

STUDIA

UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI



UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI
 BABEȘ-BOLYAI TUDOMÁNYEGYETEM
 BABEȘ-BOLYAI UNIVERSITÁT
 BABEȘ-BOLYAI UNIVERSITY
 TRADITIO ET EXCELLENTIA

IURISPRUDENTIA

SUBB

oct.-dec.

4/2022

Anul LXVII

ISSN 1220-045X

CUPRINS/TABLE OF CONTENTS

- » **Studii:** Juanita GOICOVICI: *Prelucrarea datelor personale sensibile indirecte din declarațiile fiscale privind conflictele de interes...* 13-54
- » **Studii:** Anca-Ioana NEGRU: *Standardul probei în camera preliminară/ The Standard of Proof in Preliminary Chamber* 55-80
- » **Studii:** Radu-Bogdan BOBEI: *Foste adevăruri transnaționale viitoare/ Former transnational future truths*81-136
- » **Articole:** Cristina TOMULEȚ: *Scurte considerații cu privire la interpretarea flexibilă a Convenției Europene A Drepturilor Omului/ Short Considerations Regarding the Flexible Interpretation of the European Convention on Human Rights*.....137-162
- » **Articole:** Oana BUGNAR-COLDEA: *Neconstituționalitatea dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din Legea nr. 31/1990 a societăților, republicată/The unconstitutionality of the provisions of art. 275 para. (1) letter b) sentence i of Romanian Law no. 31/1990 on Companies*163-184
- » **Articole:** Sergiu DELEANU: *Aspecte privind egalitatea de tratament în Uniunea Europeană a membrilor familiei unui cetățean al uniunii care nu au cetățenia unui stat membru/Aspects concerning the equal treatment in the European Union of a union citizen's family members who are not nationals of a member state*185-212
- » **Articole:** Laura LAZĂR: *Politica Uniunii Europene în domeniul concurenței în context pandemic și strategii de adaptare a întreprinderilor/The competition policy of the EU in a pandemic context and business adaptation strategies*213-231
- » **Articole:** László SCHMIDT: *The status and liability of executive officers in the Hungarian judicial practice - with particular reference to the new legislation*232-249



CLUJ UNIVERSITY PRESS
 51 B.P. Hasdeu Street, 400371
 Cluj-Napoca, ROMANIA

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

4/2022
octombrie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

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

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

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

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB

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

- » **Studii:** Juanita GOICOVICI: *Prelucrarea datelor personale sensibile indirecte din declarațiile fiscale privind conflictele de interese*.....13-54
- » **Studii:** Anca-Ioana NEGRU: *Standardul probei în camera preliminară/The Standard of Proof in Preliminary Chamber*.....55-80
- » **Studii:** Radu-Bogdan BOBEI: *Foste adevăruri transnaționale viitoare/Former transnational future truths*..... 81-136
- » **Articole:** Cristina TOMULEȚ: *Scurte considerații cu privire la interpretarea flexibilă a Convenției Europene A Drepturilor Omului/Short Considerations Regarding the Flexible Interpretation of the European Convention on Human Rights* 137-162
- » **Articole:** Oana BUGNAR-COLDEA: *Neconstituționalitatea dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din Legea nr. 31/1990 a societăților, republicată/The unconstitutionality of the provisions of art. 275 para. (1) letter b) sentence i of Romanian Law no. 31/1990 on Companies* 163-184
- » **Articole:** Sergiu DELEANU: *Aspecte privind egalitatea de tratament în Uniunea Europeană a membrilor familiei unui cetățean al uniunii care nu au cetățenia unui stat membru/Aspects concerning the equal treatment in the European Union of a union citizen's family members who are not nationals of a member state* 185-212
- » **Articole:** Laura LAZĂR: *Politica Uniunii Europene în domeniul concurenței în context pandemic și strategii de adaptare a întreprinderilor/The competition policy of the EU in a pandemic context and business adaptation strategies* 213-231
- » **Articole:** László SCHMIDT: *The status and liability of executive officers in the Hungarian judicial practice - with particular reference to the new legislation*..... 232-249

LISTA ABREVIERILOR

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

Următoarele abrevieri sunt prezentate în ordine alfabetică:

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

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

- în M.of.: 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;
- C.civ.fr.-----Codul civil francez (*Code civil des Français*);
- C.civ.it.-----Codul civil italian (*Codice civile italiano*);
- C.civ.q.-----Codul civil Québec;
- C.civ.v.-----Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011.;
- C.com.-----Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ. 2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009;
- C.cons.-----Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
- C.fam.-----Codul familiei a fost adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);
- C.m.-----L: 53/2003 – Codul Muncii–, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;
- C.pen.-----Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
- C.pen. 1864-----Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
- C.pen. 1968-----Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012.;
- C.poc.pen.sl-----C.proc.pen. sloven;
- C.proc.civ.-----Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of.: 485/15.07.2010;
- C.proc.civ.v.-----Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
- C.proc.pen.-----Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013.;

- C.proc.pen.1864 -----Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936.;
- C.proc.pen.1936 -----Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968.;
- C.proc.pen.1968 -----Codul de procedură penală 1968, L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013.;
- C.proc.pen.fr. -----Codul de procedură penală francez;
- C.proc.pen.it -----Codul de procedură penală italian;
- C.proc.pen.nl -----Codul de procedură penală olandez;
- CA -----Curtea de Apel (urmată de abrevierea județului n.r.);
- CAB -----Curtea de Apel București;
- cap. -----capitol;
- cart.jud. -----carte de judecată;
- CC -----Curtea de Conturi;
- CCJ -----Curtea de Casație și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
- CCR -----Curtea Constituțională a României;
- CD -----compact disc
- CD-1970 -----Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
- CDP -----Caiete de Drept Penal;
- CE -----Consiliul Europei;
- CEDO -----Curtea Europeană a Drepturilor Omului/Convenția Europeană a Drepturilor Omului;
- CETS -----Council of Europe Treaty Series (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 *et seq.*);
- CF -----Cartea Funciară;
- cf. -----*confer*, se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul

întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru *versus* în abrevierea unor cauze, din jurisdicții străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi” .;

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

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

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

n.n.	-----	nota noastră (a autorului care scrie – observația, completarea);
n.r.	-----	nota redacției;
N.Y.	-----	New York;
NISO	-----	National Information Standards Organization;
nr	-----	număr;
nr.	-----	numărul;
O:	-----	ordin (de ministru) nr.;
OECD	-----	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i> ;
OG:	-----	Ordonanța de Guvern nr.;
OMJ:	-----	Ordinul Ministrului Justiției nr.;
op.cit.	-----	<i>opus citatum, opere citato</i> ; [de evitat, a se înlocui cu titlu scurt n.r.]
OUG:	-----	Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
p.	-----	pagina;
<i>passim</i>	-----	în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
pct.	-----	punctul;
pen.	-----	penal(ă);
pg.	-----	paragraf;
pp.	-----	paginile;
PR	-----	Pandectele române, revista;
proc.pen.fr	-----	Codul de procedură penală francez;
prof. univ.	-----	profesor universitar ;
Ptk.	-----	Codul civil ungar (<i>Polgári Törvénykönyv</i>);
PUD	-----	Plan urbanistic de detaliu;
PUG	-----	Plan urbanistic general;
PUZ	-----	Plan urbanistic zonal;
R:	-----	Regulament nr.;
RDA	-----	Resource Description and Access – <i>standard de citare</i> ;
RDC	-----	Revista de Drept Comercial;
rep.	-----	republicată (legea);
RFDA	-----	<i>Revue Française de Droit Administratif</i> ;
RGPD	-----	Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice În ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1 din 4 mai 2016.
RLU	-----	Regulament local (de urbanism);

ROIIJ 2005	Regulament din 2005 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 387/2005 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 958/28 octombrie 2005;
ROIIJ 2015	Regulament din 2015 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 1.375/2015 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 970/28 decembrie 2015;
ROIIJ 2022	Regulament din 2022 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 3243/2022 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 1254 și 1254 bis/27 decembrie 2022;
ROLINeST	Romanian Library network science & technology;
RRD	Revista Română de Drept;
RRDP	Revista Română de Drept Privat;
s.a.	fără autor - în construcția referințelor;
S.C.	Societate Comercială;
s.d.	fără dată;
s.l.	fără loc;
s.n.	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n.	sublinierea noastră;
s.n.s.	fără editură cunoscută – în construcția referințelor;
S.R.L.	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S.	cu semnătura sa;
Sec.	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec.	secțiune;
Sec.cont.adm.	secția de contencios administrativ;
sen.	sentință;
SR ISO	standard românesc ce transpune un standard ISO;
STAS	STAndard de Stat];
sub.	subliniere;
SUBB Iurisprudentia	Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i>	mai sus;
SZGB	Codul civil elvețian;
ș.a.	și alții, și altele; [de preferință: <i>et. al. n.r.</i>]
ș.a.m.d.	și așa mai departe; [de preferință: <i>etc. n.r.</i>]
T	Tribunal [se adaugă, fără blanc, abrevierea județului <i>e.g.</i> : <i>TCJ, TB etc. n.r.</i>];
t.	tomul;

t.n.	-----	traducerea noastră (a autorului/autorilor);
tc.	-----	turc, limba turcă;
th.	-----	teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.	-----	titlul;
TReg.	-----	Tribunalul Regiunii;
TS	-----	Tribunalul Suprem (1952-1991);
TUB	-----	Tipografia Universității București;
UAT	-----	unitate administrativ-teritorială;
UBB	-----	Universitatea Babeș-Bolyai;
UNICODE	-----	Universal Coded Character Set;
UNIDROIT	-----	International Institute for the Unification of Private Law;
URI	-----	Uniform Resource Identifier – identificator peren;
URN	-----	Uniform Resource Name – identificator peren;
var. (ist.)	-----	variațiune și istoric (arhaism);
vol.	-----	volumul;
vs [fără punct]	-----	<i>versus</i> ;
Y.B. Eur. Conv. Hr.	-----	Yearbook of the European Convention on Human Rights.

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

Dorin JOREA
Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

STUDII

PRELUCRAREA DATELOR PERSONALE
SENSIBILE INDIRECTE DIN DECLARAȚIILE
FISCALE PRIVIND CONFLICTELE DE INTERESE

DOI: 10.24193/SUBBjur.67(2022).4.1
Data publicării online: 31.05.2023

Juanita GOICOVICI*

Rezumat. Articolul examinează problematica procesării datelor cu caracter personal din categoria datelor sensibile indirecte din declarațiile privind conflictele de interese private, astfel cum a fost abordată această problematică în decizia CJUE pronunțată în 01 aug. 2022 în cauza C-184/20; decizia comentată a vizat interpretarea prevederilor art. 9, alin. (1) RGPD privind publicarea, pe pagina de internet a autorității publice responsabile cu colectarea și verificarea conținutului declarațiilor de interese private, a datelor cu caracter personal care, în manieră indirectă, pot servi la deconspirarea orientării sexuale și care, din aceste rațiuni, s-ar constitui într-o veritabilă categorie specială de procesare a unui set de informații subsumate conceptului datelor personale. Cazul a vizat compatibilizarea cu exigențele RGPD a prevederilor din legislația națională dintr-un stat-membru, relative la publicarea online a declarațiilor de interese private solicitate persoanelor care gestionează, în calitate de funcționari publici, finanțarea unor proiecte din fonduri publice; categoriile de declarații în cauză conțineau date specifice, care nominalizau ori devoalau identitatea soțului/soției, concubinului sau a partenerului de viață ori a persoanelor care prezentau grade de rudenie cu semnatarul ori cu soțul/soția

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

declarantului, cu care acesta este angajat în relații care ar fi putut alimenta posibile conflicte de interese.

Cuvinte-cheie: date personale sensibile, RGPD, declarații privind conflictele de interese, obligații legale, operator de date.

THE PROCESSING OF INDIRECT SENSITIVE
PERSONAL DATA FROM THE DECLARATIONS
OF CONFLICTUAL PRIVATE INTERESTS

Abstract. The paper examines the problematics of processing personal data from the category of indirect sensitive data included in the declarations of private interests, while analyzing the manner under which this issue was addressed in the decision of the C.J.E.U. from August 1st, 2022, in case C-184/20; the commented decision is significantly relevant for the interpretation of the provisions of Article 9, para. (1) GDPR concerning the publication, on the website of the public authority responsible for collecting and checking the content of declarations of private interests, of personal data which may indirectly disclose the sexual orientation of a natural person, and which therefore constitutes processing of special categories of personal data. The case concerned national legislation from a member-state, which rendered mandatory the online publication of documents from the category of the declarations of private interests; these declarations were collected from individuals engaged in upper management of public funds and were lodging name-specific data relating to marital relationship, the identity of a cohabitee, or life-partner, or to persons who are close relatives of the declarant, and which were considered liable to enhance the chances for a pre-existing conflict of interests.

Key-words: sensitive personal data, GDPR, declarations of conflictual private interests, legal obligations, data controller.

Cuprins

I.	Observații introductive.....	15
II.	„Datele fiscale sensibile”: contururile „contondente” ale unei noțiuni juridice	24
A.	Taxonomia datelor personale sensibile.....	24
B.	Imperativele stabilirii unor garanții specifice privind prezervarea drepturilor fundamentale, în contextul prelucrării datelor fiscale sensibile.....	28
III.	Meta-regula interzicerii (cu valoare de principiu) a prelucrării datelor sensibile și posibilele excepții	34
A.	Postularea unei prohibiții și „omiliile” acesteia.....	34
B.	Situațiile exceptate: fundamentele legale ale prelucrării datelor sensibile	39
IV.	Implicații conceptuale și practice ale principiului proporționalității prelucrării	42
A.	O cheie de lectură temperată: clarificări privind sfera materială a procesării „datelor sensibile”	42
B.	„Temelii surpate”: este necesară (teleologic justificată) publicarea <i>online</i> a declarațiilor de avere/privind conflictele de interese?	44
V.	Concluzii	47
VI.	BIBLIOGRAFIE:	50

I. Observații introductive

Forjată în jurisprudența recentă a CJUE, îndeosebi prin decizia pronunțată în cauza C-184/20¹, categoria „datelor personale sensibile indirecte” înglobează datele personale aparent neutre, cum ar fi datele fiscale dintr-o declarație publică privind conflictele de interese, dar pe suportul

¹ CJUE, [MC], O.T. c. Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, cu participarea: Fondas „Nevyriausybinų organizacijų informacijos ir paramos centras”, C-184/20 din 01.08.2022, rap.digit., ECLI:EU:C:2022:601, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0184#document1>.

căroră pot fi accesate informații sensibile privind viața privată a titularului, precum datele privind orientarea sexuală a persoanei vizate, relațiile maritale sau de concubinaj/parteneriat civil ș.a. Dacă, la origini, strict tehnic, astfel de informații fiscale inserate în declarațiile publice privind conflictele de interese nu reprezintă *per se* date personale sensibile, acestea pot deveni date sensibile „granulare” ori pot accesa indirect acest statut juridic aparte, prin conexiunile puternice pe care le prezintă cu date sensibile genuine, care vizează și afectează aspecte cruciale ale vieții private. Narativul acestor situații, precum și însuși conținutul dilematic al problematicilor juridice implicate decurg din necesitatea de a stabili borne juridice precise pentru obligativitatea divulgării publice a unor asemenea componente ale vieții private, contextul factual fiind cel conform căruia anumite reglementări din dreptul intern al unor state-membre ar institui obligativitatea *de plano*, pentru candidații la o categorie de funcții și demnități administrative, de a completa declarații fiscale privind conflictele de interese în care ar putea fi implicați și care ar atrage existența unor situații de incompatibilitate ori ar altera obiectivitatea derulării atribuțiilor și competențelor specifice respectivei funcții; astfel de declarații, al căror conținut ar fi accesibil integral publicului în general (nediferențiat), ar permite divulgarea indirectă a unor date personale sensibile, precum orientarea sexuală sau statutul marital al persoanei în cauză (de exemplu, completarea informațiilor privitoare la identitatea partenerului de viață, informații din care ar putea fi dedusă orientarea sexuală a semnatarului declarației fiscale privind conflictele de interese).

Antinomia „date ordinare – date sensibile” își regăsește seva în definirea prin antiteză a primelor prin raportare la ultimele, ca reprezentând o categorie reziduală (ceea ce nu reprezintă date sensibile sunt date personale uzuale sau ordinare), într-o definiție centripetă care încearcă să cuprindă în conținutul primei categorii majoritatea datelor cu caracter personal colectate

dinspre particulari și să restrângă implicit categoria datelor sensibile; debutând fie cu analiza obiectului acestora (date medicale, informații relative la elemente particularizatoare ale stării de sănătate, procesarea datelor genetice, scanarea trăsăturilor faciale, a retinei, a amprentei ori uzul altor date biometrice ș.a.), fie cu abordarea diferențiată a relațiilor sociale implicate (de exemplu, date privind afilierea sindicală, date privind afilierea politică sau religioasă²), această categorie de date este plasată, în privința operațiunilor de colectare și prelucrare, unui regim juridic care se conturează mai sever decât cel aplicabil datelor personale ordinare.

Latentă în dinamica aplicării dispozițiilor Regulamentului General (U.E.) 2016/679 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (în continuare RGPD), dihotomia „date personale uzuale – date sensibile” își extrage esența din limitările și rigorile suplimentare aplicabile procesării ultimelor, comparativ cu regimul juridic aplicabil prelucrării primelor³. Printre „locurile comune” revizitate de doctrina de specialitate se numără și acela că prelucrarea datelor personale

² Silviu-Dorin ȘCHIOPU, „Aspecte ale prelucrării datelor cu caracter personal care dezvăluie confesiunea religioasă”, *Revista Română pentru Protecția și Securitatea Datelor cu Caracter Personal*, n. 1 2020, pp. 71-77.

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

sensibile⁴ este supusă unor rigori și exigențe considerabil mai accentuate⁵ decât cele incidente în general în privința prelucrării datelor personale uzuale, de unde și importanța unei *reductio ad minimum* în perimetrul acestei categorii de procesări⁶. Ce anume face ca datele personale prelucrate să fie „sensibile”, glisând dinspre categoria generală a datelor personale „uzuale”, către o categorie specială, este aptitudinea, ostensibil mai accentuată, în cazul

⁴ Catherine JASSERAND, „Legal Nature of Biometric Data: From ‘Generic’ Personal Data to Sensitive Data: Which Changes Does the New Data Protection Framework Introduce?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2 n. 3 2016, pp. 297-311, online: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2016/3/6>; Kärt PORMEISTER, „Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6 n. 1 2017, pp. 17-23; Kärt PORMEISTER, Łukasz DROŹDŹOWSKI, „Protecting the Genetic Data of Unborn Children: A Critical Analysis”, *European Data Protection Law Review*, vol. 4 n. 1 2018, pp. 53-64, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/1/8>; Claudia QUELLE, „G.C. and Others vs. CNIL on the Responsibility of Search Engine Operators for Referring to Sensitive Data: The End of ‘Right to be Forgotten’ Balancing?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 5 n. 3 2019, pp. 438-447, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/3/21>; Bart VAN DER SLOOT, „Is Tax Data Sensitive Data?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2 n. 2 2016, pp. 262-265, online: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2016/2/22>; Tony KE, K. SUDHIR, „Privacy Rights and Data Security: GDPR and Personal Data Driven Markets” (July 5, 2020), online: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3643979>; Ciprian PĂUN, „Gestiunea informațiilor fiscale de către autoritățile fiscale în contextul Regulamentului GDPR”, *Revista Română pentru Protecția și Securitatea Datelor cu Caracter Personal*, n. 1 2020, pp. 126-137.

⁵ Nicolae-Horia ȚIȚ, „Considerații cu privire la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură în procesul civil”, in *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, Tomul LXVI, Supliment 2020, pp. 197-212, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2020/2020_i_bis/13_t_it_acte_de_procedura.pdf.

⁶ Ciprian PĂUN, „Gestiunea informațiilor fiscale de către autoritățile fiscale în contextul Regulamentului GDPR”, *Cluj Tax Forum* n. 2 2019, pp. 85-93.

acestora, de a periclita dreptul la viață privată al persoanelor în cauză⁷, deconspirând elemente ale vieții private care le-ar putea vulnerabiliza⁸, plasându-le ulterior în postura victimelor unor discriminări, afectarea reputației, marginalizare profesională/socială sau afectarea relațiilor sociale, ca fapte facilitate de accesarea respectivelor informații.

Prin decizia pronunțată în 01 august 2022 în cauza C-184/20⁹ (având ca instanță de trimitere Tribunalul Regional Administrativ din Vilnius, Lituania), CJUE a reținut că prevederile art. 6, alin. (1), primul paragraf și alin. (3) RGPD, lecturate prin prisma dispozițiilor art. 7, 8 și 52, alin. (1) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie interpretate ca aplicabile în ceea ce privește condițiile de validitate în materia dispozițiilor din actele normative în vigoare în dreptul național care prevăd obligativitatea publicării online a documentelor din categoria declarațiilor de interese private pe care persoana fizică, beneficiară a unei finanțări fonduri publice sau care ocupă o poziție de conducere în cadrul unei organizații finanțate din fonduri publice, este obligată să o completeze; „incriminate”, cu privire la acest tip de publicare, sunt aspectele care se referă la date relative la identitatea soției sau a soțului, concubinului sau partenerului său de viață sau a persoanelor care sunt rude apropiate ale declarantului, persoane cu care menține relații din care ar putea emerge un conflict de interese (sau persoane cu care a încheiat

⁷ Mirela-Carmen DOBRILĂ, „Aspecte teoretice și jurisprudențiale privind respectarea GDPR la încheierea și executarea unui contract”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII, Supliment 2, 2021, pp. 93-106, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2_2/6.dobрила.pdf.

⁸ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, Hamangiu, București, 2022, pp. 12-14.

⁹ CJUE, O.T. c. Vyriausioji..., pg. 2.

orice tranzacție în ultimele 12 luni calendaristice anterior depunerii declarației de interese și a cărei valoare depășește 3.000 €).

De asemenea, judecătorii CJUE au oferit o cheie de lectură cu privire la prevederile art. 9 alin. (1) RGPD, evidențiind că acestea trebuie interpretate în sensul că reprezintă, cu certitudine, un caz de prelucrare a unor date sensibile, publicarea, pe paginile web administrate de autoritățile publice responsabile cu selectarea și verificarea obiectului declarațiilor de interese private, a unor documente care, prin prisma informațiilor pe care le-au „agregat”, ar avea potențialul de a alimenta, în manieră indirectă, eventuale tratamente discriminatorii și de a dezvălui implicit aspecte privind starea maritală ori orientarea sexuală a unei persoane fizice, în optica acelor prevederi din dreptul unional¹⁰.

În cauza C-184/20, la 06 martie 2018, O.T. a introdus în fața instanței de trimitere din Lituania o acțiune în anularea unei decizii prin care reclamantul era sancționat pentru refuzul depunerii în termenul legal a declarației fiscale privitoare la conflictele de interese, argumentând că publicarea pe platformele virtuale a textelor reprezentând respectivele declarații de interese ar afecta dreptul său la respectarea vieții private, cât și dreptul la viață privată al unor terți cărora, menționați fiind în cuprinsul unor astfel de declarații, prin prisma conexiunii lor cu declarantul, le-ar putea fi lezate prerogativele decurgând din dreptul specificat (la viață privată).

¹⁰ În Concluziile Avocatului general publicate în cauza C-184/20, ECLI:EU:C:2021:991, online: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250882&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2382223>, s-a propus Curții să răspundă întrebărilor preliminare formulate de instanța națională de trimitere în maniera stabilirii opoziției pe care textele art. 5 și 6 RGPD ar instala-o între principiile și meta-regulile trasate în aceste texte și o eventuală reglementare din dreptul național care ar stipula posibilitatea procesării unor secvențe din datele cu caracter personal specificate în declarația de interese.

Comisia competentă a evidențiat că, în contextul în care lui O.T. îi incumba obligația depunerii unei asemenea declarații privind conflictele de interese private (problematica obligativității completării fiind centrală în economia discuției relative la fundamentul legal al procesării acestor date personale), în calitate de persoană care deținea competențe administrative semnificative prin prisma componentei de gestionare de fonduri, în interiorul unei instituții publice care accesase o finanțare alimentată din fonduri structurale ale U.E. și, cumulativ, din bugetul statului lituanian. Comisia de verificare competentă a replicat că, în pofida faptului că, datorită obligativității unei astfel de publicări, afișarea online a unei astfel de declarații (în versiunea integrală a textului) se poate analiza într-o veritabilă ingerință în viața privată a petentului¹¹, precum și, prin prisma relațiilor maritale, în viața privată a soțului/soției ori a partenerilor de viață¹², această obligație a operatorului de date este prevăzută de legislația națională privind concilierea intereselor în accesarea fondurilor publice și combaterea faptelor de corupție. Este vizată, în astfel de cazuri, declarația depusă de respectiva persoană fizică (în calitatea acesteia de director al unei instituții publice care accesează fonduri publice pentru finanțarea proiectelor sale), declarație care ar fi, ulterior, destinată publicării pe paginile web administrate de către autoritățile publice în ale căror competențe intră colectarea respectivelor declarații; problematica se acutizează în cazurile în care operațiunile de colectare¹³ a datelor din respectivele declarații de interese/declarații fiscale nu ar fi necesare (nu s-ar justifica) prin prisma dezideratului prevenirii situațiilor care ar fi subsumate conceptului de „conflict de interese” (în contextul combaterii corupției în administrația publică), întrucât rezultate similare ar putea fi atinse prin

¹¹ Tony KE, K. SUDHIR, *Privacy Rights and Data Security...*, p. 9.

¹² *Ibidem*.

¹³ Catherine JASSERAND, *Legal Nature of Biometric Data...*, p. 298.

măsuri mai puțin intruzive. Din perspectiva conturării unui nivel acceptabil de probitate, imparțialitate și transparență în exercitarea prerogativelor specifice funcției publice deținute, care să nu „bruscheze” așteptările cetățenilor și nivelul de încredere al acestora din urmă în funcționarii mandatați să deruleze operațiuni specifice în cadrul administrației publice, prelucrarea unor declarații de interese, al căror conținut ar putea fi ulterior exploatat în direcția evidențierii unor date sensibile, ar fi necesar să se desfășoare doar între bornele trasate prin prisma prevederilor art. 5 și 6 RGPD.

Instanța de trimitere a apreciat¹⁴ că datele cu caracter personal care sunt inserate într-o declarație din categoria documentelor nominale relative la potențialitatea unor conflicte de interese fac parte integrantă din categoria datelor care pot afecta viața privată a semnatarului declarație și, concomitent, a altor categorii de terți, iar vizibilitatea acestor informații în mediile virtuale, în urma unei publicări integrale, practică în manieră nediferențiată și incluzând accesul la date sensibile¹⁵, din care ar putea reieși detalii privitoare la situația maritală ori la opțiunile personale în materia orientării sexuale, ar facilita angajarea terților în comportamente discriminatorii ori ar avea potențialul de a alimenta „inconveniente semnificative” pentru semnatarii acestor declarații¹⁶ (i) și că, în respectivul context, excepțiile prevăzute în art. 10 din legislația națională aplicabilă ar fi insuficiente pentru a asigura protecția persoanelor împotriva consecințelor nefaste ale deconspirării respectivelor informații¹⁷ (ii). Suplimentar acestor observații, s-a mai reținut că decizia publicării pe paginile web ale instituției publice în cauză, a textelor

¹⁴ CJUE, O.T. c. Vyriausioji..., pg. 42 și pg. 83.

¹⁵ *Idem*, pg. 100-101.

¹⁶ *Idem*, pg. 83.

¹⁷ *Idem*, pg. 85.

integrale ale acestor declarații, urmărind logica măsurilor preventive la adresa unor eventuale circumstanțe care ar putea surveni prin prisma raporturilor familiale ori de rudenie ale declarantului cu terții menționați în cuprinsul acestor declarații și care ar avea potențialul de a exercita presiuni ori o influență nepermisă asupra deciziilor pe care declarantul, în capacitatea sa de funcționar public, le-ar lua, ar prezenta ingerințe nejustificate (ori disproporționate) în viața privată, câtă vreme aceleași obiective în eliminarea (și prevenirea) faptelor de corupție ar putea fi atinse prin măsuri mai temperate ori mai puțin intruzive (cum ar fi cele constând în colectarea și conservarea acestor date personale pe server-ele instituției publice, fără autorizarea publicării simultane pe paginile web vizibile terților, însă cu autorizarea posibilului acces la astfel de informații în scopuri jurnalistice, pentru transparentizarea manierelor de distribuire a fondurilor publice, pe categorii de cheltuieli, categorii de destinatari ș.a.); de altfel, autoritățile din statul de trimitere au invocat, drept temei al procesării datelor, combaterea faptelor de corupție în accesarea și gestionarea finanțării din fonduri publice, context în care ar fi suficientă conservarea acestor informații de către comisia competentă, fără divulgarea lor publică prin postarea pe site-ul comisiei de resort. S-a apreciat că, în asemenea circumstanțe, accesarea ulterioară, de către organismele statale competente, a datelor cu caracter personal care fuseseră inserate în declarațiile respective, la fel ca și prerogativele conferite acestor organisme prin prisma supravegherii constante a unor eventuale „derapaje” în materia gestionării fondurilor, astfel cum ar fi rezultat din art. 22 din reglementarea aplicabilă în dreptul național, ar reprezenta o manieră pertinentă de gestionare a obiectivului prefigurat, al combaterii faptelor de corupție, fără implicarea unor operațiuni de punere la dispoziția publicului larg a respectivelor informații, însă această concluzie era necesar a fi „validată” printr-o interpretare pertinentă a dispozițiilor art. 9 RGPD,

interpretare care făcea obiectul întrebărilor preliminare adresate CJUE. De remarcat faptul că instanța de trimitere utilizează sintagma „neplăceri semnificative” (ori „inconveniente semnificative”) pentru a descrie, aluziv și temperat, maniera în care, prin divulgarea unor astfel de date, ar putea fi afectată viața privată a persoanelor în cauză¹⁸.

II. „Datele fiscale sensibile”: contururile „contondente” ale unei noțiuni juridice

A. Taxonomia datelor personale sensibile

Conform prevederilor art. 9, pg. (1) RGPD, se apreciază de către legiuitorul unional că, prin prisma dezideratului respectării vieții private, anumite seturi de date personale ar fi calificabile ca „sensibile”, ceea ce ar implica pe cale de consecință, sub aspectul procesării acestora, implementarea de către operatorii datelor a unor măsuri de tratament specific decurgând din importanța care ar trebui alocată unor astfel de informații¹⁹: (a) o primă categorie (amplă) include, ca subspecii, datele personale din care rezultă originea rasială sau etnică a persoanei vizate ori din care ar reieși opiniile politice ale acesteia, datele personale care specifică aspecte privind confesiunea religioasă sau convingerile filozofice ale persoanei vizate; (b) cea de a doua categorie este reprezentată de datele personale din care reiese

¹⁸ Bryce GOODMAN, „Discrimination, Data Sanitisation and Auditing in the European Union’s General Data Protection Regulation”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2 n. 4 2016, pp. 493-506, online: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2016/4/8>.

¹⁹ Taner KURU, Iñigo DE MIGUEL BERIAIN, „Your genetic data is my genetic data: Unveiling another enforcement issue of the GDPR”, *Computer Law & Security Review*, vol. 47 2022, online: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105752>.

apartenența/afilierea sindicală a persoanei salariate; (c) în plan terțiar, procesarea datelor genetice²⁰ reclamă implementarea unor condiții de securizare a căror amploare să fie considerabil mai accentuată decât a măsurilor aplicabile procesării de date ordinare²¹, incluzând rigori privind pseudonimizarea²² acestor date/utilizarea unor chei de (de)criptare; (d) pe cel de-al patrulea palier, datele biometrice procesate în contexte de securitate care implică riscul identificării indivizilor necesită adoptarea unor protocoale specifice de gestionare a riscurilor potențiale²³; (e) pe cel de-al cincilea nivel, datele personale care adresează elemente ale unor patologii, afecțiuni medicale ori, în general, aspecte ale stării de sănătate vor necesita, din partea operatorilor de date, un tratament special, acompaniat de implementarea unor protocoale eficiente de gestionare a riscurilor din categoria *medical data breaches* ori *health data leaks*²⁴; (f) în fine, datele care adresează aspecte vizând viața sexuală sau orientarea sexuală reprezintă *per se* date sensibile²⁵ și reclamă condiții specifice de prelucrare.

²⁰ Pentru dezvoltări asupra principiilor aplicabile prelucrării datelor genetice, ca date sensibile, a se consulta Kärt PORMEISTER, „The GDPR and Big Data: Leading the Way for Big Genetic Data?”, in Erich SCHWEIGHOFER *et al.* (coord.), *Privacy Technologies and Policy*, Springer, 2017, pp. 3-18; Kärt PORMEISTER, „Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?”, *International Data Privacy Law*, vol. 7 n. 2 2017, pp. 137-146, online: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix006>; Kärt PORMEISTER, „Genetic research and consent: on the crossroads of human and data research”, *Bioethics*, vol. 33 n. 3 2018, pp. 347-356, online: <https://doi.org/10.1111/bioe.12475>.

²¹ Kärt PORMEISTER, „The GDPR and Big Data...”, p. 16.

²² *Idem*, p. 17.

²³ Kärt PORMEISTER, „Genetic research and consent...”, p. 38.

²⁴ Bryce GOODMAN, *Discrimination, Data Sanitisation and Auditing...*, p. 503.

²⁵ *Ibidem*.

Prevederi relevante conține și Legea nr. 190/2018 privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679²⁶. Deși redundant prin raportare la textul-sursă, din RGPD, conținutul art. 3 din Legea nr. 190/2018 reiterează expres validitatea temeiului legal al prelucrării satelor sensibile, constând în consimțământul persoanei vizate, care însă nu reprezintă unicul temei posibil al procesării, operatorul de date putând invoca, drept fundament juridic, existența unor obligații legale care îi incumbă și care determină necesitatea prelucrării acestor categorii de date personale. În Capitolul II al Legii, în art. 3 (având denumirea marginală „Prelucrarea datelor genetice, a datelor biometrice sau a datelor privind sănătatea”), în alin. (1) și (2) al acestui articol, se menționează că angrenarea operatorilor de date în operațiuni care implică procedee decizionale automatizate (uzul algoritmilor pentru selectarea de răspunsuri automatizate, generarea de profiluri comportamentale, exploatarea comercială a trăsăturilor comportamentale) necesită obținerea prealabilă a consimțământului explicit, emis în cunoștință de cauză de către persoana vizată, fără recurgerea de către operator a unor rubrici pre-marcate/pre-completate și fără validarea unor acorduri tacite/implicite ale consumatorilor cu privire la crearea de profiluri comportamentale; excepția de la exigența consimțământului expres ar putea-o reprezenta procesarea de date personale în care operatorul se angajează întrucât acestuia i-ar incumba o obligație specifică rezultând din dispoziții normative cu caracter imperativ care ar fi incidente în dreptul național²⁷, însă,

²⁶ Publicată în M.of.: 651 din 26.07.2018.

²⁷ Pentru posibilitatea contestării legalității actelor administrative care ar stabili în sarcina operatorilor de date anumite obligații de colectare și, respectiv, de conservare a unor categorii de date personale, a se vedea Silviu-Dorin ȘCHIOPU, „O confirmare jurisprudențială privind nelegalitatea unui act administrativ cu caracter normativ care impune obligația înregistrării

inclusiv în asemenea ipoteze, este solicitată operatorilor, prin textul de lege menționat, implementarea de protocoale eficiente și pertinente, de gestionare a riscurilor potențiale din categoria *data breaches*, care ar vulnerabiliza persoanele vizate la momentul procesării datelor, din perspectiva respectării drepturilor fundamentale. Simetric, textele de lege comentate, îndeosebi art. 3 alin. (2) din Legea nr. 190/2018, postulează interdicția procesării ulterioare de către terțe entități, a datelor relative la sănătatea persoanelor, care ar fi fost colectate într-o formă inițială în contexte care vizau prezervarea sănătății publice ori a sănătății la locul de muncă. Semnificativă, în economia textului art. 3, alin. (1) din Legea nr. 190/2018, este însă trimiterea expresă la tipologia operațiunilor de prelucrare vizate, fiind vorba despre procesarea acestor date pentru aplicarea unor decizii automatizate fără intervenția unui operator uman și care pot face obiectul contestării de către persoana vizată (i), respectiv despre profilare întemeiată pe procesarea unor categorii de date sensibile (ii).

Ce semnificație juridică poate fi atașată enumerării acestor două categorii de operațiuni de procesare, în textul legal existent în dreptul național? Apreciem că suntem în prezența unei enumerări non-exhaustive, exemplificative, fiind menționate cele două operațiuni de prelucrare a datelor²⁸ care au potențialul de a afecta în măsura cea mai accentuată dreptul

unor date cu caracter personal: registrul de evidență a rezervărilor clienților”, *Revista Română pentru Protecția și Securitatea Datelor cu Caracter Personal*, n. 1 2021, pp. 15-29.

²⁸ Juanita GOICOVICI, „Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele *business to consumer* – condiția consimțământului granular”, *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, n. 2 2019, pp. 7-24, online: <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1634395962-articol-juanita-goicovici.pdf>; Juanita GOICOVICI, „Portabilitatea datelor cu caracter personal, prin prisma dispozițiilor RGDP și ale Directivei 2019/770: este gambitul reginei mutarea de deschidere adecvată?”, *Analele*

la viață privată sau alte drepturi fundamentale, în contextul prelucrării datelor personale sensibile, și anume profilarea persoanei, fondată pe procesarea acestor date și adoptarea sau implementarea unor decizii automatizate fără intervenția unui operator uman, bazată pe procesarea datelor sensibile. În realitate, orice alte operațiuni de prelucrare a datelor sensibile, iar nu doar profilarea și implementarea deciziilor automatizate, algoritmice pot afecta drepturile fundamentale ale persoanei vizate²⁹, făcând necesară configurarea unor garanții suficiente privind respectarea drepturilor fundamentale³⁰, cu stabilirea remediilor juridice aflate la dispoziția persoanei vizate pentru reechilibrarea juridică a situației, aspecte care vor fi analizate în secțiunea următoare.

B. Imperativele stabilirii unor garanții specifice privind prezervarea drepturilor fundamentale, în contextul prelucrării datelor fiscale sensibile

Datele personale a căror natură, în manieră intrinsecă, presupune existența unor riscuri potențiale pentru drepturile ori libertățile

Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice, Tomul LXVII, Supliment 2, 2021, pp. 57-80, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2_2/4.goicovici.pdf.

²⁹ Juanita GOICOVICI, „Granularity and specificity of consent and implications thereof for the data controller in the light of the principle of ‘purpose limitation’”, *InterEULawEast: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations*, vol. 9 n. 2 2022, pp. 43-69, online: <https://hrcak.srce.hr/293334>.

³⁰ Mirela-Carmen DOBRILĂ, Particularități privind noțiunea de date cu caracter personal necesare pentru încheierea sau executarea unui contract la care persoana vizată este parte”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice, Tomul LXVII, Supliment, 2021, pp. 211-225, online: <https://doi.org/10.47743/jss-2021-67-3-15>.*

fundamentale vor necesita introducerea, de către operatorul datelor³¹, a unor protocoale interne privind procesarea datelor, care să permită o protecție specifică³², plecând de la dezideratul conservării integrității acestora în fața unor atacuri de tip *malware* ori a altor tipuri de generare a breșelor de siguranță, întrucât minimizarea importanței prelucrării acestora „ar putea genera riscuri considerabile la adresa drepturilor și libertăților fundamentale”³³. Cea de a patra teză a acestui considerent acroșează ideea restricțiilor aplicabile acestei categorii de prelucrări, stipulând prohibiția cu

³¹ Preambul pg. 51 RGPD.

³² Pentru provocările juridice identificate în materia prelucrării datelor medicale, ca reprezentând o categorie de date sensibile a cărei procesare implică respectarea unui regim juridic implicit mai rigid, a se consulta Alan BUTLER, Enid ZHOU, „Disease and Data in Society: How the Pandemic Expanded Data Collection and Surveillance Systems” , *American University Law Review*, vol. 70 n. 5 2021, online: <https://ssrn.com/abstract=3836914>.

³³ De asemenea, în Preambul pg. 51 RGPD se arată *expressis verbis* că prelucrarea imaginilor (a fotografiilor) nu va fi plasată sub incidența normelor RGPD privitoare la prelucrarea datelor biometrice decât în circumstanțele în care operatorul datelor recurge la modalități tehnice prin intermediul cărora, procesând respectivele imagini, operațiunile de procesare s-ar solda că identificarea indivizilor (stabilirea identității acestora) sau, după caz, în funcție de tipologiei mijloacelor uzitate ar implica autentificarea persoanei vizate. A se vedea, pentru unele nuanțări și explicații punctuale, îndeosebi prin prisma (meta)regulilor care ar trebui să guverneze astfel de procesări, Christoph BUSCH, Gerhard DANNEMANN, Hans SCHULTE-NÖLKE, Aneta WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Fryderyk ZOLL, „An Introduction to the ELI Model Rules on Online Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9 n. 2 2020, pp. 61-70, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/9.2/EuCML2020013>.

valoare de principiu a prelucrării acestor date sa menținerea acestora, pe cât posibil, în afara sferei materiale a operațiunilor de prelucrare³⁴.

Merită specificat faptul că anumite seturi de derogări de sub imperiul prohibiției relative la procesarea de date sensibile rămân posibile, chestiune care este, de altfel, abordată în considerentul (52) al RGPD, reținându-se că premisele pentru aceste devieri de la principiul interzicerii prelucrării vor include posibila consacrare, prin dispoziții din dreptul național ori unional, a unor excepții de la regula prohibitivă, cu „dublarea” măsurilor ordinare de securizare a datelor prin măsuri excepționale, simetrice scopurilor aparte ale prelucrării datelor sensibile (motivate, adesea, de rațiuni ce țin de interesul general ori statal) și în acord cu importanța acestora în economia conceptului de „viață privată”. Nominalizate în cuprinsul considerentului (52) RGPD sunt, îndeosebi, procesările datelor sensibile în materia raporturilor dintre angajatori și salariați, ca operațiuni specifice raporturilor de muncă ori, după caz, în perimetrul aplicării măsurilor de protecție socială/acordării pensiilor; de asemenea, sunt evocate, în același considerent, circumstanțele care, prin prisma scopurilor de preservare a siguranței naționale, ar implica anumite tipuri de supraveghere video, audio, inclusiv prin tehnologii de identificare la distanță de tipul *remote sensing*³⁵ care s-ar subsuma conceptului de procesare

³⁴ În Preambul pg. (51) RGPD, se postulează inadmisibilitatea prelucrării datelor sensibile, permițând exceptarea de sub cupola acestei prohibiții a situațiilor în care dispoziții speciale din actele normative aplicabile în dreptul național ar autoriza acest tip de prelucrare, fie că este implicată protejarea interesului public general, fie că este vizată exercitarea autorității statale de către operatorul datelor; în respectivele contexte, ținând cont de circumstanțele specifice și de amploarea prelucrării, devine necesară angajarea operatorului în instrumentarea unor protocoale de securizare a procesării, care să țină cont de anvergura intereselor persoanelor vizate (respectarea vieții private a acestora și exercitarea libertăților fundamentale).

³⁵ Aurelija PURAITE, Neringa SILINSKE, „Privacy Protection in the New EU Regulations on the use of unmanned aerial systems”, *Public Security and Public Order*, vol. 24 2020, pp. 173-183.

a datelor biometrice, ca specii de date sensibile; aprecieri similare sunt posibile pentru ipotezele procesării de date sensibile din rațiuni³⁶ ce țin de sănătatea publică, cazuri în care prelucrarea unor categorii de date medicale ori relative la starea de sănătate s-ar constitui *per se* într-o procesare de date sensibile, făcând necesară recurgerea la protocoale de securizare (putând fi implicată pseudonimizarea datelor) adaptate acestor tipuri de risc accentuat pentru drepturile și libertățile fundamentale (este vizată procesarea datelor „pentru prevenirea sau controlul bolilor transmisibile și a altor amenințări grave la adresa sănătății”)³⁷.

Merită reamintit, totodată, că, după cum rezultă din dispozițiile art. 6 din Legea 190/2018 „privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția

³⁶ Isabel HAHN, „Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 7 n. 1 2021, pp. 31-44.

³⁷ Se arată, totodată, în Preambul pg. (51) RGPD, că, pentru o suită de categorii de scopuri ale procesării, pot fi alocate derogări de la prohibiția prelucrării datelor sensibile, asemenea domeniului fiind, de regulă reprezentate de gestionarea serviciilor medicale cu adresabilitate generală ori de gestionarea unor situații de urgență sanitară, respectiv prelucrările de date inerente administrării sistemului asigurărilor de sănătate. Pentru rațiuni evidente, derogări similare devin admisibile în perimetrul exercitării unor drepturi și prerogative în justiție (de exemplu, procesarea datelor personale ale debitorului în cadrul unor proceduri de demarare a executării silite inițiate de către creditor; gestionarea datelor personale ale persoanelor citate ori chemate în judecată ș.a.); pot fi implicate atât proceduri judiciare care necesită prelucrarea datelor sensibile, cât și proceduri extrajudiciare (din categoriile medierii și arbitrajului, inclusiv a celor derulate online, de exemplu, între profesioniști și consumatori), în măsura în care, suplimentar prelucrării datelor ordinare, ar implica și procesarea de date sensibile (cum ar fi, de pildă, în materia prestării serviciilor medicale de către clinici private).

datelor)”³⁸, articol având ca denumire marginală „Prelucrarea datelor cu caracter personal și de categorii speciale de date cu caracter personal, în contextul îndeplinirii unei sarcini care servește unui interes public”, este obligatorie pentru operatorul de date selectarea și implementarea unor măsuri adecvate de securizare a operațiunilor de procesare a datelor, contextul vizat fiind cel în care astfel de procesări sunt evaluate ca indispensabile atingerii unor scopuri sau sarcini servind unui interes public, în accepțiunea art. 6 alin. (1) lit. e) și art. 9 lit. g) RGPD. Important de evidențiat este că fie operatorului, fie persoanelor împuternicite de acesta le incumbă, în termeni imperativi, obligația instituirii unor garanții adecvate, în manieră consecventă, adjuvante măsurilor organizatorice uzuale, având în vedere nivelul accentuat de riscuri asociate procesării datelor sensibile; astfel, pe un prim palier, sunt menționate în textul legal, măsurile care vizează reducerea la minimum a cantității datelor prelucrate ori reducerea categoriilor de date procesate, în acord cu meta-regula purtând această titulatură a minimizării procesării de date personale; din rațiuni concentrice, rămâne vitală, în perimetrul procesării datelor sensibile, angajarea unor măsuri tehnice ori a unora de ordin organizatoric care vă țintească la asigurarea respectării de către operatorul de date a principiului integrității datelor procesate, respectiv a principiului confidențialității datelor procesate. Situată pe palierul imediat următor, măsura nominalizării³⁹ unui responsabil cu protecția datelor⁴⁰ (desemnarea unei persoane în calitate de *data*

³⁸ M.of.: 651 din 07.26.2018.

³⁹ Irina ALEXE, Daniel-Mihail ȘANDRU, „Desemnarea unui responsabil cu protecția datelor unic de către mai multe autorități sau organisme publice”, *Revista de Drept public*, n. 2 2019, pp. 47-56.

⁴⁰ Irina ALEXE, „Rolul responsabilului cu protecția datelor în respectarea drepturilor persoanei vizate”, *Revista Română de Drept al Afacerilor*, n. 3 2019, pp. 23-34.

protection officer) va contribui substanțial la salvagardarea amintitelor principii (al reducerii la minimum a prelucrării, al confidențialității și integrității datelor ș.a.), inclusiv prin prisma independenței de care DPO-ul se bucură în raporturile cu operatorul de date (neputând fi implicat într-un scenariu de subordonare⁴¹ directă ori indirectă față de persoanele din *upper management* și *middle management* în cadrul companiei respective) și a imparțialității de care responsabilul cu protecția datelor este chemat să dea dovadă, în special în raporturile acestuia cu autoritatea națională de supraveghere⁴² din respectivul stat-membru. Terțiare în economia măsurilor organizatorice la care face aluzie textul art. 6 din Legea 190/2018 sunt măsurile constând în stabilirea duratei stocării datelor ori selectarea unor intervale pertinente de stocare⁴³, pornind de la natura respectivelor date (date ordinare *versus* date sensibile, durat de stocare a ultimelor trebuind să fie privită cât mai parcimonios cu putință, pentru a nu se situa în dezacord cu prohibiția generică a procesării acestora, postulată de RGPD). Totodată, centrală în economia discuției rămâne și selectarea pertinentă, cu parcimonie, a scopurilor prelucrării datelor sensibile (din unghiul trasat prin aplicarea principiului „limitării scopurilor”⁴⁴); la fel de importantă ori de „vitală” în acest perimetru rămâne și stabilirea, de către operatorul datelor sensibile, a unor intervale suficient de atent calibrate, pentru revizuirea pertinentei conservării datelor sensibile, astfel încât să se procedeze la radierea ori la ștergerea acestora sau, în funcție de circumstanțe, la anonimizarea acestora⁴⁵,

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Isabel HAHN, Purpose Limitation in the Time of Data Power..., p. 32.

⁴⁴ *Idem*, p. 34.

⁴⁵ *Ibidem.*

ceea ce va face imposibilă o viitoare exploatare a satelor sensibile în scopul identificării persoanelor fizice.

III. Meta-regula interzicerii (cu valoare de principiu) a prelucrării datelor sensibile și posibilele excepții

A. Postularea unei prohibiții și „omiliile” acesteia

Panopticul restricțiilor care alcătuiesc arhitectura prohibiției privitoare la exploatarea datelor sensibile se întemeiază, după cum am observat în secțiunile precedente, pe inevitabilele pericole⁴⁶ acroșate unor atitudini intruzive care ar amenința libertățile fundamentale ale indivizilor ale căror date personale au făcut obiectul colectării, stocării ori procesării.

După cum se postulează în textul art. 9, alin. (1) RGPD, este principal plasată sub incidența unei interdicții de procesare datele din categoriile de informații personale „sensibile”, întrucât ar prezenta potențialul de a fi exploatare în manieră discriminatorie ori ar putea, în alte moduri, altera exercițiul unor libertăți fundamentale; sunt înglobate în aceste categorii datele care deconspiră opțiunile politice, sindicale ori religioase ale indivizilor, respectiv orientarea sexuală a acestora; pe un alt palier, sunt vizate de acest tratament prohibitiv (care necesită implementarea unor măsuri de securizare suplimentară, menținerea evidențelor prelucrării, evaluarea *ex ante* a impactului procesării ș.a.), procesările datelor genetice și, similar, cele care exploatează date biometrice (fiind vizate însă numai datele biometrice exploatare în scopuri de identificare/de stabilire a identității persoanelor fizice), respectiv datele care relevă aspecte privind starea sănătății indivizilor în cauză.

⁴⁶ Kärt PORMEISTER, „Informed consent to sensitive personal data processing...”, p. 21.

Astfel cum se conturează din enunțurile considerentului (75) din RGPD, eșecul operatorului datelor sensibile în a asimila măsuri de securizare suplimentară a tratamentului acestor date, nederularea ori derularea necorespunzătoare a unor studii de impact din care să reiasă *ex ante* eventualele riscuri (situat pe diferite paliere și prezentând gradienti diferentiabili, sub aspectul amplitudinii și sub aspectul probabilității producerii), pe care procesarea unor date sensibile le-ar putea genera pentru libertățile fundamentale, ca și derapajele în susținerea evidențelor prelucrării de date sensibile (mai cu seamă prin prisma „planării” *de plano* a prohibiției care vizează prelucrarea neselectivă a acestora) reprezintă fapte culpabile (acțiuni ori omisiuni nepermise) ale operatorului; astfel de acțiuni/omisiuni permit angajarea răspunderii acestuia (sub forma răspunderii civile la solicitarea persoanei prejudiciate sau în varianta răspunderii contravenționale, a răspunderii penale, dacă este cazul), întrucât generează fie prejudicii fizice (corporale, biologice) persoanelor ale căror date sensibile au făcut obiectul procesării necorespunzătoare⁴⁷ (neconforme exigențelor pertinente), fie prejudicii patrimoniale (de natură materiale, conexe săvârșirii faptei reținute) ori prejudicii afective justificând alocarea de daune-interese (prejudicii morale), fiind enumerate exemplificativ categoriile de situații în care astfel de riscuri planează inevitabil asupra persoanei ale cărei date sensibile au făcut obiectul procesării.⁴⁸

Vizate de aceste reguli sunt o suită de categorii de prelucrare a informațiilor personale sensibile, precum cele desprinse din situațiile în care eventuala procesare a datelor sensibile (i) ar avea potențialul de a alimenta decizii ori comportamente discriminatorii (fondate pe diferite criterii); în alte

⁴⁷ Bryce GOODMAN, *Discrimination, Data Sanitisation and Auditing...*, p. 502.

⁴⁸ *Idem*, p. 503.

ipoteze, prelucrarea datelor sensibile poate facilita furtul identității sau comiterea de fraude prin intermediul furtului identității, implicând pentru persoanele vizate o pierdere financiară (ii); compromiterea reputației persoanei vizate poate reprezenta, la rândul său, un tip de prejudiciu autonom generat persoanei vizate (iii); există, de asemenea, ipoteze în care va fi vorba despre compromiterea confidențialității datelor, iar acestea ar face parte din categoria informațiilor care se bucură de protecție legală în perimetrul noțiunii „secretului profesional”. De asemenea, „inversarea neautorizată a pseudonimizării”⁴⁹ (utilizarea ilegală a cheilor de criptare) poate prezenta per se un risc semnificativ în perimetrul procesării unor date sensibile. Remarcăm că, în textul considerentului (75) RGPD se menționează, printre speciile de riscuri atașate procesării datelor sensibile, generarea unor dezavantaje „semnificative” ca amploare (deloc neglijabile), având natura unor dezechilibre substanțiale în raporturile contractuale (un exemplu în acest sens fiind cazul contractelor de asigurare contra riscului de deces/incapacitate de muncă, asigurătorul procesând în etapa precontractuală date sensibile din categoria datelor medicale) ori a unor prejudicii patrimoniale (de factură economică ori financiară), cu precizarea că pot fi generate, pentru persoana vizată de respectiva prelucrare, inclusiv prejudicii de ordin social (efecte discriminatorii al căror impact s-ar resimți în planul relațiilor sociale ori sub aspectul incluziunii sociale). Menționăm, totodată, faptul că se regăsesc în cuprinsul considerentului (75) RGPD referiri la ipotezele în care riscul asocial procesării unor categorii de date sensibile ar consta în însăși diminuarea, „amputarea” drastică a prerogativelor ori pierderea controlului persoanei vizate asupra procesării propriilor date, iar impactul asupra libertăților sale fundamentale ar fi unul semnificativ datorită

⁴⁹ Preambul, pg. 75 RGPD.

naturii sensibile a respectivelor informații; în considerentul (75) RGPD sunt evidențiate inclusiv situațiile în care procesarea unor informații sensibile se derulează în cadrul raporturilor dintre angajatori și salariați, fiind vizate ipotezele în care angajatorul a procesat date sensibile (date medicale, de pildă, ori date biometrice) sau a stocat alte informații sensibile emițând aprecieri asupra randamentului salariatului în exercitarea atribuțiilor care îi incumbă în plan contractual în raporturile cu angajatorul (evaluarea periodică a performanței angajaților). Precizări suplimentare se cuvin a fi făcute asupra faptului că nu doar prelucrarea datelor care relevă starea de sănătate devine problematică (întrucât reprezintă o procesare de informații sensibile, date medicale conexe eventual procesării de date genetice), ci și prelucrarea unor informații privind situația economică a salariatului ori ale consumatorului, interesele personale ale consumatorului (hobby-uri, preferințe manifestate pentru desfășurarea anumitor activități ca modalități de petrecere a timpului liber ș.a.), fiind vizată profilarea comportamentală a consumatorilor prin exploatarea categoriilor de date sensibile; similar, stocarea și exploatarea ulterioară a datelor de geo-locatie, monitorizarea deplasărilor persoanei sunt, aproape invariabil, susceptibile să alimenteze riscuri pentru libertățile fundamentale. Enumerate în cuprinsul considerentului (75) RGPD sunt și situațiile procesării de către operatori a datelor minorilor ori a informațiilor sensibile colectate dinspre alte categorii vulnerabilizate prin prisma vârstei ori a absenței experienței de viață, prin prisma patologilor ori a infirmităților de care ar fi afectate respectivele persoane. Ultimele pe lista situațiilor care alimentează nivele ridicate de risc privind procesarea de informații personale sunt cazurile în care procesarea (datelor sensibile) este amplă din punct de vedere cantitativ ori volumetric, implicând cantități consistente de date procesate (chiar dacă provenind dinspre un număr limitat de persoane) sau, dimpotrivă, în pofida faptului că de la fiecare persoană vizată sunt colectate

seturi de date restrânse ca volum, operațiunile de colectare înregistrează date selectate dinspre un număr ridicat de utilizatori înrolați, fie în baza consimțământului acestora, fie în temeiul altor fundamente dintre cele enumerate în art. 6, alin. 1 RGPD, lit. b)-f) în respectivul sistem de procesare a datelor.

De asemenea, după cum se specifică în considerentul (76) din RGPD, evaluarea *ex ante* a riscurilor asociate procesării de date sensibile ar urma să implice „compartimentarea” operațiunilor de prelucrare ori înregistrarea acestora pe categorii de risc, pornind de la cele care ar prezenta riscuri minore ori riscuri medii și până la operațiunile care ar fi susceptibile să genereze un risc ridicat pentru libertățile fundamentale ale indivizilor vizați de respectiva procesare ori ar prezenta un risc considerabil de exploatare a datelor cu efecte discriminatorii⁵⁰ la adresa respectivelor persoane, iar o atare probabilitate ar trebui evidențiată în rapoartele de evaluare *ex ante* și în protocoalele interne de gestionare a riscurilor (implementate de operator anterior începerii procedurilor de colectare și stocare a datelor sensibile).

Teoretic, însă, se poate aprecia că principiul transparenței selectării scopurilor prelucrării datelor personale prezintă o relevanță deosebită în astfel de contexte, întrucât ar putea conduce la eliminarea prohibiției procesării datelor sensibile pentru o anumită operațiune, dacă procesarea servește unor scopuri precum cel al eficientizării măsurilor anticorupție ori al informării cetățenilor asupra existenței ori, dimpotrivă, a inexistenței premiselor unui viitor conflict de interese (instalat între interesele financiare ale instituției finanțate din fonduri publice și interesele particulare ale partenerilor de viață ori afini/rude ai(ale) funcționarilor implicați în gestionare respectivelor fonduri). Dacă dezideratul selectat este cel al

⁵⁰ Bryce GOODMAN, *Discrimination, Data Sanitisation and Auditing...*, p. 501.

transparentizării unor astfel de informații, prelucrarea datelor fiscale prezintă relevanță inclusiv în maniera publicării acestora, însă rămâne discutabilă gestionarea amplorii accesului general la astfel de date (care ar putea fi, de pildă, conservate pe serverele instituției ori procesate utilizând chei de criptare, pseudonimizarea acestora favorizând consolidarea unui nivel de securitate adecvat și prevenția unor eventuale *data leaks*)⁵¹.

B. Situațiile exceptate: fundamentele legale ale prelucrării datelor sensibile

Într-o enumerare punctuală a temeiurilor legale⁵² ce autorizează prelucrarea categoriilor sensibile de date personale, textul art. 9, alin. (2) RGDP arată că se revine la posibilitatea procesării acestor specii de date⁵³, în ipotezele în care operatorul de date personale (date fiscale, în cazul discutat,

⁵¹ CJUE., O.T. c. Vyriausioji..., pg. 114.

⁵² Principiul legalității prelucrării datelor personale este consacrat în textul art. 5, alin. 1 RGPD (datele cu caracter personal trebuie prelucrate *in mod legal*), iar prelucrarea *in mod legal* a datelor implică (cel puțin) existența unui temei juridic care să fundamenteze procesarea acestora de către operatorul de date; reamintim că temeiurile juridice care pot fundamenta prelucrarea datelor cu caracter personal sunt stabilite prin art. 6 (datele normale, uzuale) și art. 9 RGPD (datele personale sensibile), încât, pentru a fi în prezența unei prelucrări legale, este necesară existența a cel puțin unuia dintre temeiurile juridice enumerate, pe care să se fundamenteze respectiva prelucrare; pentru dezvoltări, a se consulta Ugo PAGALLO, „The Legal Challenges of Big Data: Putting Secondary Rules First in the Field of EU Data Protection”, în *European Data Protection Law Review*, Vol. 3, Issue 1 (2017), p. 36-46, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/1/7>; Maria MAXIM, *Răspunderea civilă contractuală în domeniul protecției datelor cu caracter personal în contextul noului Regulament general (UE) privind protecția datelor 2016/679*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 90-102.

⁵³ Thomas TOMBAL, Inge GRAEF, „The regulation of access to personal and non-personal data in the EU: from bits and pieces to a system?”, TILEC Discussion Paper No. 2022-019, 2022, online: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4304148>.

din care ar putea fi deduse date sensibile „indirecte”) își poate fonda demararea și derularea operațiunilor de procesare a datelor pe fundamente juridice⁵⁴ precum existența consimțământului persoanei vizate ori scopul (obiectivul) achitării operatorului de obligațiile pe care anumite dispoziții normative imperativă le-ar plasa în sarcina sa; simetric, poate fi vorba despre procesări de date care ar fi indispensabile exercitării de către persoana vizată ori din inițiativa acesteia, a unor drepturi individuale sau prerogative legale, recunoscute în dreptul pozitiv⁵⁵. Apreciem că existența consimțământului persoanei vizate nu ar putea fi invocată, în aceste ipoteze, drept fundament al prelucrării, întrucât prin completarea și semnarea declarațiilor fiscale privind conflictele de interese, persoana vizată nu se ipostaziază ca emitent al unui veritabil consimțământ la prelucrarea datelor sensibile deduse pe suportul datelor fiscale, ci își furnizează acordul asupra procesării datelor fiscale propriu-zise.

„Tangajul” instalat între prerogativele persoanei vizate și măsurile implementate de operator în conexiune cu procesarea datelor sensibile este, de asemenea, vizat de prevederile art. 9, alin. (3) RGDP, în care se reține că procesarea datelor personale poate intra sub cupola unor restricții ori a unor limite generate de existența eventualelor obligații de confidențialitate care incumbă operatorului ori de conservare a secretului profesional, independent

⁵⁴ Conform art. 9, alin. (2), lit. (a) și (b) RGDP este vorba despre situații în care operatorul datelor a obținut în prealabil acordul persoanei vizate cu privire la prelucrarea acestor date cu caracter personal pentru multiple scopuri specifice care ar fi putut fi imprimare prelucrării.

⁵⁵ Sandra WACHTER, Brent MITTELSTADT, „A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review*, n. 2 2019, online: <https://ssrn.com/abstract=3248829>.

de sursa acestor obligații (având origini în prevederile din dreptul unional ori, dimpotrivă, din dreptul național)⁵⁶.

Echilibrarea „raportului de forțe” dintre interesul general al asigurării transparenței exercitării funcțiilor administrației publice și interesul particular (dreptul la viață privată al persoanelor exercitând funcții publice) poate fi influențat considerabil sau poate prezenta o anumită fragilitate decurgând din natura sensibilă a informațiilor procesate ori de interconexiunile dintre aceste informații și diferite aspecte din viața privată a individului în cauză, nefiind întotdeauna facilă, pentru operatorul datelor, contrabalansarea necesității procesării cu exigențele provenind din dreptul la informare al cetățenilor, care, prin prisma rolului public asumat de persoana ale cărei date sunt procesate, ar putea manifesta interes în accesarea ulterioară a unor astfel de informații⁵⁷.

⁵⁶ Menționăm că *prelucrarea datelor sensibile în scopuri conexe protejării sănătății* este gestionată prin prisma coordonatelor trasate în Preambul pg. (53) RGPD, în care se evidențiază că aceste categorii speciale de date cu caracter personal care necesită un nivel accentuat de protecție ar trebui procesate în urma evaluării necesității procesării prin prisma atingerii unor obiective care prezintă interes în domeniul prezervării sănătății publice ori în perimetrul prestării serviciilor de asistență medicală (inclusiv în cazurile care implică servicii transfrontaliere.

⁵⁷ CJUE, [MC] Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C-131/12 din 13.05.2014, pg. 81, rap.digit., ECLI:EU:C:2014:317, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CA0131>.

IV. Implicații conceptuale și practice ale principiului proporționalității prelucrării

A. O cheie de lectură temperată: clarificări privind sfera materială a procesării „datelor sensibile”

Raportarea la principiul minimizării cantității datelor personale colectate și procesate rămâne în centrul considerentelor decizorii ale hotărârii CJUE pronunțate în cauza C-184/20, Curtea statuând în sensul în care, pentru ca procesarea respectivelor date să rămână în perimetrul legalității, este imperios necesar ca aceasta să răspundă unor exigențe defalcate pe două paliere, primul palier fiind reprezentat de principiile și meta-regulile ținând de selectarea unui fundament juridic adecvat pentru legitimarea procesării în accepțiunea imprimată acesteia în textul art. 6, alin. 1 RGPD și, pe celălalt versant al analizei, operatorul datelor să se conformeze exigențelor decurgând din principiile reiterate în cuprinsul RGPD adresând problematicile calității datelor colectate (minimizarea volumetrică a acestora, prin corelare cu „calitatea” informațiilor relevante în lumina scopului fixat pentru justificarea prelucrării datelor), respectiv cu setul de cerințe enunțate în art. 5 din RGPD, care constituie *per se* o expresie a principiului proporționalității prelucrării datelor cu caracter personal⁵⁸. Or, din această perspectivă, se poate argumenta că, pentru a îndeplini condițiile prevăzute de dispozițiile art. 5 din RGPD, este necesar ca publicarea (fie aceasta și secvențială ori segmentară) a secvențelor din declarațiile fiscale să rămână cantonată în perimetrul măsurilor necesare atingerii obiectivelor ce țin de transparentizarea gestionării bugetului public, fără a transgresa limitele astfel trasate, pentru a nu „colmata”, parțial sau integral, prerogativele ce țin de respectarea vieții

⁵⁸ Concluziile Avocatului General în cauza C-184/20, pg. 53, teza finală și pg. 54, prima teză.

private, date fiind limitele impuse de principiul proporționalității și de principiul minimizării datelor colectate. Suplimentar, poate fi evidențiat faptul că, după cum se relevă în Preambul pg. (39) RGPD, exigența evaluării necesității măsurii publicării datelor personale (accesibile ulterior publicului general) pare a fi neîndeplinită în ipostazele în care anumite secvențe din cadrul obiectivelor de interes general nu ar fi fost compromise nici dacă s-ar fi recurs la măsuri de transparentizare mai puțin intruzive, care să nu presupună publicarea online, în versiune integrală, a respectivelor declarații; se va aprecia, astfel, în ce măsură circumstanțele cazului ar fi facilitat gestionarea obiectivelor de interes general, la fel de eficientă ori într-o manieră similară, însă mai puțin incisivă, prin alte mijloace care să afecteze într-o manieră temperată libertățile individuale⁵⁹ și, desigur, care să nu ar fi angajat efecte la fel de ample asupra vieții private⁶⁰ a persoanelor în cauză.

Definirea cu claritate, într-o manieră neevazivă a scopurilor operațiunii de prelucrare (în astfel de cazuri, a scopurilor plasării online a informațiilor din declarațiile fiscale de interese) ar trebui să rămână aspectul în jurul căruia vor pivota operațiunile de prelucrare, dat fiind faptul că cerința proporționalității prelucrării datelor personale exprimă un nex indispensabil între obiectivele urmărite și mijloacele angajate pentru realizarea acestor obiective. Fundamental, astfel de operațiuni de prelucrare ar urma să permită nu doar instituțiilor administrative și judiciare competente, ci și cetățenilor să exercite un control efectiv asupra utilizării de către factorii de decizie a fondurilor bugetare, însă nu cu „prețul” compromiterii unui minim echilibru între protejarea intereselor publice și, pe celălalt versant, protejarea vieții private a persoanelor vizate. De aici și relevanța interogațiilor referitoare la

⁵⁹ Ugo PAGALLO, *The Legal Challenges of Big Data...*, p. 43.

⁶⁰ *Ibidem*.

Însăși necesitatea publicării în mediile virtuale a unor date nominale referitoare la conținutul declarației de interese, ca mijloc de natură să realizeze finalitățile declarate în legislația națională cu privire la dezideratul combaterii faptelor de corupție în gestionarea fondurilor publice, având în vedere că eficacitatea controlului social deschis publicului larg, determinat de această publicitate generalizată, este, într-o formulare edulcorată, cel puțin contestabilă.

B. „Temelii surpate”: este necesară (teleologic justificată) publicarea *online* a declarațiilor de avere/privind conflictele de interese?

Însăși necesitatea publicării/plasării la dispoziția publicului general (ca operațiune de procesare a informațiilor personale din declarațiile fiscale) a acestor categorii de date⁶¹ s-a aflat sub semnul întrebării; se poate, astfel, argumenta că obiectivele informării publicului și al transparentizării manierelor de cheltuire a sumelor din bugetul public ar putea fi atinse inclusiv prin operațiuni de procesare mai puțin intruzive, comparativ cu efectele „exorbitante” pe care publicarea *online* a textului integral al respectivelor declarații fiscale (conținând inclusiv date privitoare la identitatea partenerului de viață ori date din care ar fi reieșit starea maritală a semnatarului)⁶², în aplicarea unor prevederi normative din dreptul intern eventual incidente în astfel de situații, adresând problematica

⁶¹ CJUE, [MC] Volker și Markus Schecke GbR (C-92/09) și Hartmut Eifert (C-93/09) c. Land Hessen, C-92/09 și C-93/09 din 09.11.2010, pg. 68 și 79, rap.digit., ECLI:EU:C:2010:662, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0092&qid=1685196100393>.

⁶² Relevante, totodată, sunt dispozițiile art. 16, pg. (4) din Directiva (UE) 2016/680.

transparentizării manierei de gestionare a resurselor bugetare publice.⁶³ De altfel, după cum s-a explicat în Concluziile Avocatului General al Curții în cauza C-184/20, pg. 37, astfel de date este necesar să se limiteze ori să fie circumscrise la măsuri care, în mod veritabil, s-ar dovedi indispensabile creionării dezideratelor propuse de operator în planul promovării unor interese publice, iar dacă respectivele finalități ar putea fi atinse într-o manieră mai puțin intruzivă asupra vieții private a persoanelor vizate ori, sub aspect teleologic, ar fi putut fi selectate măsuri de transparentizare mai puțin „contondente” prin raportare la libertățile fundamentale, operatorul va fi necesar să își reconsidere pertinenta alegerii⁶⁴; or, excedă în mod ostensibil aceste finalități (epurarea cazurilor de corupție în sistemul funcțiilor statale administrative) o prelucrare a datelor (din declarațiile fiscale privind conflictele de interese) în sensul „deconspirării” către publicul general, nediferențiat, a paragrafelor din respectiva declarație care implică aspecte ale vieții private (dincolo de faptul că, în mod evident, pot exista rațiuni în a menține astfel de practici de expunere *online* a acestor informații, pe suportul argumentului – contestabil – că, în această manieră, ar fi facilitată verificarea ulterioară a deturnării fondurilor publice prin persoane interpușe ori prin transferuri patrimoniale către persoane apropiate titularului) ar apărea drept excesivă prin raportare la dezideratul inițial, date fiind ingerințele potențiale în viața privată a indivizilor vizați. În plus, potrivit art. 6, alin. (1), lit. (c) și (e) din RGPD, prelucrarea datelor cu caracter personal este legală dacă implementarea acesteia s-ar justifica prin prisma unor obligații pe care prevederile legislative le-ar plasa în sarcina operatorului sau, respectiv, măsura a cărei pertinență ar fi disputată s-ar fonda pe argumente extrase din

⁶³ A se vedea Concluziile Avocatului General al CJUE publicate în cauza C-184/20, [*supra*], îndeosebi pg. 26.

⁶⁴ *Ibidem*.

necesitatea satisfacerii unor standarde operaționale ținând de acoperirea unor sarcini pe care autoritățile publice le-ar fi plasat asupra operatorului datelor ori chiar asupra persoanei împuternicite de acesta să deruleze anumite secvențe ale procesării; or, deși într-o argumentație (relativ) redundantă s-ar putea susține că eliminarea și prevenirea faptelor de corupție ar fi facilitată de accesul jurnaliștilor și al publicului, în general, la informații privitoare la „nucleul” persoanelor apropiate⁶⁵ titularului funcției publice, o astfel de ingerință⁶⁶ riscă să fie calificată drept exorbitantă ori disproporționată prin raportare la principiul minimizării prelucrării ori la comandamentele decurgând din rigorile aplicabile procesării datelor sensibile, astfel încât să nu pericliteze componente ale vieții private⁶⁷.

⁶⁵ Astfel cum plastic se remarcă în Concluziile Avocatului General al CJUE publicate în cauza C-184/20, pg. 51, este contestabil caracterul proporționat al unor măsuri legislative din dreptul național care ar impune candidaților la accesarea unei funcții din administrația centrală sau locală, să nominalizeze în textul unor declarații a persoanelor din anturajul său care ar putea fi sursa unui conflict de interese, riscând să selecteze fragmentar sau subiectiv astfel de nume, desemnând rudele/afinii a căror omitere din cuprinsul declarației ar putea fi taxată ulterior drept culpabilă.

⁶⁶ De altfel, în Concluziile Avocatului General al CJUE publicate în cauza C-184/20, pg. 91, teza finală, s-a evidențiat că, în pofida faptului că, prioritar, declarația publicată vizează transparentizarea gestionării bugetului public, exploatarea indirectă a acestor seturi de informații ar putea periclită prezervarea confidențialității asupra unor aspecte din viața privată a funcționarului public, astfel de date dezvăluind indirect orientarea sexuală a acestuia, statutul marital ș.a. În alți termeni, respectivul prejudiciu („colateral”) constând în afectarea dreptului la viață privată ar fi privit ca inacceptabil și, prin urmare, ar fi justificată solicitarea de reparare formulată de persoanele vizate.

⁶⁷ *Idem*, pg. 39, teza finală.

V. Concluzii

Situat la confluența dintre respectarea exigențelor principiului transparenței guvernării, care permite *inter alia* o consolidare a componentelor de eficientizare a responsabilizării funcționarilor din administrația publică și, pe de altă parte, incidența cerințelor minimizării prelucrării datelor personale, subiectul postării *online* a unor secvențe din declarațiile fiscale privind conflictele de interese și, respectiv, al accesibilității datelor sensibile indirecte rămâne unul actual. Ipoteza punerii la dispoziție *online* (având ca adresabilitate publicul general, nediferențiat) a informațiilor care deconspiră identitatea partenerului de viață al persoanei semnatare ori identitatea persoanei cu care acesta este angajat într-o legătură maritală, ar fi plasată sub cupola prohibiției aplicabile procesării de informații sensibile, în măsura în care s-ar admite consacarea doctrinară și jurisprudențială a categoriei „datelor personale sensibile indirecte”, deduse pe suportul datelor personale ordinare. În pofida faptului că o atare categorie de date personale nu este abordată expres în jurisprudența CJUE⁶⁸ (iar decizia pronunțată de Curte în cauza C-184-20, luată ca reper în această analiză, nu conține referiri exprese la noțiunea de „date sensibile indirecte”), protecția juridică alocată acestor specii de date personale rămâne problematică, inclusiv în ipotezele justificării procesării pe paliere reprezentate de interese publice postulate prin dispoziții ale dreptului unional sau decurgând din prevederi ale dreptului

⁶⁸ A se vedea, în același sens, privind dezindexarea datelor sensibile, CJUE, [MC], G.C. și alții c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), C-136/17 din 24.09.2019, pg. 44, rap.digit., ECLI:EU:C:2019:773, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0136&qid=1685197307914>. În pg. 62 al deciziei, este reiterată ideea inadecvării, în asemenea cazuri, a fondării operațiunilor de prelucrare pe eventualul consimțământ al persoanelor vizate.

intern și urmărind, la momentul inițierii prelucrării datelor, implementarea de măsuri suplimentare vizând securizarea procesării datelor, astfel încât să pondereze riscurile rezultate asupra libertăților fundamentale; „flancarea” măsurilor ordinare de securizare (incluzând eventuala pseudonimizare a datelor) de măsuri calibrate prin raportare la riscurile procesării unor informații sensibile rămâne prioritară pentru operatorii de date care s-ar angaja în operațiuni de procesare implicând declarații fiscale. Completarea declarațiilor privind conflictele de interese presupune, pentru persoana vizată, să menționeze persoanele apropiate (soțul/soția, concubinul/a, persoane care prezintă grade apropiate de rudenie cu acesta ori chiar afini) care ar putea deveni sursa unui „conflict de interese” în cadrul exercitării funcției publice, însă afișarea ulterioară a acestor informații în mediile *online* (ca modalitate de prelucrare a acestor date personale) ar avea reverberații directe și indirecte asupra vieții private a declarantului. Astfel cum se întreba Avocatul General al CJUE în Concluziile sale redactate în cauza C-184/20, rămâne contestabilă măsura în care o asemenea publicare *online* (de către autoritățile publice competente) a unor date personale sensibile „indirecte” ar fi *per se* pertinentă prin raportare la dezideratul accentuării gradului de încredere al cetățenilor, respectiv pentru transparentizarea gestionării fondurilor publice. O asemenea abordare ridică problema stabilirii scopurilor prelucrării și, mai ales, a identificării taxonomiei pertinente a operațiunilor de prelucrare (implicând accesarea *online* a acestor informații de către orice persoană interesată), cu afectarea cât mai redusă a dreptului la viață privată.

Divulgarea unor date sensibile inserate în textul declarațiilor fiscale nu poate fi, *per se*, scutită de sub incidența dispozițiilor RGPD privitoare la restricționarea procesării datelor personale sensibile. Etichetate drept „informații sensibile”, astfel de date personale din cadrul declarațiilor publice privind conflictele de interese, care pot dezvălui, într-o manieră implicită,

detalii privind orientarea sexuală a semnatarului, se apropie (până la suprapunere) de regimul juridic restrictiv aplicabil prelucrării veritabilelor date personale sensibile, pentru că, în final, informațiile obținute indirect pe suportul datelor personale „neutre” din aceste declarații reprezintă *per se* date sensibile; conform precizărilor enunțate în jurisprudența CJUE, protecția specială datorată datelor sensibile se extinde inclusiv asupra informațiilor sensibile (deconspirând opțiunile sexuale, statutul marital, opțiunile religioase ori preferințele politice, adeziunea la platforme sindicale ș.a.) deduse din agregarea unor date „brute” (cum sunt cele din cuprinsul declarațiilor fiscale)⁶⁹. Conchidem, așadar, că prin prisma exigențelor ținând de neafectarea vieții private⁷⁰, strict tehnic, rămâne subsumată categoriei procesării de date sensibile, fiind cantonată în perimetrul regulilor decurgând din principiul minimizării procesării, operațiunea de publicare *online* a declarațiilor de interese, în sensul dispozițiilor privitoare la restricționarea prelucrării datelor sensibile; procesarea acestora este necesar a fi plasată sub exigențele selectării (de către operatorul de date) a mijloacelor celor mai puțin invazive pentru viața privată a persoanelor vizate, context în care publicarea *online* a „datelor personale sensibile indirecte”, având ca adresabilitate publicul general, este dificil de conciliat cu cerințele principiului minimizării cantitative și calitative a prelucrării datelor personale sensibile.

⁶⁹ CJUE., O.T. c. Vyriausioji..., pg. 123.

⁷⁰ CJUE, O.T. c. Vyriausioji..., pg. 127.

VI. BIBLIOGRAFIE:

ALEXE, I., „Rolul responsabilului cu protecția datelor în respectarea drepturilor persoanei vizate”, *Revista Română de Drept al Afacerilor*, n. 3 2019, pp. 23-34;

ALEXE, I., ȘANDRU, D.-M., „Desemnarea unui responsabil cu protecția datelor unic de către mai multe autorități sau organisme publice”, *Revista de Drept public*, n. 2 2019, pp. 47-56;

BUSCH, C., DANNEMANN, G., SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., ZOLL, F., „An Introduction to the ELI Model Rules on Online Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9 n. 2 2020, pp. 61-70, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/9.2/EuCML2020013>;

BUTLER, A., ZHOU, E., „Disease and Data in Society: How The Pandemic Expanded Data Collection and Surveillance Systems” , *American University Law Review*, vol. 70 n. 5 2021, online: <https://ssrn.com/abstract=3836914>;

DOBRIȚĂ, M.-C., „Aspecte teoretice și jurisprudențiale privind respectarea GDPR la încheierea și executarea unui contract”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII, Supliment 2, 2021, pp. 93-106, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2_2/6.dobrila.pdf;

DOBRIȚĂ, M.-C., Particularități privind noțiunea de date cu caracter personal necesare pentru încheierea sau executarea unui contract la care persoana vizată este parte”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII,

- Supliment 1, 2021, pp. 211-225, online: <https://doi.org/10.47743/jss-2021-67-3-15>;
- GOICOVICI, J., *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, Hamangiu, București, 2022;
- GOICOVICI, J., „Clauzele privind drepturile consumatorilor în contractele de servicii *cloud computing*”, *Revista Română de Drept Privat* n. 2 2019, pp. 399-415;
- GOICOVICI, J., „Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele *business to consumer* – condiția consimțământului granular”, *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, n. 2 2019, pp. 7-24, online: <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1634395962-articol-juanita-goicovici.pdf>;
- GOICOVICI, J., „Portabilitatea datelor cu caracter personal, prin prisma dispozițiilor RGDP și ale Directivei 2019/770: este gambitul reginei mutarea de deschidere adecvată?”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII, Supliment 2, 2021, pp. 57-80, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2_2/4.goicovici.pdf;
- GOICOVICI, J., „Granularity and specificity of consent and implications thereof for the data controller in the light of the principle of ‘purpose limitation’”, *InterEULawEast: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations*, vol. 9 n. 2 2022, pp. 43-69, online: <https://hrcak.srce.hr/293334>;
- GOODMAN, B., „Discrimination, Data Sanitisation and Auditing in the European Union’s General Data Protection Regulation”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2 n. 4 2016, pp. 493-506, online: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2016/4/8>;

- HAHN, I., „Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 7 n. 1 2021, pp. 31-44;
- JASSERAND, C., „Legal Nature of Biometric Data: From ‘Generic’ Personal Data to Sensitive Data: Which Changes Does the New Data Protection Framework Introduce?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2 n. 3 2016, pp. 297 – 311, online: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2016/3/6>;
- KE, T., SUDHIR, K., „Privacy Rights and Data Security: GDPR and Personal Data Driven Markets” (July 5, 2020), online: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3643979>;
- KURU, T., DE MIGUEL BERIAIN, I., „Your genetic data is my genetic data: Unveiling another enforcement issue of the GDPR”, *Computer Law & Security Review*, vol. 47 2022, online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364922000954> și <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105752>;
- MAXIM, M., *Răspunderea civilă contractuală în domeniul protecției datelor cu caracter personal în contextul noului Regulament general (UE) privind protecția datelor 2016/679*, Universul Juridic, București, 2021;
- PAGALLO, U., „The Legal Challenges of Big Data: Putting Secondary Rules First in the Field of EU Data Protection”, *European Data Protection Law Review*, vol. 3 n. 1 2017, pp. 36-46, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/1/7>;
- PĂUN, C., „Gestiunea informațiilor fiscale de către autoritățile fiscale în contextul Regulamentului GDPR”, *Cluj Tax Forum*, n. 2 2019, pp. 85-93;

- PĂUN, C., „Gestiunea informațiilor fiscale de către autoritățile fiscale în contextul Regulamentului GDPR”, *Revista Română pentru Protecția și Securitatea Datelor cu Caracter Personal*, n. 1 2020, pp. 126-137;
- PORMEISTER, K., „Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6 n. 1 2017, pp. 17-23;
- PORMEISTER, K., „The GDPR and Big Data: Leading the Way for Big Genetic Data?”, in Erich SCHWEIGHOFER et al. (coord.), *Privacy Technologies and Policy*, Springer, 2017, pp. 3-18;
- PORMEISTER, K., „Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?”, *International Data Privacy Law*, vol. 7 n. 2 2017, pp. 137-146, online: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix006>;
- PORMEISTER, K., „Genetic research and consent: on the crossroads of human and data research”, *Bioethics*, vol. 33 n. 3 2018, pp. 347-356, online: <https://doi.org/10.1111/bioe.12475>;
- PORMEISTER, K., DROŹDŹOWSKI, Ł., „Protecting the Genetic Data of Unborn Children: A Critical Analysis”, *European Data Protection Law Review*, vol. 4 n. 1 2018, pp. 53-64, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/1/8>;
- PURAITÉ, A., SILINSKE, N., „Privacy Protection in the New EU Regulations on the use of unmanned aerial systems”, *Public Security and Public Order*, vol. 24 2020, pp. 173-183.
- QUELLE, C., „G.C. and Others vs. CNIL on the Responsibility of Search Engine Operators for Referring to Sensitive Data: The End of ‘Right to be Forgotten’ Balancing?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 5 n. 3 2019, pp. 438-447, online: <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/3/21>;

- ȘCHIOPU, S.-D., „O confirmare jurisprudențială privind nelegalitatea unui act administrativ cu caracter normativ care impune obligația înregistrării unor date cu caracter personal: registrul de evidență a rezervărilor clienților”, *Revista Română pentru Protecția și Securitatea Datelor Cu Caracter Personal*, N. 1 2021, Pp. 15-29;
- Șchiopu, S.-D., „Aspecte ale prelucrării datelor cu caracter personal care dezvăluie confesiunea religioasă”, *Revista Română pentru Protecția și Securitatea Datelor cu Caracter Personal*, n. 1 2020, pp. 71-77;
- TOMBAL, T., GRAEF, I., „The regulation of access to personal and non-personal data in the EU: from bits and pieces to a system?”, TILEC Discussion Paper No. 2022-019, 2022, online: <https://ssrn.com/abstract=4304148> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4304148>;
- ȚIȚ, N.-H., „Considerații cu privire la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură în procesul civil”, *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, Tomul LXVI, Supliment 2020, pp. 197-212, online: http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2020/2020_i_bis/13_tit_acte_de_procedura.pdf;
- VAN DER SLOOT, B., „Is Tax Data Sensitive Data?”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2 n. 2 2016, pp. 262-265, online: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2016/2/22>;
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B., „A Right to Reasonable Inferences: Rethinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review*, n. 2 2019, online: <https://ssrn.com/abstract=3248829>.

STUDII

STANDARDUL PROBEI ÎN CAMERA PRELIMINARĂ

DOI:	10.24193/SUBBIur.67(2022).4.2
Data publicării online:	31.05.2023

Anca-Ioana NEGRU*

Rezumat. În prezentul studiu am abordat problema standardului probei în camera preliminară. Mai precis, am stabilit că deși a fost deschisă calea unei veritabile cercetări judecătorești în camera preliminară, legiuitorul a omis să prescrie un standard al probei. Ulterior, am constatat că se impune reglementarea unui standard al probei și că, prin raportare la tradiția *common law*, acesta ar trebui să fie „probe clare și convingătoare”. Pe lângă problema standardului probei în camera preliminară am tratat și sarcina probei, cu privire la care am concluzionat că aceasta aparține procurorului în măsura în care acesta dorește să se folosească pe fondul cauzei de probele obținute în faza de urmărire penală, acesta având obligația să dovedească că au fost obținute cu respectarea principiului legalității și loialității administrării probelor.

Cuvinte cheie: camera preliminară, standardul probei, sarcina probei, dincolo de orice îndoială rezonabilă, preponderența probelor, probe clare și convingătoare

* Cadru didactic asociat, Facultatea de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, avocat în Baroul Cluj, e-mail: anca.negru@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0005-8261-3242>.

THE STANDARD OF PROOF IN THE PRELIMINARY CHAMBER

Abstract. In the study we addressed the issue of the standard of proof in the preliminary chamber. More specifically, we determined that although the path to a trial within a trial was opened, the legislature failed to prescribe a standard of proof. We agreed that a standard of proof was required and being inspired by the common law tradition, this should have been "clear and convincing evidence". In addition to the issue of the standard of proof in the preliminary chamber, we also dealt with the burden of proof, and we concluded it belongs to the State as long as they want to introduce to the trial the proof obtained during the criminal investigation phase. The State has the obligation to prove the proof was obtained in compliance with the principle of legality and loyalty.

Keywords: pretrial chamber, standard of proof, burden of proof, beyond a reasonable doubt, preponderance of the evidence, clear and convincing evidence.

Cuprin

I.	Aspecte introductive	57
II.	Standardul probei.....	61
A.	Preponderența probelor (<i>balance of probabilities</i> în dreptul britanic, <i>preponderance of evidence</i> în dreptul american)	63
B.	Dincolo de orice îndoială rezonabilă	65
C.	Probe clare și convingătoare.....	67
III.	Standardul probei aplicabil în camera preliminară	69
IV.	Sarcina probei în camera preliminară.....	73
V.	Concluzii	76
VI.	Bibliografie.....	77

I. Aspecte introductive

Primul aspect care se impune clarificat, este acela de a ști dacă legiuitorul a prescris vreun standard de probă¹ în ceea ce privește camera preliminară, având în vedere că prin raportare la art. 345 alin. (1) C.proc.pen.²

¹ Ideea de a aborda standardul probei în camera preliminară a apărut imediat după finalizarea unui comentariu la o decizie a judecătorilor de cameră preliminară prin care au fost respinse cererile și excepțiile inculpaților care vizau administrarea probelor în faza de urmărire penală cu încălcarea principiului loialității. În cauza respectivă, deși martorii au declarat atât în faza de urmărire penală (cu ocazia reaudierii), cât și în faza de cameră preliminară că au fost amenințați de către procuror și organul de cercetare penală, judecătorii de cameră preliminară au respins cererile și excepțiile formulate, apreciind, printre altele, că martorii au fost încurajați să spună adevărul ori că nu există certitudine cu privire la expresiile folosite de organele de urmărire penală (pentru detalii, a se vedea A.I. NEGRU, *Încălcarea principiului loialității. Amenințarea martorului de către procuror și organul de cercetare penală în faza de urmărire penală*, în *Caiete de drept penal nr. 1/2023* [în curs de apariție n.r.]).

² Articolul 345 alin. (1): „La termenul stabilit conform art. 344 alin. (4), judecătorul de cameră preliminară soluționează cererile și excepțiile formulate ori excepțiile ridicate din oficiu, în camera de consiliu, pe baza lucrărilor și a materialului din dosarul de urmărire penală și a oricăror înscrisuri noi prezentate, ascultând concluziile părților și ale persoanei vătămate, dacă sunt prezente, precum și ale procurorului” (s.n.).

în interpretarea impusă de Curtea Constituțională³, în procedura de cameră preliminară este deschisă calea unei veritabile cercetări judecătorești⁴.

În dreptul pozitiv nu este reglementat vreun prag decizional (standard probator) care trebuie atins pentru ca judecătorul de cameră preliminară să admită cererile și excepțiile formulate de părți sau persoana vătămată ori, din contră, dacă nu este atins să conducă la respingerea cererilor și excepțiilor.

De altfel, legiuitorul nu a înțeles să acorde o importanță aparte standardului de probă, astfel că exceptând standardul *bănuielii rezonabile* (*suspiciunii rezonabile*) pretins pentru efectuarea în continuare a urmăririi penale, precum și standardul *dincolo de orice îndoială rezonabilă* prescris pentru condamnarea inculpatului, celelalte faze, respectiv etape sau stadii din cadrul procesului penal nu cunosc o reglementare expresă a standardului de probă. Așa fiind, pentru punerea în mișcare a acțiunii penale⁵, pentru

³ A se vedea CCR, dec.: 641/2014, M.of: 887 din 5 decembrie 2014, prin care s-a constatat neconstituționalitatea articolului 345 alin. (1) C.proc.pen.. Având în vedere considerentele acestei decizii, art. 345 C.proc.pen. a fost modificat prin L: 75/2016 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 82/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, M.of: 334 din 29 aprilie 2016. Întrucât decizia precitată a fost transpusă trunchiat, textul art. 345 alin. (1) C.proc.pen. a fost declarat neconstituțional prin decizia CCR nr. 802/2017, M.of: din 6 februarie 2018, deoarece administrarea probelor a fost limitată de legiuitor la „înscrisuri noi prezentate”. Pentru detalii referitoare la restructurarea camerei preliminare prin decizia CCR nr. 641/2014 (*supra*), a se vedea A.D. BĂNCILĂ, *Camera preliminară după Decizia nr. 641/2016 a Curții Constituționale și Legea nr. 75/2016. Noile caracteristici ale procedurii și consecințe practice*, în *Dreptul nr. 9/2016*, p. 20-28.

⁴ A.I. Negru, *Administrarea și aprecierea probelor în procesul penal*, Editura Universul Juridic, București, 2022, p. 131; A se vedea și M. MAREȘ, A. ȘANDRU, *Administrarea mijloacelor de probă în faza camerei preliminare*, în *Dreptul nr. 9/2018*, p. 183.

⁵ Punerea în mișcare a acțiunii penale este reglementată de trei articole din Codul de procedură penală: art. 7, 15 și 309 C.proc.pen.. Articolul 7 C.proc.pen. prevede ca și condiție pozitivă

rezolvarea cauzelor în sensul art. 327 C.proc.pen. – clasarea, renunțarea la urmărirea penală ori trimiterea în judecată, Codul de procedură penală nu prevede expres vreun standard de probă⁶.

pentru punerea în mișcare a acțiunii penale existența probelor „din care rezultă săvârșirea unei infracțiuni”, art. 15 C.proc.pen. face trimitere la existența probelor din care rezultă „presupunerea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune” și, în fine, art. 309 C.proc.pen. pretinde, la fel ca și art. 7 C.proc.pen., să existe „probe din care rezultă că o persoană a săvârșit o infracțiune”. Având în vedere incoerența legislativă, criticată de doctrină (a se vedea Gh. MATEUȚ, *Procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 130), apreciem că nu este prevăzut un standard de probă expres pentru punerea în mișcare a acțiunii penale.

⁶ În sens contrar, respectiv că art. 327 C.proc.pen. prevede standardul suficienței probelor pentru trimiterea în judecată, a se vedea: M. UDROIU, *Sinteze de procedură penală. Partea specială*, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 116. Un alt autor a apreciat că legea procesual penală pretinde același standard pentru trimiterea în judecată ca și pentru condamnarea inculpatului (I. KUGLAY, în M. UDROIU ET AL *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 1416-1417). Această opinie a fost criticată, pe bună-dreptate, arătându-se că aplicarea standardului *dincolo de orice îndoială rezonabilă* „cade în competența instanței de judecată” (M. UDROIU, *Sinteze ...op.cit.*, p. 116; în același sens a se vedea M. POPA, *Conexiuni între camera preliminară și rezolvarea cauzei de către procuror*, în *Pandectele române*, nr. 3/2017, p. 58-59). Ne raliem unei opinii doctrinare conform căreia suficiența probelor nu reprezintă un standard de probă, deoarece nu prescrie un prag decizional pentru formarea convingerii organului judiciar, ci doar îndeplinirea unor condiții de care depinde exercitarea acțiunii penale (L. CRISTE, *Aprecierea probelor și standardul probei, în procedura comună și în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției, din perspectiva dreptului comparat*, în CDP, nr. 4/2018, p. 79). În plus, remarcăm că art. 327 C.proc.pen. pretinde condiția suficienței probelor pentru oricare dintre soluțiile pe care le poate da procurorul (trimitere în judecată, clasarea și renunțarea la urmărirea penală), astfel că nu putem conchide că legiuitorul reglementează același standard de probă pentru soluții diametral opuse, respectiv trimiterea în judecată și clasarea (pentru argumente suplimentare, a se vedea A.I. NEGRU, *Administrarea...*, p. 438-439).

A doua chestiune căreia dorim să îi găsim răspuns vizează necesitatea instituirii unui standard probator în cameră preliminară. Prin raportare la obiectul camerei preliminare⁷, suntem de părere că se impune reglementarea unui standard de probă exclusiv referitor la verificarea legalității/loialității administrării probelor⁸.

Așa fiind, suntem de părere că legiuitorul ar trebui să reglementeze un standard probator în camera preliminară, deoarece se administrează probe cu referire la legalitatea/loialitatea administrării probelor în faza de urmărire penală. Aceste probe (administrare în camera preliminară) trebuie apreciate de judecătorul de cameră preliminară, iar în urma aprecierii probelor, acesta va stabili dacă standardul probator a fost atins și cererile și excepțiile privind legalitatea/loialitatea administrării probelor în faza de urmărire penală vor fi admise sau respinse, după caz.

⁷ Articolul 342 C.proc.pen. care poartă denumirea marginală „Obiectul procedurii în cameră preliminară: Obiectul procedurii camerei preliminare îl constituie verificarea, după trimiterea în judecată, a competenței și a legalității sesizării instanței, precum și verificarea legalității administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală”. Pentru o analiză detaliată, pertinentă și critică a obiectului camerei preliminare, a se vedea: I. NARIȚA, *Camera preliminară – sub aspectul neconstituționalității*, în *Dreptul* nr. 5/2014, pp. 175-182.

⁸ Astfel, cum am arătat și cu altă ocazie, în ceea ce privește verificarea regularității rechizitoriului, judecătorul de cameră preliminară va raporta conținutul rechizitoriului la dispozițiile art. 328 C.proc.pen., pentru a stabili dacă acesta este regulat întocmit și conține toate mențiunile impuse de textul legal arătat. Cu referire la legalitatea actelor de urmărire penală, procedul judecătorului de cameră preliminară este asemănător, deoarece legalitatea actului de urmărire penală se stabilește prin raportare la conformitatea acestuia cu textul legal care reglementează întocmirea aceluia act. În acest context, suntem de părere că actul de sesizare a instanței este fie regulat întocmit, fie neregulat întocmit, la fel cum, actul de urmărire penală este fie legal, fie nelegal și deci, nu există stadii intermediare între aceste două stări antagonice, care să justifice un anumit grad de convingere stabilit în funcție de standardul probator (pentru detalii a se vedea A.I. NEGRU, *Administrarea și aprecierea probelor...*, p. 132).

Odată ce am stabilit inexistența unui standard probator în camera preliminară și necesitatea instituirii unui prag decizional, rămâne să stabilim care este standardul adecvat: *preponderența probelor, probe clare și convingătoare* sau *dincolo de orice îndoială rezonabilă*? Deopotrivă, în legătură cu standardul probei trebuie stabilit cine are sarcina probei.

II. Standardul probei

Subliniind „importanța esențială, hotărâtoare a informațiunii, documentării și probațiunii în procesul penal”, profesorul Traian Pop a precizat că „dovezile sunt nervul principal al procesului penal”⁹.

Standardul probei a fost definit de profesorul Mateuț ca fiind „gradul de convingere care trebuie atins de organul judiciar potrivit legii în evaluarea probelor”¹⁰.

Scopul pentru care legea instituie un standard probator este pentru a garanta dreptul la un proces adecvat prin indicarea nivelului de certitudine pe care trebuie să îl aibă judecătorul cu referire la o anumită împrejurare dedusă judecății¹¹.

De cele mai multe ori, standardul probei este privit ca fiind un prag decizional care odată atins permite/impune organului judiciar o anumită soluție. Cu toate acestea, în filosofia dreptului¹² abordarea standardului probei ca fiind un prag decizional a fost echivalată cu „analiza externă” a

⁹ T. POP, *Drept procesual penal. Partea generală*, vol. III, Editura Tipografia Națională S.A., Cluj, 1946, p. 157.

¹⁰ Gh. MATEUȚ, *Procedură penală...*, p. 498; în același sens a se vedea L. CRISTE, *Aprecierea probelor...*, p. 84.

¹¹ Robert A Wainger, *Santosky v. Kramer: Clear and Convincing Evidence in Actions to Terminate Parental Rights*, 36 U. MIAMI, L. REV. 369, 372 (1982).

¹² HOCK LAI HO, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth* 173 (2008).

standardului probei, despre care s-a afirmat că este criticabil deoarece este greu de definit și poate genera inechități dacă nu este abordat corect. Același autor¹³, a propus abordarea internă a standardului probei, respectiv „standardul prudenței”, care presupune rezistență la persuadare care trebuie să crească odată cu gravitatea infracțiunii, altfel spus, cu cât este mai gravă infracțiunea (și consecințele care decurg din condamnare), cu atât prudența și încrederea că acuzația este dovedită trebuie să fie mai mare.

Argumentul extrem de pertinent oferit de acest autor își poate găsi aplicare în *common-law*, însă suntem de părere că în dreptul pozitiv ar trebui să ne raportăm în continuare la standardul probei ca fiind un prag decizional, deoarece dreptul procesual penal român trebuie să asimileze un standard al probei în materie penală controversat (*dincolo de orice îndoială rezonabilă*), despre care s-a afirmat că este la fel de vechi ca și *common law* și care a generat o jurisprudență și o literatură de specialitate foarte bogată.

Având în vedere că art. 103 alin. 2 C.proc.pen. a preluat standardul probei din *common law*, vom face o foarte scurtă prezentare a standardelor de probă folosite în materie civilă și penală în acest sistem. Subliniem încă de la început că standardul probei *dincolo de orice îndoială rezonabilă* este unul dintre cele mai dezbătute subiecte în *common law*, iar referirile pe care le facem nu se pretind, sub nicio formă, a fi exhaustive.

În sistemul britanic sunt cunoscute și aplicate două standarde de probă: *balance of probabilities* (balanța probabilităților) – folosit în materie civilă și *beyond any reasonable doubt* (dincolo de orice îndoială rezonabilă) – standard pretins pentru condamnare în materie penală¹⁴. Sistemul american, pe lângă cele două standarde, cunoaște un standard intermediar – *clear and convincing evidence* (probe clare și convingătoare).

¹³ Pentru detalii, a se vedea HOCK LAI HO, A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW..., p. 178-185.

¹⁴ ADRIAN KEANE & PAUL MCKEOWN, MODERN LAW OF EVIDENCE 89 (14th ed. 2022).

În cadrul procesului, probele arareori reușesc să formeze convingerea/certitudinea absolută a organului judiciar. De aceea, în doctrina de specialitate¹⁵, s-a argumentat că singura ipoteză plauzibilă este aceea în care i se pretinde judecătorului sau juriului să stabilească a) dacă este probabil să se fi petrecut, b) este foarte probabil să se fi petrecut, c) este aproape sigur că s-a petrecut. În plus, se arată că orice alte ipoteze nu pot fi justificate nici măcar de experiență sau cunoștințe.

A. Preponderența probelor (*balance of probabilities* în dreptul britanic, *preponderance of evidence* în dreptul american)¹⁶

În sistemul britanic acest standard cunoaște denumirea de „balance of probabilities” și este folosit în materie civilă. În general, în doctrina de

¹⁵ J.T. McBaine, *Burden of proof: Degrees of Belief*, 32 CAL. L. REV. 242, 246 (1944).

¹⁶ Din perspectivă istorică, s-a arătat că prima evocare clară și scrisă a acestui standard apare spre sfârșitul secolului XVIII, fără a se putea stabili cu certitudine dacă înainte de acest moment juriul era liber să își aleagă standardul de probă sau dacă exista vreun standard în ceea ce privește convingerea juriul cu privire la faptele care trebuiau dovedite [Pentru detalii a se vedea John Leubsdorf, *The surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof*, 67 FLA. L. REV. 1569, 1582-1583 (2015)]. Același autor subliniază că nu este o coincidență faptul că standardul preponderenței probelor a început să se dezvolte în aceeași perioadă cu standardul *dincolo de orice îndoială rezonabilă* [John Leubsdorf, *The surprising History...*, p. 1601]. Este de menționat că nu doar acest autor face referire la anul 1770 ca fiind anul în care standardul *dincolo de orice îndoială rezonabilă* a fost aplicat în procesele penale [pentru detalii referitoare la originile standardul *dincolo de orice îndoială rezonabilă* a se vedea: Barbara J. Shapiro, *The Beyond Reasonable Doubt Doctrine: Moral Comfort or Standard of Proof*, 2 L. HUMAN. 149, 151 (2008); Randolph N. Jonakait, *Finding the Original Meaning of American Criminal Procedure Rights: Lessons from Reasonable Doubt's Development*, 10 U.N.H. L. REV. 97, 124-130 (2012); George M. III Dery, *The Atrophying the Reasonable Doubt Standard: The United States Supreme Court's Missed Opportunity In Victor V. Nebraska And Its Implications in The Courtroom*, 99 DICK. L. REV. 613, 616-617 (1995).

specialitate¹⁷, pentru a descrie esența acestui standard probator se face trimitere la cauza *Miller v. Minister of Pensions*¹⁸, în care Lord Denning J a explicat nivelul de claritate și convingere pe care probele trebuie să îl furnizeze pentru ca standardul probei să fie atins: „Trebuie să aibă un grad rezonabil de probabilitate¹⁹, dar nu atât de ridicat ca și în cauzele penale. Dacă probatorii permite tribunalului să afirme « credem că este mai probabil să se fi petrecut, decât să nu se fi petrecut», standardul probei a fost atins, dacă probabilitățile sunt egale, atunci standardul probei nu a fost atins”.

În sistemul american standardul „preponderance of evidence” este folosit, de regulă, la fel ca în dreptul britanic, în materie civilă și este unul dintre cele mai puțin stricte standarde de probă. Acest standard probator presupune ca cel care reclamă o anumită împrejurare să propună și să administreze probe din care să rezulte o probabilitate mai mare că această împrejurare s-a petrecut, decât probabilitatea ca aceasta să nu fi avut loc²⁰. În

¹⁷ ADRIAN KEANE & PAUL MCKEOWN, *MODERN LAW OF EVIDENCE* 88 (14th ed. 2022); în același sens a se vedea John Sorabji, *The English Approach to the Standard of Proof in Civil Proceedings* in *STANDARD OF PROOF IN EUROPE* 249, 255 (2019).

¹⁸ *Miller v. Minister of Pensions* 1947 2 All ER 372.

¹⁹ Standardul probei, în general, se exprimă cu ajutorul probabilităților privind nivelul de convingere. Doctrina a precizat că nivelul de convingere poate fi exprimat între 0 și 1, astfel că o persoană care are un nivel de încredere de 0,1 cu privire la o împrejurare, nu crede că acea împrejurare este adevărată. În schimb, o persoană care o încredere de 0,99 cu privire la o anumită împrejurare, are convingerea aproape absolută că acea împrejurare s-a petrecut. Cu referire la preponderanța probelor, s-a arătat că dacă nivel de convingere este cu puțin peste 0,5 cu privire la fapta dedusă judecătii, atunci reclamantul a câștigat, el fiind și cel care are sarcina probei (pentru detalii a se vedea: Mike Redmayne, *Standards of Proof in Civil Litigation*, 62 *MOD. L. REV* 167, 168 (1999)).

²⁰ În acest sens a se vedea: Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, *A comparative View of Standards of Proof*, 50 *AM. J. COMP. L.* 243, 251 (2002); Mark Schweizer, *The Civil Standard of Proof – What Is It, Actually?*, 20 *INT’L J. EVIDENCE & PROOF* 217, 218 (2016); Timothy J.

acest sens, este folosită metafora cântarului pentru a explica aplicarea concretă a standardului preponderența probelor: partea care produce probele a căror greutate determină înclinarea talerului, câștigă procesul, standardul probei fiind satisfăcut²¹.

Alegerea acestui standard de probă în materie civilă este explicată prin raportare la consecințele pe care le-ar produce o decizie eronată. Astfel, dacă în materie penală consecințele unei erori judiciare sunt de cele mai multe ori ireparabile, în materie civilă consecințele sunt de natură pecuniară²².

B. Dincolo de orice îndoială rezonabilă

Dacă standardul preponderenței probelor este specific dreptului civil, standardul „beyond any reasonable doubt” (dincolo de orice îndoială rezonabilă) este specific dreptului penal. Deși nu este furnizată o definiție legală a standardului probei²³, doctrina a arătat că acesta presupune ca

Martens, *Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact under the Fourth and Fifth Amendments*, The, 30 ARIZ. L. REV. 119, 122 (1988); J.T. McBaine, *Burden of proof...*, p. 261.

²¹ Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge: The Standard of Proof for Pretrial Admissibility Problems*, 20 Sw. U. L. REV. 453, 461 (1991).

²² Timothy J. Martens, *Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact...*, pp. 121-122.

²³ Deoarece standardul probei în materie penală – *dincolo de orice îndoială rezonabilă* – nu este expres definit, în doctrina și jurisprudența americană s-au conturat două opinii diametral opuse: abordarea „say everything” și abordarea „say nothing”. Prima abordare recomandă instruirea juraților laici cu privire la semnificația standardului probei, pe când cea de a doua abordare se opune oferirii oricăror explicații privind standardul probei, motivat de împrejurarea că acesta este manifest și se autodefinește (pentru detalii a se vedea Robert C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions*, 67 TENN. L. REV. 45, 86-97 (1999)). Unii autori consideră că este contraindicată furnizarea de instrucțiuni cu privire la semnificația conceptului *dincolo de orice îndoială rezonabilă*, deoarece orice încercare de definire a standardului prin parafrazare sau circumlocuție are tendința de a tulbura conceptul

judcătorul să fie aproape sigur că infracțiunea a fost comisă și că acesta a fost comisă de către acuzat. Altfel spus, judecătorul trebuie să aibă un asemenea grad de convingere, încât posibilitatea ca infracțiunea să nu fi fost comisă sau ca acesta să nu fi fost comisă de către acuzat să fie foarte redusă și puțin probabilă²⁴. Doctrina americană a cuantificat²⁵ standardul *beyond any reasonable doubt* ca prezentând o certitudine de 90-95%²⁶.

Originile standardului probei au fost atribuite filosofilor secolului al XVII-lea care au repudiat ideea că o persoană poate cunoaște certitudinea absolută²⁷.

Un reputat autor apreciază că standardul *dincolo de orice îndoială rezonabilă* s-a născut din „anxietatea spirituală” a autorilor implicați în actul de justiție de a nu condamna o persoană nevinovată. Pornind de la morala creștină, condamnarea unei persoane inocente reprezenta un păcat capital, iar standardul probei a fost instituit pentru a convinge jurații că pot găsi

și nicidecum să îl clarifice [Edmund M. Morgan, *Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof*, 47 HARV. L. REV. 59, 63 (1993)].

²⁴ Worku Yaze Wodage, *Burdens of proof, Presumptions and Standard of Proof in Criminal Cases*, 8 MIZAN L. REV. 252, 269 (2014).

²⁵ Dreptul britanic se opune cuantificării procentuale a standardelor probatorii, a se vedea ADRIAN KEANE & PAUL MCKEOWN, *MODERN LAW OF EVIDENCE...*, p. 89.

²⁶ David N. Adair, Jr, *House Built on a Weak Foundation – Sentencing Guidelines and The Preponderance Standard of Proof*, FED. SENT'G REP., March/April 1992, p. 293.

²⁷ Filosofi precum John Wilkins, Robert Boyle, Joseph Glanville și John Locke au fost fondatorii și primii membri ai *Royal Society of London*. Aceștia au dezbătut probleme religioase în contextul conflictului existent între catolici și protestanți cu privire la adecvata interpretare a Bibliei, dezvoltându-se ideea probabilităților în interpretarea biblică, fiind astfel înlocuită certitudinea absolută. În acest demers, printre altele, au răspuns și scepticilor care afirmau că este imposibil de atins orice grad de certitudine în materie religioasă sau științifică. Pentru mai multe detalii, a se vedea Theodore Waldman, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, 20 J. HIST. IDEAS 299, 300-303 (1959).

acuzatul vinovat de săvârșirea unei infracțiuni fără să piardă șansa de a se mântui, atât timp cât dubiile avute cu ocazia deliberării nu erau rezonabile²⁸.

Pentru a sublinia diferențele conceptuale între cele două standarde de probă folosite în materie civilă și respectiv penală, a fost furnizat drept exemplu cazul O.J. Simpons. Autorul a adresat următoarea întrebare: „I-a ucis O.J. Simpons pe fosta lui soție Nicole Brown Simpons și pe prietenul acesteia Ronald Goldman?” În procesul penal juriul a răspuns negativ la această întrebare, în schimb un juriu civil a răspuns afirmativ la aceeași întrebare.

Aceste verdicte diametral opuse pot fi conciliate, deoarece cele două jurii au răspuns la întrebări diferite. Astfel, în cadrul procesului penal, juriul a fost întrebat dacă a fost dovedită dincolo de orice îndoială rezonabilă vinovăția lui O.J. Simpons, pe când în cadrul procesului civil, juriul a fost întrebat dacă este mult mai probabil că O.J. Simpons să fi săvârșit faptele decât să nu le fi săvârșit. Astfel, analizând împreună cele două soluții diametral opuse, rezultă că ambele jurii au crezut că O.J. Simpons probabil a săvârșit infracțiunile de omor, existând însă un dubiu rezonabil²⁹.

C. Probe clare și convingătoare

În doctrina americană pentru a explica standardul „clear and convincing evidence” s-au folosit mai multe expresii cum ar fi „clear satisfactory and convincing” (clare, satisfăcătoare și convingătoare), „clear,

²⁸ JAMES Q. WHITMAN, *THE ORIGINS OF THE REASONABLE DOUBT. THEOLOGICAL ROOTS OF THE CRIMINAL TRIAL 2-3* (Yale University Press 2008); pentru o viziune sintetică și critică asupra originii teologice a doctrinei dubiului rezonabil, a se vedea Thomas P. Gallanis, *Reasonable Doubt and the History of the Criminal Trial*, 76 U.CHI. L. REV. 941, 941-964 (2009).

²⁹ Frederick E. Vars, *Toward a General Theory of Standards of Proof*, 60 CATH. U. L. REV. 1, 2 (2010); A.I. Negru, *Administrarea...*, p. 274.

precise and convincing” (clare, precise și convingătoare), „clear and irresistible” (clare și irezistibile), „convincing beyond reasonable controversy” (convingătoare dincolo de controverse rezonabile), despre care s-a afirmat că sunt de o ambiguitate alarmantă³⁰.

Dacă standardul *preponderenței probelor* ar putea fi descris prin sintagma „este mai probabil să se fi întâmplat, decât să nu se fi întâmplat”, standardul *probe clare și convingătoare* ar putea fi sintetizat uzitând sintagma „*more likely than not*” („mult mai probabil să fie, decât să nu fie”)³¹.

Originea acestui standard intermediar a fost atribuită de un autor secolului al XIX-lea, iar dezvoltarea acestuia secolului al XX-lea³². În prima jumătate a secolului al XX-lea standardul era folosit în cazuri care vizau tranzacționarea terenurilor, decăderea din drepturile părintești, contestarea testamentelor etc.³³.

Literatura de specialitate a subliniat că era necesară identificarea unui standard intermediar între cele două extreme: *preponderența probelor* și *dincolo de orice îndoială rezonabilă*, atunci când sunt disputate interese care presupun consecințe mai grave decât „simpla pierdere a unor sume de bani”³⁴. În prezent, standardul intermediar este folosit în cazuri care presupun restrângerea anumitor drepturi libertăți, cum ar fi de exemplu, punerea sub interdicție sau decăderea din drepturile părintești³⁵.

³⁰ J.T. McBaine, *Burden of proof...*, p. 253.

³¹ Anthony LoMonaco, *Disproportionate Impact: An Impetus to Raise the Standard of Proof at Sentencing*, 92 N.Y. L. REV. 1225, 1228 (2017) (n. 19).

³² Bill Vance, *The Clear and Convincing Evidence Standard in Texas: a Critique*, 48 BAYLOR L. REV. 391, 393-396 (1996).

³³ Bill Vance, *The Clear and Convincing Evidence...*, p. 396.

³⁴ Robert A Wainger, *Santosky v. Kramer: Clear and Convincing Evidence ...* op.cit. p. 373.

³⁵ L. CRISTE, *Aprecierea probelor...*, pp. 86-87.

III. Standardul probei aplicabil în camera preliminară

Tăcerea legiuitorului, lipsa jurisprudenței cu privire la standardul probei în camera preliminară³⁶, alături de tendințele adversiale în materia probelor ale Codului de procedură penală, ne determină să căutăm răspuns întrebării „Care este cel mai adecvat standard al probei în camera preliminară?” în doctrina și jurisprudența din *common law*.

În dreptul american se pot ridica obiecții cu privire la probele anterior administrate și care urmează să fie prezentate juriului, acestea purtând denumirea de *preliminary questions of fact*³⁷. Aceste chestiuni urmează a fi

³⁶ Pe bună dreptate s-a arătat că niciun sistem de drept nu poate fi apreciat ca fiind practic dacă standardul și sarcina probei sunt vagi și confuze sau nu sunt comprehensibile pentru cei care trebuie să le aplice (J.T. McBaine, *Burden of proof...*, p. 242).

³⁷ „Preliminary question of fact” s-ar putea traduce prin sintagma „întrebare preliminară factuală” și se referă la chestiunile pe care judecătorul trebuie să le rezolve cu prioritate atunci când se face o obiecție în legătură cu relevanța sau legalitatea probei [a se vedea Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact*, 27 STAN. L. REV. 271, 271 (1975)]. Este de subliniat că în rezolvarea acestor chestiuni care țin de admisibilitatea probelor juriul nu este consultat. Doctrina a furnizat trei motive esențiale pentru care lucrurile se prezintă astfel: 1) problema admisibilității probelor reprezintă o chestiune de drept, or chestiunile de drept sunt rezolvate de judecător; 2) celeritatea procesului impune ca judecătorul să determine admisibilitatea probelor; 3) colaborarea cu juriul ar putea conduce la înfrângerea scopului pentru care au fost instituite regulile de excludere (pentru detalii a se vedea Charles V. Laughlin, *Preliminary Questions of Fact: A New Theory*, 31 WASH. & LEE L. REV. 285, 285 (1974). Doctrina americană furnizează ca exemple pentru *preliminary questions of fact* următoarele împrejurări: dacă mărturisirea acuzatului a fost voluntară ori dacă probele sunt rezultatul unei percheziții legale (în acest sens a se vedea Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge...*, p. 457. Trebuie, totuși, subliniat că pe lângă aceste exemple clasice care dacă ar fi transpuse în sistemul de drept național, ar putea fi invocate prin intermediul cererilor și excepțiilor în camera preliminară, judecătorul se mai poate pronunța

rezolvate de judecător cu prioritate³⁸, înainte ca probele să fie prezentate juriului în cadrul procesului penal, judecătorul fiind chemat să se pronunțe cu privire la aplicarea regulilor de excludere în materia probelor³⁹.

Este de menționat că nici în dreptul american nu există dispoziții legale care impun un anumit standard al probei în ceea ce privește admisibilitatea probelor anterior prezentării acestora juriului în cadrul procesului penal. Curtea Supremă a S.U.A. a statuat că atât timp cât legea ori Constituția nu prevede un standard de probă, instanțele trebuie să prescrie

și cu privire la chestiuni care țin de relevanța probei în raport de acuzația formulată (această chestiune ar putea fi echivalată cu examenul pe care organul judiciar îl face în baza art. 100 alin. 4 C.proc.pen. și nu are corespondent în camera preliminară) sau cu privire la admisibilitatea declarațiilor făcute pe patul de moarte ori cu privire la capacitatea de a fi martor [în acest sens, a se vedea Ralph C. Barnhart, *The Determination of Facts Preliminary to Admission of Evidence in the Arkansas Courts*, 2 ARK. L. REV. 1, 3-20 (1947)].

³⁸ În *common law*, din perspectivă normativă, doctrinară și jurisprudențială este unanim acceptat că în cadrul procesului cu juri chestiunile de drept sunt soluționate de judecător, pe când chestiunile de fapt sunt tranșate de juriu. Această modalitate de abordare a procesului penal este expresia separațiilor funcțiilor judiciare [pentru detalii referitoare la rezolvarea chestiunilor preliminare privind admisibilitatea probei a se vedea: Ralph C. Barnhart, *The Determination of Facts ...* op.cit. p. 2; Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge...*, pp. 453-454]. Doctrina americană mai veche atribuia soluționarea chestiunilor preliminare privind admisibilitatea probei în exclusivitate judecătorului [SEYMOUR D. THOMPSON, A TREATISE ON THE LAW OF TRIALS IN ACTIONS CIVIL AND CRIMINAL 288-289 (1889)]. Totuși, trebuie menționat că există chestiuni preliminare privitoare la admisibilitatea probei care vizează exclusiv relevanța acesteia, iar cu privire la aceste chestiuni se pronunță juriul [pentru detalii legate de chestiunile prelabile privind relevanța în legătură cu admisibilitatea probei a se vedea: Edmund. M. Morgan, *Functions of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Fact*, 43 HARV. L. REV. 169, (1929); Norman M. Garland, *An Essay On: Of Judges and Juries Revisited in the Context of Certain Preliminary fact Questions Determining The Admissibility of Evidence under Federal and California Rules of Evidence*, 36 SW. U. L. REV. 853, 854 (2008)].

³⁹ Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge...*, pp. 453-454.

standardul probei adecvat⁴⁰. De aceea, pe cale jurisprudențială, în cauza *Lego v. Twomey*⁴¹ s-a stabilit că acuzarea trebuie să dovedească că mărturisirea făcută de acuzat a fost voluntară (deci nu a fost obținută prin constrângere) prin raportare la standardul *preponderenței probelor*⁴². Ulterior acestei cauze, s-a stabilit că, de principiu, preponderența probelor se aplică tuturor întrebărilor preliminare privind admisibilitatea probelor, având în vedere al Cincilea Amendament, exceptând împrejurarea în care anumite state adoptă un standard mai ridicat⁴³.

Aplicarea standardului preponderenței probelor în ceea ce privește *preliminary question of fact* a fost criticată, deoarece, cu referire la admisibilitatea unei mărturisiri, a fost subliniat impactul pe care poate să îl aibă asupra soluției ce urmează a fi pronunțată în cauză. Așa fiind, autorul a precizat⁴⁴ că erorile privind admisibilitatea unei probe conduc în mod direct la creșterea riscului ca decizia juriului să fie influențată de probe lipsite de credibilitate și fiabilitate (în exemplul dat, luarea în considerare a unei mărturisiri forțate)⁴⁵.

⁴⁰ Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge...*, p. 470.

⁴¹ *Lego*, 404 U.S. (1972); pentru detaliile cazului a se vedea: Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact...*, p. 276; Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge...*, pp. 463-464.

⁴² Timothy J. Martens, *Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact...*, p. 124; Înainte ca instanța supremă americană să stabilească standardul probei pentru chestiunile preliminare legate de admisibilitatea declarației făcute pe patul de moarte, a se vedea William Durfor English, *Evidence – Dying Declaration – Preliminary Question of Fact*, 15 B. U. L. REV. 380, 380-385 (1935).

⁴³ Timothy J. Martens, *Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact...*, p. 125.

⁴⁴ Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact...*, p. 280.

⁴⁵ În doctrina americană curentul care militează pentru un standard al probei mai strict cu referire la *preliminary question of fact* poartă denumirea de „The Criminal Law Approach”

În dreptul britanic problema standardului probei este abordată dihotomic, în funcție de cel care poartă sarcina probei cu privire la *preliminary facts*. Astfel, dacă sarcina probei aparține uneia dintre părți (este dat exemplul capacității de a fi martor), standardul probei este *balance of probabilities* (balanța probabilităților). În schimb, dacă sarcina probei aparține acuzării, atunci standardul probei este *beyond reasonable doubt* (dincolo de îndoiala rezonabilă)⁴⁶.

Suntem de părere că în camera preliminară, prin raportare la obiectul camerei preliminare, standardul probei adecvat ar fi *probe clare și convingătoare*⁴⁷ pentru a proteja integral interesele acuzatului și deopotrivă interesele statului. Astfel, prin impunerea unui standard de probă intermediar, scade semnificativ riscul ca probele obținute neoiial să fie avute în vedere la pronunțarea unei hotărâri de condamnare și deopotrivă scade riscul unei erori judiciare.

Din punctul nostru de vedere standardul *dincolo de orice îndoială rezonabilă* nu este adecvat pentru soluționarea cererilor și excepțiilor în cameră preliminară, fiind prea strict. Dacă în literatura de specialitate din *common law* a fost invocat impactul pe care poate să îl aibă admisibilitatea

(abordarea penală); în acest sens a se vedea: Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact...*, p. 281-282. Într-o cauză, pentru a sublinia importanța care trebuie acordată rezolvării chestiunilor preliminare privind admisibilitatea probei, judecătorul Weinstein a furnizat un exemplu: acuzatul este învinuit de săvârșirea infracțiunii de deținere de droguri și se pune problema dacă o scrisoare incriminatoare care ar permite juriului să îl găsească vinovat trebuie sau nu admisă în măsura în care aceasta ar fi fost obținută printr-o percheziție nelegală. Dacă se aplică standardul preponderenței probelor, atunci scrisoarea va fi admisibilă și va fi prezentată juriului, conducând în final la condamnarea acuzatului (a se Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact...*, p. 282).

⁴⁶ Adrian Keane & Paul McKeown, *Modern Law of Evidence* 92-93 (14th ed. 2022).

⁴⁷ Timothy J. Martens, *Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact...*, p. 126.

unei probe viciate asupra deciziei juriului, dreptul pozitiv cunoaște (cel puțin în teorie) mecanisme de contrabalansare a probelor viciate care scapă filtrului de legalitate pe care ar trebui să îl facă judecătorul de cameră preliminară. În concret, în măsura în care o probă neloială nu a fost exclusă în procedura de cameră preliminară, există posibilitatea ca procedând la evaluarea credibilității și a fiabilității probei, instanța să o înlăture prin raportare la dispozițiile art. 403 alin. (1) lit. c) C.proc.pen.. Cu toate acestea, având în vedere că nu există o incompatibilitate între funcția judiciară de verificare a legalității trimiterii în judecată și funcția judiciară de judecată [art. 3 alin. (3) C.proc.pen.], nu putem să nu ne întrebăm care ar fi considerentele care ar determina judecătorul de cameră preliminară să respingă cererile și excepțiile în cameră preliminară privind loialitatea/legalitatea administrării probelor, pentru ca mai apoi același judecător ce intră în compunerea completului de judecată să procedeze la înlăturarea probei din considerente ce țin de fiabilitatea acesteia.

Aparte de abordarea teoretică a standardului probei în cameră preliminară, suntem de părere că în exercitarea funcției judiciare a verificării legalității trimiterii în judecată, judecătorul de cameră preliminară trebuie să facă o analiză judicioasă a aspectelor menționate în cererile și excepțiile formulate, pentru a ține departe de fondul procesului orice probe obținute în mod nelegal sau neloial.

IV. Sarcina probei în camera preliminară

Pornind de la exemplul american, suntem de părere că în camera preliminară, sarcina probei aparține procurorului care trebuie să facă dovada că probele a căror excludere a fost cerută prin intermediul cererilor și

excepțiilor au fost legal administrate⁴⁸. Doctrina americană este unanimă și subliniază că sarcina probei în ceea ce privește împrejurările de care depinde admisibilitatea probei este guvernată de regula conform căreia aceasta aparține celui care a propus proba, fără să existe vreo prezumție că proba propusă este admisibilă sau inadmisibilă⁴⁹.

Cu alte cuvinte, acuzarea are obligația de a convinge judecătorul că probele pe care urmărește să le introducă în proces nu au fost obținute cu încălcarea drepturilor constituționale ale acuzatului⁵⁰ ori cu încălcarea dispozițiilor legale care guvernează administrarea probelor.

De o manieră identică, în dreptul britanic se arată că sarcina probei privind admisibilitatea aparține celui care urmărește să introducă în proces probele în discuție⁵¹.

⁴⁸ În cauza *Lego v. Twomey* [Lego, 404 U.S. (1972)], Lego a fost condamnat pentru săvârșirea unui jaf armat la o pedeapsă cu închisoarea între 25 și 50 de ani. În timpul procesului acuzarea a prezentat o mărturisire făcută de Lego pe perioada în care s-a aflat în custodia poliției, iar judecătorul a declarat că aceasta confesiune este admisibilă și poate fi prezentată juriului. Ulterior, pe calea unei căi extraordinare de atac, Lego a subliniat că judecătorul trebuia să aibă în vedere standardul „dincolo de orice îndoială rezonabilă”. Curtea Supremă a Statelor Unite a subliniat că admisibilitatea mărturisirii a fost corect apreciată de judecător prin raportare la standardul „preponderenței probelor”, iar în ceea ce privește sarcina probei, aceasta aparține acuzării: „Acuzarea trebuie să dovedească cel puțin prin raportare la standardul preponderenței probelor că mărturisirea a fost voluntară” înainte ca aceasta să fie admisă în proces și prezentată juriului (pentru detalii a se vedea Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge...*, pp. 463-464. Pe de altă parte, dacă se pretinde un standard de probă la fel de ridicat și în ceea ce privește admisibilitatea probelor, există posibilitatea ca funcția de acuzare să fie paralizată.

⁴⁹ De exemplu, procurorul trebuie să dovedească că mărturisirea acuzatului (inculpatului) a fost dată voluntar Ralph C. Barnhart, *The Determination of Facts ...* op.cit. p. 23.

⁵⁰ *United States v. Schipani*, pentru detalii a se vedea Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact...*, p. 281.

⁵¹ ADRIAN KEANE & PAUL MCKEOWN, *MODERN LAW OF EVIDENCE* 92-93 (14th ed. 2022).

Având în vedere standardul probei propus precum și sarcina probei în camera preliminară, propunem o abordare cu totul diferită față de modelul furnizat de practica judiciară.

În practică, în măsura în care în camera preliminară se formulează cereri și excepții, judecătorul de cameră preliminară pretinde autorului cererilor și excepțiilor să facă dovada celor afirmate: de exemplu, dacă se invocă încălcarea principiului loialității în audierea martorului, inculpatului etc., autorul cererilor și excepțiilor trebuie să dovedească împrejurările din care rezultă încălcarea principiului loialității (de exemplu, promisiunile făcute martorului), iar în lipsa posibilității de a dovedi aceste împrejurări, cererile și excepțiile vor fi respinse.

Având în vedere că atât camera preliminară, cât și standardul probei sunt inspirate de sistemul acuzatorial, suntem de părere că trebuie să avem în vedere modelul propus de acest sistem care a aplicat cu succes (dar nu fără controverse) standardul probei cu referire la *preliminary facts*. Așa fiind, în măsura în care este invocată pe calea cererilor și excepțiilor administrarea probei în faza de urmărire penală cu încălcarea principiului legalității/loialității și întrucât conform art. 328 alin. (2) C.proc.pen. rechizitoriul conține numele și prenumele persoanelor care urmează a fi citate (persoane propuse de procuror pentru fi audiate în faza de judecată), cel care trebuie să facă dovada respectării principiului legalității/loialității este procurorul. Astfel, autorul cererilor și excepțiilor (cel care contestă loialitatea administrării probei) nu are sarcina de a dovedi neloialitatea administrării probelor. În schimb, poate formula propunerii de probe în camera preliminară prin care tinde să dovedească lipsa de temeinicie a afirmațiilor procurorului privind loialitatea administrării probei.

V. Concluzii

Propunerea făcută în cadrul acestui articol poate părea contraintuitivă într-un sistem adânc înrădăcinat în tradiția inchizitorială. Pot fi ridicate obiecții referitoare la standardul probei, ca de exemplu, împrejurarea că delimitarea standardelor exemplificate nu poate fi făcută cu ușurință și că o astfel de propunere ar putea genera mai multe întrebări decât răspunsuri. Deopotrivă, s-ar putea invoca existența unei prezumții de legalitate a actelor efectuate de organele judiciare în faza de urmărire penală.

Cu toate acestea, pornind de la modelul *common law*, suntem de părere că atât timp cât sunt administrate probe în camera preliminară, principiile privitoare la sarcina probei și standardul probei ar trebui să fie aplicabile și în această fază distinctă a procesului penal (care s-a transformat în ceea ce britanicii numesc *trial within a trial*).

Astfel, apreciem că în camera preliminară sarcina probei aparține parchetului în măsura în care a fost contestată modalitatea de obținere a probei în faza de urmărire penală, deoarece procurorul urmărește să se folosească de această probă pentru a dovedi vinovăția inculpatului. În măsura în care nu dovedește prin raportare la standardul „probe clare și convingătoare” că proba a fost obținută cu respectarea dispozițiilor legale sau în măsura în care autorul cererilor și excepțiilor face dovada nelegalității/neloialității probei, atunci judecătorul de cameră preliminară va dispune excluderea acesteia.

VI. Bibliografie

- A.D. BĂNCILĂ, *Camera preliminară după Decizia nr. 641/2016 a Curții Constituționale și Legea nr. 75/2016. Noile caracteristici ale procedurii și consecințe practice*, în *Dreptul* nr. 9/2016;
- A.I. Negru, *Administrarea și aprecierea probelor în procesul penal*, Editura Universul Juridic, București, 2022;
- ADRIAN KEANE & PAUL MCKEOWN, *MODERN LAW OF EVIDENCE* 88 (14th ed. 2022);
- Anthony LoMonaco, *Disproportionate Impact: An Impetus to Raise the Standard of Proof at Sentencing*, 92 N.Y. L. REV. 1225, (2017)
- Barbara J. Shapiro, *The Beyond Reasonable Doubt Doctrine: Moral Comfort or Standard of Proof*, 2 L. HUMAN. 149 (2008);
- Bill Vance, *The Clear and Convincing Evidence Standard in Texas: a Critique*, 48 BAYLOR L. REV. 391 (1996);
- Charles V. Laughlin, *Preliminary Questions of Fact: A New Theory*, 31 Wash. & LEE L. REV. 285 (1974);
- David N. Adair, Jr, *House Built on a Weak Foundation – Sentencing Guidelines and The Preponderance Standard of Proof*, FED. SENT'G REP., March/April 1992;
- Edmund M. Morgan, *Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof*, 47 HARV. L. REV. 59 (1993);
- Edmund. M. Morgan, *Functions of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Fact*, 43 HARV. L. REV. 169 (1929)
- Frederick E. Vars, *Toward a General Theory of Standards of Proof*, 60 CATH. U. L. REV. 1 (2010);
- George M. III Dery, *The Atrophying the Reasonable Doubt Standard: The United States Supreme Court's Missed Opportunity In Victor V. Nebraska And Its Implications in The Courtroom*, 99 DICK. L. REV. 613 (1995);

- Gh. MATEUȚ, *Procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2019;
- HOCK LAI HO, *A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW. JUSTICE IN THE SEARCH FOR TRUTH* (2008);
- I. KUGLAY, în M. UDROIU ET AL *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, Ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2017;
- I. NARIȚA, *Camera preliminară – sub aspectul neconstituționalității*, în *Dreptul* nr. 5/2014;
- J.T. McBaine, *Burden of proof: Degrees of Belief*, 32 CAL. L. REV. 242 (1944);
- James Q. Whitman, *The Origins of the Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial 2-3* (Yale University Press 2008);
- John Leubsdorf, *The surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof*, 67 FLA. L. REV. 1569 (2015);
- John Sorabji, *The English Approach to the Standard of Proof in Civil Proceedings in STANDARD OF PROOF IN EUROPE* 249 (2019);
- Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, *A comparative View of Standards of Proof*, 50 AM. J. COMP. L. 243 (2002);
- L. CRISTE, *Aprecierea probelor și standardul probei, în procedura comună și în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției, din perspectiva dreptului comparat*, în *CDP*, nr. 4/2018;
- M. MAREȘ, A. ȘANDRU, *Administrarea mijloacelor de probă în faza camerei preliminare*, în *Dreptul* nr. 9/2018;
- M. POPA, *Conexiuni între camera preliminară și rezolvarea cauzei de către procuror*, în *Pandectele române*, nr. 3/2017;
- M. UDROIU, *Sinteze de procedură penală. Partea specială*, Editura C.H. Beck, București, 2020;
- Mark Schweizer, *The Civil Standard of Proof – What Is It, Actually?*, 20 INT’I J. EVIDENCE & PROOF 217 (2016);

- Michael S. Greger, *Preliminary Questions of Fact for the Judge: The Standard of Proof for Pretrial Admissibility Problems*, 20 Sw. U. L. REV. 453 (1991);
- Mike Redmayne, *Standards of Proof in Civil Litigation*, 62 MOD. L. REV 167 (1999);
- Norman M. Garland, *An Essay On: Of Judges and Juries Revisited in the Context of Certain Preliminary fact Questions Determining The Admissibility of Evidence under Federal and California Rules of Evidence*, 36 Sw. U. L. REV. 853 (2008)];
- Ralph C. Barnhart, *The Determination of Facts Preliminary to Admission of Evidence in the Arkansas Courts*, 2 ARK. L. REV. 1 (1947);
- Randolph N. Jonakait, *Finding the Original Meaning of American Criminal Procedure Rights: Lessons from Reasonable Doubt's Development*, 10 U.N.H. L. Rev. 97 (2012);
- Robert A Wainger, *Santosky v. Kramer: Clear and Convincing Evidence in Actions to Terminate Parental Rights*, 36 U. MIAMI, L. REV. 369 (1982);
- Robert C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions*, 67 TENN. L. REV. 45 (1999);
- Seymour D. Thompson, *A Treatise on the Law of Trials in Actions Civil and Criminal* (1889)];
- Stephen A. Saltzburg, *Standard of Proof and Preliminary Questions of Fact*, 27 Stan. L. REV. 271 (1975);
- T. POP, *Drept procesual penal. Partea generală*, vol. III, Editura Tipografia Națională S.A., Cluj, 1946;
- Theodore Waldman, *Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt*, 20 J. HIST. IDEAS 299 (1959);
- Thomas P. Gallanis, *Reasonable Doubt and the History of the Criminal Trial*, 76 U.CHI. L. REV. 941, 941-964 (2009);

- Timothy J. Martens, *Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact under the Fourth and Fifth Amendments*, The, 30 ARIZ. L. REV. 119 (1988);
- William Durfor English, *Evidence – Dying Declaration – Preliminary Question of Fact*, 15 B. U. L. REV 380 (1935);
- Worku Yaze Wodage, *Burdens of proof, Presumptions and Standard of Proof in Criminal Cases*, 8 MIZAN L. REV. 252 (2014).

FOSTE ADEVĂRURI TRANSNAȚIONALE VIITTOARE

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).4.3
Data publicării online: 31.05.2023

Radu-Bogdan BOBEI*

Rezumat: Prezentul articol explorează interacțiunea dintre realitatea juridică internațională și realitățile juridice naționale. Actori de drept public și drept privat deopotrivă interacționează și diluează „granițele” trasate, potrivit logicii westfaliene, între sistemul de drept internațional și sistemele de drept național. Drept urmare, situații transnaționale survin în interiorul și exteriorul statelor-națiune, pe de o parte, dau naștere la adevăruri transnaționale, pe de altă parte. Din punct de vedere practic, două asemenea situații transnaționale, generatoare de adevăruri transnaționale, servesc drept instrument pentru contemplarea teoretică a așa-numitului concept „ordini juridice contorsionate” propagat de autori din toată lumea, care poate sprijini doctrinari și practicieni deopotrivă în gestionarea noilor realități juridice.

Cuvinte-cheie: realitate juridică internațională, realități juridice naționale, realități juridice transnaționale, actori de drept public, actori de drept privat.

* Membru *ad honorem* în Consiliul de Conducere al Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat (UNIDROIT), Roma, conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, e-mail: radu-bogdan.bobei@drept.unibuc.ro, <https://orcid.org/0000-0001-8403-4299>

PAST TRANSNATIONAL FUTURE TRUTHS

Abstract: This paper focuses on the interaction between international legal reality and domestic legal realities. Public and private law actors altogether interact and dilute the „borders” drawn, in the westphalian logic, between the system of international law and the domestic legal systems. Consequently, transnational situations occur inside and outside the territories of the nations-States, on the one side, and give birth to transnationals truths, on the other side. Practically speaking, two such transnational situations, generating transnational truths, serve as tools for the theoretical scrutiny of the so-called concept of “entangled legalities” spread by the authors all over the world, which can support both scholars and practitioners to deal with the new legal realities.

Key words: international legal reality, national legal realities, transnational legal realities, public and private law actors.

A. Cuprins

A.	Cuprins.....	82
II.	Introducere.....	83
III.	Adevăruri și realități juridice.....	86
IV.	Foste adevăruri transnaționale.....	100
A.	Petrobras – actor și instrument al „metisării” dreptului internațional.....	101
B.	Litigiul <i>Kadi</i> și interactivitatea ordinilor juridice internațională și europeană.....	119
V.	Promisiune de răspuns afirmativ.....	128
VI.	Bibliografie.....	130
A.	Monografii.....	130
B.	Articole și studii;.....	133

II. Introducere

Realitatea juridică *internațională* are, în mod tradițional, ca protagoniști primari statele-națiune. Asemenea enunț își devoala strălucirea în epoca dreptului internațional centrat pe statele-națiune, pe de o parte, în epoca dreptului internațional valorificat prin mecanismele pozitivismului juridic, pe de altă parte. Animate de aspirația idilică spre universal, statele-națiune au construit un sistem de drept inter-național cu a sa ordine juridică inter-națională. Unul singur și una singură!¹ Grație sau din cauza fragmentării dreptului internațional², manifestările sistemului de drept internațional au devenit plurale și diverse. De la fragmentare, pe de o parte, de la pluralitate și diversitate în manifestări, pe de altă parte, nu a mai fost cale lungă până la specializarea crescândă, pe alocuri excesivă, a celor care activau în domeniul dreptului internațional însuși.

¹ În 2019, avansam ideea potrivit căreia „sistemul de drept internațional este unul singur, iar acesta este comun tuturor statelor”. Propriul *Curs de drept internațional – cu privire numai asupra comerțului*, Editura C.H. Beck, București, 2019, a fost construit în jurul acestei idei. Această idee – fundamentul latent, dar ferm al scrierii cursului menționat – diferențiază orice demers doctrinar din domeniul dreptului internațional, sub-domeniul „comerț”, de orice demers doctrinar din domeniul dreptului român, sub-domeniul „comerț exterior”. Noi, românii, avem o valoroasă doctrină de drept român al comerțului exterior. Sunt șanse să avem și o doctrină română de drept internațional în sub-domeniul comerțului.

² Fragmentarea dreptului internațional a fost evidențiată de un Grup de lucru constituit sub egida Comisiei de Drept Internațional și aflat sub „bagheta” reputatului autor de drept internațional, Martti Koskenniemi. Pentru versiunea finală a acestui raport, a se vedea Martti KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of international law*, Comisia de Drept Internațional, Sesiunea 59, Geneva, 1 mai-9 iunie și 3 iulie-11 august 2006, documentul Națiunilor Unite A/CN.4/L.682.

Așa fiind, am asistat, cel puțin după cel de-al doilea Război Mondial, la edificarea unor versiuni ale unicului sistem de drept internațional în domeniul activității comerciale, sau în domeniul activității financiare, sau în domeniul activităților care implică valorificarea drepturilor omului etc. În secolul XX și, în special, în cea de-a doua jumătate a secolului al XX-lea, efervescente au mai fost statele-națiune, astfel coagulate în ADN-ul organizațiilor internaționale³, în demersul de edificare a sus-menționatei versiuni! Și ca urmare a acestei efervescente, acel „Unul singur” și acea „Una singură” se manifestau și se manifestă, în versiunea lor internațională (inter-etatică n.n.), plural și divers. Simțim și resimțim în toată ființa noastră doctrinara aceste pluralități și diversități.

Ca posibilă consecință a lecturării acestui articol, îndemn doctrina română și străină să rețină că pluralitățile, respectiv diversitățile în discuție, au devenit contorsionate sau se manifestă contorsionat sau sunt aduse în situația de a se manifesta contorsionat. Mai îndemn pe doctrinariii români și străini să aibă în vedere și faptul că pluralitățile, respectiv diversitățile, astfel

³ Am în vedere, *exempli gratia*, următoarele entități: Organizația Națiunilor Unite (ONU), prin Comisia sa de dreptul comerțului internațional (UNCITRAL), sau Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat, (UNIDROIT), sau Conferința de Drept Internațional Privat de la Haga (HCCH). Îmi pare că cele trei organizații-surori sunt concurate, în arealul juridic sub-regional „umplut” de Uniunea Europeană, de această din urmă structură cvasi-federală. Îmi mai pare că Uniunea Europeană se transformă și ne transformă pe noi, cei care ne revendicăm din a sa ordine juridică. S-a avansat de altfel ideea potrivit căreia Uniunea Europeană combină, din punct de vedere structural, elementele specifice confederației și federației ca forme de organizare politică. A se vedea Francis SNYDER, Yi LU, „The Future of Transnational Law: Competing Institutions, Conflicting Narratives and Legal Pluralism” și Armin CUYVERS, „The Confederal Come-back: Rediscovering the Confederal Form for a Transnational World”, în Francis SNYDER, Yi LU (eds.), *The Future of Transnational Law. UE, USA, China and the BRICS/L'avenir du droit transnational. UE, USA, Chine et les BRICS*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 1-22 și pp. 85-126.

generate de fragmentarea dreptului internațional, se întâlnesc normativ, dar și cvasi-normativ, cu pluralele și diversele sisteme de drept național. Și aceste din urmă pluralități și diversități naționale au devenit contorsionate sau se manifestă contorsionat sau sunt aduse în situația de a se manifesta contorsionat, grație sau din cauza:

(i) prezumției de aplicare extrateritorială a legislațiilor locale emise de anumite state-națiune; este vorba despre statele-națiune producătoare de bunuri industriale și produse agricole. Aceste bunuri și produse sunt destinate, prin mecanismele specifice lanțurilor trans-teritoriale⁴ de mărfuri, piețelor din alte state-națiune, respectiv pieței trans-teritoriale care a „înghițit” teritoriile statelor-națiune preponderent consumatoare de mărfuri (bunuri industriale și produse agricole, n.n.).

sau/și

(ii) instituției conflictului de legi. Această instituție, veritabilă instituție de drept public⁵, a dobândit faimoasa sau de-a dreptul infama

⁴ Sunt „trans-teritoriale”, în sensul că traversează teritoriile statelor-națiune răspândite pe mapamond.

⁵ S-a vehiculat de ceva timp ideea potrivit căreia „(...) pentru evitarea complexității și costurilor (...) pe care le implică sistemul de drept public, care include și (sub-)sistemele de stabilire a legii aplicabile (instituția conflictului de legi, n.n.), regimurile descentralizate și privatizate de drept comercial pot concura unele cu altele...”. A se vedea Gillian K. HADFIELD, „Privatizing Commercial Law”, în *Regulation*, vol. 24(2001), nr. 1, pp. 40-45. M-am pronunțat deja cu privire la faptul că teoria conflictului de legi civile constituie o componentă a ariei de competență (specializare, n.n.) a unui profesor de drept public în propriul curs, *Teoria conflictului de legi civile*, Editura Universul Juridic, București, 2020. Am reluat, poate sibilinic, această idee în conținutul propriului articol „Conștientizarea dreptului transnațional în acțiune”, *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, vol. 66, nr. 3(2021), pp. 98-132.

identitate de instrument de guvernare globală⁶. În orice caz, așa-numita „economie politică” a dreptului internațional privat a scos la iveală posibilitatea de contemplare a instituției conflictului de legi ca emanând „sugestive semnificații cu privire la guvernanta globală”⁷.

III. Adevăruri și realități juridice

Întâlnirea dintre manifestările ordinii internaționale și ordinele naționale⁸ nu a avut loc nici în creuzetul omogenului, nici în creuzetul eterogenului. A avut loc în „spațiul” lui „în-între” omogen și eterogen deopotrivă. Acest *sui generis* spațiu a parcurs o primă fază de dezvoltare, astfel subsumată ordinii juridice întrupate în „ideea universalității și

⁶ Se pare că noțiunea „guvernare globală” a fost născocită în anul 1995 de auto-intitulata și independenta (non-guvernamentală, n.n.) „Comisie de Guvernanta Globală”. Activitatea respectivei entități non-guvernamentale a fost încurajată de Secretarul General ONU. A se vedea Craig MURPHY, „The Emergence of Global Governance”, în Thomas G. WEISS, Rorden WILKINSON, *International Organization and Global Governance*, London, 2014, citat de Hans van LOON, „The present and prospective contribution of global private international law unification to global legal ordering”, în Franco FERRARI, Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar Monographs in Private International Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK) – Northampton, MA(USA), 2019, pp. 214-234.

⁷ A se vedea Horatia MUIR WATT, „The Global Governance Implications of Private International Law”, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, 2021, pp. 893-909.

⁸ Este vorba despre întâlnirea dintre pluralele și diversele manifestări ale sistemului de drept internațional și pluralele, respectiv diversele, sisteme de drept național, astfel coagulate sau necoagulate în structuri cvasi-federale cu vocație de structură federală (structura Uniunii Europene, n.n.).

reglementării centralizate de sus în jos”⁹; ideea menționată este familiară conceptului „globalizare” (unică, n.n.). „O dată cu declinul globalizării, a renăscut transnaționalul” ne atenționează autorul Ralf Michaels¹⁰. Nuanțez cele menționate de acest din urmă autor și spun: o dată cu declinul globalizării (unice, n.n.), s-a ivit globalizarea plurală și diversă. Globalizarea plurală este dispersată, logic, în regimuri de drept sau cvasi-drept. Asemenea regimuri nu sunt încadrabile strict în arealul fie al dreptului public, fie al dreptului privat, pe de o parte, în arealul fie al dreptului internațional, fie al sistemele de drept intern, pe de altă parte. Asemenea derutantă globalizare, plurală și diversă, conferă trans-naționalului un chip serafic sau cinic.

Trans-naționalul apare serafic din perspectiva statelor-națiune exportatoare de mărfuri industriale și agricole și cinic din perspectiva statelor-națiune importatoare de mărfuri industriale și agricole. Indiferent de perspectiva de evaluare, o întrebare ne poate „inunda” mintea: să constituie trans-naționalul „delta” normativă și cvasi-normativă în care curg, se scurg, se „lichefiază”, fără a-și pierde identitatea, ordinele juridice internațională și naționale ca atare, respectiv naționale coagulate în structuri cvasi-federale? Până în momentul formulării unui răspuns, avansează măcar o idee: regimurile juridice și cvasi-juridice, expresie a „spargerii” globalizării unice, interacționează derutant. Aceste regimuri se atrag, se resping se contestă, se armonizează pe „terenul de joacă” compus din teritoriile statelor-națiune; îmi pare că este vorba, preponderent, despre teritoriile statelor-națiune consumatoare de bunuri industriale și produse agricole.

⁹ Formularea îi aparține autorului Martin SHAPIRO, „The Globalization of Law”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 37(1994), nr. 1, pp. 37-64.

¹⁰ A se vedea Ralf MICHAELS, „State Law as a Transnational Legal Order”, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1(2016), pp. 141-160.

În orice caz, prin mecanismele juridice și cvasi-juridice transnaționale¹¹ am pășit, logic, în perimetrul trans-naționalului. Perimetrul în discuție generează „spațiul” lui „în-între” omogen și eterogen deopotrivă. Acest *sui generis* spațiu a intrat în cea de-a doua fază de dezvoltare, astfel subsumată ordinilor juridice contorsionate (*‘entangled legalities’*¹²). Ordinile juridice contorsionate se manifestă în variate forme paradoxale – de la universalitate atipică, pe de o parte, la plurale, respectiv diverse organizări, pe de altă parte. Ordinile juridice contorsionate se mai regăsesc în ideea reglementării sau/și a cvasi-reglementării operabile succesiv și/sau simultan, în orice caz operabile (i) de sus-în jos, (ii) de jos în sus, (iii) orizontal și (iv) transversal. Toate aceste patru ipostaze sunt esența așa-numitei „recursivități” a mecanismelor transnaționale¹³.

Realitățile juridice *naționale* au ca protagoniști primari statele-națiune. Pe cale de consecință, există, logic, mai multe realități juridice *naționale*. Din avanpostul propriilor teritorii, statele-națiune și-au construit

¹¹ Asemenea mecanisme sunt non-tradiționale, non-stactice, dinamice și normative (aș adăuga și cvasi-normative, n.n.). A se vedea Harold Hongju Koh, „Transnational Legal Process”, în *Nebraska Law Review*, vol. 75(1996), nr. 1, pp. 181-207.

¹² În cadrul acestor ordini juridice contorsionate, ordinea juridică internațională și ordinile juridice naționale sunt și nu sunt separate, respectiv integrate deopotrivă. Voi dezvolta, la momentul oportun, acest *sui generis* dinamism care poate avea, paradoxal, ca premisă, fundamente statice conferite de ideea de teritorialitate a sistemelor de drept național. Deocamdată, ideea de captare a ordinilor juridice contorsionate este menționată de Nico KRISCH, „Framing Entangled Legalities beyond the State”, în Nico KRISCH (ed.), *Entangled Legalities beyond the State*, Cambridge University Press, 2022, pp. 1-32.

¹³ Cu privire la recursivitatea mecanismelor transnaționale care au transformat dialectic statele-națiune (aș spune că au transformat dialectic numai statele-națiune consumatoare de bunuri industriale și produse agricole, n.n.), a se vedea Gregory SHAFFER, Terence HALLIDAY, „With, Within, and Beyond the State: The Promise and Limits of Transnational Legal Ordering”, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 7, pp. 987-1005.

o suveranitate internă și externă deopotrivă. Pe plan intern, fiecare stat-națiune și-a valorificat prerogativa de a edifica propria suveranitate prin diverse modalități; una dintre modalități a implicat și implică adoptarea de legi pe teritoriile delimitate de și prin granițele stabilite politic¹⁴. Pe plan extern (prin raportare la teritoriile statelor-națiune, n.n.), statele-națiune membre ale Națiunilor Unite și însăși Organizația Națiunilor Unite au obligația de a acționa în conformitate și cu principiul enunțat de art. 2 paragraful 7 din Carta Națiunilor Unite din 26 iunie 1945¹⁵, denumită în continuare „Carta Națiunilor Unite”.

Acest joc al planurilor – intern și extern – este exprimat și prin ideea diriguitoare: „ceea ce nu este explicit interzis de dreptul internațional este permis”¹⁶. Din perspectiva instituției competenței, ideea diriguitoare în discuție s-a „împrăștiat” în două reguli de drept internațional¹⁷: competența este permisivă din moment ce, pe propriile teritorii, statele-națiune exercită suveranitatea politică, astfel exprimată și prin instituția competenței, în considerarea respectării regulilor de drept internațional, respectiv competența este nepermisă, întrucât, în afara granițelor politico-teritoriale,

¹⁴ A enunțat această idee reputatul profesor Hessel E. YNTEMA, „The Comity Doctrine”, în *Michigan Law Review*, vol. 65(1966), pp. 9-32.

¹⁵ „Nicio dispoziție din prezenta cartă nu va autoriza Națiunile Unite să intervină în chestiuni care aparțin esențial competenței interne a unui Stat și nici nu va obliga pe Membrii săi să supună asemenea chestiuni spre rezolvare pe baza prevederilor prezentei Carte; acest principiu nu va aduce însă întru nimic atingere aplicării măsurilor de constrângere prevăzute în Capitolul VII”.

¹⁶ Am contemplat doctrinar această idee în Radu Bogdan BOBEI, „Trans-teritorialitatea – exigența discretă a interacțiunilor on line”, în Marian NICOLAE, Traian BRICIU, Paul POP (coord.), „*In Memoriam Viorel Mihai Ciobanu. Dreptul procesual și dreptul substanțial la începutul mileniului al III-lea*”, Editura Universul Juridic, București, 2022.

¹⁷ Am mai efectuat mențiuni referitoare la aceste două reguli de drept internațional în conținutul articolului citat la n. 16.

un stat-națiune își exercită suveranitatea politică, astfel exprimată și prin instituția competenței, numai dacă dreptul internațional nu îi interzice acest lucru.¹⁸

Experiența cel puțin a ultimelor trei decade atestă măcar un fapt. Suveranitatea teritorială a statelor națiune (preponderent din Sudul Global, n.n.) a fost acompaniată¹⁹ de suveranitatea economică a actorilor de drept privat din Nordul Global sau care populează paradisurile fiscale. Grație sau din cauza suveranității economice²⁰ a actorilor de drept privat, realitățile juridice internațională și naționale s-au „amestecat”, iar destinul statelor-

¹⁸ A se vedea Stephen ALLEN, Daniel COSTELLOE, Malgosia FITZMAURICE, Paul GRAGL, Edward GUNTRIP, „Introduction”, în Stephen ALLEN, Daniel COSTELLOE, Malgosia FITZMAURICE, Paul GRAGL, Edward GUNTRIP (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 4-22.

¹⁹ Nordul Global și Sudul Global nu se referă la regiuni geografice în sens tradițional, ci mai degrabă la puterea și resursele financiare ale țărilor din părți distincte ale lumii. În lumina considerentelor de lipsă de capital financiar, se poate susține, poate fără a da curs hazardului, că suveranitatea teritorială a statelor-națiune din Sudul Global a fost adusă, respectiv pusă, în situația de a fi acompaniată de suveranitatea economică trans-teritorială și trans-teritorializată a actorilor de drept privat.

²⁰ Suveranitatea economică a actorilor de drept privat a constituit corolarul auto-determinării economice a acelorași actori. Îmi pare că auto-determinarea economică este fundalul latent al așa-numitului „constituționalism societal” născocit de Gunther Teubner și greșit doctrinar pe teoria sistemelor sociale. A se vedea lucrarea scrisă de Gunther TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization*, Oxford University Press, 2012, astfel menționată și de Horatia MUIR WATT, *The Global Governance Implications ...*, n. 7, pp. 893-909. G. Teubner a avansat ideea autonomiei, se pare nelimitată, a regimurilor juridice și cvasi-juridice, astfel create de privați, față de ordinele juridice naționale și ordinea juridică internațională. Am mai spus-o și o repet: ideea de trans-național nu exclude, nu are cum să excludă, aportul statelor-națiune la „construirea” trans-naționalului însuși. Chiar și în absența capitalului financiar, statele-națiune nu pot fi „expropriate” de propriile teritorii, sau eliminate de pe „teritoriul” mapamondului în numele clamatei eficiențe economice.

națiune exportatoare de bunuri industriale și produse agricole a devenit un destin „în mișcare”²¹. În plus, destinul statelor-națiune importatoare de mărfuri industriale și agricole s-a osificat, fiind, se pare, „răstignit” chiar pe teritoriile respectivelor state-națiune²². Cu alte cuvinte, am asistat, cu entuziasm sau/și cu o stare de neputință, la așa-numita „glocalizare”²³. Aceasta nu înseamnă altceva decât globalizare pentru unii²⁴ și localizare

²¹ Destinul acestor state-națiune a devenit în mișcare și prin clauzele contractuale-standard, denumite în continuare „clauze standard”, sau prin Condițiile Contractuale Generale, denumite în continuare „Condiții Generale”. Este vorba despre clauzele standard și Condițiile Generale elaborate de (i) subiecții de drept privat din statele-națiune exportatoare de mărfuri, sau de (ii) organizațiile internaționale (inter-guvernamentale, n.n.) influențate, în cadrul procesului decizional, de subiecții de drept privat din statele-națiune exportatoare de mărfuri, sau de (iii) organizațiile non-guvernamentale create de subiecții de drept privat din statele-națiune exportatoare de mărfuri. În orice caz, toate aceste „mărfuri” juridice și cvasi-juridice au fost destinate utilizării, în numele eficientizării sau „eficientizării” economice a statelor-națiune din Sudul Global, pe teritoriile acestor din urmă state-națiune (importatoare de mărfuri industriale și agricole, n.n.).

²² În perimetrul arbitrajului din domeniul investițiilor, asemenea „răstignire” a avut loc în ipoteza statului-națiune Ecuador. A se vedea Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, „Adjudication public interests by private means: the inescapable involvement of States in the Chevron/Ecuador saga”, în Horatia MUIR WATT, Lucia BÍZIKOVÁ, Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA, Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK)-Northampton, MA(USA), 2019, pp. 56-66. Din perspectiva doctrinei *forum non conveniens*, am analizat așa-numita „odisee Chevron” în Radu Bogdan BOBEI, „Destinul transnațional al unei doctrine: *forum non conveniens*”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 2/2021, pp. 17-43.

²³ Pentru termenul „glocalizare”, a se vedea și Zygmunt BAUMAN, „On Glocalization: or Globalization for some, Localization for some Others”, în *Thesis Eleven*, vol. 54(1998), pp. 37-49.

²⁴ Formularea „pentru unii” se citește „pentru statele-națiune producătoare de mărfuri industriale și agricole, respectiv pentru actorii de drept privat din respectivele state-națiune sau din paradisurile fiscale”.

pentru alții²⁵. Gloca-lizarea constituie una din fațetele realităților juridice *transnaționale*.

Observăm cum se închide „cercul” realităților juridice: internațională, naționale și trans-naționale. Ca într-un iureș furibund, se redeschide permanent același cerc, într-un mapamond devenit în secolul al XXI-lea trans-teritorial și trans-teritorializat. De asemenea, observăm că nu mai poate fi vorba despre „cercuri” distincte ale realităților juridice internațională și naționale. Prin dreptul transnațional, înțeles, *exempli gratia*, ca metodologie de conectare a lichefiatelor universuri normative și cvasi-normative, sau ca *sui generis* sistem de drept, sau ca teorie fie a ordinilor juridice transnaționale, fie a spațiilor transnaționale, realitățile juridice internațională și naționale descriu un singur „cerc” și sunt proiectate în contorsionatele ordini juridice trans-naționale.

În orice caz, suveranitatea teritorială a statelor-națiune și suveranitatea economică a actorilor de drept privat au format un *sui generis* cuplu. Îmi pare că evocatul cuplu a funcționat, mai funcționează și acum, în terifiantul univers al atracției contrariilor. Concret: în plină nevoie de capital financiar, statele-națiune „curtau”, în scopul receptării de investiții, subiecții de drept privat din statele-națiune producătoare de mărfuri industriale și agricole. Vectori ai capitalului financiar, respectivii subiecți de drept privat căutau noi spații, care „înghițeau” teritoriile statelor-națiune importatoare de mărfuri industriale și agricole. Această căutare era impulsionată de însăși nevoia subiecților de drept privat de a-și extinde, uneori chiar în dauna statelor-națiune importatoare de mărfuri industriale și agricole, influența, respectiv puterea de decizie. Mai era impulsionată de nevoia acelorași subiecți de drept privat de a extinde, *dincolo de, pe, între* teritoriile statelor-națiune,

²⁵ Formularea „pentru alții” se citește „pentru statele-națiune consumatoare de mărfuri industriale și agricole, respectiv pentru actorii de drept privat din respectivele state-națiune”.

respectiv *de-a lungul și de-a latul* acelorași teritorii, utilizarea propriului capital financiar. Era o atracție reciprocă: statele-națiune importatoare erau seduse de forța subiecților de drept privat deținătoare de capital financiar. Respectivii subiecți de drept privat erau seduși de posibilitatea obținerii de profituri. Această posibilitate era hrănită fie prin localizarea investițiilor pe teritoriile respectivelor state-națiune, fie prin „așezarea” teritoriilor în discuție *de-a lungul și de-a latul* sistemelor de aprovizionare cu mărfuri.

Însă atracția menționată nu este deloc obișnuită. Este vorba despre o atracție a contrariilor normative și cvasi-normative. În și pe teritoriile statelor-națiune consumatoare de capital financiar, subiecți de drept privat „veneau” cu ale lor clauze-standard sau Condiții Generale a căror interpretare și/sau aplicare și/sau valorificare se izbeau, la un moment dat, și de „țărmlul” normativ local. Cum să fii sedus, ca subiect de drept privat, de posibilitatea de a nu-ți putea valorifica, în și pe teritoriul unui stat-națiune, drepturile contractuale izvorâte din propriile clauze-standard sau Condiții Generale? Și totuși subiecții de drept privat din Nordul Global nu au ezitat să „aceseze” posibilitatea de a-și plasa capitalul financiar în și pe teritoriul statului-națiune în discuție; acesta din urmă nega, la un moment dat, drepturile contractuale respective. Cum să fii sedus, ca stat-națiune, de posibilitatea de a nu-ți mai putea valorifica concepțiile juridice naționale, neapărat sistemul de drept național, în și pe propriul teritoriu? Și totuși state-națiune din Sudul Global nu au ezitat să „aceseze” posibilitatea de a-și „plasa” teritoriile în mrejele capitalului financiar. Iată contrariile sau unele dintre acestea! Iată atracția contrariilor sau atracția cel puțin a unei versiuni a contrariilor!

„Țărmlul” sus-menționat este denumirea metaforică pentru ordinea publică națională instituită de fiecare stat-națiune consumator de mărfuri industriale și agricole, respectiv de capital financiar. Așa fiind, se atrăgeau și se respingeau concomitent și/sau succesiv statele-națiune importatoare și

actorii de drept privat din statele-națiune exportatoare. Această nevrotică atmosferă, de altfel ivită în jurul ordinii publice naționale și a respectivelor clauze-standard/Condiții Generale, întreține vitalitatea universului plastic denumit „univers al atracției contrariilor”. Intrate de bunăvoie sau „târâte” în universul deja menționat, statele-națiune exportatoare și importatoare de capital financiar au devenit, în grade și cu nuanțe diferite, trans-naționalizate și cosmopolite²⁶.

Capitalul financiar a constituit piatra de temelie a unui edificiu caracterizabil ca faimos și infam deopotrivă. Edificiul în discuție este însuși imperiul informal de tip „Koskenniemi”.

Imperiul informal este caracterizabil ca faimos din perspectiva privaștilor-interniști. Cel puțin după cel de-al Doilea Război Mondial, îmi pare că și aceștia din urmă, în orice caz o parte dintre aceștia, au fost predispuși la exersarea demersului de „dezmembrare”²⁷ a non-

²⁶ A se vedea Patrick H. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford University Press, 2013, astfel citat și de Gregory SHAFER, Terence HALLIDAY, *With, Within, and Beyond the State...*, n. 13, pp. 987-1005.

²⁷ Într-o notă livrescă cu nuanțe ascuns-ipocrite, se poate denumi respectiv demers ca fiind „fragmentarea dreptului internațional”. Să fim serioși: este vorba despre o veritabilă dezmembrare a dreptului internațional, astfel operabilă și prin transformarea, de către privații (din Nordul Global, n.n.), a statelor-națiune consumatoare (din Sudul Global, n.n.) din subiecți în obiecte de drept internațional. Ireal de conceput, însă au generat fragmentarea dreptului internațional sau/și au contribuit la respectiva fragmentare, de exemplu prin instrumente juridice/cvasi-juridice „lichide” (*soft law*), și instituțiile inter-guvernamentale (internaționale, n.n.). Mai există și o fragmentare – din perspectiva genitorilor fragmentării în discuție – cauzată, în calitate de simpli observatori, de privați; această fragmentare este pusă în practică sub cupola organizațiilor inter-guvernamentale, de altfel influențate de privați în mecanismele lor legislative și cvasi-legislative. Se poate spune că, formal, au fragmentat dreptul internațional organizațiile inter-guvernamentale; în esența lucrurilor și pe fond, privații înșiși au fragmentat, sub cupola organizațiilor inter-guvernamentale, dreptul internațional. În orice caz, reținem că,

materialistului, deci idilicului, sistem de drept internațional. Este vorba despre sistemul de drept internațional contemplat fie și în versiunea emanată din „cotloanele” curentului denumit „pozitivismul juridic”. Faimosul edificiu a funcționat, mai funcționează, grație așa-numitelor „rețele de guvernanta” (economică, n.n.)²⁸.

Imperiul informal este caracterizabil ca infam din perspectiva internaționaliştilor-publicişti. Aceştia au construit și construiesc „diguri” doctrinare pentru a proteja idealismul dreptului internațional de invazia „privată” în versiune preponderent neo-liberală; să fi fost scopul, respectiv consecința acestei invazii, și îmbrăcarea materiei în „straietele” spiritului și ale erudiției? Să fi devenit dreptul internațional (public, n.n.)... materialist, iar dreptul privat intern ... idealist? Să fie avut loc o „încrucișare” de identități ale dreptului internațional (public, n.n.) și dreptului privat intern? Iată câteva

în concepția anumitor autori, teoria ordinilor juridice transnaționale implică statele-națiune evaluabile ca obiecte și subiecți de drept internațional în egală măsură. A se vedea Ralf MICHAELS, *State Law as ...*, n. 10, pp. 141-160. Fără nuanțe ascuns-ipocrite, ci cu nuanțe de veritabile păreri de rău, utilizează noțiunea „fragmentarea” dreptului internațional reputatul profesor Koskenniemi. Renunțarea la formal (à la Max Weber, n.n.), fragmentarea și așa-numitul „imperiu” (informal, astfel creat de privați, n.n.) constituie pilonii subminării ideii potrivit căreia „mapamondul poate fi guvernat – sau ar trebui să fie guvernat – de un singur sistem de drept internațional”. De altfel, profesorul Koskenniemi a sesizat că subiecții de drept privat „au articulat propriile interese în termeni universali” (și sub „masca” valorilor universale, mai corect spus „livrate” metodologic ca universale, în orice caz proiectate în ideea de guvernanta globală, n.n.). A se vedea Martti KOSKENNIEMI, „Global Governance and Public International Law”, în *Kritische Justiz*, vol. 37(2004), nr. 3, pp. 241-254.

²⁸ Pentru familiarizarea cu ideea de „guvernanta prin rețele” (regimuri de drept și cvasi-drept privat care se autonomizează față de statele-națiune, respectiv care se auto-validează permanent, n.n.), a se vedea Horatia MUIR WATT, „Governing Networks. A Global Challenge for Private International Law”, în *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22(2015), nr. 3, pp. 352-369.

teme de analiză prezumtiv-obiectivă, iar nu pătimaș-subiectivă, pentru mine, pentru doctrinarii români și străini în egală măsură! În orice caz, respectiva invazie a pornit dintr-un imperiu informal a cărui fundație este constituită din (i) piețele financiare și creditele internaționale²⁹, și/sau (ii) din investițiile străine, și/sau (iii) din sistemele contractuale de aprovizionare cu mărfuri³⁰ care „traversează” mapamondul. De altfel, toate aceste 3 (trei) pietre de temelie ale informalului univers constituie și „mijloacele prin care puterea („privată”, n.n.) globală non-statală s-a autovalidat și structurat”³¹.

Capitalul financiar a mai constituit și instrumentul utilizat pentru fragmentarea dreptului internațional (public, n.n.). Inevitabila consecință a acestei fragmentări a implicat resuscitarea versiunii „private” a dreptului internațional. Astăzi, în post-post-modernism, componenta „publică” și componenta „privată” a dreptului internațional s-au reîntâlnit; sau au fost nevoite, și prin expansiunea capitalului financiar, să se reîntâlnească. Să nu omitem că *ius gentium* – precursorul dreptului internațional, astfel aplicat în raporturile care îi implicau pe non-cetățenii romani (peregrinii, n.n.) – nu avea nicio componentă „publică” și nicio componentă „privată”. Era *jus gentium* și atât; nimic mai mult. De altfel, nu s-a conceput niciodată un *ius gentium* public (viitorul drept internațional public, n.n.) și un *ius gentium* privat [viitorul drept internațional privat(conflict de legi), n.n.]. Așa fiind, nu a existat diviziunea „*ius gentium* public” și „*ius gentium* privat”.

²⁹ Am analizat deja, fie și preliminar, raportul dintre dreptul transnațional și piețele financiare. A se vedea Radu Bogdan BOBEL, „Piețele financiare – (posibil) domeniu al dreptului transnațional”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 2/2022, pp. 49-69.

³⁰ Pentru evidențierea acestor 3(trei) piloni ai imperiului informal, a se vedea Martti KOSKENNIEMI, „Empire and International Law: The Real Spanish Contribution”, în *University of Toronto Law Journal*, vol. 61(2011), nr. 1, pp. 36.

³¹ A se vedea Horatia MUIR WATT, *The Global Governance Implications ...*, n. 7, pp.893-909.

Cu toate acestea, am fost învățați, cel puțin în secolele XIX și XX, că dreptul internațional public este „teritoriul” didactic al unora (al internaționaliștilor visători?, n.n.), iar dreptul internațional privat este „teritoriul” didactic al altora (al pragmaticilor privațiști-interniști?, n.n.). Acei „unii” și acei „alții” alergau pe stadioane doctrinare de-a dreptul distincte. Proiectatele distincții nete între componenta „publică” și componenta „privată” ale dreptului internațional erau întreținute chiar de statele-națiune. Prin programele de educație juridică, statele-națiune trasau „granițe” nete între specialiștii în componenta „publică” a dreptului internațional și specialiștii în componenta „privată” a aceluiași drept internațional. Cât de mic a fost pasul pentru ca respectivii specialiști să manifeste o ignorare, pe alocuri sardonică, în orice caz reciprocă! Îmi pare că se considera după cum urmează: frivolitatea „privată” a dreptului internațional, astfel întreținută preponderent de capitalul financiar deținut preponderent de privați, era prezumtiv incompatibilă cu seriozitatea „publică” a dreptului internațional, astfel întreținută de îndelung clamata aspirație spre armonie universală. Sursa acestei ignorări și prezumtive incompatibilități este schisma din dreptul internațional.

Despărțirea (schisma din dreptul internațional, n.n.) componentei „private” de componenta „publică” a dreptului internațional s-a produs o dată cu ascensiunea statelor-națiune pe firmamentul istoriei. Cel puțin în Europa, prin codificări – în fapt naționalizări normative – componenta „privată” (instituția conflictului de legi, n.n.) a dreptului internațional a fost apropiată de legiuitorii naționali. Apropierea s-a efectuat prin legislațiile naționale preponderent de drept privat (*exempli gratia*, prin Coduri civile, n.n.). S-a considerat de către legiuitorii naționali că privații (subiecții de drept privat, n.n.), care desfășurau activități intra-frontalier și extra-frontalier cu străinii, nu puteau fi decât destinatarii unei reglementări calificabile „de drept privat”,

iar nu „de drept public”. Așa fiind, privațiștii-interniști și-au exersat, prin reglementări ... interne de drept privat, vocația „internațională”. Așa se explică de ce reglementările interne din domeniul conflictului de legi au adesea titulatura „dispoziții de drept *internațional* privat”. Așa se explică de ce „inovația” privațiștilor-interniști constituie sursa unui posibil demers al acestora, astfel inițiat în scopul completării tabloului izvoarelor de drept internațional cu „izvorul” întruchipat de ...sistemele de drept național³².

În orice caz, putem vorbi nu numai despre o componentă „publică” și componentă „privată”, astfel reîntâlnite, ale dreptului internațional, dar și de versiune „privată”, respectiv „publică”, ale însăși *fragmentării* dreptului internațional³³. Printre genitorii versiunii „publice” a fragmentării dreptului internațional, regăsim chiar organizațiile inter-guvernamentale

³² Fără îndoială că art. 38 punctul 1 din Statutul Curții Internaționale de Justiție nu va fi modificat în sensul sus-menționatei completări. Este necompletabilă prevederea legală evocată în pofida „amestecării”, prin trans-naționalizare, a ordinii juridice internaționale cu ordinele juridice naționale, astfel coagulate sau necoagulate în ordini juridice cvasi-federale (*exempli gratia*, în ordinea juridică a Uniunii Europene, n.n.). În plus, este necompletabilă aceeași prevedere legală în pofida „aproprierii” de către subiecții de drept privat a dreptului internațional. Această „apropriere” s-a manifestat preponderent după sfârșitul celui de-al doilea Război Mondial, pe de o parte, a operat prin așa-numitele „rețele” generatoare de guvernanta globală, pe de altă parte. Pentru analiza noțiunii de „rețea” din perspectiva instituirii unui posibil concept juridic, a se vedea Horatia MUIR WATT, *Governing Networks...*, n. 28, pp. 352-369.

³³ Genitorii versiunii „private” a fragmentării dreptului internațional sunt, logic, subiecții de drept privat. Genitorii versiunii „publice” a fragmentării dreptului internațional sunt, logic, subiecții de drept public. Cu privire la tipurile de fragmentări ale dreptului internațional, dar și cu privire la genitorii acestei fragmentări, a se vedea supra, n. 27.

(internaționale, n.n.)³⁴, *exempli gratia* ONU, UNIDROIT, HCCH³⁵. Succintă digresiune: Uniunea Europeană nu este străină de edificarea și experimentarea³⁶ versiunii „publice” a dreptului transnațional³⁷ în versiune cvasi-federală³⁸. Îmi pare că versiunea cvasi-federală este supusă, în ultima perioadă, transformării într-o versiune con-federală cu vocație de evoluție, cel puțin din anul 2022, spre o federație (deocamdată *de facto*) *sui generis*³⁹.

³⁴ A se vedea supra, n. 33. Îmi pare că pluralismul juridic ca atare a impulsionat fragmentarea dreptului internațional însuși. Pentru evidențierea coabitării dreptului internațional cu ideea de pluralism juridic, a se vedea Frédéric MÉGRET, *International Law as a System of Legal Pluralism*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, pp. 533-555.

³⁵ A se vedea supra, n. 3.

³⁶ Cuvântul „experimentarea” nu este folosit cu titlu peiorativ.

³⁷ Dreptul european (Dreptul Uniunii Europene, n.n.), dar și Europa ca atare au fost conceptualizate ca fiind expresii ale dreptului transnațional. A se vedea Karl-Heinz LADEUR, „European Law as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate”, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 1, pp. 1357-1365. A se vedea și Christian CALLIES, „Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law”, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 1, pp. 1367-1382.

³⁸ Chiar din anul 1966, s-a scris după cum urmează: „Comunitatea Europeană (Uniunea Europeană de azi, n.n.) ocupă o cale de mijloc instabilă între cooperarea internațională și crearea unui nou stat”. A se vedea Stanley HOFFMANN, „Obstinate or Obsolete? The fate of the Nation-State and the Case of Western Europe”, în *Tradition and Change*, vol. 95(1966), nr. 3, pp. 862-915. Ordinea juridică a Uniunii Europene este conceptualizată astăzi din perspectiva așa-numitei „ordini juridice contorsionate”. A se vedea Nico KRISCH, *Framing Entangled Legalities* ..., n. 12, pp. 1-32.

³⁹ Am utilizat cuvintele „*sui generis*”, întrucât este imprudent să punem semnul egalității conceptuale între modelul confederal/federal exersat de Uniunea Europeană și modelul confederal/federal practicat de alte state-națiune (*exempli gratia*, de SUA etc.). Mi-am „construit” această atitudine prudentă prin lecturarea articolului scris de Armin CUYVERS, *The*

IV. Foste adevăruri transnaționale

Având în vedere elementele de mai sus, urmează să evoc, fie și minimal-prospectiv, două adevăruri transnaționale, astfel generate de realitățile juridice transnaționale abordate mai sus.

În primul rând, urmează să evoc un adevăr transnațional sugerat de versiunea „privată” a fragmentării dreptului internațional, exemplificat marginal de destinul companiei *Petrobras*. Într-adevăr, „versiunea privată a fragmentării dreptului internațional a creat o lacună de reglementare, de altfel „umplută” de geografia privată a capitalului” (financiar, n.n.)⁴⁰. În condițiile expansiunii trans-teritoriale⁴¹ a capitalului financiar, geografia privată a acestuia s-a confundat cu „teritoriul” însuși al mapamondului. Chiar geografia privată a capitalului financiar a constituit sâmburele unor adevăruri trans-

Confederal Come-back., n. 3, pp. 85-126. Cel puțin în prezent, scopul integrării, astfel declarat prin actele constitutive ale Uniunii Europene, este „uniunea „popoarelor”, iar nu a Statelor Membre. În lumina acestei idei, încercările eventuale de transformare, în fapt, a Uniunii Europene în federație ar putea fi evaluate ca fiind în contradicție cu actele constitutive ale Uniunii Europene însăși. Menționează acest scop al integrării – denumite, poate impropriu, „integrare europeană” – și Jürgen BASEDOW, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, pp. 2-4.

⁴⁰ A se vedea Horatia MUIR WATT, *The Global Governance Implications ...*, n. 7, pp. 893-909. Această autoare valorifică, la rândul ei, ideile formulate de Martti KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011, p. 319, respectiv de Andreas FISCHER-LESCANO, Gunther TEUBNER, „Regime-Collisions: The Vain Search for legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, în *Michigan Journal of International Law*, vol. 25(2004), nr. 4, pp. 999-1046.

⁴¹ Grație sau din cauza acestei expansiuni, capitalul financiar a fost în măsură să „străbată” teritoriile statelor-națiune, care au încercat să capteze normativ circulația sa rapid de delirantă. Au fost „puse la lucru” sistemul de drept internațional, precum și sistemele de drept național prin instituția conflictului de legi sau prin prezumția contra aplicării extraterritoriale a legislațiilor naționale (*the presumption against extraterritoriality*).

naționale, astfel generate de realități juridice trans-naționale; acestea din urmă au fost construite intra-teritorial și extra-teritorial⁴².

În al doilea rând, urmează să evoc un adevăr transnațional sugerat de bine-cunoscutul litigiu *Kadi*, care a generat întâlnirea „contorsionată” a ordinii juridice internaționale și ordinii juridice cvasi-federale a Uniunii Europene.

Prin raportare la momentul de scriere a acestui articol, cele două adevăruri trans-naționale, astfel generate de realități juridice trans-naționale și pe care urmează să le contemplu doctrinar, sunt, logic, trecute. Evocarea adevărilor în discuție constituie un pretext pentru formularea, deocamdată într-o notă parțial-retorică, măcar a două întrebări: „Să fie viitoarele adevăruri transnaționale chiar fostele adevăruri transnaționale, inclusiv fostele adevăruri transnaționale evocate mai jos?”, și „Să fie ordinele juridice contorsionate viitorul normativității și cvasi-normativității pe care, paradoxal, le experimentăm mai mult sau mai puțin voluntar, pe de o parte, mai mult sau mai puțin conștient, pe de altă parte?”⁴³.

A. Petrobras – actor și instrument al „metisării” dreptului internațional

Un prim adevăr transnațional transpare dintr-o situația transnațională construită local, dar cu rezonanță *dincolo de* teritoriul statului-națiune Brazilia⁴⁴. Acest din urmă stat-națiune, membru al grupării denumite,

⁴² Etalonul de referință al sintagmei „intra-teritorial și extra-teritorial” implică teritoriile statelor-națiune.

⁴³ Atmosfera doctrinară generată de aceste întrebări a inspirat partea a III-a și ultima a acestui articol. A se vedea infra, n. 115.

⁴⁴ Cuvintele „construită” local semnifică faptul că situația transnațională în discuție s-a ivit pe teritoriul unui stat-națiune. Vom vedea că trans-naționalitatea acestei situații locale (naționale,

prin acronim, „BRICS”⁴⁵, constituie un factor important în propagarea dreptului transnațional, cum de altfel constituie și BRICS ca atare⁴⁶. Pasageră digresiune: propagată de profesorul nord-american Philip C. Jessup⁴⁷, noțiunea „drept transnațional” și pletora de abordări conceptuale⁴⁸ ale

n.n.) decurge din cel puțin un aspect. Concret: însuși localul ca atare a început să fie asociat, grație sau din cauza consecințelor și interacțiunilor pe care le suscită *dincolo de* teritoriul statului-națiune evaluat, cu chestiunile subsumabile guvernantei globale. În plus, transnaționalitatea aceleiași situații locale decurge și din îngemănarea mecanismelor atât de drept privat clasic cu ai săi actori clasici de drept privat, cât și de drept public clasic cu ai săi actori clasici de drept public.

⁴⁵ „BRICS” semnifică asocierea dintre statele-națiune Brazilia, Rusia, India, China și Africa de Sud.

⁴⁶ „Se reduce dreptul transnațional la jucătorii importanți de pe scena internațională, cum ar fi, de exemplu, Uniunea Europeană, Statele Unite și China? Reflectă dreptul transnațional ascensiunea BRICS?”. Iată două din întrebările formulate de Francis SNYDER, Yi LU, *The Future of Transnational Law...*, n. 3, pp. 1-22.

⁴⁷ A se vedea Philip C. JESSUP, *Drept transnațional* (traducere efectuată de Radu Bogdan BOBEI), Editura Universul Juridic, București, 2021. Într-unul din articolele mele anterioare, am amintit faptul că prima utilizare a sintagmei „drept transnațional” îi este atribuită profesorului elvețian Max Gutzwiller. A dinamizat această utilizare un privatist-comparatist, Ernst RABEL, în faimoasa lucrare „*Conflictul de legi. Un studiu comparativ*”. Așa fiind, este imprudent pentru internaționaliștii publiciști să susțină că genitorele noțiunii „drept transnațional” este profesorul Philip C. Jessup. Acesta din urmă a utilizat-o în studiile sale de drept internațional. Având postum un prestigiu consolidat, dreptul transnațional al lui Jessup a beneficiat de o prolifică activitate de marketing. Aceasta nu înseamnă că îi putem atribui, grație unei energice activități de marketing, profesorului Philip C. Jessup calitatea de genitor al sus-menționatei noțiuni. În orice caz, a se vedea Radu Bogdan BOBEI, „Abordare preliminară a diverselor sensuri ale termenului 'drept transnațional' ”, în *Revista Română de Drept internațional*, nr. 23/ianuarie-iunie 2020, pp. 7-45.

⁴⁸ Cu privire la această pletoră, inclusiv cu privire la legitimarea dreptului transnațional și a utilizării acestuia în știința juridică, a se vedea Peer ZUMBANSEN, *Transnational Law: Theories and Applications*, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 7, pp. 1-29.

evocatei noțiuni pot constitui obiectul unor re-dimensionări doctrinare de către profesori non-nord-americani; poate fi vorba despre profesori care își revendică, de exemplu prin reședință, domiciliu, cetățenie, prin mental etc., apartenența la ordinea juridică indiană, sau, de ce nu?, română; am menționat deja posibilitatea efectuării unei redimensionări practice a dreptului transnațional cu a sa pletoară de abordări de către companiile de variate naționalități, astfel că nu mai insist⁴⁹.

De data aceasta⁵⁰, propagarea dreptului transnațional a fost efectuată de statul-națiune Brazilia, în aria activităților din domeniul exploatărilor

⁴⁹ A se vedea propriul articol, Radu Bogdan BOBEL, „De la inovație doctrinară la normativitate transnațională. Considerații asupra litigiului Bremen și alții contra Zapata Off-Shore Co.”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 4/2020, pp. 39-56.

⁵⁰ Am spus „de data aceasta”, întrucât statul-națiune și-a construit o identitate trans-națională, preponderent în perioada 2001-2010, și în domeniul dreptului individului la sănătate. Sesizează acest aspect Francis SNYDER, Yi LU, *The Future of Transnational Law ...*, n. 3, pp. 1-22. De altfel, autorii evocați menționează cooperarea strânsă dintre statele-națiune Brazilia și India în domeniul medicamentelor generice (*generic medicines*); mai sesizează aceiași autori demersul statului-națiune China pentru perfectarea „cooperării cu statul-națiune Brazilia cu privire la chestiunile globale de sănătate, cooperare dorită de statul-națiune China ca urmare a bunei reputații a statului-națiune Brazilia în acest domeniu”. Cu privire la identitatea trans-națională a statului-națiune Brazilia în domeniul dreptului omului la sănătate, a se vedea Markus FRAUNDORFER, *Global Power Shifts and Transnational Law – A Case Study of Brazil and the Human Right to Health*, în Francis SNYDER, Yi LU (eds.), *The Future of Transnational Law ...*, n. 3, pp. 211-239. De asemenea, reținem identitatea trans-națională a statului-națiune China în domeniul drepturilor de proprietate intelectuală, dar și în domeniul reglementărilor privind pesticidele. A se vedea Gregory SHAFFER, Carlos COYE, *From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders*, precum și Francis SNYDER, Hu ZHOUKE, Ni LILI, *Transnational Law in the Pacific Century: Mapping Pesticide Regulation in China*, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, 2020, pp. 126-152 și 153-185.

petroliere. Protagonista acestei situații transnaționale, astfel ivite intra-frontalier⁵¹, a fost compania Petrobras. Înființată în 1953 de guvernul brazilian, și beneficiind timp de peste 4 decenii de monopol asupra pieței petrolului în Brazilia, compania Petrobras a avut o activitate ce poate fi împărțită în 3 perioade: (i) perioada concepției centrist-statale, astfel incidentă cu privire la exploatarea zăcămintelor petrolifere, respectiv aferentă anilor 1953-1989, (ii) perioada concepției neo-liberale, astfel incidentă cu privire la exploatarea zăcămintelor petrolifere, aferentă anilor 1990-2002, (iii) perioada concepției eclecticice (sunt valorificate caracteristici ale concepțiilor anterioare, n.n.), astfel incidentă cu privire la exploatarea zăcămintelor petrolifere, respectiv aferentă anilor 2003-2015.⁵² De la înființare, compania și-a extins activele și investițiile în alte state din America Latină (în primul rând Bolivia), demersurile sale de afaceri fiind susținute sau inițiate prin demersuri ale statului de naționalitate.

Fără îndoială că nu am să efectuez un rezumat al bibliografiei consultate, însă mi s-a părut potrivită utilizarea exemplului Petrobras pentru reluarea ideii vehiculate de Filipe Antunes Madeira da Silva cu privire la „metisarea” dreptului internațional prin încrucișarea cu ordini și cvasi-ordini juridice, pentru cel puțin două considerente.

În primul rând, domeniul exploatărilor petroliere (în general, domeniul exploatării resurselor naturale, n.n.) a constituit o arie de experimentare, se pare predilectă, a dreptului transnațional de către statele-

⁵¹ Cuvântul „intra-frontalier” se înțelege în considerarea teritoriului statului-națiune Brazilia.

⁵² Pentru radiografierea doctrinară a parcursului companiei Petrobras (*Petróleiro Brasileiro S.A.*), înființată prin Legea nr. 2004 din 3 octombrie 1953, a se vedea Filipe ANTUNES MADEIRA DA SILVA, *Mestizo international law: Petrobras saga* și Fabio Costa MOROSINI, Michelle Sanchez BADIN, *Petrobras in Bolivia: Is There a Rule of Law in the 'Primitive' World?*, în Horatia MUIR WATT, Lucia BÍZIKOVÁ, Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA, Diego P. FERNANDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law...*, n. 22, pp. 371-380 și pp. 381-391.

națiune și ale lor persoane juridice de drept public sau privat, respectiv de drept public/privat, din Nordul Global. Este vorba și despre experimentarea, prin tratate⁵³, a dreptului transnațional de specialiști în drept internațional (public, n.n.); această experimentare s-a produs prin utilizarea unor doctrine diverse (inclusiv prin utilizarea doctrinei *rebus sic stantibus*) care au făcut carieră preponderent în dreptul privat intern⁵⁴.

În al doilea rând, domeniul exploatărilor petoliere a constituit perimetrul de neevitat al instituirii ordinilor juridice contorsionate⁵⁵. Într-adevăr, contractele-model și/sau condițiile contractuale generale, veritabile instrumente de armonizare a dreptului comercial⁵⁶, au contribuit la

⁵³ Reamintesc că tratatul constituie un izvor de drept internațional (inter-etatic, n.n.). A se vedea art. 38 punctul 1 din Statutul Curții Internaționale de Justiție.

⁵⁴ Pentru evaluarea doctrinei *rebus sic stantibus* ca fiind un „subiect stânjenitor pentru doctrinarii internaționaliști”, a se vedea Prabhakar SINGH, *The Private Life of Transnational Law. Reading Jessup from the Post-Colony*, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 50, pp. 419-440. Pentru analiza analogiei cu dreptul privat a dreptului internațional în domeniul aplicării tratatelor, a se vedea Sir Hersch LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law. With Special Reference to International Arbitration*, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927, retipărită de The Lawbook Exchange, Ltd., Clar, New Jersey, 2002, 2013, pp. 155-180.

⁵⁵ A se vedea Nico KRISCH, *Framing Entagled Legalities ...*, n. 12, pp. 1-32.

⁵⁶ Una din Școlile de drept comercial transnațional – așa-numita „Școală Roy Goode” – a identificat cel puțin 9 (nouă) instrumente de armonizare a dreptului comercial. O categorie a acestor instrumente cuprinde contractele-model și condițiile contractuale deopotrivă. Pentru analiza mecanismului de realizare propriu-zisă a armonizării dreptului comercial, a se vedea ROY GOODE, *Reflections on the Harmonization of Commercial Law*, în *The Development of Transnational Commercial Law. Policies and Problems*, Oxford University Press, 2018, pp. 3-24. Autorul evocă a „construit” propria Școală de drept comercial transnațional în considerarea a 4 (patru) organizații inter-guvernamentale și non-guvernamentale deopotrivă; este vorba despre ONU, UNIDROIT, HCCH, respectiv Camera Internațională de Comerț

armonizarea cu posibilă vocație de uniformizare a guvernanței din aria operațiunilor comerciale; este vorba, preponderent, despre operațiunile comerciale din domeniul resurselor naturale⁵⁷. Toate acestea au contribuit la crearea unui sistem normativ și cvasi-normativ trans-național de exploatare a resurselor naturale. Numai în considerarea acestui din urmă enunț, „trans-național” nu semnifică neapărat autonomia, ci mai degrabă *convergența* realităților normative și cvasi-normative subsumabile sistemului în discuție⁵⁸.

În acest tablou de fond, Filipe Antunes Madeira da Silva⁵⁹ plasează așa-numitul „dreptul internațional de tip Mestizo”. Cel puțin în acest stadiu al propriilor analize, avansează sugestia potrivit căreia dreptul internațional „à la Mestizo” constituie unul din factorii generatori de ordinii juridice contorsionate⁶⁰. Această sugestie constituie o particularitate a prezentului

(Paris). Analiza „producătorilor” de drept comercial transnațional este efectuată și de Maren HEIDEMANN, *Transnational Commercial Law*, Macmillan International Higher Education-Red Globe Press, 2019, pp. 49-54.

⁵⁷ Pentru analiza acestor chestiuni, a se vedea, *exempli gratia*, Sara L. SECK, *Transnational Mining Law* și Djakhongir SAIDOV, *The Standardization of Oil and Gas Law: Transnational Layers of Governance*, în Peer ZUMBANSEN(ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 7, pp. 329-348 și 349-375.

⁵⁸ Iată o altă accepțiune a noțiunii „transnațional”! Autonomia, îmi pare discutabilă, a ordinii juridice arbitrale față de *lex arbitri* a fost proclamată de profesorul Emmanuel GAILLARD, *Legal Theory of International Arbitration*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 35, astfel citat și de Gregory SHAFFER, Terence HALLIDAY, *With, Within, and Beyond the State ...*, n. 13, pp. 987-1005.

⁵⁹ A se vedea Filipe ANTUNES MADEIRE DA SILVA, *Mestizo international law...*, n. 52, pp. 371-380.

⁶⁰ Cu privire la ordinile juridice contorsionate manifestabile dincolo de teritoriile statelor-națiune, a se vedea Nico KRISCH, Nico KRISCH, *Framing Entagled Legalities ...*, n. 12, pp. 1-32; „dincolo de ” nu exclude intra-teritorialul. De altfel, „contorsionare” poate fi și expresia unor „rețele complexe care se întrepătrund, care nu au nici început, nici sfârșit, respectiv care

articol⁶¹. În orice caz, ordinele juridice naționale, astfel comprimate sau necomprimate în ordini juridice cvasi-federale (de exemplu, în ordinea juridică a Uniunii Europene, n.n.), precum și ordinele cvasi-juridice, manifestare a pluralismului juridic, constituie alți factori de generare a ordinilor juridice contorsionate. Respectivetele ordini juridice contorsionate, care caracterizează cel puțin primii 25 de ani ai secolului al XXI-lea, repun pe tapet ideile propagate de pluralismul juridic⁶².

Ideea marca „da Silva”, pe care mi-am propus să o reiau, promovează, și prin valorificarea doctrinei preexistente⁶³, des-centralizarea mecanismelor de „fabricare” (interpretare și aplicare, n.n.) a dreptului internațional. În lumina acestei des-centralizări, s-a ajuns la concluzia că nu mai există nici Centru și nici Periferie în „fabricarea” propriu-zisă a dreptului internațional însuși. Efectuarea distincției dintre Centrul și Periferia în discuție a avut loc și în contextul raportului dintre colonialism și dreptul internațional. S-a spus, bunăoară, că, în procesul de „fabricare” a normelor de drept internațional (de tip pozitivist, n.n.), „chestiunea colonialismului este centrală, iar nu

comportă o dificultate de stabilire a propriului punct de început”. A se vedea Thomas DUVE, *Entanglements in Legal History: Introductory Remarks*, în Thomas DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 3-25.

⁶¹ Mi s-a părut nepotrivit să spun „(...) această sugestie constituie un element de noutate, fie și relativă, al prezentului articol”.

⁶² Pentru înțelegerea „aventurii” pluralismului juridic de la local la global, pe de o parte, de la descriptiv la normativ, pe de altă parte, a se vedea Paul Schiff BERMAN, *Understanding Global Legal Pluralism: From Local to Global, from Descriptive to Normative*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 1-35.

⁶³ A fost valorificată, de exemplu, lucrarea scrisă de Arnulf BECKER LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge University Press, 2014.

periferică”⁶⁴. Sugerez efectuarea măcar a unei nuanțări a accepțiunii decentralizării menționate: s-a diluat, poate până la fragilizare, „granița” dintre Centrul de producere a dreptului internațional și Periferia, de regulă sau/și preponderent consumatoare, de norme de drept internațional. Ca urmare a acestei fragilizări, actorii de la periferia mapamondului⁶⁵ și-au făcut simțit aportul la „producerea” de drept internațional („*dreptul internațional Mestizo*”, n.n.)⁶⁶.

Etaple prin care a trecut compania Petrobras ⁶⁷, descrise mai jos, ilustrează modul în care conceptul „dreptul internațional (inter-etatic, n.n.) de tip Mestizo” a început să joace și rolul de instrument metodologic. Am în vedere rolul de „conectare a unui sistem de drept național (brazilian, n.n.), în proiecte de dezvoltare națională (în proiecte de exploatare a zăcămintelor

⁶⁴ A se vedea Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 3-4. Reținem și faptul că, în secolul al XX-lea, investițiile din Vest (din Vestul ... Nordului Global, n.n.) și-au formalizat raporturile juridice cu Estul (cu Estul din ... Sudul Global) prin instituția contractului de concesiune. În lumina valorificării acestei din urmă lucrări, ne comunică un autor că, în ipoteza survenirii unui litigiu în considerarea unui asemenea contract, „arbitrii civilizatori („civilizatori” sau „civilizați”, n.n.) redactau sentințe arbitrale pentru investitori civilizați („civilizați” sau civilizatori, n.n.)”. A se vedea Prabhakar SINGH, *The private life of ...*, n. 54, pp. 419-440.

⁶⁵ Fără îndoială că nu este vorba despre periferia geografică, ci despre periferia stadiului de dezvoltare economică a mapamondului.

⁶⁶ Din perspectiva antropologiei juridice, merită să fie menționat aspectul referitor la Grupurile „Mestizo”. Aceste grupuri erau formate din oameni cu tată european și mamă indigenă. A se vedea Arnulf BECKER LORCA, *Mestizo International Law...*, n. 63, p. 22. Antropologia juridică a constituit și pretextul analizării doctrinei pluralismului juridic. A se vedea, de exemplu, Keebet von BENDA-BECKMANN, Bertram TURNER, *Anthropological Roots of Global Legal Pluralism* și Sally Engle MERRY, *An Anthropological Perspective on Legal Pluralism*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 67-141 și 169-185.

⁶⁷ A se vedea Filipe ANTUNES MADEIRA DA SILVA, *Mestizo international law...*, n. 52, pp. 371-380.

petrolifere, n.n.), la chestiunile referitoare la guvernanta globală, adesea asociată dreptului internațional (inter-etatic, n.n.)⁶⁸. În cadrul respectivului mecanism de conectare, Petrobras, inițial o companie controlată de statul-națiune Brazilia, apoi (în perioada dominată de concepțiile neo-liberale, n.n.) controlată, prin mecanismul vânzării de acțiuni „Petrobras” la Bursa din New York, și de investitori privați străini (străini prin raportare la ordinea juridică braziliană, n.n.), a devenit, cel puțin parțial, un actor privat modelator, fie și indirect, de drept internațional⁶⁹ și de guvernanta globală deopotrivă. Să nu uităm că Petrobras a modelat dreptul internațional creat, prin tratate, de statele-națiune Brazilia și Bolivia. Am în vedere, de exemplu, tratatul încheiat de aceste două state-națiune în 29 martie 1958, referitor la tranzacțiile din domeniul zăcămintelor petrolifere.

Este edificator exemplul oferit de America Latină cu privire la des-centralizarea „producerii” de drept internațional către privați, fie și acționari minoritari într-o companie deținută de state-națiune (în acest caz, deținută de statul-națiune Brazilia, n.n.). Prin des-centralizare, s-a produs, cu cooptarea sau auto-cooptarea investitorilor privați din plurale și diverse ordini juridice naționale sau a-naționale (din paradisuri fiscale, n.n.), extinderea dreptului internațional. Să rescrie sau să fie în măsură subiecții de drept privat să rescrie (și cum o vor re-scrie?, n.n.) istoria sau istoriile dreptului internațional (inter-etatic, n.n.)⁷⁰? Până la formularea unui răspuns adecvat, ni se relevă și revelează trans-naționalizarea dreptului internațional.

⁶⁸ Formularea îi aparține autorului Filipe ANTUNES MADEIRA DA SILVA, *Mestizo international law...*, n. 52, pp. 371-380.

⁶⁹ Pentru interacțiunea dintre public-privat în arealul exploatării și valorificării zăcămintelor petrolifere din cele două state-națiune, a se vedea Fabio COSTA MOROSINI, Michelle SANCHEZ BADIN, *Petrobras in Bolivia ...*, n. 52, pp. 381-391.

⁷⁰ Este recomandabilă lectura articolului scris de Martti KOSKENNIEMI, „Expanding Histories of International Law”, în *American Journal of Legal History*, vol. 56(2016), nr. 1, pp. 104-112.

Această din urmă trans-naționalizare acompaniază trans-naționalizarea însăși a sistemelor de drept național⁷¹.

De data aceasta, termenul „trans-naționalizare” descrie și trecerea, de către subiecții de drept privat (investitorii din domeniul exploatarei resurselor naturale, n.n.) a „granițelor” dintre dreptul public și dreptul privat, pe de o parte, dintre dreptul intern și dreptul internațional, pe de altă parte. Să fi ajuns respectivele „granițe” în stadiul de a-i plectisi pe impetuoșii subiecți de drept privat? În plus, aceiași investitori au „transportat” dreptul internațional (inter-etatic, n.n.) *dincolo de* teritoriile statelor națiune (în exemplul dat, *dincolo de* teritoriile statului-națiune Brazilia și Bolivia, n.n.), însă, paradoxal, în interiorul aceluiași state-națiune; prin „*dincolo de*” suntem în perimetrul dreptului transnațional, iar prin „*inter/între*” suntem în perimetrul dreptului internațional (inter-etatic, n.n.). Sau cum poate mai aplicat a formulat autorul Filipe Antunes Madeira da Silva, „o istorie expandată a intervențiilor *mestizo* ar putea să ia în considerare rolul altor entități juridice (cum ar fi, de exemplu, rolul companiei Petrobras) în ceea ce privește guvernanta globală, demers de luare în considerare pus în practică inclusiv prin investigarea (analizarea, n.n.) constantei interacțiuni dintre mecanismele publice și private care are loc în cadrul unei pluralități de fenomene identificabile pe diverse paliere”⁷².

Trans-naționalizarea menționată este „sufletul” des-centralizării dreptului internațional clasic de tip pozitivist. S-ar putea considera că, prin

⁷¹ Cu privire la mecanismele de trans-naționalizare a sistemelor de drept național, a se vedea *infra*, n. 73. S-a sesizat înaintea mea fenomenul de proliferare a dreptului transnațional din ultimele decenii. Proliferarea ca atare s-a manifestat și „în măsura în care sistemele naționale de drept s-au internaționalizat în considerarea izvoarelor și conținutului propriu-zis al normelor(...)”. A se vedea Francis SNYDER, Yi LU, *The Future of Transnational Law ...*, n. 3, pp. 1-22.

⁷² A se vedea Filipe ANTUNES MADEIRA DA SILVA, *Mestizo International Law ...*, n. 52, pp. 371-380.

trans-naționalizare, dreptul internațional⁷³ își contemplă apusul. Nimic mai fals! Prin stadiul de interdependență (preponderent economico-financiară⁷⁴, n.n.) în care au fost aduse statele-națiune începând cu cea de-a doua jumătate a secolului al XX-lea, dreptul internațional s-a extins. Ordinea juridică internațională s-a extins în așa măsură, încât subiecți de drept privat nu mai sunt, *de facto*, secundari sau auxiliari participanți la raporturi guvernate de dreptul internațional. Plusez: s-a extins în așa măsură, încât am ajuns să

⁷³ Sistemele de drept național pot constitui ele însele obiectul trans-naționalizării. Instituția conflictului de legi și excepțiile de la prezumția contra aplicării extrateritoriale a legislațiilor naționale joacă un rol important în demersul de trans-naționalizare propriu-zisă a sistemelor de drept național. Cu privire la așa-numitele „mistere ale extrateritorialității” izvorâte și din litigiul *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, a se vedea Hannah L. BUXBAUM, *RICO's Extraterritorial Application: Rebutting the Presumption* și Jean D'ASPROMONT, *The Implausibility of Coordinating Transborder Legal Effects of Domestic Statutes and Courts' Decisions by International Law*, în Horatia MUIR WATT, Lucia BÍZIKOVÁ, Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA, Diego P. FERNANDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law...*, n. 22, pp. 283-292 și 292-301. Chestiunile privind aplicarea teritorială/extra-teritorială a legislațiilor naționale constituie, cel puțin în concepția juridică nord-americană, o componentă a oricărei introduceri elementare în dreptul transnațional. A se vedea Detlev F. VAGTS, William S. DODGE, Hannah L. BUXBAUM, Harold Hongju KOH, *Transnational Business Problems*, ediția a 6-a, Foundation Press/West Academic, St. Paul, 2019, pp. 91-107, precum și Alfred C. AMAN Jr., Carol J. GREENHOUSE, *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017, pp. 5-6 și 538. Vom vedea în timp dacă sus-menționata concepție juridică va fi preluată sau/și adaptată sau/și perfecționată de concepțiile juridice română, indiană, sud-africană etc.

⁷⁴ Îmi pare că dependența politică, astfel „coafată” în interdependență, a unor state-națiune (consumatoare de capital financiar și de mărfuri industriale, respectiv agricole, n.n.) de alte state-națiune (producătoare de capital financiar și de mărfuri industriale, respectiv agricole, n.n.), constituie consecința unei dependențe economico-financiare. Este vorba, logic, despre dependența economico-financiară, de asemenea posibil „coafată” în interdependență, a sus-menționatei prime categorii de state-națiune de sus-menționata a doua categorie de state-națiune.

experimentăm⁷⁵ un drept internațional expandat⁷⁶. Să fie expansiunea metodologică a dreptului internațional una din soluțiile de gestionare a

⁷⁵ A simțit și resimțit nevoia unei experimentări (iar nu a unui experiment) a unui drept internațional extins profesorul de drept internațional Philip C. JESSUP. Este vorba despre extinderea dreptului internațional din perspectiva tipurilor de norme, actori, mecanisme de creare, interpretare și aplicare a dreptului internațional însuși. Universalitatea chestiunilor omenеști l-a îndemnat pe profesorul evocat să ajungă la formularea „(...) noțiunea „internațional” este decepționantă, întrucât sugerează faptul că se referă numai la raporturile unei națiuni (sau ale unui stat) cu alte națiuni (cu alte state)”. A se vedea Philip C. JESSUP, *Drept transnațional*, n. 47, p. 9.

⁷⁶ Departate de mine gândul de a fi internaționalist-mimetic! Înșă nu pot să nu observ că o serie de profesori străini, *exempli gratia* profesorii Carreau și Marella, au sugerat de ceva timp renunțarea la utilizarea sintagmei „drept internațional public”. Au formulat asemenea sugestie, fie și pentru considerentul că societatea internațională a devenit, cu adevărat, transnațională, întrucât diversificarea de conținut a respectivei societăți a implicat și cooptarea, în calitate de subiecți de drept internațional, a subiecților de drept privat (în special a corporațiilor transnaționale, n.n.). Așa fiind, societatea internațională contemporană este transnațională. A se vedea Dominique CARREAU, Fabrizio MARELLA, *Droit international*, Pedone, ediția a 11-a, 2012, p. 69. Cum să mai continuăm să denumim dreptul internațional ca fiind numai „public”, în condițiile în care subiecții de drept privat contribuie la modelarea ordinii juridice inter-etatice (internaționale, n.n.) sau/și o influențează sub cupola organizațiilor inter-guvernamentale (inter-etatice, n.n.), chiar „produc” ordine juridică inter-etatică (internațională)? Și totuși, continuăm să procedăm astfel, deși „societatea internațională nu mai este compusă numai din subiecți de drept public, ci și din persoane fizice, companii transnaționale și ONG-uri”. A se vedea Gilles LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, 2016, Paris, pp. 244-246. Poate că este bine să asimilăm cel puțin următoarea idee: orice companie transnațională este, în esența lucrurilor, „produsul” dreptului național, iar nu al dreptului internațional. Iată de ce „Națiunile Unite consideră, ca urmare al caracterului național al entităților care compun compania transnațională, ca fiind preferabilă utilizarea noțiunii «corporație transnațională», iar nu a noțiunii «corporație multinațională»”. Această din urmă noțiune este utilizată de instrumentul denumit „Ghidul OCDE referitor la companiile multinaționale”. Pentru analiza noțiunii „companie multinațională”, a se vedea Detlev F.

universului normativ, respectiv cvasi-normativ, plural și divers? Să fie necesară aceeași expansiune pentru înțelegerea efectelor pluralismului juridic asupra sistemului de drept internațional însuși?⁷⁷

A intuit necesitatea „lărgirii” dreptului internațional, inclusiv din perspectiva subiecților de drept internațional, profesorul Philip C. Jessup. În propria Opinie Separată formulată în litigiul⁷⁸ soluționat în 5 februarie 1970 de Curtea Internațională de Justiție, reputatul și „rebelul”⁷⁹ profesor Jessup a considerat că respectivul litigiu nu va fi „un element diriguitor în viața comunității internaționale de afaceri”⁸⁰, fie și pentru considerentul că specialiștii în dreptul internațional public nu erau pregătiți mental, psihologic, psiho-somatic să accepte și apoi să gestioneze „lărgirea” dreptului

VAGTS, William S. DODGE, Hannah L. BUXBAUM, Harold Hongju KOH, *Transnational Business Problems*, n. 73, pp. 126-131 și 132-139.

⁷⁷ Pentru analiza pluralismului juridic experimentat în cadrul Organizației Mondiale a Comerțului, a se vedea Monica HAKIMI, *The Integrative Effects of Global Legal Pluralism*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 557-574.

⁷⁸ Este vorba despre litigiul CIJ, *Case concerning Barcelona Traction, Light, and Power Company., Ltd. (Belgium v. Spain) [1970]*.

⁷⁹ Pentru unii internaționaliști nord-americani contemporani cu profesorul Jessup, termenul „rebel” părea că este potrivit să-i fie atribuit acestuia din urmă. Dacă noi, cei de azi, fie și prezumtiv-privatiști, făcând eforturi să nu ne întâlnim cu auto-suficiența „îmbrăcată” în hainele erudiției, putem să-l considerăm pe profesorul Jessup un eclectic printre pragmatici. Ne încurajează să-l considerăm astfel pe respectivul profesor Vik KANWAR, *Difficulties for Every Solution. Defining Transnational Law at the Edge of Transdisciplinarity*, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 50, pp. 461-492.

⁸⁰ Și prin faptul că subiecții de drept privat nu mai sunt obiecte (participanți, n.n.), ci subiecți (primari, n.n.) de drept internațional, sistemul de drept internațional a devenit trans-național. Pentru analiza actorilor transnaționali în procedura de arbitraj, a se vedea Florian GRISEL, *Transnational Law in Context. The Relevance of Jessup's Analysis for the Study of 'International Arbitration'*, în Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Many Lives of Transnational Law...*, n. 50, pp. 186-196.

internațional însuși. „Lărgirea” era impulsionată, poate preponderent, de circulația capitalului financiar. În zilele de început de secol XXI, sesizăm cum un internaționalist din cea de-a doua jumătate a secolului al XX-lea a înțeles, poate mai aplicat decât un privatist-internist, destinul și traiectoriile capitalului financiar. A înțeles energia capitalului financiar, astfel îndreptată spre direcția conectării ordinii juridice internaționale (inter-etatice, n.n.) cu ordinele juridice naționale reconfigurate sau neconfigurate în ordini juridice cvasi-federale (în ordinea juridică a Uniunii Europene, n.n.).

Și astăzi, sau mai cu seamă astăzi, conectarea menționată nu mai poate fi captată prin sau/și de banala formulare „Dacă dreptul internațional nu dispune altfel”. În considerarea anumitor state-națiune consumatoare de mărfuri industriale și agricole, respectiv de capital financiar, aceeași formulare este generatoare de banalitate și susceptibilă de a exprima atitudinea eventual servilă a respectivelor state-națiune față de concepțiile juridice ale altor state-națiune (producătoare de capital financiar, n.n.). Adeseori, aceste din urmă concepții sunt „îmbrăcate”, prin mecanisme de

drept transnațional⁸¹, în „hainele” dreptului internațional⁸². În orice caz, este de reținut faptul că respectiva conectare a avut loc sub cupola ordinilor juridice metise. Acestea din urmă au devenit, în zilele noastre, (și) contorsionate. Capitalul financiar a jucat un rol important în inițierea acestor contorsionări. Au generat contorsionările evocate autentice măririi și decăderi (inclusiv falimente⁸³, n.n.). Aceleași contorsionări au pulverizat resorturile

⁸¹ Am asimilat deja accepțiunea noțiunii „contorsionare”. A se vedea Thomas DUVE, *Entanglements in Legal History...*, n. 60, pp. 3-25. Pentru acest autor, respectiva accepțiune „sugerează că așa-numitele ‘contorsionări’ se referă, în principal, la influențele reciproce *de facto* și la conținutul ‘călător’ al normelor juridice”. În lumina celor spuse de subsemnatul în conținutul articolului, concepțiile de drept național ale anumitor state-națiune (producătoare de capital financiar, n.n.) au „călătorit” (au fost transplantate, n.n.) în conținutul unor norme de drept internațional. Prin structura lor, normele de drept internațional sunt expresia unui compromis perfectat între concepții juridice care, prin finalizarea textului normei de drept internațional, se uniformizează. Însă prin transplant, compromisul nu este și de fond; rămâne la nivelul formei, în sensul că s-a realizat, formal, printr-o normă de drept internațional. Pe fond și în esența lucrurilor, nu este incident și un compromis de fond, din moment ce o concepție de drept național capătă identitate de drept internațional.

⁸² Așa-numitul „Eurocentrism” a neglijat (chiar a ascuns, n.n.) rolul non-europenilor (și al europenilor din statele-națiune neproducătoare de capital financiar, n.n.) în procesul de „fabricare” a dreptului internațional. Cu privire la modul de gestionare a eurocentrismului, a se vedea Martti KOSKENNIEMI, „Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, în *Rechtsgeschichte – Legal History*, vol. 19(2011), pp. 152-176.

⁸³ Ne este cunoscut, nu-i așa? falimentul marca „Lehman Brothers”. Pentru analiza falimentului Lehman Brothers, a se vedea Horatia MUIR WATT, *Financial Governance through Private International Law and the Global Political Economy*, în Horatia MUIR WATT, Lucia BÍZIKOVÁ, Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA, Diego P. FERNANDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law...*, n. 22, pp. 272-280.

clasice de stabilire a distincțiilor dintre contractul intern și contractul internațional⁸⁴.

Revenind la ipoteza „Petrobras”, se pot sesiza următoarele aspecte:

(i) proveniența geografică a capitalului financiar, astfel furnizat de subiecți de drept privat străini (prin raportare la ordinele juridice braziliene, boliviene, etc. n.n.) a constituit sâmburele unor adevăruri trans-naționale generate de realități juridice trans-naționale;⁸⁵

(ii) proveniența geografică a capitalului financiar privat a constituit vectorul unei ordini juridice contorsionate

(iii) ordinea juridică contorsionată a captat ordinea juridică internațională creată și prin tratatele (de investiții) perfectate de statele-națiune în domeniul exploatării zăcămintelor petrolifere, precum și ordinele juridice naționale în egală măsură. Contorsionarea provine și din modalitățile de interacțiune între entitățile de drept public și actorii de drept privat intern, respectiv între instrumentele de drept public și instrumentele de drept privat.

⁸⁴ A contribuit la pulverizarea sus-menționatei resorturi și litigiul *England and Wales High Court, Banco Santander Totta SA v. (1) Companhia De Carris De Ferro De Lisboa SA (2) Sociedade Transportes Colectivos Do Porto SA (3) Metropolitan De Lisboa Epe (4) Metro Do Porto SA*, soluționat de instanțele engleze în 2016. Pentru analiza acestui litigiu, a se vedea Gilles CUNIBERTI, *Choice of Law in Domestic Contracts: Towards a Right to Access Foreign Markets*, în Horatia MUIR Watt, Lucia BÍZIKOVÁ, Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA, Diego P. FERNANDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law...*, n. 22, pp. 464-471.

⁸⁵ Am sesizat deja faptul că realitățile juridice trans-naționale în discuție sunt construite intra-teritorial (în interiorul statelor-națiune Brazilia, Bolivia, etc. n.n.), însă cu rezonanță, cel puțin în domeniul exploatării resurselor naturale (petrolului, n.n.), cu adevărat extra-teritorială. Într-adevăr, „evaluarea companiei Petrobras (și al oricărei companii din tipologia Petrobras, n.n.) ca fiind un proiect *mestizo* poate fi folositoare atât în demersul de conectare a traiectoriei unei entități societare la chestiuni de guvernare globală, cât și în demersul de evaluare a locului Braziliei în cadrul sistemului global permanent re-modelat”. A se vedea Filipe ANTUNES MADEIRA DA SILVA, *Mestizo international law...*, n. 52, pp. 371-380.

Concret: entitățile de drept public au confirmat înțelegerile de drept privat intervenite în domeniul exploatării de către Petrobras a rezervelor de hidrocarburi situate pe teritoriile altor state; cu titlu de exemplu, notele diplomatice „circulate” între guvernele brazilian și bolivian, exprimând interesul politic pentru aprofundarea cooperării în domeniul resurselor naturale, au fost acompaniate de perfectarea unor tratate între cele două state-națiune în domeniul menționat, iar toate acestea (înțelegeri contractuale, note diplomatice, tratate) au constituit o veritabilă „rețea de instrumente de drept public și de drept privat care se completeau reciproc”⁸⁶.

Iată cum „fabricarea” dreptului internațional (inter-etatic) nu a implicat numai subiecți de drept internațional (statele-națiune Brazilia și Bolivia) sau numai izvoare de drept internațional (tratate, n.n.)! Au fost implicați și subiecți de drept privat, respectiv și instrumente de drept privat. Toate la un loc au compus un „mozaic” normativ și cvasi-normativ. Acest „mozaic” pulsează în ființa dreptului internațional expandat și devenit, prin expandarea însăși, trans-național. Același „mozaic” a pus în practică ceea ce a fost deja denumit „un mod alternativ de formulare a dreptului internațional”⁸⁷. Normativitatea și cvasi-normativitatea acestui „mozaic” s-au exprimat, logic, eclectic. Concret: normativitatea și cvasi-normativitatea în discuție s-au exprimat printr-un tipar caracterizat de și prin „reglementări de drept public și de drept privat, ceea ce confirmă natură hibridă a raporturilor (dintre statele-națiune Brazilia și Bolivia, n.n.) care cad sub incidența lui `în-

⁸⁶ Devoalează, poate cu nuanțe pătimase, interacțiunea de tip „public-privat” din domeniul exploatării de hidrocarburi autorii vedea Fabio Costa MOROSINI, Michelle Sanchez BADIN, *supra. cit.*, Petrobras in Bolivia..., n. 52, pp. 381-391.

⁸⁷ A se vedea Fabio Costa MOROSINI, Michelle Sanchez BADIN, *supra. cit.*, Petrobras in Bolivia..., n. 52, pp. 381-391.

între' dintre dreptul public și dreptul privat (dar și dintre dreptul intern și dreptul internațional, n.n.)”⁸⁸.

Prin „în-între” suntem în plină ordine juridică contorsionată. Statele-națiune au fost aduse de nevoia capitalului financiar de a „călători”, în situația experimentării acestui tip de ordine juridică. Ordinea juridică contorsionată inspiră un adevăr transnațional, de altfel generat de realitatea juridică transnațională în discuție. Iată adevărul transnațional: (i) suntem nevoiți să viețuim și supraviețuim în împrejurări contorsionate; respectivele împrejurări sunt create de actori și instituții care, prin norme și cvasi-norme (*exempli gratia*, prin Coduri de conduită) modifică modul nostru de a înțelege „povestea” spusă de știința juridică, și/sau (ii) suntem nevoiți să viețuim și supraviețuim într-un areal normativ, respectiv cvasi-normativ, care nu mai este centralizat-ierarhic⁸⁹, ci descentralizat-contorsionat.⁹⁰

Am fost avertizați de ceva vreme cu privire la „prăbușirea”, în arealul descentralizat-contorsionat, a ideii potrivit căreia (numai, n.n.) „statul-națiune constituie vectorul interesului public”⁹¹. Dacă vom rămâne în starea

⁸⁸ A se vedea aceiași autori Costa MOROSINI, Michelle Sanchez BADIN, Petrobras in Bolivia..., n. 52, pp. 381-391.

⁸⁹ Îmi pare că Uniunea Europeană optează, grație sau din cauza concepției familiare organizării proprii în matricea unei federații/confederații, pentru soluția subsumabilă centralizării-ierarhice.

⁹⁰ Pentru enunțarea problematicilor subsumabile ordinilor juridice contorsionate, a se vedea Nico KRISCH, Framing Entagled Legalities..., n. 12, pp. 1-32.

⁹¹ Întărește ideea evocată propagarea lui *Codex Alimentarius*, dar și propagarea activității unei entități non-guvernamentale (GLOBAL G.A.P.). A se vedea, de exemplu, Gregory SHAFFER, Carlos COYE, From International Law to Jessup..., n. 50, pp. 126-152. A se mai vedea și Ching-Fu LIN, *Scientification of Politics or Politization of Science: Reassessing the Limits of the Codex Alimentarius Commission*, în Francis SNYDER, Yi LU (eds.), *The Future of Transnational Law...*, n. 3, pp. 271-298.

de răvășire, vom asista, neputincios⁹² și neputincioși⁹³, și la „lichefierea” – prin aruncare în derizoriu și inutilitate, a programelor de educație juridică.

B. Litigiul *Kadi* și interactivitatea ordinilor juridice internațională și europeană

Iată că a sosit moment să evidențiez, ceva mai succint de data aceasta, un alt fost (fost prin raportare la data scrierii acestui articol, n.n.) adevăr transnațional, izvorât dintr-o situație transnațională construită la „intersecția” dintre ordinea juridică internațională și ordinea juridică cvasi-federală a Uniunii Europene⁹⁴. A evocat înaintea mea respectiva situație transnațională un reputat autor⁹⁵; acesta din urmă a considerat că instituția conflictului de legi ar fi trebui utilizată în ipoteza conflictului – atenție!, nu dintre norme de drept statal privat, ci dintre dreptul internațional și dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene. S-a procedat la o asemenea evocare în

⁹² „Neputincios” constituie un adverb.

⁹³ „Neputincioși” constituie un element predicativ suplimentar.

⁹⁴ Coabitarea contorsionată a ordinii juridice internaționale și cvasi-federale a Uniunii Europene s-a manifestat, de exemplu, în domeniul dreptului concurenței, sau în domeniul dreptului internațional al investițiilor. Sunt relevante litigiile CJUE *Eco Swiss v. Benetton International*, C-126/97, rap.digit. ECLI:EU:C:1999:269, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126>, și *AK v Achmea Schadeverzekeringen NV and Stichting Achmea Rechtsbijstand*. C-5/15, rap.digit. ECLI:EU:C:2016:218, online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0005&qid=1685448540514>. Din considerente de spațiu, mă limitez la amintirea acestor litigii, pentru incursiunea în atmosfera lor, a se vedea Giuditta CORDERO-MOSS, *Balancing Arbitrability and Court Control*, în Horatia MUIR WATT, Lucia BÍZIKOVÁ, Agatha BRANDÃO DE OLIVEIRA, Diego P. FERNANDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law...*, n. 22, pp. 82-91.

⁹⁵ A se vedea Ralf MICHAELS, *Global Legal Pluralism and Conflict of Laws*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 629-648.

considerarea raportului dintre instituția conflictului de legi și pluralismul juridic global⁹⁶. De altfel, atât instituția menționată, cât și ideea de pluralism juridic⁹⁷ sunt indestructibil legate de noțiunea care implică ordinele juridice

⁹⁶ Este adevărat că unii autori sugerează chiar „o sinonimie între conflictul de legi și pluralismul juridic global”. A se vedea Horatia MUIR WATT, „Jurisprudence Without Confines: Private International Law as Global Legal Pluralism”, în *Cambridge International Law Journal*, vol. 5(2016), nr. 3, pp. 388-403. Pentru această autoare, „instituția conflictului de legi se concentrează asupra interacțiunilor care ‘traversează’ granițele statelor-națiune, respectiv se situează în lacunele dintre suveranitatea internă și dreptul internațional public”. Mai reținem o linie ideologică à la Watt: cu a sa funcție de guvernanta globală, instituția conflictului de legi constituie și un „subdepartament al dreptului contractual internaționalizat”. A se vedea Horatia MUIR WATT, *Conflicts of Laws Unbounded. The Case for a Legal-Pluralist Revival*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 649-685.

⁹⁷ Asistăm la analize doctrinare ale pluralismului juridic din perspectiva antropologiei juridice – a se vedea Sally Engle MERRY, *An Anthropological Perspective on Legal Pluralism*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 169-185. Mai asistăm la analize doctrinare ale interacțiunii dintre pluralismul juridic și (i) constituționalism – a se vedea Miguel POIARES MADURO & Neil KOMESAR, *Constitutionalism without Borders and Governance beyond the States: A Comparative Institutional Approach*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 439-471, și (ii) dreptul internațional – a se vedea Elena BAYLIS, *Cosmopolitan Pluralist Hybrid Tribunals*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 595-628, și (iii) tranzacțiile comerciale – a se vedea John LINARELLI, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 689-745, și (iv) practicile comunităților indigene – a se vedea Kirsty GOVER, *Legal Pluralism and Indigenous Legal Traditions*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 847-875, și (v) regulile comunităților religioase – a se vedea Michael A. HELFAND, *The Future of Religious Arbitration in the United States: Looking through a Pluralist Lens*, în Paul Schiff BERMAN(ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 901-927, și (vi) regulile privind cetățenia, a se vedea Ayelet SHACHAR, *On the Verge of Citizenship: Negotiating Religion and Gender Equality*, în Paul Schiff BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook ...*, n. 34, pp. 1035-1061.

contorsionate; și prin acestea din urmă dreptul transnațional pulsează în contemporaneitatea post-post-modernă.

Prin valorificarea sugestiei sus-menționatului autor⁹⁸, am considerat util să re-evoc situația transnațională în discuție, pentru cel puțin un considerent. Re-evocarea urmează să aibă loc în contextul necesității de a conștientiza un adevăr transnațional (ordinea juridică contorsionată însăși, n.n.), astfel generat(ă) de realitatea transnațională din afacerea *Kadi*. Este adevărat că respectiva realitate viețuiește în intimitatea raportului dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul internațional. Analizarea acestui raport nu poate face însă abstracție, în esența lucrurilor, de ideea pluralismului juridic și de rolul jucat de instituția conflictului de legi în ființarea pluralismului juridic însuși. Așa fiind, propria re-evocare nu are cum să se distanțeze de linia inspirată de evocarea originară. În orice caz, atât ideea de pluralism juridic, cât și rolul jucat de instituția conflictului de legi (și de cvasilegi, n.n.⁹⁹) în gestionarea pluralității și diversității normative, respectiv cvasinormative, necesită o contemplare doctrinară aplicată, iar nu o menționare fugitivă; iată de ce, din considerente de spațiu, mă opresc aici.

Revenind la raportul sus-menționat, spun și scriu că acesta din urmă este susceptibil de evaluare din perspectiva dreptului privat clasic. Mai este evaluabil și din perspectiva dreptului public clasic. În oricare dintre perspectivele menționate, raportul dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul internațional merită să fie analizat prin cooperarea activă dintre privațiști și publiciști, pe de o parte, dintre interniști și internaționaliști, pe de altă parte. Până atunci mă limitez la reluarea unei idei care ne îndeamnă să cercetăm, în

⁹⁸ A se vedea Ralf MICHAELS, *Global Legal Pluralism...*, n. 95, pp. 629-648.

⁹⁹ A se vedea, de exemplu, Ralf MICHAELS, Joost PAUWELYN, „Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law”, în *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22(2012), nr. 3, pp. 349-376.

viitorul apropiat, cuvintele „dacă dreptul internațional nu dispune altfel”. Cercetarea nu trebuie să se efectueze oricum, ci într-un anumit registru, de altfel corespunzător realităților post-post-moderne emancipate de logica westfaliană. Aceste realități sunt contorsionate și implică registrul care aduce la lumină pe acel *dincolo de* accepțiunea, eventual brută și frustră, a respectivelor cuvinte.

În primul rând, raportul dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul internațional este subsumabil, mai degrabă, conceptului „contorsionare” (*entanglement*). În al doilea rând, același raport nu este subsumat conceptului „sisteme juridice integrate sau separate”¹⁰⁰. Vom vedea, poate cu ocazia scrierii unui alt articol, că așa-numitele „norme de interfață”¹⁰¹ (normele de drept internațional și normele din domeniul conflictului de legi, n.n.¹⁰²) nu sunt străine de universul ordinilor juridice contorsionate.

¹⁰⁰ Expresia manifestării pluralismului constituțional din Uniunea Europeană este și conflictul dintre curțile constituționale din statele-națiune membre ale Uniunii Europene și Curtea Europeană de Justiție. Am valorificat aceste aspecte din conținutul lucrării scrise de Nico KRISCH, *Framing Entangled Legalities...*, n. 12, pp. 1-32. Și Curțile Supreme din anumite state-națiune membre ale Uniunii Europene sunt, uneori, în conflict cu gardianul (Curtea Europeană de Justiție, n.n.) dreptului cvasi-federal al Uniunii Europene. Este bine-cunoscut litigiul AJOS în care „Curtea Supremă a Danemarcei a înfruntat Curtea Europeană de Justiție prin refuzul de a respecta o hotărâre pronunțată de aceasta din urmă (...)”. Refuzul a fost exprimat, potrivit dreptului danez, cu privire la aplicarea unei Directive a Uniunii Europene referitoare la discriminarea pentru considerente de vârstă. A se vedea Gregory SHAFFER, Carlos COYE, *From International Law to Jessup...*, n. 50, pp. 126-152.

¹⁰¹ Cu privire la normele de interfață denumite „norme terțiare”, a se vedea, de exemplu, Ralf MICHAELS, *Tertiary Rules*, în Nico KRISCH (ed.), *Entangled Legalities beyond the State*, n. 12, pp. 424-448.

¹⁰² Fie și pentru considerentul că normele de drept internațional și normele din domeniul conflictului de legi aparțin aceleiași categorii (categoriei „norme de interfață”, n.n.), recomand interniștilor și internaționaliștilor, pe de o parte, privațiștilor și publiciștilor, pe de altă parte,

Iată, pe scurt, afacerea *Kadi* care a implicat Consiliul de Securitate al Națiunilor Unite și entități judiciare ale structurii cvasi-federale ale Uniunii Europene¹⁰³! Așa cum am menționat deja, valorific o expunere anterioară¹⁰⁴. Printr-o Rezoluție a Consiliului de Securitate al Națiunilor Unite, s-a solicitat tuturor statelor membre ale Națiunilor Unite să inițieze și finalizeze procedurile de „înghețare” a activelor aparținând anumitor persoane fizice. Este vorba despre persoanele fizice care aveau legături cu al Qaeda și talibanii¹⁰⁵. Uniunea Europeană a transpus respectiva Rezoluție în conținutul unui Regulament¹⁰⁶, ce conținea o listă a persoanelor fizice supuse măsurilor restrictive. Respectivelor persoane fizice nu le-a fost conferită posibilitatea de a chestiona menționarea ca atare a lor în conținutul listei. Așa fiind, instrumentul cvasi-federal a fost contestat pentru motivul incompatibilității cu „europenele” drepturi ale omului.

Trei linii de gândire a generat afacerea *Kadi*. În primul rând, Tribunalul de Primă Instanță al Uniunii Europene a considerat că

să „apropie” specializarea în domeniul conflictului de legi de specializarea în domeniul dreptului internațional. Îi vor ajuta și considerentele de ordin istoric, astfel cum am sugerat în propriul articol, Radu Bogdan BOBEI, „No more Social Distance between International Law and Conflict of Laws”, în *Yearbook of Private International Law*, vol. 22(2020-2021), pp. 35-63.

¹⁰³ Pentru stufoasa analiză a afacerii *Kadi* și a consecințelor acesteia, a se vedea, de exemplu, Gráinne de BÚRCA, „The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*”, în *Harvard International Law Journal*, vol. 51(2010), nr. 1, pp. 1-49.

¹⁰⁴ A se vedea Ralf MICHAELS, *Global Legal Pluralism...*, nr. 95, pp. 629-648.

¹⁰⁵ Sugerez ca sus-menționatul demers internațional (inter-etatic, n.n.) să fie evaluat sub rezerva evenimentelor care au avut loc în luna august din anul 2021.

¹⁰⁶ Reamintesc că, la nivel de principiu, orice Regulament constituie un instrument de armonizare sub-regională a legislațiilor statelor-națiune membre ale acestei entități cvasi-federale. Pentru efectuarea distincției dintre convenții/tratate internaționale (izvor de drept internațional, n.n.) și Regulamente, ca instrumente de armonizare, este adevărat în domeniul dreptului comercial, a se vedea Roy GOODE, *Reflections on...*, n. 56, pp. 3-24.

Regulamentul nu poate fi anulat, fie și pentru motivul aplicării, cu prioritate, a dreptului internațional. Așa fiind, s-a considerat că aplicarea prioritară a dreptului internațional s-ar manifesta și în raporturile cu sistemul de drept cvasi-federal al Uniunii Europene. În al doilea rând, Curtea Europeană de Justiție a considerat că Regulamentul poate fi anulat, pentru motivul aplicării, cu prioritate, a dreptului cvasi-federal al Uniunii Europene. În al treilea rând, Avocatul General a susținut ideea de interactivitate dintre ordinea juridică internațională și ordinea juridică a Uniunii Europene. Concret: Avocatul General a susținut că „structura instituțională a Uniunii Europene trebuie să aibă în vedere Rezoluția Consiliului de Securitate al Națiunilor Unite atât timp cât au fost respectate drepturile omului”¹⁰⁷.

Fie că gestionăm, în stil monist, dualist sau intermediar, raportul dintre dreptul internațional și dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene, afacerea *Kadi* constituie expresia unei ordini juridice contorsionate. Esența acesteia din urmă este, de data aceasta, pluralismul juridic. De altfel, conceptualizarea dreptului transnațional se greșează și pe ideea de pluralism juridic¹⁰⁸; conceptualizarea dreptului transnațional nu exclude ideea dreptului transnațional evaluabil ca sistem de drept, respectiv ca instrument metodologic de evaluare a interacțiunii dintre ordinele juridice și cvasi-juridice¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Toate aceste trei linii de gândire (linia monistă, linia dualistă și linia intermediară) sunt evocate, cu nuanțe critice, de Ralf MICHAELS, *Global Legal Pluralism...*, nr. 95, pp. 629-648.

¹⁰⁸ Pentru o analiză a pluralismului juridic, a se vedea John GRIFFITHS, „What is Legal Pluralism?” în *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24(1986), nr. 1, pp. 1-55. De asemenea, pentru radiografierea traiectoriei de la pluralism juridic la pluralism juridic global, a se vedea Paul Schiff BERMAN, *Understanding Global...*, n. 62, pp. 1-35. Pentru moment, reținem una din ideile acestui din urmă autor: „în mod evident, «global» nu poate însemna «universal»”.

¹⁰⁹ Cu privire La palierele inspirate de conceptualizarea dreptului transnațional, a se vedea Peer ZUMBANSEN, *Transnational Law ...*, n. 48, pp. 1-29.

Pluralismul juridic aduce în discuție și necesitatea modului de gestionare a „suprapunerii (în același „spațiu” al vieții sociale, n.n.) a legilor (ordinilor juridice și, aș adăuga, cvasi-juridice, n.n.) și a interacțiunii dintre acestea”¹¹⁰. Ca instrumente sau tehnici de abordare a pluralismului juridic avem la îndemână, de exemplu, instituția conflictului de legi, sistemul de drept internațional, prezumția contra aplicării extrateritoriale a legilor naționale. Mai putem avea la îndemână și inițierea unui demers. Am în vedere demersul de proiectare a raportului dintre ordinea juridică internațională (inter-etatică, n.n.) și ordinea juridică cvasi-federală a Uniunii Europene în „mrejele” supremației dreptului internațional sau a supremației dreptului acestei entități cvasi-federale, respectiv în echilibrul (sau în „echilibrul”, n.n.) sugerat de Avocatul General chiar în afacerea *Kadi* (soluția intermediară).

Oricare ar fi instrumentele utilizate, conflictul dintre dreptul internațional și dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene este vârful „icebergului” metodologic. Putem contempla soluția potrivit căreia principiile clasice de soluționare a conflictului de legi să fie aplicate, poate adaptat (meta-aplicarea acestor principii, n.n.), și în ipoteza sus-menționatului conflict. Însă ceea ce contează, în esența lucrurilor, nu este „instrumentarul” ca atare și opțiunea pentru un instrument sau altul, ci *situația* pe care o avem de rezolvat. Or, această situație este *fundamental* diferită de situația specifică secolului al XX-lea în care dreptul internațional era ... internațional, iar sistemele de drept naționale erau ... naționale. Astăzi, cel puțin în primele decenii ale secolului al XXI-lea, norme de drept internațional „migrează” în legislații naționale, pe de o parte, norme de drept național „migrează” în legislația internațională, norme de drept cutumiar, religios etc. „migrează” în legislații naționale și legislația internațională deopotrivă, pe de altă parte. Mai este națională, în profunzimea lucrurilor, o legislație emisă de un stat-națiune

¹¹⁰ A se vedea Ralf MICHAELS, *Global Legal Pluralism...*, nr. 95, pp. 629-648.

care preia, chiar literalmente, concepte, concepții de drept străin, respectiv de drept internațional? Mai este internațional, în profunzimea lucrurilor, un text juridic care preia, literalmente, concepții de drept național? Formal, răspunsul este afirmativ, pe fond răspunsul este negativ.

Aceasta înseamnă că ordinele juridice s-au contorsionat sau că au fost aduse în stadiul de a se contorsiona. Aceasta înseamnă că sistemul de drept internațional nu mai este, cel puțin în integralitatea sa, internațional (inter-etatic, n.n.). A fost de-a dreptul „naționalizat”! Aceasta înseamnă că sistemele de drept național, cel puțin legislațiile din statele-națiune consumatoare de capital financiar (inclusiv legislațiile anumitor state-națiune membre ale Uniunii Europene, n.n.), nu mai sunt, cel puțin în integralitatea acestora, naționale. Au fost de-a dreptul „internaționalizate”!¹¹¹. Aceasta înseamnă că sus-menționatele *sui generis* naționalizări și internaționalizări coabitează fluid, intra-teritorial și extra-teritorial, respectiv vibrează în osatura transnaționalului¹¹². Aceasta înseamnă că *situația* din secolul al XXI-lea este *fundamental* diferită față de situația specifică secolului al XX-lea. Este *fundamental* diferită, în sensul că, cel puțin în afacerea *Kadi*, actorii de drept public (statele-națiune membre ale Națiunilor Unite, n.n.) și de drept privat (sus-menționata categorie de persoane fizice, n.n.) au fost nevoite să interacționeze intra-frontalier și extra-frontalier într-un univers normativ caracterizabil „fără centru și fără periferie”¹¹³. Așa fiind, nici nu mai contează dacă „așezăm” dreptul internațional sau dreptul cvasi-federal al Uniunii

¹¹¹ Pentru analiza contorsionării inspiratoare a Drumului Mătășii, a se vedea Tomer BROUDE, *Belt, Road and (Legal) Suspenders: Entangled legalities on the 'New Silk Road'*, în Francis SNYDER, Yi LU, *The Future of Transnational Law ...*, n. 3, pp. 1-22.

¹¹² Cu privire la modul în care funcționează mecanismele juridice transnaționale, a se vedea Harold Hongju KOH, *Transnational Legal Process*, n. 11, pp. 181-207.

¹¹³ Formularea îi aparține lui Gunther TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, n. 20, p. 152.

Europene sau sistemele de drept național în Centrul sau la Periferia universului normativ.

Și prin contribuția capitalului financiar, universul normativ a devenit descentralizat-contorsionat. Or, evaluarea raportului dintre dreptul internațional și dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene, inclusiv în temenii unei „supremații” a oricăreia dintre respectivele ordini juridice, avea sens în ipoteza existenței unui univers normativ centralizat și, logic, necontorsionat. Acesta din urmă nu (mai) există, fie și pentru considerentul că globalizarea ... unică, astfel promisă de Nordul Global, a eșuat. Trăim în spectrul unor globalizări ... plurale, astfel inițiate de Sudul Global, inclusiv de Estul din Sudul Global. În orice caz, aceste globalizări plurale ființează cu adevărat descentralizat¹¹⁴ și impulsionează statele-națiune să se „cuibărească” în confederații politice, economice etc. În pofida descentralizării, globalizările plurale îndeamnă statele-națiune să interacționeze într-o modalitate evolutivă ca natură. Toate cele enumerate mai sus constituie substanța celui de-al doilea adevăr transnațional pe care mi l-am propus să-l relev în conținutul prezentului articol. Adevărul transnațional în discuție a fost generat de realitatea juridică transnațională prezentă în afacerea *Kadi* grație ideii de pluralism juridic; această idee a adus în discuție interacțiunea dintre dreptul internațional și dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene și a

¹¹⁴ Descentralizarea implică, poate inevitabil, pluriversalitatea; universalismul, de altfel proclamat de Nordul Global, începe să aibă un înlocuitor. Este vorba chiar despre termenul „pluriversalitate” care începe să fie utilizat, cu accepțiuni adaptate în studiile de drept comparat, cu ocazia creionării unei gândiri de tip „decolonial”. Așa-numita „*teorie a decolonialității*” (*decolonial theory*) constituie un subiect de cercetare pentru autorii Lena SALAYMEH, Ralf MICHAELS, „Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, în *Rabel Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 86(2022), nr. 1, pp. 166-188.

evidențiat, fie și preliminar-prospectiv, conceptul „ordine juridică contorsionată”.

V. Promisiune de răspuns afirmativ

Întrebările anunțate deja¹¹⁵ își păstrează nota retorică. Însă acel „parțial” din formularea „parțial-retorică” mă îndeamnă să formulez o promisiune de răspuns afirmativ. Îmi pare că fostele adevăruri transnaționale se vor ivi în noi și noi situații transnaționale. Însă situațiile transnaționale viitor-prezente vor pedala, respectiv pedalează, poate mai aplicat, pe componenta „publică”, dacă există, a dreptului transnațional¹¹⁶. Componenta „privată” va continua să se manifeste, însă poate că va fi inhibată de renașterea componentei „publice”. A apus epoca fuziunilor și achizițiilor majore efectuate de Nordul Global în Sudul Global! A apus epoca iureșului trans-teritorial al capitalului financiar izvorât din Nordul Global. Însă capitalul financiar rămâne genitorele regimurilor de drept – respectiv de cvasi-drept – privat transnațional. Respectivele regimuri se exprimă și prin conceptele „contracte-standard”, respectiv „Condiții generale”. Conceptele în discuție pot fi calificate de unii doctrinari din Estul ... Sudului Global ca fiind expresia decăderii ideii de consimțământ. Și le pot califica astfel întrucât „consumatorii” (din același Est al ... Sudului Global, n.n.) al contractelor-

¹¹⁵ „Să fie viitoarele adevăruri transnaționale chiar fostele adevăruri transnaționale (...)?” și „Să fie ordinile juridice contorsionate viitorul normativității și cvasi-normativității pe care, paradoxal, le experimentăm mai mult sau mai puțin voluntar, pe de o parte, mai mult sau mai puțin conștient, pe de altă parte?”. A se vedea *supra*, n. 43.

¹¹⁶ „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!” constituie îndemnul meu doctrinar transpus în titlul articolului publicat de *Analele Universității Alexandru Ioan Cuza Științe Juridice*, Tomul LXVIII/nr.1, 2022, pp. 35-69, online: <http://doi.org/10.47743/jss-2022-68-1-2>.

standard și al Condițiilor Generale, au fost nevoiți, din motive economice, să le accepte. Poate că au asistat neputincios și neputincioși la decăderea ideii de consimțământ¹¹⁷. Poate că au fost „împinși” să fie chiar ei autorii decăderii respectivei idei. În orice caz, este lesne de sesizat faptul că Sudul Global a început să atace doctrinar componenta privată a dreptului transnațional, astfel edificată de Nordul Global¹¹⁸.

Simt doctrinar apusul metodologic de care vorbesc. Iată de ce avansează ideea unei schimbări în raportul dintre componentele „publică” și „privată” ale dreptului transnațional! Această schimbare implică diluarea impetuozității componentei „private” a dreptului transnațional însuși.

¹¹⁷ În domeniul dreptului internațional (inter-etatic, n.n.), s-a analizat deja decăderea ideii de consimțământ. A se vedea Nico KRISCH, „The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, în *American Journal of International Law*, vol. 108(2014), pp. 1-40. Este util de lecturat și lucrarea scrisă de Joost PAUWELYN, Ramses WESSEL, Jan WOUTERS, *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012. Decăderea ideii de consimțământ a fost menționată și din perspectiva raportului dintre competența cosmopolită (în dreptul internațional, n.n.) și interesul național. A se vedea Cedric RYNGAERT, *Cosmopolitan Jurisdiction and the National Interest*, în Stephen ALLEN, Daniel COSTELOE, Malgosia FITZMAURICE, Paul GRAGL, Edward GUNTRIP (eds.), *The Oxford Handbook ...*, n. 18, pp. 210-227. Autorul C. Ryngaert menționează opțiunea „doctrinei marxiste și a doctrinei edificate potrivit tradiției instituite de concepțiile Lumii a Treia cu privire la dreptul internațional” exprimată în sens critic cu privire la „exercitarea competenței universale în materie penală, pentru considerentul că se perpetuează hegemonia Vesticilor”. Cu ocazia aceasta, respectivul autor citează și pe Andrea BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2016, p. 86.

¹¹⁸ De exemplu, instituția contractului de concesiune a început să fie atacată doctrinar din post-colonii. Într-adevăr, s-a susținut că Nordul Global a potențat – în considerarea noțiunii „contract de concesiune” – relevanța termenului contractual, de altfel inspirator de drept privat pur și favorabil Nordului Global însuși. S-a potențat mai puțin relevanța termenului „concesiune”, de altfel inspirator total sau preponderent de drept public pur al statelor-națiune receptoare de investiții. A se vedea Prabhakar SINGH, *The Private Life of ...*, n. 54, pp. 419-440.

Diluarea în discuție este manifestabilă în perioada ulterioară anului 2020 și poate dura chiar până în anul 2040. În orice caz, componenta „publică”, în curs de re-naștere, nu va mai fi aceea pe care o cunoșteam în secolele XIX și XX. A fost, între timp, „privatizată” și transpusă în ordini juridice contorsionate. Au fost, între timp, „privatizate” principiile; au fost, între timp, „privatizate” o serie de state-națiune aflate de-a lungul și de-a latul sistemelor de producere și aprovizionare cu mărfuri industriale, respectiv agricole. Cu alte cuvinte, „cu cât se produce o schimbare, cu atât nu se schimbă nimic!”¹¹⁹. Însă Istoria „tremură” ciclic. Nu este exclus să asistăm la re-„naționalizări” ale sistemelor de drept național sau/și la re-„internaționalizarea” (re-etatizarea, n.n.) dreptului internațional însuși; sub-domenii ale dreptului internațional, *exempli gratia*, sub-domeniul comerțului, sub-domeniul investițiilor, dar și instituția conflictului de legi nu vor fi ocolite.

În fine, dacă propria-mi promisiune de răspuns va eșua, ne putem consola cu citirea sau recitirea acelor „Foste adevăruri viitoare”¹²⁰.

VI. Bibliografie

A. Monografii

ALLEN, Stephen, COSTELLOE, Daniel, FITZMAURICE, Malgosia GRAGL, Paul GUNTRIP, Edward (eds.): *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2019;

¹¹⁹ Sau, cum se spune în Quebec, „*Plus ça change, plus c'est pareil!*”. Utilizează ludic această butadă și Stéphane BEAULAC, *The Lotus case in Context: Sovereignty, Westphalia, Vattel, and Positivism*, în Stephen ALLEN, Daniel COSTELOE, Malgosia FITZMAURICE, Paul GRAGL, Edward GUNTRIP (eds.), *The Oxford Handbook ...*, n. 18, pp. 40-58.

¹²⁰ A se vedea D. I. SUCHIANU, *Foste adevăruri viitoare*, Editura Minerva, București, 1978.

- AMAN, Alfred C. Jr., GREENHOUSE, Carol J.: *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017;
- ANGHIE, Antony: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007;
- BASEDOW, Jürgen: *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021;
- BECKER LORCA, Arnulf: *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge University Press, 2014, <https://doi.org/10.1017/CBO9781139015424>;
- BERMAN, Paul Schiff (ed.): *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020;
- BOBEI, Radu Bogdan: *Curs de drept internațional – cu privire numai asupra comerțului*, Editura C.H. Beck, București, 2019;
- CARREAU, Dominique, MARELLA, Fabrizio: *Droit international*, Pedone, ediția a 11-a, 2012;
- DUVE, Thomas (ed.): *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, 2014;
- FERRARI, Franco, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (eds.): *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar Monographs in Private International Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK)- Northampton, MA(USA), 2019;
- GAILLARD, Emmanuel: *Legal Theory of International Arbitration*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 35;
- GOODE, Roy: *The Development of Transnational Commercial Law. Policies and Problems*, Oxford University Press, 2018;
- HEIDEMANN, Maren: *Transnational Commercial Law*, Macmillan International Higher Education-Red Globe Press, 2019;

- JESSUP, Philip C.: *Drept transnațional* (traducere efectuată de Radu Bogdan Bobei), Editura Universul Juridic, București, 2021;
- KOSKENNIEMI, Martti: *The Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011;
- KRISCH, Nico (ed.): *Entangled Legalities beyond the State*, Cambridge University Press, 2022, <https://doi.org/10.1017/9781108914642>;
- LAUTERPACHT, Hersch: *Private Law Sources and Analogies of International Law. With Special Reference to International Arbitration*, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927, retipărită de The Lawbook Exchange, Ltd., Clar, New Jersey, 2002, 2013;
- LHUILIER, Gilles: *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016;
- MUIR WATT, Horatia, BÍZIKOVÁ, Lucia, BRANDÃO DE OLIVEIRA, Agatha, FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (eds.): *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK)-Northampton, MA(USA), 2019;
- PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses, WOUTERS, Jan: *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012;
- SNYDER, Francis, LU, Yi (eds.): *The Future of Transnational Law. UE, USA, China and the BRICS/L'avenir du droit transnational. UE, USA, Chine et les BRICS*, Bruylant, Bruxelles, 2015;
- TEUBNER, Gunther: *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization*, Oxford University Press, 2012;
- VAGTS, Detlev F., DODGE, William S., BUXBAUM, Hannah L., KOH, Harold Hongju: *Transnational Business Problems*, ediția a 6-a, Foundation Press/West Academic, St. Paul, 2019;
- ZUMBANSEN, Peer (ed.): *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, 2021;

ZUMBANSEN, Peer (ed.): *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, 2020, <https://doi.org/10.1017/9781108780582>;

B. Articole și studii

BAUMAN, Zygmunt: „On Glocalization: or Globalization for some, Localization for some Others”, în *Thesis Eleven*, vol. 54(1998), pp. 37-49;

BOBEI, Radu Bogdan: „Conștientizarea dreptului transnațional în acțiune”, *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, vol. 66, nr. 3(2021), pp. 98-132, [https://doi.org/10.24193/SUBBiur.66\(2021\).3.4](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.66(2021).3.4);

BOBEI, Radu Bogdan: *Piețele financiare – (posibil) domeniu al dreptului transnațional*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 2/2022, pp. 49-69;

BOBEI, Radu Bogdan: „No more Social Distance between International Law and Conflict of Laws”, în *Yearbook of Private International Law*, vol. 22(2020-2021), pp. 35-63;

BOBEI, Radu Bogdan: „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!” în *Analele Universității Alexandru Ioan Cuza Științe Juridice*, Tomul LXVIII/nr.1, 2022, pp. 35-69, <http://doi.org/10.47743/jss-2022-68-3-24>;

BOBEI, Radu Bogdan: „De la inovație doctrinară la normativitate transnațională. Considerații asupra litigiului Bremen și alții contra Zapata Off-Shore Co.”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 4/2020*, pp. 39-56;

BOBEI, Radu-Bogdan: „Trans-teritorialitatea - exigența discretă a interacțiunilor on line”, NICOLAE, Marian, BRICIU, Traian, POP, Paul, (coord.): *In Memoriam Viorel Mihai Ciobanu. Dreptul procesual și*

- dreptul substanțial la începutul mileniului al III-lea*”, Editura Universul Juridic, București, 2022;
- DE BÚRCA, Gráinne: „The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, în *Harvard International Law Journal*, vol. 51(2010), nr. 1, pp. 1-49;
- CALLIES, Christian: „Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law”, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 1, pp. 1367-1382;
- FISCHER-LESCANO, Andreas, TEUBNER, Gunther: „Regime-Collisions: The Vain Search for legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, în *Michigan Journal of International Law*, vol. 25(2004), nr. 4, pp. 999-1046;
- GRIFFITHS, John: „What is Legal Pluralism?” în *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24(1986), nr. 1, pp. 1-55;
- HADFIELD, Gillian K.: „Privatizing Commercial Law”, în *Regulation*, vol. 24(2001), nr. 1, pp. 40-45;
- HOFFMANN, Stanley: „Obstinate or Obsolete? The fate of the Nation-State and the Case of Western Europe”, în *Tradition and Change*, vol. 95(1966), nr. 3, pp. 862-915;
- KOH, Harold Hongju: „Transnational Legal Process”, în *Nebraska Law Review*, vol. 75(1996), nr. 1, pp. 181-207;
- KOSKENNIEMI, Martti: „Expanding Histories of International Law”, în *American Journal of Legal History*, vol. 56(2016), nr. 1, pp. 104-112, <https://doi.org/10.1093/ajlh/njv011>;
- KOSKENNIEMI, Martti: „Empire and International Law: The Real Spanish Contribution”, în *University of Toronto Law Journal*, vol. 61(2011), nr. 1, pp. 36, <https://doi.org/10.3138/utlj.61.1.001>;

- KOSKENNIEMI, Martti: „Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, în *Rechtsgeschichte- Legal History*, vol. 19(2011), pp. 152-176, <https://doi.org/10.12946/rg19/152-176>;
- KOSKENNIEMI, Martti: *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of international law*, Comisia de Drept Internațional, Sesiunea 59, Geneva, 1 mai-9 iunie și 3 iulie-11 august 2006, documentul Națiunilor Unite A/CN.4/L.682;
- KOSKENNIEMI, Martti: „Global Governance and Public International Law”, în *Kritische Justiz*, vol. 37(2004), nr. 3, pp. 241-254;
- KRISCH, Nico: „The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, în *American Journal of International Law*, vol. 108(2014), pp. 1-40, <https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.108.1.0001>;
- LADEUR, Karl-Heinz: „European Law as Transnational Law- Europe Has to Be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate”, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 1, pp. 1357-1365;
- MICHAELS, Ralf: „State Law as a Transnational Legal Order”, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1(2016), pp. 141-160;
- MICHAELS, Ralf, PAUWELYN, Joost: „Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law”, în *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22(2012), nr. 3, pp. 349-376;
- MUIR WATT, Horatia: „Governing Networks. A Global Challenge for Private International Law”, în *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22(2015), nr. 3, pp. 352-369, <https://doi.org/10.1177/1023263X1502200303>;

- SALAYMEH, Lena, MICHAELS, Ralf: „Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, în *Rabel Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 86(2022), nr. 1, pp. 166-188, <https://doi.org/10.1628/rabelsz-2022-0007>;
- SHAPIRO, Martin: „The Globalization of Law”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 37(1994), nr. 1, pp. 37-64;
- YNTEMA, Hessel E.: „The Comity Doctrine”, în *Michigan Law Review*, vol. 65(1966), pp. 9-32.

SCURTE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA
INTERPRETAREA FLEXIBILĂ A CONVENȚIEI
EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).4.4
Data publicării online: 31.05.2023

Cristina TOMULEȚ*

Rezumat. În cuprinsul acestui articol, am analizat interpretarea flexibilă a Convenției Europene de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului și cauzele istorice ale acestui mod de interpretare. În același timp, am identificat principalele greutăți și contragreutăți cu care operează Curtea în contextul interpretării Convenției, arătând că procesul în discuție seamănă cu un exercițiu de echilibristică, în cadrul căruia sunt puse în balanță diverse tehnici de interpretare. Am analizat interpretarea efectivă a Convenției, respectiv interpretarea sa evolutivă în contextul aplicării teoriei marjei de apreciere și a numitorului comun al statelor, precum și teoria obligațiilor pozitive. În concluzie, am arătat că interpretarea Convenției pare să fie „dezechilibrată” în direcția protecției efective a drepturilor fundamentale, ceea ce este preferabil față de o interpretare „echilibrată”, care să ne lase vulnerabili în fața abuzurilor statale.

Cuvinte-cheie: interpretare; Convenția Europeană; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; drepturile omului; interpretare flexibilă; interpretare efectivă;

* Asist.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, cristina.tomulet@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-3218-3353>.

interpretare evolutivă; numitorul comun al statelor; marja de apreciere a statelor; obligații pozitive.

SHORT CONSIDERATIONS REGARDING THE FLEXIBLE INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Abstract. In this article, I have analyzed the flexible interpretation of the European Convention by the European Court of Human Rights and the historical causes of this method of interpretation. At the same time, I have identified the main weights and counterweights with which the Court operates in the context of the interpretation of the Convention, showing that the process in question resembles a balancing exercise, in which various interpretation techniques are used. I have analyzed the effective interpretation of the Convention, its evolutive interpretation in the context of the margin of appreciation of states and the emerging consensus doctrine, as well as the theory of positive obligations. In conclusion, I have pointed out that the interpretation of the Convention appears to be 'unbalanced' in the direction of the effective protection of fundamental rights, which is preferable to a 'balanced' interpretation, which would leave us vulnerable to state abuses.

Keywords: interpretation; European Convention; European Court of Human Rights; human rights; flexible interpretation; effective interpretation; evolutive interpretation; the emerging consensus doctrine; margin of appreciation; positive obligations.

Cuprins

I.	Introducere	139
II.	Legătura dintre modul în care s-a născut sistemul european de protecție a drepturilor omului și interpretarea Convenției Europene	141
III.	Regula de aur: interpretarea flexibilă a Convenției	143
A.	Interpretarea efectivă a Convenției sau „noi nu garantăm drepturi teoretice și iluzorii, ci drepturi concrete și efective”	146
B.	Interpretarea evolutivă a Convenției. Numitorul comun al statelor și teoria marjei de apreciere.....	150
C.	Teoria obligațiilor pozitive.....	154
IV.	Concluzii.....	162

I. Introducere

Ramura dreptului internațional și european al drepturilor omului este atipică datorită modului în care s-a născut. Deși în mod indirect, dreptul a protejat întotdeauna, într-o formă sau alta, mai mult sau mai puțin, drepturile omului, a fost nevoie de multe convulsii istorice pentru ca să apară o ramură de drept specială care să reglementeze acest obiect. Din nefericire, de-a lungul istoriei, filozofia s-a preocupat mai mult de problema drepturilor naturale decât științele juridice¹. Transpunerea drepturilor naturale în plan juridic a

¹ Din această perspectivă, drepturile naturale au apărut pentru prima dată în filozofia greacă antică, teoria în discuție fiind ulterior preluată și dezvoltată de Cicero. În Evul Mediu, teoria drepturilor naturale a fost dezvoltată în continuare de filozofi catolici, aportul cel mai substanțial în acest sens fiind adus de Toma de Aquino. Ideea drepturilor omului a fost, în cele din urmă, formulată explicit în secolul al XVIII-lea în perioada iluministă de către filozofi precum John Locke sau teoreticienii ai dreptului precum Jean-Jacques Burlamaqui. În acest sens, a se vedea M. MAHLMANN, *Mind and Rights. The History, Ethics, Law and Psychology of Human Rights*, Cambridge University Press, 2023, p. 178.

avut loc târziu în istorie ca urmare a unor necesități stringente. Într-o primă fază, acestea au fost transpuse în constituții ca drepturi ale „cetățeanului”, în contextul curentului constituționalist modern, pentru a se pune capăt diverselor forme de tiranie². Doar într-o etapă ulterioară, după cel de-al Doilea Război Mondial, comunitatea internațională a realizat în sfârșit că fără o protecție juridică reală și efectivă a drepturilor omului (nu doar ale cetățeanului) s-ar putea să nu mai fie nevoie de drept pentru că nu vor mai exista oameni³. Acea convingere colectivă reală a determinat actorii dreptului internațional să încheie diverse tratate și să creeze diverse organizații în scopul protecției drepturilor fundamentale, printre ele numărându-se și Consiliul Europei în cadrul căruia a fost adoptată Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁴. Bineînțeles că bunele-intenții nu au fost suficiente și majoritatea dezideratelor au rămas doar vorbe goale, afirmate în lumea politică. Cu toate acestea, impactul acestor tratate, chiar și politic, nu poate fi subestimat, având în vedere că majoritatea constituțiilor actuale din lume au preluat, în diverse forme, drepturile fundamentale enunțate în ele⁵.

² C. PERRY PATTERSON, *The Evolution of Constitutionalism*, Minnesota Law Review, Vol. 32, No. 5, 1948, p. 427. Conform autorului, „constituționalismul nu este decât numele pus încrederii pe care omul o are în puterea unui document de a controla un guvern”.

³ Din acest punct de vedere, în doctrină s-a arătat că cele două mari influențe care au stat la baza creării Consiliului Europei au fost experiențele din cel de-al Doilea Război Mondial și începutul Războiului Rece. În acest sens, a se vedea N-L. AROLD, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 19.

⁴ Convenția Europeană a fost primul tratat cu o sferă largă de aplicabilitate adoptat în domeniul protecției drepturilor omului de după cel de-al Doilea Război Mondial. În acest sens, a se vedea W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 1.

⁵ De exemplu, Declarația Universală a Drepturilor Omului (adoptată în 1948), care are doar caracter politic, a constituit o sursă de inspirație pentru foarte multe constituții din lume. În

Afirmarea, chiar și pur textuală, a necesității protecției drepturilor fundamentale este un pas important pentru protecția lor reală. Totuși, el nu este suficient, dacă luăm în considerare constituțiile comuniste, al căror conținut nu era foarte diferit de conținutul celor democratice.

Tocmai de aceea îmi propun să analizez, în acest context, problema interpretării tratatelor internaționale din domeniul drepturilor omului, raportându-mă cu precădere la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, având în vedere că ea produce efectele cele mai importante în sistemul nostru juridic și a dat naștere, totodată, celui mai efectiv sistem de protecție a drepturilor fundamentale din lume.

II. Legătura dintre modul în care s-a născut sistemul european de protecție a drepturilor omului și interpretarea Convenției Europene

Modul în care este interpretată o lege, o constituție sau un tratat internațional este strâns legat de motivele și contextul adoptării actului în discuție. Aceeași idee este valabilă, *a fortiori*, și în cazul Convenției Europene a Drepturilor Omului. Impactul celor două războaie mondiale asupra conștiinței colective europene a determinat, în primul rând, apariția Convenției Europene, iar în al doilea rând, modalitatea sa flexibilă de interpretare⁶. Din această perspectivă, cred că acesta este cuvântul care

acest sens, a se vedea: European Parliament, *The Universal Declaration of Human Rights and Its Relevance for the European Union*, online: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/628295/EPRS_ATA\(2018\)6_28295_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/628295/EPRS_ATA(2018)6_28295_EN.pdf).

⁶ Din acest punct de vedere, în ceea ce privește impactul Preambulului Convenției asupra interpretării sale, într-o opinie separată, judecătorul Tulkens a citat cauza *Wemhoff* ca precedent cu caracter de autoritate în sensul că „având în vedere că Convenția este un tratat-

descrie în modul cel mai adecvat interpretarea Convenției Europene: *flexibilitate*.

Convenția Europeană a fost adoptată la scurt timp după terminarea celui de-al Doilea Război Mondial și după procesele de la Nürnberg, marcând începutul unei ere noi: *era protecției drepturilor fundamentale în Europa*. Scopul adoptării Convenției – prevenirea repetării atrocităților din timpul celui de-al doilea război mondial prin protecția reală și efectivă a drepturilor omului, a inspirat de-a lungul timpului și interpretarea sa, care este, prin esență, ghidată de metoda teleologică de interpretare. Scopul „măreț” al protecției drepturilor fundamentale a justificat, în istoria jurisprudenței Curții, nenumărate interpretări care s-au îndepărtat radical de textul Convenției, tocmai pentru că s-a considerat că în acest domeniu, stricta interpretare nu va contribui la promovarea obiectivelor Convenției. Prin urmare, interpretarea teleologică extensivă este metoda de interpretare preferată de Curte⁷.

lege, este necesară identificarea interpretării celei mai adecvate din perspectiva realizării scopului și obiectivelor Convenției și nu a celei care ar restrânge cel mai mult obligațiile asumate de state”. A se vedea CEDO, MC, Stummer v. Austria, ap. nr. 37452/02 din 7 iulie 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD003745202, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105575>, opinia parțial separată a judecătorului Tulkens, pg 3 citând CEDO, C, Wemhoff v. Germania, ap. nr. 2122/64 din 27 iunie 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:0627JUD000212264, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57595>, pg. 8 *apud* W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary...*, p. 66.

⁷ Cu privire la acest aspect, în doctrină au fost enumerate mai multe practici ale instanței europene care se subsumează interpretării extensive: astfel, printre altele, Curtea a respins interpretările formaliste în favoarea celor care protejează scopul drepturilor fundamentale; a creat anumite drepturi care nu apar explicit în textul Convenției; a creat teoria obligațiilor pozitive, care are impact inclusiv în raporturile dintre particulari; a interpretat restrictiv

Un alt aspect legat de contextul adoptării Convenției care merită menționat ține de atitudinea statelor care au fondat și care au aderat ulterior la Consiliul Europei. Într-o premieră absolută, statele membre s-au supus de bunăvoie jurisdicției Curții, acceptând să răspundă în fața sa la inițiativa propriilor cetățeni sau persoane aflate sub jurisdicția lor⁸. Acest act, lipsit de egoism, motivat de convingerea că drepturile omului merită o protecție reală, a justificat, într-un sens, atitudinea Curții de a extinde pas cu pas sfera de aplicabilitate a Convenției, impunând tot mai multe obligații statelor membre⁹.

Având în vedere că problematica interpretării Convenției este inepuizabilă, mă voi rezuma, în cele ce urmează, la analiza succintă a câtorva principii, reguli, metode sau teorii create ori aplicate de Curte, în domeniul interpretării Convenției.

III. Regula de aur: interpretarea flexibilă a Convenției

Interpretarea flexibilă a Convenției constituie, în opinia mea, principiul fundamental al interpretării sale. Am ales această expresie deoarece ea reflectă faptul că nu există un algoritm rigid de interpretare în

excepțiile și derogările de la Convenție, precum și rezervele statelor; a decis că statele sunt responsabile și pentru acțiuni comise în afara teritoriilor lor. A se vedea S. DOTHAN, *In Defence of Expansive Interpretation of the European Court of Human Rights*, Cambridge Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, No. 2, 2014, p. 513-514, 516.

⁸ R. CHIRIȚĂ, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 14.

⁹ Această practică a fost criticată în doctrină, considerându-se că în acest mod se încalcă voința democratică a statelor. S. DOTHAN, *In Defence of Expansive Interpretation of the European Court of Human Rights...*, p. 509.

baza căruia să se poată anticipa, în termeni absoluți, direcția în care se va orienta jurisprudența Curții într-un anumit domeniu.

Înainte de a încerca să descriu conținutul acestui principiu, voi sublinia ce *nu* este interpretarea flexibilă a Convenției. Astfel, în principiu, Curtea nu a recunoscut niciodată drepturi noi, neprevăzute în Convenție, printr-o contrazicere flagrantă a textului său, dacă acestea nu au putut fi subsumate de o manieră rezonabilă drepturilor prevăzute în Convenție¹⁰. De exemplu, instanța europeană nu a recunoscut niciodată *dreptul de a divorța*¹¹, deși a existat o presiune în acest sens din cauza dreptului irlandez care, până la un anumit moment¹², nu recunoștea acest drept în sistemul său juridic intern. Curtea a considerat că interpretarea flexibilă a Convenției nu poate merge atât de departe încât să extragă din dreptul la căsătorie, garantat de art. 12 din Convenție, exact opusul său, și anume dreptul de a divorța. Prin urmare, există niște limite impuse de interpretarea gramaticală și sistematică¹³ a textului Convenției pe care nici măcar Curtea nu își permite, în principiu, să le depășească.

¹⁰ *Idem*, p. 515.

¹¹ CEDO, C, Johnston și alții v. Irlanda, ap. nr. 9697/82 din 18 decembrie 1986, pg 51-58, ECLI:CE:ECHR:1986:1218JUD000969782, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57508>.

¹² Doar în 1995 a fost înlăturată interdicția constituțională de a divorța în urma unui referendum, urmând ca în mai 2019 să aibă loc un alt referendum, în urma căruia a fost redusă durata perioadei în care soții trebuiau să locuiască separat de la 4 la 2 ani. A se vedea Rory CARROLL, *Ireland votes to liberalise divorce laws after referendum*, in The Guardian, online: <https://www.theguardian.com/world/2019/may/26/ireland-votes-to-liberalise-divorce-laws-after-referendum>.

¹³ În această cauză, Curtea a utilizat regula semnificației comune a termenilor („*ordinary meaning*”), precum și metoda istorică pentru a ajunge la concluzia că art. 12 nu include dreptul de a divorța. De asemenea, instanța europeană a aplicat metoda sistematică pentru a ajunge la concluzia că nici art. 8 din Convenție nu poate fi interpretat în sensul că ar include acest drept.

Pe de altă parte, au existat cazuri în care interpretarea flexibilă a Convenției a condus în cele din urmă la o încălcare a limitelor ce decurg din metoda literală și sistematică de interpretare. De exemplu, în art. 4 pg. (3) lit. b) din Convenție, se prevede că nu constituie muncă forțată sau obligatorie: „orice serviciu cu caracter militar sau, în cazul celor care refuză serviciul militar din motive de conștiință, în țările în care acest lucru este recunoscut ca legitim, un alt serviciu în locul serviciului militar obligatoriu”. Interpretarea literală a expresiei pe care am subliniat-o conduce la concluzia certă că art. 4 nu impune statelor să creeze servicii civile alternative pentru obiectorii de conștiință. De aceea, art. 9 din Convenție nu ar trebui să fie interpretat de o așa manieră încât să se rețină o încălcare a libertății religioase atunci când serviciile civile în discuție lipsesc din sistemul juridic în cauză, iar obiectorii de conștiință sunt obligați să presteze un serviciu cu caracter militar. Aceasta este poziția de la care a plecat Comisia în jurisprudența sa¹⁴ pentru ca, un număr de ani mai târziu, Curtea să ajungă la concluzia exact opusă¹⁵. Schimbarea jurisprudenței în acest caz a fost motivată de o *interpretare evolutivă* a Convenției¹⁶ – „în lumina condițiilor de viață actuale”, dar și de *consensul emergent* al statelor, care au recunoscut în sistemele lor juridice dreptul de a refuza serviciul militar pe motive de conștiință¹⁷.

¹⁴ A se vedea, de exemplu, CEDO, Com., G.Z. c. Austria, ap. nr. 5591/72 din 2 aprilie 1973, ECLI:CE:ECHR:1973:0402DEC000559172, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100491>.

¹⁵ A se vedea CEDO, MC, Bayatyan c. Armenia, ap. nr. 23459/03 din 7 iulie 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD002345903, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611>.

¹⁶ CEDO, MC, Bayatyan c. Armenia..., pg. 102.

¹⁷ *Idem*, pg. 103.

Se poate astfel observa că interpretarea flexibilă a Convenției este ca un exercițiu de echilibristică, ghidat de scopul protecției efective a drepturilor fundamentale, în care se folosesc mai multe greutăți și contragreutăți: interpretarea literală și sistematică, interpretarea extensivă sau largă, interpretarea evolutivă, „numitorul comun” al statelor și teoria marjei de apreciere, interpretarea teleologică și efectivă, teoria obligațiilor pozitive și a noțiunilor autonome, raportarea la condițiile speciale ale speței etc.

Astfel, după cum afirmam anterior, flexibilitatea interpretării Convenției rezidă tocmai în faptul că nu se poate anticipa cu certitudine în ce direcție se va îndrepta jurisprudența Curții, cu ce viteză va avansa într-un anumit domeniu, respectiv unde se va opri o linie de jurisprudență începută. De asemenea, nu se poate anticipa, într-o cauză concretă, care greutate sau contragreutate din cele menționate va influența soluția finală.

În cele ce urmează, voi analiza unele din greutățile și contragreutățile cu care operează Curtea în contextul interpretării flexibile a Convenției.

A. Interpretarea efectivă a Convenției sau „noi nu garantăm drepturi teoretice și iluzorii, ci drepturi concrete și efective”

Animat, la fel ca celelalte principii de interpretare, de scopul protecției drepturilor fundamentale, principiul interpretării efective a Convenției este strâns legat de principiul raportării la condițiile speciale ale speței. Din această perspectivă, Curtea privește întotdeauna dincolo de prevederile legale din dreptul intern pentru a vedea ce se întâmplă în realitate într-o speță concretă. Expresia consacrată de Curte – „noi nu garantăm drepturi teoretice și iluzorii, ci drepturi concrete și efective”¹⁸, lasă să se înțeleagă că statele s-au

¹⁸ A se vedea, de exemplu, CEDO, C, Airey v. Irlanda, ap. nr. 6289/73 din 9 octombrie 1979, pg. 24, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, online:

apărat adesea în fața sa invocând drepturi teoretice și iluzorii, adică drepturi care există doar pe hârtie (în cadrul legal intern), și nu în viața de zi cu zi. Analizând realitatea, Curtea sancționează discrepanțele existente între sfera juridică și cea faptică, obligând în mod indirect statele să alinieze cele două sfere.

Din această perspectivă, una din cele mai comune aplicații ale acestui principiu se regăsește în modalitatea de interpretare a condiției de admisibilitate a plângerii constând în epuizarea remediilor interne. Aplicând această regulă cu un anumit grad de flexibilitate¹⁹, Curtea nu se mulțumește cu existența teoretică a remediului în dreptul intern, ci impune statelor să demonstreze prin practică judiciară relevantă că remediul este efectiv, iar dacă nu se convinge de acest lucru, absolvă reclamantii de epuizarea remediului în discuție²⁰.

De exemplu, în hotărârea-pilot *Rezmiveș și alții c. România*²¹, Curtea a stabilit că statul român are o problemă sistemică în ce privește supraaglomerarea din închisori, constatând totodată inexistența unor remedii efective în dreptul intern. Astfel, inexistența unui remediu preventiv este cauzată de caracterul sistemic al situației generalizate din închisori²², în timp

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>, în care Curtea a stabilit că în cazul unei reclamante care nu putea să își permită un avocat și nu se putea reprezenta singură într-o cauză civilă, a avut loc o încălcare a art. 6 § 1 din Convenție.

¹⁹ CEDO, C, Ringeisen v. Austria, ap. nr. 2614/65 din 16 iulie 1971, pg. 89, ECLI:CE:ECHR:1971:0716JUD000261465, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565>.

²⁰ A se vedea European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 31.08.2022, pg. 113-114.

²¹ CEDO, Secția a IV-a, Rezmiveș și alții v. România, ap. nr. 61467/12 din 25 aprilie 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0425JUD006146712, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173351>.

²² CEDO, Rezmiveș și alții v. România..., pg. 123.

ce remediul de natură civilă a fost considerat inadecvat pentru că se baza pe principiul răspunderii subiective, care impune condiția vinovăției persoanei care a produs prejudiciul²³. Ulterior, în hotărârea *Polgar c. România*²⁴, Curtea a constatat că remediul de natură civilă a devenit efectiv, în ce privește reclamanții care nu se mai află în stare de detenție, având în vedere că sarcina probei impusă reclamanților nu a fost excesivă, procedurile au durat mai puțin de 2 ani, iar acțiunile civile au fost analizate în conformitate cu standardele stabilite în jurisprudența Curții²⁵. Nu în ultimul rând, jurisprudența prezentată de Guvern a fost consolidată odată cu pronunțarea unei decizii de către Înalta Curte de Casație și Justiție din 19 februarie 2020, în care au fost enunțate criteriile care trebuie aplicate în cauze de acest fel. Având în vedere că acea decizie a putut fi consultată de public în bazele de jurisprudență începând cu data de 13 iulie 2020, Curtea a considerat că remediul a devenit efectiv peste 6 luni, adică din data de 13 ianuarie 2021²⁶.

O altă ipoteză în care principiul efectivității interpretării este aplicat împreună cu teoria noțiunilor autonome vizează situațiile în care instanța europeană califică diferit anumite stări de fapt față de organele judiciare naționale, oferind preeminență realității, și nu paradigmei din dreptul intern din cauza căreia anumite stări de fapt sunt excluse din realitatea juridică, drepturile fundamentale implicate în situațiile în discuție rămânând din acest motiv neprotejate. De exemplu, în hotărârea Marii Camere din cauza *Creangă*

²³ *Idem*, pg. 124.

²⁴ CEDO, Secția a IV-a, *Polgar v. România*, ap. nr. 39412/19 din 20 iulie 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD003941219, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211234>.

²⁵ CEDO, *Polgar v. România...*, pg. 77-86.

²⁶ *Idem*, pg. 95-96.

c. *România*²⁷, Curtea a recalificat starea de fapt ca reprezentând o privare de libertate a reclamantului, având în vedere că acesta a fost citat să apară la Parchet la ora 9 dimineața pentru o declarație, fiind reținut în fapt la sediul Parchetului până la 10 seara, fără ca să se dispună arestarea sa preventivă decât de la acest ultim moment. Deși organele judiciare naționale nu au considerat că privarea de libertate a reclamantului este, într-adevăr, o privare de libertate, omițând să transpună realitatea stării de fapt în forma sa legală adecvată, Curtea Europeană a considerat că lupta împotriva corupției și necesitățile anchetei nu pot justifica tolerarea unor zone de non-drept²⁸. De asemenea, tot în contextul unor proceduri penale, în ce privește momentul de început al aplicabilității art. 6 din Convenție în raport de etapele procesului penal, Curtea a creat noțiunea autonomă a „acuzăției în materie penală”. Astfel, instanța europeană nu consideră că etapa urmăririi penale începe la momentul formal stabilit în codurile de procedură penală ale statelor membre, ci la momentul în care, în mod real, împotriva persoanei acuzate este formulată, explicit sau implicit, o acuzație penală care să afecteze în mod substanțial situația persoanei în discuție²⁹. Această decizie a fost motivată inclusiv de faptul că adesea, în practică, organele judiciare aveau obiceiul de a cita persoane acuzate ca „martori” în scopul de a le priva de dreptul la un avocat. Prin urmare, Curtea a stabilit că dacă din întrebările puse „martorului”

²⁷ CEDO, MC, Creangă c. România, ap. nr. 29226/03 din 23 februarie 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002922603, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109226>.

²⁸ CEDO, Creangă v. România..., pg. 108.

²⁹ A se vedea European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a Fair Trial (criminal limb)*, 31.08.2022, pg. 17.

se deduce că acesta este, de fapt, o persoană acuzată, garanțiile art. 6 încep să se aplice din acel moment³⁰.

Se poate astfel observa că prin crearea unor noțiuni autonome care corespund realității faptice, instanța europeană conferă efectivitate protecției drepturilor fundamentale.

B. Interpretarea evolutivă a Convenției. Numitorul comun al statelor și teoria marjei de apreciere

Interpretarea evolutivă este întotdeauna pusă în contrast în doctrină cu interpretarea „originalistă”³¹, care respectă voința inițială a legiuitorului. Din perspectiva acestui conflict, instanța europeană a respins în mod constant abordarea originalistă, considerând că Convenția Europeană este „un instrument viu, care trebuie interpretat în lumina condițiilor de viață actuale”³².

În sistemele de drept național, argumentul principal adus împotriva interpretării evolutive este încălcarea principiului democratic și a principiului separației puterilor în stat din cauza faptului că instanțele preiau, în contextul interpretării, funcția legiuitorului, care ar trebui să fie singurul competent să adapteze textele legale la realitățile actuale³³.

³⁰ A se vedea, de exemplu, CEDO, Secția a V-a, Kalēja v. Letonia, ap. nr. 22059/08 din 5 octombrie 2017, pg. 36-41, ECLI:CE:ECHR:2017:1005JUD002205908, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177344>.

³¹ Unul din cei mai importanți promotori ai curentului originalist în doctrina americană de drept constituțional a fost Antonin Scalia, care susținea că acest curent este singurul compatibil cu democrația. A se vedea A. SCALIA, B.A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Ed. Thomson/West, St. Paul, Minnesota, 2012, p. 82-83.

³² G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, p. 59.

³³ A. SCALIA, B.A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts...*, p. 409-410.

Argumentul menționat nu are aceeași forță în contextul interpretării Convenției, datorită caracteristicilor sistemului din care face ea parte. În primul rând, chiar dacă se poate afirma că interpretarea evolutivă încalcă voința statelor, care ar trebui să se exprime prin ratificarea unor protocoale adiționale la Convenție, afirmația nu este valabilă decât pentru o eventuală creare a unor drepturi total noi de către Curte, ceea ce nu se întâmplă prea des, după cum am arătat deja în cuprinsul acestui articol. În al doilea rând, interpretarea evolutivă este justificată în acest context tocmai de importanța acordată metodei teleologice de interpretare, o eventuală restricționare a Curții în raport de voința inițială a redactorilor Convenției fiind total contrară obiectivelor urmărite de aceasta, aspect cunoscut și asumat de către state odată cu ratificarea Convenției³⁴. De asemenea, interpretarea evolutivă a textelor Convenției este susținută și de caracterul lapidar al formulării drepturilor fundamentale³⁵, care oferă intenționat spațiu clarificărilor (inclusiv evolutive) pe cale jurisprudențială. Nu în ultimul rând, interpretările evolutive sunt „încurajate” și de faptul că instanța europeană este o instanță de drept internațional, care aplică regula precedentului de o manieră flexibilă, ceea ce înseamnă că ea nu este legată strict de propriile precedente, ci le poate dezvolta de la caz la caz în funcție de evoluțiile sociale³⁶. Din această perspectivă, ea nu poate fi comparată cu o instanță națională care funcționează într-un sistem centralizat, în care legiuitorul poate oricând să aducă modificări dreptului pozitiv. În sistemul dreptului internațional, modificarea tratatelor comportă o serie de dificultăți, iar confundarea funcției

³⁴ A se vedea, din această perspectivă, conținutul Preambulului Convenției Europene.

³⁵ M. MAROCHINI, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 51 ZB. RADOVA 63 (2014), p. 65, 67.

³⁶ W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary...*, p. 46-47.

legislative și a celei judecătorești în cadrul activității instanțelor internaționale este un loc comun³⁷.

Un contraargument major care se poate aduce interpretării evolutive a Convenției este că prin intermediul său, Curtea ajunge să facă „politică” pe plan european³⁸ și să impună statelor unele direcții, pe care acestea sunt reticente să le primească din varii motive. Contraargumentul în discuție este valabil mai ales în domeniile sensibile pentru state din punct de vedere moral sau religios. De exemplu, Curtea Europeană a evitat până în acest moment să recunoască un veritabil drept la avort. Chiar dacă în hotărârea *Marii Camere din cauza A, B și C c. Irlanda*³⁹, Curtea a stabilit că interdicția de a obține un avort în Irlanda pe motive de sănătate fizică și psihică intră sub incidența art. 8, aceasta a considerat că dreptul la viață privată nu a fost încălcat în speță din moment ce reclamantele puteau opta pentru efectuarea avortului în străinătate. Din acest punct de vedere, Curtea a considerat că în lumina problemelor etice și morale extrem de sensibile pe care le ridică avortul, trebuie să i se recunoască statului o marjă de apreciere extinsă, chiar dacă numitorul comun al statelor ar sugera contrariul, având în vedere că în majoritatea statelor, avortul este permis în condiții mult mai puțin

³⁷ A se vedea T. GINSBURG, *International Judicial Lawmaking*, University of Illinois Law & Economics Research Paper No. LE05-006, p. 4-11, online: <https://ssrn.com/abstract=693861>.

³⁸ Din această perspectivă, s-a afirmat că subiectivitatea inerentă stabilirii conținutului drepturilor fundamentale invită elementul politic în această ecuație. A se vedea E. VOETEN, *Politics, Judicial Behaviour and Institutional Design* în J. CHRISTOFFERSEN, M.R. MADSEN (ed.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, p. 61.

³⁹ CEDO, MC, A, B și C v. Irlanda, ap. nr. 25579/05 din 16 decembrie 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332>.

restrictive⁴⁰. Totuși, odată ce statele recunosc prin legislația internă dreptul la avort în anumite condiții, acesta nu poate să fie lipsit de efectivitate ca urmare a unor practici instituționale, în caz contrar reținându-se încălcarea art. 8⁴¹. Pe de altă parte, în alte cazuri, Curtea nu a cedat în fața concepțiilor tradiționale ale anumitor state, obligându-le indirect să și le modifice, în lumina numitorului comun al celorlalte state membre. Astfel, deși Curtea nu a obligat statele membre să recunoască posibilitatea cuplurilor de același sex de a beneficia de instituția căsătoriei, instanța europeană a impus obligația implementării parteneriatelor civile pentru astfel de cupluri. Dacă în *hotărârea Oliari și alții c. Italia*⁴², Curtea a ținut cont de faptul că introducerea unei astfel de legislații reflectă sentimentele majorității populației italiene⁴³, în hotărârea Marii Camere din cauza *Fedotova și alții c. Rusia*⁴⁴, Curtea a invalidat în mod expres sentimentele majorității populației din Rusia, susținând că validarea lor ar conduce la o tiranie a majorității asupra minorităților⁴⁵.

⁴⁰ CEDO, A, B și C v. Irlanda..., pg. 233-241.

⁴¹ A se vedea CEDO, Secția a IV-a, P. și S. v. Polonia, ap. nr. 57375/08 din 30 octombrie 2012, pg. 100-112, ECLI:CE:ECHR:2012:1030JUD005737508, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114098>.

⁴² CEDO, Secția a IV-a, Oliari și alții c. Italia, ap. nr. 18766/11 din 21 iulie 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265>.

⁴³ CEDO, Oliari și alții v. Italia..., pg. 181.

⁴⁴ CEDO, MC, Fedotova și alții v. Rusia, ap. nr. 40792/10 din 17 ianuarie 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-222750>.

⁴⁵ CEDO, Fedotova și alții v. Rusia..., pg. 214-219. O problemă interesantă ridicată de această hotărâre vizează efectele pe care ea le va produce asupra statului rus, având în vedere că pronunțarea hotărârii a avut loc după ce Rusia a încetat să mai fie parte a Convenției. Totuși,

Din cele prezentate mai sus, se poate observa că în principiu, în domeniile sensibile din punct de vedere moral sau religios, Curtea evită să facă pași majori care să destabilizeze opinia publică din statele membre, ci avansează lent, ținând cont de numitorul comun al statelor membre și de marja lor de apreciere, care reprezintă contragreutatea față de interpretarea evolutivă a Convenției. Pe de altă parte, în ciuda politicii pașilor mărunți, Curtea își asumă totodată rolul activ de instanță constituțională a Europei, care implică și contribuția sa la schimbarea anumitor concepții tradiționale în măsura în care acestea aduc atingere drepturilor fundamentale.

C. Teoria obligațiilor pozitive

Probabil că teoria obligațiilor pozitive este tehnica de interpretare prin care Curtea Europeană și-a extins cel mai mult, de-a lungul timpului, competența materială. Se poate chiar afirma că și-a dublat-o, din moment ce structura Convenției, în litera sa, este formată în jurul obligațiilor negative ale statelor, care, deși nu sunt enunțate expres în Convenție în calitate de concept, decurg de o manieră relativ clară din interpretarea literală a Convenției. Din acest punct de vedere, cuvântul „nu” apare aproape în fiecare prevedere a Convenției: „(...) moartea *nu* poate fi cauzată cuiva în mod intenționat” – art. 2; „nimeni *nu* poate fi supus torturii (...)” – art. 3; „nimeni *nu* poate fi ținut în sclavie” – art. 4 etc. De asemenea, concepția clasică, liberalistă asupra relației dintre stat și persoană în contextul respectării drepturilor fundamentale se bazează pe obligația acestuia de a nu interveni în mod nejustificat în exercitarea unor drepturi fundamentale, naturale, pe care statul nu le-a creat, ci doar le-a recunoscut.

hotărârea va produce efecte în raport de celelalte state membre care nu au implementat până în acest moment instituția parteneriatului civil pentru cuplurile formate din persoane de același sex, printre care se numără și România.

Pe de altă parte, suportul textual al obligațiilor pozitive este mult mai puțin evident. Din această perspectivă, în jurisprudența Curții s-a afirmat că art. 1 din Convenție reprezintă fundamentul obligațiilor pozitive⁴⁶: „Înaltele Părți Contractante recunosc oricărei persoane aflate sub jurisdicția lor drepturile și libertățile definite în Titlul I al prezentei Convenții”.

În opinia mea, o interpretare pur literală și contextuală a art. 1 nu conduce în niciun fel la concluzia că obligațiile pozitive ar fi recunoscute prin intermediul Convenției. Dimpotrivă, art. 1 pare să se refere, dacă este analizat în context, tot la necesitatea respectării obligațiilor negative ale statului, așa cum sunt acestea expuse în articolele care urmează.

Cu toate acestea, începând cu hotărârea din cauza *Lingvistică Belgiană*⁴⁷, Curtea a recunoscut conceptul de obligații pozitive⁴⁸, ajungând să impună, de-a lungul timpului, trei mari categorii de obligații pozitive, care cuprind la rândul lor unele subcategorii, apărute ca urmare a confruntării instanței europene cu stări de fapt variate, care au necesitat anumite nuanțări.

Înainte de a prezenta pe scurt cele trei categorii, precizez că obligațiile pozitive contribuie în mod decisiv la respectarea efectivă a drepturilor omului și sunt, din acest motiv, tot o manifestare a interpretării teleologice a Convenției. Dacă obligațiile negative garantează respectarea drepturilor

⁴⁶ A se vedea, de exemplu, CEDO, MC, *Sørensen și Rasmussen v. Danemarca*, ap. nr. 52562/99 din 11 ianuarie 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0111JUD005256299, pg. 57, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72015>.

⁴⁷ CEDO, C, *Cauza Lingvistică Belgiană*, ap. nr. 1474/62 din 23 iulie 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525>.

⁴⁸ Nu toți judecătorii au fost de acord cu recunoașterea acestui concept. A se vedea opinia parțial separată a judecătorului Terje Wold, care a afirmat că majoritatea, contrar formulării articolului 2 din Prot. nr. 1, a introdus pe cale de interpretare o obligație pozitivă în conținutul acestuia.

fundamentale pe verticală, exclusiv în relația dintre persoane și stat, majoritatea obligațiilor pozitive au un efect pe orizontală, în sensul că asigură respectarea drepturilor fundamentale între particulari⁴⁹. Din această perspectivă, statul ajunge să fie responsabil nu doar pentru acțiunile sale, ci și pentru unele omisiuni, în măsura în care acestea îi sunt imputabile. Răspunderea sa pentru omisiuni este mai restrânsă decât răspunderea sa pentru acțiuni tocmai pentru că statul nu este un actor omniscient, omniprezent și omnipotent care să aibă capacitatea de a împiedica orice încălcare a drepturilor fundamentale, care are loc sub jurisdicția sa. Din acest motiv, este important ca instanța europeană să nu impună statelor sarcini disproporționate, acest principiu fiind afirmat adesea în jurisprudență⁵⁰. Nu în ultimul rând, din perspectiva tehnicilor de interpretare a Convenției, se poate observa că teoria obligațiilor pozitive este mai degrabă o „creație” a Curții decât o formă de interpretare a Convenției.

Prima obligație pozitivă impusă de Curte statelor este cea de *a legifera în scopul protecției drepturilor fundamentale*. Odată cu celebra cauză *X și Y c. Olanda*⁵¹, instanța europeană a ajuns la concluzia că unele goluri legislative pot contribui decisiv la încălcarea drepturilor fundamentale, prin încurajarea unor comportamente care le aduc atingere în lipsa sancționării

⁴⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, *Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn From the Case Law of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?*, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 5, No. 1-2, 2012, p. 114.

⁵⁰ A se vedea, de exemplu, CEDO, MC, *Osman v. Marea Britanie*, ap. nr. 23452/94 din 28 octombrie 1998, pg. 116, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257>.

⁵¹ CEDO, C, *X și Y. v. Olanda*, ap. nr. 8978/80 din 26 martie 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603>.

comportamentelor în discuție, în speță fiind vorba despre nesancționarea unei infracțiuni de viol ca urmare a unei deficiențe legislative din codul de procedură penală olandez.

În categoria obligației de legiferare, poate fi inclusă și *obligația de a interpreta normele dreptului intern în conformitate cu scopul protecției drepturilor fundamentale*. Din această perspectivă, Curtea a sesizat în unele cauze că anumite deficiențe interpretative pot conduce la violarea drepturilor fundamentale, fără ca textele în sine să fie contrare Convenției. Astfel de deficiențe interpretative afectează automat și eficiența anchetelor penale efectuate de state. De exemplu, în cauzele *M.C. c. Bulgaria*⁵² și *M.G.C. c. România*⁵³, Curtea a constatat că deficiențele interpretative au condus la încălcarea libertății sexuale a victimelor, în primul caz fiind vorba despre nesancționarea unei infracțiuni de viol în cazul căreia nu existau probe privind rezistența fizică violentă a victimei⁵⁴, iar în al doilea caz fiind vorba despre reținerea unei infracțiuni de act sexual cu un minor, și nu de viol, tot ca urmare a lipsei urmelor de violență fizică pe corpul victimei⁵⁵. Nu în ultimul rând, au existat cauze în jurisprudența Curții, în care deși exista o normă legală, clară și previzibilă, care nu ridica probleme de interpretare, organele

⁵² CEDO, Secția I, *M.C. v. Bulgaria*, ap. nr. 39272/98 din 4 decembrie 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61521>.

⁵³ CEDO, Secția a IV-a, *M.G.C. v. România*, ap. nr. 61495/11 din 15 martie 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD006149511, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161380>.

⁵⁴ În acest caz, Curtea a considerat că accentul în interpretarea normei de incriminare trebuia să cadă pe lipsa consimțământului victimei, și nu pe eventuala sa modalitate violentă de exteriorizare.

⁵⁵ În acest context, trebuie precizat că minora avea doar 11 ani la momentul la care a fost violată de un bărbat de 52 de ani, instanța considerând că victima l-a „provocat” pe inculpat să întrețină relații sexuale cu ea.

statului au refuzat pur și simplu să o aplice, ceea ce a condus la o încălcare a drepturilor fundamentale⁵⁶.

A doua obligație pozitivă impusă de Curte statelor este cea de *intervenție*. Spre deosebire de prima și a treia obligație pozitivă – cea de a realiza o anchetă penală eficace, obligația de intervenție are o natură factuală, în sensul că analiza respectării sale se face, în principiu, prin raportare la circumstanțele specifice ale stării de fapt, aplicându-se standardul diligențelor rezonabile. Aceasta este obligația care se pretează cel mai bine calificării sale ca fiind de mijloace, având în vedere că statul este obligat să facă tot ce-i stă în putință pentru a preveni concretizarea unui risc la adresa drepturilor fundamentale.

Respectarea acestei obligații se verifică în două etape. În primul rând, Curtea verifică dacă statul cunoștea sau trebuia să cunoască existența unui risc real, grav și iminent la adresa unui drept fundamental. Cu privire la examinarea acestei condiții, trebuie precizat că statele ajung cel mai des în posesia informației cu privire la riscul în discuție atunci când persoanele se află sub controlul lor (deținuți, pacienți într-un spital public, persoane internate într-o clinică de psihiatrie etc.). Dacă este vorba despre persoane care nu se află sub controlul statului, organele sale trebuie să fie informate cu privire la riscul în discuție. De exemplu, în numeroase cauze privind violența domestică în Turcia⁵⁷, poliția a fost informată cu privire la riscul la adresa

⁵⁶ În acest sens, a se vedea CEDO, Secția a II-a, Surugiu v. România, ap. nr. 48995/99 din 20 aprilie 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0420JUD004899599, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61714>, în care deși s-au comis cel puțin șase infracțiuni de violare de domiciliu, organele de anchetă au refuzat să aplice dreptul intern, Curtea reținând din acest motiv o încălcare a art. 8 din Convenție.

⁵⁷ A se vedea, de exemplu, CEDO, Secția a III-a, Opuz v. Turcia, ap. nr. 33401/02 din 9 iunie 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, online:

vieții sau integrității corporale a unor femei, dar nu a luat măsuri rezonabile pentru a preveni concretizarea riscului în discuție, ceea ce a condus la constatarea încălcării Convenției. În cadrul celei de-a doua etape, instanța europeană verifică dacă statele au luat toate măsurile rezonabile pentru împiedicarea concretizării riscului la adresa dreptului fundamental. În ce privește verificarea respectării acestei condiții, trebuie menționat că analiza diferă de la caz la caz în funcție de circumstanțele specifice ale stării de fapt. Din acest punct de vedere, este destul de dificil, având în vedere natura factuală a acestei obligații, să se stabilească niște reguli rigide cu privire la respectarea sa. În acest sens, voi compara două hotărâri pronunțate de Curte cu privire la eliberarea condiționată a unor persoane care par să ajungă la concluzii contradictorii. Astfel, într-o serie de hotărâri pronunțate împotriva Germaniei⁵⁸, Curtea a analizat conformitatea dintre deținerea de siguranță (în scopul incapacitării) dispusă pe perioadă nedeterminată, cu posibilitatea eliberării doar odată cu dispariția riscului de recidivă, și dreptul la libertate prevăzut de art. 5 din Convenție. Această măsură se putea dispune în cazul persoanelor condamnate pentru infracțiuni grave cu caracter violent și avea ca scop protecția drepturilor altora. Cu toate acestea, Curtea a considerat că prevenirea *oricărui* risc de recidivă cu consecința anulării șansei de reabilitare

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945> sau CEDO, Secția a II-a, M.G. v. Turcia, ap. nr. 646/10 din 22 martie 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD000064610, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161521>.

⁵⁸ CEDO, Secția a V-a, M. c. Germania, ap. nr. 19359/04 din 17 decembrie 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD001935904, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96389>, CEDO, Secția a V-a, Glien c. Germania, ap. nr. 7345/12 din 28 noiembrie 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1128JUD000734512, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138580>, CEDO, Secția a V-a, Bergmann v. Germania, ap. nr. 23279/14 din 7 ianuarie 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0107JUD002327914, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159782>.

a persoanelor condamnate este o măsură disproporționată. În sens contrar, în hotărârea *Maiorano și alții c. Italia*⁵⁹, Curtea a condamnat statul italian ca urmare a faptului că un judecător a eliberat pe timp de zi (cu obligația reînțoarcerii la penitenciar pe timp de noapte) o persoană care comisesse zeci de infracțiuni în decursul vieții sale, inclusiv în timpul executării pedepsei, bazându-se exclusiv pe un raport psihologic pozitiv recent. Persoana în discuție a ucis două femei în timpul în care nu se afla în penitenciar, iar Curtea a constatat o violare a art. 2 din Convenție ca urmare a neîndeplinirii de către stat a obligațiilor sale pozitive. Se poate astfel observa că respectarea obligației de intervenție trebuie analizată în mod echilibrat în lumina circumstanțelor specifice ale cauzei.

A treia obligație pozitivă creată de Curtea Europeană este cea *de a realiza o anchetă penală eficace* atunci când a avut loc o încălcare gravă a unui drept fundamental. Noțiunea de „anchetă penală eficace” a apărut în jurisprudență tocmai din cauza faptului că instanța europeană a întâlnit în practică multe anchete ineficace, în care, de exemplu, dosarele de urmărire penală s-au plimbat de la un procuror la altul până când a intervenit prescripția. Tocmai de aceea, Curtea a creat niște criterii determinante pentru calificarea unei anchete ca fiind efective. Înainte de a le analiza pe scurt, trebuie menționat că nu orice încălcare a unui drept fundamental trebuie remediată prin intervenția dreptului penal. Din această perspectivă, art. 2 (dreptul la viață), art. 3 (interzicerea torturii), art. 4 (interzicerea sclaviei și a muncii forțate), art. 5 (dreptul la libertate și siguranță), art. 8 (dreptul la viață privată – unele ipoteze, cum ar fi încălcări ale libertății sexuale, violări de domiciliu, violări grave ale intimității, ale integrității fizice, unele ipoteze de

⁵⁹ CEDO, Secția a II-a, *Maiorano și alții v. Italia*, ap. nr. 28634/06 din 15 decembrie 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD002863406, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96250>.

violență cibernetică⁶⁰) impun intervenția mijloacelor de drept penal și, deci, inclusiv intervenția unei anchete eficace. Pentru încălcări mai puțin grave ale art. 8 (de exemplu, acte care violează integritatea psihologică), Curtea consideră că sunt suficiente remediile de natură civilă⁶¹.

Criteriile determinante pentru calificarea unei anchete ca fiind eficace sunt următoarele: independența organelor de anchetă (criteriu aplicabil mai ales atunci când persoane care reprezintă organe ale statului sunt anchetate de colegi de-ai lor, care mușamalizează situația); luarea tuturor măsurilor rezonabile pentru colectarea probelor relevante (caracterul complet al anchetei se analizează de la caz la caz în funcție de starea de fapt și natura infracțiunii); ancheta trebuie să fie inițiată prompt și să se desfășoare cu celeritate (celeritatea se analizează de la caz la caz, dar sunt situații în care o durată excesivă a anchetei demonstrează *ab initio* caracterul ineficace al anchetei, fără a mai fi nevoie să se analizeze restul criteriilor)⁶²; posibilitatea victimei sau rudelor victimei de a se implica în anchetă pentru a-și proteja interesele legitime (chiar de a solicita aplicarea unor măsuri de anchetă).

Cu privire la obligațiile pozitive prezentate anterior, se poate observa că fără crearea lor de către Curte pe cale interpretativă o mare parte a protecției oferită de Convenție nu ar exista. Prin urmare, și în cazul acestei

⁶⁰ A se vedea European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 31.08.2022, pg. 9, 12.

⁶¹ *Idem*, pg. 11.

⁶² De exemplu, o anchetă de peste 20 de ani în cazul evenimentelor de la mineriadă (CEDO, MC, Mocanu și alții v. România, ap. nr. 10866/09 din 17 septembrie 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0917JUD001086509, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146540> respectiv de peste 30 de ani în cazul Revoluției din 1989 (CEDO, Secția a III-a, Asociația „21 decembrie 1989” și alții v. România, ap. nr. 33810/07 din 24 mai 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0524JUD003381007, online: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104864>, în cazul cărora a intervenit prescripția, nu are cum să fie o anchetă efectivă.

teorii, a prevalat interpretarea teleologică efectivă a Convenției față de interpretarea sa restrictivă.

IV. Concluzii

În cuprinsul acestui articol, am încercat să creionez în linii mari greutățile și contragreutățile cu care operează Curtea Europeană a Drepturilor Omului în contextul interpretării Convenției Europene.

Din această perspectivă, se poate observa că deși există contragreutăți, cum ar fi teoria marjei de apreciere a statelor, greutățile par să destabilizeze în mod radical exercițiul interpretării înspre scopul protecției efective a drepturilor fundamentale. Deși unele voci ar putea să susțină contrariul, în opinia mea, este preferabilă o astfel de interpretare „dezechilibrată” a Convenției într-un scop pozitiv – protecția drepturilor noastre, decât o interpretare „echilibrată”, care să ne lase vulnerabili în fața unor eventuale abuzuri ale statului.

ARTICOLE

NECONSTITUȚIONALITATEA DISPOZIȚIILOR
ART. 275 ALIN. (1) LIT. B TEZA I DIN LEGEA
NR. 31/1990 A SOCIETĂȚILOR

DOI: 10.24193/SUBBjur.67(2022).4.5
Data publicării online: 31.05.2023

Oana BUGNAR-COLDEA*

Rezumat: Prezentul material aduce în discuție neconstituționalitatea dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din Legea nr. 31/1990 a societăților, republicată. Fiind în prezența unei norme-cadru, prin care este sancționată neconvocarea adunării generale în cazurile prevăzute de lege, în primul rând au fost identificate acele situații în care este necesară o astfel de convocare, iar mai apoi au fost „selectate” acele prevederi care pot veni în completarea dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege. În continuare a fost adusă în discuție previzibilitatea normei și în ce măsură este respectat principiul subsidiarității, concluzia fiind aceea că dispozițiile în discuție sunt neconstituționale.

Cuvinte cheie: art. 275 alin. (1) lit. b; Legea nr. 31/1990 a societăților; adunare generală; principiul legalității; previzibilitate; principiul subsidiarității; neconstituționalitate

* Dr. Oana BUGNAR-COLDEA, cadru didactic asociat, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, avocat-colaborator SCPA „Sergiu Bogdan&Asociații”, e-mail: oana.bugnar@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0003-4618-4274>.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE
PROVISIONS OF ART. 275 PARA. (1) LETTER B)
SENTENCE I OF ROMANIAN LAW NO. 31/1990
ON COMPANIES

Abstract: This material brings into discussion the unconstitutionality of the provisions of Article 275 para. (1) letter b) sentence I of the Law no. 31/1990 on companies, republished. Since we are in the presence of a framework rule, which sanctions the failure to convene a general meeting of shareholders in the cases provided for by the law, we first identified those situations in which such a meeting is necessary, and then we "selected" those provisions which may complement the provisions of Article 275 para. (1) letter b, sentence I of the Law. The predictability of the legal norm and the extent to which the principle of subsidiarity is respected were then called into question, concluding that the provisions analysed are unconstitutional.

Keywords: Article 275 para. (1) letter b); Law no. 31/1990 on companies, ; general meeting of shareholders; the principle of legality; predictability; subsidiarity principle; unconstitutionality

Cuprins

I.	Introducere	165
II.	Situațiile care impun convocarea adunării generale	168
A.	Obligativ vs facultativ	171
B.	Lege vs act constitutiv	172
III.	Neconstituționalitatea dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege	175
A.	Lipsa de previzibilitate a normei	175
B.	Încălcarea principiului subsidiarității	180
IV.	Concluzii	183
V.	Bibliografie:	184

I. Introducere

Fără îndoială, la momentul redactării Legii nr. 31/1990¹ societatea (re)descoperea dreptul comercial și se adapta la noua realitate socială, iar legiuitorul a fost nevoit la rândul său să țină pasul cu aceste schimbări, într-un termen relativ scurt, pentru a legisla în toate acele domenii în care noul regim era incompatibil cu vechile prevederi. La rândul său, dezvoltarea intensă a mediului economic și de afaceri a obligat legiuitorul de-a lungul timpului să aducă în mod constant modificări acestui act normativ, ajungând în prezent la o lege care în opinia noastră este uneori anacronică, alteori lipsită de coerență. Chiar dacă legea a suferit modificări, a fost republicată de două ori, neconvocarea adunării generale² a rămas o faptă care poate conduce la

¹ Legea privind societățile comerciale, publicată în M.of.: 126-127/17.11.1990, în prezent Legea societăților, republicată în M.of.: 1066/17.11.2004.

² Potrivit art. 275 alin. (1) lit. b din lege, „Se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an ori cu amendă administratorul, directorul general, directorul, membrul consiliului de supraveghere sau al directoratului care: (...) b) nu convoacă adunarea generală în cazurile prevăzute de lege sau încalcă dispozițiile art. 193 alin. (2). În conformitate cu art. 193 alin. (2) din lege „Un asociat nu poate exercita dreptul său de vot în deliberările adunărilor asociaților referitoare la aporturile sale în natură sau la actele juridice încheiate între ele și societate”. Nu putem să nu observăm că legiuitorul a decis să „grupeze” în cadrul aceluiași alineat și punct al art. 275 două conduite eterogene la nivelul laturii obiective (neconvocarea adunării generale, respectiv exercitarea votului în condițiile existenței unui conflict de interese), alegere nefericită în opinia noastră, cu atât mai mult cu cât, în aceste condiții, textul de incriminare generează dificultăți în ceea ce privește identificarea subiectului activ al infracțiunii prevăzute de art. 275 alin. (1) lit. b teza a II-a din lege. Pentru detalii a se vedea Sebastian BODU, *Legea societăților comentată și adnotată*, ed. Rosetti, București, 2017, p. 1407, autorul citat ajungând la concluzia că acest text este în realitate inaplicabil dată fiind lipsa de claritate, previzibilitate și accesibilitate, care conduce la încălcarea principiului legalității.

atragera răspunderii penale deși, așa cum vom arăta în cuprinsul prezentului material, norma este una neconstituțională în opinia noastră.

Am arătat cu o altă ocazie³ că în prezent asistăm la o expansiune nejustificată a dreptului penal care produce o serie de efecte ce pot afecta nu doar cetățenii (printr-o limitare excesivă a drepturilor fundamentale, limitare generată nu doar de aplicarea unei pedepse privative de libertate, dar și de eventuale măsuri ce pot fi dispuse pe parcursul procesului penal, precum percheziția domiciliară, corporală, informatică, interceptarea și înregistrarea convorbirilor telefonice, etc.), dar și statul. Incriminarea unor noi fapte conduce la o majorare a numărului de dosare penale și la o creștere a volumului de muncă a organelor judiciare. Creșterea volumului de muncă a organelor judiciare conduce la rândul său la întârzierea soluționării dosarelor penale, de multe ori depășindu-se un termen rezonabil. Se poate ajunge astfel nu doar la încălcarea dreptului la un proces echitabil dar și la o creștere a criminalității generată de ineficiența în descoperirea și sancționarea la timp a conduitelor ce au caracter infrațional. Cu acel prilej am dorit să subliniem necesitatea ca legiuitorul să selecteze cu mare atenție acele conduite care se impun a fi incriminate, iar în măsura în care sunt adoptate norme de drept penal care încalcă principiul subsidiarității și/sau al proporționalității, acestea să fie cenzurate de instanța constituțională.

De această dată, prin intermediul prezentului material, dorim să atragem atenția asupra neconstituționalității dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din Legea societăților și să subliniem faptul că legiuitorul nu trebuie să se „abțină” de la a dezincrimina anumite conduite atunci când constată că acestea nu sunt în consonanță cu dispozițiile legii fundamentale.

³ Oana BUGNAR-COLDEA, *Excesul de legiferare în materie penală. Curtea Constituțională – posibilă „pedică” în calea acestui fenomen?*, *Caiete de Drept Penal nr. 3/2022*, pp. 31 et seq., online: <https://doi.org/10.24193/CDP.2022.3.2>.

Pentru a putea însă trece la analiza propriu-zisă a problemelor de constituționalitate pe care le ridică textul de incriminare, credem că este necesară, înainte de toate, identificarea acelor „cazuri prevăzute de lege” în care adunarea generală trebuie convocată. Ulterior identificării acestora, vom analiza în ce măsură toate aceste ipoteze pot constitui premisa comiterii infracțiunii prevăzute de art. 275 alin. (1) lit. b din Legea nr. 31/1990, având în vedere că, în anumite cazuri, convocarea adunării generale nu este imperativă, ci rămâne la latitudinea organelor de conducere competente, respectiv uneori, „obligativitatea” convocării adunării generale nu decurge din lege, ci din actul constitutiv.

Ulterior configurării acestui „cadru” al discuției, vom analiza în ce măsură dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din Legea nr. 31/1990 sunt constituționale. Analiza se va face prin raportare la două principii fundamentale, principiul legalității normei de incriminare și cel al subsidiarității dreptului penal. Astfel, anticipând concluziile la care vom ajunge, precizăm de la bun început că în opinia noastră, norma este una neconstituțională, având în vedere că cerințele de previzibilitate impuse de principiul legalității incriminării nu sunt respectate. Deși lipsa de previzibilitate constituie un motiv suficient pentru a se aprecia că o normă este neconstituțională, așa cum vom arăta în continuare, principiul subsidiarității dreptului penal este la rândul său încălcat, în condițiile în care, nu doar că există mecanisme alternative de protejare a valorii sociale avute în vedere de legiuitor, dar acestea se regăsesc reglementate în chiar cuprinsul Legii nr. 31/1990.

II. Situațiile care impun convocarea adunării generale

În cuprinsul art. 111 alin. (2) din lege se prevede cu titlu „general” faptul că „Adunarea generală ordinară se întrunește cel puțin o dată pe an, în cel mult 5 luni de la încheierea exercițiului financiar”, iar în cuprinsul art. 113 sunt prevăzute situațiile care impun organizarea unei adunări generale extraordinare, respectiv:

„... ori de câte ori este necesar pentru a se lua o hotărâre pentru: a) schimbarea formei juridice a societății; b) mutarea sediului societății; c) schimbarea obiectului de activitate al societății; d) înființarea sau desființarea unor sedii secundare: sucursale, agenții, reprezentanțe sau alte asemenea unități fără personalitate juridică, dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel; e) prelungirea duratei societății; f) majorarea capitalului social; g) reducerea capitalului social sau reîntregirea lui prin emisiune de noi acțiuni; h) fuziunea cu alte societăți sau divizarea societății; i) dizolvarea anticipată a societății; i¹) conversia acțiunilor nominative în acțiuni la purtător sau a acțiunilor la purtător în acțiuni nominative; j) conversia acțiunilor dintr-o categorie în cealaltă; k) conversia unei categorii de obligațiuni în altă categorie sau în acțiuni; l) emisiunea de obligațiuni; m) oricare altă modificare a actului constitutiv sau oricare altă hotărâre pentru care este cerută aprobarea adunării generale extraordinare.”

O altă normă cu caracter general este cea cuprinsă în art. 117 alin. (1) potrivit căreia „Adunarea generală este convocată de consiliul de administrație, respectiv de directorat, ori de câte ori este necesar.”

Potrivit art. 119 alin. (1) din Legea 31/1990:

„Consiliul de administrație, respectiv directoratul, convoacă de îndată adunarea generală, la cererea acționarilor reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social sau o cotă mai mică, dacă în actul constitutiv se prevede astfel și dacă cererea cuprinde dispoziții ce intră în atribuțiile adunării”, iar potrivit alin. (2) al aceluiași articol, „Adunarea generală va fi convocată în termen de cel mult 30 de zile și se va întruni în termen de cel mult 60 de zile de la data primirii cererii”.

Dispozițiile art. 137² alin. (1) din Legea 31/1990 reglementează situația în care intervine vacanța unuia sau a mai multor posturi de administrator, iar potrivit alin. (2):

„Dacă vacanța prevăzută la alin. (1) determină scăderea numărului administratorilor sub minimul legal, administratorii rămași convoacă de îndată adunarea generală ordinară a acționarilor, pentru a completa numărul de membri ai consiliului de administrație”. Finalmente, potrivit alin. (4), „Când este un singur administrator și acesta vrea să renunțe la mandat, el va trebui să convoace adunarea generală ordinară”.

Prevederi similare se regăsesc în cuprinsul art. 153⁷ din Lege, fiind vizată de această dată situația în care intervine vacanța unui post de membru în consiliul de supraveghere, potrivit alin. (2):

„Dacă vacanța menționată la alin. (1) determină scăderea numărului membrilor consiliului de supraveghere sub minimul legal, directoratul trebuie să convoace fără întârziere adunarea generală pentru completarea locurilor vacante”.

Aplicabil tot în cazul societăților organizate în sistem dualist, precum prevederile anterior menționate, art. 153⁹ alin. (2) din Legea societăților prevede că „În cazuri excepționale, când interesul societății o cere, consiliul de supraveghere poate convoca adunarea generală a acționarilor”.

Potrivit art. 153²⁴ alin. (1) din lege, dispoziție comună aplicabilă sistemului unitar și dualist:

„Dacă consiliul de administrație, respectiv directoratul, constată că, în urma unor pierderi, stabilite prin situațiile financiare anuale aprobate conform legii, activul net al societății, determinat ca diferență între totalul activelor și totalul datoriilor acesteia, s-a diminuat la mai puțin de jumătate din valoarea capitalului social subscris, va convoca de îndată adunarea generală extraordinară pentru a decide dacă societatea trebuie să fie dizolvată”.

În cuprinsul dispozițiilor art. 162 alin. (1) este reglementată situația în care intervine vacanța postului de cenzor. Astfel, în caz de deces, împiedicare fizică sau legală, încetare ori renunțare la mandat a unui cenzor, acesta este înlocuit de supleant, iar potrivit alin. (2) al aceluiași articol:

„În situația prevăzută la alin. (1), precum și în situația în care numărul cenzorilor nu se poate completa prin înlocuirea cu supleanți ori nu mai rămâne în funcție niciun cenzor, administratorii vor convoca de urgență adunarea generală în vederea desemnării unui nou cenzor.”

Potrivit art. 164¹ alin. (3) din lege:

„În cazul societăților în care au fost desemnați auditori interni, potrivit legii, orice acționar are dreptul să reclame acestora faptele despre care cred că trebuie verificate. Auditorii interni le vor avea în vedere la întocmirea raportului către consiliul de administrație, respectiv consiliul de supraveghere. În cazul în care reclamația este făcută de acționari reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social ori o cotă mai mică, dacă actul constitutiv prevede astfel, auditorii interni sunt obligați să verifice faptele reclamate, iar în cazul în care sunt confirmate, fiind consemnate într-un raport ce va fi comunicat consiliului de administrație, respectiv consiliului de supraveghere, și pus la dispoziție adunării generale; în

acest caz, consiliul de administrație, respectiv consiliul de supraveghere, este obligat să convoace adunarea generală.”⁴

Finalmente, aplicabil în cazul societăților cu răspundere limitată, art. 195 alin. (1) impune ca administratorii să convoace adunarea asociaților la sediul social, „cel puțin o dată pe an sau de câte ori este necesar”.

A. Obligatoriu vs facultativ

Art. 275 alin. (1) lit. b din lege este o normă în alb, astfel încât aceasta se completează cu dispozițiile din legea societăților la care am făcut referire anterior. Totuși, deși în legea societăților sunt prevăzute o serie de situații în care adunarea generală este convocată, nu toate aceste norme pot veni în completarea art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege, astfel încât să poată fi atrasă răspunderea penală. Avem în vedere acele situații în care, potrivit dispozițiilor legale, convocarea adunării generale nu este imperativă, ci rămâne la latitudinea organelor de conducere competente.

Astfel, potrivit art. 117 alin. (1): „Adunarea generală este convocată de consiliul de administrație, respectiv directorat, ori de câte ori este necesar”. De asemenea, potrivit art. 153⁹ alin. (2) „În cazuri excepționale, când interesul societății o cere, consiliul de supraveghere poate convoca adunarea generală a acționarilor.”

În mod evident, organul de conducere nu poate fi sancționat penal în considerarea unei omisiuni, în condițiile în care legea îi conferă posibilitatea de a aprecia dacă adunarea generală se impune sau nu a fi convocată, de a

⁴ Precizăm că dispozițiile art. 164¹ alin. (1) și (2) nu au fost avute în vedere având în vedere că acestea sunt aplicabile cenzorilor, iar în cazul acestora răspunderea penală poate fi atrasă în temeiul dispozițiilor art. 276 din lege potrivit cărora „Se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă cenzorul care nu convoacă adunarea generală în cazurile în care este obligat prin lege”.

alege între o conduită omisivă și una comisivă. Mai mult, infracțiunea prevăzută la art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege nu va putea fi reținută prin trimitere la dispozițiile la care am făcut referire anterior, deoarece aprecierea necesității convocării adunării generale aparține exclusiv organelor de conducere și implică o mare doză de subiectivism, fiind vorba despre o analiză de oportunitate. O opinie contrară, ar „transforma” organele judiciare în veritabile organe de conducere ale societății. Desigur că, în măsura în care această omisiune a condus la disfuncționalități în desfășurarea activității societății sau a cauzat prejudicii, va putea fi atrasă răspunderea organelor de conducere potrivit regulilor de drept civil.

B. Lege vs act constitutiv

În opinia noastră, nici dispozițiile art. 119 alin. (1) din lege nu vor putea constitui întotdeauna premisa comiterii infracțiunii prevăzute de art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege, potrivit căroră:

„Consiliul de administrație, respectiv directoratul, convoacă de îndată adunarea generală, la cererea acționarilor reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social sau o cotă mai mică, dacă în actul constitutiv se prevede astfel și dacă cererea cuprinde dispoziții ce intră în atribuțiile adunării.”

Raportat la aceste dispoziții, se poate observa că obligativitatea convocării adunării generale poate interveni în două situații: a) întotdeauna dacă acționarii reprezentând cel puțin 5% din capitalul social solicită o astfel de convocare; b) și în cazul în care solicitarea provine de la acționari reprezentând un procent mai mic din capitalul social, dacă în actul constitutiv este prevăzut acest aspect. Altfel spus, obligativitatea decurge din lege (în primul caz), respectiv din actul constitutiv (în a doua situație).

Având în vedere aceste aspecte, credem că cea de-a doua situație nu poate constitui premisa comiterii infracțiunii prevăzute la art. 275 alin. (1) lit. b teza I din legea societăților. Aceasta se datorează faptului că obligativitatea convocării adunării generale în această situație nu decurge din lege, ci din actul constitutiv, iar potrivit dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I, constituie infracțiune fapta de a nu convoca adunarea generală în cazurile prevăzute *de lege*. Mai mult, chiar dacă nu ar exista o astfel de precizare, în continuare nu s-ar putea reține infracțiunea analizată având în vedere că deși utilizarea normelor-cadru nu încalcă *per se* principiul legalității, nici chiar în situația în care completarea se face printr-o dispoziție cuprinsă într-un act normativ de forță juridică inferioară⁵, în mod evident atragerea răspunderii penale nu poate depinde de o prevedere dintr-un act constitutiv, care reprezintă exclusiv manifestarea unui acord de voință al fondatorilor societății.

O situație similară a fost analizată de instanța constituțională în cuprinsul Deciziei nr. 405/2016⁶ prin care s-a admis excepția de neconstituționalitate formulată și s-a stabilit că dispozițiile art. 246 din Codul penal din 1969 și ale art. 297 alin. (1) din Codul penal sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinește prin încălcarea legii”.

⁵ A se vedea Florin STRETEANU, Daniel NIȚU, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, vol. I, ed. Universul juridic, București, 2014, pp. 92 și urm.

⁶ CCR, dec.: 405/2016 din 15 iunie 2016, în M.of.: 517/8 iulie 2016, p. 2-13, online: <https://monitoruloficial.ro/Monitorul-Oficial--PI--517--2016.html>, arhivă: <https://perma.cc/4B52-VQLL>.

Curtea Constituțională a României a arătat că:

„... în stabilirea săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, organele judiciare au în vedere, pe lângă prescripțiile normative ale legii, și încălcarea anumitor obligații prevăzute prin hotărâri ale Guvernului; încălcarea anumitor ordine de zi pe unitate care prevedeau expres activitățile pe care trebuia să le execute militarii; încălcarea eticii și a deontologiei profesionale⁷.”

În continuare, instanța constituțională a arătat că „... în cazul în care neîndeplinirea ori defectuoșitatea îndeplinirii unui act nu s-ar raporta la atribuții de serviciu prevăzute într-un act normativ cu putere de lege s-ar ajunge la situația ca în cazul infracțiunii de abuz în serviciu elementul material al acesteia să fie configurat atât de legiuitor, Parlament sau Guvern, cât și de alte organe, inclusiv persoane juridice de drept privat, în cazul fișei postului, ceea ce nu este de acceptat în sistemul juridic de drept penal⁸.”

Revenind la dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege, se poate observa că situația este similară celei analizate de Curtea Constituțională. În măsura în care necesitatea convocării adunării generale ar decurge din actul constitutiv, implicit, s-ar ajunge la situația în care elementul normativ al infracțiunii să fie configurat de persoane de drept privat.

⁷ CCR, dec.: 405/2016..., pg. 58.

⁸ CCR, dec.: 405/2016..., pg. 66.

III. Neconstituționalitatea dispozițiilor art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege

Deși suntem în prezența unor norme tehnice și specializate, lecturate fiind prin „lentila” dreptului penal, de la bun început par să sară în evidență o serie de probleme generate de dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege prin raportare la prevederile la care am făcut referire anterior și care pot veni în completarea acestora.

A. Lipsa de previzibilitate a normei

Infrațiunea prevăzută la art. 275 alin. (1) lit. b din lege este una omisivă proprie, iar lecturarea dispozițiilor la care această normă face trimitere aduc în atenție o primă problemă: care este momentul consumării infrațiunii? Momentul consumării infrațiunilor omisive depinde de modalitatea în care legiuitorul a ales să incrimineze fapta – prin stabilirea clară a unui termen în interiorul căruia obligația impusă trebuie îndeplinită sau fără a stabili un astfel de termen⁹, situație care uneori poate ridica probleme de previzibilitate.

Analizând dispozițiile din legea societăților, la care am făcut referire anterior și care pot sta la baza atragerii răspunderii penale, se poate observa că, exceptând art. 111 alin. (2) în cuprinsul căruia este prevăzut un așa-zis termen, „cel puțin o dată pe an, în cel mult 5 luni de la încheierea exercițiului financiar” și art. 119 alin. (2) în cuprinsul căruia se prevede clar că „Adunarea

⁹ Cu privire la această din urmă situație, în doctrină s-a arătat că „dacă obligația este fără termen imediat (...) infrațiunea se consumă prin neîndeplinirea de îndată a acesteia”. A se vedea Carmen-Adriana DOMOCOȘ, *Fapta omisivă și incriminarea ei în legea penală română*, ed. Universul juridic, București, 2010, p. 137.

generală va fi convocată în termen de cel mult 30 de zile și se va întruni în termen de cel mult 60 de zile de la data primirii cererii”, restul dispozițiilor stabilesc termene cât se poate de vagi: „de îndată” [art. 137² alin. (2); art. 153²⁴ alin. (1)], „fără întârziere” [art. 153⁷ alin. (2)], „de urgență” [art. 162 alin. (2)], „imediat” [art. 164¹ alin. (1)], „cel puțin o dată pe an” [art. 195 alin. (1)]. Mai mult, în cuprinsul dispozițiilor art. 164¹ alin. (3) nici măcar nu este prevăzut un termen. Aceste dispoziții stabilesc exclusiv obligativitatea convocării adunării generale fără ca legiuitorul să stabilească un termen. Unica dispoziție clară din perspectiva termenului este cea cuprinsă în art. 119 alin. (2) din lege – 30 de zile de la data primirii cererii de convocare a adunării generale. De asemenea, în cazul dispozițiilor art. 111 alin. (2) și art. 195 alin. (1) s-ar putea stabili momentul consumării, având în vedere că se impune convocarea adunării generale „în cel mult 5 luni de la încheierea exercițiului financiar”, respectiv „cel puțin o dată pe an”, în acest din urmă caz putându-se argumenta în sensul că infracțiunea se consumă la finalul anului, în măsura în care o astfel de convocare nu a avut loc. În celelalte situații însă norma de incriminare suferă sub aspectul previzibilității¹⁰.

După cum s-a arătat în doctrină: „... exigența unei legi penale determinate nu este incompatibilă cu o anumită marjă de apreciere recunoscută instanțelor și nici nu impune legiuitorului definirea tuturor termenilor utilizați de legea penală, în măsura în care sensul normei juridice

¹⁰ Cu privire la momentul consumativ al infracțiunii, în doctrină s-a arătat că „dacă legea nu prevede un termen, ci sunt utilizate expresii precum «de îndată» sau «de urgență», este nevoie să treacă un timp rezonabil care să pună în evidență, să contureze intenția de a nu convoca adunarea generală”. Neculai CĂRLESCU, *Drept penal al afacerilor. Infracțiuni prevăzute în Codul penal și în legea societăților. Comentarii și explicații*, ed. C. H. Beck, București 2018, p. 551.

poate fi înțeles de către persoanele interesate¹¹". Acest principiu a fost enunțat și de Curtea Constituțională în repetate rânduri¹², aceasta arătând faptul că, „... având în vedere principiul generalității legilor, poate să fie dificil să se redacteze legi de o precizie totală și o anumită suplețe poate chiar să se dovedească de dorit, suplețe care nu trebuie să afecteze, însă, previzibilitatea legii¹³".

Autorii anterior citați au subliniat însă că norma de incriminare trebuie să fie redactată cu suficientă claritate, astfel încât orice persoană să își poată da seama dacă o acțiune sau inacțiune intră sub imperiul său¹⁴. La rândul său, Curtea Constituțională a arătat că „orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, printre care se numără și previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de precis și clar pentru a putea fi aplicat”¹⁵ și că:

¹¹ F. STRETEANU, D. NIȚU, *Drept penal. Partea generală...*, p. 41.

¹² Exemplificativ facem trimitere la CCR, dec.: 743/2011, în M.of.: 579/16 august 2011, p. 12-14, online: <https://monitoruloficial.ro/Monitorul-Oficial--PI--579--2011.html>, arhivă: <https://perma.cc/MJP5-69DM>; CCR, dec.: 363/2015, în M.of.: 495/6 iulie 2015, p. 5-8, online: <https://monitoruloficial.ro/Monitorul-Oficial--PI--495--2015.html>, arhivă: <https://perma.cc/26AL-LFLC>.

¹³ CCR, dec.: 363/2015..., pg. 18.

¹⁴ F. STRETEANU, D. NIȚU, *Drept penal. Partea generală...*, p. 38.

¹⁵ CCR, dec.: 363/2015..., pg. 28.

„... deși legea penală nu poate avea o precizie absolută, fiind inevitabil nevoie de operațiuni de interpretare a acesteia este însă obligatoriu ca ea să permită destinatarilor săi, la nevoie apelând la îndrumări clarificatoare, să determine, în mod rezonabil, care este conduita sancționată prin normele de incriminare și care sunt consecințele nerespectării lor, în circumstanțele concrete ale fiecărei cauze¹⁶”.

În același sens, instanța constituțională a subliniat și faptul că „... ilicitul penal este cea mai gravă formă de încălcare a unor valori sociale, iar consecințele aplicării legii penale sunt dintre cele mai grave, astfel că stabilirea unor garanții împotriva arbitrariului prin reglementarea de către legiuitor a unor norme clare și predictibile este obligatorie¹⁷.”

Având în vedere cele arătate anterior, se constată că legiuitorul trebuie să găsească un fin echilibru în redactarea normelor penale astfel încât acestea să se bucure și de acea „suplețe” la care face referire instanța constituțională, dar care să respecte în același timp standardele de calitate ale legii impuse atât la nivel constituțional, cât și la nivel european.

Revenind la dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege, credem că legiuitorul a eșuat în identificarea liniei de echilibru, astfel încât cerințele de previzibilitate nu sunt îndeplinite¹⁸, cu atât mai mult cu cât, nimic nu îl împiedica să stabilească în cuprinsul legii anumite termene maxime înăuntrul cărora adunarea generală să fie convocată.

¹⁶ CCR, dec.: 147/2019, în M.of.: 338/3 mai 2019, p. 3-9, pg. 28, online: <https://monitoruloficial.ro/Monitorul-Oficial--PI--338--2019.html>, arhivă: <https://perma.cc/2R2H-X9JS>.

¹⁷ CCR, dec.: 405/2016..., pg. 61.

¹⁸ Cu privire la momentul consumativ al infracțiunii, în doctrină s-a arătat cât se poate de tranșant faptul că „în lipsa unui astfel de termen determinat sau determinabil incriminarea faptei rămâne iluzorie, neputând fi trași la răspundere penală cei care nu convoacă adunarea generală deși aveau această obligație”. Marius ȘCHEAUA, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990 comentată și adnotată, ediția a II-a*, ed. Rosetti, București, 2002, p. 333.

În acest context dorim să precizăm că nu ori de câte ori legiuitorul apelează la noțiuni precum „de urgență”, „de îndată”, etc., automat suntem în prezența unei norme care încalcă principiul previzibilității. De exemplu, în cazul infracțiunii prevăzute de art. 203 din Codul penal - Lăsarea fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate¹⁹ - utilizarea noțiunii „de îndată” este cât se poate de justificată. În acest caz, nu s-ar putea stabili un termen, având în vedere că prin intermediul acestei norme legiuitorul a dorit să prevină producerea rezultatului vătămător, iar intervalul de timp înăuntrul căruia rezultatul nu se va produce nu poate fi stabilit *in abstracto*. După cum s-a arătat în doctrină²⁰:

„deși acest criteriu (de îndată – n.n.) nu prezintă un grad înalt de previzibilitate, este greu de susținut că se încalcă art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului, din moment ce nu exista o variantă alternativă de identificare a momentului în care agentul trebuie să acționeze, care să nu ridice nicio problemă sub aspectul conținutului”.

Credem însă că legiuitorul trebuie să evite utilizarea unor astfel de noțiuni atunci când stabilirea unor termene clare este posibilă, cum este cazul dispozițiilor din legea societăților.

¹⁹ Potrivit art. 203 Cod penal, constituie infracțiune „Omisiunea de a da ajutorul necesar sau de a anunța de îndată autoritățile de către cel care a găsit o persoană a cărei viață, integritate corporală sau sănătate este în pericol și nu are putință de a se salva”.

²⁰ A se vedea Sergiu BOGDAN, Doris Alina ȘERBAN, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra persoanei și contra înfăptuirii justiției. Ediția a II-a, revăzută și adăugită*, Universul Juridic, București, 2020, p. 227.

B. Încălcarea principiului subsidiarității

Un alt principiu fundamental, principiul minimei intervenții, implică o restrângere, pe cât posibil, a recurgerii la mijloacele penale de protecție a valorilor sociale, atunci când imperativul apărării acestor valori poate fi realizat prin mijloace aparținând altor ramuri de drept (civil, contravențional, disciplinar)²¹. Nici instanța constituțională nu a făcut abstracție de acest principiu în jurisprudența sa, aceasta reținând faptul că:

„...în exercitarea competenței de legiferare în materie penală, legiuitorul trebuie să țină seama de principiul potrivit căruia incriminarea unei fapte ca infracțiune trebuie să intervină ca ultim resort în protejarea unei valori sociale, ghidându-se după principiul *ultima ratio*²².”

De altfel, unul din motivele pentru care Curtea Constituțională a admis prin intermediul Deciziei nr. 405/2016 excepția de neconstituționalitate formulată a constatat tocmai în faptul că, nu doar că legiuitorul avea posibilitatea de a recurge la alte mijloace de protecție a valorii sociale avute în vedere, dar „a identificat și reglementat la nivel legislativ pârgھیile necesare înlăturării consecințelor unor fapte care, deși potrivit reglementării actuale se pot circumscrie săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, nu prezintă gradul de intensitate necesar aplicării unei pedepse penale”²³.

²¹ F. STRETEANU, D. NIȚU, *Drept penal. Partea generală...*, p. 63.

²² CCR, dec.: 176/2022 în M.of.: 451/ 5 mai 2022, p. 8-14, pg. 31, online: <https://monitoruloficial.ro/Monitorul-Oficial--PI--451--2022.html>, arhivă: <https://perma.cc/SVY5-MMZE>, dec.: 405/2016..., pg. 68.

²³ Curtea a făcut astfel referire la dispozițiile art. 247 alin. (2) din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, potrivit cărora „... abaterea disciplinară este o faptă în legătură cu munca și care constă într-o acțiune sau inacțiune săvârșită cu vinovăție de către salariat, prin care acesta a încălcat

Revenind la situația analizată, nu doar că protejarea valorii sociale este posibilă prin intermediul unor astfel de mecanisme, dar acestea sunt și reglementate, unele dintre ele în chiar legea societăților și uneori chiar în cuprinsul aceluiași articole care reglementează necesitatea convocării adunării generale.

Astfel, potrivit art. 121 din legea 31/1990:

„Acționarii reprezentând întreg capitalul social vor putea, dacă nici unul dintre ei nu se opune, să țină o adunare generală și să ia orice hotărâre de competența adunării, fără respectarea formalităților cerute pentru convocarea ei”, iar art. 137² alin. (3) prevede că „În cazul în care administratorii nu își îndeplinesc obligația de a convoca adunarea generală, orice parte interesată se poate adresa instanței pentru a desemna persoana însărcinată cu convocarea adunării generale ordinare a acționarilor, care să facă numirile necesare”.

normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici”, dispozițiile art. 1 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 potrivit căroră „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată” și dispozițiile art. 1349 alin. (1) și (2) din Codul civil potrivit căroră „(1) Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. (2) Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral”.

Similar, potrivit art. 153⁷ alin. (3) din legea societăților:

„În cazul în care directoratul nu își îndeplinește obligația de a convoca adunarea generală în conformitate cu alin. (2), orice parte interesată se poate adresa instanței pentru a desemna persoana însărcinată cu convocarea adunării generale ordinare a acționarilor, care să facă numirile necesare”.

Nu în ultimul rând, nu trebuie pierdute din vedere dispozițiile care reglementează posibilitatea atragerii răspunderii organelor de conducere ale societăților, prin intermediul cărora, de asemenea, valoarea socială avută în vedere de norma de incriminare poate fi „suficient” protejată, astfel încât intervenția dreptului penal să nu se mai justifice²⁴.

În consecință, dincolo de problemele de previzibilitate ale normei, apreciem că aceasta nu respectă nici cerințele impuse de principiul subsidiarității.

²⁴ Cu titlu exemplificativ, potrivit art. 72 din lege „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”; potrivit art. 73 alin. (1) lit. e) „Administratorii sunt solidar răspunzători față de societate pentru (...) e) stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea, actul constitutiv le impun”; potrivit art. 144² alin. (1) „administratorii sunt răspunzători de îndeplinirea tuturor obligațiilor, potrivit prevederilor art. 72 și 73”. Directorii, sunt la rândul lor „răspunzători pentru neîndeplinirea îndatoririlor lor” potrivit art. 152 alin. (1). Prevederi care reglementează răspunderea organelor de conducere există și în cazul societăților organizate în sistem dualist, sens în care facem trimitere la art. 153² alin. (6) (aplicabile directoratului) și art. 153⁸ alin. (3) (aplicabile membrilor consiliului de supraveghere).

Tot cu titlu exemplificativ, facem trimitere și la dispozițiile art. 1915 alin. (1) din Codul civil potrivit cărora „Administratorii răspund personal față de societate pentru prejudiciile aduse prin încălcarea legii, a mandatului primit sau prin culpă în administrarea societății”, iar potrivit alin. (2) „Dacă mai mulți administratori au lucrat împreună, răspunderea este solidară. Cu toate acestea, în privința raporturilor dintre ei, instanța poate stabili o răspundere proporțională cu culpa fiecăruia la săvârșirea faptei cauzatoare de prejudicii.”

IV. Concluzii

Având în vedere cele expuse anterior, apreciem că dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din legea societăților sunt neconstituționale. Astfel, în opinia noastră norma nu îndeplinește condițiile de previzibilitate impuse de principiul legalității incriminării, în contextul în care identificarea momentului consumativ al infracțiunii este un demers anevoios, dacă nu chiar sortit eșecului. Așa cum am arătat și în cuprinsul materialului, utilizarea unor termeni vagi precum „de îndată”, „fără întârziere”, „de urgență”, „imediat”, „cel puțin o dată pe an”, în condițiile în care stabilirea unor termene clare, exprese era posibilă, atrage o lipsă de claritate și previzibilitate a textului care conduce la încălcarea dispozițiilor constituționale.

Un alt aspect care generează neconstituționalitatea normei de incriminare constă în încălcarea principiului subsidiarității, principiu care impune legiuitorului obligația de a recurge la norme de drept penal doar atunci când alte mecanisme de protejare a valorii sociale avute în vedere, reglementate prin intermediul unor norme aparținând altor ramuri de drept, ar fi insuficiente. În ceea ce privește dispozițiile analizate este de domeniul evidenței că astfel de mecanisme alternative există, ele fiind reglementate în chiar cuprinsul legii societăților.

În condițiile încălcării acestor două principii fundamentale, dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege sunt neconstituționale și se impun a fi cenzurate, ori de instanța constituțională, ori de legiuitor. Deși nu prea este în „caracterul” legiuitorului să dezincrimineze anumite fapte, atenția acestuia fiind mai degrabă îndreptată înspre a incrimina noi conduite, credem că, la o eventuală republicare a acestei legi (deși credem că adoptarea unei noi legi a societăților, coerentă, care să țină seama de noile realități economice ar fi preferabilă) atenția acestuia ar trebui să se concentreze și pe dispozițiile prin

care sunt incriminate anumite fapte și care s-ar impune a fi abrogate, precum dispozițiile art. 275 alin. (1) lit. b teza I din lege.

V. Bibliografie:

- BOGDAN Sergiu, ȘERBAN Doris Alina, *Drept penal. Partea specială. Infrațiuni contra persoanei și contra înfăptuirii justiției*. Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Universul Juridic, București, 2020;
- BODU Sebastian, *Legea societăților comentată și adnotată*, ed. Rosetti, București, 2017;
- BUGNAR-COLDEA Oana, *Excesul de legiferare în materie penală. Curtea Constituțională – posibilă „piedică” în calea acestui fenomen?*, Caiete de Drept Penal nr. 3/2022, online: <https://doi.org/10.24193/CDP.2022.3.2;>
- CÂRLESCU Neculai, *Drept penal al afacerilor. Infrațiuni prevăzute în Codul penal și în legea societăților. Comentarii și explicații*, ed. C. H. Beck, București 2018;
- DOMOCOȘ Carmen-Adriana, *Fapta omisivă și incriminarea ei în legea penală română*, ed. Universul juridic, București, 2010;
- STRETEANU Florin, NIȚU Daniel, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, vol. I, ed. Universul juridic, București, 2014;
- ȘCHEAUA Marius, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990 comentată și adnotată*, ediția a II-a, ed. Rosetti, București, 2002.

STUDII

ASPECTE PRIVIND EGALITATEA DE
TRATAMENT ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ A
MEMBRILOR FAMILIEI UNUI CETĂȚEAN AL
UNIUNII CARE NU AU CETĂȚENIA UNUI STAT
MEMBRU

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).4.6
Data publicării online: 31.05.2023

Sergiu DELEANU*

Rezumat. Membrii familiei unui cetățean al Uniunii care nu au cetățenia unui stat membru pot să se prevaleze de dispoziții din legislația primară sau secundară a Uniunii Europene în vederea aplicării principiului egalității, a regulii egalității de tratament și a regulii nediscriminării. Aceasta presupune precizarea semnificației noțiunii de membri de familie în raport cu principalele prevederi legale unionale care pot să fie luate în considerare în diferite situații în contextul liberei circulații a persoanelor în Uniunea Europeană.

Cuvinte cheie: membrii de familie; egalitate în fața legii; egalitate de tratament; nediscriminare; drepturi derivate; drepturi proprii.

* Prof.univ. dr. Sergiu DELEANU, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, sergiu.deleanu@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0006-7146-9289>.

ASPECTS CONCERNING THE EQUAL
TREATMENT IN THE EUROPEAN UNION OF A
UNION CITIZEN`S FAMILY MEMBERS
WHO ARE NOT NATIONALS OF A
MEMBER STATE

Abstract. A Union citizen`s family members who are not nationals of a Member State can make use of regulations of the primary law or secondary law of the European Union in order for the principles of equality, of equal treatment regulation and of non-discrimination regulation to be applied. This implies specifying the meaning of the concept of family members in accordance to the main legal regulations of the Union which can be taken into consideration in different situations in the context of free movement of people in the European Union.

Keywords: family members, equality before the law, equal treatment, non-discrimination, derived rights, rights in person.

Corespunzător art. 20 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, integrat titlului III din Cartă, intitulat „Egalitatea”, toate persoanele sunt egale în fața legii.¹ În cuprinsul Explicațiilor cu privire la Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene se accentuează că acest articol corespunde principiului general de drept înscris în toate constituțiile europene și pe care Curtea de Justiție a Uniunii îl consideră a fi un principiu fundamental al dreptului unional (comunitar).²

În considerarea principiului egalității, numeroase prevederi din cuprinsul legislației primare și a celei secundare din cadrul Uniunii Europene se referă la egalitatea de tratament și la nediscriminare.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Uniunii, egalitatea de tratament presupune ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, afară dacă un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv.³

Regula egalității de tratament și regula nediscriminării întrețin legături strânse.

Conform art.21 din Carta drepturilor fundamentale:

¹ Potrivit art. 6 alin. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană, Carta are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor.

² Conform art. 52 alin. (7) din Cartă, instanțele judecătorești ale Uniunii și ale statelor membre țin seama de explicațiile redactate în vederea orientării interpretării cartei.

În partea introductivă a explicațiilor cu privire la Carta drepturilor fundamentale se subliniază însă că acestea nu au valoare juridică în sine, dar constituie un prețios instrument de interpretare destinat clarificării dispozițiilor cartei.

³ CJUE, 18 iulie 2013, cauza C-234/12, *Sky Italia împotriva AGCOM*, pct. 15.

„(1) Se interzice discriminarea de orice fel, bazată pe motive precum sexul, rasa, culoarea, originea etnică sau socială, caracteristicile genetice, limba, religia sau convingerile, opiniile politice sau de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, averea, nașterea, un handicap, vârsta sau orientarea sexuală.

(2) În domeniul de aplicare a tratatelor și fără a aduce atingere dispozițiilor speciale ale acestora, se interzice orice discriminare pe motiv de cetățenie.”

După cum se observă, enumerarea de la art. 21 din Cartă nu are caracter limitativ.

Prin prevederile legale europene sunt interzise nu numai discriminările ostensibile, ci, deopotrivă, și cele disimulate, întrucât conduc, în fapt, la același rezultat ca și discriminările evidente.

Principiul egalității, regula egalității de tratament și cea a nediscriminării nu au, totuși, caracter absolut, iar intensitatea controlului din statele membre ale Uniunii desfășurate în raport cu acestea poate să fie diferit.

Situația cetățenilor, țărilor terțe în Uniunea Europeană depinde de calitatea pe care aceștia o au.

Mai multe categorii de cetățeni ai țărilor terțe care se află în situație de ședere legală în statele membre se pot prevala de regulile arătate.

Am avut prilejul, în cadrul unei alte analize, să ne referim la regula egalității de tratament și la cea a nediscriminării în cazul cetățenilor Uniunii și a membrilor familiilor acestora.⁴ În continuarea acestui subiect, înțelegem să ne oprim aici în mod specific asupra unor aspecte care privesc aplicarea principiului egalității, a regulii egalității de tratament și a nediscriminării cu privire la membrii familiei unui cetățean al Uniunii care nu au cetățenia unui stat membru.

⁴ A se vedea, S. Deleanu, *Drept european al afacerilor. Piața internă a Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p.198-220.

Directiva nr. 2004/38 reglementează dreptul la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora, aplicându-se destinatarilor menționați în cadrul art. 3 din directivă. Corespunzător art. 3 alin. (1) din directivă, textul acestuia se aplică oricărui cetățean al Uniunii care se deplasează sau își are reședința într-un stat membru „altul decât cel al cărui resortisant este”. Membrii familiilor cetățenilor Uniunii beneficiază de drepturi derivate, dobândite în calitate de membri ai familiei destinatarului. Așadar, drepturile conferite de această directivă nu pot să fie exercitate de membrii familiei unui cetățean al Uniunii, dacă acesta nu și-a exercitat dreptul la liberă circulație și ședere. În situația în care cetățeanul Uniunii se deplasează într-un alt stat membru decât cel al cărui resortisant este, membrii familiei sale beneficiază de un drept de ședere numai în statul membru gazdă în care locuiește cetățeanul Uniunii.⁵

Potrivit art. 2 pct. (2) din Directiva nr. 2004/38, prin „membrii de familie” se înțelege:

- a) soțul;
- b) partenerul cu care cetățeanul Uniunii a contractat un parteneriat înregistrat, în temeiul legislației unui stat membru, dacă, potrivit legislației statului membru gazdă, parteneriatele înregistrate sunt

⁵ C.J.U.E. (Marea Cameră), 16 iulie 2015, cauza C-218/14, *Singh*, pct. 52-55.

considerate drept echivalente căsătoriei și în conformitate cu condițiile prevăzute de legislația relevantă a statului membru gazdă;

c) descendenții direcți în vârstă de cel mult 21 de ani sau care se află în întreținerea sa, precum și descendenții direcți ai soțului sau ai partenerului, conform definiției de la litera b);⁶

d) ascendenții direcți care se află în întreținere și cei ai soțului sau ai partenerului, conform definiției de la litera b).

Prevederile art.2 pct.(2) din directivă se pot aplica persoanelor de același sex care au încheiat în mod valabil o căsătorie, dar nu și în cazul căsătoriilor poligame încheiate cu respectarea legii într-un stat terț.⁷

Directiva nr. 2004/38 se referă în termeni restrictivi la parteneriate înregistrate, neimpunând statelor membre obligația de a include între membrii de familie, în sensul art. 2 pct. (2), pe partenerul cu care cetățeanul Uniunii a contractat un parteneriat înregistrat.

Noțiunea „descendent direct” are, în întreaga Uniune, o interpretare autonomă și uniformă, vizând în mod obișnuit existența unei legături de filiație, în linie directă, care unește persoana în cauză cu o altă persoană. Legătura de filiație poate să fie de natură biologică sau juridică.⁸

Corespunzător jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii, calitatea de membru al familiei care se află în întreținere rezultă dintr-o situație de fapt -

⁶ În cuprinsul versiunii în limba română a directivei se face referire la „descendenții direcți în vârstă de cel mult 21 de ani”. În versiunile în limbile engleză și franceză ale directivei expresiile utilizate sunt „the direct descendants who are under the age of 21”, respectiv, la „les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans”.

⁷ A se vedea, Comunicarea Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind orientări pentru o mai bună transpunere și aplicare a Directivei 2004/38 CE privind dreptul la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora, pct. 2.1.1.

⁸ C.J.U.E. (Marea Cameră), 26 martie 2019, cauza C-129/18, *SM*, pct. 50-54.

susținerea asigurată de cetățeanul Uniunii - fără să fie necesară determinarea motivelor ce au justificat recursul la acest sprijin.⁹

Potrivit art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38, „fără a aduce atingere vreunui drept individual de liberă circulație și ședere pe care persoanele în cauză îl pot avea în nume propriu, statul membru gazdă facilitează, în conformitate cu legislația sa internă, intrarea și șederea următoarelor persoane:

a) orice alți membri de familie, indiferent de cetățenia lor, care nu se încadrează în definiția de la art. 2 pct. (2) și care, în țara din care au venit, se află în întreținerea sau sunt membri ai gospodăriei cetățeanului Uniunii care beneficiază de dreptul de ședere cu titlu principal sau dacă din motive grave de sănătate este necesară în mod imperativ îngrijirea personală a membrului familiei de către cetățeanul Uniunii;

b) partenerul cu care cetățeanul Uniunii are o relație durabilă, atestată corespunzător.

În temeiul art. 3 alin. (2) din directivă, statele membre nu sunt obligate să acorde automat dreptul de intrare și de ședere, ci numai să „faciliteze” intrarea și șederea persoanelor menționate în țara gazdă. Fiecare stat membru examinează în mod aprofundat situația acestor persoane pe baza propriei legislații interne, ținând însă seama de exigențele stabilite în cadrul Directivei nr.2004/38, precum și în jurisprudența instanței europene.¹⁰

Conform jurisprudenței instanței europene, noțiunea de membru de familie care este „membru al gospodăriei unui cetățean al Uniunii are o semnificație autonomă, vizând o situație de dependență bazată pe legături personale strânse și stabile, născute în același cămin, în cadrul unei conviețuiri domestice care depășește o simplă coabitare temporară din motive

⁹ CJCE, 18 iunie 1987, cauza 316/85, *Lebon*, pct.21-22.

¹⁰ A se vedea, considerentul (6) din directivă, precum și C.J.U.E. (Marea Cameră), 5 septembrie 2012, cauza C-83/11, *Rahman*, pct. 26 și 40; C.J.U.E. (Marea Cameră), 26 martie 2019, cauza C-129/18, *SM*, pct. 71-72.

de pură conveniență¹¹”. Gradul de rudenie cu cetățeanul Uniunii și durata conviețuirii constituie elemente importante în cadrul unei examinări amănunțite care nu impune, totuși, să se constate că, în ipoteza în care un membru de familie nu ar beneficia de dreptul de intrare și de șederea în țara gazdă, cetățeanul Uniunii ar renunța să își exercite libertatea de circulație.¹²

Cu privire la dreptul de ședere al cetățenilor Uniunii și al membrilor familiilor acestora în statul membru gazdă, Directiva nr.2004/38 conține trei categorii de prevederi: cele consacrate dreptului de ședere pentru o perioadă de cel mult trei luni; cele referitoare la dreptul de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni; cele care reglementează dreptul de ședere permanentă.

¹¹ CJUE, 15 septembrie 2022, cauza C-22/21, *SRS, AA, Minister for Justice and Equality*.

¹² CJUE, 15 septembrie 2022, cauza C-22/21, *SRS*, pct. 19-30.

Potrivit art. 7 alin. (1) și (2) din Directiva nr. 2004/38, „următoarele patru categorii de persoane au dreptul de ședere în statul membru gazdă pentru o perioadă mai mare de trei luni:

a) cetățenii Uniunii care sunt lucrători ce desfășoară activități salariate sau activități independente în statul membru gazdă;

b) cetățenii Uniunii care dispun de suficiente resurse pentru ei și pentru membrii familiilor lor, astfel încât să nu devină o sarcină pentru sistemul de asistență socială al statului membru gazdă în cursul șederii și dețin asigurări medicale complete în statul membru gazdă;

c) cetățenii Uniunii care:

- sunt înscrși într-o instituție privată sau publică, acreditată sau finanțată de către statul membru gazdă pe baza legislației sau practicilor sale administrative, cu scopul principal de a urma studii, inclusiv de formare profesională și

- dețin asigurări medicale complete în statul membru gazdă și asigură autoritatea națională competentă, printr-o declarație sau o altă procedură echivalentă la propria alegere, că posedă suficiente resurse pentru ei înșiși și pentru membrii de familie, astfel încât să nu devină o povară pentru sistemul de asistență socială al statului membru gazdă în timpul perioadei de ședere;

d) membrii de familie, indiferent de cetățenia lor, care însoțesc ori se alătură cetățeanului Uniunii în statul membru gazdă, cu condiția ca cetățeanul Uniunii să îndeplinească cerințele menționate la lit. a), b) sau c).¹³”

În cazul cetățenilor Uniunii înscrși într-o instituție privată sau publică în scopul principal de a urma studii, care beneficiază de dreptul de ședere pentru o perioadă mai mare de trei luni, din categoria membrilor de familie a acestor persoane fac parte numai soțul, partenerul înregistrat și copiii aflați în întreținere [art. 7 alin. (4) din directivă]. Articolul 3 alin. (2) din directivă se aplică ascendenților direcți care se află în întreținerea cetățeanului Uniunii, precum și celor ai soțului sau ai partenerului înregistrat.

În situația în care se aplică Regulamentul nr. 492/2011 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Uniunii, potrivit art. 10 din cuprinsul acestuia:

¹³ Art. 7 din Directiva 2004/38/CE.

„Copiii resortisantului unui stat membru care este sau a fost încadrat în muncă pe teritoriul altui stat membru beneficiază în statul membru gazdă, dacă domiciliază pe teritoriul acestui stat, de egalitate de tratament în raport cu resortisanții statului membru respectiv în ceea ce privește accesul la învățământ, inclusiv la studiile superioare”.

Aceștia se pot prevala în statul membru gazdă, împreună cu părintele în îngrijirea căruia se află în fapt, de un drept de ședere autonom doar în temeiul art. 10, fără a fi obligați să îndeplinească condițiile stipulate în cadrul Directivei nr.2004/38.

Corespunzător considerentului (1) din Directiva nr. 2004/54 privind măsurile de facilitare a exercitării drepturilor conferite lucrătorilor în contextul liberei circulații a lucrătorilor, directivă care are, potrivit art. 2 alin (2), domeniul de aplicare identic cu cel al Regulamentului nr. 492/2011, prin „membrii familiei” lucrătorilor ar trebui să se înțeleagă termenul definit la art. 2 pct. (2) din Directiva nr 2004/38, care se aplică și membrilor familiilor lucrătorilor frontaliери.¹⁴

În ipoteza în care nu se pot aplica prevederi specifice din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (T.F.U.E.) referitor la ansamblul situației analizate care vizează libera circulație a persoanelor, vor putea să fie invocate dispozițiile art. 20 și cele ale art. 21 alin.(1) din tratat, care au efect direct.

Articolul 20 din T.F.U.E. sintetizează esența drepturilor de care se bucură cetățenii Uniunii, iar art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. stipulează că orice cetățean al Uniunii are dreptul de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre sub rezerva limitărilor și condițiilor prevăzute de tratate și de dispozițiile adoptate în vederea aplicării acestora. Textele legale

¹⁴ A se vedea și CJUE, 15 decembrie 2016, cauzele conexe C-401/15-C-403/15, *Depesme*, pct. 49 și 51-54.

menționate pot să fie valorizate și de resortisanții statelor terțe care dispun de drepturi derivate, fie în statul membru de origine al cetățeanului Uniunii, fie în statul membru gazdă.

Privitor la situația membrilor de familie în raport cu autoritățile din statul membru de origine al cetățeanului Uniunii, aducem în atenție două hotărâri ale instanței europene, una care se referă la circumstanțele în care cetățeanul Uniunii nu și-a părăsit niciodată propria țară; cealaltă care vizează cazurile de întoarcere a cetățeanului Uniunii care și-a exercitat libertatea de circulație în statul membru al cărui resortisant este acesta.

În statul membru de origine al cetățeanului Uniunii, care nu și-a exercitat niciodată libertatea de circulație, membrii de familie, cetățeni ai unor țări terțe, minori sau majori, se pot prevala de un drept de ședere derivat, dacă, având în vedere relația de dependență cu cetățeanul Uniunii, refuzul acordării unui drept de ședere membrilor de familie, l-ar constrânge în fapt pe cetățeanul Uniunii să părăsească teritoriul Uniunii considerat în ansamblu și să fie astfel privat de beneficiul efectiv al substanței drepturilor conferite de statutul său.¹⁵

În împrejurarea în care un cetățean al Uniunii se întoarce împreună cu un membru al familiei sale în propria țară, potrivit jurisprudenței instanței europene, art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. permite acordarea unui drept de ședere derivat resortisantului țării terțe, dacă viața de familie a cetățeanului Uniunii cu resortisantul țării terțe a început sau s-a consolidat cu prilejul unei șederi efective mai mare de trei luni ori căruia i se aplică dispozițiile consacrate șederii permanente, în sensul art. 7 alin.(1) și (2) sau ale art. 16 alin. (1) și (2) din Directiva nr. 2004/38, în alt stat membru decât cel al cărui resortisant este cetățeanul Uniunii. Articolul 21 alin. (1) din T.F.U.E. nu impune însă

¹⁵ CJUE, 27 februarie 2020, cauza C-836/18, *RH*, pct. 49-50 și 54.

acordarea unui drept de ședere derivat unui membru al familiei cetățeanului Uniunii ce este resortisant al unui stat terț, în momentul întoarcerii cetățeanului Uniunii în țara căreia îi aparține în circumstanțele în care cetățeanul Uniunii a beneficiat o dată sau de mai multe ori de dreptul de ședere în țara gazdă pe o perioadă de cel mult trei luni, conform art. 6 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38.¹⁶

În legătură cu cele două hotărâri ale instanței europene arătate mai sus pot să fie formulate mai multe observații.

Membrii de familie care se pot prevala de hotărârea pronunțată în cauza C-836/18 pot să fie persoane arătate la art. 2, pct. (2) sau la art. 3 alin. (2) din Directiva nr.2004/38, impunându-se, în toate situațiile, o examinare amănunțită cu privire la existența unei relații de dependență. În cazul minerilor se ține seama, în special, de vârsta copiilor, de dezvoltarea lor fizică și emoțională, de gradul relației afective cu fiecare dintre părinți, de riscul pe care separarea de părintele resortisant al țării terțe l-ar genera pentru echilibrul copilului. Între adulți, membrii ai aceleiași familii, existența unei relații de dependență de natură să creeze un drept de ședere derivat în temeiul art. 20 din T.F.U.E. nu poate fi concepută decât în situații excepționale.¹⁷

Soluțiile adoptate pe baza art. 21 din T.F.U.E. în circumstanțele în care cetățeanul Uniunii se întoarce împreună cu membrii familiei în propria țară sunt diferite, în funcție de distincțiile care au fost reținute în cadrul Directivei nr. 2004/38. Astfel, în ceea ce îi privește pe membrii de familie arătați la art. 2 pct. (2) din Directiva nr. 2004/38, aceștia se bucură automat de dreptul de intrare și de ședere în țara cetățeanului Uniunii. Referitor la membrii de familie menționați la art. 3 alin. (2) lit. a) din Directiva nr. 2004/38, va fi

¹⁶ C.J.U.E. (Marea Cameră), 12 martie 2014, cauza C-456/12, *O. și B.*, pct. 28 și 50-61.

¹⁷ CJUE, 27 februarie 2020, cauza C-836/18, *RH*, pct.49-50 și 54.

necesară examinarea amănunțită a situației lor, în funcție de toate elementele relevante,¹⁸ fără a considera însă că un drept de ședere poate să fie avut în vedere numai în împrejurări excepționale. De exemplu, în cazul unui copil plasat sub tutela unui cetățean al Uniunii se impune, în principiu, acordarea, în temeiul art. 3 alin. (2) lit. a) din directivă, a unui drept de intrare și de ședere copilului în statul membru gazdă al cetățeanului Uniunii.¹⁹ Între adulți, membrii ai aceleiași familii, faptul că cetățeanul Uniunii asigură de mai mult timp întreținerea majorului poate să fie suficientă pentru a constata existența unei situații de dependență, în sensul art. 3 alin. (2) lit. a) din Directiva nr. 2004/38.

Aplicarea art. 20 din T.F.U.E. în împrejurări precum cele evidențiate în cauza C-836/18 nu depinde, ca regulă, de durata șederii în țara cetățeanului Uniunii.

În situațiile de întoarcere analizate pe temeiul art. 21 din T.F.U.E. se distinge însă, potrivit hotărârii Curții de Justiție a Uniunii pronunțată în cauza C-456/12, între șederea de scurtă durată și, respectiv, șederea de lungă durată și șederea permanentă în statul membru gazdă. Aserțiunea instanței europene corespunzător căreia o ședere de cel mult trei luni în țara gazdă, chiar înfăptuită în mod repetat,²⁰ nu este propice începerii unei vieți de familie credem că este discutabilă sub mai multe aspecte:

¹⁸ Corespunzător considerentului (6) din Directiva nr. 2004/38, statele membre au în vedere diverși factori, precum gradul de rudenie al solicitantului în raport cu cetățeanul Uniunii, nivelul său de dependență financiară sau fizică de cetățeanul Uniunii. Articolul 21 alin. (1) din T.F.U.E. impune statului membru al cărui resortisant este cetățeanul Uniunii „să faciliteze”, în sensul art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38, intrarea și șederea pe teritoriul său a resortisantului țării terțe (CJUE, 12 iulie 2018, cauza C-89/17, *Banger*, pct. 24-28 și 33-35).

¹⁹ C.J.U.E. (Marea Cameră), 26 martie 2019, cauza C-129/18, *SM*, pct.71-72.

²⁰ Directiva nr. 2004/38 nu limitează numărul de șederi de scurtă durată pe parcursul unui an calendaristic.

- În ipoteza în care cetățeanul Uniunii se prevalează de prevederile art. 6 din Directiva nr. 2004/38, aceste text se aplică și membrilor de familie fără să prezinte importanță durată vieții de familie până la intrarea în țara gazdă. Doar în cazurile de întoarcere durată vieții de familie în statul membru gazdă poate să prezinte relevanță deși, în ambele situații, este vorba, în esență, despre exercitarea libertății de circulație de către cetățeanul Uniunii;

- Articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene privind respectarea vieții private și de familie reia, în mod adecvat, dispozițiile art. 8 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale,²¹ textul menționat din Cartă putând să fie pus în legătură cu libertatea de circulație a cetățeanului Uniunii.²² Elemente relevante ale existenței unor legături personale strânse sunt, între altele, durată relației, problema stabilirii dacă persoanele care formează un cuplu și-au demonstrat angajamentul una față de cealaltă având copii împreună, gradul de rudenie, noțiunea de familie incluzând relațiile bazate pe căsătorie, precum și pe copii;²³

²¹ Potrivit art. 52 alin. (3) din Cartă, în măsura în care aceasta conține drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și întinderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată.

²² Obiectivul protecției drepturilor fundamentale în dreptul Uniunii este de a veghea ca drepturile fundamentale să nu fie încălcate în domeniile de activitate a Uniunii, fie ca urmare a punerii în aplicare a dreptului Uniunii de către statele membre. Instanța europeană a reținut în jurisprudența ei că o măsură de natură să afecteze o libertate fundamentală care caracterizează piața internă, adoptată în statul de origine al cetățeanului Uniunii, trebuie să fie conformă drepturilor fundamentale (CJCE, 11 iulie 2002, cauza C-60/00, *Carpenter*, pct. 40 și 46.

²³ Existența unei „vieți de familie” este o chestiune de fapt care depinde de realitatea practică a legăturilor personale strânse și posibilitatea unui părinte și a copilului său de a fi împreună

- Stabilirea unor legături personale strânse nu depinde în mod decisiv de durata șederii cetățeanului Uniunii în statul membru gazdă;

- În contextul deciziilor de expulzare luate în temeiul art. 15 alin. (1) din Directiva nr. 2004/38, instanța europeană a recunoscut că, în cazul unor absențe de scurtă durată ale cetățeanului Uniunii din statul membru gazdă, se poate considera că, în realitate, există o continuare a șederii acestuia pe teritoriul statului membru gazdă,²⁴ ceea ce evidențiază faptul că revenirile repetate în statul membru gazdă nu semnifică ruperea legăturilor sociale care au fost stabilite în respectivul stat și că este necesară o apreciere globală a situației analizate;

- Soluția instanței europene potrivit căreia art. 21 alin. (1) din T.F.U.E. nu impune acordarea unui drept de ședere derivat nici în cazul în care cetățeanul Uniunii a beneficiat de mai multe ori de dreptul de ședere de scurtă durată în statul membru gazdă, credem că nesocotește principiul proporționalității;

- Conform jurisprudenței instanței europene, o prezumție generală de fraudă nu poate fi suficientă pentru a justifica o măsură care aduce atingere obiectivelor Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene.²⁵

Diferența de tratament în cazul art. 20 și a art. 21 din T.F.U.E. se explică prin aceea că nu ne aflăm în prezența unor situații comparabile.

reprezintă un element fundamental al vieții de familie [C.J.U.E. (Marea Cameră), 14 decembrie 2021, cauza C-490/20, *V.M.A.*, pct. 61].

²⁴ C.J.U.E. (Marea Cameră), 22 iunie 2021, cauza C-719/19, *PS*, pct. 81-82 și 90.

²⁵ CJUE, 19 decembrie 2012, *Comisia Europeană împotriva Regatului Belgiei*, pct. 53.

„Cerința care ține de caracterul comparabil al situațiilor pentru a determina existența unei încălcări a principiului egalității de tratament trebuie apreciată din perspectiva tuturor elementelor care le caracterizează și, în special, în lumina obiectului și a scopului urmărit de actul care instituie distincția în cauză, înțelegându-se că trebuie luate în considerare, în acest scop, principiile și obiectivele domeniului din care face parte actul respectiv. În condițiile în care situațiile nu sunt comparabile, o diferență de tratament a situațiilor în cauză nu încalcă egalitatea în fața legii consacrată la art. 20 din Carta drepturilor fundamentale.²⁶”

Or, art. 20 din T.F.U.E., vizând esența drepturilor de care se bucură cetățenii Uniunii, se poate aplica în împrejurarea excepțională în care un cetățean al Uniunii ar putea să fie nevoit să părăsească teritoriul Uniunii privit în ansamblul său. În schimb, art. 21 din T.F.U.E. exprimă regula potrivit căreia orice cetățean al Uniunii are dreptul de liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre. Membrii familiei unui cetățean al Uniunii, care au cetățenia unor țări terțe, pot să invoce prevederile art. 20 sau pe cele ale art. 21 din tratat, în calitate de titulari ai unor drepturi derivate, nu proprii.²⁷

Articolul 18 alin. (1) din T.F.U.E. care, în domeniul de aplicare a tratatelor, interzice orice discriminare exercitată pe motiv de cetățenie sau naționalitate poate să fie luat în considerare în contextul art. 20 ori a art. 21 din T.F.U.E.²⁸

Dispozițiile art. 21 alin. (2) din Carta drepturilor fundamentale reiau, în termeni apropiați de cei ai art. 18 alin. (1) din tratat, acest concept, în cuprinsul Explicațiilor cu privire la Carta drepturilor fundamentale a Uniunii

²⁶ C.J.U.E. (Marea Cameră), 2 septembrie 2021, cauza C-930/19, X, pct. 58.

²⁷ A se vedea, de exemplu, CJUE, 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *Ida*, pct. 66-67; C.J.U.E. (Marea Cameră), 13 septembrie 2016, cauza C-165/14, *Murin*, pct. 38-44 și 72-73.

²⁸ În acest sens, a se vedea, de pildă, C.J.U.E. (Marea Cameră), 15 iulie 2021, cauza C-709/20, *CG*, pct. 62-63.

Europene arătându-se că alineatul (2) al art. 21 din Cartă corespunde art. 18 alin. (1) din T.F.U.E. și trebuie aplicat în conformitate cu acesta.

Corespunzător jurisprudenței instanței europene, art. 18 alin. (1) din T.F.U.E. (ex - art. 12 din Tratatul de instituire a Comunității Europene) vizează situațiile în care un resortisant al unui stat membru este supus unui tratament discriminatoriu față de resortisanții unui alt stat membru exclusiv pe motiv de cetățenie. Curtea de Justiție consideră că textul menționat nu are vocație de aplicare în cazul resortisanților țărilor terțe,²⁹ deși nu există stipulații exprese care să susțină această idee. În consecință, atât art. 18 alin. (1) din T.F.U.E., cât și art. 21 alin. (2) din Carta drepturilor fundamentale nu se aplică nici în situația unei eventuale diferențe de tratament între resortisanții statelor membre și cei ai statelor terțe, nici în ipoteza unei diferențe de tratament între două categorii de resortisanți ai unor țări terțe.

Articolul 20 din Carta drepturilor fundamentale care prevede că toate persoanele sunt egale în fața legii se aplică însă tuturor situațiilor reglementate de dreptul Uniunii, inclusiv în eventualitatea în care sunt implicați resortisanți ai țărilor terțe.³⁰

Articolele 20 alin. (2) și 21 alin. (1) din T.F.U.E. se aplică în circumstanțele în care nu pot să fie luate în considerare prevederi specifice din tratat, cum sunt cele referitoare la libera circulație a lucrătorilor, la dreptul de stabilire sau la libera prestare a serviciilor (art. 45, art. 49, respectiv art. 56 din T.F.U.E.).³¹

²⁹ CJCE, 4 iunie 2009, cauzele conexe C-22/08 și C-23/08, *Vatsouras*, pct. 52; C.J.U.E. (Marea Cameră), 2 septembrie 2021, cauza C-930/19, *X*, pct. 51-52.

³⁰ C.J.U.E. (Marea Cameră), 2 septembrie 2021, cauza C-930/19, *X*, pct. 54-56.

³¹ C.J.C.E. (Marcea Cameră), 11 septembrie 2007, cauza C-318/05, *Comisia împotriva Republicii Federale Germania*, pct. 32-37; CJUE, 8 noiembrie 2012, cauza C-40/11, *Iida*, pct.

„În conformitate cu o jurisprudență constantă, art. 18 alin. (1) din T.F.U.E. nu are vocația de a se aplica în mod autonom decât în situațiile reglementate de dreptul Uniunii pentru care T.F.U.E. nu prevede norme specifice de nediscriminare.³²”

În cadrul Directivei nr. 2004/38, art. 24 consacră egalitatea de tratament pentru cetățenii Uniunii și membrii de familie care nu au cetățenia unui stat membru și care au dreptul de ședere sau dreptul de ședere permanentă în țara gazdă, așadar inclusiv pentru cetățenii Uniunii care sunt lucrători care desfășoară activități salariate sau activități independente în statul membru gazdă și pentru membrii familiilor acestora. În mod specific, regula egalității de tratament și cea a nediscriminării sunt prevăzute la art. 45 alin. (2), la art. 49 alin. (2) și la art. 57 alin. (3) din T.F.U.E.

Potrivit art. 16 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38, membrii de familie care nu au cetățenia unui stat membru dobândesc dreptul de ședere permanentă în țara gazdă dacă și-au avut reședința legală împreună cu cetățeanul Uniunii în respectiva țară în cursul unei perioade neîntrerupte de cinci ani.

În împrejurarea în care se aplică membrilor de familie, care au cetățenia unei țări terțe, dispozițiile mai avantajoase de la art. 17 din Directiva nr. 2004/38 cu privire la acordarea dreptului de ședere permanentă, urmează să se țină seama de faptul că expresia „membrii familiei”, în sensul alineatelor (3) și (4) din cuprinsul art. 17, poate să fie înțeleasă în sens larg, așadar, nu în

68-72. În cuprinsul hotărârii pronunțată în cauza C-40/11, instanța europeană a subliniat că, în pofida faptului că dreptul derivat privind dreptul de ședere al resortisanților țărilor terțe nu este aplicabil, că nu se aplică Directiva nr. 2003/109 privind statutul resortisanților țărilor terțe care sunt rezidenți pe termen lung sau Directiva nr. 2004/38, pot să existe situații care să aibă un raport intrinsec cu libertatea de circulație a unui cetățean al Uniunii, care să permită luarea în considerare a art. 20 și 21 din T.F.U.E. referitor la resortisanții țărilor terțe.

³² C.J.U.E. (Marea Cameră), 6 octombrie 2020, cauza C-181/19, *Krefeld*, pct. 78.

accepțiunea restrictivă de la art. 2 pct. (2) din directivă și că nu este necesar ca membrii familiei să locuiască în permanență împreună cu lucrătorul care desfășoară o activitate salariată sau independentă în statul membru gazdă.³³

Având ca repere principale prevederile din T.F.U.E., din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, din Directiva nr. 2004/38, din Regulamentul nr. 492/2011 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Uniunii și din Regulamentul nr. 883/2004 privind coordonarea sistemelor de securitate socială pot să fie evidențiate, în cazul membrilor familiei unui cetățean al Uniunii, care au cetățenia unor țări terțe, mai multe semnificații și implicații ale principiului egalității de tratament.

Membrii de familie arătați au dreptul să desfășoare o activitate salariată sau independentă în statul membru unde pot să invoce prevederi legale unionale, aceștia beneficiind de aplicarea regimului de care se bucură cetățenii aparținând statului membru în cauză în ceea ce privește accesul la o activitate profesională și condițiile ei de exercitare, inclusiv referitor la aspectele care sunt utile desfășurării unei activități profesionale.

După cum am menționat, dispozițiile art. 20 din Carta drepturilor fundamentale se aplică tuturor situațiilor reglementate de dreptul Uniunii, inclusiv resortisanților țărilor terțe,³⁴ care, în statul de origine al cetățeanului Uniunii sau în statul membru gazdă, se află într-o situație comparabilă cu naționalii statului membru care este luat în considerare.

În cadrul domeniului de aplicare a Directivei nr. 2004/38, art. 24 din cuprinsul acesteia extinde beneficiul dreptului la egalitate de tratament asupra membrilor de familie care nu au cetățenia unui stat membru.

³³ A se vedea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 189-190.

³⁴ A se vedea, C.J.U.E. (Marea Cameră), 2 septembrie 2021, cauza C-930/19, X, pct. 54-56.

În mod specific, prevederile din T.F.U.E. consacrate liberei circulații a lucrătorilor salariați, dreptului de stabilire și liberei prestări a serviciilor pot să fie invocate de membrii familiei cetățeanului Uniunii, care au cetățenia unor țări terțe, aflați în una dintre situațiile prevăzute de dreptul Uniunii.

Această idee se fundamentează, în contextul art. 45 și a art. 49 din T.F.U.E., pe constatarea că se încurajează astfel libera circulație a cetățenilor Uniunii în statele membre și integrarea acestora în țara gazdă.

În ceea ce privește lucrătorii din Uniune și membrii familiilor lor care își exercită dreptul la libera circulație, art. 45 din T.F.U.E. conferă drepturi substanțiale pentru exercitarea acestei libertăți, care sunt detaliate în cuprinsul art. 1-9 din Regulamentul nr. 492/2011 referitor la accesul la muncă, condițiile de muncă și de încadrare în muncă, în special cu privire la remunerare, concediere, impozitare și avantaje sociale.³⁵ În consecință, art. 7 din Regulamentul nr. 492/2011, subsumat dispozițiilor consacrate desfășurării activității salariate și egalității de tratament, se interpretează în aceeași modalitate ca art. 45 din T.F.U.E.³⁶

Regulamentul nr. 492/2011 și Directiva nr. 2014/54 se aplică, după cum am arătat, membrilor familiilor lucrătorilor precizați la art. 2 pct. (2) din Directiva nr. 2004/38.

În scopul menținerii unității familiei în sens larg, în condițiile liberei circulații a cetățeanului Uniunii, facilitarea intrării și șederii în țara gazdă a persoanelor cărora li se aplică art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38, credem că permite să fie luate în considerare prevederile art. 45 din T.F.U.E, ținând seama inclusiv de aspectele detaliate în cuprinsul Regulamentului nr. 492/2011, nefiind vorba de o situație pur internă.

³⁵ A se vedea și considerentul (3) din Directiva nr. 2014/54.

³⁶ CJUE, 12 mai 2021, cauza C-27/20, *PF*, pct. 24 și 41.

Aplicarea principiului egalității de tratament în materia avantajelor sociale contribuie la mobilitatea forței de muncă și la integrarea cetățeanului Uniunii în statul membru gazdă, iar posibilitatea ca acesta să fie însoțit în țara gazdă de partenerul său cu care are o relație durabilă a fost calificată în jurisprudența instanței europene ca fiind un avantaj social.

Se mai poate observa că regula egalității de tratament și cea a nediscriminării se opun ca un stat membru care recunoaște dreptul de ședere pe teritoriul său a partenerului unui național să refuze un asemenea drept partenerului unui lucrător migrant, resortisant al unui alt stat membru.³⁷

Termenii analizei nu se modifică în ipoteca aplicării art. 49 din T.F.U.E. pentru că lucrătorii care desfășoară activități independente nu trebuie să fie supuși unui tratament dezavantajos în raport cu cel de care se bucură lucrătorii salariați. Privitor la ambele categorii de persoane se ține seama de principiile evidențiate în jurisprudența instanței europene în materia liberei circulații a persoanelor, care vizează atât dreptul de stabilire, cât și libera circulație a lucrătorilor.³⁸

Referitor la materia specifică a avantajelor sociale, persoanele care beneficiază de un drept de ședere în temeiul art. 49 din T.F.U.E. se bucură, de asemenea, de dreptul la egalitatea de tratament în materia evocată, dacă sunt întrunite exigențele pe care le presupune aplicarea acestui principiu. În consecință, prevederile art. 49 din T.F.U.E. pot să fie valorizate, după părerea noastră, nu numai de către membrii familiilor lucrătorilor care desfășoară activități independente care sunt arătați la art. 2 pct. (2) din Directiva nr. 2004/38, ci și de către persoanele la care se referă art. 3 alin. (2) din aceeași

³⁷ A se vedea cu privire la aplicarea acestor concepții în cazul partenerei de cetățenie engleză a unui lucrător englez stabilit în Țările de Jos, CJCE, 17 aprilie 1986, cauza 59/85, *Reed*, pct. 4 și pct. 22-30.

³⁸ CJCE, 12 septembrie 2002, cauza C-431/01, *Mertens*, pct. 24.

directivă, dacă îndeplinesc cerințele legale unionale și pe cele din legislația internă a statului membru gazdă.

În ceea ce privește libera prestare a serviciilor, regula egalității de tratament și cea a nediscriminării sunt consacrate, în cuprinsul tratatului, în cadrul art. 57 alin. (3). Aceste reguli se aplică atât prestatorului, cât și beneficiarului unui serviciu.

Corespunzător jurisprudenței instanței europene, dispozițiile art. 56 din T.F.U.E. privind libera prestare a serviciilor, luate în considerare în lumina dreptului fundamental la respectarea vieții de familie, se opun ca statul membru de origine al prestatorului de servicii stabilit în propria țară, care furnizează servicii unor destinatari stabiliți în alte state membre, să refuze dreptul de ședere pe teritoriul său soțului prestatorului, resortisant al unei țări terțe.³⁹

Articolele 6 alin. (2), 7 alin. (2) și 16 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38 se aplică membrilor familiei cetățeanului Uniunii care nu au cetățenia unui stat membru. În cuprinsul textelor menționate nu se trimitte la definiția reținută privitor la „membru de familie” în cadrul art. 2 pct. (2) din directivă, dispozițiile derogatorii ale art. 7 alin. (4) din Directiva nr. 2004/38 având însă în vedere această definiție. Statele membre pot, totuși, să faciliteze șederea de scurtă sau de lungă durată pe teritoriul lor pentru persoanele la care se referă art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38. În situația în care aceste persoane și-au avut reședința legală împreună cu cetățeanul Uniunii în statul membru gazdă în cursul unei perioade neîntrerupte de cinci ani, credem că ele se pot prevala de reglementările de la art. 16 din directivă.

În acest context se poate adăuga că art. 12 din directivă privind păstrarea dreptului de ședere de către membrii de familie în eventualitatea

³⁹ CJCE, 11 iulie 2002, cauza C-60/00, *Carpenter*, pct. 46.

decesului sau plecării cetățeanului Uniunii se poate aplica membrilor familiei extinse, întrucât în cadrul considerentului (15) din directivă este evidențiată necesitatea respectării vieții de familie și demnității umane, precum și împrejurarea că membrii familiei își au deja reședința pe teritoriul statului membru gazdă. Conform alineatului (2) al art. 12, membrii de familie care nu au cetățenia unui stat membru pot să dobândească dreptul de ședere permanentă în situația decesului cetățeanului Uniunii.

Aspectele reținute în cuprinsul considerentului (15) credem că pot să fie avute în vedere și în legătură cu art. 16 din directivă.

Aplicarea concepției referitoare la avantajele sociale reținută în cauza *Reed*,⁴⁰, a regulii egalității de tratament și a nediscriminării permit, în circumstanțele arătate anterior, recunoașterea unui drept de ședere în beneficiul membrilor familiei extinse a cetățeanului Uniunii.

Așadar, prevederile art. 23 din Directiva nr. 2004/38 care stipulează că, indiferent de cetățenie, membrii familiei unui cetățean al Uniunii care au dreptul de ședere sau dreptul de ședere permanentă într-un stat membru au dreptul să desfășoare o activitate salariată ori independentă în statul respectiv, pot să fie aplicate membrilor familiei cetățeanului Uniunii menționați la art. 2 pct. (2) din directivă și celor arătați la art. 3 alin. (2) din cuprinsul acesteia.

În temeiul art. 10 din Regulamentul nr. 492/2011, copiii resortisantului unui stat membru care este sau a fost încadrat în muncă pe teritoriul altui stat membru, împreună cu părintele în îngrijirea căruia se află în fapt, beneficiază de un drept de ședere autonom. Prin urmare, în situația în care părintele respectiv este cetățean al unui stat terț, asigurarea efectului util al art. 10, presupune ca părintele, care beneficiază de un drept de ședere

⁴⁰ A se vedea, cauza 59/85, *cit. supra*.

derivat, să aibă posibilitatea să desfășoare o activitate salariată sau independentă în statul membru gazdă, astfel încât copiii cărora li se aplică acest text legal să se bucure de prezența și de îngrijirea părintelui, pe plan financiar sau afectiv.⁴¹

În ceea ce privește aplicarea art. 20 din T.F.U.E., membrii de familie care se pot prevala de hotărârea pronunțată în cauza C-836/18 pot să fie, după cum am arătat, persoanele la care se referă art. 2 pct. (2) sau art. 3 alin. (2) din Directiva nr. 2004/38. Având în vedere că art. 20 din Carta drepturilor fundamentale se poate aplica resortisanților țărilor terțe, membrii de familie care nu au cetățenia unui stat membru vor putea să desfășoare o activitate salariată sau independentă în satul de origine al cetățeanului Uniunii, situațiile comparabile, din perspectiva tuturor elementelor care le caracterizează, cu naționali statului de origine al cetățeanului Uniunii neputând să fie tratate în mod diferit.

Prevederile art. 21 din T.F.U.E. pot să fie aplicate în situația în care cetățeanul Uniunii se întoarce împreună cu membrii familiei sale în propriul stat membru sau în cazul în care acesta se află în statul membru gazdă. În ambele ipoteze, membrii de familie ai cetățeanului Uniunii care au cetățenia unei țări terțe și care se pot prevala de dispozițiile art. 21 din T.F.U.E. vor putea să invoce art. 20 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

Exercitarea nestingherită și demnă a dreptului la liberă circulație de către cetățenii Uniunii implică, între altele, înlăturarea obstacolelor în ceea ce

⁴¹ A se vedea în sensul că părintele, cetățean al unei țări terțe, poate să beneficieze de un drept de ședere derivat în statul membru gazdă în baza art. 10 din Regulamentul nr. 492/2011 (ex – art. 12 din Regulamentul nr. 1612/68), CJUE, 8 mai 2013, cauza C-529/11, *Alarape*, pct. 27-31.

privește condițiile de integrare a familiei lucrătorului în țara gazdă.⁴² Această concepție prezintă relevanță atât în cazul avantajelor sociale, cât și a celor fiscale. Corespunzător art. 24 alin. (1) citit în lumina considerentului (20) din Directiva nr. 2004/38, toți cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora, inclusiv cei care nu au cetățenia unui stat membru, care locuiesc într-un stat membru în temeiul acestei directive ar trebui să beneficieze în statul membru respectiv de un tratament egal cu cel al resortisanților în materiile cărora li se aplică tratatul.

În mod specific, art. 45 alin. (2), art. 49 alin. (2) și art. 57 alin. (3) din T.F.U.E. pot să fie invocate în scopul aplicării regulii egalității de tratament și a nediscriminării referitor la avantajele sociale și fiscale de care trebuie să beneficieze membrii de familie care au cetățenia unor țări terțe în statul membru gazdă.

De exemplu, în jurisprudența instanței europene s-a evidențiat că instituirea într-un stat membru a unor condiții privind durata reședinței în vederea acordării, oricărei femei însărcinate și oricărei femei care a născut, a unei alocații la naștere, respectiv a unei indemnizații de maternitate contravine prevederilor art. 7 din Regulamentul nr. 492/2011 (ex – art. 7 din Regulamentul nr. 1612/68) și dispozițiilor art. 49 din T.F.U.E. (ex – art. 52 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene). În plus, instanța europeană a apreciat că asemenea condiții nu respectă, în cazul indemnizațiilor de maternitate, nici prevederile art. 6 din Regulamentul nr. 883/2004 privind coordonarea sistemelor de securitate socială (ex – art. 18 din Regulamentul nr. 1408/71).⁴³

⁴² A se vedea considerentul (6) din Regulamentul nr. 492/2011 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Uniunii.

⁴³ CJCE, 10 martie 1993, cauza C-111/91, *Comisia împotriva Marelui Ducat al Luxemburgului*, pct. 3-4, 6, 15-18, 20-34.

Diferențele de tratament în ceea ce privește avantajele sociale și fiscale pot însă să intervină în ipoteza unor situații diferite. De pildă, unele diferențe de tratament între lucrătorii migranți și lucrătorii frontalieri sunt posibile pentru că legătura de integrare în societatea statului membru unde au intrat pe piața muncii poate să fie diferită pentru cele două categorii de persoane; situația rezidenților și cea a nerezidenților nu este, ca regulă, comparabilă în materia avantajelor fiscale; libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii implică, în general, consecințe economice și juridice diferite.

Formarea profesională întreține legături strânse cu facilitarea accesului și cu exercitarea activităților salariate și independente. În consecință, membrii familiei cetățeanului Uniunii care nu au cetățenia unui stat membru, ce pot să se prevaleze de dispozițiile art. 45 sau 49 din T.F.U.E., precum și de reglementările pertinente din legislația secundară a Uniunii, între care art. 23 din Directiva nr. 2004/38 și Regulamentul nr. 492/2011, vor putea să invoce principiile egalității în fața legii, egalității de tratament și nediscriminării în acest domeniu.

Corespunzător art. 24 din Directiva nr. 2004/38, principiul egalității de tratament cu resortisanții statului membru gază se aplică membrilor de familie care nu au cetățenia unui stat membru și care au dreptul de ședere sau dreptul de ședere permanentă, dar „statul membru gazdă nu este obligat să acorde dreptul la prestații de asistență socială în timpul primelor trei luni de ședere sau, după caz, în timpul în care o persoană se află în căutarea unui loc de muncă și nici nu este obligat ca, înainte de dobândirea dreptului de ședere permanentă, să acorde ajutoare pentru studii, inclusiv pentru formare profesională, constând în burse de studiu ori împrumuturi, unor persoane altele decât lucrătorii care desfășoară activități salariate sau independente, persoanelor care își mențin acest statut și membrilor familiilor acestora.”

În cadrul ramurilor de securitate socială se aplică Regulamentul nr. 883/2004 privind coordonarea sistemelor de securitate socială, adoptat în temeiul art. 42 și 308 din Tratatul de instituire a Comunității Europene.

Chiar dacă acest regulament vizează numai coordonarea sistemelor de securitate socială ale statelor membre, regulile pe care le instituie sunt de natură să faciliteze libera circulație a cetățenilor Uniunii și a membrilor familiilor acestora în statele membre.⁴⁴

În cuprinsul art. 2 din regulament se prevede că regulamentul se aplică resortisanților statelor membre care se află ori s-au aflat sub incidența legislației unuia sau mai multor state membre, precum și membrilor de familie și urmașilor lor.

Noțiunea de „membru de familie” este definită la art. 1 lit. i) din regulament prin trimitere la legislația în temeiul căreia sunt acordate prestațiile ori, după caz, în funcție de legislația statului membru în care persoana este rezidentă.

⁴⁴ A se vedea considerentul (39) din Regulamentul nr. 883/2004.

Trimiterea la legislația statului membru în cauză se interpretează însă în conformitate cu principiul egalității de tratament stipulat la art. 4 din regulament, care prevede că:

„exceptând cazul în care regulamentul dispune altfel, persoanele cărora li se aplică acest regulament beneficiază de aceleași prestații și sunt supuse aceluiași obligații, în temeiul legislației unui stat membru, ca și resortisanții acelui stat. Membrii de familie, indiferent de cetățenie, sunt titulari ai unor drepturi proprii, dacă dispoziții ale Regulamentului nr. 883/2004 nu îi exclud de la anumite drepturi.⁴⁵”

În măsura în care se poate aplica art. 21 din T.F.U.E., se produc consecințe și în cadrul ramurilor de securitate socială.

Un stat membru poate să condiționeze, totuși, dobândirea dreptului la o prestație de existența unei legături reale între solicitant și statul membru competent.⁴⁶

*

**

Modurile în care se corelează diferite prevederi din legislația primară, din legislația secundară și hotărâri ale instanței europene în ceea ce privește egalitatea de tratament în Uniunea Europeană în cazul membrilor familiei unui cetățean al Uniunii care au cetățenia unor țări terțe pot să suscite, în continuare, dezbateri. Prezentul demers se înscrie în cadrul acestora, fără ambiția „trașării”, ci în ideea avansării unor posibile soluții.

⁴⁵ CJCE, 30 aprilie 1996, cauza C-308/93, *Cabanis-Issarte*, pct. a 22-34.

⁴⁶ CJUE, 21 iulie 2011, cauza C-503/09, *Stewart*, pct. 81-104.

ARTICOLE

POLITICA UNIUNII EUROPENE ÎN DOMENIUL
CONCURENȚEI ÎN CONTEXT PANDEMIC ȘI
STRATEGII DE ADAPTARE A
ÎNTRINDERILOR

DOI: 10.24193/SUBBiur.67(2022).4.7
Data publicării online: 31.05.2023

Laura LAZĂR*

Rezumat. Criza economică declanșată de pandemia COVID-19 și de conflictul armat inițiat de Rusia în Europa a generat provocări fără precedent pentru întreprinderile active pe piața internă europeană și pentru decidenții politici la nivel european.

Politica Uniunii Europene în domeniul concurenței, asemeni politicilor economice ale statelor membre a trebuit să se adapteze la necesitățile de colaborare a întreprinderilor pentru prevenirea perturbărilor majore în lanțul de producție, precum și în vederea asigurării accesului echitabil al consumatorilor la produsele și serviciile esențiale în această perioadă.

Asigurarea aplicării flexibile a normelor politicii UE în domeniul concurenței, precum și găsirea unor strategii noi ai întreprinderilor de adaptare la criza economică, cum ar fi investițiile în activitățile de responsabilitate socială, activități de cercetare dezvoltare pentru crearea unor produse inovative și eficiente, respectiv în marketing poate constitui cheia gestionării situației economice dificile de către întreprinderi și

* Departamentul de Drept Public, Facultatea de Drept Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, e-mail: laura.lazar@law.ubbcluj.ro; <https://orcid.org/0009-0007-0251-782X>.

în același timp, o oportunitate de creștere pentru acestea în contextul recesiunii economice.

Articolul redă modificările majore aduse politicii UE în domeniul concurenței în contextul crizei economice și importanța pe care implicarea în activitățile de responsabilitate socială o poate prezenta din perspectiva gestionării crizei de către întreprinderile active la nivel european.

Cuvinte-cheie: politica UE în domeniul concurenței; criză economică; pandemia COVID-19, responsabilitatea socială a companiilor; gestionarea crizei.

THE COMPETITION POLICY OF THE EU IN A PANDEMIC CONTEXT AND BUSINESS ADAPTATION STRATEGIES

The economic crisis triggered by the COVID-19 pandemic and the armed conflict initiated by Russia in Europe has generated unprecedented challenges for businesses active on the European Internal Market and, as well, for political decision-makers at national and EU level.

The EU competition policy, like the economic policies of the Member States, had to adapt to the needs of the collaboration of companies intended to prevent major disruptions in productions chain, as well as in order to ensure fair access of consumers to essential products and services during this period.

Ensuring the flexible application of EU competition policy rules and regulations as well as finding new strategies for companies to adapt to the economic crisis, such as investments in social responsibility activities, research and development activities for the creation of innovative and efficient products, respectively in marketing can be the key for the management of the difficult economic situation and at the same time, can represent an opportunity for them to grow in the context of the economic recession.

The article at hand reproduces the major changes brought to EU competition policy in the context of the economic crisis and the importance that involvement in social responsibility activities can present from the perspective of crisis management by companies active at the European level.

Keywords: EU Competition Policy, economic crisis, COVID-19 pandemic, social responsibility of companies, crisis management

Cuprins

I.	Considerații introductive privind importanța politicii UE în domeniul concurenței în contextul asigurării bunei funcționări a pieței interne.....	215
II.	Contextul pandemic și adaptările politicii în domeniul concurenței la acesta	218
III.	Investițiile în acțiuni de responsabilitate socială a întreprinderilor ca strategii de adaptare a întreprinderilor la situațiile de criză economică.....	225
A.	Responsabilitatea socială a întreprinderilor. Importanță, concept și tipologie	225
B.	Responsabilitatea socială a întreprinderilor în contextul crizei economice, o strategie de adaptare la criză?	228
IV.	Concluzii	231

I. Considerații introductive privind importanța politicii UE în domeniul concurenței în contextul asigurării bunei funcționări a pieței interne

Politica în domeniul concurenței a jucat un rol important în procesul construcției europene, prevederi privind reglementarea concurenței între întreprinderi regăsindu-se chiar și în Tratatul de instituire a Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului, semnat la Paris la 18 aprilie 1951¹.

Odată cu crearea Comunității Economice Europene și ulterior, după crearea Uniunii Europene, politica în domeniul concurenței a contribuit la buna funcționare a economiei Uniunii și la obținerea unui nivel de trai mai ridicat pentru cetățenii europeni. Asigurarea unei concurențe funcționale

¹ A se vedea capitolul VII al Tratatului, dedicat reglementării condițiilor de concurență în cadrul CECO. Textul tratatului este disponibil pe: <https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/ceca/sign>.

(*workable competition*²), prin respectarea prevederilor adoptate în materie de concurență, a contribuit la oferirea către consumatorii și clienții europeni – cetățeni și întreprinderi deopotrivă – a unor produse de o calitate superioară, inovative și variate, la un preț mai accesibil și care corespund în cât mai mare măsură necesităților acestora.

Conceptul concurenței funcționale, utilizat pentru prima dată de către economistul J. M. Clark în 1940 și ulterior preluat de legiuitorul european are în vedere un nivel de concurență, care deși nu este perfect (din moment ce concurența perfectă este utopică), prezintă un grad suficient de concurență care aduce beneficii consumatorilor și întreprinderilor active pe piața internă europeană, oferind primelor, acces la produse de o calitate superioară, la un preț cât mai mic.

Ținând cont de faptul că rivalitatea și confruntarea care are loc între competitori în vederea atragerii consumatorilor și clienților, obținerii profiturilor, a vânzărilor sau a cotelor de piață are loc pe o piață geografică bine delimitată, concurența este influențată în mare măsură de contextul economic în care acesta are loc, de numărul competitorilor care sunt prezenți pe teritoriul geografic avut în vedere, de barierele de intrare prezente pe piață, de informațiile care stau la dispoziția competitorilor, de trăsăturile produselor oferite etc.

² Conceptul concurenței funcționale ar putea fi definit, ca cel mai înalt nivel de concurență care poate fi realizat în condițiile unei anumite piețe date la un moment dat, ținând cont de caracterul nerealizabil al concurenței perfecte pe piețele economiilor capitaliste reale. A se vedea pentru mai multe detalii J. BOWNING, *Competition in Dual Economy*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1986, p. 82.

Beneficiile unei politici eficiente în domeniul concurenței³ sunt în special relevante în contextul situațiilor de criză economică. Prin prevenirea și sancționarea înțelegerilor anticoncurențiale, a abuzurilor de poziție dominantă, a fuziunilor care restrâng concurența pe piață sau a ajutoarelor de stat care ar putea favoriza întreprinderi ineficiente din punct de vedere economic, politica în domeniul concurenței poate contribui la creșterea puterii de cumpărare a consumatorilor, la scăderea prețurilor, la facilitarea inovației și la creșterea nivelului de concurență pe piață.

Legătura între un nivel funcțional de concurență și creșterea economică este în special importantă în contextul perioadelor de recesiune economică. Piețele caracterizate de un nivel de concurență funcțională determină întreprinderile să inoveze și să găsească soluții economice viabile pentru creșterea productivității. Astfel, alături de politica fiscală și economică, politica în domeniul concurenței ar trebui să constituie una dintre instrumentele de bază ale guvernelor naționale în formularea unui răspuns al acestora la crizele economice⁴.

³ Pentru mai multe detalii a se vedea B. WARDHAUGH, *Competition Law in Crisis: The Antitrust Response to Economic Shocks*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 35.

⁴ Ph. LOWE, *Competition Policy and the Global Economic Crisis*, Competition Policy International, Vol. 5 nr. 2/2009, p. 6.

II. Contextul pandemic și adaptările politicii în domeniul concurenței la acesta

Pandemia COVID-19, conflictul armat din inima Europei și criza economică declanșată de aceasta au reprezentat și reprezintă o provocare actuală fără precedent pentru economiile naționale, întreprinderile active în diverse sectoare ale economiei și decidenți politici, întrucât aceștia din urmă sunt puși în situația să adopte reglementări și măsuri de politică economică care să contribuie la minimizarea impactului crizei economice asupra economiei.

La nivelul UE, încă de la începuturile crizei s-a exercitat o presiune fără precedent asupra Comisiei în ceea ce privește adaptarea normelor aplicabile în domeniul ajutoarelor de stat, pentru a asigura statelor membre libertatea să implementeze măsurile de ajutor financiar pe care le considerau necesare în anumite sectoare economice cheie. Pentru a evita distorsiunile concurențiale majore pe piața internă generate de ajutoarele de stat adoptate de guvernele naționale și pentru a evita mișcările majore de capital între statele membre, a fost necesară adoptarea unui set de reglementări comune la nivelul Uniunii.

În ceea ce privește *instrumentele legislative* adoptate la nivelul UE ca răspuns la criza generată de pandemie și ulterior de conflictul armat, se numără: a) *Cadrul temporar pentru măsuri de ajutor de stat*, adoptat de Comisie în martie 2020⁵, „prin care s-a permis statelor membre să acorde un sprijin necesar și proporțional întreprinderilor aflate în dificultate, asigurând în același timp egalitatea de tratament și limitând denaturarea nejustificată a

⁵ A se vedea Comunicarea Comisiei – Cadru temporar pentru măsuri de ajutor de stat de sprijinire a economiei în contextul actualei epidemii de COVID-19 2020/C 91 I/01, publicată în JO seria C nr. 91I, 20.3.2020, p. 1–9.

concurenței care ar submina piața unică”; precum și b) *Cadrul temporar⁶ privind măsuri de ajutor de stat în contextul crizei generate de agresiunea Rusiei împotriva Ucrainei⁷*, prin care s-a permis statelor membre să acorde sprijin financiar companiilor afectate de perturbarea lanțurilor de aprovizionare din UE, ca urmare a războiului.

În ceea ce privește *reglementarea restrângerilor concurențiale* în context de criză, *Cadrul temporar privind strategiile de afaceri anticoncurențiale⁸*, adoptat în aprilie 2020, a oferit „orientări și predictibilitate juridică întreprinderilor care cooperează pentru a menține lanțurile de aprovizionare în contextul închiderii frontierelor sau pentru a aborda deficitul de medicamente și de echipamente medicale critice folosite în spitale sau blocajele din producția de vaccinuri.”

„Politica în domeniul concurenței a funcționat congruent împreună cu alte politici sociale și economice ale Uniunii din diverse domenii pentru a sprijini sectoarele și lucrătorii cei mai afectați și a amortizat impactul crizei

⁶ Cadrul temporar, a fost amendat de 6 ori și a expirat în data de 6 iunie 2022, însă unele dintre măsurile de sprijin oferite în baza acestuia se mai pot acorda până la finele anului 2023. În baza cadrului temporar au fost adoptate peste 1350 de măsuri de ajutor de stat de către statele membre, în valoare de peste 3,2 trilioane de euro. A se vedea în acest sens: https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en.

⁷ A se vedea *Comunicare a Comisiei Cadru temporar de criză pentru măsuri de ajutor de stat de sprijinire a economiei ca urmare a agresiunii Rusiei împotriva Ucrainei 2022/C 131 I/01*, publicată în JO seria C 131 I , 24.3.2022, p. 1–17.

⁸ A se vedea *Comunicarea Comisiei - Orientări privind aprovizionarea optimă și rațională cu medicamente pentru a evita lipsurile în timpul epidemiei de COVID-19*, publicată în JO seria 116I, 8.04.2020, p. 7 et seq..

asupra întreprinderilor, inclusiv asupra IMM-urilor și a întreprinderilor nou-înființate”⁹.

Adoptarea instrumentelor legislative menționate a fost deosebit de utilă, ținând cont de necesitatea redresării economice ca urmare a crizei, care a generat schimbări ale practicilor și modelelor de afaceri, a scos la iveală necesitatea efectuării unor investiții masive pe termen lung în digitalizare și sustenabilitate, dar și în activități de cercetare și dezvoltare care să sprijine găsirea unor soluții inovative și eficiente din punct de vedere al costurilor.

Reglementările flexibile adoptate au făcut parte dintr-o politică în domeniul concurenței puternică și eficace care asigură respectarea normelor în materie de concurență, oferind astfel economiei europene unul dintre mijloacele necesare redresării, într-un mod sustenabil și favorabil incluziunii sociale și teritoriale.

Ajustările legislative care au avut loc în contextul aplicării politicii UE în domeniul concurenței au fost efectuate pentru a face posibilă intervenții prompte ale statelor membre în economie, justificate de aflarea unor întreprinderi în dificultăți financiare; pentru a eficientiza funcționarea sectoarelor economice care afectează direct cheltuielile curente ale consumatorilor și pentru a putea feri, pe cât posibil, aceste sectoare de efectele negative ale crizei și pentru a menține productivitatea în cadrul acestora.

Așadar, scopul final al măsurilor adoptate a fost prevenirea concentrării excesive a pieței, stimularea inovării și sprijinirea unei redresări sănătoase a economiilor naționale.

⁹ A se vedea în acest sens *Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor - O politică în domeniul concurenței adaptată noilor provocări*, Bruxelles, 18.11.2021 COM(2021) 713 final, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2021:713:FIN>.

În același timp, trebuie asigurat faptul că aplicarea flexibilă a reglementărilor în domeniul concurenței nu va justifica adoptarea de către statele membre a unor restrângeri concurențiale disproporționate și care într-un final ar afecta economia europeană într-un mod defavorabil consumatorilor¹⁰.

Tocmai din acest motiv, „măsurile de sprijin pentru situații de criză au avut caracter strict temporar și vor fi eliminate treptat atunci când situația economică permite acest lucru, evitând în același timp producerea unor efecte în cascadă disproporționate. Scopul acestei eliminări treptate este de a evita o redresare asimetrică și riscul unei divergențe economice și mai mari în cadrul pieței unice”¹¹.

În ceea ce vizează *ajutoarele de stat*, reglementările adoptate în contextul crizei au avut ca scop acordarea unor măsuri de sprijin întreprinderilor viabile din punct de vedere economic, dar aflate în dificultăți financiare majore, cu scopul ca acestea să se redreseze și să traverseze perioada provocatoare din punct de vedere economic, astfel încât să evite eșecul.

Politica privind ajutoarele de stat din această perioadă a vizat asigurarea accesului la schemele de ajutor de stat întreprinderilor, fără discriminări legate de naționalitate; revizuirea periodică a schemelor naționale de ajutor de stat, astfel încât ajutoarele să fie acordate doar pe perioadele

¹⁰ Ph. LOWE, „*Competition Policy and the Global Economic Crisis*” in *Competition Policy International* vol. 5, nr. 2/2009, p. 9 *et seq.*.

¹¹ A se vedea în acest sens Comunicarea Comisiei Către Parlamentul European, Consiliul, Comitetul Economic Și Social European Și Comitetul Regiunilor - O politică în domeniul concurenței adaptată noilor provocări, Bruxelles, 18.11.2021 COM(2021) 713 final, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52022DC0230>.

minime necesare și întreprinderile să nu fie sprijinite pe o perioadă mai lungă decât minimul necesar pentru facilitarea redresării lor; limitarea în timp și în valoare a ajutoarelor acordate, astfel încât să nu se ajungă la acordarea unui sprijin disproporționat; instituirea unor constrângeri eficiente asupra beneficiarilor, astfel încât aceștia să nu apeleze la strategii de afaceri agresive, profitând de situația economică favorabilă generată de ajutorul primit; asigurarea de către state a unor condiții minime de transparență în privința acordării ajutoarelor.

În privința reglementărilor privind *operațiunile de fuziune economică*, modificările nu au fost semnificative. Motivul ar fi și faptul că regulamentul privind operațiunile de fuziune economică constituie un instrument legal suficient de flexibil, care permite controlul eficient al acestor operațiuni în și în afara perioadelor de criză deopotrivă. Astfel, nici procedura de control al avizării operațiunilor de fuziune, nici testul pentru verificarea compatibilității cu piața internă a operațiunii nu au suferit modificări în această perioadă.

În ceea ce privește *înțelegerile anticoncurențiale*, în perioadele de recesiune economică există riscul apariției așa ziselor „*carteluri de criză*”, ca urmare a scăderii profiturilor și care au ca scop menținerea la un nivel crescut al prețurilor prin reducerea producției în contextul scăderii cererii pentru anumite produse.

Instrumentul adecvat găsit de autoritățile europene a constatat în modificarea programului de clemență aplicabil întreprinderilor participante la înțelegerile anticoncurențiale, astfel încât să se obțină creșterea ratei descoperirii și sancționării unor astfel de înțelegeri.

În cazul înțelegerilor care au beneficiat de scutire de la aplicarea sancțiunii în baza dispozițiilor art. 101, alin. 3 TFUE, un criteriu important a rămas să li se atribuie consumatorilor o parte echitabilă a beneficiilor

rezultate în urma înțelegerii, fără eliminarea totală a concurenței pe o parte a pieței interne. Avizarea favorabilă a unor astfel de înțelegeri trebuie în continuare să aibă în vedere criteriul necesității și proporționalității în ceea ce privește restrângerile concurențiale.

În contextul creșterilor extreme ale cererii, a volatilității prețurilor pentru anumite produse, precum și a fluctuațiilor costurilor întreprinderilor, intervențiile de politică privind *abuzurile de poziție dominantă* au vizat în special prevenirea și sancționarea eficientă a practicilor abuzive, constând în exploatarea consumatorilor prin intermediul prețurilor excesive sau a altor practici de afaceri inechitabile.

În contextul crizei, autoritățile în domeniul concurenței au apelat la definirea mai restrânsă a piețelor care să faciliteze reținerea deținerii de către o anumită întreprindere vizată a poziției dominante. O altă soluție a constat în reținerea mai frecventă a existenței așa zisei poziții dominante temporare¹² și a pozițiilor dominante colective și utilizarea prețurilor excesive ca și criteriu pentru reținerea existenței poziției dominante.

Legat de reținerea prețurilor excesive, s-a considerat că acestea sunt cele care nu prezintă o legătură rezonabilă cu valoarea economică a produselor sau serviciilor prestate. În contextul actual, autoritățile în domeniu au apelat și la compararea prețurilor cu cele percepute pentru produse similare în alte state membre și a definit prețurile excesive ca fiind

¹² Conceptul a fost întâlnit pentru prima dată în Decizia Comisiei din 19 aprilie 1977 privind societatea *ABG Oil Companies* din Olanda, publicată în JOCE seria L nr. 117/09.05.1977, p. 1 *et seq.*.

cele care constant și în mod semnificativ se situează deasupra nivelului concurențial, stabilit conform unor criterii obiective, adecvate și verificabile¹³.

Abordarea autorităților europene¹⁴ în ceea ce privește aplicarea politicii în domeniul concurenței s-a axat astfel pe înțelegerea nevoii de cooperare a întreprinderilor, astfel încât să se asigure cadrul legal pentru cooperarea dintre întreprinderi care ar fi necesară pentru asigurarea aprovizionării și a distribuției produselor către consumatori. Astfel, autoritățile nu au sancționat înțelegerile temporare sau măsurile necesare adoptate pentru suplinirea unor lacune din lanțurile de aprovizionare. S-a considerat astfel, că asemenea înțelegeri, deși generează restrângeri temporare ale concurenței, contribuie la obținerea unor câștiguri în eficiență, care aduc beneficii nete consumatorilor. În același timp, autoritățile europene în domeniul concurenței, precum și Rețeaua Europeană a Concurenței au fost deschise să ofere consultanță pentru întreprinderi, astfel încât acestea să nu aibă probleme în aplicarea reglementărilor.

Perioada pandemică și post-pandemică în aplicarea politicii în domeniul concurenței s-a axat astfel pe idea asigurării bunăstării consumatorilor, astfel încât aceștia să aibă acces la produse considerate esențiale din perspectiva protejării sănătății consumatorilor la prețuri accesibile (ex. produse sanitare esențiale, măști de protecție, vaccinuri, geluri

¹³ A se vedea Hotărârea Curții din 17 septembrie 2017 în cauza C-117/16 *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:689, par. 35-37.

¹⁴ A se vedea și declarația comună elaborată la nivelul Rețelei Europene în domeniul concurenței, *Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*, online: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

antibacteriene etc.). În același timp, scopul a fost prevenirea și sancționarea comportamentelor de afaceri care ar fi dus la creșterea nejustificată și exagerată a prețurilor și perturbarea nejustificată a lanțurilor de producție și distribuție.

III. Investițiile în acțiuni de responsabilitate socială a întreprinderilor ca strategii de adaptare a întreprinderilor la situațiile de criză economică

A. Responsabilitatea socială a întreprinderilor. Importanță, concept și tipologie

Din punct de vedere conceptual¹⁵, responsabilitatea socială a companiilor poate fi definită ca fiind suma inițiativelor de afaceri ale societăților comerciale legate de etică și sustenabilitate și care prezintă impact social, contribuind la realizarea misiunii societății respective în lume și care influențează modul în care întreprinderea este percepută în societate.

Întreprinderile din zilele noastre sunt organizații ale căror misiune merge dincolo de maximizarea profiturilor și care deopotrivă fac parte și din viața socială a comunităților în cadrul cărora își desfășoară activitatea.

Potrivit principiilor de governanță corporativă ale OCDE¹⁶, responsabilitatea socială este asociată cu conceptul bunei guvernante corporative și influențează în mod pozitiv comportamentul consumatorilor,

¹⁵ A se vedea S. O. IDOWU, *Dictionary of Corporate Social Responsibility: CSR, Sustainability, Ethics and Governance*, Ed. Springer, Londra, 2015, p. 25.

¹⁶ OECD, *The Future of Corporate Governance in Capital Markets following the COVID-19 Crisis*, OECD Publishing, online: <https://www.oecd.org/corporate/OECD-Corporate-Governance-Factbook.pdf>.

aceștia având o percepție pozitivă asupra întreprinderilor care se angajează în astfel de practici. Scopul întreprinderilor este, până la urmă să își găsească un echilibru între a realiza un profit la nivelul întreprinderii și a crea valoare economică pentru acționari, iar la nivel social să contribuie la creșterea bunăstării sociale, prin reducerea șomajului și creșterea produsului național brut.

Acțiunile de responsabilitate socială a întreprinderilor sunt considerate și mai importante în perioadele de criză financiară, când se consideră că implicarea societății în astfel de practici contribuie la îmbunătățirea imaginii societății și a încrederii consumatorilor în serviciile oferite de aceasta. Totuși, crizele financiare influențează în mod negativ investițiile companiilor în proiecte sociale, în contextul tendințelor generale ale societăților de a reduce costurile de funcționare.

În ceea ce privește tipologia acțiunilor de responsabilitate socială, literatura de specialitate¹⁷ face distincția între: responsabilitatea socială a întreprinderilor legată de mediu, responsabilitatea socială privind protecția drepturilor fundamentale și aspecte legate de etica în afaceri, responsabilitatea socială de tip filantropic și responsabilitatea economică.

*Responsabilitatea socială a întreprinderilor legată de aspecte privind protecția mediului înconjurător*¹⁸ are în vedere angajamentele societății privind sustenabilitatea, precum și un mod de desfășurare a activității prietenos cu mediul înconjurător, prin luarea unor măsuri privind

¹⁷ Pentru mai multe detalii în acest sens: K. HANSEN, C. SIERESTAD, *Corporate Social Responsibility and Diversity Management*, Ed. Springer, Elveția, 2017, p. 51 *et seq.*

¹⁸ A se vedea pentru mai multe detalii și pentru conceptul mai larg al guvernancei corporative de mediu T. DATHE, R. Dathe, I. DATHE, M. HELMOLD, *Corporate Social Responsibility (CSR), Sustainability and Environmental Social Governance*, Ed. Springer, Elveția, 2022, p. 115.

reducerea emisiilor de gaze cu efect de seră, optând pentru utilizarea unor materii prime ecologice, evitând utilizarea materialelor plastice de unică folosință și în general, prin păstrarea grijii față de mediu în centrul tuturor operațiunilor desfășurate. Totodată, grija față de mediu nu poate exista fără angajamentul întreprinderii și a angajaților săi față de ideea dezvoltării durabile, ca parte a misiunii generale a societății.

*Responsabilitatea etică*¹⁹ a societăților comerciale are în vedere angajamentul acestora față de strategii de afaceri etice care respectă principiile unei concurențe loiale, precum și drepturile fundamentale ale actorilor implicați. Responsabilitatea etică vizează așadar evitarea oricăror forme de discriminare la locul de muncă, pe considerente legate de rasă, naționalitate, sex, vârstă, confesiune, opinie politică ș.a., garantarea salariului minim echitabil și evitarea formelor de exploatare prin muncă.

*Responsabilitatea filantropică*²⁰ a societăților privește orientarea acțiunilor societății spre binele societății în general, prin implicarea societății în acțiuni de binefacere care servesc binele comunității locale în care societatea își desfășoară activitatea sau legate de binele societății în general, crescând astfel încrederea socială în acțiunile întreprinderii.

În cele din urmă, *responsabilitatea economică* a societății se referă la adoptarea unor decizii financiare la nivelul întreprinderii, având în vedere binele general, cum ar fi investițiile efectuate în sursele de energie regenerabilă, reducerea costurilor de producție, investiții în programe educaționale și în programe caritabile.

¹⁹ Pentru detalii legat de subiect: S. BOUBAKER, D. K. NGUYEN, *Corporate Social Responsibility, Ethics and Sustainable Prosperity*, Ed. World Scientific, 2019, p. VI.

²⁰ A se vedea și M. HOPKINS, *Corporate Social Responsibility and International Development: Is Business the Solution?*, Ed. Eathscan, Londra, 2007, p. 113.

În afară de tipurile de responsabilitate socială menționată mai sus, companiile se pot angaja în acțiuni sociale menite să promoveze diversitatea și incluziunea socială, prin promovarea guvernantei corporative bune, prin investiții în bunăstarea fizică și în sănătatea mentală a angajaților, prin implicarea în acțiuni de voluntariat, prin prioritizarea lanțurilor de aprovizionare prietenoase cu mediul ș.a.

B. Responsabilitatea socială a întreprinderilor în contextul crizei economice, o strategie de adaptare la criză?

Conform literaturii de specialitate²¹, implicarea societății în acțiuni de responsabilitate socială în perioadele de recesiune economică este asociată cu o percepție mai bună a întreprinderii în mediul de afaceri, precum și cu un grad ridicat de încredere al consumatorilor în produsele și serviciile oferite de întreprinderea în cauză.

Recesiunea economică²², a fost definită ca fiind o descreștere semnificativă a activității economice la nivelul întregii economii, scădere care se reflectă și în nivelurile produsului național brut. La nivelul întreprinderilor, perioadele de criză sunt caracterizate de reducerea încasărilor, precum și prin reducerea lichidităților, urmate în general de reducerea costurilor legate de activitățile de cercetare și dezvoltare sau de marketing, precum și al celorla legate de responsabilitatea socială.

Deși strategia comună a întreprinderilor este să reducă investițiile în acțiunile de responsabilitate socială și în marketing, acestea contribuie la

²¹ B. HERRIGAN, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century: Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2010, p. 13.

²² M. OBSTFELD, D. CHO, A. MASON, *Global Economic Crisis: Impacts, Transmission and Recovery*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 235.

creșterea valorii afacerilor consacrate în ochii consumatorilor în perioadele de criză, ceea ce atrage concluzia, că investițiile întreprinderilor în acestea ar putea reprezenta una dintre strategiile prin care firmele ar putea face față efectelor negative ale crizelor economice.

În special, investițiile în acțiunile de responsabilitate socială constituie un mijloc de diferențiere a companiei și a mărcilor oferite de aceasta pe piață, fiind un element important al construirii loialității de marcă și al deciziilor de achiziție a consumatorilor. Astfel, deși crizele economice au un impact general negativ, ele pot ascunde și oportunități de dezvoltare pentru firmele care reușesc să exploateze potențialul economic al contextului.

S-a demonstrat, faptul că în perioadele de criză consumatorii caută predictibilitate, stabilitate, o reducere a riscurilor asumate prin achiziții, bazându-și alegerile pe mărcile de încredere, în defavoarea încercării unor produse/mărci neconsacrate, investind în produse care oferă un cost/utilizare mai redus și o încredere mărită în durabilitatea produsului, alocând în acest sens mai mult timp alegerii unui produs de încredere²³.

Pe de altă parte, critica majoră adusă investițiilor efectuate în activitățile de responsabilitate socială vizează faptul, că scopul major al organizațiilor este să ofere produse și servicii care aduc profit întreprinderilor și să nu investească în acțiuni care duc la o scădere a veniturilor, scopul principal al întreprinderilor fiind acela de maximizare a profiturilor²⁴. În legătură cu acest argument, reținem, că deși pe termen scurt investițiile în

²³ A. BHATTACHARYA, V. GOOD, H. SARDASHTI, „*Doing good when times are bad: the impact of CSR on brands during recessions*” în *European Journal of Marketing*, vol. 54, no. 9/2020, p. 2055 et seq..

²⁴ Y. KARAIBRAHIMOGLU, „*Corporate Social responsibility in Times of Financial Crises*” în *African Journal of Business Management* ianuarie 2010, p. 382.

acțiuni sociale implică o cheltuială la nivelul întreprinderii, aceasta reprezintă o posibilă sursă a maximizării profiturilor pe termen lung.

Astfel, un studiu economic relevant efectuat în context pandemic a scos la iveală faptul că 42% dintre respondenți au raportat o afectare a poziției economice a companiei ca efect al impactului economic al pandemiei, în timp ce 28% dintre respondenți au raportat creșteri ale valorii produselor și serviciilor oferite de companiile lor, acestea din urmă fiind întreprinderile care au identificat oportunități de creștere ale companiilor²⁵ lor prin adaptarea strategiilor lor de afaceri la contextul social și economic (prin digitalizare, investiții în proiecte sociale, adaptarea produselor și serviciilor la nevoile noi ale consumatorilor, crearea de parteneriate de afaceri, adaptări în lanțurile de aprovizionare, schimbări la nivel logistic, crearea unor produse inovative – ex. telemedicină, abonamente de fitness online etc.).

²⁵ Pentru mai multe detalii privind aceste oportunități a se consulta *Comunicare a Comisiei Către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor - O politică în domeniul concurenței adaptată noilor provocări*, Bruxelles, 18.11.2021 COM(2021) 713 final, online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2021:713:FIN>.

IV. Concluzii

Din perspectiva aplicării politicii în domeniul concurenței în contextul crizei, cea mai bună strategie se dovedește a fi o aplicare mai strictă și mai riguroasă a politicii în domeniul concurenței față de întreprinderi.

În acest sens, autoritățile naționale și europene în domeniul concurenței trebuie să se asigure că prin politicile lor nu ridică obstacole suplimentare în calea întreprinderilor, dar nici nu permit denaturări ale procesului concurențial nejustificate de necesitatea de a face față contextului economic actual.

Soluția constă în crearea unor piețe competitive care respectă principiile unei concurențe sănătoase, chiar și în contextul crizei economice și unde companiile încearcă să se adapteze cerințelor consumatorilor și să se implice în viața comunităților unde își desfășoară activitatea.

ARTICOLE

THE STATUS AND LIABILITY OF EXECUTIVE
OFFICERS IN THE HUNGARIAN JUDICIAL
PRACTICE - WITH PARTICULAR REFERENCE TO
THE NEW LEGISLATION

DOI: 10.24193/SUBBiur.67(2022).4.8
Data publicării online: 31.05.2023

László SCHMIDT*

Abstract: Under the former Hungarian Labour Code, the employer's manager and his deputy were liable for damages caused by the violation of the rules prescribed in the context of his managerial activity according to the rules of civil law. Under the previously applicable Act on Companies either the labour law rules or the rules of the Civil Code applied to the executive officer.

According to the new Civil Code, the executive officer is liable to the legal person for damages caused to the legal person during his management activities according to the rules of liability for damages caused by breach of contract.

The management of the company may be carried out by the executive officer on the basis of an agency contract or an employment contract, according to the agreement concluded with the company.

The new legislation raises the question of whether the executive officer is liable for damage caused to the company under the rules of employment law or under the civil law rules on breach of contract.

* PhD-Student, University of Pécs, Faculty of Law, e-mail: schmidt.laszlo@ajk.pte.hu.

Keywords: civil law, labour law, liability, executive officers, foreseeability

Cuprins

I.	Status and liability of the executive officers in the old Labour Code and in the Act on Companies	234
A.	Status and liability of senior officials in the old Labour Code and in the Act on Companies	234
II.	The status and liability of the manager in the new Labour Code and the new Civil Code	237
A.	The relevant rules of the new Labour Code and the new Civil Code ...	237
B.	Issues raised by the new legislation	239
III.	Summary and <i>de lege ferenda</i> proposals.....	246
A.	De lege ferenda Proposal I.	247
B.	De lege ferenda proposal II.	247
C.	Reasoning.....	247
IV.	Bibliography	249

I. Status and liability of the executive officers in the old Labour Code and in the Act on Companies ¹

A. Status and liability of senior officials in the old Labour Code and in the Act on Companies

Pursuant to Article 188 of Act XXII of 1992 (old Labour Code), “for the purposes of this Act, an employee in a managerial position is the head of the employer and his/her deputy (hereinafter referred to as "manager" or “senior official” or “executive officer”). “The provisions of this Act shall apply to employees in a managerial position with the exceptions set out in this Chapter.”² The old Labour Code further provided that “a manager shall be liable for damages caused by a breach of the rules prescribed within the scope of his/her managerial activity according to the rules of civil law,³ while in other cases the liability of the manager shall be governed by the general - labour law - rules on liability for damages, with the exception that in the case of negligent damage the liability may be limited to the average monthly salary of the manager up to twelve months”.⁴ According to the commentary on the old Labour Code, "the liability of a manager for damages depends on whether the damage is caused in the course of his managerial activity or for a cause outside it. If a manager causes damage in the course of his management activities (e.g. due to management or organisational errors or lack of orders),

¹ This paper is based on the previous paper from the Author which has already been published in Hungarian. <https://pea.lib.pte.hu/bitstream/handle/pea/34308/PTE-%c3%81JK-20220614-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

² Act XXII of 1992 on the Labour Code 188.§ (1)-(2) paragraphs <https://njt.hu/jogszabaly/1992-22-00-00.80#6302> 2023.03.09.

³ Old Labour Code. 192/A.§ (1) paragraph

⁴ Old Labour Code 192/A.§ (3) paragraph

he is liable under civil law, not the Labour Code. If the damage was not caused in connection with the breach of the managerial function, the general rules of the Labour Code governing the compensation of employees shall apply.”⁵

Pursuant to Article 21 (1) paragraph of Act IV of 2006 on Companies (Act on Companies) “the management of a company shall be carried out by the company's senior officers or by a body of senior officers, in accordance with the provisions on certain forms of companies. For the purposes of this Act, management shall mean the taking of all decisions necessary in connection with the management of the company which are not the responsibility of the company's supreme body or of another company organ by law or by the company statutes.”⁶

Pursuant to paragraph (2) of Article 22, “the rights and obligations of the executive officer in this capacity shall be governed by the rules of the Civil Code on the assignment of persons (company law relationship) or the rules governing employment relationships, subject to the exceptions provided for by law.”⁷

Act LXI of 2007 amended the Act on Companies, according to which a “member of a one-person company or a member of a general partnership or a limited partnership with sole management rights may not hold a management position in an employment relationship, unless otherwise provided for in the

⁵ LŐRINCZ György: A vezető állású munkavállalókra vonatkozó eltérő rendelkezések, In: A Munka Törvénykönyve Magyarázata (Commentary to Act XXII of 1992 on the Labour Code), Complex Kiadó, Budapest, 2008, p. 846.

⁶ Paragraph (1) of Article 21 of Act IV of 2006 on Companies (Act on Companies) <https://njt.hu/jogszabaly/2006-4-00-00.37>, 2023.03.09.

⁷ Paragraph (2) of Article 22 of the Act on Companies.

partnership agreement.”⁸ It is important to note, however, that the above amendment has not been explained or reasoned.

In a case published under BH2011. 288. the Supreme Court of Hungary held that the executive officer had not acted with due diligence when he granted a loan on behalf of the company to a person whose personal data were unknown, and therefore the claim could not be recovered from him. The Supreme Court shared the view of the courts of first and second instance that the executive officer did not act with the requisite care when granting the loan. He entered into the loan agreement without knowing the details necessary to identify the debtor, depriving the company of a realistic possibility of asserting a claim based on the loan agreement and thereby causing damage to the company, for which he was liable to compensate the company.⁹

In its decision published under EBH2011. 2417., the Supreme Court of Hungary explained that "the liability of a manager may be established if the manager, having made a foreseeable and manifestly unreasonable risk taking, wrongly assessed the situation of the company and the market environment as a whole. A manager may act in a negligent manner if he concludes a contract in a foreign language with which he is not familiar without being satisfied as to its true legal content, or transfers a significant amount of money to a foreign offshore company as a contracting party, he does not provide any security in the event of performance or impossibility of performance, the company's balance sheet shows that there is little possibility of recovering his

⁸ Art. 22 (3) of the Civil Code (in force from 1 September 2007).

⁹ BH2011. 288. In: *Bírósági Határozatok* 2011/10, pp. 768-769.

debts and he does not take the necessary measures to enforce his claim arising from the breach of contract." ¹⁰

With regard to the due diligence generally expected of a manager, the Kúria (Supreme Court of Hungary) stated in principle in its case decision EBH2012. M. 11. that "a manager employed by a company demonstrates the due diligence expected of a person holding such an office if he or she seeks to know and disclose all the material terms and conditions of the contract to be concluded by the company from a management point of view. Due diligence also includes providing the employer with information, usually in advance, to facilitate a reasonable and informed decision, particularly where the contract involves substantial assets." ¹¹

II. The status and liability of the manager in the new Labour Code and the new Civil Code

A. The relevant rules of the new Labour Code and the new Civil Code

Pursuant to Article 208 (1) paragraph of Act I of 2012 on the Labour Code (Labour Code), "an employee in a managerial position is the head of the employer and other employees under his/her direct control and entitled to replace him/her, in whole or in part, (hereinafter together referred to as

¹⁰ EBH2011. 2417. (for the details of the case see dr. Hanyu Henrietta: Munkajogi kárfelelősség a gyakorlatban, Wolters Kluwer, 2019, Budapest) https://mersz.hu/hivatkozas/YOV1550_67 2023.03.09.

¹¹ EBH2012. M.11. for the details of the case see dr. Hanyu Henrietta: Munkajogi kárfelelősség a gyakorlatban, Wolters Kluwer, 2019, Budapest) https://mersz.hu/hivatkozas/YOV1550_66 2023.03.09.

"manager")".¹² Pursuant to Article 209 (5) paragraph, "the manager is liable for the entire damage in the event of negligent damage."¹³

In the new Civil Code, the rules on the liability of executive officers, in addition to those on the liability of members and founders of legal persons, have also responded to the economic and market changes.¹⁴

According to Articles 3:21.§ and 3:24.§ of Act V of 2013 on the New Civil Code (Civil Code), "decisions related to the management of a legal person that fall outside the powers of the members or founders shall be adopted by an executive officer or executive officers or by a body of executive officers. Executive officers shall perform their management duties in the interests of the legal person. The first executive officers of a legal person shall be designated in the instrument of incorporation of the legal person. After the creation of a legal person, executive officers shall be elected, appointed and dismissed by the members of the legal person or, in legal persons having no members, by the founders. The mandate of an executive officer shall come into effect when accepted by the person designated, elected, or appointed."¹⁵

„The executive officer shall be liable to the legal person for the damage caused to it during his management activities according to the rules on liability for damage caused by breach of contract. The legal person shall be liable for any damage caused to a third party by the executive officer acting in

¹² Act I of 2012 (Labour Code) 208.§ (1) paragraph <https://njt.hu/jogszabaly/2012-1-00-00.31> 2023.03.09.

¹³ Labour Code 209.§ (5) paragraph.

¹⁴ NOCHTA Tibor: A vezető tisztségviselők magánjogi felelősségének mércéjéről és irányairól az új Ptk. alapján Gazdaság és Jog 2013/6, pp. 3-8. <https://ptk2013.hu/szakcikkek/nochta-tibor-a-vezeto-tisztsegviselok-maganjogi-felelossegenek-mercejerol-es-iranyairol-az-uj-ptk-alapjan-gj-20136-3-8-o/2388>, 2023.03.09.

¹⁵ Act V of 2013 (Civil Code) 3:21.§ <https://njt.hu/jogszabaly/en/2013-5-00-00> 2023.03.09.

his competence. The executive officer and the legal person shall be jointly and severally liable if the executive officer caused the damage intentionally.”¹⁶

The Article 3:112.§ (1) - (2) paragraphs of the Civil Code states that “ the executive officer shall manage the operations of the company under an agency contract or an employment contract, according to his agreement with the company. The executive officer shall manage the operations of the company autonomously, complying with the overruling priority of the interests of the company. In this capacity, the executive officer shall be bound by law, by the instrument of incorporation and the resolution of the supreme body of the company. The executive officer shall not be instructed by the members of the company and the supreme body shall not deprive him of his powers.”¹⁷

B. Issues raised by the new legislation

There has been a lively debate on the legal status and liability of executive officers both in the legal literature and in case law, based mainly on the fact that:

1) the new Civil Code has substantially changed the scope of liability for damages caused by breach of contract and introduced a new, much stricter system, (almost strict liability)

2) the Civil Code states, in the above-quoted 3:24.§ (1), on the one hand that executive officers are liable to legal persons according to the rules of contractual liability, but

¹⁶ Civil Code. 3:24. §.

¹⁷ Civil Code 3:112 § (1)-(2) paragraphs.

3) the Civil Code allows the possibility for business entities (companies) to base the position of their executive officers on a agency contract or employment relationship,

4) the new Labour Code basically retained the liability regime based on fault, and

5) the new Labour Code - in contrast to the old Labour Code –which provides for a system of liability for damages based on fault, does not state that the executive officer is liable for damages caused in the course of his managerial activities under the rules of civil law.¹⁸

According to Jácint Ferencz and Máté Trenyisán (among others), the problem is that “based on the above-mentioned rules of the Civil Code and the Labour Code, it is not clear whether the liability of the company's executive officers for damages caused by them is based on the rules of the Civil Code on the basis of the contractual liability or on the rules of the Labour Code on the basis of fault. Because the Article 3:112.§ of the Civil Code expressly refers to the possibility of both employment and agency relationships in relation to the executive officers of companies.”¹⁹ The Civil Code has introduced a very strict, objective standard of liability for damages caused by breach of contract, whereby the tortfeasor must prove that the circumstances were not foreseeable to him at the time the contract was concluded. ²⁰ However, the

¹⁸ TERCSÁK Tamás: Vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége, In: Pál Lajos (szerk.): A vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége. Budapest, Hvg-Orac, 2017, pp. 94–95.

¹⁹ FERENCZ Jácint – TRENYSÁN Máté: Jogértelmezési kérdések a vezető tisztségviselő társasággal szembeni kártérítési felelősségének köréből In: Pál Lajos (szerk.): A vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége, Budapest, Hvg-Orac, 2017, p. 114.

²⁰ Civil Code. 6:142.§: „ A person causing damage to the other party by breaching the contract shall be required to compensate for it. He shall be exempted from liability if he proves that the breach of contract was caused by a circumstance that was outside of his control and was not

general employee liability rule of the Labour Code is still based on fault.²¹ According to Ferencz and Trenyisán, the Civil Code. 3:24.§ (1) and 3:112.§ (1) would lead to the result that “a manager in a relationship of agency contract would be liable under the stricter liability rules of the Civil Code, while a manager in a relationship of employment would be liable under the lighter liability rules of the Labour Code, which is clearly not permissible.”²² In the context of the nature of the different legal relationships, Tercsák also points out that the legal relationship of an executive officer is characterised by autonomy and initiative. Autonomy is expressly laid down in the law and is also a consequence of the prohibition on giving instructions. Initiative is necessary because the (ongoing) protection of the interests of an operating company is hardly conceivable without initiative behaviour. In contrast, in the employment relationship, subordination is the dominant principle, and the employer may instruct the employee, who is obliged to comply. In his view, it is therefore difficult to reconcile the status of the executive officer with that of employee, since the two legal relationships require and allow for completely different attitudes. In its nature, the management relationship is the closest to a relationship of agency, but the liability of the agent and the legal provisions of the Civil Code 3:24 (1) are incompatible.²³

foreseeable at the time of concluding the contract, and he could not be expected to have avoided that circumstance or averted the damage.”

²¹ Labour Code Article 179.§ (1) paragraph: „An employee shall compensate for any damage caused by a breach of his/her obligations arising from the employment relationship if he/she has not acted in a manner that could normally be expected in the given situation.”

²² FERENCZ Jácint – TRENYSÁN Máté: Jogértelmezési kérdések a vezető tisztségviselő társasággal szembeni kártérítési felelősségének köréből, 2017, p. 117.

²³ TERCSÁK Tamás: Vezető tisztségviselő jogállása, felelőssége <https://ptk2013.hu/szakcikkek/tercsak-tamas-vezeto-tisztsegviselo-jogallasa-felelossege/6424> 2022. 02. 27.

The Great Commentary on the Civil Code states that "Since the Civil Code regulates liability for damages caused by breach of contract and damages caused by non-contractual acts differently, it was necessary to determine which rule applies to the liability of executive officers towards legal persons. The legislator has chosen the rules on liability for breach of contract because all the legal policy objectives which justify the tightening of contractual liability also apply to the relationship between the executive officer and the legal person. The executive officer is never placed in this position by accident, not against his will, but consciously assumes management duties vis-à-vis the legal person in the interests of the legal person. If the chief executive breaches this previously considered, consciously assumed obligation, he or she is justified in taking a more stringent action than liability for non-contractual damages. A consensus is reached between the chief executive and the legal person as to the creation of the office and the two parties' wills creates a contractual relationship in substance between the two parties."²⁴

Tercsák also points out that the changes in the new Civil Code in contractual liability also have a significant impact on this topic. The foreseeability principle has a dual role, in the basis of liability and the limit of damages to be recovered. It is very likely that the legislator's primary objective was to ensure that the contracting parties entered into the contract in the knowledge of the risks associated with the specific contract. A party in breach of contract can only be held liable for damages arising out of a circumstance which he could foresee at the time of the conclusion of the contract and, except for damages for loss of adhesion, only for damages which were foreseeable at

²⁴ Vékás Lajos, GÁRDOS Péter (szerk.): *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, Wolters Kluwer, Budapest, 2018, p. 251.

the time of the conclusion of the contract. The rules on damages based on the foreseeability principle can achieve their primarily objective where the risks associated with the contract are known at all, at least to one of the parties at the time of the conclusion of the contract. At the time of the conclusion of the contract to which they are subject, executive officers are not in a position to foresee in detail the risks associated with their activities, to consider them before accepting the position. To do this, the economic environment of the company (often the state of the economy as a whole) would need to be anticipated, possibly years in advance. This is obviously impossible. The company is also not in a position to provide information on the risks arising from the specific position, in addition to the general risks associated with the executive's activities, thereby making them foreseeable for the executive.²⁵

With regard to the so-called reference date, the Great Commentary on the Civil Code recognises that it poses a significant problem in relation to the liability of executive officer. "In the vast majority of cases, the mandate may be for a long period, years or even indefinitely. In this way, the date of the contract and the date of the actual damage would be so far removed from each other that proving unforeseeability would become too easy. It is questionable whether this problem is addressed by judicial practice by taking the date of the conclusion of the contract as the date of the commission of the damaging conduct of the executive officer rather than the date of the creation of the legal relationship of the executive officer. This may also arise because, in a significant number of cases, the tortious conduct is also linked to a contract, the tortious conduct of the manager consisting in the conclusion of a contract on behalf of the company without due care. Nevertheless, it is clear from the structure of the liability rule that the foreseeable circumstance at the time of

²⁵ TERCSÁK Tamás: *Vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége*, 2017, pp. 104-106.

the conclusion of the contract must relate to the conclusion of the contract on the breach of which the claim for damages is based. The legal person may, under the rule under consideration, sue its own directors and officers, and the date of the conclusion of the contract between them must therefore be the relevant date."²⁶

Tercsák does not see the function of the Article 3:112 (1) paragraph of the Civil Code as "to refer to the possibility or necessity of duplication of legal relationships, but to refer to the possibility of employment relationships, while leaving the unity of the legal relationship intact, and in particular to state the rules of liability applicable in the context of a single managerial relationship. Accordingly, if the parties do not expressly agree on an employment relationship, their relationship is to be considered as an agency relationship. In the case of an employment agreement, the situation differs only in that, in addition to the rules of the Civil Code, the corresponding provisions of the Labour Code apply - emphatically only in a complementary manner - to the manager's relationship with the company".²⁷

In accordance with Labour Code, however, the Commentary states that, "a manager and a managerial employee are two different legal statuses, i.e. they are not interchangeable categories. In our view, in this context, the main legal status of the person concerned is that of executive officer, which is framed by the status of a person in a relationship of agency or employment. The managerial employee, in this context, is therefore an employee, in other words, a subject of the employment relationship. In this capacity, his partner in the legal relationship is not usually the legal person or the company as such,

²⁶ VÉKÁS Lajos, GÁRDOS Péter (szerk.): *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, Wolters Kluwer, Budapest, 2018, pp. 252-253.

²⁷ TERCSÁK Tamás: *Vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége*, 2017, pp. 109-110.

but the employer as the other party to the employment relationship."²⁸ According to the ministerial reasoning of the Civil Code, "management decisions are taken by the managing directors of the legal person. Since they are not necessarily involved or interested in the operation of the legal person, it is necessary to state that in their management activities, the managing directors are obliged to act in the interests of the legal person. Breach of this duty entails liability for damages against the legal person and, since the relationship between the managing director and the legal person is based on the will of the parties, even if the legal relationship is not necessarily established according to the classical rules of contract formation, the rules of liability for breach of contract should apply. The liability rule here applies only to the internal relationship between the legal person and its manager."²⁹

With regard to the management of companies, the ministerial reasoning states that "the law describes the management of companies as an autonomous activity of the executive officers, for which the executive officer is liable to the company. The autonomy of the chief executive officer is not affected by the fact that he performs his duties on a contract basis or as an employee. While employment law generally implies a relationship of subordination and superiority between the employer and the employee, the application of employment law rules does not preclude a manager from exercising a high degree of autonomy and full responsibility for the tasks falling within his or her job. Of course, the autonomy of the chief executive does not mean that he or she can be entirely independent of the will of the company as expressed by its members: the chief executive is subject not only

²⁸ BANKÓ Zoltán, BERKE Gyula, KISS György: *Kommentár a munka törvénykönyvéhez*, Wolters Kluwer, Budapest, 2017, p. 605.

²⁹ Ministerial reasoning for the New Civil Code <https://jogkodex.hu/doc/3587649> 2023.03.09.

to the law but also to the company's articles of association and the decisions of its main organs." ³⁰

In my view legislative correction would be necessary to fully and satisfactorily eliminate the anomalies arising from the new rules, while in the meantime the resolution of the inconsistencies is left to judicial practice.

Regarding the liability of the executive officer, even under the new regulation, the previous judicial practice that the liability of the executive officer can be established if the executive officer has assumed a foreseeable and manifestly unreasonable risk, having completely misjudged the situation of the company and the market environment, seems to be maintained.³¹

With regard to the liability of the executive officer under the Labour Code, the Supreme Court of Hungary explained that the new Labour Code in force at the time of the damage does not refer to the application of the Civil Code rules in the area of the liability of the executive officer, but only contains a stricter rule in the case of negligent damage, when it provides that the executive officer is liable for the entire damage even in the case of negligence.³²

III. Summary and *de lege ferenda* proposals

As can be seen from the above, the provisions of the Labour Code and the Civil Code are far from being uniform and clear with regard to executive

³⁰ Minsiterial reasoning for the New Civil Code <https://jogkodex.hu/doc/3587649> 2023.03.09.

³¹ See footnote 10.

³² Supreme Court of Hungary EBH2018. M. 19. <https://kuria-birosag.hu/hu/sajto/tajekoztato-kuria-mfvi100592017-szamu-ugyrol-vezeto-allasu-munkavallalo-karteritesi> 2023. 03.10.

officers. In fact, by removing the reference to general civil liability from the Labour Code, but by providing in the Civil Code for the possibility of both employment law and agency law for the management of companies (and only of such entities), the legislator has, in my view, created uncertainty which, in my opinion, should be resolved by legislative correction.

A. De lege ferenda Proposal I.

The following paragraph (7) shall be added to Article 209 of the Labour Code: the manager shall be liable to the employer for damages caused in the course of his/her managerial activity in accordance with the rules of liability for breach of contract.

B. De lege ferenda proposal II.

The Civil Code Article 3:24 (1) paragraph is added as follows: (the executive officer) shall be exempted from liability if he proves that the breach of his management duty was caused by a circumstance beyond his control, unforeseeable at the time when he entered into the contract or failed to make the contract or other legal commitment giving rise to the dispute, and which he could not reasonably have been expected to avoid or to prevent.

C. Reasoning

In my view, the above additions and amendments can address the problems raised earlier. On the one hand, the amendment of Article 209 of the Labour Code brings the managerial employee under the contractual liability regime of the Civil Code, and on the other hand, the liability rule for managerial employees is clarified and limited. In my opinion, the 'extension' of the so-called reference date creates a healthy balance. The executive officer

will not be expected to 'look ahead' for many years at the time of his appointment but will retain his increased responsibility towards the legal person.

IV. Bibliography

- BANKÓ Zoltán, BERKE Gyula, KISS György: Kommentár a munka törvénykönyvéhez, Wolters Kluwer, Budapest, 2017;
- FERENCZ Jácint – TRENYSÁN Máté: Jogértelmezési kérdések a vezető tisztségviselő társasággal szembeni kártérítési felelősségének köréből
In: PÁL Lajos (szerk.): A vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége, Budapest, Hvg-Orac, 2017;
- LŐRINCZ György: A vezető állású munkavállalókra vonatkozó eltérő rendelkezések, In: A Munka Törvénykönyve Magyarázata (Commentary to Act XXII of 1992 on the Labour Code), Complex Kiadó, Budapest, 2008;
- NOCHTA Tibor: A vezető tisztségviselők magánjogi felelősségének mércéjéről és irányairól az új Ptk. alapján, *Gazdaság és Jog* 2013/6.;
- TERCSÁK Tamás: Vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége, In: Pál Lajos (szerk.): A vezető tisztségviselő jogállása és felelőssége. Budapest, Hvg-Orac, 2017;
- TERCSÁK Tamás: Vezető tisztségviselő jogállása, felelőssége.
<https://ptk2013.hu/szakcikkek/tercsak-tamas-vezeto-tisztsegviselo-jogallasa-felelossege/6424>;
- VÉKÁS Lajos, GÁRDOS Péter (szerk.): Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz, Wolters Kluwer, Budapest, 2018.