă la dezbateră de interes general; 2) gradul de notorietate al persoanei în discuție și subiectul materialului de presă; 3) conduita anterioară a persoanei în discuție; 4) conținutul, forma și consecințele publicării; 5) metoda de obținere a informațiilor și veridicitatea lor⁵⁸.

În materia exercițiului dreptului la liberă exprimare prin intermediul media de regulă se analizează în ce măsură există o dezbateră de interes general⁵⁹ (public) care să justifice un anumit material de presă și, de asemenea, în ce măsură acel interes public este preponderent, de o manieră care poate justifica o afectare a dreptului nepatrimonial al unei persoane. Aceste elemente au fost reținute și în jurisprudența română (deciziile ÎCCJ nr. 1880/2017, 153/2016):

„În cauza *Petrina C. României*, s-a arătat că trebuie găsit un echilibru între libertatea de exprimare și dreptul la viața privată, care cade sub incidența art. 8, echilibru care impune tragerea la răspundere a persoanelor vinovate de comiterea afirmațiilor denigratoare, dacă afirmațiile reprezintă situații factuale, lipsite de suport probatoriu,

⁵⁶ Astfel prin decizia din 29 iulie 2009, *FLUX c. Moldova*, s-a considerat legitimă condamnarea de către instanța națională care a apreciat defăimătoare informația oferită de un jurnal cu privire la o persoană cu funcție publică despre care s-ar fi afirmat fără temei că ar fi primit mită, sau a considerat, în Decizia din 9 decembrie 2009, *JIMENEZ c. Spania*, că este legitimă concedierea unor delegați sindicali care au insultat pe alți delegați. (apud Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 123).

⁵⁷ Cauza *VON HANNOVER c. Germania* și *AXEL SPRINGER AG c. Germania*.

⁵⁸ Pentru analiza acestor criterii B. CRISTEA, *op. cit.*, p. 122 – 125.

⁵⁹ Acesta este și criteriul modern reținut în practica Casăției franceze în materie de interferență între dreptul la liberă exprimare și dreptul la viața privată (conform Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 136 - 137).

efectuate în cadrul unei adevărate campanii de denigrare și reiterate în public, prin mijloace de comunicare prin presă și mass-media cu rea-credință.

De asemenea, instanța europeană a reiterat principiile stabilite în jurisprudența sa privitoare la libertatea de exprimare garantată de art. 10 din Convenție (cauza Cumpăna și Mazăre C. României, par. 88-93), reamintind că presa joacă rolul indispensabil de „câine de pază” (*“public watchdog”*) într-o societate democratică, precum și faptul că presa, deși nu trebuie să depășească anumite limite, ținând în special de protecția reputației și drepturilor celui alt, totuși are sarcina de a comunica informații și idei asupra unor chestiuni politice, precum și asupra altor subiecte de interes general.”

În general pot fi considerate a fi de interes public justificat orice probleme, fapte sau evenimente care influențează societatea sau o comunitate, în special cu privire la prevenirea sau probarea săvârșirii unei fapte cu incidență penală, protejarea sănătății sau siguranței publice, semnalarea unor afirmații înșelătoare sau a unor cazuri de incompetență care afectează publicul⁶⁰. Și jurisprudența română reține că între drepturile analizate mai sus trebuie găsit un echilibru care impune tragerea la răspundere a persoanelor vinovate de comiterea afirmațiilor denigratoare, însă doar dacă se stabilește că acele afirmații reprezintă situații factuale, lipsite de suport probatoriu, efectuate cu rea-credință prin mijloace de comunicare prin presă și mass-media⁶¹.

Este însă esențial de reținut că nu orice interes al publicului trebuie satisfăcut, iar simpla invocare a dreptului la informare nu poate justifica orice încălcare a dreptului la viață privată⁶². Cu toate acestea dreptul la propria

⁶⁰ Poate fi consultat în acest sens și Codul audiovizualului, adoptat prin Decizia Consiliului Național al Audiovizualului nr. 220/2011, Titlul III, art. 31, cu aplicare doar în ceea ce privește emisiunile de televiziune.

⁶¹ ÎCCJ, decizia nr. 1370/2018, disponibilă pe scj.ro.

⁶² De exemplu prin decizia din 18.01.2011, *MAGNUM LTD. c. Marea Britanie* a fost respinsă acțiunea trustului de presă care a fost condamnat de către instanțele britanice pentru că au fost

imagine la onoare sau la viața privată nu trebuie să împiedice aflarea adevărului în probleme de interes public justificat⁶³. În dreptul elvețian se apreciază că o informație falsă sau inexactă nu poate fi niciodată justificată de un interes general pentru a considera legitimă atingerea adusă dreptului la onoare și reputație, nici măcar în cazul în care informația ar proveni de la un tert⁶⁴. Apreciem că și în practica noastră judiciară ar trebui pornit de la aceste premise, și ar trebui sancționați autorii materialelor de presă sau media care utilizează informații nereale atunci când se probează și reaua-credință sau neglijența gravă (nerezonabilă) a autorului, care putea relativ ușor verifica veridicitatea informației. Simpla referire la o „sursă” nu ar trebui să constituie un motiv de înlăturare a răspunderii.

Chiar și atunci când informația este exactă sau există un comentariu pertinent trebuie să existe un interes public preponderent care să justifice

relevante aspecte din viața privată a unei vedete privitoare la cure de dezintoxicare. S-a apreciat că nu există o încălcare a art. 10 referitor la libertatea de exprimare. Sau prin decizia din 19.06.2012, *KURIER S.A. c. Austria*, s-a considerat că nu a existat o încălcare a art. 10 prin obligarea la plata unor daune a unui cotidian care a prezentat detalii privitoare la un proces privitor la încredințarea unui minor, deoarece prin publicarea unor fotografii minorul ar putea fi recunoscut. Dintre soluțiile precedente cea mai reprezentativă este apreciată a fi hotărârea din 24 iunie 2004, *VON HANOVER c. Germania*, care a condamnat statul german pentru încălcarea art. 8 al convenției (dreptul la viață privată) reținând faptul că refuzul autorităților germane de a interzice publicarea pe viitor a unor fotografii din viața privată a reclamantei este nejustificat raportat în esență la faptul că acele fotografii nu vizau o dezbateră de interes general ci doar satisfacerea curiozității unei anumite categorii de cititori. Autoritățile germane au respins cererea apreciind că reclamanta fiind o persoană de notorietate, chiar dacă nu avea o funcție publică, sfera sa privată este mult redusă, fiind legitimă curiozitatea cititorilor.

⁶³ De exemplu Casația franceză, secția I, decizia din 24.10.2006, a decis că relevarea faptului că o anumită persoană aparține francmasoneriei nu constituie o atingere adusă vieții private deoarece informația se înscrie într-un context de actualitate judiciară care justifică informarea publicului în cadrul unei dezbateri cu caracter general, apud Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 137, nota 25.

⁶⁴ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 113, care face referire la o serie de decizii ale Tribunalului federal elvețian.

atingerea adusă unui drept al personalității⁶⁵. Pot justifica un astfel de interes general preponderent spre exemplu lupta împotriva dopajului, față de dreptul la reputație al sportivilor prinși dopați, sau dreptul la cercetare istorică față de dreptul la anonim al participanților la evenimentele cercetate.

Și instanța supremă română a reținut⁶⁶ din ansamblul reglementărilor privind dreptul la liberă exprimare că acesta nu este unul absolut, ci poate fi

⁶⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁶ Decizia nr. 1880/2017, disponibilă pe www.scj.ro, unde au fost reținute următoarele considerente: „Astfel, potrivit prevederilor art. 31 alin. 4 din Constituția României, «mijloacele de informare în masă, publice și private sunt obligate să asigure informarea corectă a opiniei publice», iar în conformitate cu dispozițiile art. 30 alin. 6 din aceeași Constituție, «libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viața particulară a persoanei și nici dreptul la propria imagine». Art. 10 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului prevede, în esență, că orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare, drept care cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Paragraful 2 al normei convenționale stipulează că exercitarea acestor libertăți, ce comportă îndatoriri și responsabilități, poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege, care constituie măsuri necesare, într-o societate democratică, pentru (...) protecția reputației sau a drepturilor altora. Aplicarea art. 10 al Convenției Europene poate fi evaluată în relație cu alte instrumente internaționale relevante privind protecția libertății de exprimare, în special art. 19 al Pactului ONU.

În cadrul Națiunilor Unite, Pactul Internațional privind Drepturile Civile și Politice (19 decembrie 1966) este un instrument legal limitativ privind protecția drepturilor omului. Articolul 19 al Pactului stipulează că fiecare are dreptul de a avea opinii fără nicio intervenție și că fiecare are dreptul la libertatea de exprimare; acest drept include libertatea de a căuta, primi sau distribui informații și idei de orice fel, indiferent de frontiere, atât oral, cât și în scris sau la tipar, în formă de artă, sau prin alt mijloc la alegerea sa.

În paralel cu art. 10 al Convenției Europene, libertatea garantată de art. 19 al Pactului ONU nu este absolută. Articolul 19 par. 3 lit. a) prevede că: exercitarea drepturilor prevăzute în par. 2 al prezentului articol comportă anumite datorii și responsabilități. Din acest motiv poate fi supusă anumitor restricții care să fie în conformitate cu legea și cu necesitățile, pentru respectarea drepturilor și a reputației altor persoane.

Astfel, libertatea de exprimare, ca drept esențial într-o societate democratică, nu poate fi exercitată dincolo de orice limite. Ca orice altă libertate socială, ea presupune luarea în considerare a unor interese de ordin general, cum sunt siguranța națională, integritatea teritorială a statelor contractante, siguranța publică, apărarea acesteia și prevenirea săvârșirii unor infracțiuni, protecția sănătății și a moralei publice, garantarea autorității și imparțialității puterii judiciare, precum și a unor interese de ordin personal, anume reputația și drepturile ce aparțin altor persoane, împiedicarea divulgării informațiilor confidențiale.

supus limitărilor, restrângerilor, în ipoteza în care folosirea libertății de exprimare este îndreptată împotriva anumitor valori pe care statul le poate apăra în mod legitim sau chiar împotriva democrației însăși. S-a mai reținut că, în jurisprudența sa, Curtea Europeană a statuat, cu valoare de principiu, că orice persoană fizică, inclusiv un ziarist, care exercită libertatea sa de expresie, își asumă „îndatoriri și responsabilități”, a căror întindere depinde de situația concretă, particulară în discuție și de procedul tehnic utilizat:

„În consecință, elementele esențiale care trebuie luate în considerare în aprecierea respectării limitelor libertății de exprimare, din perspectiva jurisprudenței instanței de contencios european, sunt: calitatea și funcția persoanei criticate, forma/stilul și contextul mesajului critic, contextul în care este redactat articolul, interesul public pentru tema dezbătută (cauza Bugan c. României), buna-credință a jurnalistului (cauza Ileana Constantinescu c. României), conceptele de judecată de valoare și situațiile factice și raportul dintre ele, doza de exagerare a limbajului folosit, natura și severitatea sancțiunii aplicate (Cumpănă și Mazăre c. României), precum și motivarea hotărârii (cauzele Bugan c. României, Dumitru c. României).”

Aceste limitări se concretizează în posibilitatea existenței unor ingerințe ale autorităților statale în exercițiul dreptului la libertatea de exprimare, spre a se realiza scopurile enunțate de art. 10 paragraful 2 din Convenție. Instanța europeană a subliniat în repetate rânduri că restricțiile la libertatea de exprimare, oricare ar fi contextul în discuție, nu sunt compatibile cu dispozițiile art. 10 paragraful 2 decât dacă îndeplinesc condițiile pe care textul le impune în privința lor.

Din interpretarea dispozițiilor normei convenționale evocate, rezultă că exercițiul libertății de exprimare presupune «îndatoriri și responsabilități» și el poate fi supus unor «formalități, condiții, restricții sau sancțiuni», ceea ce semnifică recunoașterea posibilității pentru stat de a exercita anumite ingerințe în exercițiul acestei libertăți fundamentale. Art. 3 al Rezoluției definește știrile ca «informații, adică fapte și date», iar opiniile ca «exprimări ale gândurilor, ideilor, convingerilor sau judecăți de valoare ale mijloacelor de informare în masă, editorilor sau ziariștilor». Cu toate acestea, restricțiile statale trebuie să îndeplinească anumite condiții, respectiv să fie prevăzute de lege, lege care trebuie să întrunească cerințele previzibilității și accesibilității, să urmărească un scop legitim și să fie necesare într-o societate democratică. Nu în ultimul rând, pentru a exista un echilibru între scopul vizat și mijloacele folosite, între interesul general și protejarea dreptului individual, acestor condiții li s-a adăugat și cerința proporționalității.”

O primă finalitate a analizei de proporționalitate, după criteriile mai sus dezvoltate, este de a determina în ce măsură atingerea adusă prin exercițiul unui drept nepatrimonial concurent este ilegitimă sau, dimpotrivă justificată. În caz de atingere ilegitimă a unui drept al personalității, sau de iminență a unei atingeri ilegite, pot fi dispuse măsurile prevăzute de art. 253 alin. (1) și (3) C.civ. chiar și în lipsa unui prejudiciu și în lipsa vinovăției autorului faptei. Doar măsurile reparatorii patrimoniale operează după cerințele legale privitoare la răspunderea civilă delictuală. Din perspectiva acțiunii prevăzute la art. 253 alin. (4) C.civ., vizând obligarea la plata unor despăgubiri sau a altor reparații patrimoniale pentru prejudiciul nepatrimonial, jurisprudența română tratează atingerea ilicită ca faptă ilicită din perspectiva răspunderii civile delictuale. Se rezumă însă funcția analizei de proporționalitate doar la determinarea caracterului ilicit al atingerii?

6 Exercițarea cu bună-credință a drepturilor nepatrimoniale

Alineatul 2 al art. 75 C.civ. statuează că nu constituie încălcări ale drepturilor nepatrimoniale exercitarea cu bună-credință a drepturilor și libertăților constituționale. Dacă pentru unele categorii de drepturi, cum sunt libertatea de exprimare sau viața privată practica bogată CEDO oferă numeroase repere cu privire la limitele bunei-credințe, altele, rămân să fie analizate după criteriile dreptului intern. În această secțiune ne propunem să analizăm ipotezele în care se depășesc limitele bunei-credințe în exercițiul acestor drepturi, dacă și în această materie trebuie aplicate criteriile abuzului de drept.

Deși aparent legiuitorul român pare să fi optat, în noul Cod civil, pentru viziunea subiectivă asupra abuzului de drept, intenția de a vătăma, a preluat, din art. 7 C.civ.Q. și abuzul de drept manifestat în forma exercitării unui drept în mod excesiv sau nerezonabil, contrar bunei-credințe. Dacă exercițiul unui drept cu intenția de a vătăma are și în dreptul nostru o doctrină și practică judiciară relativ structurată, celelalte ipoteze aduc un element de noutate în dreptul nostru. Credem că ar fi utilă o succintă incursiune în dreptul de origine al textului, pentru a identifica corect premisele și fundamentele textului legal preluat în dreptul român.

Ambele sisteme de drept au ca sursă intelectuală în materia abuzului de drept conceptele teoretice elaborate de doctrina franceză⁶⁷. Și în aplicarea art. 7 din C.civ.Q.⁶⁸ deși teoria abuzului de drept face adesea apel la noțiunile de greșeală și prejudiciu specifice răspunderii civile delictuale, cele două instituții rămân distincte⁶⁹. Așa cum se arată și în dreptul nostru⁷⁰ răspunderea juridică are o sferă de aplicare mai largă decât abuzul de drept, și există și ipoteze în care exercitarea abuzivă a unui drept poate avea și alte remedii decât atragerea răspunderii civile⁷¹.

⁶⁷ Mathieu DEVINAT, Edith GUILHERMONT, *La réception des théories juridiques francaises en droit civil québécois*, în R. D.U. S, nr. 42/2012, disponibil la: http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_42/42-3-DEVINAT-GUILHERMONT.pdf (data ultimei accesări: 04.11.2014).

⁶⁸ Potrivit art. 7 din C.civ.Q. – „*Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi*”; sau varianta în engleză „*No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith.*”.

⁶⁹ J. L. BAUDOUIN, Y. Renaud, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁰ D. CHIRICĂ, *O privire asupra noului Cod civil. Titlul preliminar (III)*, în PR, nr. 4/2011, p. 129.

⁷¹ I. REGHINI, Ș. DIACONESCU, P. VASILESCU, *op. cit.*, p. 377 – 378.

Exercitarea dreptului poate fi abuzivă, conform textului legal, în trei situații: când scopul urmărit este de a vătăma pe altul, când exercițiul dreptului este anormal sau incorect, respectiv atunci când exercițiul dreptului este antisocial⁷². Conduita titularului dreptului este contrară exigențelor cerute de buna-credință nu numai atunci când acesta vatămă intenționat pe un altul, ci și atunci când este făcut cu neglijență sau nepăsare gravă⁷³.

Doctrina din Québec a încercat să identifice elementele definitorii ale unui comportament „excesiv și nerezonabil, contrar buneii-credințe”. De principiu se poate analiza un element psihologic și un element obiectiv, extrinsec, influențat de considerente morale⁷⁴. Dacă exercitarea dreptului cu rea-credință implică, de regulă, intenția de a vătăma, poate fi conceput un exercițiu al dreptului, contrar buneii-credințe, care nu implică rea-credință propriu-zisă, ci un exercițiu anormal ori neglijent al dreptului, raportat la elemente obiective, precum conduita prudentă și diligentă sau chiar finalitatea dreptului. În această ipostază obiectivă buna-credință poate fi privită ca o normă de conduită acceptabilă sau un standard de comportament. Buna-credință intervine, ca o îndatorire pozitivă, de fiecare dată când raporturile juridice sunt amenințate de dezechilibru, o interpretare legislativă menită a tempera potențiale excese⁷⁵.

⁷² J. L. BAUDOUIN, Y. Renaud, *op. cit.*, p. 22.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ B. LEFEBVRE, *La bonne foi: notion proteiforme*, în R.D.U.S., nr. 26/1996 329 – 336 disponibil la: https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-lefebvre.pdf.

⁷⁵ L. ROLLAND, *La bonne foi dans le code civil du Québec: du général au particulier*, în R.D.U.S., nr.26/1996, p. 386 disponibil la: https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-rolland.pdf.

Încercând să reținem câteva repere ale abuzului de drept în sistemul juridic de origine al textului legal din noul Cod civil, trebuie să remarcăm faptul că atât în doctrină cât mai ales în jurisprudență, conduitele abuzive sancționate nu se reduc la cele în care a fost dovedită intenția de a vătăma sau șicana pe un altul, ci cuprind și pe cele în care prin conduita anormală ori antisocială aleasă, titularul dreptului a îndepărtat exercițiul acestuia de la cel pe care un om rezonabil l-ar fi avut în exercițiul aceluiași, drept, ca normă de comportament. Astfel de ipostaze se circumscriu exercițiului unui drept în mod excesiv sau nerezonabil.

În sistemul juridic din Québec, model pentru reglementarea propriu-zisă a drepturilor personalității, atât exercițiul unui drept concurent cu rea-credință, cât și exercițiul unui drept concurent în mod excesiv și nerezonabil justifică o acțiune în daune-interese (art. 7 C.civ.Q., art. 15 C.civ.)⁷⁶. Unele soluții jurisprudențiale, precum exercițiul normal al dreptului la viață privată nu poate împiedica autoritatea competentă să verifice dacă persoana care solicită ajutor social este în mod real îndreptățită să-l primească conform legii⁷⁷, sau, în anumite condiții nu poate împiedica dreptul publicului la informare⁷⁸, pot fi utilizate și în dreptul nostru, mecanismul adus în discuție fiind tot existența unui interes preponderent, public sau privat, care să justifice atingerea adusă dreptului personalității.

Vom încerca să demonstrăm că acest sistem sursă de cenzură a abuzului în exercițiul drepturilor nepatrimoniale este compatibil cu dispozițiile art. 75 C.civ.. În opinia noastră, așezat în cheia juridică potrivită mecanismele juridice se pot dovedi complementare. În dreptul din Québec,

⁷⁶ J. L. BAUDOIN, Y. RENAUD, *op. cit.*, art. 35.10.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 95.

de unde s-a inspirat legiuitorul român, influențat puternic de conceptele anglo-saxone, utilizarea sintagmei exercițiu rezonabil/nerezonabil al unui drept face trimitere la experiența anglo-saxonă în utilizarea conceptului. În dreptul nostru această nouă concepție asupra abuzului de drept ar putea ridica dificultăți și excese la aplicarea în practică.

Pentru a contura câteva repere privitoare la exercițiul excesiv și nerezonabil al unui drept vom încerca să adaptăm la valențele textului legal român o seamă de teze formulate recent în doctrina franceză⁷⁹. Astfel, atunci când izvorul dreptului a cărui exercitare se discută este o normă legală, alături de conduita titularului dreptului, pentru a o putea analiza din prisma caracterului nerezonabil și excesiv se poate utiliza, alături de criteriul echității⁸⁰, și pe acela al finalității urmărite de legiuitor prin recunoașterea aceluia drept

Această perspectivă considerăm că oferă cheia juridică corectă pentru aplicarea art. 75 C.civ., voința legiuitorului drept criteriu pentru exercițiul dreptului cu bună-credință (limitele de exercitare ale dreptului) se interpretează conform practicii CEDO, a pactelor și tratatelor internaționale la care România este parte, atunci când acestea sunt incidente. Legiuitorul român a optat în acest fel pentru o formulă flexibilă, susceptibilă de a integra în dreptul intern evoluțiile din jurisprudența CEDO, precum responsabilitatea pe care trebuie să o arate jurnalistul în exercițiul dreptului la liberă exprimare. Astfel nu doar exercițiul unui drept nepatrimonial cu rea-

⁷⁹ A. KARIMI, *Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle*, în *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, Paris, 2006, p. 156 și urm. Utilizarea concepției autorului, apropiată de cea obiectivă formulată de Jossierand, nu ar fi posibilă în dreptul nostru actual, datorită adoptării de către legiuitorul român ca principiu a concepției subiective cu privire la abuzul de drept.

⁸⁰ D. CHIRICĂ, *op. cit.*, p. 133.

credință, ci și conduita anormală ori antisocială din perspectiva analizei de proporționalitate pot fi sancționate.

Pentru celelalte situații, conduita rezonabilă se apreciază în funcție de finalitatea urmărită de legiuitor, moderată de criteriul echității, prin funcția sa integrativă⁸¹, atunci când limitele generale deduse din voința legiuitorului sunt prea generale sau incongruente cu particularitățile situației juridice în care dreptul a fost exercitat. Astfel articulate, dispozițiile legale pot fi coerent aplicate, fără discrepanțe în ceea ce privește conduita de bună-credință în exercițiul unui drept nepatrimonial din perspectiva dreptului intern, respectiv din perspectiva surselor la care trimite art. 75 C.civ.. Chiar dacă abuzul de drept nu se limitează la a genera o răspundere civilă delictuală, formele sale de manifestare și remediile fiind mult mai diverse, art. 1353 C.civ., raportat la art. 75 C.civ., trimit, atunci când sunt întrunite condițiile, la repararea prejudiciului cauzat pornind, în opinia noastră, de la acest fundament.

6.1 Prejudiciul

Problema prejudiciului moral pur⁸² a generat ample dezbateri în dreptul nostru, în încercarea de a concilia principiile generale ale răspunderii civile cu particularitățile reparării prejudiciului nepatrimonial⁸³. În dreptul român, răspunderea civilă delictuală este atrasă, în principiu, și pentru cea

⁸¹ Pentru principiul echității și funcțiile sale, M. NICOLAE, *Drept civil. Teoria Generală*, Vol. I, Ed. Solomon, București, 2017, p. 267 – 272.

⁸² Conform clasificării reținute de L. POP în L. POP, I. F. POPA, S. I. VIDU, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 414, prejudiciile morale pure exclud categoria prejudiciilor corporale și constau în dureri psihice cauzate prin atingerile aduse personalității afective ori personalității sociale a unei persoane.

⁸³ Pentru dezvoltări, C. JUGASTRU, *op. cit.*, *Prejudiciul ...*, p. 191 – 251.

mai ușoară culpă (art. 1357 alin. (2) C.civ.), iar reparația prejudiciului trebuie să fie integrală (art. 1385, 1386 C.civ.). Însă în materia prejudiciului nepatrimonial nu se poate vorbi despre o „reparare” în sensul propriu al termenului ci despre compensarea suferințelor victimei⁸⁴. Această compensare, atât din perspectiva tradițiilor dreptului intern⁸⁵, cât și din perspectiva jurisprudenței CEDO⁸⁶, trebuie să găsească un echilibru între nevoia de a acorda satisfacție victimei și imperativul de a nu transforma indemnizarea în amendă excesivă pentru autorul faptei și sursă de îmbogățire pentru victimă.

Pentru a ajunge la acest rezultat s-a apreciat, în doctrină și jurisprudență⁸⁷, că evaluarea prejudiciului trebuie făcută prin prisma echității. Ne propunem, din perspectiva găsirii echilibrului în stabilirea compensației, să analizăm în ce măsură analiza de proporționalitate poate oferi soluții pentru determinarea existenței prejudiciului și a determinării compensației echitabile. Pentru început vom trece în revistă, critic, ultimele soluții ale instanței supreme, a căror considerente în materia determinării prejudiciului apreciem că trebuie puse în discuție:

În decizia nr. 153/2016, ÎCCJ⁸⁸ a reținut că în acord cu jurisprudența națională și practica CEDO, că

„ (...) proba faptei ilicite este suficientă, urmând ca prejudiciul și raportul de cauzalitate să fie prezumate, instanțele urmând să deducă producerea prejudiciului moral din simpla existență a faptei ilicite de natură să producă un asemenea prejudiciu și a împrejurărilor în care a fost săvârșită, soluția fiind determinată de caracterul subiectiv,

⁸⁴ C. JUGASTRU, *op. cit.*, *Constanța ...*, p. 77.

⁸⁵ I. ALBU, *Considerații asupra revenirii jurisprudenței române la practica reparării bănești a daunelor morale*, în *Dreptul* nr. 8/1996, p. 22.

⁸⁶ C. JUGASTRU, *op. cit.*, *Constanța ...*, p. 79.

⁸⁷ ÎCCJ, decizia 36/2017, disponibilă pe scj.ro.

⁸⁸ Disponibilă pe scj.ro.

intern al prejudiciului moral, proba sa directă fiind practic imposibilă.” Pentru a justifica o astfel de concluzie drastică curtea a făcut referire la jurisprudența CEDO:

„În cauzele *Danev împotriva Bulgariei* și *Iovtchev împotriva Bulgariei*, CEDO a reținut în esență încălcarea convenției, după ce a considerat că abordarea formalistă a instanțelor naționale, care atribuiseră reclamantului obligația de a dovedi existența unui prejudiciu moral cauzat de fapta ilegală, prin dovezi susceptibile să confirme manifestări externe ale suferințelor lui fizice sau psihologice, avuseseră ca rezultat privarea reclamantului de despăgubirea pe care ar fi trebuit să o obțină (...). Curtea a subliniat că motivarea hotărârilor interne nu a ținut seama de faptul că încălcarea constatată a drepturilor fundamentale ale persoanei putea în sine, în lumina afirmațiilor acestuia, potrivit cărora se afla într-o stare psihologică sensibilizată, să fie reținută ca element pentru stabilirea unui prejudiciu moral. Curtea a considerat că aplicarea unei asemenea abordări formaliste de către instanțe era în măsură să excludă acordarea unei despăgubiri într-un foarte mare număr de cazuri în care fapta nu era însoțită de o deteriorare vizibilă obiectiv a stării fizice sau psihice a victimei. Abordarea respectivă a instanțelor naționale, care solicitaseră persoanei în cauză să își demonstreze suferințele prin alte mijloace de probă, în special prin mărturii, fără a putea accede la acestea, l-a privat pe reclamant de un recurs efectiv în sensul art. 13 din convenție.

În domeniul art. 3 din convenție, Curtea a subliniat, în cauza *Elefteriadis împotriva României*, că raționamentul urmat de instanțele naționale pentru a respinge cererea prin care reclamantul încerca să obțină repararea suferințelor îndurate de el (...), lăsa impresia că lipsa unor mijloace de probă materiale ale prejudiciului invocat era cea care justificase decizia acestora de a nu acorda despăgubiri. Curtea a considerat că, chiar și admitând că în general era sarcina oricărei persoane care introduce o acțiune în justiție să facă proba susținerilor sale, nu consideră rezonabil ca, în circumstanțele speței, să atribuie reclamantului obligația de a demonstra temeinicia pretențiilor sale prin intermediul unor dovezi susceptibile să ateste suferințele cauzate (...). Curtea a subliniat în repetate rânduri obligația care revine instanțelor naționale de a interpreta cerințele procedurale în mod proporțional și rezonabil (a se vedea, *Stone Court Shipping Company, S. A. împotriva Spaniei*, 28 octombrie 2003, *Pérez de Rada Cavanilles împotriva Spaniei*, 28 octombrie 1998, *Miragall Escolano și alții împotriva Spaniei*).”

În opinia noastră, interpretarea dată de ÎCCJ prin deciziile 153/2016 și 1370/2017 cerințelor pentru dovedirea prejudiciului este una extremă, mergând dincolo de echilibrul ce trebuie căutat prin mecanismul analizei de proporționalitate în cazul fiecărei spețe. Din perspectiva acestui mecanism, CEDO analizează cu prioritate circumstanțele faptei, astfel încât silogismul înaltei curți, în sensul că dacă s-a apreciat într-o situație particulară (precum suferințele produse de regimul de detenție – Dachev c. Bulgaria) că instanțele naționale nu ar fi trebuit să acționeze formal ci ar fi putut utiliza și prezumții judecătorești pentru determinarea prejudiciului înseamnă că întotdeauna, în orice speță, prejudiciul moral se prezumă în cazul suferințelor psihice, este vădit mult dincolo de sensul considerentelor deciziei curții europene și de cerințele de echilibru și echitate care trebui urmărite în soluționarea unor chestiuni generate de interferența unor drepturi nepatrimoniale. Între considerentul din decizia CEDO, „pot fi utilizate și prezumții pentru dovedirea prejudiciului moral” și considerentul ÎCCJ, „prejudiciul întotdeauna se presupune”, nemaifiind necesară administrarea niciunei probe este o vădită diferență de abordare și consecințe juridice, iar interpretarea corectă în opinia noastră a jurisprudenței CEDO este de a utiliza și prezumții, adaptate circumstanțelor faptei, dacă reclamantul nu poate utiliza probe directe⁸⁹.

Apoi prejudiciul moral, dovedit cu probe directe sau dedus din prezumții, considerăm că se impune a fi compensat și în funcție de tipul și intensitatea atingerii pentru a putea răspunde exigenței de proporționalitate a măsurii adoptate. La nivel de principiu, pentru a identifica nivelul unei indemnizații echitabile, instanțele române se raportează la gravitatea faptei

⁸⁹ O opinie critică asupra acestor considerente ale deciziei ÎCCJ a fost reținută și în decizia Curții de Apel Cluj, nr. 241/R/2016 publicată în PR nr. 4/2017, la secțiunea jurisprudență, p. 221 – 237.

ilicite, natura valorii nepatrimoniale lezate și proporționalitatea despăgubirilor cu prejudiciul moral efectiv cauzat⁹⁰.

Și în dreptul român, prin raportare la jurisprudența CEDO⁹¹, s-a reținut faptul că proporționalitatea poate fi analizată și în funcție de severitatea sancțiunilor impuse libertății de exprimare ca urmare a atingerii aduse dreptului la viață privată⁹². Reflexii ale acestei concepții se regăsesc și în motivarea unor soluții, unde s-a reținut că potrivit jurisprudenței Curții europene, relevantă în stabilirea cuantumului despăgubirilor stabilite pentru încălcarea dreptului la viață privată, corespunzător exercitării dreptului la libertatea de exprimare, este și proporționalitatea pedepsei, (cauza C. și M. contra României, par. 111 și urm.) respectiv, cuantumul daunelor interese acordat de instanțele ce au constatat încălcarea (cauza A. contra României, par. 99, 100)⁹³.

De aceea apreciem că în cazul prejudiciilor morale pure, în special cele generate ilicit de exercițiul unui drept nepatrimonial concurent, *măsura* în care atingerea este dedusă din lipsa interesul preponderent privat, sau public după caz, în exercițiul dreptului concurent al autorului faptei, ar trebui să constituie un reper determinant pentru *măsura* compensației acordate pentru prejudiciul cauzat. Deși, la prima vedere, o astfel de susținere ar putea să pară o erezie juridică, răspunderea civilă clasică reclamând integrala reparare a prejudiciului indiferent de intensitatea faptei ilicite, soluția este în concordanță

⁹⁰ ÎCCJ, dec. nr. 10/2017, disponibilă pe scj.ro.

⁹¹ Cauzele *LEPOJIC c. Serbia* și *FILIPOVICI c. Serbia*, unde au fost criticate ca disproporționate măsurile aplicate împotriva unor jurnaliști, din perspectiva cuantumului daunelor materiale și a aplicării unei amenzi susceptibilă la transformarea în închisoare, chiar dacă a existat o atingere ilicită a unor drepturi nepatrimoniale, cu luarea în considerare a faptului că subiectele erau de interes public.

⁹² C. MUNTEANU, R. Ș. LAZĂR, *op. cit.*, p. 151.

⁹³ CA București, s. a IV-a civ., dec. nr. 520 din 30 mai 2016, www.rolii.ro.

cu exigențele de proporționalitate între prejudiciu și pedeapsă, reclamate de jurisprudența CEDO și este compatibilă cu criteriile reținute în practica judiciară pentru argumentarea unei soluții echitabile precum gravitatea faptei ilicite în raport cu valoarea nepatrimonială lezată.

Am îndrăzni chiar să mergem mai departe și să apreciem că în măsura în care din analiza datelor speței prin cheia juridică a analizei de proporționalitate, rezultă o atingere ilicită la limită, interesul public sau privat care să justifice fapta nefiind preponderent, cantonată în limitele unui exercițiu anormal al dreptului și nu cu rea-credință, ar trebui utilizate, unde este posibil, cu precădere mijloacele nepatrimoniale de restabilire a dreptului atins: măsurile prevăzute de art. 253 alin. (1) și (3) C.civ. (detaliate la punctele 3 și 4), restabilirea dreptului atins fiind mai echitabilă prin intermediul acestora. Indemnizația în aceste cazuri ar putea să lipsească sau să rămână la niveluri simbolice. Sistemul mixt de reparare al prejudiciilor nepatrimoniale introdus de noul Cod civil este unul operațional⁹⁴, iar alegerea măsurii potrivite de restabilire a dreptului atins poate fi justificată și prin mecanismul analizei de proporționalitate. În dreptul elvețian sursă gravitatea prejudiciului suferit de titularul dreptului nepatrimonial este atenuată de măsurile de reparație nepatrimoniale luate fie de autor (publicarea spontană a unei rectificări sau a unui punct de vedere al victimei pe acel subiect), fie dispuse de instanță (publicarea hotărârii de condamnare, constatare caracter ilicit al faptei)⁹⁵.

În concluzie analiza de proporționalitate poate oferi o cheie juridică pentru asigurarea echilibrului în determinarea compensației pentru repararea prejudiciului moral, fie ca procedeu direct care urmărește să determine

⁹⁴ C. JUGASTRU, *op. cit.*, *Prejudiciul ...*, p. 165.

⁹⁵ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 127.

proporționalitatea întinderii indemnizației acordate, fie ca un element de luat în considerare la determinarea caracterului echitabil al prejudiciului. De asemenea, în opinia noastră, proporționalitatea ar trebui să se reflecte și în măsurile de compensare ale prejudiciului alese, acordând prevalență măsurilor nepatrimoniale, în special acolo unde atingerea este rezultatul unei exercitări excesive a unui drept concurent.

6.2 Aspecte procedurale

Însă soluția propusă, de a acorda prevalență mijloacelor nepatrimoniale de restabilire a dreptului atins, agreată în doctrină, după cum am arătat, se poate lovi de impedimente de ordin procedural. Așa cum s-a reținut și în cuprinsul altor lucrări dedicate acestei teme, majoritatea acțiunilor înregistrate la instanțe urmăresc exclusiv obținerea de daune materiale, situațiile în care se solicită daune modice (1 leu) sau exclusiv măsuri nepatrimoniale fiind cvasiinexistente, adesea cuantumul sumelor solicitate fiind disproporționat în raport cu gravitatea lezării dreptului nepatrimonial⁹⁶.

Pot fi interpretate dispozițiile speciale ale art. 253 C.civ. în sensul că reclamantul, pentru a obține daunele materiale sau morale prevăzute la alineatul (4) trebuie să ceară și aplicarea uneia dintre măsurile prevăzute la alin. (1)?. În opinia noastră formularea textelor legale nu duc la o astfel de concluzie, iar principiul disponibilității permite persoanei care se consideră vătămată să aleagă modalitate în care înțelege să solicite restabilirea dreptului atins, optând exclusiv pentru o indemnizare. Nu credem nici că ar putea instanța să dispună din oficiu, măsuri pentru restabilirea dreptului atins

⁹⁶ C. JUGASTRU, *op. cit. Constanța ...*, p. 53.

(publicarea hotărârii de condamnare), sau chiar constatarea caracterului ilicit al faptei, de o manieră similară cu obligația instanței de a se pronunța, chiar și din oficiu, asupra numelui soților în cadrul procedurii divorțului (art. 919 alin. (3) C.p.civ.), deși în doctrină au fost date astfel de interpretări textului art. 253 C. civ.⁹⁷. În lipsa unei dispoziții procedurale neechivoce care să ofere judecătorului facultatea de a alege măsura nepatrimonială pe care o consideră adecvată pentru restabilirea dreptului atins, apreciem că rămâne aplicabilă regula, limitele investirii instanței fiind guvernate de principiul disponibilității.

În aceste condiții poate persoana vătămată, prin intermediul cererii formulate, să determine obținerea unui quantum mai mare al indemnizației renunțând la celelalte remedii nepatrimoniale posibile. În opinia noastră soluția nu ar fi conformă cu cerința proporționalității măsurilor reparatorii și nici cu criteriul echității, deoarece, așa cum am dezvoltat la punctul anterior, indemnizația acordată trebuie să păstreze echilibrul între nevoia de a acorda satisfacție victimei și imperativul de a nu transforma indemnizarea în amendă excesivă pentru autorul faptei și sursă de îmbogățire pentru victimă. În opinia noastră, instanța nu ar trebui să modifice întinderea indemnizației de compensare la care se oprește pentru faptul că reclamantul nu a optat și pentru remediile nepatrimoniale, compensarea prejudiciului moral pur din perspectiva proporționalității pedepsei rămânând o construcție cu geometrie variabilă, compusă din măsuri nepatrimoniale și patrimoniale potrivite acelei situații juridice. În consecință trebuie să se rețină cu prilejul stabilirii daunelor faptul că în vederea restabilirii dreptului atins, a oferirii unei satisfacții morale, rămân a fi disponibile și măsuri nepatrimoniale, mai ales că o acțiune

⁹⁷ Gh. BUTA, Apărarea drepturilor nepatrimoniale, în Marilena ULIESCU (coordonator), *Noul cod civil. Studii și comentarii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, vol. I, p. 576. apud L. TEC, *op. cit.*, comentariu la art. 253.

vizând acordarea unor astfel de măsuri, imprescriptibilă, poate fi introdusă și ulterior acordării daunelor prin hotărâre definitivă. Desigur, unele măsuri, precum publicarea unei retractări sau oferirea unui drept la replică pot fi luate independent de acțiune de către autorul faptei, iar satisfacția astfel oferită să fie luată în considerare ca o restabilire a dreptului atins.

În doctrină⁹⁸ s-a afirmat că acțiunea de la art. 253 alin. (4) C.civ. poate fi introdusă nu doar independent, ci și împreună cu acțiunea de la alin. (3) lit. a) sau, teoretic și în măsura în care este identificată în mod pertinent, cu o acțiune de la alin. (3) lit. b) teza I-a. Acțiunea de la alin. (4) nu ar putea fi introdusă împreună cu acțiunea de la alin. (1) lit. c), câtă vreme constatarea caracterului ilicit al faptei reclamate este, oricum, o etapă de analiză în urma căreia, dacă cererea este admisă, autorul este condamnat la repararea bănească a prejudiciului și nici împreună cu una din acțiunile de la alin. (1) lit. a) sau b), acestea din urmă remarcându-se prin inexistența prejudiciului sau dezinteresul victimei pentru repararea lui.

Considerăm opinia fundamental eronată încă de la premisa expusă, anume că măsurile prevăzute la art. 253 alin. (1) ar reprezenta forme ale unei acțiuni în răspundere delictuală. În realitate, așa cum am încercat să demonstrăm la punctul 4, măsurile de prevenire și încetare a încălcării unui drept nepatrimonial sunt autonome, distincte de acțiunea în răspundere delictuală deoarece pot fi dispuse de către instanță independent de vinovăția autorului și de producerea unui prejudiciu. Constatarea caracterului ilicit al faptei nu are rolul de a stabili existența primei condiții a răspunderii civile delictuale, fapta ilicită, ci, așa cum se reține și în dreptul sursă elvețian⁹⁹, are

⁹⁸ L. TEC, *op. cit.*, comentariu la art. 253.

⁹⁹ A. BUCHER, *op. cit.*, p. 121.

menirea de a duce la înlăturarea tulburării generate de o atingere ilicită, dacă aceasta subzistă, oferind și o satisfacție morală pentru atingerea suferită.

De asemenea, măsura prevăzută la art. 253 lit. b) C.civ., de încetare a săvârșirii faptei ilicite și interzicerea acesteia pentru viitor, determină o combinație de efecte preventive (să nu mai fie adusă atingere dreptului afectat pentru viitor) și de restabilire a dreptului atins (există un considerent esențial al unei hotărâri judecătorești prin care s-a statuat asupra caracterului ilicit al atingerii aduse dreptului victimei), compatibilă, acolo unde sunt întrunite condițiile cu acordarea de daune materiale, respectiv morale pentru prejudiciul produs până la momentul la care instanța a dispus încetarea faptei ilicite¹⁰⁰.

6.3 Acțiunea în remiterea câștigului obținut prin intermediul atingerii aduse drepturilor personalității

În practică pot să apară situații în care autorul unei fapte ilicite să urmărească, cu rea-credință, să aducă atingere dreptului unei alte persoane (de obicei dreptul la viață privată), cu scopul de a obține profit în urma exploatării comerciale a informațiilor legate de o persoană notorie, fără să se pună problema unui interes preponderent, public sau privat, care să justifice atingerea adusă. Între măsurile identificate în dreptul sursă elvețian (în condițiile unei prevederi exprese în art. 28a, alin. (2) SZGB, alături de repararea prejudiciului cauzat de către presa de scandal, instanțele elvețiene

¹⁰⁰ Cum ar putea fi imaginată ipoteza în care instanța dispune ca angajatorul să înceteze supravegherea corespondenței personale a angajatului chiar și în timpul programului de muncă dacă nu ar fi justificată de un interes preponderent privat sau public după caz și acordă angajatului reclamant o indemnizație pentru suferința psihică deja produsă prin supravegherea până la acel moment.

au dispus obligarea societății editoare la plata către victimă, pe temeiul gestiunii de afaceri (într-o formă imperfectă), a întregului profit obținut de pe urma articolului sau emisiunii care a încălcat un drept nepatrimonial, pentru a înlătura practicile unor trusturi media care încălcau constant drepturile nepatrimoniale ale unor vedete, știind că profitul obținut este mult mai mare decât daunele care se acordă de către instanță.

Inițial am susținut¹⁰¹, că soluția din dreptul elvețian ar putea fi reținută și de practica din țara noastră deși nu se pliază exact pe conceptul codului civil român despre gestiunea de afaceri. Însă după o reanalizare a problemei juridice ne reconsiderăm poziția și opinăm că aceeași soluție, de obligare a autorului faptei la remiterea câștigurilor obținute prin încălcarea dreptului nepatrimonial al victimei, în dreptul nostru ar putea fi fondată pe răspundere civilă delictuală, prejudiciul constând în pierderea unei șanse (art. 1385 alin. (4) C.civ.), aceea de a valorifica patrimonial imaginea, renumele sau notorietatea. Analizând această reglementare de noutate în dreptul român în doctrină¹⁰² s-a reținut că șansa pierdută trebuie să fi fost reală și serioasă, iar la calculul valorii daunei potențiale trebuie luat în calcul, proporțional, și probabilitatea ca acea șansă să fie valorificată de victimă.

Considerăm că aceste condiții sunt îndeplinite în astfel de circumstanțe, din moment ce un astfel de câștig a fost efectiv realizat de autorul faptei ilicite șansa de a obține un câștig este cât se poate de reală și serioasă, iar victima ar fi obținut acel câștig dacă ar fi valorificat imaginea sa într-o astfel de manieră, chiar dacă s-a ajuns în concret forțat la valorificarea sa. Soluția a fost reținută pentru același fundament juridic și în doctrina

¹⁰¹ I. REGHINI, Ș. DIACONESCU, P. VASILESCU, *op. cit.*, p. 362.

¹⁰² L. POP, I. F. POPA, I. S. VIDU, *op. cit.*, pp. 564-565.

franceză, unde a fost recunoscut în favoarea unui artist fotograf dreptul de obține repararea prejudiciului generat de pierderea șansei de a valorifica acele fotografii¹⁰³. În fine, din perspectivă morală, indubitabil îndreptățit să păstreze câștigul realizat este cel a cărui imagine, în sens larg, a fost utilizată și nu autorul faptei ilicite.

7 Concluzie finală

Apreciem, în lumina argumentelor expuse în prezentul studiu, că evoluția dreptului românesc în materia protejării drepturilor nepatrimoniale trebuie să depășească etapa dezbaterilor asupra posibilității reparării prejudiciilor produse prin intermediul daunelor morale, problemă deja clarificată atât legislativ cât și jurisprudențial. Noua reglementare, corect interpretată și articulată cu jurisprudența CEDO în materia respectării drepturilor fundamentale, are potențialul de a oferi mijloace adecvate de ocrotire a drepturilor personalității, atât prin măsuri nepatrimoniale, preventive și reparatorii cât și, acolo unde se impune, prin acordarea unor daune-înterese.

Însă posibilitatea de a acorda daune morale pentru repararea prejudiciilor nepatrimoniale, astăzi unanim recunoscută, nu trebuie dusă, în opinia noastră, în cealaltă extremă, în a transforma toate acțiunile menite să protejeze drepturile nepatrimoniale în acțiuni în răspundere civilă delictuală.

¹⁰³ Tribunalul de mare instanță din Paris, hotărârea din 22 septembrie 2017, analizată în C. JUGASTRU, *op. cit. Constanța ...*, p. 76.

Sistemul acțiunilor de protejare și restabilire a dreptului atins, preluate după model elvețian, oferă, într-o interpretare corectă, echilibrată, posibilitatea pentru instanțe de a stabili măsura adecvată, echitabilă, pentru protejarea dreptului nepatrimonial, respectând astfel și cerința CEDO de a găsi echilibrul între restabilirea dreptului ilegal atins și a nu transforma restabilirea dreptului și repararea prejudiciului într-o formă de îmbogățire pentru victimă. A subsuma acțiunile prevăzute de art. 253 alin. (1) C.civ. doar unor premise logico-juridice subînțelese în cadrul unei acțiuni în răspundere civilă delictuală (care ar demonstra existența faptei ilicite) ar reprezenta o eroare de raționament juridic și o pierdere din perspectiva utilizării remediilor adecvate pentru repararea prejudiciilor cauzate și restabilirea dreptului atins.

În acest context analiza de proporționalitate, ca mecanism juridic la care face constant trimitere jurisprudența CEDO, poate depăși funcția clasică de criteriu pentru determinarea existenței unei fapte ilicite. Ea poate fi utilizată ca un criteriu pentru determinarea modalității de reparare a prejudiciului prin prevalența mijloacelor nepatrimoniale, în special atunci când atingerea ilicită nu este justificată interesul preponderent, public sau privat, al autorului faptei, care însă nu a urmărit, cu rea-credință, să aducă atingere dreptului victimei.

Poate că o ajustare a dispozițiilor procedurale incidente în materia acțiunilor vizând protecția drepturilor nepatrimoniale, care să se desprindă de răspunderea civilă clasică, cu justificarea obligației de a găsi în dreptul intern mijloace juridice care să permită respectarea cerințelor de proporționalitate reclamate în considerentele deciziilor CEDO, ar putea pune adecvat în valoare acțiunile nepatrimoniale și remediile nepatrimoniale menite să restabilească dreptul atins. Apreciem că ar merita analizat în ce măsură ar fi de preferat ca instanța să poată dispune, chiar și din oficiu, constatarea caracterului ilicit al

faptei, publicarea hotărârii de condamnare sau alte măsuri nepatrimoniale, lăsând astfel deschise toate opțiunile pentru identificarea unei soluții de echilibru, conformă cu exigențele echității.

LAESIO ENORMIS, CODUL CIVIL AUSTRIAC
ȘI O AFACERE DE FAMILIE

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.2
Published Online: 2019-12-31

Mircea Dan Bob*

Rezumat: O căutare prin arhiva familiei mi-a revelat o serie de contracte de vânzare perfectate de străbunii mei acum aproape un secol. Clauzele acestora se referă în mod constant la art. 934 Cod civil austriac, privind leziunea enormă. Analiza de față își propune să urmărească aplicarea textului în Transilvania, pornind de la rădăcinile romanistice: cum a pătruns soluția romană în dreptul austriac? Care a fost aplicabilitatea practică a acesteia? Sensul ei roman a fost fidel păstrat? Scopul final va fi acela de a prezenta o evoluție de ordinul istoriei dreptului asupra leziunii, pentru a veni în ajutorul dezbaterilor actuale privind-i statutul în codul civil român actual.

Cuvinte cheie: leziune, *laesio enormis*, drept roman, contracte, vânzare, preț, viciu de consimțământ.

* Profesor, Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj; mirceabob@law.ubbcluj.ro.

LAESIO ENORMIS, THE AUSTRIAN CIVIL CODE AND A FAMILY BUSSINESS

Abstract: While searching through family papers, I discovered some sale contracts concluded a hundred years ago by one of my ancestors. Their clauses were constantly referring to the §934 ABGB's provisions on *laesio enormis*. It is the object of my paper to give an account on the application of this text in Romanian historical province of Transylvania, by comparing it to its Roman origins: how was the Roman law solution received in the ABGB? What was the extent of its application into practice? Did it succeed to stay true to its original sense? The ultimate purpose of the whole analysis will be to give a brief legal history account on the lesion, to help nowadays debates on its status in the recently revised Romanian civil code.

Keywords: lesion, *laesio enormis*, Roman law, contracts, sale, price, vice of consent.

Căutând prin arhiva familiei, am dat peste o serie de contracte de vânzare-cumpărare, încheiate în perioada interbelică de străbunii mei. Achiziționaseră imobile sub imperiul codului civil austriac – în vigoare în părțile ardelenale ale țării până la extinderea din 1947 a legislației civile a Vechiului Regat. Una din clauzele pe care am observat-o a reveni în fiecare contract era aceea de la nr. 6: renunțarea la beneficiul art. 934 ABGB, privind leziunea enormă.

cu prețul stabilit în suma de: Lei
adeacă divanul cucerit de lei

1. Vanzatorul lasă să treacă această parte de moșie descrisă mai sus, în proprietatea asigurată a cumpărătorului.

2. Numitul cumpărător primește imobilul descris mai sus în prețul arătat care preț s'a solicit cu ocarina subscrisă acestui contract

3. Cumpărătorul trec cu începerea zilei de azi în posesia moșiei și de azi înainte se bucură de tot profitul ei, purtând totdeauna și toate sarcinile și birurile (dările) ei.

4. Vanzatorul îndreptă pe cumpărătorul a Intabulară în cartea fundaură imobilul numit, fără a-i mai întreba.

5. Taxele de transcriere și cheltuielile de intabulare le suportă Cumpărătorul

6. Părțile renunță reciproc la dreptul lor bazat pe § 954 din codul civil austriac de a anula acest contract pentru păgubirea sub prețul de jumătate.

7. _____

Acest contract a fost citit și explicat părților, care înțelegând toate punctele numite, explicarea fiind făcută pe limba lor maternă, ca autentificare și au semnat acest contract cu mâna lor sau sennul lor propriu.

Data la 3/1-986

Herman Josef
Joan Pop

S'a explicat și semnat înaintea noastră:

M. Maribianu
Joan Pop

Reîmpărirea strict optîră!

Tipografia Al. Anca Cluj.

./.

4. Vănzătorii îndreptățesc pe cumpărătorii să intabuleze dreptul de proprietate asupra imobilului sus amintit fără de a mai fi întrebați și scutiți de uzufruct.-

5. Taxele de transcriere și cheltuielile de intabulare le suportă cumpărătorii.

6. Părțile renunță reciproc la dreptul lor întemeiat pe § 934 din codul civil austriac pentru cauză de leziune peste jumătate din prețul ordinar.

Acest contract a fost citit și explicat părților, care înțelegând toate punctele numite, explicarea fiind făcută în limba lor maternă ca autentificare au semnat acest contract cu mâna lor propriu.

Cluj la 15. Iulie 1934

S'a explicat și semnat înaintea noastră:


Martori. *Murison 1934*

Joan Cișan
Pavari Jean

Joan Kutan
Luigi Stefan
Stortez Josef
Stavile Savay
Grina Delau
m. Dr. Vanile Danu

Nr. 15436/1934 cf.
În intabulare dreptul de proprietate sub
Pl. 2, în cf. Nr. 440 a comunei Pavari.
Bliy, 10 Ianuarie 1935.

Dr. Nic. cf.
M. Iocta



Am redat mai sus partea finală a două dintre contractele pe care le-am identificat. Romanistul din mine a sesizat imediat legătura cu noțiunea apărută în dreptul postclasic și transmisă nouă prin dispozițiile din *Codex*. Civilistul din mine și-a formulat imediat două ipoteze:

a) ținând cont de repetarea standardizată a respectivei clauze în fiecare contract, oare nu cumva aceasta devenise una standardizată?

b) din eventualul răspuns afirmativ, ar decurge cea de-a doua ipoteză: cum și cât din regula romană se transmisese în Codul civil austriac?

Răspunsurile pe care voi încerca să le identific au și un scop mediat, pentru că vor fi urmate de studierea unui terț și ultim aspect: mai există leziunea enormă în dreptul civil român și comparat? Textele actualului Cod civil român au generat în literatura de specialitate critici legate de fundamentarea leziunii, plasată de legiuitorul nostru în categoria viciilor de consimțământ¹. Analiza pe care o propun nu va da un răspuns direct îndoielilor civiliste exprimate. Aceasta are doar scopul de a pune la dispoziția civilistului de azi experiența istoriei dreptului, în sensul de a răspunde la întrebarea următoare: se pretează leziunea la o fundamentare unică și coerentă logic?

1. Noțiunea de preț echitabil (*iustum pretium*) nu era cunoscută în dreptul clasic roman².

Este probabil și motivul pentru care citim la jurisconșulții clasici:

¹ D. CHIRICĂ, *Leziunea între reglementarea vechiului și noului Cod civil*, în SUBB *Iurisprudentia* nr. 4/2013, pp. 25-44, disponibil la <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/574>.

² O excepție era una ce ținea de persoane, mai degrabă decât de contracte: incapacitatea fiilor de familie mai tineri de douăzeci și cinci de ani. Aceștia puteau cere restituirea prețului plătit pentru o vânzare.

„Este normal ca fiecare să încerce, pe diverse căi, să tragă cel mai mare folos.”³

„Este normal la o vânzare să cumperi la cel mai mic preț lucrul cel mai valoros și să vinzi pentru mai mult ceea ce este de mai mică valoare, în funcție de jocul târguieilor.”⁴

Lucrurile se nuanțează însă în dreptul postclasic, astfel că ajungem să citim în Codexul lui Iustinian următoarele texte:

Imperatores Diocletianus, Maximianus. *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* [a.285] (C. 4.44.2)

Imperatores Diocletianus, Maximianus. *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.* [a. 293] (C. 4.44.8)

³ Pomponius, Dig. 4.4.16.4: *in pretio emptionis ... naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

⁴ Paulus, Dig. 19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere.*

Textele sunt prezentate în *Codex* a fi provenind din perioada domniei lui Dioclețian. Datarea este însă controversată. Unii romaniști identifică indicii în însuși conținutul acestora, pentru a concluziona că ar fi fost interpolate de comisia lui Iustinian – care a redactat ediția din anul 534 a codului. În plus, analizând soluția pe fond, cercetătorii în cauză susțin că localizarea temporală de mai sus devine discutabilă.

Conform textelor de mai sus, cel care a vândut un teren agricol pentru un preț inferior jumătății valorii sale juste, va putea invoca faptul că a suferit o leziune enormă. Admiterea pretenției sale poate avea ca rezultat fie desființarea retroactivă a vânzării fie complinirea prețului.

În susținerea originii dioclețiene a textelor, se arată că Dioclețian a dat edictul *de pretiis rerum venalium*, din care se crede azi că ar face parte și *laesio enormis*. Dar – s-a replicat – edictul în cauză era o măsura de drept public (nu privat), menită să protejeze de inflație cumpărătorii (nu vânzătorii) făcând parte din unele categorii defavorizate, prin instituirea unor tarife minimale pentru bunuri și servicii.

Pe de altă parte, Dioclețian a rămas în istorie drept un împărat conservator, un promotor al soluțiilor dreptului clasic roman. Or, soluția în discuție contrazice flagrant autonomia decizională a părților dintr-o relație contractuală, condensată în expresia *ius vigilantibus scriptum*: dreptul privat roman clasic nu-și propusese să edicteze reguli menite a ocroti părțile, ci a fost un set de reguli-cadru minimale pentru voința atotputernică a contractanților. Odată această voință angajată, partea este ținută fără doar și poate la executarea întocmai a prestațiilor asumate.

Ținând seama că nici Codul Theodosian (a. 439) nu menționează deloc *laesio enormis*, contestatarii paternității dioclețiene a soluției consideră că

aceasta ar aparține absolutismului statului-providență instaurat de Iustinian. Umanismul promovat de filosofia morală stoică și de creștinism ar fi considerat că se poate trece peste claritatea și scopul educativ al regulilor stricte și severe, preferându-se în cazuri excepționale soluții echitabile; se poate da astfel dovadă de înțelegere și se poate evita producerea unor consecințe prea dure. Replica dată acestor considerații este că argumentul interpolării nu ar fi decisiv și că absența referirii în *Codex Theodosianus* la cele două rescripte ale lui Dioclețian poate însemna doar că nu ar fi primit consacrare legislativă generică decât sub Iustinian (dar au fost aplicate practic, pe fondul inflației galopante)⁵.

În ce mă privește, mi se pare mai probabil ca textul să aparțină redactorilor *Codexului*. Aceasta se susține și contextual: dacă inflația aducea consecințe practice injuste evidente, cum este posibil ca rescriptele lui Dioclețian să fi fost „uite” de către comisia lui Teodosiu al II-lea? Pe de altă parte, apariția lor abia sub Iustinian se justifică ținând cont de consecințele inechitabile ale fiscalității severe instaurate de acesta: țărani fermieri nu mai puteau rezista și ajungeau să-și vândă pământurile la prețuri derizorii. Cumpărătorii erau deținătorii de capital din mediul urban, interesați să investească în valori stabile, cum sunt terenurile agricole. Este vorba de așa-numiții *potentes*: senatori, înalți funcționari, particulari bogați și bisericile creștine.

⁵ Există și opinia lui B. SIRKS, care vede în crearea iustiniană a leziunii enorme o specializare a posibilității existente deja în dreptul clasic, în caz de *restitutio in integrum* consecutivă unei vânzări, când cumpărătorul putea păstra bunul plătind vânzătorului un complement de preț.

2. Soluția din C. 4.44.2 a fost una de aplicare excepțională, la cazul individual al unui anume Aurelius Lupus⁶.

Vânzătorul a primit posibilitatea de a cere desființarea (resciziunea) vânzării pe care o consimțise la un preț mai mic decât jumătatea valorii reale a pământului său. Cumpărătorului i s-a acordat posibilitatea concomitentă de a salva contractul, achitând restul de preț. O rezolvare echitabilă, dar – pe fond – o simplă rezolvare de speță, nicidecum o regulă generalizabilă. Extinderea la alte ipoteze a survenit abia în jurisprudența medievală. Glosatorii și postglosatorii (comentatorii Corpusului iustinianeu, sec. XII-XIV) au aplicat-o și la alte categorii decât țărani, la alte bunuri decât terenurile agricole și chiar pentru alte contracte decât vânzarea!

Analogia a fost posibilă, deoarece **comentatorii întemeiau resciziunea pe ideea de dol**. Așa a ajuns să fie catalogată în dreptul civil francez modern între viciile de consimțământ. Or, **juriștii romani (și, pe urmele lor, canoniștii medievali) avuseseră o viziune obiectivă, pur economică a leziunii, considerând că orice bun are o valoare în sine, independentă de ce vor părțile să facă cu acesta; în atare concepție, leziunea era un simplu corectiv, exterior cadrului contractual**.

Dar analogia prezentată a fost acceptată în grade diferențiate de diverșii juriști ai perioadei, în funcție de cât de departe au mers în interpretarea izvoarelor romane și de măsura în care au cedat ideii de echivalență a prestațiilor în contracte.

⁶ Și nu de aplicare generală, cum se susține că ar fi primit prin constituțiile iustinieniene din *Codex* rescriptele anterioare ale lui Dioclețian.

3. *Laesio enormis* a ajuns în timp să aibă un destin comparabil cu cel al cauzei actului juridic – o altă soluție romană de speță, ridicată la rang de regulă generală de juriștii europeni.

Nu s-a putut niciodată răspunde în mod unitar la întrebări precum:

- cum aplicăm principiul pentru cumpărătorul constrâns de circumstanțe să achiziționeze la mai mult de dublul valorii reale?

- de ce să luăm reperul arbitrar al jumătății valorice? de ce să nu se stabilească alte limite, așa cum s-a procedat în landul Württemberg (sec. XVI și XVII, o treime) și în Franța (1804, Codul Napoléon, cu proporția de 5/12)?

- cumpărătorul trebuie să complinească prețul real integral sau numai diferența până la jumătatea acestuia?

Dincolo de aceste aspecte tehnice, criticile aduse *laesio enormis* au fost ocazionate de o problemă de fond: **ce înseamnă prețul just/real?**

În ochii liberalismului economic occidental (începând din sec. XVII), nu există un preț just sau unul real: prețul este cel pe care indivizii, care sunt părți într-un contract concret, îl stabilesc în funcție de circumstanțele particulare în care se găsesc. Pe această linie umanistă (și utilitaristă), se înscria celebrul pasaj extras din Leviatanul lui Hobbes:

*„The value of all things contracted for, is measured by the appetite of the contractors: and therefore the just value, is that which they be contended to give”*⁷.

Laesio enormis a ajuns totuși până în unele coduri civile moderne. Dar a reușit numai pentru că scolasticii medievali și apoi partizanii dreptului natural au ridicat echivalența prestațiilor în materie contractuală la nivel de principiu. Ei s-au pronunțat astfel pe filieră aristotelică. Stagiritul scrisese

⁷ Th. HOBBS, Leviatanul I.15.

Etica Nicomahică faptul că niciuna din părțile unui contract nu se poate îmbogăți pe seama celeilalte. Ideea a fost preluată de Sf. Toma de Aquino în sec. XIII, de la care a intrat în dreptul canonic prin influența Sf. Ambrozie, ajungându-se să fie considerată păcat orice abatere de la prețul just. Trebuie precizat că justetea prețului, ca aplicare a egalității enunțate, nu se raporta la vreo valoare intrinsecă și permanentă a obiectului vânzării sau la costurile sale de producție. Juriștii medievali și *ius naturaliștii* considerau că este just/real prețul stabilit de piață, pe baze concurențiale. Așa s-a ajuns, de exemplu, ca în Vechiul drept cutumiar francez să se admită leziunea în materie de vânzare mobilă: soluția s-a născut din necesitatea practică de a proteja micii producători de cupiditatea comercianților. Începând din sec. XIV, parlamentele încep însă să refuze să acorde resciziunea în materie mobilă cumpărătorilor, apoi și vânzătorilor. Domeniul leziunii revine treptat la cazul singular de *laesio enormis* din Dreptul Roman.

4. Până și credința în capacitatea cuiva de a atinge echivalența prestațiilor s-a diminuat în timp și în plan teoretic.

Sub influența umanismului la modă în școala Dreptului natural a sec. XVII, noțiunea de autonomie de voință a început să câștige teren în fața noțiunii metafizice/*ius naturaliste* de justiție contractuală. Autonomia de voință s-a impus sub influența ideilor lui Kant și Fichte, receptați de juriștii germani de început de sec. XIX (Eichorn, Savigny) și apoi și de cei elvețieni (Brocher) și francezi (Foelix, Weiss). Astfel de circumstanțe au dus la abandonarea totală a *laesio enormis*, începând cu sec. XIX. Singurele coduri moderne care au reținut-o au fost cel francez din 1804⁸ și cel austriac din 1811. Tribunalele din

⁸ PORTALIS, principalul tribun redactor al codului, scria: „*La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique.*” (Discours, în FENET, *Recueil ...*, vol. I, p. 510).

Africa de Sud s-au opus reținerii sale în corpusul de reguli Romano-Olandeze; legiuitorul sud african a procedat apoi (1952) la abrogarea expresă pentru viitor a *laesio enormis* din practica instanțelor.

5. Codul civil austriac este cel care ne interesează în acest punct.

Art. 934 prevede că, în contractele sinalagmatice, partea care a primit mai puțin de jumătate din ceea ce ea a dat celeilalte părți după valoarea ordinară, are dreptul de a cere desființarea contractului și repunerea în situația anterioară. Cocontractantul are însă dreptul de a salva convenția, declarându-se gata să complinească prestația până la valoarea obișnuită, disproporția fiind evaluată raportat la data contractării⁹. Atacarea vânzării pentru leziune enormă se prescria extintiv în termen de trei ani, conform art. 1487 ABGB.

Textul s-a văzut însă din start redus la tăcere în practică, unde renunțarea expresă la beneficiul său – permisă de art. 935 – a devenit clauză standard. Contractanții români din Transilvania nu au făcut aici decât să imite pe cei austrieci. Privind lucrurile din perspectiva istoriei comparate a dreptului, nu găsim ceva absolut nou. În Vechiul Drept cutumiar francez, încă din sec. XIII, notarii înserează fie declarații de renunțare la invocarea leziunii în actele de vânzare pe care le întocmesc, fie donația de către vânzător a diferenței valorice către cumpărător. Notarii francezi procedau astfel numai și numai din prudență; receptarea științifică încă din sec. XII a Dreptului Roman nu apucase încă să impregneze practica, pentru a se referi la *laesio enormis*.

6. Iată deci că ipoteza de la punctul a) se verifică:

***Laesio enormis*, o rezolvare în echitate inventată în dreptul roman postclasic, a ajuns pe bazele teoretice ale justiției contractuale**

⁹ Cas. III, dec. 616/10.IV.1930, în Dreptatea 1931.64 nr. 42.

egalitate până în codul modern austriac; dar aplicarea sa practică a ajuns să fie anulată printr-o clauză devenită standard – așa cum sunt și cele din contractele străbunicilor autorului acestor rânduri.

Concluzia noastră se verifică și în extrem de săraca jurisprudență apărută în publicațiile de specialitate. De exemplu, Curtea noastră de casație a respins pretenția vânzătorilor de a se aplica dispozițiile art. 934 ABGB referitoare la leziunea enormă, câtă vreme renunțaseră expres, la data contractării, la acest beneficiu (art. 935 ABGB)¹⁰. Un comentator al codului austriac¹¹ arăta în deceniul al treilea al secolului trecut că art. 934 ABGB este o normă dispozitivă, astfel că poate fi înlăturat de părți fără a altera prin aceasta substanța contractului: excluderea în cauză este un element natural al contractului (*naturalia negotii*), admis de altfel de art. 935 ABGB.

7. Să urmărim acum destinul ulterior al *laesio enormis*.

Codul civil austriac a fost aplicat în zona Clujului până la extinderea în 1947 a legislației civile a Vechiului Regat. Or, leziunea între majori nu fusese acceptată în nicio ipoteză de comisia lui Cuza în 1864¹², iar Decretul nr. 31/1954, referitor la persoanele fizice și juridice, nu a deviat de la această direcție. Codul a suferit însă o revigorare legislativă în 1979, când s-a interzis expres renunțarea la beneficiul articolului său 934! Este aceasta o revigorare

¹⁰ Cas., dec. 1011/1925, citată în Șt. LADAY, Codul civil austriac în vigoare în Ardeal și completat cu legile și regulamentele modificatoare, cuprinzând și jurisprudență, vol. I, Cluj 1924, pp. 176-177, p. 177.

¹¹ L. ANCA, *Compendiu de drept civil, cuprinzând codul civil austriac în vigoare în Transilvania, comparat cu dreptul civil al părților ungurene și dreptul civil al Vechiului Regat, precum și modificările făcute prin legile de modificare*, Cluj f.a. (192?) p. 145, 160 și 169.

¹² Fără a intra în detalii care aici nu-și au locul, menționăm faptul că, în literatura noastră, s-a demonstrat că art. 699 c.civ.1864 – în materie de opțiune succesorală – nu reglementa de fapt un caz de leziune.

a regulii romane? Fără îndoială, dar pe alte baze teoretice decât cele iustinieniene. Pentru a le elucida și a da răspuns ipotezei de la punctul b), o mică incursiune în codurile civile europene este necesară.

Art. 138 BGB declară nul, la alin. (1), orice act juridic care aduce atingere bunelor moravuri. La alineatul secund, declară nul cu precădere orice act juridic în care prestațiile sunt disproporționate datorită stării de necesitate în care se găsește o parte, a lipsei sale de experiență, a lipsei capacității sale de a judeca sau a stării de slăbiciune în care se află. Altfel spus, conform textului german, este contrar bunelor moravuri (și nul, ca urmare) orice contract în care o parte profită de slăbiciunea economică a celuilalt sau ignoră în mod nepermis faptul că ultimul a contractat numai datorită situației precare (de judecată, de sănătate) în care se afla.

O dispoziției asemănătoare se găsește în art. 21 alin. (1) din Codul elvețian al obligațiilor¹³. De asemenea, art. 388 C.civ. polonez reglementează așa-numita „exploatare”, pentru ceea ce tradiția desemna prin leziune: prestațiile din orice contract bilateral având ca obiect bunuri pot fi redimensionate de instanță sau, după caz, se poate ajunge la desființarea retroactivă a contractului, când se constată o disproporție semnificativă între beneficiile părților, datorată stării de nevoie în care se găsea păgubitul (stare cunoscută de cel care a profitat).¹⁴

¹³ „*En cas de disproportion évidente entre la prestation promise*”

¹⁴ T. Szpila, *Laesio enormis a instytucja wyzysku*, publicat 23.IV.2014, (data ultimei accesări: 01.09.2019), disponibil la: <https://europeanlegalculture.wordpress.com/2014/04/23/laesio-enormis-a-instytucja-wyzysku/>.

8. Care este situația în dreptul civil român postmodern?

Într-un raport la un congres internațional, un avocat român interbelic¹⁵ întreprindea o analiză istorică a problemei, apoi sesiza faptul că existaseră în jurisprudența română spețe care ar fi reclamat existența în Codul civil de la 1864 a leziunii între majori. Oferă exemplul de vânzare a imobilului de către o orfană a doua zi după majorat: convinsă că face un târg bun, în fapt și-a ruinat jumătate din avere.

Un pasaj din rândurile scrise de un alt avocat român al epocii ne relevă preocuparea pentru revigorarea *laesio enormis*:

„Trebuie să avem în legislațiunea noastră civilă o teorie a leziunii enorme, care să opereze atât în materie mobilă cât și imobiliară, atât în beneficiul vânzătorului cât și al cumpărătorului sau mai general în beneficiul celor două părți dintr-un contract bilateral. Nu trebuie ca o limită aritmetică convențională să fie indicele de cetit automat, când este cazul unei vătămări pentru caz de leziune, ci trebuie ca numai aprecierea unor experți sau judecători s-o exprime, fără s-o lase aprecierii cu totul arbitrare a părților. Și să nu pară că explicațiunea se restrânge la vânzare, menționez că așa se întâmplă la orice act bilateral.”¹⁶

Răspunsul pozitiv a fost dat de codul civil român din 2011:

¹⁵ Gr. PHEREKYDE, *Le problème de la lésion*, în Pandectele Române 1932.IV.203-208.

¹⁶ M. S. TEODORU, *Laesio enormis*, în Gazeta tribunalelor nr. 8-9/1937, p. 4. V. contra, E. B., *Problema leziunii*, în Pagini juridice (VI) 1938.6.112-117., unde autorul face niște confuzii de ordin istoric pentru a argumenta, în esență, că numai un viciu de consimțământ ar putea duce la anularea contractului bilateral disproporționat sub aspectul prestației. Or, în opinia autorului, criteriile obiective pe care *laesio enormis* se bazează nu pot fi acceptate pentru a desființa convenția părților. Această opinie era depășită încă de când a fost emisă (1938), leziunea fiind deja intrată în categoria viciilor de consimțământ.

Art. 1206 alin. (1): „[...] consimțământul este viciat în caz de leziune.”

Art. 1221 alin. (1): „Există leziune atunci când una dintre părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații.”

Art. 1222 alin. (1): „Partea al cărei consimțământ a fost viciat prin leziune poate cere, la alegerea sa, anularea contractului sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită.

(2) [...] acțiunea în anulare este admisibilă **numai dacă leziunea depășește jumătate din valoarea pe care o avea, la momentul încheierii contractului, prestația promisă sau executată de partea lezată** (s.n., MDB). Disproporția trebuie să subziste până la data cererii de anulare.

(3) În toate cazurile, **instanța poate să mențină contractul dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații** (s.n., MDB) [...].”

9. Prin prisma datelor de drept civil comparat redate, sunt semne clare că individualismul absolut nu a avut viață lungă și că doctrina egalității schimburilor a revenit.

De observat însă că **revenirea se bazează acum pe alte temeuri: cele ale mult mai recent inventatului drept al consumației**. Dacă examinăm variantele revizuite ale codurilor europene actuale, observăm fără dificultate cum arhitectura clasică (de origine romană, în general) a materiei obligațiilor este „infestată” de noțiunile dezvoltate în practica protecției consumatorului.

Cu alte cuvinte, *laesio enormis* revine, principial, în contextul necesităților de reglementare ale societății de consum. Este vorba de un set de reguli încă în curs de construire, pentru că îmi pare a se pune întrebarea:

problema concretă se poate rezolva prin intruziunea în contract sau prin edificarea unui corpus nou și coerent de drept al consumației? O întrebare pentru al cărei răspuns, așa cum se vede din cele expuse până aici, experiența Dreptului Roman este mai mult decât o afacere de familie ...

BIBLIOGRAFIE

- L. ANCA, *Compendiu de drept civil, cuprinzând codul civil austriac în vigoare în Transilvania, comparat cu dreptul civil al părților ungurene și dreptul civil al Vechiului Regat, precum și modificările făcute prin legile de modificare*, Cluj f.a. (192?) p. 145, 160 și 169;
- E. B., *Problema leziunii*, în *Pagini juridice* (VI) 1938.6.112-117;
- M. D. BOB, *Manual de drept privat roman*, București 2019, p. 200 și 247;
- D. CHIRICA, *Leziunea între reglementarea vechiului și noului Cod civil*, în *SUBB-Iurisprudentia* 4/2013, pp. 25-44, disponibil la: <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/574>;
- D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris 2007, pp. 406-425
- J-Ph. DUNAND, B. SCHMIDLIN, B. WINIGER, *Droit privé romain. II. Obligations*, Geneva 2010, p. 85;
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, pp. 887-888;
- J-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris 2002, pp. 215-216, 334, 722-723, 793-796, 820-823;
- Șt. LADAY, *Codul civil austriac în vigoare în Ardeal și completat cu legile și regulamentele modificatoare, cuprinzând și jurisprudență*, vol. I, Cluj 1924, pp. 176-177;

- L. DE LIGHT, în P. DU PLESSIS, C. ANDO, K. TUORI, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, p. 667;
- Gr. PHEREKYDE, *Le problème de la lésion*, în *Pandectele Române* 1932.IV.203-208;
- P. PORUȚIU, *Problema prețurilor în procesele privitoare la proprietățile imobiliare din nordul Ardealului*, în *Analele Facultății de Drept din Cluj* 1943, p. 262;
- T. SZPILA, *Laesio enormis a instytucja wyzysku*, publicat 23.IV.2014, (data ultimei accesări: 01.09.2019), disponibil la:
<https://europeanlegalculture.wordpress.com/2014/04/23/laesio-enormis-a-instytucja-wyzysku/>;
- M. S. TEODORU, *Laesio enormis*, în *Gazeta tribunalelor* nr. 8-9/1937, p. 4;
- R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996, pp. 259-270, 373-374.

STUDII

PERSPECTIVES COMPARATIVES SUR
L'ACCORD DE PRÉFÉRENCE ET SUR
L'ACTION INTERROGATIVE EN DROIT CIVIL
FRANÇAIS ET ROUMAIN

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.3
Published Online: 2019-12-31

Juanita Goicovici*

Résumé : L'article est concentré autour de l'idée selon laquelle les divergences conceptuelles notables entre la vision du législateur français et celle du législateur roumain en matière d'effets de l'accord de préférence, ainsi que la consécration récente en droit français du droit d'action interrogatoire dont le titulaire est l'acheteur potentiel font glisser la discussion vers la question d'efficacité juridique d'un tel mécanisme. En droit français des contrats, l'accord de préférence ou le pacte de préférence est un type d'avant-contrat selon lequel une personne s'engage envers une autre qui accepte d'être le titulaire du droit potestatif d'option, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions. La définition peut être retenue pour le droit civil roumain de la vente aussi ; quand même, les divergences s'avèrent importantes du point de vue des sanctions applicables pour la violation du pacte, ainsi que du point de vue de la récente consécration en droit français de l'action interrogative, inconnue en droit roumain des contrats civils.

Les similitudes caractérisant les deux systèmes de droit civil visent essentiellement la nature juridique de l'obligation du promettant, qui ne consiste pas en une obligation de faire ou d'adresser une offre de contracter au bénéficiaire, mais consiste en une

* Lectrice, docteur en droit des contrats, Departement de Droit privé de l'Université Babeş-Bolyai de Cluj-Napoca. E-mail: juanitag@law.ubbcluj.ro.

obligation de proposer en priorité au bénéficiaire du pacte, l'offre (de vente, de bail, d'agence etc.) s'il venait à en faire une. L'analyse proposée dans les paragraphes suivants est focalisée sur les différences substantielles entre les deux mécanismes, celui de l'action interrogative en droit civil français après la réforme de 2016 et, d'autre côté, la solution proposée par le législateur roumain, de consacrer l'existence d'une condition suspensive affectant la vente finale. En droit roumain, dans l'intervalle *pendente conditionae*, le vendeur promettant du pacte est le propriétaire du bien sous la condition résolutoire d'exercice du droit d'option du bénéficiaire du pacte, bien que l'acheteur est considéré d'avoir ses droits affectés par la condition suspensive du non-exercice du droit d'option du bénéficiaire.

Mots-clés : accord de préférence, action interrogatoire, substitution de l'acheteur, droit potestatif, droit d'option.

COMPARATIVE PERSPECTIVES ON THE FIRST REFUSAL AGREEMENT AND ON THE INTEROGATIVE COMPLAINT UNDER THE FRENCH AND ROUMANIAN LAW

Abstract: This article tries to dismantle the intricacies related to the notable conceptual differences between the mechanism consecrated by the French legislator in the field of the agreements generating the right of first refusal and the conception of the Romanian legislator, as well as the recent insertion under the French Contracts Law of the new category of interrogative actions at the introduction of which the potential buyer would be entitled against the beneficiary of the right of first refusal. As it will be underlined, under the French regulation, the agreement on the right of first refusal represents a type of pre-contractual arrangements implying a right to buy before or ahead of another; thus, the contract gives the prospective purchaser the right to buy upon specified terms, should the seller decide to sell. As it will be scrutinised in the following sections, although this right resembles an option, there are at least two legal grounds on which the two types of contracts clearly may be distinguished. First, unlike an option agreement, the right of first refusal does not give the pre-emption beneficiary the power to compel an unwilling owner to sell. In contrast, secondly, an option agreement requires, both under the French and the Romanian law, a stipulated time to accept the offer before its caducity interferes.

Despite the apparent differences between these two types of contracts, practitioners have had difficulty in drawing the distinction. This article will further explore that distinction in the context of the sale of immovable property, in the

context of the introduction of the category of interrogational actions under the French law. First, the inapplicability of the rules pertaining to options to a right of first refusal will be analysed, underlying that the Romanian regulation on the right of first refusal is centred on the mechanism of a suspending conditional provision marking the contractual effects, either implied or expressed in contracts of sale concluded in the *pendente conditionae* period. Second, some characteristics of the right of first refusal will be considered under the French and the Romanian regulation. Finally, in a comparative key, the legal classifying of the remedies for the violation of the right of first refusal will be examined.

Keywords: first refusal agreement, interrogative action, substitution of the buyer, empowering right, opting rights.

1 Observations introductives

Enveloppée dans un voile de méfiance, en d'épité de son importance pratique indéniable, le mécanisme de l'accord de préférence s'avère incitant quant aux aspects divergents ou, au contraire, quant aux similitudes que la perspective comparative peut révéler. On a choisi pour notre incursion comparatiste deux systèmes de droit civil dont les racines romanistes sont communes : le droit civil français et le droit civil roumain, bien que le parcours législatif du dernier n'a pas la sonorité ou l'envergure ambitieuse du premier. En droit des contrats français, l'accord de préférence ou le pacte de préférence est un type d'avant-contrat selon lequel une personne s'engage envers une autre qui accepte d'être le titulaire du droit potestatif d'option, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions. La définition peut être retenue pour le droit civil roumain de la vente aussi ; quand même, les divergences s'avèrent importantes du point de vue des sanctions applicables pour la violation du pacte, ainsi que du point de vue de la récente consécration en droit français de l'action interrogative, inconnue en droit roumain des contrats civils.

Les similitudes caractérisant les deux systèmes de droit civil visent essentiellement la nature juridique de l'obligation du promettant, qui ne consiste pas en une obligation de faire ou d'adresser une offre de contracter au bénéficiaire, mais consiste en une obligation de proposer en priorité au bénéficiaire du pacte, l'offre (de vente, de bail, d'agence etc.) s'il venait à en faire une. Mentionnons qu'en revanche, le bénéficiaire d'un accord de préférence en droit privé roumain, ainsi qu'en droit civil français, n'est pas tenu d'accepter l'offre reçue et peut donc la refuser librement. Soulignons aussi qu'il bénéficie d'un droit potestatif, lui permettant d'être seul maître de la formation du contrat de vente ou de bail projeté. Il peut décider de lever l'option, comme de ne pas la lever, par conséquent c'est seulement dans ce dernier cas que le contrat ne sera pas progressivement formé. On doit noter que, dans les deux systèmes de droit civil qui font l'objet de la comparaison, l'accord de préférence est cessible sauf stipulation contraire dans le contrat ou sauf d'être caractérisé par la présence d'un élément *intuitu personae* subjectif.

Mentionnons que, dans les deux systèmes de droit de contrats, le non-respect du pacte de préférence par le débiteur peut entraîner des demandes de dommages et intérêts, mais les divergences installent, car on peut envisager le mécanisme de la substitution du bénéficiaire du pacte en droits de l'acheteur. On doit noter aussi que le législateur roumain, en opposition évidente au facteur décisionnel homologue français, a averti sur la présence d'une condition suspensive du non-exercice du droit d'option dans tous les contrats de vente conclus dans l'intervalle intérimaire par le promettant et le potentiel acheteur du bien.

Quant au régime et aux effets de l'accord de préférence, les changements induits par la réforme du droit des obligations de 2016 en droit français des contrats préparatoires de la vente finale marquent une nette

évolution par comparaison aux solutions maintenues en droit civil roumain en matière de pactes de préférence. Soulignons que la réforme du droit français est caractérisée *inter alia* par l'introduction de l'action interrogative, qui figure à l'alinéa 3 de l'article 1123¹ du Code civil français, sans équivalent en droit civil roumain. Cette différence est décisive, à notre avis, car en vertu de cette action, en droit civil français le tiers à un pacte de préférence peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir³. L'alinéa suivant de l'article cité prévoit qu'à défaut de réponse à l'expiration du délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat passé par le tiers ni sa substitution au contrat passé par ce dernier.

L'analyse proposée dans les paragraphes suivants s'enracine dans les différences substantielles entre les deux mécanismes, celui de l'action interrogative en droit civil français après la réforme de 2016 et, d'autre côté, la solution proposée par le législateur roumain², de consacrer l'existence d'une condition suspensive affectant la vente finale. En droit roumain, dans l'intervalle *pendente conditionae*, le vendeur promettant du pacte³ est le propriétaire du bien sous la condition résolutoire de l'exercice du droit d'option du bénéficiaire du pacte, bien que l'acheteur est considéré d'avoir ses droits

¹ Le texte cité est lacunaire sur ce point. Notons qu'il ne fait guère de doute que la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du promettant est maintenue. À notre avis, la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle du tiers acquéreur ne fait également guère de doute, mais les conditions de cette responsabilité auraient pu être utilement précisées par le texte. La situation est symétriquement caractérisable en droit civil roumain en matière de droit de préférence conventionnel. Voir Dan CHIRICA, *Tratat de drept civil. Volumul I. Vânzarea și schimbul*, deuxième édition, Hamangiu, Bucharest, 2017, p. 167.

² *Ibidem*.

³ *Idem*, p. 168.

affectés⁴ par la condition suspensive du non-exercice⁵ du droit d'option du bénéficiaire⁶.

2 Aperçu critique sur le mécanisme de la condition suspensive affectant la vente finale, en droit roumain des contrats civils

On peut remarquer l'existence de trois différences notables en ce qui concerne la régulation du pacte en droit civil français et en droit roumain des contrats :

(a) L'article 1123 du Code civil français prévoit :

« Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Idem*, p. 171.

⁶ *Idem*, p. 172.

(b) le législateur roumain a opté pour la régulation de l'existence d'une condition suspensive⁷ affectant toute vente convenue⁸ entre le promettant et un tiers acquéreur dans l'intervalle intérimaire⁹, ainsi que la vente sera résolue si le bénéficiaire du pacte de préférence décide d'opter¹⁰ pour l'acceptation de l'offre de vente en payant le montant du prix établi par le vendeur¹¹ ;

(c) le tiers acquéreur n'étant que le propriétaire sous la condition suspensive, il peut également bénéficier des fruits produits par le bien *pendente conditionae*, ainsi qu'entreprendre toutes les mesures de conservation du bien dans l'intervalle intérimaire.

À notre avis, la vision du législateur roumain reste critiquable quant aux sanctions applicables pour la violation du pacte de préférence, car le vendeur, étant le propriétaire sous la condition résolutoire du non-exercice du droit potestatif du bénéficiaire du pacte, peut également instituer des hypothèques, servitudes ou d'autres restrictions qui seront opposables au bénéficiaire du droit de préférence dans l'hypothèse dans laquelle celui-ci décide d'accepter l'offre de vente en payant le prix convenue entre le vendeur promettant et le tiers acquéreur sous la condition suspensive.

⁷ Voir Florin CIUTACU, Artin Sarchizian, *Pactul de opțiune și promisiunea de a contracta în noul Cod civil*, <https://www.juridice.ro/160355/pactul-de-optiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil.html>, publiée en 10.08.2011, consultée en 04.07.2019.

⁸ Gabriel TIȚA-NICOLESCU, *Convențiile precontractuale*, Revue Universul Juridic, nr. 2/2017, p. 34-56.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*, p. 38.

¹¹ *Idem*, p. 39.

3 Les objectifs de l'action interrogatoire en droit civil français en matière de pactes de préférence

3.1 Les hésitations jurisprudentielles

Inconnue en droit civil roumain des contrats préparatoires, l'action interrogatoire a été introduite en droit français depuis 2016. Il est important de noter que l'article 1123 du Code civil français définit¹² ce type de contrat préparatoire comme celui par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Soulignons aussi que, grâce au mécanisme mentionné, le promettant s'engage à proposer en priorité à son cocontractant¹³ la conclusion d'un contrat considéré comme être la version finale de la vente ou du contrat de bail etc., dans l'éventualité où il se déciderait à contracter¹⁴.

Similairement aux droits reconnus au bénéficiaire du pacte en droit civil roumain, en termes de la version régulatrice française, le bénéficiaire du pacte ne dispose alors pas d'un droit d'option entre la répudiation tacite ou expresse, respectivement l'acceptation inconditionnelle de l'offre du vendeur, mais seulement d'un droit potestatif de priorité, d'un droit de préemption dont l'origine est conventionnelle, dans l'hypothèse mentionnée. Mentionnons aussi que dans les deux systèmes de droit civil des contrats, le promettant ne s'engage pas à conclure le contrat faisant l'objet du pacte de préférence, ainsi

¹² Voir Yves LEQUETTE, François TERRÉ, Philippe SIMLER, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations, 12ème édition*, Dalloz, Paris, 2018, p. 291-292.

¹³ À défaut de réponse à l'expiration du délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat passé par le tiers, ni sa substitution au contrat passé par ce dernier.

¹⁴ Gabriel ȚIȚA-NICOLESCU, *op. cit.*, p. 36.

que ni le droit français, ni les dispositions du droit civil roumain n'exigent pas que toutes les conditions du contrat final de vente, de bail etc. soient fixées, contrairement à ce qui est exigé en matière de promesse unilatérale de vente ou de bail. Mentionnons que la question de la sanction tirée de la violation du pacte de préférence a agité la doctrine et la jurisprudence française, en représentant un intérêt pratique particulier. Notamment pour les cas de vente d'immeubles, il est arrivé fréquemment que le promettant eut ignoré de l'accord de préférence antérieurement conclu et décide finalement de contracter avec un tiers. Dans un premier temps, on doit rappeler que la jurisprudence française a systématiquement refusé d'ordonner l'exécution forcée du pacte¹⁵, en ce qu'une telle exécution forcée du pacte porterait une atteinte visible à la liberté contractuelle du promettant. En ce qui concerne le droit français des contrats, en 2006 un revirement de jurisprudence s'opère en matière de pactes de préférence. Notons qu'une chambre mixte de la Cour française de cassation a décidé que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur¹⁶, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, donc au moment même de la passation de l'acte, de l'existence du pacte de préférence (i) et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (ii).

¹⁵ Le prononcé de la nullité est subordonné à la satisfaction de deux conditions cumulatives, lesquelles ont toutes les deux été reprises par l'ordonnance du 10 février 2016 : le tiers acquéreur doit avoir eu connaissance de l'existence du pacte de préférence; le tiers acquéreur doit avoir eu connaissance de l'intention du bénéficiaire d'exercer son droit de priorité. Voir Yves LEQUETTE, François TERRÉ, Philippe SIMLER, François CHÉNEDÉ, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶ Le bénéficiaire du pacte de préférence a un droit potestatif d'accepter ou de refuser dès lors que le promettant lui propose de conclure la vente, mais il n'est en aucun cas débiteur d'une obligation de conclure le contrat définitif.

3.2 Une paire de conditions d'admissibilité

L'action interrogatoire introduite par le législateur français à la faveur du tiers acquéreur conduit à se demander si le tiers acquéreur qui n'a pas exercé son action interrogatoire est présumé de mauvaise foi ou s'agit-il là d'une simple faculté de sorte que la charge de la preuve pèsera toujours sur le bénéficiaire du pacte ? On peut noter que la Cour française de cassation a admis la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence dans les droits du tiers à la double condition de rapporter la preuve qu'il connaissait l'existence du pacte de préférence (i), mais aussi l'intention du bénéficiaire de faire jouer le pacte (ii). La connaissance de l'existence du pacte n'étant pas suffisante, le réclamant doit aussi porter la preuve de la connaissance par le tiers acquéreur de l'intention du bénéficiaire de faire jouer le pacte, en exerçant son droit potestatif¹⁷. En droit civil français, les dispositions introduites¹⁸ par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016. En matière de pacte de préférence, soulignons

¹⁷ Aussi appelés contrats préparatoires, contrats provisoires ou encore contrats préalables, les avant-contrats sont des contrats ayant pour objet de négocier un contrat définitif, de préférer un éventuel contractant, de contracter ou selon le cas, de donner son consentement au contrat définitif.

¹⁸ Soulignons que le tiers qui envisage de conclure un contrat et qui présume qu'une personne pourrait bénéficier d'un droit de préférence peut l'interroger à ce sujet sur l'existence d'un pacte et, le cas échéant, son intention de s'en prévaloir. Cette action interrogatoire doit être faite par écrit, doit laisser au destinataire un délai raisonnable pour répondre et doit lui préciser que, à défaut de réponse, il ne lui sera plus possible de solliciter la substitution dans le contrat ou sa nullité. Au final, en cas d'admission, l'action interrogatoire permet au tiers de s'assurer que le contrat qu'il s'apprête à conclure ne sera pas annulé et que le bénéficiaire d'un éventuel pacte de préférence ne demandera pas à être substitué au contrat.

l'existence de deux apports notables de la réforme législative, qui peuvent être mentionnés :

(a) en droit français des obligations, notamment en ce qui concerne le pacte de préférence¹⁹, la réforme de 2016 est venue codifier la sanction tirée de la solution prétorienne de 2006 de la Chambre mixte de la Cassation française. Mentionnons que, dans la nouvelle formule régulatrice, l'article 1123 du Code civil français admet la substitution²⁰ du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur²¹, en reprenant les mêmes deux conditions que celles posées en 2006 par la Cour française de cassation²². En vue de subroger ses droits aux ceux du tiers acquéreur²³, le bénéficiaire du pacte doit alors toujours rapporter la preuve que le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Rappelons aussi que, pour obtenir l'exécution forcée²⁴ du pacte de préférence, la preuve des deux conditions revient au bénéficiaire du pacte, en qualité même de réclamant,

¹⁹ On doit le distinguer par rapport à la promesse unilatérale de contrat; selon l'article 1124 du Code civil français, dans sa version réformée suite à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, la promesse unilatérale de contrat peut se définir comme "*le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire*". Rappelons que la promesse unilatérale de contrat est le contrat par lequel une personne, le promettant, promet à une autre personne qui accepte cette promesse, le bénéficiaire, de contracter au cas où ce dernier lève l'option qui lui est consentie avant un certain délai. Par conséquent, en droit civil roumain aussi, la promesse unilatérale est un avant-contrat qui ne débouche sur un contrat définitif que si le bénéficiaire de la promesse y consent.

²⁰ Voir Gilles PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Institut André TUNC, Paris, 2004, p. 302.

²¹ Voir Sébastien FUCINI, *La priorité en droit privé*, Dalloz, Paris, 2019, p. 96.

²² *Ibidem*.

²³ Gilles PILLET, *op. cit.*, p. 211.

²⁴ *Ibidem*.

par l'opposition aux conditions usuelles de la preuve en matière des actions civiles en responsabilité contractuelle ;

(b) secondement, la réforme de 2016 qui est venue codifier la sanction tirée de la solution prétorienne de 2006 de la Chambre mixte de la Cassation française a introduit un nouveau type d'action civile²⁵, une action interrogative qui figure à l'alinéa 3 de l'article 1123 du Code civil français. Notons qu'en vertu de cette nouvelle catégorie d'actions, le tiers à un pacte de préférence peut demander par écrit²⁶ (la condition de la version écrite de la demande étant expressément prévue) au bénéficiaire du pacte de confirmer dans un délai qu'il fixe par la notification et qui doit être considéré raisonnable²⁷, l'existence ou l'inexistence d'un pacte de préférence²⁸ et s'il entend s'en prévaloir de son droit potestatif²⁹. Mentionnons aussi que l'alinéa suivant de l'article cité prévoit qu'à défaut de réponse à l'expiration du délai émise par le bénéficiaire de l'accord de préférence conventionnelle, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat³⁰ de vente, de bail etc. passé par le tiers, ni sa substitution même au contrat final passé par ce dernier. À notre

²⁵ Voir Cour de Cassation, Chambre mixte, décision du 26 mai 2006, 03-19.376, publié au bulletin virtuel <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007055468&fastReqId=1874868556&fastPos=1>, consultée en 1^{er} juin, 2019.

²⁶ L'écrit doit mentionner aussi qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat

²⁷ On peut toutefois se demander si le tiers aura véritablement intérêt à exercer cette action interrogatoire, dans la mesure où, dans cette hypothèse, il sera présumé irréfragablement connaître l'existence du pacte de préférence.

²⁸ En effet, la fixation de la durée du pacte n'est pas une condition de validité de celui-ci. S'agit-il alors d'un engagement perpétuel de la part du promettant en matière de pactes de préférence ? Les engagements perpétuels étant prohibés en droit français, les règles de droit commun de résiliation des contrats à durée indéterminée s'appliquent.

²⁹ Yves LEQUETTE, François TERRE, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *op. cit.*, p. 292.

³⁰ *Ibidem*.

opinion, une certaine incertitude résulte toutefois de cette disposition finale, notamment par rapport à l'acception légale de la notion de délai raisonnable mentionné par l'article 1123 du Code civil français³¹. Considérons qu'un contentieux doctrinaire ou prétorien pourrait se former autour de ce concept de l'intervalle raisonnable et évidemment, il appartiendra à la jurisprudence de définir ce qu'il convient d'entendre par le concept de délai raisonnable en matière d'admissibilité de l'action interrogatoire.

3.3 Particularités par rapport aux conditions de la promesse de vente

En droit français, ainsi qu'en droit roumain des contrats, la promesse unilatérale de contrat oblige son signataire³² à promettre la conclusion d'un contrat³³ au bénéficiaire de cette promesse³⁴ (qu'il s'agisse d'une vente ou d'un bail, usuellement)³⁵. Notons que la promesse synallagmatique de vente³⁶

³¹ *Idem*, p. 293.

³² Sébastien FUCINI, *op. cit.*, p. 233.

³³ Néanmoins, lorsque la vente est soumise à des formalités légales particulières (par exemple, en matière de vente immobilière), la réalisation de ces formalités sont des conditions supplémentaires à remplir pour que le contrat de vente puisse réellement être conclu.

³⁴ La signature d'un compromis de vente est un engagement ferme et définitif d'acheter et de vendre un bien immobilier à un prix et des charges convenus, sous réserve de l'accomplissement de diverses conditions suspensives, notamment, que l'acquéreur obtienne un prêt. Notons que la date du transfert de propriété et de jouissance intervient, en principe, en droit civil roumain, à la signature de l'acte authentique de vente établie par le notaire https://fr.wikipedia.org/wiki/Compromis_de_vente - cite_note-2.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Seul le transfert de propriété est retardé au jour de l'accomplissement des formalités qui conditionnent la vente ; si l'acheteur ne veut pas se présenter le jour fixé pour la signature de la vente, le vendeur est en droit de demander que l'achat soit constaté par le juge. Notons que le vendeur peut ainsi contraindre l'acheteur à acheter le bien sur lequel il s'est engagé, en droit civil roumain.

est un contrat par lequel une personne s'engage à vendre un bien à une autre personne qui s'engage à l'acheter³⁷ sous certaines conditions déterminées³⁸, dans la promesse synallagmatique l'engagement étant donc réciproque³⁹. On doit également noter que la promesse synallagmatique prévoit généralement un délai pour régulariser l'acte authentique⁴⁰. En droit civil roumain, le dépassement de ce délai ne rend pas la promesse synallagmatique caduque, mais indique⁴¹ la date à partir de laquelle une des parties peut mettre l'autre promettant en demeure⁴² de régulariser la vente⁴³. Mentionnons que la promesse synallagmatique de vente peut prévoir différentes conditions suspensives⁴⁴ : l'obtention d'un prêt⁴⁵ ou l'obtention d'un permis de construire⁴⁶.

On doit souligner aussi, s'il s'agit, au contraire, de la version unilatérale de la promesse, que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente dispose en droit civil roumain d'une exclusivité sur la conclusion du

³⁷ Si l'acquéreur ne veut plus acheter alors que toutes les conditions suspensives sont levées (prêt, etc.), le vendeur peut exiger de l'acquéreur le paiement d'une somme dont le montant est usuellement fixé dans la clause pénale du contrat préparatoire.

³⁸ À notre opinion, une certaine incertitude résulte toutefois de cette disposition finale, notamment par rapport à l'acception légale de la notion de délai raisonnable.

³⁹ Rappelons que la promesse unilatérale de contracter est un contrat par lequel le promettant s'engage envers le bénéficiaire à conclure un futur contrat dont les conditions sont déjà déterminées, si ce dernier le lui demande dans un délai déterminé dit le délai de levée d'option.

⁴⁰ Sébastien FUCINI, *op. cit.*, p. 237.

⁴¹ *Idem*, p. 239.

⁴² L'inexécution de l'engagement par le promettant ne donne lieu qu'à une sanction par équivalent, donc à des dommages et intérêts, sauf si le contrat contient une clause d'exécution forcée en nature, rarissime.

⁴³ Jean-Louis BERGEL, *Promesses de vente d'immeuble*, Lamy, Paris, 2012, p. 221.

⁴⁴ *Ibidem*. Dès lors, le promettant se trouve déjà irrévocablement engagé à la conclusion du contrat promis au moment où la promesse unilatérale de vente est formée.

⁴⁵ *Idem*, p. 219.

⁴⁶ *Idem*, p. 223.

contrat de vente. Ainsi, un délai lui est consenti pendant lequel il est libre d'accepter⁴⁷ ou non de conclure le contrat de vente ; c'est pour cela que l'on souligne que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente dispose d'un droit potestatif d'option. Notons que celui-ci a le choix entre accepter d'acheter le bien objet du contrat de vente (au moment de son acceptation, le contrat de vente sera conclu entre le promettant et le bénéficiaire de la promesse) ou refuser d'acheter⁴⁸ le bien objet du contrat de vente au prix convenu⁴⁹; en ce cas, le contrat de vente ne sera donc pas conclu⁵⁰ et, par ailleurs, la promesse unilatérale de vente deviendrait caduque⁵¹.

En ce qui concerne l'hypothèse de la révocation de la promesse de vente par le promettant pendant le délai de l'option, les effets juridiques d'une telle révocation sont différents ; *la levée de l'option⁵² par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée*. En ce qui concerne le droit civil français, le nouvel article 1124 du Code civil dispose désormais que *la révocation de la promesse pendant la période consentie au bénéficiaire pour opter* n'empêche pas la formation du contrat promis. On peut également souligner que la révocation de la promesse unilatérale de vente par le promettant est désormais privée d'effets et le contrat de vente sera définitivement formé si le bénéficiaire de la promesse y donne son consentement, en acceptant l'offre de vente.

⁴⁷ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁸ Yves LEQUETTE, François TERRE, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁹ *Idem*, p. 294.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Idem*, p. 296.

⁵² *Idem*, p. 297.

3.4 Le rôle de la clause pénale : quelles réverbérations ?

En matière de pacte de préférence, il s'agit de la stipulation par laquelle les parties fixent forfaitairement et de manière anticipée le montant des dommages-intérêts dus par l'une des parties à l'autre en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles. Notons que la clause pénale ne doit donc pas être confondue avec l'indemnité d'immobilisation qui, dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, correspond à la somme que versera le bénéficiaire de la promesse au promettant⁵³, le contrat de vente ne soit finalement pas conclu. À notre avis, l'indemnité d'immobilisation⁵⁴ n'est en effet pas due par le bénéficiaire en raison de l'inexécution de ses obligations contractuelles⁵⁵, puisque dans la promesse unilatérale de vente seul le promettant s'oblige⁵⁶, celle-ci se distinguant de la clause pénale⁵⁷.

Une autre remarque qu'on doit ajouter est que la clause pénale doit également être distinguée de la clause de dédit, qui permet à une partie de se soustraire à ses obligations⁵⁸, moyennant une contrepartie financière due à

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 198; Jacqueline PIEDELIÈVRE, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Les promesses de vente et d'achat immobilières*, Defrénois, Paris, 2018, p. 168-171.

⁵⁵ *Idem*, p. 182.

⁵⁶ Yves LEQUETTE, François TERRÉ, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *op. cit.*, p. 297; Jacqueline PIEDELIÈVRE, Stéphane PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁷ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 199. Il faut souligner qu'un tiers n'utilisant pas l'action interrogatoire peut voir son contrat conclu annulé ou y être évincé s'il existait au profit d'un bénéficiaire un droit de préférence. L'impossibilité de se prévaloir de l'action en nullité ou en substitution apparaît donc comme une sécurisation du contrat conclu par le tiers au détriment du bénéficiaire. Notons que le tiers ayant un doute sur l'existence d'un pacte pourra dès lors préalablement s'assurer contre toute annulation ou éviction de son contrat conclu avec le promettant.

⁵⁸ *Idem*, p. 201.

l'autre partie. Mentionnons aussi que la clause de dédit n'est qu'un droit de résiliation unilatérale, moyennant une indemnité ; notons que l'objet de l'indemnité n'est pas de réparer⁵⁹ le préjudice subi par l'autre partie du fait de l'inexécution des obligations contractuelles, mais de compenser⁶⁰ le droit potestatif qui anéantisse les réseaux contractuels, dont dispose le bénéficiaire⁶¹ de la clause de dédit.

4 Conclusions

Les divergences conceptuelles notables entre la vision du législateur français et celle du législateur roumain en matière d'effets de l'accord de préférence, ainsi que la consécration récente en droit français du droit d'action interrogatoire dont le titulaire est l'acheteur potentiel ont justifié la discussion critique de la question d'efficacité juridique d'un tel mécanisme. En droit français des contrats, l'accord de préférence ou le pacte de préférence représente un type d'avant-contrat selon lequel une personne s'engage envers une autre qui accepte d'être le titulaire du droit potestatif d'option, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions. La définition peut être retenue pour le droit civil roumain de la vente aussi ; quand même, les divergences s'avèrent importantes du point de vue des sanctions applicables pour la violation du pacte, ainsi que du

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, p. 203.

⁶¹ *Ibidem*.

point de vue de la récente consécration en droit français de l'action interrogative, inconnue en droit roumain des contrats civils.

L'action interrogatoire introduite en droit civil français pour but de déterminer une partie (en ce cas, le bénéficiaire du pacte) à prendre position sur une situation juridique corrélée à ses droits générés par le pacte, dans l'idée de lever une incertitude, pour agir à prendre une décision immédiate sur l'exercice de son droit d'option. À partir des considérations des sections précédentes, on peut retenir les conclusions énumérées dans les paragraphes suivantes :

(a) du point de vue du promettant, la violation du pacte de préférence se produira dans deux hypothèses : soit le promettant a conclu le contrat de vente avec un tiers sans engager de négociations avec le bénéficiaire du pacte, soit en violation de son droit de priorité ; soit le promettant, après avoir engagé des négociations avec le bénéficiaire du pacte, lesquelles n'ont pas abouti, a formulé une offre plus favorable au tiers ;

(b) le bénéficiaire du pacte peut enfin, avant que le promettant ne lui adresse une offre, renoncer au droit potestatif de priorité qui lui a été consenti, alors même que ce dernier envisage de vendre le bien sur lequel porte le pacte de préférence; dans cette hypothèse, aucun manquement ne peut être reproché au bénéficiaire du pacte, dans la mesure où, à aucun moment, il n'a donné son consentement définitif à l'acte de vente et le promettant du pacte redevient, là encore, libre de contracter avec un tiers; nous considérons que, dans la mesure où le bénéficiaire du pacte dispose d'un droit potestatif, il ne saurait engager sa responsabilité contractuelle, ni délictuelle en cas de renoncement quant à l'exercice du son droit de priorité;

(c) en vertu du principe de l'effet relatif des conventions, le pacte de préférence ne crée aucune obligation à l'égard des tiers; dès lors, dans l'hypothèse où le tiers conclurait le contrat de vente avec le promettant en violation du droit de priorité du bénéficiaire, le tiers ne saurait engager sa responsabilité; quand même, en droit civil roumain, le tiers acquéreur n'étant que le propriétaire sous la condition suspensive, il peut également bénéficier des fruits produits par le bien *pendente conditionae*, ainsi qu'entreprendre tous les mesures de conservation du bien dans l'intervalle intérimaire ;

(d) le vendeur promettant, étant le propriétaire sous la condition résolutoire du non-exercice du droit potestatif du bénéficiaire du pacte, peut également instituer des hypothèques, servitudes ou d'autres restrictions qui seront opposables au bénéficiaire du droit de préférence dans l'hypothèse dans laquelle celui-ci décide d'accepter l'offre de vente en payant le prix convenu entre le vendeur promettant et le tiers acquéreur sous la condition suspensive ;

(e) qu'à défaut de réponse à l'expiration du délai émise par le bénéficiaire de l'accord de préférence conventionnelle, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat passé par le tiers, ni sa substitution même au contrat final passé par ce dernier ; en vertu de la nouvelle catégorie d'actions interrogatoires en droit civil français, le tiers à un pacte de préférence peut demander par écrit, dont la condition de la version écrite de la demande est expressément prévue, au bénéficiaire du pacte de confirmer dans un délai qu'il fixe par la notification et qui doit être considéré raisonnable, l'existence ou l'inexistence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir de son droit potestatif ;

(f) le tiers, en qualité de titulaire du droit d'action interrogatoire, peut imposer au bénéficiaire du pacte d'opter dans un délai raisonnable à défaut de quoi l'offre qui lui a été faite par le promettant deviendra caduque ; notons qu'une fois le délai d'option écoulé, le tiers sera, par conséquent, en droit de se substituer au bénéficiaire du pacte, sans risquer d'engager sa responsabilité et par là même celle du promettant ;

(g) le tiers acquéreur qui envisage de conclure un contrat et qui présume qu'une personne pourrait bénéficier d'un droit de préférence peut interroger à ce sujet sur l'existence d'un pacte et, le cas échéant, son intention de s'en prévaloir; cette action interrogatoire doit être faite par écrit, doit laisser au destinataire un délai raisonnable pour répondre et doit lui préciser que, à défaut de réponse, il ne lui sera plus possible de solliciter la substitution dans le contrat final ou sa nullité; en cas d'admission, en droit civil français, l'action interrogatoire permet au tiers acquéreur de s'assurer que le contrat qu'il s'apprête à conclure ne sera pas annulé et que le bénéficiaire d'un éventuel accord de préférence ne demandera pas à être substitué au contrat conclu entre le promettant et le tiers acquéreur,

(h) l'action interrogatoire relative au pacte de préférence en droit civil français offre au tiers acquéreur la possibilité de s'assurer de l'existence d'un pacte de préférence au profit d'un bénéficiaire; ce type d'action lui permettra aussi de connaître l'intention du bénéficiaire de se prévaloir ou non du droit potestatif de conclure le contrat final; soulignons que le principal apport de l'action interrogatoire tient à ses effets, aussi qu'à sa nature juridique; à défaut de réponse dans le délai accordé au bénéficiaire, l'action en nullité ou en substitution du contrat conclu par le tiers et le promettant est fermée au

bénéficiaire; notons que ces effets seront semblables en cas de réponse, par le bénéficiaire, indiquant sa non intention de se prévaloir de son droit conventionnel de préférence.

STUDII

INTERPRETARE VERSUS CONSTRUCȚIE ÎN DREPTUL PENAL

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.4
Published Online: 2019-12-31

Cristina Tomuleț*

Rezumat: În prezentul studiu, a fost abordată problema distincției dintre interpretare și construcție în domeniul dreptului penal.

În acest sens, în prima parte a studiului a fost elaborată distincția în discuție, prezentându-se în contrast caracteristicile interpretării și ale construcției. Astfel, s-a diferențiat între interpretare ca proces de identificare a semnificației lingvistice a textului legal și construcție ca activitate ce urmărește transformarea respectivei semnificații într-un conținut juridic. Cu privire la distincția dintre cele două demersuri, s-a concluzionat că interpretarea este neutră din punct de vedere valoric, în timp ce în cadrul construcției interpretul apelează la diverse valori pentru a oferi conținut juridic normei interpretate.

În a doua parte a studiului, au fost prezentate principalele ipoteze în care este necesară construcția normei juridice, utilizându-se exemple de norme penale pentru a ilustra diverse tipuri de construcție.

La finalul studiului, s-a afirmat că raportarea distincției dintre interpretare și construcție la metodele de interpretare conduce la concluzia că doar metoda gramaticală de interpretare este un instrument specific interpretării, în sens restrâns. Metoda istorică, logică, sistematică și teleologică constituie, de fapt, instrumente ale activității de construcție. Totodată, s-a subliniat că activitatea de construcție are natura unei legiferări secundare realizate de către interpret.

* Asistent universitar, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, e-mail: cristina.tomulet@law.ubbcluj.ro.

Cuvinte-cheie: interpretare; construcție; interpretare judiciară; drept penal; analogie.

INTERPRETATION VERSUS CONSTRUCTION IN CRIMINAL LAW

Abstract: In the present study, I will discuss the distinction between interpretation and construction in the context of criminal law.

To that end, in the first part of the study I will elaborate the distinction in question by presenting in contrast the characteristics of interpretation and construction. Thus, I will distinguish between interpretation as a process of identifying the linguistic meaning of the legal norm and construction as a process aimed at the transformation of that linguistic meaning into legal content. Regarding the aforementioned distinction, I will conclude that interpretation is value neutral whereas construction involves the implementation of different values when offering a legal content to the interpreted norm.

In the second part of the study, I will present the main situations in which the construction of legal norms is necessary, using examples of criminal law provisions to illustrate various types of construction.

At the end of the study, I will relate the distinction between interpretation and construction to the methods of statutory interpretation, which will lead to the conclusion that only the literal method of interpretation constitutes a tool specific for interpretation, in a restrictive sense. The historical, logical, systematic and purposive methods are actually tools specific for construction. At the same time, I will underline that construction has the nature of a secondary process of rule creation carried out by the interpreter.

Keywords: interpretation; construction; judicial interpretation; Criminal law; analogy

1 Introducere

În cuprinsul acestui studiu, urmează să punem în discuție o clasificare a interpretării amplu tratată în doctrina specifică sistemelor de *common law*, și anume distincția între interpretare (în sens restrâns) și construcție (*construction*).

Deși clasificarea în discuție nu este analizată în doctrina română, considerăm că explorarea sa este mai mult decât utilă, având în vedere că distincția contribuie la o înțelegere mai profundă a naturii interpretării judiciare¹, clarificând totodată competențele legitime ale interpretului. În acest sens, este vital ca interpretul să înțeleagă, în primul rând pentru sine, acțiunile pe care le întreprinde adesea intuitiv în contextul interpretării judiciare. În caz contrar, acesta va opera în mod confuz², ceea ce va conduce la rezultate deficitare în practică.

Precizăm de asemenea că, deși ideile principale prezentate în cuprinsul acestui studiu sunt aplicabile în cazul oricăror norme juridice, problemele aferente distincției dintre interpretare și construcție au fost ilustrate prin utilizarea unor exemple din domeniul dreptului penal, existând anumite secțiuni în care tema studiului este privită exclusiv din perspectiva acestei ramuri de drept.

2 Distincția între interpretare și construcție

Distincția între interpretare și construcție își găsește originea³ cel puțin începând cu opera lui Franz Lieber din 1839 „Hermeneutică politică și juridică sau principii ale interpretării și construcției în drept și politică, cu observații asupra precedentelor și surselor autoritative”⁴, lucrare asupra căreia vom reveni în cursul acestei secțiuni.

¹ Lawrence B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, *Constitutional Commentary*, Vol. 27, 2010, p. 115..

² *Idem*, p. 116..

³ *Idem*, p. 110.

⁴ FRANZ LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, *Cardozo Law Review*, Vol. 16, 1995.

Potrivit doctrinei, interpretarea constă în căutarea semnificațiilor lingvistice sau a informațiilor comunicate de un text specific⁵. Ea este activitatea prin care se identifică sensul gramatical și lexical în care a fost utilizat un anumit limbaj în context⁶.

Construcția, pe de altă parte, constă în căutarea conținutului juridic stabilit de un anumit text legal⁷. Ea a mai fost definită ca fiind activitatea de a traduce conținutul semantic al unui text în reguli juridice⁸. Totodată, s-a afirmat că în timp ce prin interpretare se descoperă semnificația lingvistică a textului, prin construcție se creează reguli juridice în vederea aplicării acestuia unor stări de fapt concrete⁹.

Având în vedere definițiile anterioare, sunt necesare câteva precizări cu privire la aria de suprapunere dintre cele două concepte. S-a observat astfel că în cazurile simple, caracterizate spre exemplu de un limbaj clar al textului legal, cuprinzând termeni univoci și neflexibili, interpretarea și construcția ajung să se identifice în practică. În acest sens, un autor a oferit exemplul aplicării prevederii constituționale potrivit căreia fiecare stat american are dreptul de a numi doi senatori în Parlament, situație în care interpretarea și construcția nu pot fi distinse¹⁰. Astfel, deși în sens larg, construcția este întotdeauna prezentă în procesul interpretării legii, ea este evidențiată cu adevărat doar în cazurile mai dificile, motiv pentru care este pusă în discuție

⁵ William BAUDE, Stephen E. SACHS, „The Law of Interpretation”, Harvard Law Review, Vol. 130, 2017, p. 1128.

⁶ Randy E. BARNETT, „Interpretation and Construction”, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 34, No. 1, 2011, p. 66.

⁷ W. BAUDE, S. E. SACHS, „The Law of Interpretation”, (precit.), p. 1128.

⁸ <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2009/02/legal-theory-lexicon-interpretation-and-construction.html> (accesat în data de 7.12.2019).

⁹ Ibidem.

¹⁰ R. E. BARNETT, „Interpretation and Construction”, (precit.), p. 67.

de majoritatea autorilor doar în acest context¹¹. Prin urmare, având în vedere că utilitatea distincției dintre interpretare și construcție este evidențiată doar în acest tip de cazuri, în cele ce urmează vom utiliza noțiunea de construcție exclusiv în acest context, ca activitate care creează conținut juridic *dincolo* de interpretarea pur gramaticală a textului legal, dar fără a încălca, după cum vom arăta în continuare, principiile fundamentale ale unui stat democratic. Din acest punct de vedere, considerăm că definiția oferită de Franz Lieber construcției este pe deplin satisfăcătoare. Potrivit autorului, construcția este desprinderea de concluzii cu privire la anumite subiecte, ce se află dincolo de exprimarea directă a textului, din elemente cunoscute din și oferite în text – concluzii care sunt în spiritul, dar nu în litera textului [în sens strict, am adăuga noi]¹².

Același autor a afirmat că „(...) activitatea de construcție semnifică reprezentarea unui întreg din elemente date [în litera textului, n.a.] prin intermediul unor concluzii juste”¹³.

În următoarea secțiune, vom analiza ipotezele clasice prezentate în doctrină în care se consideră că este necesară activitatea de construcție, demers care va clarifica definiția citată în paragraful anterior. Înainte de a începe această analiză, vom mai evoca pe scurt o diferență între interpretare și construcție, de asemenea utilă pentru înțelegerea ultimului concept, urmând să prezentăm și un exemplu care să ilustreze și mai clar diferența

¹¹ Ralf POSCHER, „Interpretation and Rule Following in Law. The Complexity of Easy Cases” în T. GIZBERT-STUDNICKI, K. PLESZKA, M. ARASZKIEWICZ, P. BANAS (ed.), *Problems of Normativity, Rules and Rule Following*, Ed. Springer, 2015 „ p. 13. Cazurile mai dificile care evidențiază activitatea de construcție vor fi expuse în cele ce urmează.

¹² F. LIEBER „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), p. 1921.

¹³ Idem, p. 1925.

dintre cele două noțiuni. S-a afirmat astfel că interpretarea este ghidată exclusiv de fapte lingvistice - de informații cu privire la diverse tipare de utilizare a limbajului. Prin urmare, corectitudinea unei interpretări nu depinde de teorii normative cu privire la cum ar trebui să fie dreptul, ceea ce înseamnă că ea este neutră din punct de vedere valoric¹⁴. Pe de altă parte, construcția, intervenind în cazuri care nu pot fi soluționate exclusiv prin raportare la sfera lingvistică a textului legal, este în mod necesar ghidată de anumite valori¹⁵, care sugerează atât soluția interpretativă, cât și limitele legitime ale construcției. Spre exemplu, în cazul în care textul legal cuprinde termeni flexibili, interpretarea teleologică a acestora, care constituie de fapt o activitate de construcție, va implica în mod necesar raportarea textului legal la anumite valori situate dincolo de litera acestuia, înțelesă în sens strict, dar care au stat la baza creării sale. Totodată, valori cum ar fi principiul legalității sau al separației puterilor în stat vor dicta limitele legitime ale construcției, interzicând, spre exemplu, interpretările arbitrare care încalcă în mod vădit litera textului legal.

În continuare, vom prezenta un exemplu care să ilustreze clar diferența dintre interpretare și construcție. Astfel, art. 209 din Codul penal interzice punerea sau ținerea unei persoane în stare de sclavie. În urma interpretării gramaticale a acestui text se poate ajunge ușor la concluzia că termenul de „sclavie” este unul flexibil și complex, al cărui conținut juridic nu poate fi decelat exclusiv prin raportare la definiția sa din dicționar. Potrivit acesteia, sclavia este starea celui aflat sub o stăpânire tiranică sau starea de asuprire, aservire, de dependență politică, socială și economică în care este

¹⁴ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), p. 104.

¹⁵ Idem, pp. 104-105.

ținută o țară, o clasă socială, un individ¹⁶. În același timp, starea de servitute este definită din punct de vedere lingvistic într-o manieră similară. Astfel, starea de servitute este definită ca o situație de dependență, de aservire sau de robie¹⁷. Din cele două definiții rezultă clar că interpretarea gramaticală nu este suficientă pentru decelarea conținutului juridic al celor două noțiuni în scopul diferențierii lor, delimitare care este importantă din perspectiva faptului că ținerea unei persoane în stare de servitute intră sub incidența infracțiunii de supunere la muncă forțată sau obligatorie, și nu sub incidența infracțiunii de sclavie¹⁸. Prin urmare, interpretarea celor două norme penale, în sens restrâns, trebuie completată de construcția celor doi termeni, al căror înțeles este esențial pentru stabilirea sferei de incidență a celor două infracțiuni. Din acest punct de vedere, în jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a oferit un conținut juridic acestor termeni, stabilind anumite criterii în prezența cărora se poate reține existența stării de sclavie sau servitute. Astfel, Curtea a considerat că sclavia este starea unei persoane asupra căreia se exercită una sau toate atributele dreptului de proprietate¹⁹. Pe de altă parte, starea de servitute implică obligația impusă prin constrângere unei persoane de a presta servicii și de a locui pe proprietatea altei persoane fără posibilitatea schimbării situației sale²⁰. Pentru a diferenția între cele două concepte, în cauza *Siliadin c. Franța*, Curtea a stabilit că pentru a se reține starea de sclavie

¹⁶ A se vedea <https://dexonline.ro/definitie/sclavie> (accesat în data de 7.12.2019).

¹⁷ A se vedea <https://dexonline.ro/definitie/servitute> (accesat în data de 7.12.2019).

¹⁸ Sergiu BOGDAN, Doris-Alina ȘERBAN, George ZLATI, *Noul cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva chujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 136.

¹⁹ A se vedea CONSILIUL EUROPEI, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights. Prohibition of slavery and forced labour*, 2019, p. 7, § 12 (cauza *Siliadin c. Franța*, § 122), https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf. (accesat în data de 7.12.2019).

²⁰ Idem, p. 7, § 15-16 (cauza *Siliadin c. Franța*, § 123-124).

este necesar ca persoana să fie supusă unui veritabil drept de proprietate, în temeiul căruia să fie redusă la statutul de obiect. Astfel, deși în speța respectivă reclamanta era obligată să muncească în calitate de servitoare timp de 15 ore pe zi fără să fie plătită sau să beneficieze de concediu, Curtea a considerat că nu se poate reține starea de sclavie din cauza lipsei unui veritabil drept de proprietate asupra sa²¹. Din jurisprudența citată anterior se poate observa că instanța europeană nu s-a rezumat la consacrarea unor definiții lingvistice ale celor două noțiuni, ci a creat prin intermediul activității de construcție niște criterii juridice care să le caracterizeze și să le diferențieze. Criteriile în discuție nu sunt simple transpuneri în plan juridic ale definițiilor lingvistice, ci au fost deduse în urma unei analize mai profunde a respectivelor concepte dincolo de forma lingvistică pe care o îmbracă. Activitatea de construcție a conținutului juridic al celor două concepte a fost ghidată în acest caz de modul și gradul în care sunt lezate valorile sociale protejate prin intermediul art. 4 din Convenție, și anume demnitatea și libertatea persoanei.

Se poate astfel observa că în activitatea de construcție interpretul nu poate face abstracție de valorile protejate prin intermediul normelor. În cadrul acestei activități, el se întoarce atât la valorile în discuție, cât și la o tipologie specifică de fapte care le aduc atingere. Respectiva tipologie nu este stabilită în mod arbitrar de legiuitor, ci este transpusă în plan juridic din realitate, fiind vorba de tipuri de fapte comise în mod frecvent în societate și care aduc atingere anumitor valori în moduri specifice²². Din acest punct de vedere, subliniem că, în contrast față de interpretarea gramaticală, activitatea

²¹ Idem, p. 7, § 13.

²² S-ar putea chiar afirma că aceste tipologii de fapte sunt „naturale”, derivând din partea rea a naturii umane. Omorurile, tâlhăriile, furturile, violurile există de când lumea și chiar dacă anumite caracteristici ale lor s-au schimbat datorită evoluțiilor sociale, morale și tehnologice, ele și-au menținut de-a lungul timpului tiparul esențial nealterat.

de construcție evidențiază mult mai clar componenta normativă și teleologică definitorie pentru interpretarea judiciară. Astfel, din cauză că urmăresc instituirea unor reguli pentru protecția unor valori, normele juridice nu pot fi, în multe cazuri, interpretate exclusiv gramatical. Din această perspectivă, nu se poate compara, spre exemplu, interpretarea unui text nejuridic (literar, spre exemplu) cu interpretarea unui text legal. Dacă în primul caz interpretul nu urmărește niciun alt scop în afara explorării diverselor semnificații ale textului, în al doilea caz, acesta este influențat într-o anumită măsură de responsabilitatea implementării unui scop util din punct de vedere social. De aceea, în primul caz, metoda gramaticală este de regulă suficientă, în timp ce în al doilea caz este adesea necesară construcția pentru a completa interpretarea gramaticală a textului legal. Dimensiunea teleologică a interpretării judiciare este mai puțin observabilă în cazurile simple tocmai datorită faptului că scopul normei poate fi implementat cu ușurință în virtutea clarității limbajului, și nu pentru că scopul în discuție nu ar exista. Pe de altă parte, în cazurile cu dificultate mai ridicată, construcția evidențiază mai clar dimensiunea teleologică a interpretării judiciare.

3 Concluzie preliminară

În virtutea acestor aspecte, considerăm că activitatea de construcție este mult mai definitorie pentru interpretarea judiciară (și juridică) decât interpretarea exclusiv gramaticală. Aceasta din urmă trece mult mai neobservată atât în jurisprudență, cât și în doctrină, deoarece constituie adesea doar un automatism interpretativ. Pe de altă parte, problemele dificile de drept sunt întotdeauna puse în discuție în cadrul activității de construcție. De aceea,

termenul de interpretare este utilizat uneori în mod înconștient ca echivalent al construcției, considerându-se că în cazurile simple, „interpretarea” – de fapt, construcția – nu este necesară. În realitate, după cum am arătat mai sus, în cazurile respective, construcția este necesară, dar nu poate fi observată pentru că se identifică cu interpretarea.

Nu în ultimul rând, precizăm că activitatea de construcție constituie o operă de creare sau, mai degrabă, de recreare a dreptului realizată de interpret. Aceasta nu încalcă separația puterilor în stat, dacă nu încalcă limitele lingvistice ale textului legal, deoarece este impusă de natura limbajului, care nu are în sine aptitudinea de a cuprinde realități juridice. El trebuie reconstruit prin umplerea sa cu conținut juridic în scopul aplicării sale unei situații concrete. Astfel, interpretarea concretă a normei ocazionează cel mai adesea construcția sa deoarece doar în urma confruntării cu o situație specifică, interpretul este pus în fața provocării de a decela conținutul juridic al normei, aflat dincolo de conținutul său lingvistic.

4 Principalele ipoteze în care este necesară activitatea de construcție

4.1 Ipoteza termenilor flexibili

Pornind de la exemplul prezentat anterior privind noțiunea de sclavie, subliniem că prima ipoteză în care se consideră în doctrină că este necesară activitatea de construcție vizează situația termenilor flexibili utilizați în cuprinsul normelor juridice. În acest sens, precizăm că termenii flexibili sunt cei al căror conținut este variabil într-o anumită măsură și poate fi stabilit pe deplin doar

prin raportarea lor la niște circumstanțe concrete. Pe de altă parte, sensul expresiilor inflexibile poate fi identificat cu mai mare ușurință în plan abstract. Spre exemplu, sensul formulării „termenul de prescripție a executării pedepsei amenzii aplicate persoanei juridice este de 5 ani” poate fi determinat cu ușurință *in abstracto*, iar aplicarea acesteia unei situații de fapt poate fi realizată fără a fi necesară vreo activitate de construcție. Spre deosebire de situația termenilor inflexibili, interpretul beneficiază de o anumită marjă de apreciere cu privire la conținutul juridic și factual pe care îl oferă termenilor flexibili, iar aplicarea lor unor situații de fapt necesită adesea construcția lor prealabilă. Un exemplu de expresie flexibilă utilizată în cuprinsul unei norme penale ar fi „*punerea în primejdie gravă (...)* a dezvoltării fizice, intelectuale sau morale a minorului” în cazul infracțiunii prevăzute în art. 197 din Codul penal. Este evident că o astfel de expresie impune cristalizarea anumitor criterii juridice care să diferențieze fapta în discuție de infracțiunile clasice contra integrității corporale pentru a putea fi aplicată²³, iar conținutul factual al expresiei nu va putea fi stabilit decât în contextul unei cauze concrete. Totodată, precizăm în acest context că în principiu, nu există termeni în mod absolut flexibili sau inflexibili, diferența dintre cele două categorii fiind una de ordin cantitativ. Cu toate acestea, vom integra în categoria termenilor flexibili pe aceia cu o elasticitate mai ridicată, iar în categoria termenilor inflexibili pe aceia cu o elasticitate mai redusă, în funcție de capacitatea lor de a fi interpretați în mod satisfăcător la nivel abstract sau concret. Totodată, mai precizăm că analiza prevederilor din Codul penal conduce la concluzia de principiu că normele cu tentă procedurală, cum ar fi cele care reglementează calculul pedepselor, cuprind mai mulți termeni inflexibili, în timp ce normele

²³ S. BOGDAN, D. A. ȘERBAN, G. ZLATI, *Noul cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, (precit.), p. 58.

cu caracter substanțial, care reglementează infracțiunile, cuprind mai mulți termeni flexibili. Această situație se datorează faptului că normele substanțiale operează cu realități faptice și juridice complexe, care nu pot fi transpuse la nivelul limbajului juridic decât prin termeni flexibili.

Nu în ultimul rând, subliniem că flexibilitatea anumitor formulări legale nu trebuie confundată cu o eventuală lipsă de previzibilitate a acestora. Între flexibilitatea unei formulări și lipsa sa de previzibilitate există o diferență de ordin calitativ și cantitativ. Astfel, chiar dacă flexibilitatea unei expresii conduce la o anumită incertitudine a sferei sale de aplicabilitate, aceasta din urmă poate fi totuși determinată în cadrul activității de construcție. Această determinare are loc în baza unor criterii care pot fi decelate în urma analizei textului legal, cum ar fi scopul acestuia sau valorile pe care le protejează. Pe de altă parte, în cazul lipsei de previzibilitate, sfera de aplicabilitate a formulării legale nu poate fi determinată nici măcar cu o relativă certitudine deoarece în urma analizei textului legal nu pot fi deduse în mod clar criteriile care stau la baza acestuia și care permit totodată reconstrucția sa. Situația se datorează faptului că normelor lipsite de previzibilitate le lipsește o structură coerentă care să permită reconstruirea lor de către interpret. Ele sunt adesea create în mod intenționat de așa natură încât în sfera lor de aplicabilitate să poată intra orice sau aproape orice în scopul oprăririi destinatarilor lor, care nu au capacitatea în aceste condiții de a le anticipa modalitatea de interpretare și aplicare. Din punct de vedere tehnic, lipsa de previzibilitate a unei norme poate fi realizată prin aglomerarea unui număr ridicat de termeni flexibili în cuprinsul unei singure norme juridice. În acest sens, Franz Lieber oferea exemplul unei norme din codul penal chinez potrivit căreia „orice persoană care se face vinovată de un *comportament inadecvat* și contrar *spiritului* legilor, chiar dacă nu încalcă un articol specific din acestea, va fi pedepsit cu

cel puțin 40 de lovituri, iar atunci când comportamentul inadecvat este *de natură gravă*, cu 80 de lovituri”²⁴. Se poate astfel observa că utilizarea expresiei „infirmiitate gravă” în contextul infracțiunii de ucidere la cererea victimei prevăzută în art. 190 din Codul penal²⁵, nu conduce la lipsa de previzibilitate a formulării în discuție deoarece în cuprinsul normei sunt alăturate și alte expresii mai puțin flexibile, cum ar fi „cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat”, care clarifică în lumina contextului conținutul adjectivului „grav”. Pe de altă parte, în cazul normei din codul penal chinez, se utilizează în proporție covârșitoare termeni flexibili a căror îmbinare produce o lipsă de previzibilitate foarte ridicată, pe lângă faptul că valoarea socială protejată prin intermediul textului, care i-ar putea oferi un anumit grad de coerență, este imposibil de identificat în urma analizei acestuia.

Revenind la ipoteza necesității utilizării construcției în cazul termenilor flexibili, precizăm că în doctrina americană este trasată o diferență între caracterul *vag* și *ambiguu* al termenilor juridici, relevantă în acest context. Astfel, termenii pe care i-am denumit anterior ca fiind flexibili sunt considerați a fi vagi (“*vague*”) în doctrina americană, expresie pe care am evitat-o deoarece în limba română este sinonimă cu lipsa de previzibilitate. În opinia lui Lawrence Solum, un cuvânt este vag sau flexibil atunci când există cazuri aflate la limita sferei sale de aplicabilitate, cu privire la care nu se știe clar dacă

²⁴ F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), p. 1995. Sublinierile îi aparțin autorului.

²⁵ Art. 190 din Codul penal prevede că „uciderea săvârșită la cererea explicită, serioasă, conștientă și repetată a victimei care suferea de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani”.

ar trebui sau nu integrate în aceasta²⁶. Spre exemplu, termenul „înalt” este flexibil deoarece nu există o linie de demarcație clară între persoanele înalte și cele scunde. Observăm în acest context că definiția oferită de autorul citat este compatibilă cu definiția pe care am oferit-o anterior termenilor flexibili. Astfel, din moment ce la nivel abstract nu se poate trasa o linie de demarcație certă cu privire la sfera de aplicabilitate a termenilor flexibili, rămâne ca aceasta să fie trasată doar *in concreto*, interpretul având în vedere și alți factori pe lângă sensul lingvistic al termenilor pentru a lua o decizie cu privire la elementele pe care le va integra în sfera lor de aplicabilitate. Pe de altă parte, în doctrina americană, ambiguitatea unui termen este asimilată cu omonimia acestuia. Un termen este considerat a fi ambiguu dacă are mai multe sensuri, interpretul având sarcina de a deduce în care sens a fost utilizat în cuprinsul normei juridice analizate²⁷. În acest context, autorul citat a susținut că ambiguitatea unui termen poate fi clarificată în principiu prin intermediul interpretării, de regulă contextuală²⁸, în timp ce caracterul vag al unui termen nu poate fi clarificat prin același instrument. În cazul termenilor flexibili, este adesea necesară recurgerea la activitatea de construcție prin intermediul căreia se creează reguli subsidiare ce facilitează clarificarea sferei lor de aplicabilitate și aplicarea lor *in concreto*²⁹.

A doua distincție trasată în doctrina americană în contextul aprofundării conceptului de construcție este cea între conținutul semantic și juridic al unui text legal. În acest sens, Lawrence Solum a afirmat că textele legale valide sunt

²⁶ <https://solum.typepad.com/legaltheory/2009/02/legal-theory-lexicon-interpretation-and-construction.html>. (accesat în data de 9.12.2019).

²⁷ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), p. 102.

²⁸ Ibidem.

²⁹ <https://solum.typepad.com/legaltheory/2009/02/legal-theory-lexicon-interpretation-and-construction.html>. (accesat în data de 9.12.2019).

caracterizate atât de o latură semantică – echivalentă cu semnificația lor lingvistică, cât și de una juridică³⁰. Autorul citat a oferit în acest context exemplul prevederii constituționale potrivit căreia Parlamentul nu are dreptul de a adopta vreo lege care să îngreuească libertatea de exprimare, observând că prevederea în discuție este sursa unui conținut juridic care nu se identifică cu conținutul său semantic. În continuare, autorul a prezentat mai multe exemple de principii și reguli jurisprudențiale prin care s-au clarificat de-a lungul timpului limitele exercitării libertății de exprimare. Deși regulile respective fac parte din conținutul juridic al prevederii analizate, ele nu se regăsesc ca atare în semnificația sa lingvistică. Autorul a mai afirmat că regulile menționate sunt derivate dintr-o teorie adecvată a scopului libertății de exprimare și că uneori termenul de „semnificație” este utilizat pentru a se referi la scopul unui text legal și nu exclusiv la sensul său lingvistic³¹. Se poate astfel observa că în cazul utilizării unor termeni inflexibili, conținutul semantic al textului legal coincide cu conținutul său juridic, nefiind necesară activitatea de construcție. Într-un astfel de caz, semnificația lingvistică a textului poate fi echivalată cu semnificația sa juridică. Pe de altă parte, în cazul utilizării unor termeni flexibili, intervine de regulă necesitatea construcției, iar conținutul juridic al textului ajunge să depășească dintr-un anumit punct de vedere semnificația sa lingvistică, fără a se putea afirma totuși că litera textului legal este încălcată. Este vorba pur și simplu despre conferirea unui conținut juridic termenului flexibil, necesar pentru aplicarea sa *in concreto*.

³⁰ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), pp. 98-99.

³¹ Idem, pp. 106-107.

În contextul necesității utilizării construcției în cazul expresiilor flexibile, merită pusă în discuție sub-ipoteza cel mai des întâlnită în care nucleul dur al unei astfel de expresii este clar, iar activitatea de construcție este necesară pentru clarificarea zonei sale de penumbră³². În acest sens, s-a afirmat că, în unele cazuri, conținutul semantic al textului legal îi limitează sfera de aplicabilitate într-o anumită măsură, dar nu îi clarifică pe deplin conținutul juridic. În aceste cazuri, activitatea de construcție nu poate fi distinsă de interpretare în cazurile incluse în nucleul dur al normei juridice, dar ea devine vizibilă atunci când interpretul decide cu privire la situațiile aflate în zona de penumbră a normei³³.

Un exemplu care ilustrează această ipoteză poate fi oferit în legătură cu infracțiunea de omor. Astfel, interpretarea gramaticală a noțiunii de persoană din cadrul expresiei „uciderea unei persoane” conduce la concluzia îndubitabilă că noțiunea include un om matur de la nașterea sa până la moarte³⁴. Acesta este nucleul dur al noțiunii. Cu toate acestea, interpretarea gramaticală a noțiunii nu este deloc utilă pentru a răspunde la întrebarea dacă un nenăscut poate fi încadrat în sfera sa de aplicabilitate. Se poate observa că întrebarea pusă vizează zona de penumbră a expresiei legale, iar pentru a răspunde la ea este necesară activitatea de construcție. Pentru a clarifica această zonă de penumbră, este necesar ca interpretul să recurgă la punerea în balanță a anumitor valori extrinseci textului legal pentru a ajunge la o

³² Pentru detalii cu privire la zonele de penumbră ale normelor juridice, a se vedea Herbert Lionel HART, „Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 607-608.

³³ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), p. 108.

³⁴ A se vedea <https://dexonline.ro/definitie/persoana%C4%83> (accesat în data de 9.12.2019). Potrivit definiției din dicționar, persoana este „un individ al speciei umane, om considerat prin totalitatea însușirilor sale fizice și psihice”.

soluție interpretativă. Printr-o astfel de abordare, interpretul reconstruiește noțiunea de persoană și îi oferă un anumit conținut juridic în contextul infracțiunii de omor³⁵.

4.2 Ipoteza construcției transcendente

O altă ipoteză prezentată în doctrină în care s-a considerat că este necesară activitatea de construcție vizează situația în care norma juridică trebuie interpretată în așa fel încât să nu contravină unei norme superioare. Acest tip de construcție a fost calificat în doctrină ca având caracter transcendent. Astfel, în opinia lui Franz Lieber, „construcția transcendentă este aceea derivată din sau întemeiată pe un principiu superior textului și care, totuși, are ca scop să decidă cu privire la subiecte aparținând sferei de aplicabilitate a textului respectiv”³⁶.

Considerăm că ipoteza analizată poate fi divizată în două sub-ipoteze. Astfel, prima sub-ipoteză se referă la situația în care activitatea de construcție transcendentă are ca rezultat eliminarea unei părți din text. Cu privire la această situație, în doctrină s-a oferit exemplul unui testament care încalcă o normă de ordine publică și din care se elimină anumite dispoziții de către instanță în scopul salvării acestuia și asigurării conformității sale cu ordinea

³⁵ Afirmațiile din cuprinsul acestui paragraf sunt valabile într-o ipoteză de școală în care infracțiunea de avort nu este reglementată.

³⁶ F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), pp. 1936-1937.

legală³⁷. Un alt exemplu, din domeniul dreptului penal, poate fi identificat în jurisprudența Curții Constituționale. Astfel, prin Decizia nr. 603/2015³⁸, s-a constatat că sintagma „raporturi comerciale” din cuprinsul vechiului articol 301 alin. (1) din Codul penal³⁹ este neconstituțională, ceea ce a condus, din perspectiva efectelor deciziei în discuție, la eliminarea sa din textul legal. Chiar dacă, de regulă, judecătorii nu beneficiază de aceeași competență precum instanța constituțională cu privire la eliminarea anumitor părți dintr-un text legal, există totuși situații în care au posibilitatea de a acționa într-o manieră similară. Ne referim în acest sens la posibilitatea acordată judecătorilor în temeiul art. 20 din Constituție de a înlătura de la aplicare normele naționale contrare tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului, ceea ce presupune inclusiv eliminarea contradicțiilor dintre normele naționale și jurisprudența instanțelor internaționale competente în acest domeniu, cum ar fi Curtea Europeană a Drepturilor Omului⁴⁰. Prin urmare, dacă o anumită sintagmă dintr-o normă penală ar conduce la o contradicție vădită între respectiva normă și jurisprudența Curții Europene, judecătorul național ar avea competența de a recurge la activitatea de

³⁷ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), p. 103. În același sens, F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), p. 1923.

³⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 845 din 13 noiembrie 2015.

³⁹ Art. 301 alin. (1) din Codul penal prevedea că „fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, a îndeplinit un act ori a participat la luarea unei decizii prin care s-a obținut, direct sau indirect, un folos patrimonial, pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori pentru un afin până la gradul II inclusiv sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică”.

⁴⁰ R. CHIRIȚĂ, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, Ed. C. H. Beck, București, 2008, pp. 36-37.

construcție transcendentă prin intermediul căreia să pună de acord norma națională cu norma de drept internațional superioară prin eliminarea sintagmei în discuție⁴¹.

A doua sub-ipoteză vizează situația în care judecătorul, fără a elimina o anumită parte a textului legal, îl interpretează în așa fel încât acesta să nu contravină normei superioare. Spre exemplu, există riscul ca prin aplicarea normei care reglementează infracțiunea de violare a vieții private, prevăzută în art. 226 din Codul penal, să se aducă atingere libertății de exprimare. Pentru evitarea acestui rezultat, legiuitorul a prevăzut în cuprinsul articolului o condiție negativă de tipicitate⁴² potrivit căreia „nu constituie infracțiune fapta săvârșită: (...) d) dacă surprinde fapte de interes public, care au semnificație pentru viața comunității și a căror divulgare prezintă avantaje publice mai mari decât prejudiciul produs persoanei vătămate”. Astfel, în acest caz, tot în temeiul art. 20 din Constituție, interpretul are obligația de a interpreta norma penală menționată în așa fel încât aceasta să nu contravină principiilor jurisprudențiale stabilite de Curtea Europeană în domeniul libertății de exprimare⁴³. Demersul în discuție nu poate fi redus la un simplu exercițiu de identificare a conținutului semantic și gramatical al normei, fiind vorba în realitate despre o activitate de construcție, care presupune transpunerea în norma internă a unor principii jurisprudențiale cu forță juridică superioară. Activitatea de construcție este favorizată în acest caz de

⁴¹ F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), p. 1922.

⁴² S. BOGDAN, D. A. ȘERBAN, G. ZLATI, *Noul cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, (precit.), p. 192.

⁴³ Ibidem.

expresiile flexibile utilizate în cuprinsul condiției negative de tipicitate, cum ar fi „fapte de interes public” sau „semnificație pentru viața comunității”.

4.3 Ipoteza eliminării contradicțiilor

O altă ipoteză în care interpretarea, în sens restrâns, nu este suficientă, fiind necesară activitatea de construcție, vizează situația contradicțiilor între diverse prevederi legale⁴⁴. În acest sens, în doctrină s-a afirmat că dacă două prevederi au un conținut semantic care conduce la o contradicție între regulile juridice corespondente, activitatea de construcție este aceea care poate soluționa respectiva contradicție în baza unei interpretări sistematice sau teleologice⁴⁵.

4.4 Ipoteza expresiilor ambigue

Totodată, în doctrina americană s-a mai afirmat că anumite ambiguități identificate în textele legale nu pot fi soluționate prin intermediul interpretării⁴⁶. Spre exemplu, este posibil ca dovezile disponibile cu privire la uzul lingvistic și contextul utilizării unui termen să nu fie suficiente pentru a dezvălui semnificația prevederii legale. De asemenea, există posibilitatea ca textul să fi fost redactat în mod intenționat într-un limbaj ambiguu, dacă redactorii acestuia nu s-au putut pune de acord cu privire la un anumit aspect și au hotărât să paseze

⁴⁴ F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), p. 1921.

⁴⁵ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), p. 107.

⁴⁶ Reamintim în acest context că în doctrina americană ambiguitatea unui termen este asimilată cu omonimia acestuia.

responsabilitatea soluționării problemei în discuție interpretului⁴⁷. În astfel de situații, interpretul are obligația de a soluționa ambiguitatea respectivă recurgând la o interpretare sistematică sau teleologică.

4.5 Ipoteza interpretării evolutive

O altă ipoteză în care se recurge la activitatea de construcție este aceea a interpretării evolutive. În acest sens, în doctrină s-a afirmat că activitatea de construcție acoperă insuficiențele unui text legal atunci când acesta este inadecvat prin raportare la situații pe care legiuitorul nu le-a putut prevedea la momentul edictării normei⁴⁸. Exemplul standard vizează ipoteza aplicării unei legi vechi unor relații sociale nou apărute, dar care aparțin în mod clar sferei de aplicabilitate a legii vechi în conformitate cu intenția legiuitorului. Cu privire la această ipoteză, în doctrină, s-a evocat o decizie a Curții de Casație franceze pronunțată în 1965 potrivit căreia un text legal elaborat în 1865, care incrimina circulația pe căile navigabile a vapoarelor cu abur fără permis de navigație, este aplicabil și în cazul vapoarelor propulsate de motoare cu ardere internă⁴⁹. Se poate observa că în acest caz, Curtea de Casație franceză a trecut dincolo de sensul literal al termenilor tocmai datorită voinței evidente a legiuitorului de a incrimina acel tip de fapte, ceea ce presupune o reconstruire a textului în conformitate cu evoluția tehnico-științifică actuală, și nu doar o interpretare a acestuia, în sens restrâns. Considerăm că motivul pentru care acest tip de interpretare evolutivă este tolerat de majoritatea

⁴⁷ L. B. SOLUM, „The Interpretation-Construction Distinction”, (precit.), p. 107.

⁴⁸ F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), pp. 1921-1922.

⁴⁹ F. STRETEANU, *Tratat de drept penal. Partea generală*, (precit.), p. 63.

doctrinei de drept penal, deși *stricto sensu* contravine principiului legalității, are de-a face cu faptul că în acest caz voința legiuitorului de a incrimina un anumit tip de fapte rezultă în mod evident din textul legal, iar componentele esențiale ale infracțiunii rămân neschimbate, modificându-se doar elemente insignifiante, de ordin material, legate de săvârșirea acesteia.

Un al doilea tip de interpretare evolutivă vizează situația în care, fără a trece dincolo de sensul literal al termenilor, interpretul încadrează, în sfera de aplicabilitate a normei, modalități de comitere a faptei ce nu puteau fi prevăzute de legiuitor la momentul edictării acesteia. Se poate astfel observa că în cazul ambelor tipuri de interpretare evolutivă există o voință certă a legiuitorului de a incrimina un anumit tip de fapte, o imposibilitate a acestuia de a prevedea anumite evoluții tehnico-științifice sau sociale și un tipar esențial al infracțiunii care rămâne neschimbat. Singura diferență între cele două tipuri de interpretare evolutivă vizează posibilitatea de a încadra noile modalități de comitere a faptei în formularea legală inițială. Cu privire la al doilea tip de interpretare evolutivă, în doctrină s-a furnizat exemplul vechiului articol 195 alin. (2) din Codul penal care incrimina „divulgarea conținutului unei corespondențe, chiar atunci când a fost trimisă deschisă sau a fost deschisă din greșeală”. S-a arătat astfel că textul putea fi aplicat și în cazul divulgării conținutului unui e-mail, spre exemplu, chiar dacă legiuitorul nu a anticipat evoluția noțiunii de corespondență în conformitate cu noile tehnologii, având în vedere că această formă de comunicare poate fi inclusă din punct de vedere gramatical în noțiunea în discuție⁵⁰. În cazul acestui tip de interpretare evolutivă, este mai dificil să se afirme că este incidentă o adevărată activitate de construcție, din moment ce interpretarea gramaticală

⁵⁰ Idem, p. 64.

a textului conduce la concluzia că modalitatea de comitere a faptei este inclusă în sfera de aplicabilitate a infracțiunii. În realitate, dubiul interpretului se naște în acest caz dintr-o predispoziție intenționalistă greșit înțeleasă care îl face, într-o primă fază, să ia în calcul, ca voință a legiuitorului, imposibilitatea sa concretă de a anticipa o anumită modalitate de comitere a faptei. De fapt, în această situație trebuie luată în considerare intenția generică a legiuitorului de a incrimina un anumit tip de fapte, prezumată din text, și nu imposibilitatea sa de a anticipa faptele concrete care vor intra sub incidența infracțiunii. Astfel, deși interpretarea acestei norme s-ar putea realiza exclusiv prin metoda gramaticală, interpretul apelează pentru rezolvarea dubiului său la o interpretare teleologică, având loc din acest motiv și o minimă activitate de construcție care are doar rolul de a confirma soluția interpretativă inițială.

4.6 Ipoteza analogiei

O ultimă ipoteză pe care o vom discuta în care se recurge la activitatea de construcție vizează situația analogiei. În acest sens, cu referire la alte ramuri de drept în afara dreptului penal, în doctrină s-a considerat în mod unanim că analogia, ca modalitate de umplere a unor goluri legislative⁵¹, este mijlocul esențial prin care se realizează activitatea de construcție⁵². Astfel, unele coduri civile, prin reglementarea analogiei pentru cazurile neprevăzute de lege, autorizează construcția pe cale legislativă⁵³.

⁵¹ L. B. SOLUM, „The Interpretation–Construction Distinction”, (precit.), p. 107.

⁵² F. LIEBER, „Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics, with Remarks on Precedents and Authorities”, (precit.), p. 1923.

⁵³ Idem, p. 1924. A se vedea în acest sens art. 1 alin. (2) din Codul civil: „În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului”.

4.6.1 Clauzele legale de analogie cu caracter omogen

Cu toate acestea, în materie penală, analogia care are ca efect agravarea situației persoanei acuzate este interzisă în temeiul exigenței *lex stricta* a principiului legalității. Subliniem în acest context că exigența în discuție constituie, din perspectiva interzicerii analogiei în defavoarea inculpatului, o regulă de construcție, și nu una de interpretare. În acest caz, ea nu guvernează modalitatea de interpretare gramaticală a normei penale, ci interzice construcția sa prin extinderea sferei sale de aplicabilitate la alte cazuri neprevăzute de lege.

Totuși, regula amintită anterior suferă o excepție în ipoteza clauzelor legale de analogie cu caracter omogen. Astfel, în doctrină s-a considerat că prin reglementarea acestui tip de clauze nu se încalcă principiul legalității deoarece în acest caz legiuitorul circumscrie implicit criteriul de determinare al ipotezelor avute în vedere⁵⁴. Spre exemplu, art. 253 alin. (4) din Codul penal sancționează mai sever infracțiunea de distrugere atunci când aceasta s-a realizat prin „incendiere, explozie ori *prin orice alt asemenea mijloc* și dacă este de natură să pună în pericol alte persoane sau bunuri”⁵⁵. Se poate observa că în această ipoteză criteriul de determinare al situațiilor care pot fi încadrate în expresia „*prin orice alt asemenea mijloc*” poate fi dedus din expresia „și dacă este de natură să pună în pericol alte persoane sau bunuri”. Astfel, conținutul expresiei analizate poate fi stabilit cu certitudine de interpret, fiind vorba despre modalități de afectare a integrității fizice a unui bun, ce prezintă pericol pentru mai multe persoane sau bunuri⁵⁶.

⁵⁴ F. STRETEANU, *Tratat de drept penal. Partea generală*, (precit.), p. 51.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

Dacă ne întoarcem la definiția oferită de Franz Lieber construcției, putem observa că situația clauzelor legale de analogie cu caracter omogen se înscrie perfect în coordonatele acesteia. Astfel, în acest caz, interpretul desprinde concluzii cu privire la sfera de aplicabilitate a unei expresii legale, ce se află dincolo de exprimarea directă a textului, dar care sunt extrase din elemente cunoscute din și oferite în text.

4.6.2 Analogia în favoarea inculpatului

De asemenea, activitatea de construcție este incidentă în cazul analogiei în favoarea inculpatului. Potrivit doctrinei, acest tip de analogie nu contravine principiului legalității, având în vedere că rațiunea acestuia este de a preveni abuzurile. Or, dacă analogia exonerează de răspundere penală sau o atenuază, rațiunea principiului nu mai subzistă⁵⁷. Cu toate acestea, analogia în favoarea inculpatului nu poate fi aplicată în mod nelimitat, fiind supusă unor condiții. În primul rând, este necesar ca norma legală existentă să nu acopere ipoteza examinată în niciuna din interpretările literale care s-ar putea da termenilor utilizați, iar în al doilea rând, este necesar ca lacuna în reglementare să nu fie intenționată⁵⁸.

Dacă analizăm rațiunea de a fi a analogiei în favoarea inculpatului, prin raportare la domeniile sale de incidență, se poate observa că necesitatea sa derivă întotdeauna dintr-o contradicție între anumite goluri legislative și dreptul natural. Astfel, în doctrină s-a reținut că în dreptul francez a fost admisă legitima apărare și în cazul altor infracțiuni, deși în vechiul cod ea era

⁵⁷ Idem, p. 53.

⁵⁸ Idem, p. 55.

reglementată doar în cazul infracțiunilor contra vieții și integrității corporale⁵⁹. De asemenea, s-a considerat că aplicarea prin analogie a circumstanțelor atenuante ar trebui să fie permisă dacă lacuna în reglementare apare în mod vădit ca o scăpare a legiuitorului⁶⁰. Nu în ultimul rând, s-a mai susținut că analogia în favoarea inculpatului poate fi utilizată pentru evitarea unor consecințe absurde care ar decurge dintr-o interpretare rigidă a legii penale⁶¹. În acest sens, s-a oferit exemplul art. 1 din Decretul-lege nr. 24/1990 care incrimina ocuparea unei locuințe din fondul locativ de stat înainte de încheierea contractului de închiriere, art. 3 statuând că „dacă persoanele prevăzute la alin. (1) eliberează locuința din proprie inițiativă, în timpul procesului penal, urmărirea sau judecata încetează, iar dacă eliberarea s-a făcut după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, pedeapsa nu se mai execută”. Într-o speță⁶², s-a reținut că inculpatul nu a eliberat în timpul procesului locuința ocupată abuziv, dar a obținut între timp repartiție pentru acea locuință și a încheiat un contract de închiriere cu unitatea care o deținea în administrare⁶³. Instanța a pronunțat încetarea procesului penal, dar soluția a fost criticată de o parte a doctrinei care a adoptat o interpretare formalistă a normei respective⁶⁴. În sens contrar criticilor în discuție, s-a afirmat că ar fi

⁵⁹ Idem, p. 56.

⁶⁰ Idem, pp. 57-58.

⁶¹ Idem, p. 54.

⁶² Trib. jud. Maramureș, decizia penală nr. 14/1991, Dreptul nr. 6/1991, p. 63 *apud* F. STRETEANU, *Tratat de drept penal. Partea generală*, (precit.), p. 54.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ A. UNGUREANU, „Opinii referitoare la interpretarea și aplicarea Decretului-lege nr. 24/1990 privind sancționarea ocupării abuzive a locuințelor din fondul locativ de stat”, Dreptul nr. 8/1994, pp. 46-48; Matei BASARAB, *Drept penal, partea generală*, vol. I-II, Ed. Lumina Lex, București, 1999, pp. 202-203 *apud* F. STRETEANU, *Tratat de drept penal. Partea generală*, (precit.), p. 54.

fost o soluție cu totul irațională să se impună inculpatului să elibereze apartamentul pentru a-l ocupa din nou pentru a beneficia de încetarea procesului penal, având în vedere că scopul dispoziției legale – încetarea ocupării ilicite – a fost atins prin încheierea contractului de închiriere⁶⁵.

Din exemplele anterioare cu privire la domeniile de incidență ale analogiei în favoarea inculpatului se poate observa că aceasta este utilizată pentru a repara anumite inechități sau absurdități rezultate din goluri legislative. Umplerea acestor goluri se realizează prin intermediul unei construcții transcendente a dreptului pozitiv prin raportare la principii de drept natural cu forță superioară, cum ar fi principiul echității sau principiul raționalității. Acest tip de construcție nu poate fi criticat din perspectiva principiului legalității deoarece efectele sale nu sunt abuzive, ci pozitive în raport de situația destinatarului norme. De asemenea, el nu contravine separației puterilor în stat deoarece principiile de drept natural menționate formează structura implicită a dreptului pozitiv, fără de care acesta din urmă își pierde sensul. Ele fac parte din dreptul pozitiv, chiar dacă nu sunt întotdeauna consacrate în mod expres. De aceea, nu se poate considera că într-un astfel de caz interpretul legiferează în adevăratul sens al cuvântului. El interpretează doar dreptul pozitiv în lumina principiilor sale fundamentale. Din acest punct de vedere, atât legiuitorul, cât și interpretul operează (sau ar trebui să opereze) în limitele unui cadru general format din principii de drept natural, care inspiră totodată atât activitatea de legiferare, cât și interpretarea. În același timp, considerarea analogiei în favoarea inculpatului ca fiind conformă cu separația puterilor în stat are la bază prezumția general acceptată potrivit căreia legiuitorul ar fi de acord cu „modificările” operate de interpret

⁶⁵ Ibidem.

din moment ce la rândul său urmărește în activitatea de legiferare promovarea echității și evitarea absurdităților. Această prezumție evidențiază concepția intenționalistă potrivit căreia interpretul este, în anumite limite, un mandatar al legiuitorului.

Revenind la ultimul exemplu prezentat privind aplicarea analogiei în favoarea inculpatului, se poate observa că în acest caz extinderea unei prevederi pentru un caz neprevăzut de lege se bazează pe necesitatea de a evita absurditatea care ar deriva dintr-o interpretare exclusiv gramaticală a normei ce ar încălca în mod flagrant scopul acesteia. Din acest punct de vedere, subliniem că absurd sau irațional este ceea ce nu urmărește niciun scop sau acționează contrar scopului pentru care a fost creat. Principiul raționalității, ca principiu de drept natural, implică faptul că orice normă juridică are un scop și că scopul în discuție este mai important decât forma pe care acesta o îmbracă prin formularea normei juridice. Cu toate acestea, principiul în discuție nu poate dobândi o aplicare nelimitată deoarece trebuie conciliat cu principiul legalității din rațiuni de securitate juridică. Totuși, în cazul de față, din moment ce analogia îl avantajează pe inculpat, nu subzistă niciun motiv pentru a nu oferi preeminență principiului raționalității. Precizăm în acest context că inclusiv în situațiile în care eliminarea unei absurdități vădite produce consecințe defavorabile față de inculpat, majoritatea autorilor, atât din sistemul de drept civil, cât și din sistemul *common law*⁶⁶, cad de acord că înlăturarea respectivei absurdități de către interpret este permisă. În acest sens, s-a oferit în doctrină exemplul art. 78 al Decretului francez din 11 noiembrie 1917 care interzicea călătorilor „să urce sau să coboare în altă parte

⁶⁶ Antonin SCALIA, Bryan A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Ed. Thomson/West, St. Paul, Minnesota 2012, p. 234.

decât în gări (...) și atunci când trenul este complet oprit”. O interpretare literală a textului conduce la concluzia că acesta impunea călătorilor să urce și să coboare din tren numai în timpul mersului. Cu toate acestea, Curtea de Casație a decis în mod constant că interdicția vizează tocmai urcarea sau coborârea dintr-un tren în mișcare și l-a condamnat pe un călător care a coborât înainte de oprirea trenului⁶⁷. Considerăm că o astfel de abordare este justă, având în vedere că absurditățile evidente pot fi percepute în mod clar de destinatarul legii, iar o eventuală invocare a principiului legalității într-o astfel de situație nu poate fi decât șicanatorie.

5 Concluzii

La finalul acestei secțiuni, urmează să prezentăm câteva caracteristici suplimentare ale construcției în lumina tuturor ideilor prezentate anterior.

În primul rând, raportarea distincției dintre interpretare și construcție la metodele de interpretare conduce la concluzia că doar metoda gramaticală de interpretare este un instrument specific interpretării, în sens restrâns. Metoda istorică, logică, sistematică și teleologică constituie, de fapt, instrumente ale activității de construcție, având în vedere că sunt utilizate doar în cazurile cu o dificultate mai ridicată. În al doilea rând, subliniem că activitatea de construcție are natura unei legiferări secundare realizate de către interpret. Astfel, adesea confruntat cu natura abstractă și flexibilă a limbajului utilizat de legiuitor, interpretul are sarcina de a-i decela conținutul

⁶⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 11^{ème} éd., Ed. Economica, Paris, 2004, p. 167 apud F. STRETEANU, *Tratat de drept penal. Partea generală*, (precit.), p. 66.

juridic, ceea ce constituie, dintr-un anumit punct de vedere, o formă de relegiferare mai particularizată. Construcția transformă un limbaj care are în esență doar o natură lexicală și gramaticală într-o normă juridică veritabilă.

STUDII

CAROL I OF ROMANIA - A LORD/KING WHO
REIGNED AND RULED. THE FORMULA OF
THE DUALIST PARLIAMENTARY REGIME
TRANSPLANTED IN 1866

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.5
Published Online: 2019-12-31

Răzvan-Cosmin Roghină*

Abstract: In this paper, we intend to clarify the theoretical practices supposed by the political regime transplanted by the Romanian political elite in the constitutional moment of 1866, from the Belgian Constitution of 1831. From the perspective of such an approach, we shall observe that the fundamental law of 1866 did not design a Domn (Lord)/King placed under the dictum ‘the monarch reigns, but he does not rule’, but an active head of state, constitutionally endowed with strong levers of power. Considering the Constituent’s desire to give a reply to the authoritarian regime of A. I. Cuza, the recognized constitutional powers of the head of state, on the one hand, and the further developed political status of Carol I within the political and constitutional praxis, on the other hand, emphasizes the weaknesses and incapacities of the Romanian political class regarding the dimension of the head of state constitutional institution. We shall emphasize the role and powers of the Lord (Domn) in the formula of the dualist parliamentary regime, which was not fully understood by the Constituent and by the political class that afterwards exercised the fundamental law. A dualist parliamentary regime formula inevitably involves a head of state that reigns and rules. The path towards a monist parliamentary regime, which was much more compatible with the Constituent desires (as aversions and

* Assistant Professor, ‘Lucian Blaga’ University of Sibiu, Faculty of Law, razvan.roghina@ulbsibiu.ro.

aspirations), should have been provoked, in practice, by the representatives of the People. The dualist parliamentary regime – as an archetype of the political thinking of that era – was, in part, customary. The later character implies experience, knowledge, which the Romanian society, through its legal and political actors, did not have.

Keywords: Romania, constitutional transplant, 1866, Romanian Constitution of 1866; Belgian Constitution of 1831; dualist parliamentary regime; head of state authoritarianism in Romania.

1 Introductory Considerations

The first Constitution of Romania, in the modern sense of the concept, was adopted by a Constituent Assembly in 1866¹. Promulgated on the day of Carol I oath (June 30 / July 12, 1866), the Constitution entered into force on 1/13 July 1866. Interestingly, the lord (Domn) Carol I took the oath on a Constitution that was not sanctioned by the People and was not in force. It was obvious for the Romanian political elite that the procedure for finalizing the adoption of the fundamental law had to be different. Through the artifice of representation, the Parliament, on behalf of the People, concluded a contract / pact with the monarch. The latter had to accept to reign under a constitution constructed, at least partial, outside the logic of the traditional monarchical absolute power. As such, the fundamental law was completed with the logic of national parliamentary representation, in the name of the People. The first modern constitution of the Romanians was constructed and understood as a ‘pact’, similar in the procedure of adoption with the French Charter of 1830.

¹ The Romanian Constituion of 1866 is available for reading at http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act_text?id=37755 (accessed on 05.11.2019).

The Romanian *fait accompli* policy did not end when the Constitution entered into force. The political elite, together with the foreign lord, had to continue the Western recognition mission with a further scope of provoking an oriental (forced) tolerance or reconnaissance regarding the new international status of the young Romanian state. As such, the policy of maintaining good diplomatic relations with the Ottoman Gate was just beginning, in the sense of ‘forcing’ an official recognition of Carol I as the Prince (ruler) of Romania – organized politically as a free national and unitary state.

The foreign prince brought on the throne of the Romanian Principalities and the massive constitutional transplant carried out² helped Romania to establish an international political identity³. The ‘international envelope’ of the transplant gradually reached its purpose. The ‘national coating’ was to be tested. The mirage of a parliamentary regime (in a liberal constitutional general scaffolding) was thought, by the political elite of that time, to be the main key for a European international acceptance and the best way to satisfy the internal desire to break from an authoritarian political past, *i.e.* the regime of A. I. Cuza (1859-1864-1866).

Therefore, having in mind these short historical contextualized prolegomena, we shall first find out the reasons for transplanting a (dualist) parliamentary regime in 1866 – from where and why (in Section 2). In order to later identify the formula of the dualist parliamentary regime within the Romanian Constitution of 1866 (part of Section 4), we will, shortly, emphasize the main features of the pre-mentioned political regime, as a political logic

² See R. C. ROGHINĂ, *Logica și efectele transplantului constituțional din 1866*, Universul Juridic, Bucharest, 2016, pp. 161 et. seq.; M. GUȚAN, *Transplant constituțional și constituționalism în România modernă 1802-1866*, Hamangiu, Bucharest, 2013, pp. 354 et. seq..

³ *Ibidem*, *passim*.

archetype of that era (in Section 3). Afterwards, in Section 4, we shall demonstrate, by presenting the role and attributions of the Romanian Lord/King – as regulated by the fundamental law and linked to the ratios implied by the dualist parliamentary regime –, that the monarch was designed to reign and rule, despite the clear political aversions related to the head of state authoritarianism, envisaged by the constitutional moment of 1866 (a reply given to the cuzist regime). In the last part, we shall set a further link to the constitutional and political praxis of the period 1866-1914. Hence, in the present article, the ‘static dimension’ of the fundamental law will prevail, but in a contextualized manner, outside the box of traditional positivistic legal investigation.

2 The Belgian Constitution of 1831 - cloned and transplanted in the Romanian state of 1866

The Belgian Constitution of 1831⁴ expressed, according to its liberal identity, a representative government, the separation of powers in the state, the independence of justice, the rights and freedoms of the citizens and, last but not least, the supremacy of the fundamental law. It sought to limit the power of the monarch. This purpose can easily be deduced from the consecration of the monarch's irresponsibility and inviolability. Thus, the Belgian Constitution designed a political archetype for limiting the power of

⁴ The Belgian Constitution of 1831 is available for reading at: http://www.modernconstitutions.de/nbu.php?page_id=8294b7496ac06609fa222b156332446b#Belgiumn (accessed on 03.09.2019).

the head of state and paved a way for developing a modern executive. Unfortunately, the Belgian fundamental law did not clearly regulate the mechanisms for the balance of state powers, specific to the dualist parliamentary regime that it outlined and in the terms and logic of the up mentioned principles. The attributions of the powers and the relations between them were not set in a complete formula. This lack of information became a part of the Romanian constitutional transplant of 1866. They were not noticed – because the Belgian Constitution was not fully understood by the Romanian Constituent and political class in general, and, in consequence, travelled together with the copied constitutional form.

2.1 What was intended in the internal state dimension, by adopting a certain fundamental law in 1866?

In 1866 it was sought to introduce a fundamental law that would be constituted in a reply given to the Cuzist authoritarian regime.

‘Gentlemen, when the country overthrew the last government, it did not want to overthrow only the persons representing that government, but that state of things, the Constitution that was given to a Prince and under which that Prince did nothing but harm to the country. **We must abolish that Constitution and put another in its place.** (...) This Constitution must be, all the more, liberal as **we want to replace a vicious past system** and therefore should not be narrower than the other.’ (Grigore Lahovari, in the Constituent Assembly meeting of June 18th, 1866⁵)

⁵ Our translation from Romanian: *‘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 temeul căreia acel Principe nu*

The Belgian constitution of 1831, perceived, at that time, as the most liberal in Europe, imposed itself, through the mentioned character, on the position of a constitutional model necessary to be followed. The Constituents, seeking to set up a strong parliamentary regime, couldn't have ignored, according to their thinking, the recognized performances of the Belgian fundamental legal act. In this respect, the main source of the constitutional transplant from 1866 enjoyed an apparent rational character. A counter model for the czarist model was correctly chosen⁶. The constitution of Belgium depicted an inviolable and irresponsible head of state, who, unlike the Paris Convention (1858) and the Developing Statute of the Paris Convention (1864), was introduced, even if not under complete regulations (very important to remember) regarding the balance of powers in the state. Thus, the dictum 'the king reigns but he does not rule' remained to be challenged by adapting the transplanted constitutional regulations (an action which cannot be retained in the evaluation of the constitutional transplant, considering the internal political powers and role granted to the Romanian head of state) or to be provoked through political and constitutional practices (and, again, such actions remained only a mirage of the legal form aspirations and aversions of the constitutional moment of 1866⁷). However, in order to obtain a constitutional formula of a non-governing head of state, the political actors

făcea de cât reu țerei. Trebuie dar să desființăm acea Constituțiune și în locul ei să punem alta. (...) 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.' See A. PENCOVICI, *Desbaterile Adunării constituante de la 1866 asupra constituției și legii electorale din România*, Tipografia Statului, Curtea Șerban Vodă, Bucharest, 1883, p. 51..

⁶ R. C. ROGHINĂ, 'Parametrii raționali și iraționali ai transplantului constituțional de la 1866', in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 1/2014, ppp. 92-96.

⁷ R. C. ROGHINĂ, *Logica și efectele transplantului...* cit., ppp. 161-170.

should have understood the execution coordinates of the dualist parliamentary regime, that works only with a monarch integrated in the governing of the state. These coordinates should have been configured, gradually – in time – towards a monist parliamentary regime, in which the head of state has no possibilities of political control over the Government, the latter becoming by excellence a political emanation of the Parliament.

2.2 Shortly, how it came to adopting dualist parliamentary regime formulas?

The Romanian Constituent from 1866 transplanted the logic of the political regime contained by the Belgian fundamental legal act of 1831. Romania, through the ratio means implied by a vast constitutional transplant, placed itself in the position of an unexperienced explorer in the logic of a dualist parliamentary regime, underpinned in the more general mirror of a parliamentary constitutional monarchy. Although in the Constituent debates the voice of the Romanian ad-hoc assemblies of 1857 was not absent, the problem of limiting the monarchial absolutism received an illogical final solution. The coherent constitutional debates from 1857, which understood and assumed the constitutional purpose of limiting the monarch's power through the logic of the principle of separation of powers in the state⁸, were, paradoxically, ignored. It is a paradox of political and legal thinking because the assumed mission of the Romanian political elite of that time was to develop a constitutional rupture from the authoritarian cuzist regime. In 1866, the necessity of reaching a compromise with prince Carol I, who was an

⁸ M. GUȚAN, *op. cit.*, p. 301.

essential element in the mechanism of the constitutional transplant external and internal finalities, placed the monist parliamentary monarchy outside the box of solutions and brought the dualist variant, even though it was not analyzed or debated in its political practices avatars. As a result, the desire to project a parliamentary regime with strong representative accents got thrown in a political game where the traditional monarchic power principles were pre-determinate and that is why rather a constitutional (auto)limited monarchy emerged⁹. The renunciation of the suspensive veto in favor of the absolute one, the confirmation of the Belgian formula of political responsibility of the Government both in front of the Parliament and of the Monarch, respectively the possibility of the latter to dissolve the legislature, set, in a clearly manner, a strong and active head of state.

As a normative construction, the Romanian Constitution of 1866 presented coherence (as a sum of information) but the logic within that coherence was not decoded by the Romanian political class, which did not really know what the transplanted political regime from the Belgian fundamental law meant. In this regard, the Constitutional debates¹⁰ and the political praxis that followed¹¹ testify.

⁹ *Ibidem*, p. 394 et. seq..

¹⁰ A. PENCOVICI, *op. cit.*, passim.

¹¹ R. C. ROGHINĂ, *op. cit.*, ppp. 260-314.

3 The main features of the dualist parliamentary regime, as it was understood in the 19th century

The lack of a clear constitutional prescription for the dualist parliamentary regime was not peculiar to the Belgian Constitution of 1831, but was a feature of the era. The dualist parliamentary constitutional monarchy¹² was a rather a first consequence of the fact that the monarch's power started to be limited by a written fundamental law, which emphasized the principle of national sovereignty and, implicitly, the effects of representation. In other words, the regime in question was the result of the practice, of the evaluation of political events through the grid of principles and less the follow-up of concrete constitutional prescriptions¹³.

The European constitutional practice of the nineteenth century highlighted certain requirements for a living transposition of the complex mechanisms of the dualist parliamentary constitutional monarchy. The dualist parliamentary regime implied a balance of power between the parliament and the monarch. This scheme of balance, being sometimes based even on *hazard*¹⁴, could easily be lost. The lack of a coherent political ideology archetypes and, as a consequence, the absence of clear constitutional prescriptions caused the institutional-constitutional transformations specific to the dualist parliamentary regime to be challenged through political capacities and constitutional loyalty, not just assumed in legal text. This

¹² See M. GUTAN, *op. cit.*, ppp. 369-379.

¹³ P. PACTET, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Masson, Paris, 1986, p. 143.

¹⁴ *Ibidem*.

formula of unfolding or developing political life was normal, as a transitional practice from the (self)limited monarchy to the parliamentary regime¹⁵ was being put into practice, so it had to be managed through new experiences.

The representative assemblies, in the light of their increased legitimacy, began to compete with the monarch's power. In this direction, the ministers were removed from the status of mere personal agents of the monarch and were introduced into the political scheme of a government emanating from the forum with the highest degree of representativeness – the parliament. It was due to the principle of national sovereignty and due to the principle of representativeness. At the same time, staging the inviolability and irresponsibility of the monarch, through the political and legal accountability of the ministers, the legislative started to limit the executive power. The signature of the head of state received the mere political ratio of authenticating the decisions taken by a political responsible prime minister or by competent ministers in certain fields of activity¹⁶. The ministerial counter-signature removed the monarch from political and legal responsibility. But the logic of the dualist parliamentary constitutional monarchy does not end at this point, but on the contrary, it acquires its specificity by the fact that the executive power limits the legislative power. In this sense a dual political responsibility of the ministerial cabinet was outlined. *In concreto*, it was politically accountable to both the parliament and the monarch. From within this circumstance or context a delicate balance between the legislative and the executive developed.

¹⁵ C. CREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Presse Universitaire de France, Paris, 1995, p. 370.

¹⁶ P. PIERRE, *op. cit.*, p. 146.

In the dualist parliamentary regime, the government (ministerial cabinet/Council of ministers) had to enjoy both the confidence of the parliamentary majority and that of the monarch. The two-way responsibility of the ministers merged in the idea of limiting the executive, that was still identified with the monarch. The ministerial cabinet was rethought as a political infra-forum of mediation between the parliament and the monarch¹⁷. Therefore, it was important to ensure an institutional formula that would have allowed the legislature to effectively limit the power of the monarch. The appointment of ministers from the parliamentary majority was a requirement meant to weigh the monarch's right to appoint ministers. The dual responsibility of the government was programmed to lead to a synthesis between the political views of the parliament and of the monarch¹⁸. As such, in the dualist parliamentary constitutional monarchy, the ministerial cabinet was the key for the stability of political life¹⁹, but also the reason for political instability. The Cabinet had to support and maintain the confidence of both poles of power. If it lost the monarch's confidence, had to resign. Interestingly, in the situation where the government no longer enjoyed the confidence of the parliament, the former was not obliged to submit a letter of resignation, although it was the political emanation of the latter²⁰. A government couldn't

¹⁷ C. CREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 369.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ R. CAPITANT, 'Regimes parlementaires', in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris: Sirey, 1933, p. 42.

²⁰ On the basis of parliamentary principles, the monarch would have had the obligation to form a cabinet from the parliamentary majority. See, A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1921, p. 142 et. seq.. <https://archive.org/details/lmentsdedroi01esmeuoft> (accessed on 02.10.2019).

have remained in power based only on the political support of the parliament²¹, but could have remained in position based on the monarch's confidence. Of course, such a scenario was possible only by assuming the risk for serious political crisis. Therefore, another feature of the dualist parliamentary regime was the monarch's prerogative to dissolve the parliament. It is worth mentioning that in the parliamentarism logic the leverage of dissolving the parliament - a personal instrument of the monarch²² – was meant to unlock a governmental crisis and not to increase the power of the executive. The monarch had to resort to the dissolution of the parliament only when his political vision could no longer politically coexist with that of the legislature through the ministerial cabinet (it was also a way to limit the legislative power). In practice, this prerogative, although it was specific to parliamentarism, allowed the monarch to exert power through the ministerial cabinet, which again indicates that the dualist parliamentary monarchy was nothing more than a period of transition to the monist parliamentary regime, based not on customs, but on express constitutional rules. Its dualistic variant limited the power of the monarch to only a certain degree. This explains some remnants of the (auto)limited monarchy²³.

The exercise of the constitutional leverage of the dissolution of the parliament brought the people in to the position of a political arbiter. The later was set to rule either in favor of the parliamentary majority politics, or in favor of that of the monarch²⁴.

²¹ M. GUȚAN, *op. cit.*, p. 376.

²² R. CAPITANT, *op. cit.*, p. 44.

²³ M. GUȚAN, *op. cit.*, pp. 374 *et. seq.*.

²⁴ R. CAPITANT, *op. cit.*, p. 44.

Therefore, the dualist parliamentary regime emphasized a balance between legislative and executive. The balance between the parliament and the monarch (he was still identified with the executive power) was ensured by certain interdependent constitutional weights and counterweights. The legislature limited the power of the executive through its rights stemming from the government's political responsibility – the withdrawal of the political trust/ motion of censure –, and the monarch limited the legislative power by exercising the prerogative of dissolving the parliament. The aim was to create an autonomous government, capable of channeling a responsible general policy, mediated by its two-way responsibility. It was essential, in order to avoid the subordination of one power by another, that the control levers be reciprocal. Ideally, the monarch should have had a relative veto. Its absolute variant, specific to the (self)limited monarchy, was just too strong, carrying a great risk of overturning the balance of power assumed by the dualist parliamentary regime, especially if the parliamentary majority was not composed by individuals with a clear and solid political ideology and capable of objectifying their political role in the complex equation of limiting the power of the monarch.

In the dualist parliamentary regime, the legislative power was exercised by both the parliament and the monarch. An absolute and unconditional right of veto was enough to subordinate the activity of the parliament to the exclusive will of the monarch, although, theoretically, he had the obligation not to use his co-sovereignty against those who represented the sovereignty of the people, *i.e.* the political power of origin.

The institutional scaffolding of the dualist parliamentary monarchy implied the acceptance of a complex balance of power. Any deviation from its (largely customary) rules could generate broad political crises and, finally,

overturn the qualification of the political regime as a parliamentarian. It would not be an exaggeration to say that dualist parliamentarism was limited, on the one hand, to the will of the monarch and, on the other, to the ability of the people/nation's representatives to block the 'skids' of the former.

4 Inside the Romanian Constitution of 1866. The Monarch – chief of the executive and co-legislator. The lord (Domn)/king doesn't rule?

The Romanian Constitution of 1866 eliminated the elective-hereditary reign²⁵, one of the defining elements of the medieval Romanian constitutionalism. The modern fundamental law consecrated a hereditary monarchy, excluding any possibility of returning to the old, domestic throne succession system. Article 87²⁶ was clear in this regard.

Being a pact-constitution, concluded between the monarch and the People represented by the parliament, similar to the logic of the Orleanist pact of 1830, the monarch's power was not fully reflected in that of the People, but rather was combined or balanced with it, through the prism of the equality derived from the nature of the constitutional contract/pact. It is true that

²⁵ For more information, see M. GUȚAN, *Istoria dreptului românesc*, 3rd edition, Hamangiu, Bucharest, 2017, ppp. 64-65.

²⁶ Article 87: 'The constitutional powers of the lord are hereditary, within the direct and legitimate descent line of his Majesty Prince Carol I of Hohenzollern-Sigmaringen, from man to man through the order of primogeniture and with the perpetual exclusion of women and His descendants'. Our translation from Romanian: '*Puterile constituționale ale domnului sunt ereditare, în linie coborâtoare directă și legitimă a Măriei Sale principelui Carol I de Hohenzollern-Sigmaringen, din bărbat în bărbat prin ordinul de primogenitură și cu excluderea perpetuă a femeilor și a coborâtorilor ei.*'

article 31²⁷ (inspired by art. 25 of the Belgian Constitution of 1831) clarified the source of the sovereignty by expressing the principle of national sovereignty, but this did not lead to the elimination of certain specific elements of the (auto)limited monarchy.

The dualistic character of the transplanted parliamentary regime made the logic of the distribution of powers in the state to meet and absorb some political power elements recoverable in the theory of sovereignty under divine law. Compared to the constitutionalism of the 19th century, the combination of the parliamentary regime with the features of the (self)limited monarchy is explicable. The monarch was gradually removed from the landscape of effective governance. As it was already pointed out, the dualist parliamentary regime marked a stage of transition towards the full sovereignty of the People, represented by the parliament. Monist parliamentarism, as a complete expression of the principle of representation, appeared on the political scene of the European continent near the end of the 19th century, when the ministerial cabinet became the first holder of the executive power, politically responsible only in front of the parliament²⁸. From this point of view, the conclusions of the ad-hoc Assemblies of 1857, promoting a coherent theory of a monist parliamentary regime, gain a special significance for the Romanian constitutionalism, or even for the European

²⁷ Article 31: 'All the powers of the State emanate from the nation which can only be exercised by delegation and following the principles and rules laid down in this Constitution'. Our translation from Romanian: *'Toate puterile Statului emană de la națiune care nu le poate exercita decât numai prin delegațiune și după principiile și regulile așezate în Constituțiunea de față.'*

²⁸ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 9 édition, Montchrestien, Paris, 2006, p.305.

constitutionalism²⁹. In the same time, it can be stated that the constitutional moment of 1866 reveals a regression of political and constitutional thinking compared with the constitutional ideas of the year 1857. In 1866, constitutional forms were taken from a foreign societal background, and in 1857 ideas were evaluated and internal created. The accumulated difference should not surprise, taking into account the mitigating circumstances of the Constituent Assembly (external political pressures and risks regarding the survival of the young national and unitary Romanian state), on the one hand, and having in mind the fact that in the mid-nineteenth century it was difficult to attempt to fully remove the monarch from the act of governance, on the other hand.

As such, article 31³⁰, article 32³¹ (inspired by articles 26 and 27 of the Belgian Constitution of 1831), article 33³² (inspired by article 27 of the Belgian Constitution of 1831) and article 35³³ (inspired by article 29 of the Belgian Constitution of 1831), projected the active role that the monarch still held in the respective era.

²⁹ M. GUȚAN, *Transplant constituțional și constituționalism...* op cit., p. 309.

³⁰ *Supra* footnote 27.

³¹ Article 32: **The legislative power is exercised collectively by the Lord and the national representation** (...) No law can be subjected to the Lords sanction until after it has been discussed and freely voted by the majority of both chambers'. Our translation from Romanian: *'Puterea legislativă se exercită colectiv de către Domn și reprezentarea națională (...) Nici o lege nu poate fi supusă sancțiunii Domnului decât după ce se va fi discutat și votat liber de majoritatea ambelor adunări.'*

³² Article 33: 'The legislative initiative is given to each of the three branches of the legislative power.' Our translation from Romanian: *'Inițiativa legislativă este dată fiecăreia dintre cele trei ramuri ale puterii legislative.'*

³³ Article 35: **The executive power is entrusted to the Lord**, who exercises it on a regular basis through the constitution (...). Our translation from Romanian: *'Puterea executivă este încredințată Domnului, care o exercita în modul regulat prin constituțiune (...).'*

Therefore, the monarch was involved in the equation of political decisions. The above articles did not differentiate the constitutional monarch from the head of state under the Paris Convention (1858) or under the Developing Statute (1864), but, on the contrary, likened them. The rupture from the past constitutional laws was enhanced by regulating the principle of inviolability and, as an effect, the monarch's irresponsibility. As such, article 35 of the Romanian Constitution from 1866 was, theoretically, set to be interpreted in the spirit of monarchial inviolability and irresponsibility, the governmental and administrative activity falling within the political and legal responsibility of the ministers, based on the legal and political effects of the countersigning institution. In other words, it was penciled, by interpretation, an open door, but guarded by 'internal political capacities', for the dictum *the king reigns, but does not rule*. This idea was quite difficult to put into practice at that time, by unexperienced political actors. Furthermore, it should not be overlooked that, although they are essential elements, the inviolability and irresponsibility of the monarch, with all its effects on the institution of Government and on the ministerial responsibility, does not guarantee the existence of a parliamentary regime, especially if it must be completed through interpretation. As the Belgian fundamental law did not fully clarify the monarch's role, the Romanian Constitution acquired, through legal transplantation, the same deficiency. In such a hypothesis of unknown avatars of state power, the specific elements of the (auto)limited monarchy could reaffirm and significantly diminish, if not even cancel, the parliamentary features of the political regime. Although, for example, article 35 of the Romanian Constitution stated that the Lord had no powers other than those given to him by the Constitution, it did not mean that the desired and regulated parliamentary

regime could not acquire stronger characters in the direction of a (auto)limited monarchy. Since the constitutional text was ambiguous, the limits indicated by article 35 were also unclear. The deficiencies could, theoretically, be covered by the existing constitutional customs or, if they were lacking, by the rules specific to the institutional and functional structure of the parliamentary regime. In such circumstances, the monarch's personality had a decisive impact. The way he understood to get involved in government determined the difference between assuming the customs specific to the parliamentary regime and settling customs with monarchic characters.

Focusing only on the duties listed by the Romanian Constitution, the monarch from 1866 had inferior prerogatives than those enjoyed by the lord from 1859 or 1864. However, having an absolute veto right, based on article 93³⁴, the power of the monarch couldn't and shouldn't have been ignored.

The balance of powers, designed in a dualist parliamentary regime with a suspensive monarchal veto, was fragile. **This fragility was even more profound in a formula of weights and counterweights that included an absolute and unconditioned monarchal veto.** In the Romanian fundamental law of 1866, the veto prerogative was not limited by ministerial counter-signature. The monarch's refusal to sanction a law was free of any legal forms (e.g., decree, message). A simple abstaining was enough³⁵. This aspect carried a clear risk towards political power personalization. The Constituent Assembly, not fully aware of the risks involved, accepted the absolute veto formula at the pressures of Prince Carol.

³⁴ Article 93: 'The Lord ... sanctions and promulgates the laws. **He can refuse his sanction**'. Our translation from Romanian: '*Domnul... sancționează și promulgă legile. El poate refuza sancțiunea sa.*'

³⁵ P. NEGULESCU, *Curs de drept constituțional*, Bucharest, 1927, p. 429.

‘June 8/20, 1866. The prince assembles a large number of deputies to entice them to agree on the constitution. The Chamber does not want to grant the ruler but a conditioned, suspensive veto, such as that held by the president of the United States of America, while the prince demands an unconditional and absolute veto.’³⁶

It follows that the future ruler of Romania wanted to have a say in the Romanian politics and, as such, demanded an absolute and, perhaps even more important, unconditional veto (no ministerial countersignature needed). From this circumstance we deduce that the prince was ready to respect the significance of the ministers' signature. He was aware that they were not going to be his personal agents, that they were not obliged to countersign his refusal to sanction a law. By demanding – practically – the elimination of the countersignature condition, the prerogative of the veto would have had no constitutional limits in its expression. The prince took this into account and sought this constitutional confirmation. His pressures, thus, increased. The Prince emphasized the importance of his arrival on the Romanian throne, in the international context and in the context of the urgency for a Romanian Constitution. By doing so, he deprived the constituents of some possibilities or choices.

³⁶ Our translation from Romanian: ‘*Prințul adună la dânsul un număr mare de deputați ca să-i înduplece să se înțeleagă asupra constituției. Camera nu vrea să acorde domnitorului decât un veto condiționat, suspensiv, care îl are președintele Statelor Unite ale Americii, pe când prințul cere un veto necondiționat și absolut*’. See ***, *Memoriile Regelui Carol I, de un martor ocular*, Vol. I, S. NEAGOE (ed.), Scripta, Bucharest, 1992, p. 75.

‘June 15/27, 1866. The prince invited a large number of deputies to him, in the Cotroceni garden, and pleads with them, in the context of the serious international situation, to finish their work sooner (the discussion on the constitution).’³⁷

It is noteworthy that the absolute and unconditional veto was regarded as a specific prerogative for the monarch’s arbitrator role, along with his right to dissolve the parliament, which, unlike the first power attribute, was conditioned by article 92. Thus, if the parliament and the government were in an agreement on the policy to be followed, the head of state couldn’t, theoretically, promote his political agenda, by applying the rules of the parliamentary regime:

‘June 26 / July 8 1866. The Chamber discusses Article 63 of the constitution, on the Prince's veto. After a short debate, an absolute veto is admitted by which the head of state can refuse to sanction of laws. At first, in the first project, it was about recognizing the prince only the right to dissolve the Chamber, in case of divergence of opinions with him, but, if the new Chamber had joined the vote of the dissolved Chamber, then the prince would have had to renounce any opposition and approve the sanction.’³⁸

³⁷ Our translation from Romanian: ‘*Prințul invită un număr mare de deputați la dânsul, în grădina de la Cotroceni, și-i conjură, în fața situației grave internaționale, să-și termine mai curând lucrarea (discuția asupra constituției).*’ See *ibidem*.

³⁸ Our translation from Romanian: ‘*Camera discută articolul 63 al constituției, asupra dreptului de veto al prințului. După o scurtă dezbateră, se admite veto absolut în puterea căruia șeful statului poate să refuze sancționarea legilor. La început, în cel dintâi proiect, era vorba de a nu recunoaște prințului decât dreptul de a dizolva camera, în caz de divergență de păreri cu dânsul, dar, dacă noua cameră s-ar fi alăturat la votul celei dizolvate, atunci prințul să fie dator a renunța la orice împotrivire și a încuviința sancțiunea.*’ See *ibidem*, p. 80.

When the absolute veto was removed from the requirement of ministerial counter-signature, wide political effects became inevitable. Basically, the monarch could block an unwanted law even in the case when the parliament and the government were in consensus. This circumstance became much more pressing when the praxis and the emerged political-constitutional theory recognized the monarch's right to dismiss or dissolve the Chambers even in the absence of a conflict. It was sufficient for him to consider that the respective political bodies were no longer working in the interest of the voters³⁹. On the basis of the parliamentary rules, the head of state could not promote his own policy to the detriment of the political agreement between the Chambers and the ministerial cabinet. He could, at most, block the entry into force of a law, by exercising the right of veto⁴⁰. However, the Cabinet, being also responsible in front of the monarch, could not channel its activity only in the direction of maintaining parliamentary support. Losing the monarch's confidence meant a great risk of dismissal. But, as the new Cabinet had to embrace the confidence of the same parliamentary majority, which disregarded the monarch's policies, the dissolution of the parliament could be preferred, for extra-parliamentary, personal reasons. The constitution of 1866 transformed the head of state into a truly third chamber of legislative power⁴¹. As a result, the dualist parliamentary regime will prove to be a supreme test for the Romanian political class. The later did not have a

³⁹ T. MAIORESCU, *Discursuri parlamentare. Cu priviri asupra dezvoltării politice a României sub domnia lui Carol I*, Vol. V (1895-1899), << Minerva >>, Bucharest, 1915, p. 198.

⁴⁰ T. DRĂGANU, *Începuturile și dezvoltarea regimului parlamentar în România, până la 1916*, Edit. Dacia, Cluj-Napoca, 1991, p. 276.

⁴¹ *Ibidem*, p. 192.

political thought capable to functionally exercise the coordinates of the transplanted political regime⁴².

The executive power, according to article 35⁴³, was entrusted to the Lord. Unlike the previous regime, the head of state was to exercise this power only in the manner established by the Constitution, according to article 93⁴⁴.

Article 93 defined the profile of the monarch from 1866. As we have seen, his absolute veto entailed the risk of putting the parliament under the

⁴² R. C. ROGHINĂ, *Logica și efectele transplantului...* cit., ppp. 261-277; pp. 356 et. seq..

⁴³ *Supra* footnote 33.

⁴⁴ The Lord appoints and dismisses His ministers. He sanctions and promulgates the laws. He can refuse His sanction. He has the right to amnesty in political matters. He has the right to forgive or reduce the penalties in criminal matters, apart from what is established in the cases of ministers. He cannot suspend the course of the prosecution or of the trial, nor intervene in any way in the administration of justice. He appoints or confirms in all public functions. He cannot create a new function without a special law. He makes the regulations necessary for the laws execution without being able to modify or suspend the laws and cannot exempt anyone from executing them. He is the head of the armed forces. He confers military ranks according to the law. He will confer the Romanian decoration according to a certain law. He has the right to release currency under a special law. He concludes with the foreign States the conventions necessary for trading, navigation and regarding other such matters; but in order for these acts to have binding authority, they must first be subject to the legislative power and approved by it. Our translation from Romanian: *'El sancționează și promulgă legile. El poate refusa sancțiunea Sa. El are dreptul de amnistie în materie politică. Are dreptul de a ierta sau micșora pedepsele în materie criminală, afară de ceea ce se statornicește în privirea miniștrilor. El nu poate suspenda cursul urmăririi sau al judecății, nici prin a interveni prin nici un mod în administrația justiției. El numește sau confirmă în toate toate funcțiunile publice. El nu poate crea o nouă funcțiune fără o lege specială. El face regulamentele necesare pentru executarea legilor fără să poată vreodată modifica sau suspenda legile și nu poate scuti pe nimeni de executarea lor. El este capul puterii armate. El conferă gradurile militare în conformitate cu legea. El va conferi decorațiunea română conform unei anume legi. El are dreptul de a bate monedă conform unei legi speciale. El încheie cu Statele străine convențiunile necesare pentru comerț, navigațiune și alte asemenea; însă pentru că aceste acte să aibă autoritate îndatoritoare, trebuie mai întâi supuse puterii legislative și aprobate de ea.'*

executive power. Bringing into this equation his (apparently) freedom to name and revoke the ministers, the monarch's position became central in the distribution of state power. This is how the Constitution of Belgium from 1831 prescribed the power distribution and, as an effect of the massive and faithful transplant, so did the Constitution of Romania from 1866. The Belgian fundamental law was directly inspired by the French Charter of 1830, which in turn took ideas from the Charter of 1814 – a fundamental law which regulated a limited monarchy⁴⁵. It is, thus, understood why the Belgian Constitution was unclear regarding the role of the monarch, basically on his ambiguous political limits of action. However, in promoting the idea of national sovereignty, it was clear that the idea of representativeness was emphasized, on the legitimacy enhancement of the parliament, hence the transformation of the (auto)limited monarchy into parliamentary constitutional monarchy of a dualist type.

Since the Government, based on its constitutional regulation, had no clear political identity, it was the logic of parliamentarism that imposed certain customs regarding the appointment and dismissal of ministers. Only on the basis of an interpretation made in the spirit of parliamentarism could have been stated that the ministers were not personal agents of the monarch. The Parliament benefited from constitutional mechanisms of political control over the executive, and the inviolability and irresponsibility of the monarch

⁴⁵ B. DESEURE, 'National Sovereignty in the Belgian Constitution of 1831. On the Meaning(s) of Article 25', in: MÜBIG U. (eds) *Reconsidering Constitutional Formation I National Sovereignty. Studies in the History of Law and Justice*, vol 6, Springer, Cham, 2016, pp. 100 et. Seq.; (article is available, open source, at: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-42405-7_2#citeas (accessed on 15.10.2019)); M. GUȚAN, *op. cit.*, pp. 147-148.

were enshrined – directly or indirectly – in the fundamental law. These constitutional circumstances overturn the idea of a royal cabinet.

There should have been a greater political responsibility of the government in front of the Parliament. The fundamental law of 1866 did not expressly oblige the Lord to appoint most of the ministers from within the parliamentary majority, as it results from article 93⁴⁶ and article 99⁴⁷.

The stated parliamentary requirement – the government had to be the emanation of the parliament – was detached from the way in which the attributions of the legislative power were related to those of the executive. Within the (auto)limited monarchy the Government was nothing but a projection of the monarch. In the dualist parliamentary regime, it was the emanation of the Parliament, even if the appointments were made by the head of state. In the formula of a two-way political accountability of the ministers, it was logical that the monarch could not ignore the political vision of the parliamentary majority and impose his own political vision in the color of the Government. In the light of the balance imagined by dualist parliamentarism, the monarch and the Parliament had to be, at least in the first phase, in a political consensus. This obligation of the monarch, arising from the nature of the transplanted political regime, was also highlighted by G. G. Meitani, in 1878, in his study on the articles of the Constitution of 1866⁴⁸, showing that

⁴⁶ See supra footnote 34.

⁴⁷ Article 99: 'If the ministers were not members of the Assemblies, they can take part in the debate of the laws without having the right to vote'. Our translation from Romanian: '*Dacă miniștrii nu ar fi membri ai Adunărilor, ei pot lua parte la desbaterea legilor fără a avea însă și dreptul de a vota.*'

⁴⁸ G. G. MEITANI, *Studie constituționale*, Noua Tipografie a Laboratorilor Români, Bucharest, 1878, p. 29.

the lord's right to appoint ministers was not discretionary; this is because article 92 imposed the imperative of eliminating the monarch's responsibility of any kind, which made his direct involvement in the act of government illogical.

Therefore, by article 100, it was enforced that *in no case can the verbal or written order of the Lord defend a minister responsibility*⁴⁹.

In addition, article 98⁵⁰ translated, implicitly, the logic of the dual political responsibility of the government, in which the ministers were not agents placed in the monarch's interest.

Thus, the bidirectional political responsibility removed the Government out of the exclusive views of the monarch. The later had to be mediated with those of the parliament, hence the essential feature of the dualist parliamentary regime: the balance of state policy was ensured by the fact that the Government was accountable to both the monarch and the parliament. There was no need for a full embrace of the political course desired by the parliamentary majority, as it was not compulsory to faithfully respect the monarch's political intentions. So, not only did the monarch appear as an arbitrator between the parliament and the government, in the light of exercising the prerogative of dissolving the Chambers or dismissing ministers, but the government also had the mission of amortizing a possible political program conflict between the monarch and the parliament⁵¹. These issues

⁴⁹ Article 100, our translation from Romanian: '*În nici un caz ordinul verbal sau în scris al domnului nu poate apăra pe un ministru de răspundere.*'

⁵⁰ Article 98: 'No member of the ruling family can be a minister.' Our translation from Romanian: '*Nici un membru al familiei Domnitoare nu poate fi ministru.*'

⁵¹ R. CAPITANT, *op. cit.*, p. 42.

were favoring not only the parliament, but also the monarch. Through collaboration, the monarch could be politically active (to a point, it was to be expected).

Of course, this political activism had to be evaluated through the political agenda of the parliamentary majority⁵². Otherwise, we would witness the replacement of the practices of dualist parliamentarism with practices that translate powerful absolutist reminiscences.

It was essential for the monarch, having the intention to follow the rules of the parliamentary ‘chessboard’, to compose the ministerial cabinet from a majority approved by the Assemblies. If the ministers did not have parliamentary support, they could be left out of the debates of the Chambers, with the exception of only one of them. However, it should be noted that if the political balance obtained by appointing the ministers from the majority of the two Chambers disappeared, in the sense that a conflict between the Parliament and the Government intervened, the monarch was not obliged to dismiss the latter. He could dissolve the Chamber or Chambers, if the Government agreed with his political vision. Consequently, in the situation of governmental instability, the transplanted parliamentary regime involved two solutions. One was specific to parliamentarism, and another for the (auto)limited monarchy. The parliamentary solution was to dismiss the Government after a censure motion was adopted. The monarchical resolution was the one in which the Parliament (in whole or in part) was dissolved. Therefore, political stability could not be assured unconditionally by the Parliament, by introducing

⁵² Article 99 CR: ‘(...) The presence of at least one minister is necessary in the Assembly debates. The assemblies can reject the presence of the ministers in their deliberations.’ Our translation from Romanian: ‘(...) *La desbaterile Adunărilor prezența a cel puțin un ministru e necesară. Adunările pot respinge prezența miniștrilor la deliberațiunile lor.*’

political censorship motions with certain and direct effects. The monarch was a hindrance in this regard. The reciprocal was not valid. A Government that no longer enjoyed the support of the monarch had minimal chances to remain in office. It must be noted that in the dualist parliamentary regime, the leverage of the dissolution of the parliament wielded the risk to be exercised outside the parliamentary logic, so not for unblocking a governmental crisis. The right to dissolve the parliament as a whole or only one of the chambers offered the monarch the opportunity to impose his own political will. Interestingly, the People called for new elections did not rule on the conflict between the Parliament and the Government, but on the dispute between the Monarch and the Parliament⁵³. The result of the expression of the People may not have suited the monarch's political actions. In such cases, it was important for the head of state to respect the will of the electorate⁵⁴. The constitution did not prohibit cascade dissolution, but its spirit and general parliamentary practice prevented the monarch from abusing the dissolution power lever, in the idea of obtaining the desired parliamentary majority. Leaving his position of a political referee could generate endless institutional blockages.

As far as foreign policy is concerned, it was the monarch who represented the state, within the same limits of parliamentary rules. The expression of political visions in the field of international relations had to take place by committing the political responsibility of the prime minister or of the foreign ministers.

⁵³ *Ibidem*, 44.

⁵⁴ M. MORABITO, *op. cit.*, p. 194.

Taking into account the above underlined political formulas from within the Romanian Constitution of 1866, we conclude that the monarch, in the logic of the dualist parliamentary regime, was not seated in the dictum ‘the king reigns, but he does not govern’, although there are some mechanisms that, taken in isolation, could (poorly) translate the opposite.

5 Some landmarks from within the political and constitutional praxis of the period 1866-1914 – a ‘denied’ desired parliamentary regime

In practice, the monarch, even without evading from the constitutional dictatorship (as already noted), could boast an active position in the scaffolding of powers in the state, especially if there was no political class possessing a coherent and adequate political thought, ideologically well connected or, in other words, a political class capable to assimilate, understand and implement the mechanisms of the parliamentary regime, especially the dualist one⁵⁵. At the same time, for the smooth functioning of the dualist parliamentary regime, political ideologies had to be supported by consolidated political parties, few in number⁵⁶, in order to easily obtain a stable majority after a hypothetical parliamentary dissolution⁵⁷.

⁵⁵ M. GUȚAN, *op. cit.*, p. 377.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 378.

⁵⁷ M. MORABITO, *op. cit.*, p. 206.

In the first years of his reign, Carol I intended to be a moderating factor. After taking the oath:

‘I swear to guard the Constitution and the laws of the Romanian people, to maintain their national rights and the integrity of the territory.’⁵⁸

... he continued by pointing out that:

‘The act that has been accomplished is the most important thing in the life of a People. Through the Constitution that we give today to the Romanian state, we achieve the legitimate aspirations of the nation, guaranteeing the interests of all, as well as all the rights that the citizen must find in a civilized society. This act is for me partly the most solemn of my life, for it is the definitive pact, which forever links me to the destinies of my new homeland, Romania. [...] The country enters a normal situation. A constitutional monarchical government is established. Let us all endeavor, however, that from the faithful and sincere application of the principles of this Constitution, it may produce its benefactors.’⁵⁹

Carol I sincerely believed in the application of the Constitution adopted in 1866. He believed in the constitutional regulation that brought the mechanisms of the parliamentary regime, hence the name of parliamentary

⁵⁸ Our translation from Romanian: ‘*Jur a păzi Constituțiunea și legile poporului român, a menține drepturile lui naționale și integritatea teritoriului.*’ See Monitorul Oficial, nr. 142 of 1/13 July 1866.

⁵⁹ Our translation from Romanian: ‘*Actul ce s-a îndeplinit este cel mai însemnat din viața unui popor. Prin Constituțiunea ce dăm astăzi statului român realizăm aspirațiunile legitime ale națiunii, garantând interesele tuturor stărilor, precum și toate drepturile ce cetățeanul trebuie să găsească într-o societate civilizată. Acest act este pentru mine în parte este cel mai solemn al vieții mele, căci este pactul definitiv, care mă leagă pentru totdeauna cu destinele noii mele patrii, România. [...] Țara intră într-o stare normală. Un guvern monarhic constituțional este așezat. Să stăruim dar cu toții, ca din leala și sinceră aplicare a principiilor acestei Constituțiuni, ea să poată produce binefăcătoarele ei roade.*’ See *ibidem*.

constitutional monarchy. Becoming the first official of the state, the Lord was ready to strictly abide to the attributions recognized by the Constitution and its spirit, as required by article 35.

For example, regarding the exercise of the prerogative of appointing members of the Government, Carol's concern to appoint ministers from within the parliamentary majority became quite clear after the opening of the first session of the Assembly of Deputies on November 15/27, 1866, when the Government of I. Ghica was installed only after the support of the majority of moderate conservatives and liberals was obtained. The elections established a conservative majority. As a result, the Liberal I. Ghica submitted his resignation, which he withdrew only after obtaining the necessary parliamentary confidence for his cabinet. But this practice will be gradually forgotten, to the point where the Government will no longer be the emanation of parliament, *e.g.* D. Ghica's Cabinet of ministers (November 1868).

Similarly, in the beginning, the exercise of the prerogative of dissolving the Chambers was limited to the rules and spirit of the Constitution. For example, the dissolution of the legislative bodies of 1/13 November 1867, intervened as a result of the impossibility of forming a Government that would enjoy the support of the parliamentary majority. In time, the dissolution of the Chambers will also take on the character of a *coup d'état*, being used in the absence of conflicts between the Government and the Parliament or based on an observable change in the orientation of the electorate. Most dissolutions will have the purpose of enabling the Governments of certain parliamentary minorities to create, through new elections, the necessary parliamentary majority, *e.g.* the government of M. C. Epureanu, 1870. We will also encounter cases when the dissolution occurred due to external pressures, *e.g.* dissolution

of the Chamber of Deputies in support of the government D. Ghica (1869) or L. Catargiu (1871) ⁶⁰.

Facing the numerous political factions immersed from the need to satisfy group interests (at one time, in two 'big' parties - the National Liberal Party and the Conservative Party), Carol I reacted by activating his monarchic personality. *In concreto*, he instrumented a political rotation between the political parties, using the parliamentary dissolution outside the box of its true political logic and outside the ratio of the principles of democracy (the elections were manipulated)⁶¹. Hence, in practice, the head of state reconfigured the parliamentary role and logic of the Government).

With the installation of the governmental rotation, the king used the constitutional leverage of parliamentary dissolution as a method of eliminating the unpopular majorities for certain Governments. At the end of the 19th century and the beginning of the 20th, the words of P. P. Carp: *'Your Majesty, give me the government and I give you the parliament and In Romania there are no parliamentary governments, but governmental parliaments,*⁶² proved their content of truth. Under these conditions, the Government was a

⁶⁰ T. DRĂGANU, *op. cit.*, p. 278.

⁶¹ R. C. ROGHINĂ, *op. cit.*, ppp. 303-314; S. L. DAMEAN, *Carol I al României 1866-1881*, Vol. I, Edit. Paidea, Bucharest, 2000, ppp. 99-145; I. SCURTU, *Istoria românilor în timpul celor patru regi. Carol I*, Editura Enciclopedică, Bucharest, 2011, ppp. 133-199.

⁶² Our translation from Romanian; *'Majestate, dați-mi guvernul și vă dau parlamentul și În România nu sunt guverne parlamentare, ci parlamente guvernamentale.'* See P. CÂNCEA, M. IOSA, A. STAN (coord.), *Istoria Parlamentului și a vieții parlamentare din România până la 1918*, Academia Română (publishing house of the Romanian Academy), Bucharest, 1983, p. 166.

factor of imbalance, not of balance. It was the leverage of the dissolution of the Parliament and, therefore, only ensured an apparent form of political stability.

The parliamentary regime came to be absent in the king's political agenda. As a proof, in 1901, Carol I wrote to Maria de Flandra:

'The parliamentary system has become obsolete and should be removed if something else could be found for control.'⁶³

The governmental rotation of the political parties, which led to the finalization of the change of the poles of power between the Parliament and the Government, was for Carol I a system by which he managed to distort the ends of the constitutional mechanisms of the fundamental law. The king chose to alternate, depending on the political context, between the fall/maintenance of the Government and the dissolution of the Parliament.

The dualist parliamentary regime, built on the idea of the balance of powers in the state, existed only scripturally, in the Constitution. In practice, Carol I, aware of the moral power he possessed, and of the requirement for political stability that the Romanian state had to satisfy in the most credible way, sought to govern through the background/ realism of the Romanian society, that is, taking into account the true characters of the Romanian society (mainly those of the political class), and not through the (proven) utopian 'empty forms' contained in the fundamental law.

⁶³ Our translation from Romanian: '*Sistemul parlamentar s-a perimat și ar trebui înlăturat dacă s-ar putea găsi altceva pentru control.*' See S. CRISTESCU, *Carol I și politica României (1878-1912)*, Paidea, Bucharest, 2007, p. 244.

6 Conclusion

Based on the Constitution of 1866, the monarch was part of the national governing agenda. In time, the national governance agenda has been totally taken over by the monarch, given the reasons already stated. Gradually, the Constitution was changed through practice, and an authoritarian regime with illusory parliamentary packaging was installed.

Carol I reigned and ruled. The Romanian monarch from 1866 was never put under the impossibility of governing, *de jure* and *de facto*.

ARTICOLE

A BRIEF OVERVIEW ON THE HISTORICAL
BEGINNINGS OF HEALTH LAW IN THE
BROADER CONTEXT OF PRIVATE LAW

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.6
Published Online: 2019-12-31

Marius Floare*

Necessitas non habet legem.

Abstract: Health law and its issues could seem to be just a contemporary problem, with a history going back no more than a century. However, the history of law and especially the history of private law can give us new insights into how traditional institutions such as torts, contracts, liability, consent, the status of persons and property have been drafted in and recomposed in this framework, together with borrowings from public law, to achieve this contemporary eclectic discipline.

Because the contemporary Romanian private law is tributary to the mid-19th century transplant from the French Civil Code of 1804, we will use the historical method to examine how the traces of modern-day health law can be found in much older private law institutions. We will examine this evolution in a Western European context because, ever since the Roman times and up until the 19th century civil codes,

* PhD Teaching Assistant, Private Law Department, Babes-Bolyai University Law School; attorney, Cluj Bar Association, marius_floare@yahoo.com. This work was supported by the project 'Quality, innovative and relevant doctoral and postdoctoral research for the labor market': POCU/380/6/13/124146, project co-financed by the European Social Fund through the The Romanian Operational Programme 'Human Capital' 2014-2020.

this area has been the cradle of private law and its relevance overcomes the geographical boundaries and spreads to all the countries that have ever adopted a Western European-inspired civil code.

Key-words: health law, law history, private law, charity, hospital, donation, legacy

Although health law is a contemporary construct, probably owing its existence and development more to the 20th century than to any other previous historical era, its roots can be traced back to the Greek and Roman antiquity, having a lot in common with a series of classical private law institutions, especially relating to persons, consent, liability and contracts, without ignoring property issues. By using the historical method, we will try to uncover the traces of modern-day health law in these durable private law institutions. Our analysis will focus mainly on Western Europe, especially France, because there was the cradle of modern private law, at first through classical and post-classical Roman law, later through the rediscovery and evolution of medieval Roman law and its sibling the Canon law and, finally, in the age of the great Civil Codes of the 19th century, starting with the French Civil Code of 1804, which was quite faithfully transplanted in the Romanian Civil Code of 1864¹.

Because the distinction between private law and public law has been established gradually since the Late Middle Ages and the modern understanding of the term 'civil' law has only been used since the 18th century², for purposes

¹ M. GUȚAN, *Building the Romanian Modern Law – Why is It Based on Legal Transplant?*, Acta Universitatis Lucian Blaga, 2005, pp. 135-136.

² A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *Histoire du Droit de la Santé*, Les Études Hospitalières Édition, Bordeaux, 2014, p. 26.

of clarity for the contemporary reader we will use both concepts of 'private law' and 'civil law' in their contemporary meaning, even if these concepts had a different meaning in the historical age that we are analyzing. This paper will only briefly mention the public law aspects of health law, for example those regarding the prior authorization of medical practitioners or the organization of the public health system.

For reasons of brevity, we will sometimes use the colloquial term 'doctor' instead of the broader 'medical professional', making the appropriate distinctions where necessary between the equivalent of a modern-day M. D. and other types of medical professionals.

1 Law and Health in Antiquity

Although Greece is considered nowadays to be the cradle of medical ethics, mainly because the fundamental oath of Hippocrates appeared there for the first time, due to the medical school led by Hippocrates of Cos (460 B. C. - 380 B. C.), the Greeks were much less interested than the Romans in the public regulation of medical practice. The oath of Hippocrates is quite modern in its stating that the goal of medicine is of being useful to the sick and that a medical professional has duties in regard to his or her patients and colleagues, but it understandably leaves out contemporary concerns like the duty to inform the patient, the requirement of consent for medical care, the duty to alleviate pain and to give assistance to the poor. The oath was sworn by both Greek and Roman doctors up until the Christianization of the Roman empire,

when it fell into disuse³. Medical ethics was later taken over from its antique tradition by the Catholic Church, up until the secularization of contemporary times⁴. Roman law had an ambiguous attitude towards liberal professions (*operae liberales*) insofar as to have never really dealt with the problem of monetary payments for services rendered, making tenuous distinctions between the less reputable work of slaves and labourers that received a 'degrading' salary (*merces*), the *stipendium* of the soldier and the *honorarium* of the reputable professions, like doctors and midwives, the latter seen not as compensation but as a token of gratitude⁵.

Roman private law was much more advanced in regard to tort liability for medical professionals due to the general provisions of the 3rd century B. C. *Lex Aquilia* and the 1st century B. C. *Lex Cornelia de iniuriis* about cuts and bruises. Although the *Lex Aquilia* initially concerned only damages to things, including slaves, and excluded corporeal damages or the death of a free person, later case law extended its provisions by the creative use of particular procedural tricks such as the *actio utilis*⁶.

The Romans were the first to set up rules for the liability of medical professionals, without concerning themselves with the subtle modern distinctions between contractual liability and tort liability. They defined different writs (*actio*) for different types of liability, like the *actio legis Aquiliae* for death

³ *Ibidem*, pp. 19-23; M. LINDEMANN, *Medicine and Society in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 9; see also V. NUTTON, *Healers in the Medical Marketplace: Towards a Social History of Greco-Roman Medicine*, p. 26 in A. WEAR (editor), *Medicine in Society – Historical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

⁴ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, p. 22.

⁵ *Ibidem*, pp. 23-24.

⁶ *Ibidem*, p. 25; A. LECA, *Un siècle de droit médical en France (1902-2002): de la lutte contre les épidémies aux droits des patients*, Victoria University of Wellington Law Review, 2004, volume 35, issue 2, p. 210.

caused by the medicine administered by the doctor himself or the distinctive *actio in factum*, if death was caused by the patient taking the medicine himself, given to him by his doctor⁷. Thus we can say that *Lex Aquiliae* was not only for tort liability in the modern sense, but also for cases where there was a preexisting contract, such as the one between doctor and patient.

The post-classical Roman law was mostly concerned with the tort liability of doctors (*medicus*), especially for negligence. The *Corpus Iuris Civilis* of emperor Justinian had numerous references to cases of medical negligence, like bleeding a slave to death due to the ignorance of the doctor, giving bad medicines, abandoning their patient in the course of treatment and it also mentions that those who sold dangerous medicines or poisons would have been subject to the same law which punished assassins and poisoners (*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*) with death or exile⁸.

2 Private Law and Health Issues in Medieval Times

The Early Middle Ages saw the advent of hospitals, or 'homes of hospitality', founded by the local bishops in the cities of Western Europe⁹. The Catholic Church's stated policy was to remind everyone of their duty of hospitality towards the poor, the bishops being bound to encourage the establishment of 'homes of hospitality', to watch over the religious discipline in such places and watch over the duly execution of the wills of the founders. At times, church councils enjoined the bishops to allocate at least a quarter of

⁷ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁸ *Ibidem*.

⁹ M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 125.

their resources for the lodging and caring of the sick or the pilgrims, because the embezzlement of funds destined for hospitals was quite frequent. Bishops were often reminded that they were mere administrators and not owners of the estate of the Church¹⁰.

The late 8th century and early 9th Carolingian revival witnessed a flourishing of new hospitals, called 'homes of God' or 'hotels of God', usually near the bishop's palace, the clergy's quarters or at the entrance of towns, in order to accommodate pilgrims and other voyagers. The emperor's decrees made a clear distinction between the estate of the hospital and other Church property, insisting on the due respect for the hospital founders' will, also enjoining the allocation of at least a tenth of the clergy's income for hospitals¹¹.

The High Middle Ages, from the 10th century onward, witnessed the general decline of urban life and the corresponding decline of the bishop-led model of town hospital. Most hospitals were now situated in the rural area, especially around monasteries, and were run by hospitality-driven orders like the Benedictine monks. In theory, they received anyone searching for health, food or shelter, poverty being considered a way towards redemption, but they had different premises for different social classes, resembling hotels for the rich and hospitals for the poor¹².

In the Early and High Middle Ages, until the 12th century, in a typical Western European country like France, medical practice was divided between an eclectic and undifferentiated group of healers, men and women, lay and religious, with various degrees of medical knowledge, comprising doctors,

¹⁰ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, p. 82.

¹¹ *Ibidem*, pp. 82-83.

¹² *Ibidem*, p. 83.

surgeons and apothecaries¹³. It was a time of quacks and crooks, of little formal medical education, while the first regulations of the medical profession only appeared in the 14th century in Paris and Montpellier. Only in the 15th century an organized monopoly of medical practice began to spread throughout France. A significant medical school was the one organized in the University of Paris, which at first included only religious faculty and was thus naturally affiliated with the papacy¹⁴.

In the Middle Ages, health care in Western Europe was considered to be an activity that concerned mainly the church, with specialized religious orders. Up until the 12th century, numerous members of the clergy, of different ranks, were authorized to practice medicine, but the canon law reforms after 1130 forbade formal medical university studies and regular medical practice to the so-called 'regular' clergy (the monks) outside their convents, because these activities interfered with their religious duties, allowing only certain so-called 'secular' clergy (priests living among lay people) to practice medicine, as long as they could also satisfy their religious obligations¹⁵. The church was the first to try to regulate the medical profession in the 13th century, by demand from the Paris medical school or the medical school from Montpellier, but its orders were never thoroughly enforced. Thus the established medical profession, represented by medical schools like the ones from the Universities of Paris and Montpellier, gradually turned, from the 14th century onward, to the king of France for the enforcement of its professional monopoly¹⁶.

¹³ K. PARK, *Medicine and Society in Medieval Europe, 500-1500*, pp. 59-60 in A. WEAR (editor), *Medicine in Society – Historical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

¹⁴ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 35-37; M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 173.

¹⁵ K. PARK, *op.cit.*, pp. 76-77.

¹⁶ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 29, 37-40.

Similarly to doctors (M. D.), surgeons and apothecaries also began slowly to differentiate from barbers and spice shop owners and to be regulated like medical professionals in the Late Middle Ages, from the 13th century onward¹⁷.

Healthcare and hospitals were considered to be mainly charity work, which from the end of the 13th century began to be supervised by lay authorities, including the king and the cities. This tight relationship between hospitals and charity meant that, during the Middle Ages, healthcare was very much dependent on donations from private individuals who could thus influence the way in which hospitals were run. In France, starting in the Late Middle Ages, the royal power began to get involved in healthcare. Organized religion, science and the state were much less separated at the time than they are today¹⁸.

Hospitals during the Middle Ages were not mainly medical institutions¹⁹ because their primary purpose was to care for the poor and, only as a secondary objective, they also took in the sick poor, who had nobody to care for them. Because hospitals were mainly social care institutions, they had only a marginal connection with doctors, who played only a minor role, were poorly paid and left most of the caring to surgeons and the religious staff. In France, during the Late Middle Ages, from the 12th to the 14th century, there were two types of hospitals: the majority were ecclesiastical institutions under the guise of charitable causes and were under the authority of the local bishop,

¹⁷ *Ibidem*, pp. 40-47.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 29-30, 38; M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ M. LINDEMANN, *op. cit.*, pp. 120-121.

while the rest, mainly the ones caring for the sufferers of leprosy, were created and run by the lay local authorities²⁰.

A medieval hospital was typically established and managed by the local bishop, with the purpose of caring for both the corporeal and the spiritual infirmities of their patients. Its finances were very much dependent on charitable donations and legacies, which meant that, while it was not a burden for the public purse, it was also exposed to the irregular nature of this type of private funding. Hospitals were catering for both the spiritual and the earthly needs of the poor, the sick, the infirm and the pilgrims, by offering them care and a home or a temporary shelter²¹. The doctors were only temporary visitors in these institutions, while the chaplains were permanent residents²².

The powerful people of the Late Middle Ages, be they aristocrats, clergy or rich bourgeoisie, were all participating in the healthcare effort²³ by allocating a part of their fortune for the establishment or maintenance of a hospital, both to signal their Christian virtue and also expecting some reward in the afterlife, charity being viewed as atonement for past sins. Hospitals were depending for their upkeep on the revenues generated by their own real estate, either agricultural land exploited directly or rented out for money or in kind benefits, buildings for their own use or taxes collected from the hospital domain. To establish a new hospital, real estate had to be part of the donation or legacy, but hospitals also organized yearly collects, sometimes in exchange for

²⁰ A. LECA, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 81.

²¹ M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 125.

²² A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 81-82.

²³ M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 122.

religious pardons. There was also a custom for hospitals to receive as legacy the furniture or the bed linen of the deceased who died in the establishment²⁴.

Hospitals were considered church property, like a chapel or a church, a status which encompassed some supervision by the local bishop but also significant legal privileges, including an interdiction to be even partially sold or given away without rigorous formalities and a general exemption for the charitable estate from all kinds of taxes. The hospitals were also endowed, like a parish church, with the right to bury the dead on their premises and the right of asylum, which meant that no troops or police could enter²⁵.

The establishment of a hospital was considered a 'charitable cause' and this had legal significance because the initial purpose of the donation or legacy had to be respected, any change needing special authorization from the local bishop. The will of the founder was decisive in establishing how the place was run, by mentioning those who would nominate and control the administrators, be they the heirs of the founder, the municipality or the local bishop. The administrator either had a life-long appointment with ecclesiastical privileges or he was a simple lay administrator with a three-year appointment that could be renewed. The hospitals established by the local communities all had simple administrators and received only spiritual guidance from the clergy²⁶.

Even in the Late Middle Ages, specialized medical care was only an afterthought in the hospitals of the time. The treatment consisted mainly of potions prepared locally by the monks, baths and blood-letting from visiting barbers. Doctors or barbers/surgeons were called only on a case-by-case

²⁴ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 83-84, 89-91.

²⁵ *Ibidem*, p. 84.

²⁶ *Ibidem*, pp. 84, 87-88.

basis, and only the 14th century began to witness payed permanent visits from doctors or surgeons, but only in the big hospitals of the time²⁷.

However, there was a different status for the hospitals created for leprosy sufferers. They were established well outside the cities²⁸, the sufferers generally had to belong to the local community, they had to pay an 'admission' fee and be accepted by the hospital management. These leprosy hospices were considered to be moral persons and they had to live within their own resources. The leprosy patients were considered dead to the outside world and, when they ventured in the outside villages, they had to signal their presence by sounding a bell²⁹.

Hospitals in the Late Middle Ages were run by religious congregations of brothers and sisters who were subject to a quasi-monastic discipline. They generally had to begin as novices, before being permanently accepted by the religious or lay administrator of the establishment, they had to be a free person, celibate, without debts and not suffering from leprosy or epilepsy. They took a vow of poverty, chastity and obedience, had to dress modestly and to ask for permission from the administrator to travel outside³⁰.

3 Modern View of Health Law in the 16th to the 19th Century

In older Romanian laws, like the 17th century decrees of Vasile Lupu in Moldova and Matei Basarab in Wallachia, sending one's own child to a

²⁷ *Ibidem*, p. 85, M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 127.

²⁸ M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 123.

²⁹ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 85-86; K. PARK, *op. cit.*, pp. 86-87.

³⁰ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 88-89; M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 133.

hospital was a serious reason to lose parental authority, mainly because the hospitals of the era were considered to be terrible places, only for the poor and the sick³¹.

The transition from the Middle Ages to the modern era saw a dense network of hospitals in France who were in a bad state due to the ravages of the Hundred Years' war and a decrease in charitable impetus of the people. There was also a decline in the discipline of these establishments, coupled with a decrease in the Catholic Church's authority in regard to the lay local and later royal authorities³².

The post-medieval France of the *Ancien Régime* witnessed a conflict between the royal authority and the Catholic Church in regard to the management of hospitals, starting in the 16th century, but this conflict was later resolved by appointing joint councils, made up of both lay people and members of the clergy, who ran these charitable institutions up until the late 18th century and the French Revolution of 1789. The 17th century also saw the advent of a new type of hospital, the so-called 'general hospital', established by the king with the purpose of locking away and disciplining the urban paupers³³, while the traditional religiously-inspired hospitals slowly drifted towards a more pronounced role in medical care³⁴.

The 16th century in France witnessed the attempted taking over of hospital administration by the royal authority, firstly by establishing a local tax called 'the poor men's due' to finance hospitals and also by merging

³¹ D. ALEXANDRESCO, *Principiile dreptului civil român*, vol. I, Atelierele grafice SOCEC & Co., București, 1926, pp. 240-241.

³² A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, p. 91; M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 130.

³³ M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 131.

³⁴ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 81, 93.

smaller hospitals into larger establishments for the better management of resources. The King of France also tried to take over directly hospital management, in order to curtail widespread embezzlement and the misuse of the founders' donations and legacies, by appointing commissions made up of members of the bourgeoisie to run the hospitals and answer to royal officers. These attempts were not very successful due to the lack of enthusiasm of the royal officers to take on new assignments and due to the resistance of the local clergy. This struggle between Church, local authorities and the central royal power for preeminence in regard to hospital administration would continue for the following two centuries, one of the tenets for the resistance to centralization being the private law principle of respecting the initial will of the founder who had established the hospital³⁵.

The modern age in France was similar to the Middle Ages in regard to the all-powerful respect and obedience to the will of a hospital's founder. These hospitals were plagued by a near total disregard to sanitary principles. They were destined to alleviate all kinds of misfortune, including poverty, and the health element was a mere secondary concern. Hospital resources remained generally insufficient, in spite of royal intervention, and hospital administration was disputed by the Catholic Church, the King of France, the local and regional authorities³⁶.

The French Revolution of 1789 was a time of great reforms for the entire healthcare system. Before the Revolution, doctors were the only medical professionals with a university degree, while the surgeons and the apothecaries were mere practitioners. The laws at the beginning of the 19th

³⁵ *Ibidem*, pp. 94-100; M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 131.

³⁶ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, p. 108.

century established for France the compulsory nature of formal studies and exams for doctors, surgeons and apothecaries and gave them a monopoly on medical practice. Laws at the end of the 19th century also regulated the dentists and the midwives as medical professionals³⁷.

The more than two thousand hospitals which existed in France at the end of the 18th century were more social establishments than medical ones and their personnel was almost entirely religious³⁸. They were run by the local authorities, with the exception of hospitals in Paris, even if they needed a prior authorization from the central authorities. Although laws at the beginning of the 19th century saw the creation of a daily price for hospital care, fees paid by patients were only a small part of any hospital's budget during the 19th century, while France was also lacking a generalized compulsory social insurance scheme, that could have taken charge of medical costs, unlike Germany and Austria³⁹.

The 19th century France defined hospitals as places of public health assistance for everybody, including the paupers, endowed them with legal personality, a budget, an estate and standing in litigation. The medical focus of these institutions was progressively increased in the late 19th century, medicine finally becoming a scientific discipline after 1880. At the same time, the dominant voluntary religious personnel was slowly supplemented by lay nurses, especially after the first civil nurses' schools were opened in 1899. Better built hospitals were attracting even the well-off for medical care, gradually shifting their focus away from caring for free only for the paupers⁴⁰.

³⁷ *Ibidem*, pp. 184, 205-210, 216.

³⁸ M. LINDEMANN, *op. cit.*, p. 122.

³⁹ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 217-219.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 221-222.

The French civil code of 1804, although very broad in its definition of civil tort liability, had no specific provisions about the medical 'art', unlike its Austrian counterpart from 1811, which had very specific provisions for these cases. Only after 1830 did the French courts agree that medical damages fell under the provisions of civil tort liability and thus, they could not be insured up until 1945. Tort liability for the medical professional was based on negligence or bad faith, a common fault encompassing the failure of his professional duty⁴¹.

French civil law was reluctant to see the doctor-patient relationship as a contractual one, although there were 16th century authors like Cujas, who translated the rules of the common services contract in this context. 19th century French civil law doctrine considered all liberal professional acts, including medicine, to be invaluable and thus they could not be the object of a 'vulgar' services contract⁴².

4 Contemporary Integration of Private Law Rules in Health Law

The 20th century saw the generalization of social medicine, the interwar period seeing France develop its own system of social insurance and a gradual opening up of the hospital system to the general population. The first coherent healthcare systems emerged at the end of the 19th century in Germany and were now spreading in the United Kingdom (1910), Japan (1922), Australia and New Zealand (1938), thus decoupling healthcare from charity and the wealth of the local communities⁴³.

⁴¹ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 228-230.

⁴² *Ibidem*, p. 230; Ch. AUBRY, C. F. RAU, *Droit civil français*, 5th edition, Volume 4, p. 533.

⁴³ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 222-223, 239.

In regard to medical liability, it was only in the 1930s that the French courts accepted that there could be contractual liability between a free-practicing doctor and his patient, the doctor having only a 'best efforts' duty, according to current science, to heal the patient and not necessarily to achieve a certain result⁴⁴.

The interwar period saw the statutory provisions that cemented the right of the patient to choose his medical professional. After the Second World War, the French Constitution stipulated the right to the protection of health as a constitutional right⁴⁵.

In France, medical law was considered in the 19th century to be a part of public law due to the strong administrative and criminal element, but it slowly reemerged as a close relative of civil law, using its concepts in relation to persons, property, liability and ingeniously integrating the duty of public service. The 20th century witnessed the novelty of informing the patients about their health and asking for their informed consent for any medical procedure, rendering obsolete the 19th century justification of the therapeutic value of the medical lie, medical law being at the forefront of this duty to inform, which later spread to other areas of civil law. This evolution preceded in France by some decades the acceptance of the contractual nature of the doctor-patient relationship and it was based on the respect for the dignity of the human being⁴⁶.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 230-231.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 237-238; A. LECA, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁶ A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 266-269; A. LECA, *op. cit.*, p. 219.

5 Conclusions

Healthcare has been considered an equivalent of charity for a very long historical time. It has often been bundled up with social care and the Christian duty to care for the poor and the needy. Receiving payment for health services was often viewed as shameful and the training of medical professionals had frequently been neglected or reduced to a mere vocational experience. Hospitals were at first asylums for the poor and later even concentration camps or prisons for the paupers. Financing healthcare was often reliant on private donations and legacies, given out of Christian piety and an unexpressed desire for atonement for past sins and the hope of rewards in the afterlife.

Out of all this chaos, the modern healthcare system and its accompanying legal system emerged in the 19th and 20th century, frequently payed for by the state or by social insurance schemes. Private law norms regarding persons, liability, contracts, property and torts were seamlessly blended with public law institutions from administrative and criminal law in order to create the contemporary health law.

ARTICOLE

INCRIMINAREA FAPTELOR DE CORUPERE
A ALEGĂTORILOR ȘI ALTOR INFRAȚIUNI
ELECTORALE ÎN AUSTRIA. ASPECTE DE
DREPT COMPARAT

DOI: 10.24193/SUBBIur.64(2019).4.7
Published Online: 2019-12-31

Stela Botnaru; Ghenatie Tanas*

Rezumat: În articol este prezentată o succintă analiză a legislației penale a Austriei, în ceea ce privește incriminarea faptei de corupere a alegătorilor și altor infracțiuni electorale precum împiedicarea exercitării drepturilor electorale, fraudarea votului, violarea confidențialității votului ș.a. Actualitatea temei cercetate reiese din necesitatea consolidării proceselor democratice, în special a celor legate de procesul alegerilor. Infracțiunile comise în domeniul electoral aduc atingerea nemijlocită democrației reprezentative din cadrul unui stat. Respectiv, cu cât mai dezvoltat este cadrul legal în domeniul infracțiunilor din sfera electorală, cu atât mai protejată poate fi considerată ordinea de drept a acestei țări. Problema respectivă este abordată sub mai multe aspecte, analizând infracțiunile prevăzute de legea penală austriacă și pedepsele prevăzute pentru comiterea acestora. Însă, pentru ca analiza să fie una completă, s-a abordat și aspectul comparativ prin prisma legislației penale germane.

* Conferențiar Universitar Doctor Stela BOTNARU, Prodecan al Facultății de Drept al Universității de Stat din Moldova, stelacorlateanu@gmail.com; Ghendie TANAS, doctorand în cadrul *Facultății de Drept a Universității de Stat din Moldova*

Cuvinte-cheie: coruperea alegătorilor, infracțiuni electorale, Codul penal austriac, legislația penală germană, democrația reprezentativă.

INCRIMINATION OF ELECTORAL
CORRUPTION AND OTHER VARIETIES OF
THE ELECTORAL FRAUD IN AUSTRIA.
COMPARATIVE LAW PERSPECTIVES.

Abstract: This article presents a brief analysis of the criminal law of Austria. Specifically, it looks into the incrimination of electoral fraud and other electoral offences such as preventing the exercise of electoral rights, vote-rigging, violation of the confidentiality of the vote and other. The researched topic is up-to-date because of the necessity to strengthen the democratic processes, especially those relating to the election process. Offences committed in the electoral field summon immediate attainment impact of representative democracy within a state. Therefore, the more developed the legal framework in the field of offences in the electoral area is - the more protected the rule of law of the country is considered to be. This issue can be addressed from several points of view: analysis of the crimes provided by the Austrian criminal law and the penalties for committing them. However, to produce a complete examination, a comparison with the German Criminal law will be drawn.

Key-words: vote-rigging, electoral fraud, Austrian Criminal code, German criminal legislation, representative democracy

1 Aspecte introductive

Legislația Austriei utilizează pentru prima dată noțiunea de corupție în dreptul penal în Legea privind lupta contra corupției (*Antikorruptionsgesetz*),

adoptată de Parlamentul austriac la data de 29 aprilie 1964¹. Legea incrimina doar faptele de dare/luare a mitei de către o persoană cu poziție funcțională înaltă atât în cadrul structurilor de stat cât și în cadrul companiilor private, precum și influențele necorespunzătoare. Ulterior, au fost depuse eforturi legislative pentru înlăturarea caracterului lacunar al „Legii privind lupta contra corupției” din 1964, eforturi care s-au materializat în „Legea privind lupta contra corupției” din 1982². Cu adevărat însă, schimbarea legislației penale a survenit odată cu modificările aduse Codului penal austriac din 1998.³

Legislația Austriei incriminează infracțiunile îndreptate împotriva drepturilor electorale în cadrul capitolului 18 al părții speciale a Codului penal, la art. 261-286⁴. La modul concret, este incriminată fapta de limitare a

¹ Legea austriacă privind lupta contra corupției din 1964. „Antikorruptionsgesetz das am 29 April 1964”.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1964_117_0/1964_117_0.pdf
(vizitat la 10.09.2019).

² Legea austriacă privind lupta contra corupției din 1982. „Antikorruptionsgesetz am 1 April 1982”.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1982_205_0/1982_205_0.pdf
(vizitat la 10.09.2019).

³ AGAC Dilan, ANDEBNER Flavia, AUINGER Helene, *Korruption in Österreich und im internationalen Vergleich* (Corupția politică în Austria și în alte state). Institut für Gesellschafts- und Sozialpolitik Johannes Kepler Universität Linz 2013. 348 p.

⁴ Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019).

„(1) Die Geldstrafe ist in Tagessätzen zu bemessen. Sie beträgt mindestens zwei Tagessätze.

(2) Der Tagessatz ist nach den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsbrechers im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz zu bemessen. Der Tagessatz ist jedoch mindestens mit 4 Euro und höchstens mit 5 000 Euro festzusetzen.

(3) Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe entspricht dabei zwei Tagessätzen.”

exercitării dreptului electoral (art. 262), inducerea în eroare în cadrul alegerilor sau a referendumului (art. 263), diseminarea informațiilor false în cadrul procesului electoral (art. 264), coruperea alegătorilor în cadrul alegerilor sau a referendumului (art. 265), falsificarea rezultatelor alegerilor sau a referendumului (art. 266), împiedicarea desfășurării alegerilor sau a referendumului (art. 267) și încălcarea secretului votului în cadrul alegerilor sau a referendumului (art. 268).

Amenda penală în legislația austriacă este o sancțiune destul de des întâlnită și este reglementată de art. 19 al Codului penal austriac. Amenzile penale se calculează în „rate zilnice”. Rata zilnică depinde de circumstanțele individuale ale persoanei față de care se aplică și performanțele economice ale acestuia la momentul pronunțării hotărârii în primă instanță. Sancțiunea pecuniară în legislația austriacă are deci un extraordinar grad de individualizare față de persoana făptuitorului, față de care și se aplică. Cu toate acestea, Codul stabilește limita minimă a ratei zilnice – de 4 euro, și limita maximă – de 5000 euro. Legiuitorul austriac stabilește și posibilitatea „convertirii” amenzii în zile de detenție, atunci când autoritățile se află în imposibilitate de a percepe amenda. Posibilitatea și procedura de „convertire” se numește „compensare”, este stabilită de art. 19 alin. (3), urmărindu-se proporția de o zi de „compensare” pentru „două rate zilnice”.

Traducere: disponibilă la: http://codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Austria-RO.html?fbclid=IwARoZCPcD7RBcW8UrQtWwmUjwkp4GHszsXlj6LlxEa5iS_YXE1Qffd2YQpIY (vizitat la 13.12.2019) traducător: Tudorel TOADER.

2 Abordarea comparativă a infracțiunilor din domeniul electoral din perspectiva legislației austriece și germane

Datorita faptului că într-un sistem de drept al societății democratice trebuie să existe o ordine asigurată prin norme juridice, în special prin cele juridico-penale a funcționării acesteia, în legislația penală a mai multor state pot fi găsite prevederi referitoare la infracțiunile comise în sfera dreptului electoral. O atenție deosebită trebuie acordată reglementărilor juridico-penale ale infracțiunilor electorale din Codul penal german, pentru identificarea acelor intersecții care există, dar și a eventualelor deosebiri.

Ca și în cazul art. 108 al Codului penal german, legea penală austriacă stabilește, la art. 261, domeniul de aplicare al articolelor care incriminează coruperea alegătorilor și încălcarea drepturilor electorale. Astfel, acestea se aplică procesului de alegere a președintelui, în alegerile organelor reprezentative generale și în organele de formare a imaginii statutare (organisme reprezentative) ale societăților profesionale (în legislația Austriei „societățile profesionale” sunt echivalentul „uniunilor profesionale” din legislația Republicii Moldova), în alegerile generale și directe a autorităților executive ale comunităților, în alegerile desfășurate pentru Parlamentul European, precum și în referendumuri.⁵

⁵ Codul penal al Germaniei. *Strafgesetzbuch*, disponibil la: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html> (vizitat la 13.12.2019):

„§ 108 *Wählernötigung*

(1) *Wer rechtswidrig mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, durch Mißbrauch eines beruflichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses oder durch*

Încă o similitudine cu legislația germană, ține de faptul că semnătura persoanei pe actele juridice de înaintare a candidatului pentru alegeri, precum și semnătura persoanei pe actul/documentul de înregistrare a inițiativei populare are același regim juridic ca și exercitarea dreptului de vot în cadrul scrutinului electoral sau referendumului.

Similitudinile dintre Codul penal german și Codul penal austriac nu se opresc aici. Dispoziția art. 262 din Codul penal austriac, care incriminează fapta de „limitare a exercitării dreptului electoral”⁶ este asemănătoare dispoziției art. 108 din Codul penal german, care incriminează, la art. 108, „fapta de împiedicarea prin violență a exercitării votului.” Componenta de infracțiune de la art. 262 al Codului penal austriac cuprinde „violența sau amenințarea periculoasă”, precum și oricare alt mod (de exercitare a presiunilor) prin care este împiedicată exercitarea dreptului de vot. Diferența dintre aceste reglementări (germană și austriacă) este dată de sancțiune, care în cazul art. 108 al Codului penal german este de „pedeapsă privativă de

sonstigen wirtschaftlichen Druck einen anderen nötigt oder hindert, zu wählen oder sein Wahlrecht in einem bestimmten Sinne auszuüben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe, in besonders schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) *Der Versuch ist strafbar.*” Traducere în engleză: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html (vizitat la 13.12.2019) Traducere din engleză în română: E. ȘAPORDA.

⁶ Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*, <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019).

„§ 262 Wahlbehinderung

(1) *Wer einen anderen mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung nötigt oder hindert, überhaupt oder in einem bestimmten Sinn zu wählen oder zu stimmen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen, unter den Voraussetzungen des § 106 jedoch mit den dort bezeichneten Strafen zu bestrafen.*

(2) *Wer einen anderen auf andere Weise als durch Nötigung an der Ausübung seines Wahl- oder Stimmrechts hindert, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*” Traducere: T. TOADER

libertate de până la 5 ani”, iar în cazul art. 262 al Codului penal austriac, este de „pedeapsă privativă de libertate de până la 1 an, sau amendă penală egală cu venitul subiectului pentru 720 de zile”. În cazul infracțiunii de limitare a exercitării dreptului electoral săvârșite cu circumstanțe agravante, se aplică sancțiunile stabilite la art. 106 din Codul penal austriac. De asemenea, legiuitorul austriac stabilește că orice limitare fără violență a drepturilor electorale se pedepsește cu o sancțiune mai blândă – pedeapsa privativă de libertate de până la 6 luni sau amendă penală egală cu venitul subiectului pentru 360 de zile (360 rate zilnice).

3 Infracțiunile din domeniul electoral în legislația penală a Austriei

Art. 263 al Codului penal austriac incriminează inducerea în eroare în cadrul alegerilor sau a referendumului și este similară art. 108, din Codul penal german. Este incriminată fapta persoanei care induce în eroare referitor la anumite informații, sau încearcă să influențeze o persoană în așa mod ca aceasta să greșească în exercitarea dreptului de vot, să greșească cu privire la cererea sa (privind actele/documentele întocmite ca inițiativă populară), să-și invalideze propriul vot, sau să nu participe la alegeri. Infracțiunea atrage pedeapsa privativă de libertate de până la 6 luni sau o amendă penală de până la 360 de rate zilnice⁷. Aceleași componente de infracțiune sunt pasibile de pedeapsă și în cazul referendumurilor desfășurate.

⁷ Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019). „§ 263 Täuschung bei einer Wahl oder Volksabstimmung

Specificitatea reglementărilor penale austriece este dată de incriminarea, la art. 264 al Codului penal austriac, a infracțiunii de „diseminare a informației false privind alegerile sau referendumul”. Astfel, orice persoană care „în mod public diseminează un mesaj sau informație falsă, menită să descurajeze participarea la alegeri sau să determine votarea unui anumit candidat, într-un moment care nu permite controlul (verificarea veridicității” se pedepsește cu o pedeapsă privativă de libertate de până la 6 luni sau o amendă penală de până la 360 de rate zilnice. Componenta calificată a infracțiunii presupune utilizarea unui document fals sau falsificat pentru a face credibilă informația ori mesajul fals⁸. Având în vedere pericolul social sporit al componentei calificate, legiuitorul austriac stabilește și o sancțiune mai dură – pedeapsa privativă de libertate de până la 3 ani.

Mass-media joacă un rol important în scenariul asigurării dreptului la informare. Ea face publică atât preocupările populației, cât și conceptele partidelor și activitățile parlamentului și ale guvernului. Ca o „piață a ideilor”, acestea reprezintă forul pentru o dezbateră pluralistă și, în același timp, fac politica transparentă și critică. Puterea democratică nu este legitimată de succesiune sau de autoritate, ci de public, de societate, de „demos”. Acest aspect poate fi privit ca responsabilitate și, în același timp, ca defect al

(1) *Wer durch Täuschung über Tatsachen bewirkt oder zu bewirken versucht, daß ein anderer bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen eine ungültige Stimme abgibt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*

(2) *Ebenso ist zu bestrafen, wer durch Täuschung über einen die Durchführung der Wahl oder Volksabstimmung betreffenden Umstand bewirkt oder zu bewirken versucht, daß ein anderer die Stimmabgabe unterläßt.* ^ Traducere: T. TOADER.

⁸ STOCKHAMER Andreas Marco. Politische Korruption in Österreich. Diplomarbeit. Wien, 2011. http://othes.univie.ac.at/13474/1/2011-03-07_0471324.pdf (vizitat la 15.09.2019).

sistemului, ceea ce poate fi prevenit în timp util. Democrația nu este atât de naivă să creadă că interesul propriu, abuzul de putere și corupția ar putea fi vreodată excluse de pe agenda de lucru a clasei politice.

Cu toate acestea, democrația reprezentativă este doar una dintre formele democratice posibile. Anume Grecia antică s-a confruntat cu ideea de democrație participativă, în cadrul căreia, în loc de responsabilitatea de delegare, interesele oamenilor erau integrate direct în procesele de luare a deciziilor de către clasa politică. Sarcina mass-media într-o societate democratică nu se reduce doar la informare dar se extinde și la reducerea barierelor de intrare pentru participarea la viața politică, la motivarea cetățenilor în participarea la scrutinul electoral, manifestându-și activ opiniile în mediul social și astfel influențând procesele de elaborare a politicilor⁹.

Norma, de la art. 264 al Codului penal austriac, care sancționează infracțiunea de „diseminare a informației false privind alegerile sau referendumul” și-a demonstrat actualitatea mai ales în ultima perioadă, când partidele și formațiunile politice, precum și candidații independenți în alegeri, abordează problematica socială și economică în mod populist, de cele mai multe ori utilizând pentru aceasta informații sau știri false („fake-news”).

Coruperea alegătorului și acceptarea „mitei electorale” este incriminată de art. 265 al Codului penal austriac. Într-o oarecare măsură, legiuitorul austriac responsabilizează ambele tabere – „alegătorul” și „alesul”, utilizând „egalitatea armelor” în ceea ce privește sancțiunile aplicate. Legea penală incriminează fapta persoanei „care oferă, acordă sau promite o remunerare unei persoane care are drept de vot, pentru ca aceasta să voteze

⁹ Resurse informaționale on-line: Mass-media și alegerile în Austria. <http://de.ejo-online.eu/qualitaet-ethik/die-medien-und-die-wahlen-in-oesterreich> (vizitat la data de 12.09.2019).

într-un anumit fel, să voteze un anumit candidat, sau să nu voteze”. Sancțiunea stabilită de lege pentru făptuitor este pedeapsa privativă de libertate de până la 1 an sau amendă penală de până la 720 de rate zilnice.

Conform art. 265 alin. (2), cu aceeași sancțiune se pedepsește fapta alegătorului (persoanei cu drept de vot în cadrul scrutinului organizat) care solicită, primește sau promite să primească o remunerare pentru a vota într-un anumit sens, un anumit candidat, sau de a nu participa la vot¹⁰.

Pentru a disciplina și mai mult clasa politică, legislația austriacă referitoare la finanțarea partidelor politice, reprezentată de Legea federală privind finanțarea partidelor politice din 2012¹¹ vine cu reglementări concrete, stabilind că „statul promovează partidele politice în activitățile lor de participare la procesul decizional politic la nivel federal prin alocarea anuală a subvențiilor.” Astfel, art. 3 din Legea federală privind finanțarea partidelor politice din 2012, chiar și pentru partidele politice care nu sunt reprezentate în Consiliul Național (Parlamentul Austriei) dar au primit mai mult de 1% din voturile valabile în alegerile pentru consiliul Național, au dreptul la finanțarea

¹⁰ Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019).

„§ 265 Bestechung bei einer Wahl oder Volksabstimmung

(1) Wer einem Wahl- oder Stimmberechtigten ein Entgelt anbietet, verspricht oder gewährt, damit er in einem bestimmten Sinn oder damit er nicht oder nicht in einem bestimmten Sinn wähle oder stimme, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist ein Wahl- oder Stimmberechtigter zu bestrafen, der dafür, daß er in einem bestimmten Sinn, oder dafür, daß er nicht oder nicht in einem bestimmten Sinn wähle oder stimme, ein Entgelt fordert, annimmt oder sich versprechen läßt.” Traducere: T. TOADER.

¹¹ Legea federală austriacă privind finanțarea partidelor politice din 2012. *Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien (Parteiengesetz 2012 - PartG)*. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007891> (vizitat la 10.09.2019).

activităților lor în anul electoral. Aceste partide politice primesc o sumă de 2,5 euro pentru fiecare vot primit (pentru fiecare votant avut la alegeri). Bineînțeles, cadrul normativ stabilește reglementări care să împiedice transformarea sumelor obținute de la buget pentru finanțarea campaniilor electorale în „pomană electorală”, cu un complex de reglementări care supraveghează direcționarea mijloacelor financiare către publicitatea platformei electorale a partidului sau formațiunii politice.

Art. 266 al Codului penal austriac incriminează fapta de falsificare a alegerilor sau a referendumului. Într-o manieră laconică, tipic germană, legiuitorul austriac incriminează următoarele componente de infracțiune: 1) votarea de către o persoană care nu are drept de vot, sau înaintarea inițiativei legislative fără a avea dreptul; 2) votarea persoanei cu încălcarea mandatului prin care este împuternicit; 3) falsificarea rezultatelor alegerilor sau a referendumului. Primele două componente de infracțiune, care au un subiect simplu, se pedepsesc cu pedeapsă privativă de libertate de până la 6 luni sau cu amendă penală de până la 360 de rate zilnice¹². Ultima componentă de infracțiune presupune existența unui subiect calificat – funcționar cu atribuții în cadrul procesului electoral, în special în cadrul procedurii de numărare și totalizare a numărului de voturi la nivel federal – ceea ce sporește gradul de

¹² Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019).

„§ 266 Fälschung bei einer Wahl-oder Volksabstimmung

(1) Wer, ohne wahl- oder stimmberechtigt zu sein, oder namens eines anderen ohne oder gegen dessen Auftrag unzulässigerweise wählt oder stimmt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer das Ergebnis einer Wahl oder Volksabstimmung fälscht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.” Traducere: T. TOADER.

pericol social al faptei și atrage o sancțiune mai aspră –pedeapsă privativă de libertate de până la 3 ani.

Obstrucționarea desfășurării alegerilor sau a referendumului este reglementată de art. 267 în felul următor: „Orice persoană care prin forță, violență sau amenințare periculoasă împiedică sau intervine deliberat în alegeri, referendum sau în procesul de pronunțare a rezultatelor acestora, se pedepsește cu sancțiune privativă de până la 3 ani.”¹³

Capitolul 18 al părții speciale a Codului penal care incriminează infracțiunile îndreptate împotriva drepturilor electorale este încheiat de art. 268 „Încălcarea secretului electoral sau referendal”. Astfel, „orice persoană care încalcă o dispoziție care protejează secretul electoral sau referendal în vederea cunoașterii modului în care cineva a votat sau și-a manifestat voința la referendum, va fi pedepsit cu un termen de închisoare de până la șase luni sau o amendă de până la 360 rate zilnice”¹⁴.

¹³ Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019).

„§ 267 *Verhinderung einer Wahl-oder Volksabstimmung*

Wer mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung eine Wahl, eine Volksabstimmung oder die Feststellung oder Verkündung ihrer Ergebnisse verhindert oder absichtlich stört, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.”

¹⁴ Codul penal al Austriei. *Strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (vizitat la 15. 09.2019).

„§ 268 *Verletzung des Wahl- oder Volksabstimmungsgeheimnisses*

Wer einer dem Schutz des Wahl- oder Abstimmungsgeheimnisses dienenden Vorschrift in der Absicht zuwiderhandelt, sich oder einem anderen Kenntnis davon zu verschaffen, wie jemand gewählt oder gestimmt hat, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.” Traducere: T. TOADER.

4 Concluzii

Analiza normelor penale austriece referitoare la infracțiunile comise în sfera dreptului electoral ne-a permis să concluzionăm că, cu cât mai mult statul se implică prin crearea unor norme ce incriminează coruperea alegătorilor, împiedicarea exercitării dreptului electoral, inducerea în eroare a alegătorilor, diseminarea prin mijloacele mass-media a informațiilor false privind rezultatele alegerilor sau referendumurilor ș.a., acesta asigură eficiența prevenției generale, exprimată prin faptul că o astfel de incriminare impune societății să se abțină de la fraudarea procesului electoral, care în cadrul unui stat de drept este o instituție de bază. Astfel, norma creată, însoțită de sancțiunea ce urmează a fi aplicată ca efect al încălcării normei respective, întruchipează scopul de păstrare a ordinii democratice dintr-un stat. Existența unui cadru legislativ efectiv pentru apărare și exercitarea drepturilor electorale constituie unul din pilonii principali în asigurarea unui stat de drept. Existența unei liste exhaustive a faptelor incriminate asigură existența încrederii societății într-o exercitare eficientă a dreptului său de vot. Atâta timp cât orice abatere de la principiile democratice din cadrul unui sistem electoral este incriminată și pedepsită prin lege, societatea are încredere în procesul electoral și, în general, în existența democrației reprezentative în stat.