

STUDIA

**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA**

Nr. 2/2011
aprilie-iunie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf. dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

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

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

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoît MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Varia : Paul Vasilescu - UN PASCAL PRESSION EXPLICATIVE	5
» Studii : Aron Samu - UNIVERSALLY SPEAKING: A TRANS-JURISDICTIONAL ABUSE OF RIGHT APPROACH TO PIERCING THE CORPORATE VEIL.....	8
» Studii : Luanda Hawthorne - CONSTITUTION AND CONTRACT: HUMAN DIGNITY, THE THEORY OF CAPABILITIES AND EXISTENZGRUNDLAGE IN SOUTH AFRICA	27
» Articole : Veaceslav Pinzari - ACTIUNEA NORMELOR JURIDICE CIVILE ÎN TIMP - OBSERVATII ASUPRA REGLEMENTARII INSTITUIEI ÎN LEGISLATIA REPUBLICII MOLDOVA / L'action des normes juridiques dans le temps - observations sur son régime en Moldavie.....	47
» Articole : Ioana Pasculeț - AUTONOMIA RASPUNDERII ADMINISTRATIEI PUBLICE PENTRU ACTELE SALE / L'autonomie de la responsabilité de l'administration pour ses actes.....	59
» Articole : Caixia YANG - L'ORDRE PUBLIC EN DROIT CHINOIS DE L'ARBITRAGE.....	84
» INFO : TEZE DE DOCTORAT - IANUARIE-IUNIE 2011 / Thèses soutenues - résumés (janvier - juin 2011)	96

UN PASCAL PRESSION EXPLICATIVE*

Paul VASILESCU**

Votre Excellence M. Henri PAUL,
Mesdames et messieurs,
Chers collègues,

Que la loi était figurative notait Pascal dans ses Pensées (§ 229) en nous ouvrant les neuf cieux d'où l'on peut apercevoir au-delà et au-deçà du droit. D'abord c'est à nous de choisir les altitudes, d'y aller pour jeter un coup d'œil autour de nous pour comprendre de quelle loi s'agit-il. Le choix de la loi nous appartient, du moins en tant que thème d'analyse, en instrument qu'on peut manier afin de mieux connaître les alentours. Référence, borne et confins, la loi nous entoure pour nous offrir la distance nécessaire pour qu'on nous dise d'où l'on vient, d'où l'on nous emmène et vers quel but on nous amène. Un esprit funambulesque nous sert de garde-fou pour aller au fil de la loi, afin qu'on puisse observer ce qui nous achemine, tous les errements soient exclus. Voilà, donc, une présomption de droiture, issue de nos démarches qui suivront la loi, la juste voie selon Pascal.

Connaître la loi pascalienne c'est accepter de se tourner vers soi, sans ignorer autrui, mais en répugnant la dictature du petit moi, tout en trouvant un certain sens non-figuratif, et pourtant personnel de la loi. S'il y avait des cieux, des limites et des chemins à parcourir, tout se trouverait derrière nous, à savoir en nous. Une loi venue d'ailleurs, acquise comme sienne, qui nous offre le sens à suivre pour mieux apercevoir les sens inhérents d'une liberté à venir et à assumer. L'extérieur c'est ici même la garantie réelle d'une liberté interne que l'on est tenue à extérioriser moyennant nos actions aussi internes. La caution de la mise en œuvre de cette garantie est même le gardien (aillé ou cornu) qui gîte en chacun. Bref, c'est la raison qui noue et dénoue le figuratif. Cette loi n'est point personnelle dans le sens qu'elle se fait appliquer à des masques, mais elle reste ainsi lorsqu'on règle une subjectivité. A savoir tout sujet dont le masque est figuratif sera assujetti à la même règle de droiture suprême. La loi sera toujours figurative pour qu'on puisse l'appliquer, pour ainsi découvrir le contenu et le sens particulier approprié à chacun, puisque personne n'y échappe, mais les effets doivent être distincts. Rappelons, donc, les deux erreurs à éviter : 1. *prendre tout littéralement* ; 2. *prendre tout spirituellement* nous avertit de nouveau Pascal (§ 236).

Que la loi soit figurative – j’oserais dire ! Ce n’est pas de comprendre chacun ce qu’il veut, mais c’est le pouls de son sens à tâtonner. Le sens multiple d’une règle qui s’impose à tous par voie d’interprétation, à savoir par suite d’un effort de la raison de dévoiler les traces du non-figuratif dérobé par la forme même. Ce qui fait un sens, ce qui nous permet d’entrevoir le but de la règle va nous transformer, transposer dans un cercle des cieux de la reconnaissance de la loi. Parce qu’avant qu’on connaisse la loi, il faut qu’on la reconnaisse. Facettes infinies, ou presque, nous emportent vers la découverte d’une loi disons applicable à nos actions, c’est ainsi que la loi va se retourner, s’appliquer en libérant le sujet du choix de la loi, du figuré de la loi, cette fois non-figurative. Cela dit que l’écart existant entre la loi figurative et celle applicable nous donne la mesure de la raison, de ce qu’on a eu la force d’en apprendre. Nécessairement toute loi qui vaut son nom figuratif, c’est celle-là qui va configurer raisonnablement une distance tracée entre le nominatif et l’effectif de la loi. L’unité de mesure utilisée n’est que la raison, quelle que soit la loi, où que les cieux soient.

Enseignement : la loi - digne de son non, n’est que figurative, sinon elle tue la raison en soi et aussi la raison d’être de la loi. Le contraire serait hors <la> loi, non-lieu qui ne désigne que l’extériorité absolue du sujet déraisonnable. Perdre le figuratif de la loi c’est empêcher l’application effective d’une règle concrète, en valant la déposition de la loi toute entière. Il en résulte que c’est à tous de garder la norme figurative pour préserver la raison de la loi. En réussissant ainsi de nous garder raisonnables et non pas figés par un certain sens loisible et indésirable de la norme.

Le sens de l’ambiguïté de la loi est même la loi. La raison d’élire l’un des sens c’est le défi essentiel et perpétuel de toute rationalité du système qui nous envisage le polymorphisme du visage de la loi. La tâche reste à décortiquer l’ambiguïté inutile et de faire jaillir le seul sens véritable qui se cache derrière le raisonnement. Aucune garantie, aucune sûreté n’accompagne le travail, la quête et le désespoir d’un éventuel échec qui puisse valoir autant qu’une réussite. On va y trouver toujours quelque chose, mais on n’a besoin que d’en extraire le seul sens légitime ; procès dans lequel on est toujours seul devant soi. La légitimité ne dissipe obligatoirement pas l’ambiguïté, mais elle nous assure la solitude, la singularité d’être tout seul devant un choix rationnel. Pour qu’on puisse chercher de soulever le voile de l’ambiguïté il faut qu’on hésite, qu’on doute d’avoir trouvé une légitimité, celle vraie. Personne ne peut nous rassurer jamais. *Parler contre les trop grands figuratifs* nous conseille Pascal (§ 238), lorsque la réalité en a maints.

Mettre en exergue l’ambiguïté de la loi ne ressort d’aucun pessimisme, mais d’une rationalité foncière et féroce qui nous retourne vers le figurative de la loi, imposé également par le multiple sens de la réalité. Il y a des signes et des signaux qui nous guident vers la découverte du sens de la loi. Le figuratif de la loi, ce n’est pas le manque de sens, mais trop de sens. Un maquis touffu des potentialités dont on est tenu à choisir une pour qu’on puisse ainsi regagner des terres fermes.

La boussole dont on a besoin se trouve dans la poche et ses aiguilles indiquent la légitimité et la liberté, le boîtier c'est même la raison. Alors, question d'orientation, de re-découverte du chemin, œuvre solitaire.

Le figuratif de la loi nous démonte l'impossibilité de définir le réel juridique autrement qu'à l'aide des renvois juridiques; classiquement à l'aide d'un nominalisme pur juridique. Les figures représentatives du droit seraient toujours juridiques, et tout également *extra muros* serait puni d'une réponse à tort juridiquement. C'est là que la trouvaille du droit français se trouve: on est tenu de regarder par-dessus de tout mur juridique pour mieux cerner le sens juridique. Le figuratif ne relève donc pas nécessairement du juridique, mais de la loi de recherche du droit qui nous envoie vers les horizons moins juridiques. L'ambiguïté n'est qu'apparemment liée au sens du droit; le figuratif, voire le symbolisme du droit, n'engendre que le déploiement des sens plus ou moins juridiques, permettant des raisonnements dont le but est de dépister l'effet normal(e).

Légitimité, rationalité et sens multiples. L'emprise de la réalité multicolore moyennant le juridique c'est une tâche, une manière de regarder et de vivre le monde à la française qui ainsi nous propose un modèle universel. D'autres systèmes régionaux se contentent de régler des matières particulières, en se forçant d'offrir des solutions ciblées trop étroitement; pour ce cas-là l'ambiguïté de la loi est une faute, un raisonnement à tort, une diminution du figuratif de la loi qui n'engendra que d'apories inutiles. Le figuratif pascalien du droit c'est sa légitimité ultime qui nous oblige d'ôter les masques successifs de la loi posée, afin de nous permettre d'accéder au sens de la norme. Un tel système juridique universel n'a point besoin de solutions figées, parce qu'elles sont fausses; il n'accepte pas de préjugés parce que cela fend la raison. Un tel système fonde la légitimité sur une rationalité à sens multiple, tout en laissant la liberté du choix de ceux convaincus que la loi est figurative. Un tel système n'est qu'une fusée qui marque l'explosion en miettes du non-sens du quotidien et porte la marque indéniable de la pensée française.

Les remerciements et la reconnaissance que j'exprime maintenant sont à l'égard de tous ceux qui ont rendu possible un tel système de conscience et de jugement. Par ce petit mot, je rends hommage à la culture française, une colossale, dont les réflexions essentielles m'ont ouvert moi aussi les chemins du discernement culturel. Je remercie à toutes les personnalités ici présentes, notamment à S.E. M. Henri PAUL, à qui je dois l'honneur de porter un signe de la République française.

* Discours prononcé à l'occasion de la remise des *Palmes Académiques* de la part de la République française.

** Professeur, Faculté de droit de l'Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca; ypaul@law.ubbcluj.ro.

**UNIVERSALLY SPEAKING: A TRANS-JURISDICTIONAL ABUSE OF
RIGHT APPROACH TO PIERCING THE CORPORATE VEIL**

Aron SAMU*

Abstract: *The advantages offered by our current study are threefold. Not only will we show a new, unitary, all-encompassing theoretical foundation for piercing the corporate veil in any facet the issue may arise, but by modifying the starting point of each case analysis, will also allow for a more reasonable (given the topic at hand) subjective-oriented inquiry as opposed to the objective item-by-item one currently in place. Last but not least, we will demonstrate that by using this approach, qualifying the problem before the court as an issue of law rather than one of fact is the correct solution to pursue.*

Keywords: abuse of right, piercing the corporate veil, trans-jurisdictional theory, issue of fact, issue of law

Motto: *“Equity: simply a matter of the length of the judge’s ears.”*
(Elbert Hubbard)

Outline

1. Introduction
2. The current theoretical setting of the Abuse of Right doctrine
3. The Abuse of Right theory in the specific context of the Louisiana mixed system of law in general, and how it relates to Piercing the Corporate Veil in particular
4. The implications and practical consequences of its application in the particular Piercing the Corporate Veil setting
5. Conclusion(s)

Table of Cases

Bibliography

1. Introduction

Which way other than that of Universally Speaking is proper for one to express ideas and draw conclusions in today's world, characterized by globalization and interconnectedness? The extremely complex network of links that is established between the various nations could not be more obvious – or necessary, for that matter – than in the case of their legal systems. That they are intertwined is the result of the sum of forces shaping our existence, be they historical, social, political, economic or military. Even the proprietary legal 'currents' that their flow inevitably creates constantly strives for coming together and creating a multitude of intersection points.

However vast the area of cross-jurisdictional analysis and comparison of law left to be uncovered is, our present study, due to the limitations of time and space to which we all are bound, will offer a detailed focus on a very narrow segment in the grand scheme of things. We will stop and glance thoroughly and effectively upon the conceptual theory of *abuse of right* as an alternative approach to *piercing the corporate veil*, on a simply trans-jurisdictional direction coming from France and having as its terminus the Louisiana legal system component of the United States of America.

But as any "... journey of a thousand miles begins with a single step."¹, we see only fit that we award it the importance it deserves. Thus the need to briefly explain our choice of the doctrine of abuse of right arises.

Suggestively coined *abus de droit* in its country of origin, it represents a jurisprudential creation first and foremost connected to its dictionary meaning, and further taking on an ample own legal existence and constant evolution. As such, the choice of terms can and in fact must be broken down in order to allow for the revealing of its wanted meaning.

Abus derives from the Latin *abusare*²-*abusus*, in the sense of particularity to our current analysis of misuse³. According to some general definitions, it is linked to such words and expressions as "an overdoing", "going too far", "misuse", "overexertion", "taking advantage of", "impropriety", "overpossesive", "excessive", "wrongly"⁴. Advancing more in depth, it has been connected to "fraudulent dealing", "breach", "rely too heavily", "overindulge", "exploit", "impose", "unfair conduct", "misguidedly"⁵. A local valuable explanatory source adds some flavor to the meaning, by associating it with "to indulge freely in", "mistreat", "parasitic", "sponging (of a person)"⁶. As far as the lay ambit of the term, as one can easily see, the end result it conveys is that of crossing a boundary.

But in order to recognize the outer limits, we must be able to abstractly confine the item that they circle. And in our case, it is *un droit*, a right. We do not consider necessary to explain the meaning of the term extensively, as it is fundamental general knowledge of any person that is at least passively interested in or out of necessity forced to acknowledge the existence of the legal sciences. It suffices to consider a right as a legal entitlement to a certain conduct, thus a possibility conferred upon one through the power of law, in whatever form it might be conjured.

Moving on to the more specific legal meaning of the expression *abus de droit*, as it stands – united, the very basic definitions allotted by dictionaries and vocabulary explanation sources hold it to represent, ranging from most general to most specific, a behavior exceeding that which is normally permitted in a particular situation⁷, use of a right by its holder in a way that shifts it from the end purpose for which it was recognized⁸, in a procedural application of the essence of the notion an improper use of a legitimately issued process to obtain a result that is either unlawful or beyond the process's scope⁹, and theory established by the tribunals deeming it a fault consisting of one's use of his right not primarily in a good faith self-interest but in a personal gain-oriented manner at the expense of mainly causing harm to another, or disregarding its social and legal reason of being¹⁰. As such, the full complexity of this jurisprudential creation is prefigured.

From all of the above associations, descriptions and definitions, it is easy to notice that this construction deals with the situation in which, even though a perfectly valid legal right to a certain conduct exists and is conferred upon the person in question, nevertheless through his action it becomes tainted, either due to the purpose of the exercise in the harming of another, or simply because the purpose to the attainment of which the holder chooses to act is different than that for the benefit of which the law recognized the prerogative in the first place. As such, a business person might be tempted to stray from simply enjoying the general limited liability conferred upon him to conduct business, by seeking to avail himself of it even when clearly acting beyond what would draw liability simply for routine, ordinarily-anticipated debts, thus in a territory of mainly potential causation of injury to others (as the greater expense to be paid as the price for his “legally-cunning recklessness” in respect to them in pursuing profit at absolutely *any* cost). Following, a parallel can be drawn with the common law doctrine which allows for the disregarding of a corporate entity, that of *piercing the corporate veil*. The recognition and development of such doctrine by Louisiana courts can be found expressed in cases such as *Abraham v. Lake Forest, Inc.*¹¹, *LeBlanc v. Opt, Inc.*¹², *Giuffria v. Red River Barge Lines, Inc.*¹³, *Sparks v. Progressive American Insurance Co.*¹⁴ or *Glazer v. Commission on Ethics for Public Employees*¹⁵, to name a few¹⁶. The theme of our current discussion thus begins to take on shape.

The effects of our present study will not cease with or be in any way limited by the completing of the analysis in connection with the common law doctrine of piercing the corporate veil. Its ultimate purpose is to demonstrate that the abuse of right construction can not only be expressed in English as such from its French equivalent, but that its very essence and meaning can become attached to constructions representing a broad equivalent. In other words, we take on the challenge to show that the doctrine is not confined to linguistic translation, but is in fact susceptible of a complete legal one. As such, the work will ultimately have a general, conceptual applicability, a tendency towards the universality of its practicality. The sole limits of the trans-jurisdictional travel capabilities of abuse of right will be set by the prerequisite requirement that the jurisdictions undergoing comparison will be of compatible legal framework and construction. They must have an equivalence of provisions such as the State of Louisiana shares with France due to their Napoleon Civil Code common heritage.

Over the course of the following parts, we will focus on expanding the readers' understanding of these seemingly difficult to grasp concepts by first explaining the current theoretical setting of the *abuse of right* doctrine. Then, we will continue by placing the theory in the particular context of the Louisiana mixed jurisdiction, and starting to connect it to the common law- developed corporate doctrine of *piercing the veil*. Following an expanding of the highlighting of links by means of presenting both theoretical implications and practical consequences of such intertwinedness, we will finally end the journey fruitfully.

2. The current theoretical setting of the Abuse of Right doctrine

As it is of the utmost importance to note, we will begin this current part of our research by acknowledging the observation of an esteemed legal scholar, by which he begins building the defense of his Doctor of Juridical Science thesis: "Il y a une théorie de l'abus de droit"¹⁷. Even more than a century ago, one could take on the task of analyzing the topic and finding enough support to conclude such an endeavor in over 200 pages.

The abundant jurisprudential base for the recognition and establishment of the theory started coming into existence around the middle of the nineteenth century, with three successive instances of particular application: that of the Colmar Court of Appeals, followed by the Saint-Galmier and Clément-Bayard resolutions¹⁸. However, the highest French Court of Cassation most efficiently drew in 1964 that in exercising a property right, inherently limited as mandated by a serious and legitimate purpose,

the owner is not bestowed with the ability to be malicious, in a way not justified by any utility and which ultimately results in prejudice to another¹⁹. We must acknowledge that, even though the reliance of business persons on the legally-conferred benefit of limited liability rarely amounts to actual malice, and is somewhat justified by the maximizing-pursuit of profit, nevertheless such conduct can, in the current setting, amount to at least sanctionable negligence, if not even present elements suggesting intentionality, while the pursuit of profit cannot be absolutely-excused and protected, regardless of the greater social cost of unlimited injury-creating potential towards others.

It might seem that the last one and a half centuries of the theory's existence were built upon going against the very second article of the extremely principal Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, according to which property is a basic, "natural and imprescriptible" right of man²⁰. But one would actually be committing a fallacy in pursuing this reasoning, as an inspection of the following fourth and fifth articles of the same Document, according to which the law bounds one to not harming another, the law having the right to limit an absolute right such as that to property solely if society would be injured in absence of the restriction²¹. It actually appears that such a jurisprudential construction would inevitably result due to the need to apply (and, as a consequence, elaborate upon) the before-mentioned fundamental principles.

Accordingly, it started to take on shape even though it appears to essentially encompass a theoretical conflict²². How can one be guilty (and sanctioned because) of fault in the exercise of his right as recognized and conferred upon him by power of law? Particularly as a solution to overcoming this dilemma, it has been considered that to resort to an attribution of the character of fault in this setting would be inappropriate, because it presupposes an obligation to the contrary of the slip. This is why it was proposed that the construction be deemed *abuse*, and not violation, of right²³. There is a view to the contrary, which places malicious intent as constitutive of the basis of the jurisprudential theory. However, we believe this to be the result of the erroneous standpoint from which that analysis is made, as it looks at just half of the problem, disregarding the instances in which even though such evil motives lack, an abuse of right is still to be found simply because the right holder found a new use of his legally-conferred prerogative, one which is not in line with the *ratio essendi* recognized by the law.²⁴ Thus, the anti-malice principle does not explain veil-piercing. As such, the concept was first founded nonetheless in the field of delictual civil liability. Moreover, on two specific Civil Code²⁵ provisions: those of articles 1382 and 1383²⁶. They state that "Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it." and "Everyone is liable for the damage he causes not

only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence.”, respectively²⁷. Finally, it is important to note that even though the area of delictual responsibility gave birth to the theory, by means of analogy it was extended by the courts to a complete encompassing of any specific situation in which rights are exercised, including contractual obligations²⁸.

As for a summary of the theory behind the concept, for the purpose of our current study, we feel an analysis of the abuse of the property right will more than suffice, and will actually be the most comprehensive and representative towards a more specific inquiry, that of abuse of right in the context of corporations (' ownership and consequences deriving thereof). However, as the constraints of vastness of the field undergoing scrutiny, of the specific issue we herein address, coupled with those of time and space, do not allow us to here fully or even comprehensively expose the issue, pointing the reader towards extremely comprehensive general settings already in existence remains our only choice²⁹.

3. The Abuse of Right theory in the specific context of the Louisiana mixed system of law in general, and how it relates to Piercing the Corporate Veil in particular

As we concluded our more general analysis of the concept of abuse of right, it is now time to move on to placing the overview in the context of the uniquely-mixed United States of America jurisdiction of Louisiana. First, we will show that even in a common law setting, the doctrine undergoing scrutiny can function³⁰. Then, by showcasing a few special features that Louisiana is quite alone-standing in having, our transplant of the legal institution will be deemed successful. The only shard of mystery left as to our choice of topic for this study will then be dispelled by linking the abuse of right theory to that of Piercing the Corporate Veil.

It has been correctly noted, even in a more international law-focused setting, that the principle of abuse of rights denotes a violation of the core universally-recognized value of good faith³¹. As a consequence of such, any fictitious or lacking honesty/loyalty exercise of a right will not be tolerated on conducts of an international scale, as having the ultimate purpose of evading either a rule of law or a contractual obligation (consequences undeserving of protection)³². At the same time, it has been emphasized that “... ”[e]very right is the legal protection of a *legitimate* interest,” ... “an alleged exercise of a right not in furtherance of such interest, but with the malicious purpose of injuring others can no longer claim the protection of the law ...”” and better, demonstrating independence from the concept of malice, that ““... abuse of rights

refers to .. exercising a right either in a way which impedes the enjoyment by other...s of their own rights or *for and end different from that for which the right was created*, to the injury of another ...”³³.

One undertaking the study of this topic should however be cautioned not to proceed with the absolute confidence resulting from a complete lack of challenge as to the premises set herein. As reputed Professor Gutteridge introduces, in a widely-cited³⁴ comparative study in the area of abuse of rights, “The theory ... has been rejected by our law ... in the present-day decisions of the Anglo-American Courts.”³⁵ He then goes on to note that the Common Law has an “absolutist view of rights”, and that it “has not hesitated to place the seal of its approval upon a theory of the extent of individual rights which can only be described as the consecration of the spirit of unrestricted egoism.”³⁶ However, this can be construed more as a reference to civil liberties than to contract or tort rights and duties. Common law clearly impedes freedom through the imposition of tort duties and less obviously through application of the “good faith” and “fair-dealing” concepts in the area of contracts. Moreover, should Prof. Gutteridge’s references be extended to encompass property rights, a criticism to his conclusion can still be found in that American common law at the very least recognizes nuisance doctrine.

The reader should still remain somewhat at ease, however, because in the concluding part of the analysis, several acknowledgements are made. First of all, that the doctrine is widely invoked in the arena of international litigation³⁷. Second, even taking into account the lack of reconcilability with the “axiomatic character of ... Common Law”, an issue still remains as to permit further and future development and consequent settlement. The Anglo-American absolutist view of rights “is one which stands condemned on moral grounds, and its application, in all its rigor, can only be justified if it is established beyond doubt that any departure from the principle of absolute rights would involve consequences which are equivalent to or more serious than the evil which it is desired to counteract.” The author then repeats that “the problem is one of practical importance, but this should not cause us to ... refrain from any further investigation of the question.”³⁸ Finally³⁹, we witness an apparent ultimate indecision as to a specific position to be taken in respect to the topic, as Professor Gutteridge recognizes that it is desirable to ultimately deter proprietary rights to be exercised from a wholly improper motive. He would wish it done by means of enactment of legal amendments to the law of nuisance (viewed as a “useful supplement” to the law of nuisance in that it would meet the difficulty of borderline cases)⁴⁰. A partial lack of imagination on his part follows, in that apart from a couple of a few specific situations in which the need for such protection is viewed as desirable, “the risk of any further extension would seem to outweigh any advantages which might be gained”⁴¹.

The compatibility of the theory with the general legal framework exhibited by the Common Law setting has otherwise been defended⁴², for example by means of a challenge to “the notion that abuse of rights is a peculiar “invention” of civil law jurists that was absent in the common law.”⁴³ As such, we can affirm the existence of the “story of abuse of rights in the United States”, and at the same time discover the potential that comparative law has as an instrument for legal reform as to the redressing of distributive inequalities. It has also been argued in a well-supported manner that, ultimately, abuse of rights hardly challenges “the individualistic premises of modern private law, leaving largely intact the language of free will, individual autonomy, and absolute property”. Abuse of rights is finally considered to be an in effect effective corrective allowing for enjoyment of rights and mitigation of the most blatant disproportionalities arising in legally-governed interactions⁴⁴.

As showcased by the preceding arguments, it is safe to say that there is a great degree of compatibility between the theory of abuse of rights, rooted originally in a civil law setting, and the common law system. Even more so then, a higher amount of congruity should be present in the particular case we discuss further on.

Now let us move on completely to the issue of the measure of compatibility of the legal concept of abuse of right with the structure of the Louisiana jurisdiction, and to showing it’s especially great. This is due to the highly similar legal provisions relevant in the matter, particularly a couple of crucial Civil Code articles. Their identity in respect to each other is a vestige of the common root of them, traceable back to the Napoleonic Civil Code of 1804.

First off, we must mention a specific particularity that Louisiana showcases, in the area of most interest to our present endeavor, that of analyzing abuse of right in the context of property law⁴⁵ (again, as it will later be seen, this will lead to an understanding and ability to explain the phenomena which take place when the person behind the corporation acts in respect to his property). Even though at a previous time⁴⁶, the Louisiana Civil Code provided that “Perfect ownership gives the right to use, to enjoy and to dispose of one’s property *in the most unlimited manner*, provided it is not used in any way prohibited by laws or ordinances ...”⁴⁷, things have slightly changed since in language, but fortunately to making our point, not also in substance. Today, the corresponding article provides of “Ownership ...” that “Ownership is the right that confers on a person direct, immediate, and *exclusive authority* over a thing. The owner of a thing *may use, enjoy, and dispose of it within the limits and under the conditions established by law.*”⁴⁸ Even though the highest degree of freedom was substituted with apparently mere exclusivity, the main limitation that both legal texts pose is found in their mentioning of the

possibility as to legal limitations to be placed upon ownership. A subsequent provision is in fact an active expression of this passive option towards existence: "Although a proprietor may do with his estate whatever he pleases, still he cannot make any work on it, which may deprive his neighbor of the liberty of enjoying his own, or which may be the cause of any damage to him."⁴⁹ This article basically represents a uniquely-Louisianan codified application of the abuse of right doctrine in its offering of a solution for a particular case⁵⁰. But what is most important about this legal norm is that it best showcases the absolute duality of the exercise of property rights, in that the owner may use his estate in whatever manner he wishes, but he is concurrently completely barred from harming others through such conduct⁵¹.

Moving on to a second and more general point as to the specifically high adaptability of the construction in the ambient of the Louisiana jurisdiction, we stumble upon the identity of the latter's provisions relevant in the matter to that of the previously-articles 1382 and 1383 of the French Civil Code⁵². They are those of articles 2315 A. and 2316, Louisiana Civil Code. As they amount to "Every act whatever of man that causes damage to another obliges him by whose fault it happened to repair it." and "Every person is responsible for the damage he occasions not merely by his act, but by his negligence, his imprudence, or his want of skill.", respectively, it is easily discernable that a parallel as to the foundation on which abuse of right can be built upon is drawable.

The question whether Louisiana Law reserves a place for the theory of abuse of rights or not has been previously intentionally left unanswered due to constraints resulting from a lack of clear conviction, by Judge Mayrand, during a paper summing up a 1974 seminar of Louisiana Appellate Judges held under the auspices of the Institute of Civil Law Studies of the Louisiana State University⁵³. At the present time, and especially in respect to piercing the corporate veil (as we will further show), we reinforce the author's part opinion part wishful thinking with well-founded optimistic belief that indeed "... it will not be inappropriate to make the following observation. Already the Louisiana Civil Code expressly condemns particular abuses of rights. If and when the Louisiana courts find it useful in the interest of justice to recognize the theory of the abuse of rights, they will find in their own Code all the corresponding articles which were used in Quebec and in France to provide a legal basis for this theory."⁵⁴

But why did we choose an abuse of right theory analysis in the context of the piercing the corporate veil doctrine? In line with our previous statement, because we believe that in this area in particular, the Louisiana courts have implicitly recognized and are constantly working with the former in their analysis and drafting of decisions in the ambit of the latter, even though they might not be fully aware of this.

We must first take a brief look at the ambit and characteristics of the piercing the corporate veil construction, in order to be able to further efficiently and effectively link it to our corresponding theory of choice for the purpose of this current study. It is constantly being considered, by both judges in their decisions, as well as by legal scholars in their works that many piercing the corporate veil cases are “long on rhetoric and contradictory general principles but short on reasoning”⁵⁵. As an author states, “This is jurisprudence by metaphor or epithet. It does not contribute to legal understandings because it is an intellectual construct, divorced from business realities. ... Courts state that the corporate entity is to be disregarded because the corporation is, for example, a mere ‘alter ego.’ But they do not inform us why this is so, except in very broad terms that provide little general guidance. As a result, we are faced with hundreds of decisions that are irreconcilable and not entirely comprehensible. Few areas of the law have been so sharply criticized by commentators.”⁵⁶. This is probably one of the main shortcomings in the area that our paper seeks to eliminate, by providing a sound and solid basis for future constructions of argument.

Most piercing the corporate veil cases present the issue whether a shareholder should be held personally liable for a corporate obligation, or not⁵⁷. In deciding real life disputes, courts use terms such as “... ‘alter ego’, ‘instrumentality’, ‘sham’, ‘subterfuge’ or ‘tool’, to select a few ...”, in order to decide upon the previously-stated problem⁵⁸. Even though “the rationales in the various piercing the corporate veil cases are not articulated so as to give iron-clad guidance to future potential litigants”, courts do not “often ... pierce the corporate veil in situations when it is inappropriate to do so. Despite the vagueness of the language in many veil piercing opinions, there are ... few cases in which the corporate veil is actually pierced. Courts appear to be rather reluctant to disregard the corporate form.”⁵⁹ And they ultimately so should be, as corporate existence is a right conferred by law upon individuals in order to allow for their expressing of entrepreneurship, under the protection of limited liability⁶⁰. In order to exemplify, returning to state law, we remind the reader that as far as purpose is concerned, the Louisiana Civil Code allows for the creation of juridical persons distinct from their owners, for the purpose of engaging in business and pursuing benefit deriving therefrom⁶¹, while as far as limited liability is, the expression of such is contained by Louisiana R.S. 12:93(B), in that “A shareholder of a corporation ... shall not be liable personally for any debt or liability of the corporation.”⁶². As such, the following statement stands to resonate that much more powerful: “Care should be taken on all occasions to avoid making ‘the entire theory of the corporate entity useless.’”⁶³.

Because limited liability as to the owner’s activity is a prime reason behind the law conferring existence to the corporation in the first place, it is only indirectly that the question of whether such shareholder should bear personal responsibility in

any given case arises. And in consequence, when decision to deem the responsibility personal, rather than corporate, "... the courts typically use metaphorical, pejorative terms such as alter ego or instrumentality to suggest that the corporation involved was really not operated as the truly separate sort of business entity contemplated by the corporate statute."⁶⁴.

Piercing the corporate veil is ultimately an equitable doctrine, one that legally favors substance over form. As the Black Letter Law currently stands, deriving from Louisiana court decisions, the main test (used in conjunction with some or all of the "factors/totality of circumstances/exceptional remedy" rules)⁶⁵ is the two-part one based on *Kingsman Enterprises, Inc. v. Bakerfield Elect. Co.*⁶⁶ and later adopted by the Louisiana Supreme Court in *Riggins v. Dixie Shoring Co., Inc.*⁶⁷. In a logical formula-type rendition, it stands as follows:

Corporate veil may be pierced IF ("alter ego plus fraud") OR ("indistinguishability")⁶⁸ are found.

More extensively, courts will consider in their analysis whether the corporation is actually an alter ego of the shareholder and has been used as such in a manner amounting to some sort of fraud, or even in the absence of fraud, whether the shareholder did not cater to maintaining the corporation separate from his own persona (through the means of conducting business)⁶⁹. But this is not enough, as this two-fold determination should be pursued in tandem with an appraisal of the *Riggins v. Dixie Shoring Co., Inc.* five factors (or six⁷⁰; however the fifth is simply a special emphasis of a particular aspect of the second):

1. **the commingling of corporate and shareholder funds**
2. **the failure to observe statutory formalities in connection with the transaction of corporate affairs**
3. **under-capitalization**
4. **failure to provide separate bank accounts and bookkeeping records and**
5. **failure to hold regular shareholder and directors' meetings**⁷¹.

And even following this second set of criteria, the judge's task does not come to an end. Not only is this list of factors left unfinished to begin with⁷², but according to the Louisiana supreme court decision on veil-piercing in *Riggins v. Dixie Shoring Co., Inc.*⁷³, it is required that the courts consider "the totality of circumstances" presented in the particular case⁷⁴.

All previous aspects are essentially a manifestation of courts searching for an abuse of right having taken place. Starting with findings of alter ego plus fraud, and continuing with indistinguishability, coupled with the several specific factors the judge has to

take into account, they are all facets of businesspersons abusing their right to sever themselves from the liability standpoint in respect to the entities through which they conduct their endeavors⁷⁵. In every case, the court will have to determine if the juridical entity endowed with limited liability is but a front for the owner / shareholder in the given case, and that the latter tries to cross the limit to which he is allowed to avail himself of the legal shield awarded to him by law. As the current state of things in the relevant matter stands, even though no one author or judge recognize that they recognize abuse of rights, everything they analyze and the way in which they do it stand as particular applications of abuse of right theory.

Why abuse of right in the context of piercing the corporate veil? The reason is two-fold. On one hand, from a theoretical standpoint, as a fundamental approach to the problem, we consider it to be most compatible and better representative of the current state of matters in legal practice. Piercing the corporate veil is done solely if the courts find an abuse of right, even though they do not do so in an express manner but rather by implication. On the other, it allows for the specific resolve of a great controversy showcased by vast case law and apparently still remaining unsettled due to a lack of a strong foundation for the arguments of the Louisiana Supreme Court, more specifically that of whether the analysis of the courts in these cases is done upon an issue of fact or rather one of law. This last point has great implications as far as the standard of judicial review is concerned.

4. The implications and practical consequences of its application in the particular Piercing the Corporate Veil setting

We strongly view the main implications of taking an abuse of right perspective on corporate veil piercing as threefold. One is purely theoretical, one is mixed in nature, and the other one is clearly practical.

First off, why should the Louisiana courts continue their struggling pursuit⁷⁶ upon understanding and slowly developing their progress, when there is already strong statutory basis that allows for the application of an abuse of right angle towards solving the various legal conflicts that arise in the matter? Should they decide to pause, awaiting discovery stands the theory of abuse of rights.

It constitutes a much more solid theoretical foundation, even if we only look at its seniority⁷⁷, given the fact that it long precedes developments towards piercing the corporate veil. By unifying the various alternative and complementary tests that we saw the courts choose to resort to in dealing with the causes before them⁷⁸, it

offers a homogenous general standard encompassing all. The alter ego plus fraud, or even in the absence of fraud indistinguishability analyses, coupled with those of various specific events, and ultimately one upon the entirety of the cases' circumstances, would be left aside. Louisiana courts would treat each case according to the underlying specificities and equities, and decide whether a wrongful use of the benefit of being allowed to conduct business in shielded corporate form has been made by the owner (shareholder), in that a malicious/ fraudulent result ensued, and that no sufficient repair can be awarded by solely the juridical person's means, mandating piercing the corporate veil towards accessing the auxiliary resources⁷⁹ available.

Second off, our view shifts the task of the court from a more objective criteria-dependent analysis to a more subjective one, much more suitable to adaptation as required by the totality of circumstances present. Because the same conduct of two business "owners" can and should be distinguished as far as its legal implications are concerned simply just because no two are alike. This aspect is possibly included in the fraud analysis of the current state of matters, but it is hard to apply in the context of indistinguishability and looking at the specific factors to which courts almost always primarily turn to. Even though the totality of factors / circumstances can be said to possibly encompass the prerogative of Louisiana courts to find one's conduct not sufficient to allow for veil-piercing while another's same act as mandating the opposite, we believe our more general and subjective-oriented analysis "frees" the mind of the judge from the burdensome "corset" of objective specificity, revealing to him the importance of understanding the intricacy of each case's totality of circumstances as determinative towards one outcome or another. Because of this, we deem this advantage of our theory as a mixed one which, besides changing the theoretical primary approach towards considering whether piercing the corporate veil is warranted, also touches upon the practical consequences of said consideration's outcome.

Finally, although probably the most important practical consequence of adopting our study is that it clarifies a very ardently-fought dispute as to whether the court is dealing with a question of fact or with one of law. This turmoil is very well enunciated by Prof. Morris, in that "... a rule ... declares that such decisions are "primarily questions of fact, best decided by the trial court ..." and sometimes ... such questions of fact are subject to reversal only in the case of manifest error ..." ⁸⁰, while at the same time "... there are exceptions ..." ⁸¹. But these exceptions are not ordinary, and have gone so far as to be decided by Louisiana's highest court, the Louisiana Supreme Court, in which case ⁸² as the trial court decided to pierce the veil, because the appellate court believed that reversal was merited, the newly-set standard of review was set, and it "... seems far closer to simple error." ⁸³.

An abuse of right approach to veil-piercing brings a fundamentally different perception as to the root of the main problem in these cases, by shifting the process of solving it from a more objective almost check-point-type inquiry to a more subjective determination of whether one has disregarded the boundaries attached to his legally-conferred right to conduct business in incorporated form, and has as such caused harm to another, irreparable by resorting to the resources of the clearly liable juridical entity, or not. The right has to be analyzed, its boundaries set, and an abuse of right be found, in order to allow for the piercing of the corporate veil to the owner / shareholder. This perspective thus clearly supports the *Riggins v. Dixie Shoring Co., Inc.*⁸⁴ view that the court is dealt a question of law rather than one of fact, making the standard of review simple error, and not manifest error.

5. Conclusion(s)

The corporations' benefit of limited liability conceptually always protects the owners from personal liability. One question that validly arises is what conditions, other than the issuance of a corporate charter, should be satisfied before limited liability is to be recognized by law? Should there be requirements of allocating adequate capital to the enterprise, should certain standards be imposed as to the quality (both substantial and formal) of the financial records of the business, or are other measures more appropriate, supplementary or *in lieu* of?. Finally, if we were to delve deeper into the problem, past these objective criteria and on to the subjective ones like the possibility of regulating the very specific way in which business could be done in a less harmful way in respect to others, the result would be an emergence of the need and draconian task of basically designing a "How to conduct business properly?" sort of manual / guidelines, practically extremely improbable to ever be satisfactorily completed.

If the policy is oriented towards making it more difficult for businesspersons to have access to the protection of limited liability, then a huge problem that is created stands as to where should the line be drawn? Between facilitating the commencing of a business and engaging in entrepreneurial activities and the correlative social necessity of greater protection being awarded to bystanders as a "legal shield" set to counter the potential of them being harmed, one cannot go right or wrong, as the result is relative. Increasing safeguards would translate into discouraging commercial activity (by automatically creating barriers to entry), whereas less protection would lead to incentivizing careless conduct on the part of business owners, who, in strive for profit, would reduce precaution as to harming third-persons (as they would ultimately not bear personal liability for their actions).

But one cannot but recognize a different, more practical route to solving the before-mentioned dilemma. This is why, in our opinion, until (if ever would be the case for it to happen) a completely satisfactory balance in this sense might be struck, for the time being, we consider the case by case analysis done by courts, by taking into account the totality of factors and subsequently deciding whether the corporate veil should be pierced or not as a good compromise to say the least. And moreover, in line with our current study's line of thought, we view an abuse of right approach to the issue as at the very least deserving of further consideration by courts, especially those of the Louisiana jurisdiction.

Over the course of this study, we showed that the theory of abuse of right has a side to it that allows for trans-jurisdictional approaches, and analyzed the specific case of the French-Louisiana connection. Concluding that due to the fundamental elements needed for the recognition, application and further development of the theory being present in the Civil Code provisions of both sovereigns, it is somewhat not so hard to imagine one could find similarities elsewhere as well. And this especially because the systems undergoing comparisons are of different categories, the former a civil law jurisdiction while the latter a mixed one.

Making our approach go against the common law doctrine of piercing the corporate veil has allowed us to explore a particular aspect of the civil law theory's application in the Louisiana system of law. We considered the existing case law and found that the judge-made foundation is heterogeneous, composed of alternative analyses and considerations to be made upon a large amount of factors. An abuse of right starting point would unify the task of the judge and reduce it to a process of determining whether one has abused his right of conducting business under the limited liability protection-umbrella or not, this having direct consequence towards the solving of the issue of *personal+corporate* rather than just *corporate* liability in any given case.

Continuing down the path started, we shift the task of the judge from one of primarily conforming to pre-determined standards and only secondarily taking into account the totality of facts to one of placing a greater emphasis and attention on whether the conduct of any one businessman is abusive or not in the particular case (regardless of objective criteria-linked findings which may not in the end reveal all). This approach, dual in nature (pertaining to theory as well as endowed with practical consequences) would better suit case by case analyses that showcase such a great element of particularity and exceptionality. Because one must remember that abusive conduct is not illegal conduct *per se*, but just by way of judicial finding to be so, and piercing the corporate veil, thus disregarding the very right to limitation of liability is to remain as an exceptional sanction of abuse and remedy towards the victim.

Finally, and most importantly from a practical standpoint, we can confidently state that the main consequence of an abuse of right approach to the problem of piercing the corporate veil is that it makes the decision rest upon an issue of law rather than one of fact, thus more soundly supporting the theory and reasoning of the Louisiana Supreme Court in the *Riggins v. Dixie Shoring Co., Inc.*⁸⁵ case, which sets to shed light in a dark, controversial area. By doing this, in turn, it hopefully succeeds to clarify and settle.

* LL.M. (Master of Laws). This study represents our Disertation Thesis. Crafted under the careful guidance of the reputed Glenn G. Morris (J. Dawson Gasquet Professor of Law) and Dr. Olivier Moréteau (Russell B. Long Eminent Scholars Academic Chair Professor of Law), it was previously submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree conferred upon us by the Louisiana State University Paul M. Hebert Law Center in Baton Rouge, Louisiana, USA; foresttroll2002@yahoo.com.

¹ As postulated very long ago by the extremely wise Chinese philosopher and founding father of Taoism Lao Tzu. As the first step in furthering knowledge on the topic, see BBC, *Moving Words. Lao Tzu*, <http://www.bbc.co.uk/worldservice/learningenglish/movingwords/shortlist/laotzu.shtml> (last visited Feb. 10, 2011).

² See ROBERT HENDRICKSON, *THE FACTS ON FILE ENCYCLOPEDIA OF WORD AND PHRASE ORIGINS* 5 (Infobase Publishing, 4th ed. 2008).

³ See JAMES MORWOOD, *THE POCKET OXFORD LATIN DICTIONARY* 2 (Oxford University Press 1995) (U.K.).

⁴ See DAPHNE DAY, *COLLINS ROBERT CONCISE FRENCH DICTIONARY* 3-4 (Harper Collins Publishers, Dictionnaires Le Robert 2002) (& Fr.).

⁵ See MARIE-HÉLÈNE CORRÉARD, *OXFORD HACHETTE FRENCH DICTIONARY* 5 (Oxford University Press 2007) (U.K. &).

⁶ See ALBERT VALDMAN, *DICTIONARY OF LOUISIANA FRENCH: AS SPOKEN IN CAJUN, CREOLE AND AMERICAN INDIAN COMMUNITIES* 6 (University Press of Mississippi 2010).

⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *PETIT DICTIONNAIRE DE LA JUSTICE* 7 (Éditions Gallimard 1984) (Fr.). In other words, “a departure from legal or reasonable use” – see BRYAN A. GARNER, *BLACK’S LAW DICTIONARY* 4 (Thomson West, 3rd pocket ed. 2006).

⁸ RAYMOND GUILLIEN, *TERMES JURIDIQUES* 3 (Dalloz, 10e éd. 1995) (Fr.).

⁹ Court process, that is. See GARNER, *supra* note 7, at 5.

¹⁰ GERARD CORNU, *VOCABULAIRE JURIDIQUE* 6-8 (Quadrige/Les Presses Universitaires de France, 3e éd. 2002) (Fr.).

¹¹ 377 So.2d 465 (La. App. 4 Cir. 1979).

¹² 421 So.2d 984 (La. App. 3 Cir. 1982).

¹³ 452 So.2d 793 (La. App. 4 Cir. 1984).

¹⁴ 517 So.2d 1036 (La. App. 3 Cir. 1987).

¹⁵ 431 So.2d 752 (La.1983).

¹⁶ Representative decisions, as collected and rendered in this particular (compact) order by Prof. Morris in GLENN G. MORRIS, *BUSINESS ASSOCIATIONS I SUPPLEMENT* 224-249 (Louisiana State University Law Center 2005).

¹⁷ The English language translation of this phrase is: There is a theory of abuse of right. See ERNEST PORCHEROT, *DE L’ABUS DE DROIT* 5 (Librairie L. Venot 1901) (Fr.).

¹⁸ For more details on these cases and court decisions, see JEAN-LOUIS BERGEL, MARC BRUSCHI & SYLVIE CIMAMONTI, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL. LES BIENS* 113 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 2000) (Fr.), and the sources cited therein.

¹⁹ *Id.*, at 113-114.

²⁰ The full text of the article states: "The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are Liberty, Property, Safety and Resistance to Oppression.". See ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen*, <http://www.britannica.com/bps/additionalcontent/8/116846/Declaration-of-the-Rights-of-Man-and-of-the-Citizen> (last visited February 16, 2011).

²¹ The articles read as follows in full: "*Article 4*--Liberty consists in being able to do anything that does not harm others: thus, the exercise of the natural rights of every man has no bounds other than those that ensure to the other members of society the enjoyment of these same rights. These bounds may be determined only by Law.

Article 5--The Law has the right to forbid only those actions that are injurious to society. Nothing that is not forbidden by Law may be hindered, and no one may be compelled to do what the Law does not ordain.". See *Id.*.

²² The juridical literature has characterized this state of things as an apparent paradox. See GERARD CORNU, *DROIT CIVIL. INTRODUCTION. LES PERSONNES. LES BIENS* 57 (Éditions Montchrestien, 8e éd. 1997) (Fr.).

²³ See GUILLAUME WICKER, *LES FICIONS JURIDIQUES. CONTRIBUTION A L'ANALYSE DE L'ACTE JURIDIQUE* 114 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1997) (Fr.), and the source cited therein. However, it could be argued that the tension between an unlimited right and a limitation on the right remains. Whether one calls it an exception or not, the scope of the right is still restrained, in both cases.

²⁴ For more details, see CORNU, *supra* note 22, at 57-58.

²⁵ Civil Code, for the purpose of the current section of our analysis, refers to the French Civil Code, the Napoleonic Code of 1804, as modified and completed to date.

²⁶ See PHILIPPE LE TOURNEAU, *DROIT DE LA RESPONSABILITE ET DES CONTRATS* 1240-1241 (Éditions Dalloz, 6e éd. 2006) (Fr.).

²⁷ These legal norms are part of Chapter II (entitled "Of Intentional and Unintentional Wrongs [Of Torts]") from Title IV ("Of Undertakings Formed Without an Agreement") in Book III ("Of the Various Ways in which Ownership is Acquired"). As the English language is our weapon of choice for the crafting of this study, we used the official translation of the Civil Code by Professor Rouhette (and Research Assistant Berton), as represented by the Légifrance public service of disseminating law by means of the internet (placed under the editorial responsibility of the Government's Secretariat General). For the text, see GEORGES ROUHETTE, *LÉGIFRANCE CIVIL CODE ENGLISH TRANSLATION* (Secrétariat général du Gouvernement 2004) (Fr.), http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm (last visited February 18, 2011).

²⁸ See Le Tourneau, *supra* note 26, at 1241.

²⁹ See, in this sense, Porcherot, *supra* note 17, at 21-37 and Le Tourneau, *supra* note 28, at 1240-1296.

³⁰ As this is not the focal point of our current study, we will limit ourselves at highlighting the demonstrations of our predecessors in this sense, and will be more concerned as to enhancing their conclusions in respect to the Louisiana jurisdiction, in the area of Piercing the Corporate Veil.

³¹ See Robert D. Sloane, *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, 50 HARV. INT'L. L.J. 19 (2009), and the previous work cited therein. Even though the works are not specifically-topic related to our current endeavor, they offer great principal insights into the universality of abuse of right.

³² *Id.*.

³³ See *Id.*, at 19-20.

³⁴ For example, see note 102, *Id.*, or Anna di Robilant, *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, 61 HASTINGS L.J. 688 (2010).

³⁵ See H. C. Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 C.L.J. 22 (1933) (U.K.).

- ³⁶ For a more detailed explanation and tracing of the case law sources of said conclusion, see text and notes 1 and 2, *Id.*.
- ³⁷ *Id.*, at 43.
- ³⁸ *Id.*.
- ³⁹ See, as for the source of discussion for the entirety remainder of this current paragraph, *Id.*, at 44-45.
- ⁴⁰ As we will further show, in the case of the Louisiana jurisdiction, such legal support already exists, in the form of specific Civil Code articles. Thus, Professor Gutteridge's paper ends up indirectly and ultimately supporting our position.
- ⁴¹ We use the phrase lack of imagination as to most fitly characterize his overlooking of the need and beneficial implications of applying the theory in the ambit of Piercing the Corporate Veil.
- ⁴² For the purpose of this paragraph, unless otherwise noted, see Anna di Robilant, *supra* note 34, at 746-747.
- ⁴³ *Id.*, at 689.
- ⁴⁴ *Id.*, at 747-748.
- ⁴⁵ For more details on the topic, see Albert Mayrand, *Abuse of Rights in France and Quebec*, 34 LA. L. REV. 994-1002 (1974).
- ⁴⁶ 1974, to be more precise.
- ⁴⁷ Then article 491 of the Louisiana Civil Code. See *Id.*, at 995.
- ⁴⁸ (Emphasis added.) Louisiana Civil Code, article 477.
- ⁴⁹ *Id.*, article 667 "Limitations on use of property" *apud* Albert Mayrand, *supra* note 45, at 995.
- ⁵⁰ *Id.*.
- ⁵¹ See Louisiana Civil Code, article 667.
- ⁵² See *supra*, at 11.
- ⁵³ See Albert Mayrand, *supra* note 49, at 993.
- ⁵⁴ See *Id.*, at 1015, emphasis on notes 93 and 94. He also mentions Louisiana Civil Code art. 1983 (then art. 1901 (3)) pertaining to agreements having to be performed in *good faith* (emphasis added) as an extremely relevant legal provision in the matter.
- ⁵⁵ See Robert W. HAMILTON, JONATHAN R. MACEY & DOUGLAS K. MOLL, *CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS INCLUDING PARTNERSHIPS AND LIMITED LIABILITY COMPANIES* 213-214 (West Publishing Co., 11th ed. 2010), and the various resources cited and referenced therein.
- ⁵⁶ Philip L. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Procedural Law* 8 (1983).
- ⁵⁷ Because the corporate veil can be pierced for other reasons as well, for example anti-circumvention or jurisdictional purposes.
- ⁵⁸ See HAMILTON, MACEY & MOLL, *supra* note 55, at 213. The actual figures suggest veil-piercing taking place in the range of forty to fifty per cent of reported cases. But commentators suggest that these figures simply reflect the fact that it is the close cases that go to trial. If the outcome would be clearer, the cases would assumedly be settled.
- ⁵⁹ *Id.*, at 214.
- ⁶⁰ See GLENN G. MORRIS & WENDELL H. HOLMES, *LOUISIANA CIVIL LAW TREATISE VOLUME 7. BUSINESS ORGANIZATIONS* 278 (West Group 1999).
- ⁶¹ See Louisiana Civil Code art. 24, in conjunction with the detailed overview of the matter at hand presented in *Id.*, at 270-273 and GLENN G. MORRIS, WENDELL H. HOLMES, *LOUISIANA CIVIL LAW TREATISE VOLUME 8. BUSINESS ORGANIZATIONS* 52-62 (West Group 1999).
- ⁶² See STATE OF LOUISIANA, *CORPORATION LAWS* 41-42 (Claitor's Publishing Division 2009).
- ⁶³ See *Koch v. First Union Corporation*, 2002 WL 372939 (Pa.Com.Pl.2002).

⁶⁴ See *Id.*, at 53-54, and the substantial supportive case law cited therein (note 6).

⁶⁵ *Id.*, at 58 and the references cited therein.

⁶⁶ 339 So.2d 1280 (La.App. 1st Cir. 1976).

⁶⁷ 590 So.2d 1164 (La.1991).

⁶⁸ 339 So.2d 1280, 1282 (La.App. 1st Cir. 1976) *apud* MORRIS & HOLMES, *supra* full citation in note 61, at 58.

⁶⁹ *Id.*.

⁷⁰ See *infra*, note 71 and accompanying text.

⁷¹ See 590 So.2d 1164, 1168 (La.1991). For the additional factor, 6. **ownership of all shares by a single shareholder**, see 377 So. 2d 465, 468 (La.App. 4 Cir. 1979).

⁷² See 590 So.2d 1164, 1168 (La.1991) and 377 So. 2d 465, 468 (La.App. 4 Cir. 1979).

⁷³ 590 So.2d 1164 (La.1991).

⁷⁴ See *Id. apud* MORRIS & HOLMES, *supra* note 68, at 56-57.

⁷⁵ Even though not in completely direct connection with the piercing the corporate veil doctrine currently undergoing analysis, it is important to note that a more extensive 18 factor list is being used in determining whether the corporate veil can be pierced to draw the liability of other “parent” or “sister” corporations. They are relevant to our discussion, as they more specifically show instances of abuse of right. Not exhaustive, and as listed in a “single business enterprise” doctrine case, the relevant items are: actions in the interest of the corporation, financing the corporation, payment of salaries and other expenses or losses of the corporation, receiving no business other than that given to the corporation, using the property of the corporation as own, common employees, services rendered by personal employees to the corporation, common offices, centralized accounting, undocumented transfers of funds, and unclear allocation of profits and losses. For an overview of the topic, as well as the express factors, see *Green v. Champion Insurance Co.*, 577 So.2d 249 (La. App. 1 Cir. 1991).

⁷⁶ See *supra*, at 20-21.

⁷⁷ Abuse of right theory appeared in 19th century French law. For more details, see the detailed account of PASCAL ANCEL & CLAUDE DIDRY, *L’ABUS DE DROIT: UNE NOTION SANS HISTOIRE? L’APPARITION DE LA NOTION D’ABUS DE DROIT EN DROIT FRANÇAIS AU DEBUT DU XX^E SIECLE* 53-58 (Publications de l’Université Saint-Étienne 2001) (Fr.).

⁷⁸ See *supra*, at 23-24.

⁷⁹ Auxiliary resources in a legal sense, in that as the owner’s / shareholder’s, they belong to a secondary entity in respect to the main resources at hand, those of the direct malicious being, the corporation. We make this distinction to distinguish from the economic sense, in which cases involving abuse of right conduct in the corporate area usually involve less resources being attached to the legal entity shield and much more to those wielding it. For a good example of the discrepancies at hand, see *Green v. Champion Insurance Co.*, 577 So.2d 249 (La. App. 1 Cir. 1991).

⁸⁰ For a very detailed and well-reasoned setting of the problem, seriously backed-up by numerous case law instances, see MORRIS & HOLMES, *supra* note 74, at 57, and the sources cited therein (notes 16, 17 and 19).

⁸¹ *Id.* (just see note 18 instead).

⁸² *Riggins v. Dixie Shoring Co., Inc.*, 590 So.2d 1164 (La.1991).

⁸³ See Morris & Holmes, *supra* note 80, at 57-58 (just see note 20 instead – “... (appellate court “erred” when it affirmed trial court’s veil-piercing under a “primarily a question of fact” standard) ...”).

⁸⁴ 590 So.2d 1164 (La.1991).

⁸⁵ 590 So.2d 1164 (La.1991).

CONSTITUTION AND CONTRACT: HUMAN DIGNITY, THE THEORY OF CAPABILITIES AND *EXISTENZGRUNDLAGE* IN SOUTH AFRICA*

Luanda HAWTHORNE**

Abstract: *The dominant paradigms within contract law range from a freedom orientated approach to a fairness orientated approach. The guiding principle of the freedom orientated approach is freedom and sanctity of contract which are the contractual expressions of autonomy and human dignity. Against the backdrop of individual liberty and formal equality the role of fairness is limited. This contract regime denies the judiciary any power to intervene in the bargain in order to foster substantive justice. The introduction of substantive equality and a concept of fairness by the South African Constitutional Court constituted a major paradigm shift within the South African law of contract. The impetus for this drive has been serious recognition of human rights. Today the state is both tasked to respect as well as to realise human dignity and courts, legislators and legal theorists are confronted by this dualism. In this paper I will argue that in order to concretize the constitutional values in the law of contract it is necessary to understand the interconnectedness between the modern constitutional state and contract. In addition it is also necessary to connect this understanding to the concept of human dignity defined within the ambit of Martha Nussbaum's capabilities theory and interpreted to make provision for an existence minimum. Enforcement of contracts which would result in a contracting party being denied an existence below a subsistence minimum should be unenforceable because enforcement is contrary to public policy since it compromises the contracting party's human dignity.*

Keywords: contract law; constitution, human dignity; socio-economic rights; Nussbaum's capabilities theory; subsistence level of existence; *Existenzgrundlage*

1 INTRODUCTION

During the 20th century the realization of democracy opened the door to pluralism within the law, in other words democracy saw the emergence of multiple paradigms, which are linked to political views. As individualism led to the development of individual liberties, the realization dawned that liberty has an economic as well as a political component, which gave birth to the emergence of a second generation of Human Rights. Accommodation of these socio-economic rights within Western legal philosophy and doctrine proved to be less harmonious than the seamless incorporation of the civil and political rights into the system of private law. In particular the law of contract, the divider of wealth within society, continued to

live under pretence of being value free.¹ Juxtaposing the different paradigms² within the law of contract has become the shared province of courts and legislatures, the latter introducing legislation protecting the weaker party, for example an employee or a consumer. Thus contract law has been oscillating between a freedom orientated approach and a fairness orientated approach. The guiding principles of the former remain party autonomy and minimalist state supervision over contracting with legislative intervention foreclosing only the worst excesses.

This paper will explain that harmonization of constitutional values into the law of contract has been impeded by the relationship between first generation human rights and classical contract law. It will be argued that recognition of second generation human rights and incorporation of these rights into national constitutions has removed freedom from its apex and placed the focus on human dignity. In consequence this paper argues for a more nuanced interpretation of human dignity which would include an economic component providing protection from want. Such an interpretation may be achieved taking cognizance of the constitutional emphasis of socio-economic rights and Nussbaum's capabilities theory. This broadened interpretation of human dignity may offer the possibility to declare a contract unenforceable if enforcement would reduce one contracting party to an existence below subsistence level. Enforcement in such an instance would be contrary to public policy because it compromised the contractant's human dignity.

2 LEGAL TRADITION AND THE CONSTITUTIONAL FOUNDATION OF THE CLASSICAL MODEL

Although academic literature highlights the contrast between a freedom-orientated approach as opposed to a fairness-orientated approach to contract law,³ this distinction has remained mainly theoretical. The intellectual foundation of the classical model has rarely been challenged and the freedom-orientated rules have met with incidental tempering, but no cohesive alternative to this contract law paradigm has gained adherence.

The essence of the classical model is freedom and sanctity of contract,⁴ which are viewed as the contractual expressions of self autonomy and human dignity. Self-autonomy controls both the process leading up to the conclusion of the contract as well as the terms of the contract,⁵ while human dignity demands a reduction of supervision over contracting terms to an absolute minimum.⁶ In economic terms, the contract is viewed as the market mechanism at the intersection of supply and demand, and as a compromise of opposing adversarial interests serving the common good by the parties' pursuit of their self-interest.⁷ Unmentioned and largely ignored

remains the prerequisite for contractual freedom, namely equality of the contracting parties.⁸ Formal equality⁹ has proven itself to be insufficient as exploitation of the weaker members of society has been a continuous byproduct of the classical model.¹⁰ Concomitant to this model has been the hesitation of the courts to develop principles that allow direct control over substantive fairness.

This situation was clearly illustrated by the South African Constitutional Court's approach in *Barkhuizen v Napier*,¹¹ where the court was faced with facts which represented contractual freedom in its most negative excess, namely the standard contract. Barkhuizen insured his car, which was subsequently written off in an accident. The insurer repudiated the claim. Barkhuizen instituted action two years later and the insurer responded by raising the special plea that the time-limitation clause in the contract required summons to be served within 90 days of repudiation. Barkhuizen alleged the claim to be contrary to public policy as well as inconsistent with section 34 of the Constitution, which guarantees access to court. The Constitutional Court rejected the direct testing of the constitutionality of a contractual term against a provision in the Bill of Rights and held that the proper approach of constitutional challenges to contractual terms of private parties is the determination whether the challenged term is contrary to public policy.¹² In consequence, private law claims will require to be founded on recognized causes of action and it is now accepted that an infringement of public policy is a suitable vehicle to found a constitutional attack. The court also held that public policy represents the legal convictions of the community, which must be determined by the values that underlie our constitutional democracy as given expression by the provisions of the Bill of Rights, such as the values of human dignity, equality and freedom, and the rule of law.¹³ It is significant that the concept of public policy is now coupled to human dignity, equality, freedom and the rule of law. The Constitutional Court¹⁴ laid down a test to determine whether a particular contractual term or the enforcement thereof is contrary to public policy. It was held that in general the enforcement of an unreasonable or unfair term will be contrary to public policy,¹⁵ which means that the court reduced the matter to determining fairness.¹⁶ The fairness test is two-fold. The first part relates to the abstractly objective terms of the contract¹⁷ *i.e.* whether the particular clause in the contract passes objective considerations of reasonableness and fairness.¹⁸ If it is found that the terms pass the objective test the second question is posed *viz* whether these terms are "contrary to public policy in the light of the relative situation of the contracting parties"¹⁹, or "whether the clause should be enforced in the light of the circumstances which prevented compliance" with the term in question.²⁰ Therefore, the relative situation of the contracting parties has become a relevant consideration in determining whether a contractual term is contrary to public policy.²¹ The second test is clearly subjective in nature.²²

In respect of the first test the Constitutional Court has unequivocally laid down that this test involves balancing the constitutional values of freedom and dignity which inform the maxim *pacta sunt servanda*, against another specific constitutional right or value.²³ Consequently, the infringement of a constitutional right is required as part of the formula.²⁴ This objective test imposes the unenviable duty on a court to achieve a balance between the different constitutional values, thus placing the rule of law and freedom of contract in potential conflict with substantive equality and human rights propounding transformation. It is submitted that in most cases balancing the principle of *pacta sunt servanda* against a constitutional right will result in terms of a contract, such as for example, exclusion of liability and time limitations, probably being considered reasonable. A conclusion that the term is reasonable leads to the second subjective question.

In terms of the second question the objectively reasonable term may be found to be unenforceable. The questions asked are whether the relative situation of the contracting parties determines that the term is contrary to public policy or whether the objectively reasonable term should be enforced in the light of the circumstances.²⁵ Consequently, the circumstances of the case and the relevant situation of the parties are scrutinized which not only makes the test subjective in nature, but involves contextualization of the contract.

Nevertheless, the Constitutional Court still navigates between Scylla and Charybdis by requiring the courts, on the one hand, to employ constitutional values to achieve a balance which may lead to striking down the unacceptable excesses of freedom of contract, while at the same time seeking to permit individuals the dignity and autonomy of regulating their own lives.²⁶ However, judicial reservation to intervene with consensual agreements is general in view of the traditional interpretation of human dignity and represents the view that limitation of individual autonomy is an extreme step and should be reserved for the legislature.

3 THE CHALLENGES OF THE CONSTITUTIONAL STATE

It is submitted that the South African Constitution may be the source of further confusion within contract law. The new South African democratic order is founded on recognition of human rights. The Constitution is the supreme law and all law or conduct inconsistent with it is invalid, and all obligations imposed by it must be fulfilled.²⁷ The Constitution strives towards a substantive normative vision coupled with a transformative political agenda while at the same time attempting to achieve social harmony, and social justice based on the rule of law.²⁸ The Constitution commences by stating that the South African state is founded on the values of human dignity, the

achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.²⁹ It provides that “Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected.”³⁰ The pre-eminence of human dignity can be viewed as a reaction against the politics of the past, but is in essence a reflection of the fact that human dignity is the most important human right from which all other fundamental rights derive.³¹ In consequence, human dignity is inherent to every human being, inalienable and independent of the state. In contrast, the other human rights can be suspended in a state of emergency³² or limited in terms of law of general application.³³

However, the Constitution also provides that the state has the duty to respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights.³⁴ Thus, the state is both tasked to respect as well as to realize human dignity.³⁵ This is the result of the confused vision of man held by the constitution, in which human dignity finds expression in autonomy and responsibility, but at the same time must be realized by the state. The Constitutional Court is confronted with this dualism within the Constitution in the interpretation of the values and ideals of the latter.

The interpretation and application of constitutional values and fundamental rights within the law of contract resorts within the domain of the courts. Thus, the role of the courts is to concretise and when necessary resolve conflicts between human rights. The premise of this essay is that human dignity is the paramount human right from which all other human rights derive and represent detailed refinements of human dignity.³⁶ In accordance with the interdependence principle³⁷ it is accepted that all human rights are “universal, indivisible and interdependent and interrelated.”³⁸ Consequently, human dignity not only depends on civil and political rights but realizes socio-economic rights.³⁹ As stated in section 36(1) of the Constitution these other human rights can be limited but only to: “the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom...”⁴⁰

It is submitted that concretizing human dignity is dependent on the “concept of man” held by a court. Thus, human dignity in a humanistic world view produces the interpretation that the freedom to make your own mistakes and acceptance of the consequences thereof is part of human dignity.⁴¹ However, the twenty-first century interpretation of human dignity should be extended to include an economic component, namely freedom from want. As Botha⁴² has pointed out in his seminal essay on human dignity, “dignity is a remarkably rich and evocative concept. Its plasticity, proximity to a range of constitutional rights and values, and affinity with a variety of legal and philosophical traditions makes it a powerful tool of constitutional analysis, consensus building and transformation”. Consequently, the pivotal question which now requires attention pertains to the potential content and meaning of human dignity.

4. HUMAN DIGNITY

4.1 Introduction

To define human dignity⁴³ is difficult. In *National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice*⁴⁴ Ackermann J states that: “[D]ignity is a difficult concept to capture in precise terms. At least, it is clear that the constitutional protection of dignity requires us to acknowledge the value and worth of all individuals as members of society.” Woolman⁴⁵ proposes five definitions which cabined together form a theory of ‘dignity’. According to him the five definitions have as basis that: “[w]e recognize all individuals as ends-in-themselves capable of self-governance.”

Comparative research shows that the Dutch author Niewenhuis has held that human dignity essentially protects the value of an individual.⁴⁶ Cherednychenko⁴⁷ opines that human dignity means that an individual will not become an object of the state. She bases her opinion on the German *Grundgesetz*,⁴⁸ and states that “human dignity is thus about the State serving individuals and not individuals serving the State”.⁴⁹ In a South African context Bhana and Pierterse⁵⁰ echo this opinion and emphasize the fact that human dignity as a value is contested especially when it is invoked in relation to the value of freedom. According to all the above authors which span Europe and Africa, the constitutional guarantee of human dignity works in a two-fold manner. On the one hand human dignity presupposes an individual’s right to self-determination and obligation to self-responsibility;⁵¹ on the other hand this Constitutional guarantee also protects individuals against themselves.⁵² The same dualism has been described by Feldman as two sides of a coin:

“We must not assume that the idea of dignity is inextricably linked to a liberal-individualist view of human beings as people whose life choices deserve respect. If the State takes a particular view on what is required for people to live dignified lives, it may introduce regulations to restrict the freedom which people have to make choices which, in the State’s view, interfere with the dignity of the individual, a social group or the human race as a whole ... The quest for human dignity may subvert rather than enhance choice. ... Once it becomes a tool in the hands of lawmakers and judges, the concept of human dignity is a two edged sword.”⁵³

Thus, human dignity is regarded as operating on two levels, *ie* has two roles. One role constitutes support for individual autonomy which is referred to as human dignity as empowerment, while the other constitutes constraint of individual autonomy and is known as human dignity as constraint.⁵⁴

4.2 The function of human dignity: empowerment and constraint

Brownsword⁵⁵ informs us that the two-fold function of human dignity has been derived from the work of Kant. Human dignity as empowerment is described by Feldman as : “a readiness to confront the realities of one’s circumstances, including talents and physical and mental limitations, and make the best of them without losing hope and a sense that one’s life is worthwhile; to live according to a set of normative standards, whether accepted from outside or imposed from within, accepting both burdens and benefits in full measure; and readiness to accept responsibility for the consequences of one’s own actions and decisions.”⁵⁶ This aspect of human dignity (as empowerment) fosters individual autonomy and freedom of contract and limits paternalism by the State.⁵⁷ The premise of human dignity as empowerment is that individuals have a right to make their own choices and by implication there own mistakes; and on condition that these choices and mistakes are freely made must be respected. This side of human dignity is represented in the Supreme Court of Appeal decision of *Napier v Barkhuizen*⁵⁸ which decided in favor of *pacta servanda sunt*.⁵⁹ Cherednychenko classifies failure to respect free choices as failure to respect human dignity in a subjective sense.⁶⁰

Human dignity as constraint has an objective nature.⁶¹ This side of human dignity justifies the limitation of freedom of contract.⁶² It implies that contracts freely entered into must be tested for consistency with human dignity. The content of a contract must not violate a contracting party’s human dignity.

Pre-contractual conditions such as informed consent will not be sufficient to justify enforcement of a contract which compromises a party’s human dignity.⁶³ It is this function of human dignity which married to public policy enables the judiciary to make decisions which are advantageous and beneficial to individuals and society as a whole.⁶⁴ Human dignity as constraint may prohibit or nullify unconscionable contracts on the basis that public policy considers them to be contrary to human dignity. In order for human dignity understood as constraint to be effective in protecting one contracting party against another it is necessary to provide a benchmark, which would be inclusion of a guarantee against want in its interpretation. Application of human dignity as constraint extended to include such an economic component has a dual function; first it will limit freedom of contract and secondly facilitate corrective justice between private contracting individuals.

The fact that the South African Constitutional Court has acknowledged the relevance of German law as a tool to the interpretation of human dignity, equality and freedom⁶⁵ allows utilization of the German Basic Law to project “freedom from want” onto our conception of human dignity. According to the German Basic law⁶⁶ the economic

component of protection from want is considered to be part of human dignity and it is recognized as the guarantee that everyone has a right to live at subsistence level (*Existenzgrundlage*).⁶⁷ Human dignity as constraint extended to guarantee a subsistence level of existence will entitle the State to protect contracting parties to the extent of such a minimum standard. The judiciary will be in a position not to enforce contracts which would impact negatively on individuals who concluded agreements which compromised their financial and social security to the extent that enforcement of the agreement would reduce their existence to below subsistence level. Thus, public policy co-determined by human dignity which includes an economic component providing protection against want makes provision for the possibility of finding that the enforcement of voluntarily concluded contracts which compromise a contracting party's subsistence existence as unenforceable.⁶⁸

To facilitate an extension to the meaning of human dignity, support can be found in Martha Nussbaum's theory of capabilities and South African socio-economic rights jurisprudence.

5 NUSSBAUM'S THEORY OF CAPABILITIES

5.1 Introduction

The utility of socio-economic rights is found in what they enable human beings to be and to accomplish.⁶⁹ When citizens fail to achieve a subsistence level of existence they face challenges not only to life and health but to the development of their human capabilities, especially the ability to fulfill life plans and participate effectively in political, economic and social life.⁷⁰ These statements reflect the capabilities theory developed by the American legal philosopher Martha Nussbaum.

Nussbaum's theory revolves around: "human capabilities, that is, what people are actually able to do and to be – in a way informed by an intuitive idea of a life that is worthy of the dignity of the human being"⁷¹

5.2 Nussbaum's Central Human Capabilities theory

According to Nussbaum⁷² the threshold of minimum social justice is the availability to all citizens of ten core 'capabilities', or opportunities to function. She maintains that everyone is entitled to a basic level of these ten capabilities because all ten are essential prerequisites of a life worthy of human dignity. Her ten "Central Human Capabilities" constitute the following: life;⁷³ bodily health;⁷⁴ bodily integrity;⁷⁵ senses,

imagination, and thought;⁷⁶ emotions;⁷⁷ practical reason;⁷⁸ affiliation;⁷⁹ other species;⁸⁰ play;⁸¹ and control over one's environment.⁸²

Nussbaum has articulated a coherent theory of human rights grounded in human dignity. Most of her core capabilities are clearly reflected in the rights contained in the Bill of Rights of the South African Constitution and consequently strike one as being familiar rather than foreign. The first capability described as life is reflected in section 11 which protects all citizens' right to life. Her description of "bodily health" is covered by sections 26 and 27 which deal with housing, health care, food, water and social security respectively. "Bodily integrity" is dealt with in section 12 which covers freedom and security of the person. The right to "senses, imagination and thought" is described robustly, but may be based upon the right to education⁸³ freedom of religion, belief and opinion,⁸⁴ freedom of expression,⁸⁵ freedom of assembly, demonstration, picket and petition⁸⁶ and freedom of association.⁸⁷ "Practical reason" is reflected in the constitutional right to freedom of expression⁸⁸ and freedom of religion, belief and opinion.⁸⁹ "Affiliation" constitutes an extension of the right to freedom of association,⁹⁰ to political rights,⁹¹ and the right to equality.⁹² "Control over one's environment" is adequately dealt with in section 24 which deals with environmental rights, section 19 which covers political rights and section 25 which concerns property rights.

Nussbaum's capabilities are situated firmly within the socio-economic rights of the South African Constitution.

6. SOCIO-ECONOMICS RIGHTS JURISPRUDENCE IN SOUTH AFRICA

6.1 Introduction

The fact that human dignity is not only the paramount human right but is interdependent and interrelated with socio-economic rights justifies an extended interpretation of human dignity which can include a right to a subsistence level of existence. Such an extended interpretation can be seen from both international and national human rights law. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights⁹³ both acknowledge that civil, political, social and economic rights are sourced from human dignity. In a South African context the Preamble to the Constitution specifies that South African citizens aim to establish a society based on social justice and fundamental human rights, and furthermore to improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person. Our fundamental values are "human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms".⁹⁴

6.2 Socio-economic constitutional jurisprudence

These aims and values contained in the South African Constitution have been reflected in several cases heard by the Constitutional Court which deal specifically with the recognition of the State's obligation to honour socio-economic rights. Recognition of this obligation may facilitate an extension to the interpretation of human dignity to include a guarantee against want. Bhana & Pieterse⁹⁵ are of the opinion that the Constitutional Court has in its judgments supported an interpretation of human dignity as constraint.

In *S v Makwanyane*,⁹⁶ O'Reagan J held that "The importance of dignity as a founding value of our new Constitution cannot be over-emphasized. Recognizing a right to dignity is an acknowledgement of the intrinsic worth of human beings: human beings are entitled to be treated as worthy of respect and concern." In *Khosa v The Minister of Social Development*,⁹⁷ Mokgoro J states that: "... as a society we value human beings and want to ensure that people are afforded their basic needs ..." The landmark decision of *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*,⁹⁸ has defined human dignity as embodying the citizens right to basic minimum conditions not only of survival but also to reach their full potential.⁹⁹ This case dealt with the State's constitutional obligation to provide access to housing and provided the court with a forum to embark on an insightful analysis of socio-economic rights and the achievement of human dignity. Yacoob J¹⁰⁰ held that "Our Constitution entrenches both civil and political rights and social and economic rights. All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting. There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied those who have no food, clothing or shelter. Affording socio-economic rights to all people therefore enables them to enjoy the other rights enshrined in Chapter 2. The realization of these rights is also key to ... the evolution of a society in which men and women are equally able to achieve their full potential." Yacoob J also referred to Chaskalson P's statement in *Soobramoney* regarding the context within which the fundamental rights must be interpreted.¹⁰¹ The relevant circumstances in which the Bill of Rights is to be interpreted was described by Chaskalson P¹⁰² as one where the Constitution was adopted and a commitment was made to transform South African society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, which lies at the heart of the new constitutional order. Moreover Yacoob J¹⁰³ emphasizes that: "A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality." After the *Grootboom* decision Yacoob J's views have become accepted dogma within constitutional theory.¹⁰⁴

This notion of a right to develop capabilities in order to fulfill life plans and participate in political, economic and social life is echoed by Collin's social market theory, in terms of which contracts are not only recognised as a means of distributing wealth, and establishing power relations, but most importantly provide opportunities for the realization of meaning in the parties' lives,¹⁰⁵ and that mankind is entitled to live, in the words of Sandra Liebenberg¹⁰⁶ "fully human lives". It is submitted that if enforcement of a contract effectively denies a contractant the opportunity to realize her full potential the contract should not be enforced.

7. THE IMPACT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS ON THE LAW OF CONTRACT IN SOUTH AFRICA

The constitutional guarantee of socio-economic rights and the constitutional jurisprudence opens the possibility that if enforcement of a contract results in one of the contracting parties being reduced to an existence below subsistence level a court can find the contract to be unenforceable since enforcement would be contrary to public policy because it compromised the contracting parties' human dignity.

However, it could be argued that within the ambit of the law of contract striking down a contract in terms of which, for example, one of the contracting parties would be reduced to living below existence level is not novel. In *Sasfin v Beukes*¹⁰⁷ the court found that such a contract was unconscionable and incompatible with the dictates of public policy. However, in that case Smallberger J A qualified this rule with two riders.¹⁰⁸ In respect of the first prerequisite he held that: "Agreements which are *clearly inimical to the interests of the community*, (my emphasis) whether they are contrary to law or morality, or run counter to social or economic expedience, will accordingly, on the grounds of public policy, not be enforced." The second rider he formulated as follows: "... that public policy favours the utmost freedom of contract, ..." ¹⁰⁹. Consequently *Sasfin* decreed that harm had to have been caused to community interests not only to an individual contracting party and that over and above this standard, freedom of contract reigned supreme. Public policy as understood within the definition provided in the *Sasfin* case is therefore extremely narrow and limited. According to Barnard-Naude¹¹⁰ *Sasfin* only goes so far as to check the worst features of the South African liberal contract law system and made no room to tinker with its regular operation characterized by formalism. At that stage of our jurisprudence no constitutional rights or values played a role in adjudication and consequently no mention was made of the fact that the contract was contrary to public policy because it compromised Beukes' human dignity. Human rights played no role in adjudication arguments at that stage.

However, the question which now arises is whether ‘subsistence existence’ constitutes a starting point or the end on the human dignity continuum. If one considers the arguments that basic socio-economic rights are required in order to achieve a minimum degree of for example: civic and political participation;¹¹¹ the right to live as a human being,¹¹² to develop as members of the community¹¹³ and to develop basic capabilities to function independently as social beings,¹¹⁴ and that individuals must realize their full potential,¹¹⁵ it is submitted that a basic level of existence constitutes a starting point for judicial adjudication regarding the question whether a contract is contrary to public policy because it infringes a contractant’s human dignity. It constitutes a starting point because the reach of basic socio-economic rights is much further than a subsistence level of existence. Existing at subsistence level hardly creates an opportunity to live as a human being, or allows for participation in the civic and political community, or for the development of capabilities which promote independence.

8. CONCLUSION

It is generally accepted that the South African Constitution is characterized by a substantive normative vision coupled with a transformative political agenda. It adheres to the ideal which recognizes substantive moral values and the existence of differing socio-economic conditions.¹¹⁶ It is expressly value-based and demands that the judiciary take cognizance of substantive values.¹¹⁷ The Constitutional Court has explicitly linked public policy to human dignity,¹¹⁸ which entails that public policy must be permeated with respect for human dignity.

The fact that in the law of contract the Supreme Court of Appeal¹¹⁹ focuses their interpretation of human dignity primarily as empowerment while the Constitutional Court¹²⁰ supported an interpretation of constraint is the consequence of the contradictory messages sent by the Constitution. On the one hand the constitution respects and protects the humanistic, liberal, Western man/woman who finds his/her realization in the right to liberty, but at the same time welfare statism is also encountered, which means that the Constitution reflects the eternal tension between freedom and equality which lies at the root of the problem within contract. Moreover, the Constitution guarantees social and economic rights,¹²¹ which guarantees are the constitutional imposition on the State to assist individuals in the exercise of their rights.¹²² However, in regard to contracts concluded between private individuals this assistance takes place by means of indirect horizontal application of the Bill of Rights¹²³ because the vehicle to test whether contractual terms are in conflict with

the Constitution is public policy.¹²⁴ Public policy represents the legal convictions of the community and is to be determined by the values that underlie our constitutional democracy as given expression by the provisions of the Bill of Rights such as the values of human dignity, equality and freedom, and the rule of law.¹²⁵ Consequently, human dignity has become a key element in the determination of public policy and can provide the tools to extend its scope.

Thus, in the *Barkhuizen* case the Constitutional Court justifies the limitation of freedom and sanctity of contract while on the one hand it also seeks to permit individuals dignity and autonomy to regulate their lives. This paradox is the result of different interpretations of the values underlying classical contract law and the Constitutional state.

Moreover, the Constitution's transformative aspirations are at odds with the insistence on legal certainty and regularity which characterizes traditional understandings of the rule of law.¹²⁶ It is this paradox within the Constitution which is clearly reflected in its instruction to the State to both respect and realize human dignity which causes confusion and inconsistencies within adjudication. In order to overcome this confusion it is necessary for the judiciary to concretize human rights especially the right to human dignity and if necessary establish a hierarchy of rights.

In this essay an attempt was made to provide first steps in this respect. It is submitted that human dignity constitutes the paramount right from which all other rights derive, and secondly that human dignity is composed of two aspects viz human dignity as empowerment and human dignity as constraint. Adherence to the view that human dignity should be interpreted as constraint is consistent with the Constitution's normative vision and transformative political agenda. Such an interpretation is also in keeping with the Constitutional ideal of recognition of substantive moral values and the existence of different socio-economic conditions.

It was further argued that the meaning of human dignity should be extended to include a guarantee against want. Recognition of a right to a subsistence level of existence has found support in constitutional jurisprudence and in comparative literature. The question which arose in this regard was whether a subsistence level of existence constitutes the beginning or the end of the human dignity continuum. It was submitted that it constitutes a beginning and that Nussbaum's ten core capabilities which are reflected in the rights in the Bill of Rights could be indicators to concretize human dignity in a way that a contracting party could have a contract declared unenforceable because it was contrary to public policy since it infringed her human dignity as interpreted within the ambit of the capabilities theory. This could be

that the enforcement of the contract concluded infringed her human dignity in a manner which prevented her from having a basic existence or that she was prevented from participating effectively in political, economic and social life. Sadly the realization of such an interpretation will depend on economics.

Finally it is submitted that a positive aspect of the problem that the constitution can be interpreted in many ways may be found in the fact that the Constitutional Court may take cognizance of “the spirit of the times”, in her interpretation of constitutional values. Thus, the choice between the liberal state and the welfare state can be made by this court in the context of continuously changing political and economic dispensations, because both nationally and internationally “new values” such as free trade, the struggle against climate change, freedom of movement, the fight against poverty, and the fight against terrorism, are continuously emerging and contending with each other.

* I would like to thank Prof M C Nussbaum for specifically drawing my attention to her theory of capabilities as discussed in her chapter titled “Human Dignity and Political Entitlements” which appeared in *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President’s Council on Bioethics* (2008) 351.

** Professor, Department of Private Law, School of Law, University of South Africa; hawthl@unisa.ac.za.

¹ S A Smith *Contract Theory* (2004) at 50 refers to the contract scholarship which aims at providing fairness in the law of contract.

² Cf The discussion regarding divergent ideological premises by M Nortje “Unfair Contractual Terms-Effect of the Constitution” (2010) *THRHR* 517 at 528.

³ Smith (note 1 above) 50ff; R Brownsword, G Howells and T Wilhelmsson *Welfarism in Contract Law* (1994) *passim*; S A Smith *Atiyah’s Introduction to the Law of Contract* (2006) ch 12; J Beatson and D Friedmann “From Classical to Modern Contract Law” in J Beatson and D Friedmann (eds) *Good Faith and Fault in Contract Law* (1995) 3; J Wightman *Contract: A Critical Commentary* (1996) *passim*; H Collins *The law of Contract (Contract)* (2003) ch 2; C Willet (ed) *Aspects of Fairness in Contract (Aspects)* (1996) *passim*; R Brownsword, N J Hird and G Howells (eds) *Good Faith in Contract: Concept and Context* (1999) *passim*; A D M Forte (ed) *Good Faith in Contract and Property* (1999) *passim*; C Willet *Fairness in Consumer Contracts (Fairness)* (2007) ch 1; E H Hondius “The Protection of the Weaker Party in Harmonized European Contract Law: A Synthesis” (2004) *Journal of Consumer Policy* 245ff; T Hartlief “Freedom and Protection in Contemporary Contract Law” (2004) *Journal of Consumer Policy* 253ff; R Brownsword *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century (Themes)* (2006) Ch 3.

⁴ D Campbell and H Collins “Discovering the Implicit Dimensions of Contracts” in D Campbell, H Collins and J Wightman *Implicit Dimensions of Contract* (2003) 25 define classical theory as follows: “The classical law, by which is meant the elegant constructions of legal doctrine by jurists and judges of the nineteenth century, is thought by many modern writers to be an inadequate form of legal reasoning about contractual relationships. The classical law’s doctrines facilitated an understanding of contracts as a disembodied association between individuals. ... They [these doctrines] corresponded to the description of the system of economic relationships as a market in which ‘faceless buyers and sellers...meet...for an instant to exchange

standardised goods at equilibrium prices”); also J Adams and R Brownsword *Key Issues in Contract* (1995) at 217: “According to the classical view, the social function of contract is not simply to facilitate exchange: contract is a vehicle for maximising economic self-interest. Contractors may legitimately pursue their own interests, prioritising their own interests against those of the other side, subject only to such minimal constraints as those pertaining to fraud and coercion”; R Brownsword “Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity” (“Human Dignity”) in D Friedmann and D Barak-Erez (eds) *Human Rights in Private Law* (2001) 181, 185ff. Thus the reference to classical contract doctrine is a reference to the doctrine in general use among lawyers and judges and reflected in the major treatises on the South African law of obligations, such as S Van der Merwe, L F Van Huyssteen, M F B Reinecke, G F Lubbe *Contract General Principles* (2007); R H Christie *The Law of Contract* (2001); A J Kerr *The Principles of the Law of Contract* (2002). For an in-depth analysis see the seminal work by P S Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) 226ff; J Adams and R Brownsword *Understanding Contract Law* (2004) 185-204; Collins (note 3 above) 3-10.

⁵ In regard to a freedom-orientated approach to contract cf Atiyah (note 4 above) 226ff; Beatson and Friedmann (note 3 above) 15f; Collins (note 3 above) ch 2; Brownsword *Themes* (note 3 above) ch 3; Willet *Fairness* (note 3 above) 4ff and 18ff.

⁶ In the common law the theories of Jeremy Bentham and Adam Smith provided the philosophical and economic springboard for the elevation of contractual freedom to an ideological *a priori* Atiyah (note 4 above) 25 and 292ff.

⁷ M Horwitz “The Rise of Legal Formalism” (1975) *American J of Legal Hist* 251 at 256-7 states that “What came to be certified as purely ‘legal’, of course were those rules of law that had been established ... to implement a market regime.”

⁸ L Hawthorne “The Principle of Equality in the Law of Contract” (“Equality”) (1995) *THRHR* 157; R Feenstra and M Ashmann *Contract* (1980) 6; Atiyah (note 4 above) 69ff. PJ Aronstam *Consumer Protection, Freedom of Contract and the Law* (1979) 14; Collins (note 3 above) 11.

⁹ W Friedman *Law in a Changing Society* (1959) 124; also J C Smith and D N Weisstub *The Western Idea of Law* (1983) 609ff.

¹⁰ Friedman (note 9 above) 124; M Horwitz *The Transformation of American law 1780-1860* (1977) 181ff; L Antonioli “Consumer Protection, Fair Dealing in Marketing Contracts and European Contract Law – a Uniform Law?” in H Collins (ed) *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices – Contract Consumer and Competition Law Implications* (2004) 288ff.

¹¹ 2007 (5) SA 323 (CC).

¹² At par [23] in regard to the question of horizontality the Constitutional Court held that the question had still to be decided by that court and proceeded to apply the indirect horizontal approach (at par [30]) using public policy as the vehicle to test whether the contractual term challenged is contrary to public policy as evidenced by the constitutional values. In regard to the scholarly debate relating to the question of horizontality cf I Rautenbach “Constitution and contract – exploring “the possibility that certain rights may apply directly to contractual terms or the common law that underlies them” 2009 *TSAR* 613; P Sutherland “Ensuring contractual fairness in consumer contracts after *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) Part 1 2008 *Stell LR* 390 at 394ff; D Bhana & M Pieterse “Towards a reconciliation of contract law and Constitutional values: Brisley and Afrox revisited 2005 *SALJ* 865; & S Woolman “The amazing vanishing bill of rights” 2007 *SALJ* 762). This issue will not be addressed in this paper. It is necessary to keep in mind that policy considerations can make enforcement of certain contracts undesirable. Thus, certain contracts are, for the sake of public interest, not enforced. The landmark case in this respect in the South African law of contract is *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1(A) 7, in which decision the Appellate Division (as it was then) held that agreements inimical to the interests of the community or run counter to social or economic expedience, will not be enforced on the grounds of public interest.

¹³ At pars [28 and 29].

¹⁴ At pars [56-59]; cf L Hawthorne “*Breedenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2009 (5) SA 304 (GSJ); and *Breedenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2009 (6) SA 277 (GSJ); *Breedenkamp v Standard Bank* 2010 (4) SA 468 (SCA) Contract law: Contextualisation and unequal bargaining position Redux” (2010) *De Jure* 395ff.

¹⁵ At par [51].

¹⁶ At par [56].

¹⁷ At par [59].

¹⁸ At pars [48] & [73].

¹⁹ At par [59].

²⁰ At pars [56] and [58].

²¹ At par [59].

²² Cf P J Sutherland “Ensuring Contractual Fairness in Consumer Contracts after *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) Part II” (2009) *Stell LR* 50 at 55 who interprets the first question differently. He is of the opinion that the first question involves both an objective and a subjective enquiry, first whether the terms of the contract are contrary to public policy as well as whether the terms were subjectively contrary to public policy because of the parties relative bargaining position.

²³ In the *Barkhuizen* case the right to access to justice at par [57].

²⁴ At pars [30] and [36]. F D J Brand “The Role of Good Faith, Equity and Fairness in the South African Law of Contract: The Influence of the Common Law and the Constitution” (2009) *SALJ* 71 at 84.

²⁵ At pars [56-59].

²⁶ At par [70].

²⁷ Section 2.

²⁸ L Hawthorne “The ‘New Learning’ and Transformation of Contract Law: Reconciling the Rule of Law with the Constitutional Imperative to Social Transformation” (2008) 23 *SAPR/PL* 77; H Botha “The legitimacy of legal orders (3): Rethinking the rule of law” (“Rule of Law”) (2001) *THRHR* 523.

²⁹ Sec 1.

³⁰ Sec 10.

³¹ S Woolman “Dignity” in S Woolman, T Roux & M Bishop (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2009) (*Constitutional Law*) 36-1; H Botha “Human Dignity in comparative perspective” (2009) 2 *Stell LR* 171f; L W H Ackermann “The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution” (2004) 4 *New Zealand L R* 650; In *Dawood & Another v Minister of Home Affairs & Others* 2000 (3) SA 936 (CC), 2000 (8) BCLR 837 (CC) at par [35] O’Regan J held that “[H]uman ...dignity informs constitutional adjudication and interpretation at a range of levels. It is a value that informs the interpretation of many, possibly all, other rights. ...”; also in *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC), 1995 6 BCLR 665 (CC) at par [144] the court held that dignity together with the right to life is “the most important of all human rights, and the source of all other personal rights”. The same is applicable in regard of the German Basic Law (*Grundgesetz*) cf O Cherednychenko *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (2007) 248 n 44.

³² Sec 37.

³³ Secs 7(3) and 36.

³⁴ Sec 7(2). This principle also appears in the German Basic Law. Sec 1(1) states that “[D]ie Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

³⁵ Cf the German distinction between *Abwehrfunktion* and *Schutzfunktion* of basic rights. H Dreier *Grundgesetz Kommentar* (2004) 103 and 218.

³⁶ Cf *Dawood & Another v Minister of Home Affairs* (note 31 above); Botha “Human Dignity” (note 31 above) 177 and at 199.

- ³⁷ M Pieterse “The Legitimizing/Insulating Effect of Socio-Economic Rights” (2007) 22 *Canadian Journal of Law and Society* 1 at 2 n 4.
- ³⁸ Sec 5 of the Vienna Declaration and Programme of Action A/CONF/157/23 (12 July 1993); *Cf Dawood v Minister of Home Affairs* (note 31 above) par [35] where the court held that human dignity “is a value that informs the interpretation of many, possibly all, other rights”; *S v Mamabolo* 2001 (3) SA 409 (CC) par [41].
- ³⁹ Pieterse (note 37 above) 2.
- ⁴⁰ Botha “Human Dignity” (note 31 above) 198.
- ⁴¹ *Napier v Barkhuizen* 2006 2 ALL SA 469 (SCA).
- ⁴² Botha “Human Dignity” (note 31 above) 201.
- ⁴³ Woolman “Dignity” (note 31 above) ch 36, 36-7ff; Botha “Human Dignity” (note 31 above) 182.
- ⁴⁴ 1999 (1) SA 6 (CC) par [29].
- ⁴⁵ Woolman “Dignity” (note 31 above) at 36-6ff states that the five definitions are “Individual as an end-in-herself”; “equal concern and equal respect”; ‘self-actualisation’; ‘self-governance’ and “collective responsibility for the material conditions for agency.”
- ⁴⁶ A J Nieuwenhuis *Tussen Privacy en Persoonlijkeidsrecht: een Grondrechtelijk en Rechtsvergelijkend Onderzoek* (2001) 86.
- ⁴⁷ Cherednychenko (note 31 above) 249 refers to sec 1(1) of the *Grundgesetz*.
- ⁴⁸ Sec 1(1) of the *Grundgesetz* states: “[D]ie Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”; *cf Dreier* (note 35 above) 218ff.
- ⁴⁹ Cherednychenko (note 31 above) 249.
- ⁵⁰ (note 12 above) at 880f; *Cf also G Lubbe* “Taking fundamental rights seriously: The Bill of Rights and its implications for the development of contract law (2004) *SALJ* 395 at 421f.
- ⁵¹ Cherednychenko (note 31 above) *ibid*.
- ⁵² Cherednychenko (note 31 above) 250; Dreier (note 35 above) 218ff where *Schutz gegen sich selbst* is discussed.
- ⁵³ S Feldman “Human Dignity as a Legal Value: Part I” (1999) *Public Law* 682, 685.
- ⁵⁴ Feldman (note 53 above) *ibid*; Brownsword “Human Dignity” (note 4 above) 191; Cherednychenko (note 31 above) 251ff; Bhana & Pieterse (note 50 above) at 880f; Lubbe (note 50 above) at 421f.
- ⁵⁵ Brownsword “Human Dignity” (note 4 above) 191f cites and discusses Kant *The Metaphysics of Morals* (Gregor translation and editor 1996) at 209; *cf also L W H Ackermann* ‘Equality and the South African Constitution: The Role of Dignity’ (2000) 60 *Heidelberg Journal of Int L* 537, 540ff; C Albertyn and B Goldblatt “Equality” in S Woolman *Constitutional Law* (note 31 above) ch 35, 35-9 and at ch 36, 36-3.
- ⁵⁶ Feldman (note 53 above) 685.
- ⁵⁷ Brownsword “Human dignity” (note 4 above) 193; Cherednychenko (note 31 above) 252; Bhana & Pieterse (note 50 above) 881.
- ⁵⁸ 2006 2 ALL SA 469 (SCA); D Bhana “The law of contract and the Constitution: Napier v Barkhuizen (SCA) (2007) *SALJ* 269 at 274; Bhana & Pieterse (note 50 above) 883.
- ⁵⁹ At par [28].
- ⁶⁰ Cherednychenko (note 31 above) 252.
- ⁶¹ Feldman (note 53 above) 686; Cherednychenko (note 31 above) 251f (where a printing mistake may cause confusion).
- ⁶² Brownsword “Human dignity” (note 4 above) 194ff; Bhana & Pieterse (note 50 above) 881. Lubbe (note 50 above) 421f.
- ⁶³ Cherednychenko (note 31 above) 252.

⁶⁴ Cherednychenko (note 31 above) *ibid*.

⁶⁵ Botha "Human Dignity" (note 31 above) 173 where he refers to the statement made by Ackermann J in *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (CC) at par [92] where the learned judge held that "I do believe that the German Basic Law was conceived in dire circumstances bearing sufficient resemblance to our own to make critical study and cautious application of its lessons to our situation and Constitution warranted."

⁶⁶ Dreier (note 35 above) 171 states that "*Aus dem Menschenwürdesatz ergibt sich schlieslich als soziale Komponente die Garantie eines in Parallele zu den gesamtwirtschaftlichen Entwicklungen konkretisierbaren materiellen Existenzminimums*"; also Dreier (note 35 above) at 386.

⁶⁷ The German Constitutional Court held in the *Handelsvertreter* case, BVerfG 7 February 1990, BVerfGE 81, 242 at 253 that the restraint of trade clause was formulated so broadly that it would effectively prevent the contracting party from working in his line of business for 2 years: "*Dem Beschwerdeführer wird aufgrund der Verurteilung zur Wettbewerbsunterlassung seine berufliche Tätigkeit in einem Ausmass verschlossen, das seine Existenzgrundlage berührt.*"

⁶⁸ This has been achieved by the National Credit Act 34 of 2005 in section 90 which makes certain exclusionary provisions unlawful.

⁶⁹ S Liebenberg "The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights" ("Value of Human Dignity") (2005) *SAJHR* 12; S Liebenberg *Socio-Economic Rights Adjudication under a Transformative Constitution (Socio-Economic Rights)* (2010) 23ff, 59ff.

⁷⁰ Liebenberg "Value of Human Dignity" (note 69 above) *ibid*.

⁷¹ M C Nussbaum *Women and Human Development-The Capabilities Approach* (2000) 5.

⁷² M C Nussbaum "Human Dignity and Political Entitlements" in *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics* ("Entitlements") (2008) 351; *cf* in general *Women and Human Development: The Capabilities Approach* (2000).

⁷³ Nussbaum "Entitlements" (note 72 above) 377 describes life as "Being able to live to the end of a human life of normal length; not dying prematurely, or before one's life is so reduced as to be not worth living."

⁷⁴ *Ibid* she describes bodily health as "Being able to have good health, including reproductive health; to be adequately nourished; to have adequate shelter."

⁷⁵ *Ibid* she describes bodily integrity as "Being able to move freely from place to place; to be secure against violent assault, including sexual assault and domestic violence; having opportunities for sexual satisfaction and for choice in matters of reproduction."

⁷⁶ *Ibid* she describes senses, imagination and thought as "Being able to use the senses, to imagine, think, and reason-and to do these things in a "truly human" way, a way informed and cultivated by an adequate education, including, but by no means limited to, literacy and basic mathematical and scientific training. Being able to use imagination and thought in connection with experiencing and producing works and events of one's own choice, religious, literary, musical, and so forth. Being able to use one's mind in ways protected by guarantees of freedom of expression with respect to both political and artistic speech, and freedom of religious exercise. Being able to have pleasurable experiences and to avoid non-beneficial pain."

⁷⁷ *Ibid* she describes emotions as "Being able to have attachments to things and people outside ourselves; to love those who love and care for us, to grieve at their absence; in general, to love, to grieve, to experience longing, gratitude, and justified anger. Not having one's emotional development blighted by fear and anxiety. (Supporting this capability means supporting forms of human association that can be shown to be crucial in their development)."

⁷⁸ *Idem* at 378 describes practical reason as "Being able to form a conception of the good and to engage in critical reflection about the planning of one's life. (This entails protection for the liberty of conscience and religious observance)."

⁷⁹ *Ibid* she describes affiliation as two-fold: A. "Being able to live with and toward others, to recognize and show concern for other human beings, to engage in various forms of social interaction; to be able to imagine the situation of another. (Protecting this capability means protecting institutions that constitute and nourish such forms of affiliation, and also protecting the freedom of assembly and political speech.)" and B. "Having the social bases of self-respect and non-humiliation; being able to be treated as a dignified being whose worth is equal to that of others. This entails provisions of non-discrimination on the basis of race, sex, sexual orientation, ethnicity, caste, religion, national origin."

⁸⁰ *Ibid* she describes the capability in respect of other species as "Being able to live with concern for and in relation to animals, plants, and the world of nature."

⁸¹ *Ibid* she describes play as "Being able to laugh, to play, to enjoy recreational activities."

⁸² *Ibid* she describes control over one's environment as having two components, the first political "Being able to participate effectively in political choices that govern one's life; having the right of political participation, protections of free speech and association." and the second material "Being able to hold property (both land and movable goods), and having property rights on an equal basis with others; having the right to seek employment on an equal basis with others; having the freedom from unwarranted search and seizure. In work, being able to work as a human being, exercising practical reason and entering into meaningful relationships of mutual recognition with other workers."

⁸³ Sec 29.

⁸⁴ Sec 15.

⁸⁵ Sec 16.

⁸⁶ Sec 17.

⁸⁷ Sec 18.

⁸⁸ Sec 16.

⁸⁹ Sec 15.

⁹⁰ Sec 18.

⁹¹ Sec 19.

⁹² Sec 9.

⁹³ In the Preamble 1966.

⁹⁴ Sec 1(a) of Act 108 of 1996.

⁹⁵ Bhana & Pieterse (note 50 above) 881.

⁹⁶ 1995 (3) SA 391 par [328].

⁹⁷ 2004 (6) SA 505 (CC) at par [52].

⁹⁸ 2000 (11) BCLR 1169.

⁹⁹ Cf Liebenberg "Value of Human Dignity" (note 69 above) 1; N Haysom "Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights" (1992) 2 *SAJHR* 451.

¹⁰⁰ At par [23].

¹⁰¹ *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC) footnotes excluded.

¹⁰² At par [8].

¹⁰³ At par [44].

¹⁰⁴ Cf S Liebenberg "The Interpretation of Socio-Economic Rights" in S Woolman *Constitutional Law* (note 31 above) 33-37; Liebenberg "Value of human Dignity" (note 69 above) 4ff; Liebenberg *Socio-Economic Rights* (note 69 above) 23ff; 59ff.

- ¹⁰⁵ Collins (note 3 above) 404; H Nieuwenhuis *Waartoe is het Recht op Aarde?* (2006) 1 where he coins the phrase “catholicism” referring to the social market theory being propagated in the United States of America by L Kaplow and S Shavell in *Fairness versus Welfare* (2002) 3. L Hawthorne “Materialisation and Differentiation of contract law: Can Solidarity maintain the Thread of Principle which links the Classical Ideal of Freedom of Contract with Modern Corrective Intervention” (2008) *THRHR* 438 at 434f.
- ¹⁰⁶ Liebenberg “Value of Human Dignity” (note 69 above) 7; Liebenberg *Socio-Economic Rights* (note 69 above) 23ff; 59ff.
- ¹⁰⁷ 1989 (1) SA 1 (A).
- ¹⁰⁸ At 7.
- ¹⁰⁹ At 9.
- ¹¹⁰ A J Barnard-Naude “Oh what a tangled web we weave ...” Hegemony, freedom of contract, good faith and transformation – towards a politics of friendship in the politics of contract” (2008) *Constitutional Court Review* 155 at 174.
- ¹¹¹ Haysom (note 99 above) 451.
- ¹¹² *S v Makwanyane* (note 31 above) pars [326-7].
- ¹¹³ Liebenberg “Value of Human Dignity” (note 69 above) 12; Liebenberg *Socio-Economic Rights* (note 69 above) 23ff, 59ff.
- ¹¹⁴ Liebenberg “Value of Human Dignity” (note 69 above) *ibid*; S Hocter “Dignity, Criminal Law and the Bill of Rights” (2004) 121 *SALJ* 265 at 315.
- ¹¹⁵ *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 by Yacoob J at par [23].
- ¹¹⁶ Botha “Rule of Law” (note 28 above) 523 at 535.
- ¹¹⁷ Sections 1, 7 and 39(1) and (2).
- ¹¹⁸ *Barkhuizen v Napier* (note 11 above) par [29].
- ¹¹⁹ In *Napier v Barkhuizen* 2006 (4) SA 1 (SCA) par [12]; Bhana (note 58 above) 269, 274; Bhana & Pieterse (note 50 above) 881; Lubbe (note 50 above) 421; and more recently in *Bredenkamp v Standard Bank* 2010 (4) SA 468 SCA at par [53].
- ¹²⁰ In *Barkhuizen v Napier* (note 11 above) the Constitutional Court definitely rejected (at pars [72-73]) the opinion held in *Napier v Barkhuizen* (2006 (4) SA 1 (SCA) at par [12]) that “Nor does the fact that a term is unfair or may operate harshly by itself lead to the conclusion that it offends against constitutional principle ... (I)n appropriate circumstances these standards find expression in the liberty to regulate one’s life by freely engaged contractual arrangements.”
- ¹²¹ For example the Constitution recognises the right to labour relations (sec 23), the right to housing (sec 26), the right to health care, food, water and social security (sec 27) and the right to education (sec 29).
- ¹²² Sections 7(2), 24(b), 25(5), 26(2), 27(2), 28(1)(h) and 35(2)(c).
- ¹²³ Sections 8(2), 8(3), 9(4), 32(1)(b), and 39(2). Cf Hawthorne “Equality” (note 8 above) 163 n 37; Bhana & Pieterse (note 50 above) 865; Lubbe (note 50 above) 395.
- ¹²⁴ Policy considerations can make enforcement of certain contracts undesirable. Thus, certain contracts are, for the sake of public interest, not enforced. *Sasfin v Beukes* (note 12 above) is the landmark decision in this respect in South African law of contract. In this decision the Appellate Division (as it was then) held that agreements inimical to the interests of the community or run counter to social or economic expedience, will not be enforced on the grounds of public interest.
- ¹²⁵ *Barkhuizen v Napier* (note 11 above) at par [28].
- ¹²⁶ Botha “Rule of Law” (note 28 above) 523 at 524 n5.

**ACȚIUNEA NORMELOR JURIDICE CIVILE ÎN TIMP –
OBSERVAȚII ASUPRA REGLEMENTĂRII INSTITUȚIEI
ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA**

Veaceslav PÎNZARI*

***Résumé:** L'une des institutions qui attire une grande attention dans la théorie générale du droit, aussi que dans la théorie du droit civil, est celle de l'application de la loi, et, en particulier, son application dans le temps. Dans le cadre de cette approche, nous n'allons pas insister sur l'application des normes juridiques civiles dans l'espace ou quant aux personnes, mais nous allons attirer l'attention uniquement sur la réglementation légale de l'institution de l'action de la loi civile dans le temps ; à notre avis, la loi civile et pas seulement elle, contient certaines inexactitudes, des erreurs à écarter dès que possible pour que ces actes normatifs puissent remplir leur mission le plus efficacement possible.*

Mots-clés: Constitution, Code civil, norme juridique, action de la loi, non-rétroactivité, application immédiate, rétroactivité, ultra-activité.

Cuvinte cheie: Cosntituție, Cod civil, normă juridică, acțiunea legii, neretroactivitate, aplicare imediată, retroactivitate, ultraactivitate.

Una din instituțiile care este tratată cu foarte multă atenție în teoria generală a dreptului, dar și în teoria dreptului civil, este cea a aplicării legii și, mai cu seamă, aplicarea acesteia în timp. Din capul locului vom menționa faptul că în literatura de specialitate, se atrage atenția cu privire la precizia terminologiei întrebuintate în această materie, în sensul că de cele mai multe ori este utilizată noțiunea de „lege”, în înțelesul cel mai general al accepțiunii, deși, mai potrivită ar fi folosirea sintagmei „aplicarea normelor juridice sau de drept”¹. Folosirea adecvată a terminologiei juridice ne impune să ne reținem atenția și asupra acestui aspect, deoarece, „pe de o parte, o lege sau un alt act normativ pot exista și pot fi în vigoare fără ca normele lor să se aplice încă sau fără ca să se mai aplice; pe de altă parte, o lege sau un alt act normativ, nu conțin, de regulă, o singură normă juridică, ci mai multe norme juridice care se pot bucura de o relativă autonomie, atât din punct de vedere al aplicării lor în timp, cât și din punctul de vedere al aplicării lor în spațiu”². Ținând cont de argumentele autorilor citați, care se referă la necesitatea utilizării corecte

și riguroase a limbajului juridic, punct de vedere pe care-l împărtășim în totalitate, considerăm că în această materie ar fi mai oportună utilizarea sintagmei „aplicarea normelor juridice”, expresie care ar reda cu exactitate esența instituției date. Dar, din diferite considerente, de foarte multe ori, în lucrările de specialitate sau chiar în actele normative, se utilizează sintagma „acțiunea legii” sau „aplicarea legii” în timp, spațiu sau asupra persoanelor, avându-se în vedere noțiunea de „lege” în sens generic. Și noi suntem părtașii utilizării terminologiei juridice corecte și a limbajului juridic adecvat, dar, ne vom permite să utilizăm pe alocuri, în cadrul articolului dat, cuvântul „lege” în locul sintagmei „normă juridică”, expresie încetățenită în materia dată în multe lucrări de specialitate, dar și în Constituție, Codul civil sau alte acte normative.

Nu vom stăruii, în cadrul acestui demers, asupra aplicării normelor juridice civile în spațiu sau asupra persoanelor, lucru care, cel puțin teoretic, nu ar trebui să ridice probleme, deși, la o analiză mai amănunțită, vedem că Republica Moldova se confruntă cu grave probleme la acest capitol, având în vedere faptul că o bună parte a teritoriului ei este controlat de niște autorități ilegale, care nu recunosc legislația oficială a statului moldovenesc și care aplică propria legislație, inclusiv civilă. Ne vom opri atenția doar asupra reglementării legale a instituției acțiunii legii civile în timp, deoarece, în opinia noastră, în legislația civilă și nu numai, s-au strecurat anumite inexactități, erori care trebuie înlăturate cât mai urgent posibil, pentru ca aceste acte normative să-și îndeplinească menirea cât mai eficient posibil.

Astfel, ca orice lege și legea civilă cunoaște câteva ipostaze care conturează domeniul de aplicare a acesteia, inclusiv în timp, și, anume: a) existența; b) intrarea în vigoare și c) aplicabilitatea acesteia. Unii autori, evidențiază alte trei aspecte care indică domeniul de aplicare în timp al normelor juridice, după cum urmează: a) intrarea în vigoare a legii; b) încetarea efectelor legii și c) conflictul de legi în timp³. Alți autori, disting două momente principale referitoare la aspectul acțiunii normelor juridice în timp: a) momentul inițial, adică al intrării în vigoare a actului normativ și b) momentul final, adică al încetării acțiunii normei juridice⁴.

Să analizăm pe rând ipostazele care profilează domeniul de aplicare a legii civile și, anume:

a) Existența legii civile

În ceea ce privește existența actelor normative, în general, inclusiv existența normelor juridice civile, Constituția Republicii Moldova prin art.76 intitulat „Intrarea în vigoare a legii” dispune: „Legea se publică în Monitorul Oficial al Republicii Moldova și intră în vigoare la data publicării sau la data prevăzută în textul ei. Nepublicarea legii atrage inexistența acesteia”. Din aceste prevederi constituționale vedem că, publicarea legii condiționează nu numai intrarea în vigoare a acesteia, ci însăși existența ei, adică legea nepublicată este ca și inexistentă. În aceeași ordine de idei, art.94

alin.1 din Constituție dispune: „În exercitarea atribuțiilor sale, Președintele Republicii Moldova emite decrete, obligatorii pentru executare pe întreg teritoriul statului. Decretele se publica în Monitorul Oficial al Republicii Moldova”, iar art.102 alin.4 stabilește că: „Hotărârile și ordonanțele adoptate de Guvern se semnează de Prim-ministru, se contrasemnează de ministrii care au obligația punerii lor în executare și se publica în Monitorul Oficial al Republicii Moldova. Nepublicarea atrage inexistența hotărârii sau ordonanței”. Și din aceste prevederi constituționale putem trage concluzia că nepublicarea în Monitorul Oficial a decretelor prezidențiale, a hotărârilor sau ordonanțelor guvernului atrage inexistența acestora.

Concluzia care poate fi trasă aici este următoarea: actele normative enumerate în art.76, 94 și 102 din Constituția Republicii Moldova, nepublicate în Monitorul Oficial sunt **inexistente!**

Nu ne vom ocupa de analiza situației actelor normative nepublicate, care sunt considerate inexistente de către legiuitorul moldav, vom examina situația legilor publicate, adică existente deja, apte să reglementeze relațiile sociale într-un anumit domeniu, dar care încă nu le reglementează, deoarece, normele acestora vor intra în vigoare la o altă dată decât cea a publicării. În acest sens, vom aduce ca exemplu art.1 din Legea nr.1125-XV din 13 iunie 2002 pentru punerea în aplicare a Codului civil al Republicii Moldova (Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82-86, art.663), care prevede: „Codul civil al Republicii Moldova nr.1107-V din 6 iunie 2002 intră în vigoare la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă al Republicii Moldova, aprobat⁵ în primă lectură prin Hotărârea Parlamentului nr.16-XV din 29 martie 2001”. Inițial, această prevedere legală avea următorul conținut: „Codul civil al Republicii Moldova nr.1107-XV din 6 iunie 2002 intră în vigoare la 1 ianuarie 2003”. Deci, la data publicării Codului civil în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, adică 13 iunie 2002, acesta exista deja, dar urma să fie aplicabil situațiilor juridice începând cu data de 1 ianuarie 2003. În aceste condiții Codul civil, ca act normativ care exista și era apt să reglementeze relațiile sociale, nu le reglementa încă deoarece, avea să intre în vigoare la o dată ulterioară publicării, care, inițial, era stabilită ca fiind o dată calendaristică exactă, adică 01.01.2003, iar după modificarea legii mai sus citate, intrarea în vigoare a Codului civil a fost legată de un eveniment viitor și, anume, de intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, care, trebuia să aibă loc nu se știe la ce dată.

Concluzia care trebuie trasă aici este următoarea: legile publicate în Monitorul Oficial, care intră în vigoare la o dată ulterioară, **există** din momentul publicării!

b) Intrarea în vigoare a legii civile

Cum deja am menționat mai sus, art.76 din Constituție intitulat „Intrarea în vigoare a legii” statuează că: „Legea se publică în Monitorul Oficial al Republicii Moldova și intră în vigoare la data publicării sau la data prevăzută în textul ei”. La

fel, art.94 alin.1 din Constituție prevede că decretul președintelui se publica în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, iar art.102 alin.4 stabilește că hotărârile și ordonanțele adoptate de Guvern se publica în Monitorul Oficial al Republicii Moldova. De aici tragem concluzia că, în Republica Moldova, actele normative intră în vigoare din momentul în care există deja, adică, sau de la data publicării acestora în Monitorul Oficial, sau de la data prevăzută în textul actului normativ respectiv, dată obligatoriu ulterioară publicării.

c) Aplicabilitatea legii civile

Odată intrată în vigoare, pe de o parte, legea devine obligatorie pentru destinatarii ei, iar, pe de altă parte, se instituie o prezumție absolută de cunoaștere a acesteia și nimeni nu poate să invoce necunoașterea legii conform adagiului *nemo censetur ignorare legem*. Adică, la data când legea devine aplicabilă și obligatorie pentru subiecții de drept, ea este prezumată a fi cunoscută de către toți aceștia, lucru care se realizează prin publicarea legii în Monitorul Oficial, or, nu putem pretinde oamenilor să respecte norme legale care nu sunt aduse la cunoștința lor încă.

Legat de aplicarea legii civile în timp, trebuie menționat faptul că acestea nu sunt eterne, ele se succed. Lucrul dat este firesc deoarece, actele normative sunt edictate în vederea reglementării unor relații sociale care sunt în continuă transformare și modernizare, și, este oportun, ca ele să rămână în vigoare și să fie aplicate doar atât timp cât sunt în concordanță cu realitățile date. Când actul normativ nu mai corespunde nevoilor sociale care au determinat necesitatea adoptării lui, acesta trebuie modificat sau abrogat. În aceste cazuri se pune problema succesiunii legilor, împrejurări care pot genera conflicte de legi în timp, când trebuie știut care lege, cea nouă sau cea veche, va reglementa o situație concretă.

Pentru soluționarea eventualelor conflicte de legi în timp, în doctrină au fost stabilite două principii care se presupun și se completează reciproc și, anume:

- principiul neretroactivității legii noi;
- principiul aplicării imediate a legii noi.

a) Principiul neretroactivității legii noi

Principiul neretroactivității legii stabilește că aceasta dispune numai pentru viitor, ea nu poate aduce atingere drepturilor câștigate înainte de intrarea ei în vigoare, adică nu poate statua *ex post facto*⁶. Altfel spus, trecutul scapă legii noi. Acest lucru s-ar părea că este consacrat expres de către Constituția Republicii Moldova în art. 22 intitulat „Neretroactivitatea legii” care prevede: „Nimeni nu va fi condamnat pentru acțiuni sau omisiuni care, în momentul comiterii, nu constituiau un act delictuos. De asemenea, nu se va aplica nici o pedeapsă mai aspră decât cea care era aplicabilă în momentul comiterii actului delictuos”. Analizând mai atent aceste

dispoziții legale, constatăm anumite inexactități în reglementarea constituțională dată de către legiuitorul moldav principiului respectiv, după cum urmează:

- În primul rând, în opinia noastră, există o neconcordanță între denumirea articolului dat și conținutul acestuia. Astfel, dacă ținem cont de faptul că Constituția este legea fundamentală a statului, denumirea articolului respectiv este în regulă, or, aceasta ne sugerează ideea că legea supremă a țării consfințește principiul potrivit căruia „legea dispune numai pentru viitor”. Titlul dat acestui articol „Neretroactivitatea legii” ne mai arată că orice lege nu retroactivează, deoarece, legiuitorul nu a specificat expres altceva. Din titlul articolului respectiv nu ar rezulta că nu retroactivează legea penală, civilă, familială, administrativă sau din oricare alt domeniu, rezultă, deci, o neretroactivitate a legilor, în general. Dar dacă analizăm conținutul art.22 din Constituție, vom constata că legiuitorul s-a referit numai la legea penală sau contravențională, nu și la cele din alte domenii ale dreptului, deoarece, în prima parte a acestuia reglementează expres doar imposibilitatea condamnării unor persoane pentru acțiuni sau omisiuni care, în momentul comiterii, nu constituiau acte delictuoase. Legiuitorului, probabil, i-a scăpat faptul că la noi în țară marea majoritate a celor cărora le sunt destinate actele normative sunt indivizi care nu au conflicte cu organele statului, nu sunt delincvenți, ci sunt persoane care participă pașnic la circuitul civil, intră în diferite raporturi juridice fără ca să încalce legile țării. Întrebarea la care se cere răspuns aici este următoarea: în conformitate cu dispozițiile primei fraze a art.22 din Constituție, nu retroactivează numai legea penală sau contravențională, sau și cea civilă, familială, de dreptul muncii, locativă, funciară etc.? Din câte vedem, legiuitorul moldav a instituit printr-o dispoziție constituțională expresă, principiul neretroactivității legii în materie penală sau, represivă, în general, iar în celelalte domenii, în lipsa unei norme constituționale exprese, se pare că ar fi posibilă aplicarea retroactivă a legii, dacă normele speciale nu vor dispune contrariul.
- În al doilea rând, fraza a doua a aceluiași articol conține o normă legală care nu se referă la principiul neretroactivității legii, ci la principiul aplicării legii penale sau contravenționale mai favorabile, după cum urmează: „De asemenea, nu se va aplica nici o pedeapsă mai aspră decât cea care era aplicabilă în momentul comiterii actului delictuos”. Această normă ne întărește convingerea că legiuitorul nostru a instituit, printr-o dispoziție constituțională expresă, principiul neretroactivității legii în materie represivă, în general. În acest caz, considerăm că era indicat ca

denumirea art.22 din Constituție să fie „Neretroactivitatea legii penale” sau „Neretroactivitatea legii represive”, pentru a fi în consonanță deplină cu ceea ce a dorit să reglementeze și, a reglementat, de fapt, legiuitorul prin această normă constituțională, ca să nu existe divergențe între denumirea și conținutul ei.

Deși, în opinia noastră, legiuitorul statuează în legea supremă a țării *expresis verbis* numai principiul neretroactivității legii în materie penală sau contravențională, cu excepția legii represive mai favorabile, credem că și în celelalte ramuri ale dreptului normele legale nu retroactivează. Astfel, Codul civil în art.6. intitulat „Acțiunea în timp a legii civile”, la alin.1, consacră expres principiul neretroactivității legii civile. Astfel: „Legea civilă nu are caracter retroactiv. Ea nu modifică și nici nu suprimă condițiile de constituire a unei situații juridice constituite anterior, nici condițiile de stingere a unei situații juridice stinse anterior. De asemenea, legea nouă nu modifică și nu desființează efectele deja produse ale unei situații juridice stinse sau în curs de realizare”. Salutăm faptul că legiuitorul a reglementat expres principiul neretroactivității legii civile, dar, modalitatea în care a făcut-o lasă mult de dorit. În opinia noastră, dispozițiile legale cuprinse în alin.1 art.6 C.civ. sunt prea sofisticate, legiuitorul vine cu anumite explicații a principiului dat, transformând o normă legală într-un comentariu al acesteia, observație care, de altfel, este valabilă pentru întregul Cod civil al Republicii Moldova. Considerăm că era suficient, pentru consacrarea acestui principiu, ca legiuitorul să prevadă „limitele temporale ale aplicării normelor juridice civile” și că „acestea nu au caracter retroactiv”, or, se prezumă că specialiștii în domeniul dreptului cunosc instituțiile juridice încă de pe băncile facultății și nu este cazul să le explicăm sau să le descriem esența acestora în conținutul legislației în vigoare sau, în locul normelor legale să dăm definiții și comentarii ale acestora.

b) Principiul aplicării imediate a legii noi

Acest principiu reprezintă regulă de drept potrivit căreia, legea nouă se va aplica imediat tuturor situațiilor juridice apărute după intrarea ei în vigoare, excluzând aplicarea legii vechi⁷. Principiul dat este consacrat *expresis verbis*, deși inexact, în opinia noastră, în art.6 alin.2 și 3 C.civ. după cum urmează: „(2) Legea nouă este aplicabilă situațiilor juridice în curs de realizare la data intrării sale în vigoare. (3) De la data intrării în vigoare a legii noi, efectele legii vechi încetează, cu excepția cazurilor în care legea nouă prevede altfel”. Considerăm că prevederile alineatului doi intră în contradicție cu cele consacrate în alineatul întâi, în care se statuează că „legea nouă nu modifică și nu desființează efectele deja produse ale unei situații juridice stinse sau *în curs de realizare*”. Și la alineatul întâi și la al doilea,

legiuitorul se referă la situațiile juridice „în curs de realizare”, doar că în primul caz stabilește că legea nouă nu se aplică acestora, iar în cel de-al doilea, dimpotrivă, că li se aplică. Suntem de părerea că la alineatul al doilea, legiuitorul ar fi trebuit să se refere la „situațiile juridice în curs de constituire, modificare sau stingere” și nu la „situațiile juridice în curs de realizare”, or, altminteri, suntem în prezența unei contradicții între prevederile aceluiași act normativ. Inexactitatea vine, în opinia noastră, din modul sofisticat, pe de o parte, dar, în același timp și defectuos, pe de alta, în care a înțeles legiuitorul nostru să exteriorizeze normele legale, nerespectând elementarele reguli de tehnică legislativă, stabilite tot de către el printr-un act normativ special⁸. Considerăm că al doilea alineat al art.6 C.civ. ar fi trebuit să aibă următorul conținut: „*Legea nouă este aplicabilă situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere la data intrării sale în vigoare*”, pentru a putea vorbi despre faptul că acesta reglementează exclusiv principiul aplicării imediate a legii civile noi. Cum susțin unii autori, „o anumită situație juridică nu poate fi reglementată integral de două sau mai multe norme juridice succesive, căci o astfel de reglementare ar însemna retroactivitate. Nimic nu se opune însă ca o situație juridică care durează în timp să fie reglementată fragmentar și succesiv de două sau mai multe norme, fiecare dintre ele reglementând acel segment al situației juridice care corespunde timpului său de aplicare”⁹. Tocmai din aceste considerente insistăm, ca alineatul doi al art.6 să fie modificat și să dispună că „*Legea nouă este aplicabilă situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere la data intrării sale în vigoare*”, pentru a reglementa principiul aplicării imediate a legii civile noi, or, în caz contrar, această dispoziție legală așa cum arată astăzi, tocmai dă posibilitate normei legale noi să retroactiveze, aplicându-se, inclusiv, „*situațiilor juridice în curs de realizare*” la momentul intrării sale în vigoare¹⁰. Acest lucru este inadmisibil, în opinia noastră, cu excepția cazului în care legiuitorul ar fi intenționat să consfințească expres retroactivitatea legii civile noi, fapt care nu credem că l-a dorit și care nu se poate deduce nici din comentariul acestui articol¹¹. Constatăm că există o gravă neconcordanță între dispozițiile alineatului unu și doi din art.6 C.civ. care trebuie înlăturată cât mai urgent.

La o analiză mai atentă a primei părți a alin.3 art.6 C.civ., care prevede că: „De la data intrării în vigoare a legii noi, efectele legii vechi încetează...”, vedem că legiuitorul reglementează, la fel, principiul aplicării imediate a legii noi, punct de vedere împărțit și de către alți specialiști¹². Însă, de data aceasta autorii Codului au fost mai atenți, reglementând principiul respectiv cu mai multă grijă, deși, în opinia noastră, această normă legală este de prisos, deoarece se consideră că aplicarea imediată a legii noi este deja statuată prin dispozițiile alineatului doi a aceluiași articol, lucru afirmat și de autorii Comentariului la Codul civil¹³. Este îndeobște recunoscut

și acceptat faptul că legea nouă se aplică „*situațiilor juridice în curs de constituire, modificare sau stingere*” imediat după intrarea sa în vigoare, astfel că „*efectele legii vechi încetează*” și, acest lucru, în opinia noastră, nu trebuia subliniat în două rânduri consecutiv de către legiuitor prin texte exprese.

În opinia noastră, la elaborarea actelor normative legiuitorul ar trebui să utilizeze un limbaj mai simplu și mai accesibil, dar, în același timp, acesta să fie unul tehnic, de specialitate, profesionist, exact, riguros, adecvat și să nu utilizeze în acest sens construcții frazeologice sofisticate. Normele legale pot fi exprimate scurt, clar și cuprinzător, exemplu în acest sens ne-ar putea servi noul Cod civil al României care, în art.6 prevede: „Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Ea nu are putere retroactivă”¹⁴.

Efectuând o scurtă analiză a normelor legale, care reglementează principiile de soluționare a conflictelor de legi civile în timp, ne apare o întrebare firească la care vom încerca să răspundem în cele ce urmează și, anume: oare legislația civilă a Republicii Moldova admite și anumite excepții de la aceste principii sau nu? Răspunsul îl găsim tot în art.6 C.civ. care în alin.3, 4 și 5 statuează:

„(3) De la data intrării în vigoare a legii noi, efectele legii vechi încetează, cu excepția cazurilor în care legea nouă prevede altfel.

(4) În cazul situațiilor juridice contractuale în curs de realizare la data intrării în vigoare a legii noi, legea veche va continua să guverneze natura și întinderea drepturilor și obligațiilor părților, precum și orice alte efecte contractuale, dacă legea nouă nu prevede altfel.

(5) În situațiile prevăzute la alin.(4), dispozițiile legii noi se aplică modalităților de exercitare a drepturilor sau de executare a obligațiilor, precum și de înstrăinare, preluare, transformare sau de stingere a acestora. De asemenea, dacă legea nouă nu prevede altfel, clauzele unui act juridic încheiat anterior intrării în vigoare a legii noi contrare dispozițiilor ei imperative sunt, de la această dată, lipsite de orice efect juridic”.

Din analiza acestor dispoziții legale, adică a părții a doua a alineatului trei și a alineatelor patru și cinci art.6 C.civ., constatăm că legiuitorul reglementează expres „*ultraactivitatea*”, sau cum se mai numește în doctrină, „*supraviețuirea legii vechi*”, o excepție de la regula aplicării imediate a legii noi, care „constă în aceea că norma veche continuă să se aplice temporar și după ce a fost abrogată, pentru a reglementa până la capăt unele situații juridice care s-au stabilit sau au început să se stabilească sub imperiul ei”¹⁵. Vedem, deci, că în conformitate cu alin.3, 4 și 5 a art.6 din Codul civil al Republicii Moldova „legea veche va supraviețui propriei abrogări pentru a reglementa în continuare efectele viitoare ale actelor și faptelor produse sub imperiul ei”¹⁶.

În ceea ce privește ultraactivitatea legii, inclusiv a celei civile, în doctrină și jurisprudență sunt formulate mai multe teorii¹⁷. Legiutorul nostru se pare că a preluat „teoria modernă”, reglementând distinct situația contractelor cu executare succesivă, care au fost încheiate sub imperiul legii vechi, dar efectele cărora se produc în timp, când în vigoare este deja o lege nouă. Aceste contracte vor fi guvernate de către legea veche, care ultraactivează. În aceste condiții, se preîntâmpină o posibilă încălcare a principiului libertății contractuale, care s-ar putea produce în cazul în care legea nouă ar impune condiții de fond sau formă diferite decât cea care era în vigoare la momentul realizării acordului de voințe și, de asemenea, se preîntâmpină posibilele intervenții ale legii noi în materia efectelor contractelor, pe care le-au avut în vedere sau le-au dorit părțile la momentul încheierii acestora. Astfel, în conformitate cu alin.4 art.6 C.civ., dacă intra în vigoare o lege nouă, condițiile încheierii¹⁸, natura și întinderea drepturilor și obligațiilor părților unui contract cu executare succesivă, se vor supune legii în vigoare la data încheierii contractului, în virtutea principiului ultraactivității legii vechi, legea nouă neputând retroactiva. În schimb, neexecutarea obligațiilor contractuale de către debitor și efectele neexecutării acestora, vor fi supuse reglementării legii noi, care între timp a intrat în vigoare, în virtutea principiului aplicării imediate a acesteia. Situația este diferită în cazul contractelor cu executare imediată, care își produc efectele imediat după încheiere. Deși legiutorul nu prevede expres, acestea se vor afla sub imperiul legii în vigoare la data încheierii lor, astfel că probleme conflictuale ele nu ar trebui să ridice.

În art.6 alin.4 C.civ. legiutorul se referă expres doar la „situațiile juridice contractuale” și nu la „situațiile juridice”¹⁹ în general. Această observație o facem deoarece, în circuitul civil există diverse situații juridice printre care se regăsesc și actele unilaterale, care nu sunt contracte, ce produc efecte juridice imediate sau succesive și care, la fel, trebuie reglementate de legislația civilă. În aceste condiții, considerăm că dispozițiile legale statuate în art.6 alin.4 și 5 C.civ. vor fi aplicabile situațiilor juridice în general, inclusiv testamentelor. Acestea reprezintă acte juridice *mortis causa*, unilaterale, personale, solemne, cu titlu gratuit și revocabile, care se pot afla sub imperiul unei legi la momentul întocmirii lor de către testator, în schimb efectele acestora se vor produce mai târziu, la momentul deschiderii succesiunii. Întrebarea care se ridică aici este, sub autoritatea cărei legi se vor afla condițiile de validitate sau efectele testamentului, dacă din momentul întocmirii acestuia și până la momentul deschiderii succesiunii legea succesorală s-a modificat? În acest caz, în virtutea principiului neretroactivității legii, forma și celelalte condiții de validitate ale testamentului se vor afla sub imperiul legii în vigoare la momentul întocmirii lui, aplicându-se principiul *tempus regit actum*, iar efectele pe care le generează, vor fi guvernate de legea în vigoare la momentul producerii acestora, în virtutea principiului aplicării imediate a legii civile noi.

Cu referire la normele legale mai sus citate, considerăm că legiuitorul ar fi trebuit să se refere la „situațiile juridice” în general și să nu îngusteze aria de aplicabilitate a lor, referindu-se numai la „situațiile juridice contractuale”. Cum bine este știut, pe de o parte, actele juridice reprezintă genul, contractele sunt specii de acte juridice, iar, pe de altă parte, toate contractele sunt acte juridice, însă nu toate actele juridice sunt și contracte. De asemenea, raporturile juridice civile sunt generate de fapte juridice în sensul larg sau restrâns al noțiunii²⁰, astfel că aplicarea legii civile poate să ridice probleme nu numai în cazul actelor juridice, dar și a unor fapte juridice *stricto sensu*. De exemplu, în cazul faptelor ilicite, se poate pune întrebarea, care lege se va aplica, dacă în momentul săvârșirii acestora era o lege în vigoare, iar la momentul când survine răspunderea civilă delictuală, aceasta este modificată? Răspunsul ar fi următorul: condițiile răspunderii delictuale vor fi apreciate raportat la legea care era în vigoare la data săvârșirii faptei ilicite, în schimb modalitatea răspunderii pentru prejudiciile cauzate, va fi determinată de legea în vigoare la data când răspunderea se materializează efectiv.

Ținând cont de cele expuse mai sus, reiterăm ideea că legiuitorul ar fi trebuit să se refere în alin.4 art.6 C.civ. la „situațiile juridice” în general, dar nu numai la „situațiile juridice contractuale”.

Ultima frază a alin.5 art.6 C.civ. dispune că „...dacă legea nouă nu prevede altfel, clauzele unui act juridic încheiat anterior intrării în vigoare a legii noi contrare dispozițiilor ei imperative sunt, de la această dată, lipsite de orice efect juridic”. Din analiza acestor dispoziții legale putem menționa următoarele:

- în primul rând, o precizare foarte importantă pe care trebuie să o facem este că legiuitorul, nu se referă aici la clauzele actelor juridice care, conform normelor legale în vigoare la momentul stabilirii, nu întruneau condițiile de validitate prevăzute de acestea. Clauzele respective vor fi nule din momentul inserării lor în actul juridic;
- în al doilea rând, constatăm că legiuitorul lărgeste aria de aplicare a acestor dispoziții legale, referindu-se de acum la „acte juridice”, nu numai la „situații juridice contractuale”, noțiuni între care nu poate fi pus un semn de egalitate;
- în al treilea rând, legiuitorul dispune aplicarea imediată a legii noi și situațiilor juridice în curs de realizare, deși la alineatul patru reglementează expres ultraactivitatea legii vechi. Vedem, deci, că nimic nu-l împiedică pe legiuitor să dispună aplicarea imediată a legii noi chiar și actelor juridice în curs;
- în al patrulea rând, corespunderea condițiilor de validitate, dar și a clauzelor actelor juridice civile cu normele legale, se apreciază raportat la momentul încheierii, respectiv, stabilirii acestora, potrivit adagiului „*tempus regit*

actum". Dar legiuitorul ar putea prevedea prin noua lege, anumite dispoziții imperative, cu care clauzele actelor juridice stabilite sub imperiul legii vechi să nu corespundă. Legiuitorul nostru, din câte constatăm, lipsește aceste clauze, pe viitor, de efectele juridice contrare normelor imperative în vigoare, dar rămâne un semn de întrebare în privința efectelor deja produse de către acestea. Se pare că efectelor date se va aplica teoria drepturilor câștigate, altminteri legea nouă ar retroactiva, lucru nepermis chiar de alin.1 art.6 C.civ. Vedem, deci, că legiuitorul moldav a combinat mai multe teorii la reglementarea instituției aplicării normelor juridice civile în timp.

Obiecțiile asupra reglementărilor legale ale instituției aplicării normelor juridice în timp, atât de către Constituția Republicii Moldova, cât și de către Codul civil ar mai putea continua, or, în opinia noastră, legislația moldovenească ne permite acest lucru și fără ocupație specialiștii interesați de problemele date nu vor rămâne încă mult timp înaintea. Concluzionând, din ceea ce am analizat mai sus vedem că:

- există anumite lacune în reglementarea instituției supuse cercetării atât în Constituție cât și în Codul civil;

- terminologia utilizată de către legiuitorul nostru în materia dată este neuniformă, lucru valabil, de altfel, pentru majoritatea instituțiilor cuprinse în Codul civil, or aceasta trebuie evitat în actele normative deoarece, ele nu sunt dicționare de termeni juridici sau de sinonime;

- legiuitorul nostru a ales un mod sofisticat, pe de o parte, dar, în același timp și defectuos, pe de alta, prin care exteriorizează normele legale, nerespectând elementarele reguli de tehnică legislativă, stabilite tot de către el prin Legea privind actele legislative: Nr. 780-XV din 27.12.2001.

* Conf.univ., dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți; vpinzari@gmail.com.

¹ A se vedea în acest sens, I.Reghini, Ș.Diaconescu, P.Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția a 2-a, revăzută și adăugită, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p.39;

² *Ibidem*, p.39.

³ D.C.Dănișor, I.Dogaru, Gh.Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H.Beck, București, 2006, p.328.

⁴ Gh.Avornic, E.Aramă, B.Negru, R.Costaș, *Teoria generală a dreptului*, Editura Cartier, Chișinău, 2004, p.258.

⁵ În opinia noastră, în textul legal dat ar trebui utilizat termenul „adoptat”, care ar avea o mai mare tangență cu procesul legislativ.

⁶ D.C.Dănișor, I.Dogaru, Gh.Dănișor, *op.cit.*, p.335.

⁷ Gh.Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediția a VIII-a revăzută și adăugită de M.Nicolae și P.Trușcă, Editura Universul Juridic, București, 2003, p.49.

⁸ Art.19 din Legea Republicii Moldova privind actele legislative: Nr. 780-XV din 27.12.2001. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 14.03.2002, Nr. 36-38.

⁹ I.Reghini, Ș.Diaconescu, P.Vasilescu, *op.cit.*, p.49-50.

¹⁰ Deși aici se poate obiecta că legiuitorul a reglementat prin art.6 alin.2 C.civ. aplicarea complementară a principiilor neretroactivității legii noi și a aplicării imediate a acesteia, lucrul dat este realizat nereușit, în opinia noastră, deoarece norma legală se referă la „*situațiile juridice în curs de realizare*” și nu la „*situațiile juridice în curs de constituire, modificare sau stingere*”, efectele cărora se vor produce în viitor, aducă ulterior intrării în vigoare a noii legi. Noțiunea de „*situație juridică*” este una de gen, ce înglobează și contractele, atât cele cu executare imediată, cărora li se aplică legea în vigoare la momentul încheierii, cât și cele cu executare succesivă, în privința cărora legiuitorul dispune expres că legea veche ultraactivează. În aceste condiții, credem că legiuitorul nu poate face referire la toate „*situațiile juridice în curs de realizare*”, fără ca să nesocotească principiul ultraactivității legii vechi în privința *situațiilor juridice contractuale*, stabilit tot de către el. În opinia noastră, aici trebuie făcută analiza deosebită a situațiilor juridice, raportate la momentul intrării în vigoare a legii noi. Astfel, dacă legiuitorul se referă la *situațiile juridice în curs de realizare*, acestea trebuie analizate în felul următor: dacă ele s-au consumat până la momentul intrării în vigoare a legii noi, vor fi guvernate de normele vechi, iar efectele ulterioare, vor fi supuse reglementării noii legi. *Intrarea în vigoare a legii noi*. Astfel, între în măsura în care s-au consumat, vor fi guvernate de legea în vigoare la data constituirii lor, iar efectele viitoare, se vor afla sub imperiul legii în vigoare la data producerii acestora.

¹¹ „Alin.(2) consacră un alt principiu al acțiunii în timp a legii civile – principiul aplicării imediate a legii noi”, Comentariul Codului civil al Republicii Moldova, Vol.I, colectiv de autori, Editura ARC, Chișinău, 2005, p.35.

¹² *Ibidem*, p.36.

¹³ *Ibidem*, p.35.

¹⁴ http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/leg_pl305_09.pdf

¹⁵ I.Reghini, Ș.Diaconescu, P.Vasilescu, *op.cit.*, p.51.

¹⁶ D.C.Dănișor, I.Dogaru, Gh.Dănișor, *op.cit.*, p.355.

¹⁷ Unii autori disting: „a) *teoria clasică*, inspirată din liberalismul secolului trecut, care face distincție între *drepturile câștigate*, cărora li se aplică legea veche, legea nouă fiind exclusă, căci altfel ar retroactiva și, *simplele expectative* cărora se aplică imediat legea nouă și pe care aceasta le poate modifica, deoarece ele nu sunt drepturi constituite deja, ci speranțe pe care vechea lege le dă subiecților; b) *teoria modernă*, care pornește de la conceptul de situație juridică, înțeles ca o stare de drept susceptibilă de modificări, astfel, dacă suntem în cazul unei situații juridice complexe, derulate sub două legi, legea nouă nu poate reveni asupra condițiilor în care aceste situații sunt create și asupra efectelor deja produse (principiul neretroactivității), în schimb legea nouă face aceste situații să producă alte efecte, de la intrarea ei în vigoare, decât se așteptau subiecții potrivit legii vechi (principiul aplicării imediate a legii noi)”, *Ibidem*, p.355-356.

¹⁸ Condițiile de validitate la încheierea unui act juridic, respectiv, a unui contract, sunt guvernate de principiul „*tempus regit actum*”.

¹⁹ „Prin situații juridice se înțelege orice raporturi juridice civile împreună cu actele sau faptele juridice generatoare, modificatoare sau extinctive, precum starea persoanelor, capacitatea lor civilă, regimul bunurilor și altele asemenea”, I.Reghini, Ș.Diaconescu, P.Vasilescu, *op.cit.*, p.45.

²⁰ *Lato sensu*, prin fapt juridic se desemnează atât acțiunile omenești – săvârșite cu sau fără intenția de a produce efecte juridice – cât și evenimentele, faptele naturale. Astfel că, în acest sens „fapt juridic” este sinonim cu „izvor al raportului juridic civil concret”. *Stricto sensu*, prin fapt juridic se desemnează numai faptele omenești săvârșite fără intenția de a produce efecte juridice, efecte care se produc în puterea legii, și faptele naturale, evenimentele.

**AUTONOMIA RĂSPUNDERII ADMINISTRAȚIEI PUBLICE
PENTRU ACTELE SALE**

Ioana PĂSCULEȚ*

Résumé: *L'autonomie de la responsabilité de l'administration pour ses actes. Cette étude se propose de démontrer l'existence d'une responsabilité de l'administration publique pour ses actes, responsabilité autonome par rapport à la responsabilité civile délictuelle.*

Dans la première partie nous avons essayé de définir le concept d'autonomie d'un système juridique, avec la conclusion que cela existe là où un ensemble de règles présente des caractéristiques originales et communes, capables de délimiter une branche distincte au sein du droit. Nous avons analysé ici la relation établie entre la responsabilité civile et celle de l'administration publique, afin d'apporter des précisions plus générales concernant la manière dont le droit civil a servi de fondement à la construction du droit administratif, au moyen des prêts directs et de l'influence, sans que l'autonomie du dernier soit affectée.

Dans la deuxième partie nous avons analysé minutieusement les différences qui existent entre la responsabilité civile et la responsabilité de l'administration publique concernant les conditions générales de leur engagement – action illicite, culpabilité et préjudice - mais aussi concernant les causes qui écartent l'existence de la responsabilité. Une section spéciale a été réservée à la comparaison entre la responsabilité de l'administration pour ses fonctionnaires et la responsabilité civile des commettants pour les préposés.

Les nombreuses caractères spécifiques à la responsabilité de l'administration publique, auxquelles on ajoute le fait que toutes ces caractéristiques sont issues d'une seule idée - celle de la protection de l'intérêt public - nous ont déterminé à conclure que la responsabilité de l'administration pour ses actes est une institution juridique distincte, pleinement autonome par rapport à la responsabilité civile.

Rezumat: *Studiul de față își propune să demonstreze existența unei răspunderi a administrației publice pentru actele pe care le emite, răspundere autonomă față de răspunderea civilă delictuală.*

În prima parte am încercat definirea conceptului de autonomie a unei instituții juridice, concluzionând că aceasta există atunci când un ansamblu de reguli prezintă trăsături originale și comune, permițând conturarea unui corpus de drept distinct de altele. Tot aici am analizat relația dintre răspunderea civilă și cea a administrației publice, pentru ca apoi să aducem unele precizări mai generale despre modalitatea în care dreptul civil a stat la baza construcției dreptului administrativ, pe calea împrumuturilor directe și a influenței, fără ca prin aceasta să fie afectată autonomia celui din urmă.

În a doua parte am trecut la analiza punctuală a diferențelor care există între răspunderea civilă și răspunderea administrației publice în ceea ce privește condițiile generale de angajare a acestora – fapta ilicită, culpa și prejudiciul – dar și referitor la cauzele care înlătură existența răspunderii. O secțiune specială a fost rezervată comparației dintre răspunderea administrației pentru funcționarii săi și răspunderea civilă a comitenților pentru prepuși.

Multiplele trăsături specifice pe care le prezintă răspunderea administrației publice, precum și faptul că toate aceste trăsături au la bază o singură idee – aceea a protejării interesului public – ne-au determinat să concluzionăm că răspunderea administrației pentru actele sale este o instituție juridică distinctă, pe deplin autonomă față de răspunderea civilă.

Mots-clefs: autonomie, responsabilité de l'administration, responsabilité civile délictuelle, act administratif

Cuvinte cheie : autonomie, răspunderea administrației publice, răspundere civilă delictuală, act administrativ

Dacă răspunderea persoanelor private pentru greșelile pe care le săvârșesc este o constantă a gândirii juridice încă timpuri foarte îndepărtate, nu același lucru se poate spune despre răspunderea diverselor entități investite cu putere publică. Epoca modernă nu a admis inițial existența unei asemenea răspunderi, bazându-se pe ideea că suveranitatea statului se impune tuturor și nu se pot cere compensații pentru aceasta¹. Corect, poate, la vremea lui, când rolul statului în viața cetățenilor săi era redus, acest principiu a început însă destul de repede să își dovedească limitele, pe măsură ce puterea etatică pătrundea în din ce în ce mai multe domenii, creând adesea prejudicii importante pentru particulari. Astăzi, ca urmare a unei transformări treptate, s-a ajuns practic la răstrurnarea principiului amintit, iar răspunderea patrimonială a statului și a autorităților publice a devenit cvasi-absolută.

Dar dacă existența răspunderii administrației pentru actele sale este acum un fapt incontestabil, nu la fel de clară este și natura acestei răspunderi. Întrebarea care îi divide în două tabere atât pe doctrinarii de drept administrativ, cât și pe civiliști este următoarea: este ea o răspundere autonomă, de drept administrativ, sau o simplă aplicație particulară a răspunderii civile?

În doctrina română s-a ridicat destul de des această problemă. Dacă în perioada comunistă întrebarea cu privire la natura juridică a răspunderii administrației s-a pus în contextul necesității de a ști care sunt elementele sale², mai recent ea a fost obiectivată într-o discuție privind competența instanțelor de judecată. Astfel, în vreme ce o parte a autorilor susține că – chiar dacă actul administrativ a fost în prealabil anulat – instanța competentă să judece cererea de despăgubiri va fi tot instanța de contencios administrativ, în virtutea specificității răspunderii administrative, o altă parte – considerând că, în lipsa cererii de anulare a unui act administrativ,

nu mai rămâne în discuție decât o simplă răspundere civilă³ - oferă competența instanței de drept comun⁴. Chiar dacă este inutilă din punct de vedere practic în contextul normativ actual, când art. 19 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ⁵ prevede în mod expres faptul că în cazul acțiunii în despăgubiri intentată în situația arătată mai sus competență va rămâne instanța de contencios administrativ, discuția rămâne interesantă din punctul de vedere al decelării naturii juridice a răspunderii administrative.

Tocmai această chestiune este cea pe care ne-am propus să o analizăm în studiul de față. Trebuie să mărturisim, teza de la care pornim este cea a autonomiei răspunderii administrației pentru actele sale, autonomie pe care vom încerca să o demonstrăm plecând de la o analiză comparativă între aceasta și răspunderea civilă. Vom începe prin a prezenta câteva scurte considerații asupra noțiunii de autonomie a unei instituții juridice (I), stabilind apoi specificul răspunderii administrației față de cea a particularilor (II).

Dar, înainte de a începe, se cuvine să facem o precizare terminologică. Am utilizat adesea, în cadrul prezentei lucrări, termenul de răspundere administrativă. Cu toate că unii doctrinari înțeleg prin aceasta sinonimul răspunderii contravenționale, în opinia noastră nu aceasta este veritabila răspundere de drept administrativ. Prin urmare, prin acest termen ne vom referi în continuare la răspunderea patrimonială a administrației, fie că ea se angajează pentru actele sale nelegale, fie pentru faptele ilicite pe care le comite.

I. Autonomie versus identitate

Ne referim foarte des la autonomia unei ramuri de drept sau a unei instituții juridice. Dar ce înseamnă în realitate această autonomie? Până unde trebuie să meargă deosebiri pentru a considera că două ramuri de drept sau două instituții juridice sunt autonome una față de cealaltă? Sau, mai bine spus, din ce moment își câștigă o instituție juridică independența? Pentru a răspunde la această întrebare vom căuta mai întâi să aflăm care este sensul noțiunii de autonomie a unei instituții juridice (1), urmând apoi să aducem o serie de precizări cu privire la relația dintre răspunderea administrației și răspunderea civilă delictuală (2). În final, vom analiza problema preluării în dreptul administrativ a unor reguli din dreptul civil (3).

1. Sensul autonomiei juridice

Autonomia este definită de către *Dicționarul Explicativ al Limbii Române* ca fiind *situație a celui care nu depinde de nimeni, care are deplină libertate în acțiunile sale*⁶. Prin urmare, autonomia este dată de independență. Însă ce poate însemna această independență atunci când încercăm să o transpunem în domeniul noțiunilor?

Simplu spus, un concept este independent față de un altul - și își justifică astfel existența – atâta timp cât cele două nu înseamnă același lucru. În caz contrar, nu va putea fi vorba despre independență, ci despre doi termeni care denumesc unul și același concept. Concluzionând, putem spune că atunci când vorbim despre concepte putem afirma că independența lor provine din **diferențele** ce există între ele; în lipsa acestor diferențe nu s-ar putea vorbi despre independență, ci despre identitate. Pornind de la ideea că noțiunea exprimă esența, deci trăsăturile comune ale obiectelor ce alcătuiesc o clasă⁷, vom conchide că ori de câte ori întâlnim deosebiri de esență vom fi în fața a două noțiuni diferite.

Cele spuse mai sus se aplică și autonomiei instituțiilor juridice care nu sunt, în fond, decât niște noțiuni mai mult sau mai puțin elaborate⁸. Dar dacă am stabilit că pentru autonomie este necesară existența diferenței, ceea ce este mai greu de cuantificat este **nivelul** de diferență care trebuie să existe între două instituții juridice pentru a le califica pe acestea drept autonome. Această problemă, însă, este insolubilă pe calea unei simple cuantificări a deosebirilor între instituția *a* și instituția *b*, pentru simplul motiv că ar fi imposibil să fixăm un număr de la care aceste deosebiri să semnaleze existența unui concept autonom. Ceea ce ne trebuie, cu adevărat, este un al doilea criteriu al autonomiei, care să se cumuleze cu cel al existenței diferențelor la care ne referem.

Cel de al doilea criteriu pe care îl propunem pentru a ne ajuta în decelarea autonomiei unei instituții juridice este cel al **congruenței diferențelor**. Astfel, simplele deosebiri, oricât de multe ar fi, nu pot da un sens real autonomiei câtă vreme rămân detalii disparate, care nu pot avea pretenția de a individualiza o nouă instituție juridică tocmai pentru că le lipsește **liantul**, punctul comun între ele.

Concluzionând, putem afirma și noi – alături de un alt autor – că autonomia juridică apare atunci când un ansamblu de reguli prezintă **trăsături originale și comune**, permițând conturarea unui *corpus* de drept distinct de altele⁹. Înainte de a trece la analiza acestor trăsături în cazul specific al răspunderii administrației pentru actele sale, se impune însă să facem o scurtă analiză a relației generale ce există între aceasta și răspunderea civilă delictuală.

2. "Trădarea" administrativștilor sau despre relația dintre răspunderea civilă și cea administrativă

Vorbind despre gradul de deosebire ce trebuie să existe între două instituții, am stabilit deja că amplitudinea sa este indiferentă, atâta vreme cât deosebirile se leagă între ele, conturând fizionomia unei noi instituții. Cu atât mai mult trebuie să înțelegem că nu putem vorbi despre o diferență totală între cele două răspunderi, de o originalitate perfectă, noțiunea de autonomie nefiind una

absolută. Dacă am face astfel am descoperi că întregul sistem al dreptului pozitiv s-ar reduce la doar câteva instituții juridice – pe deplin deosebite de altele - și, cel mai probabil, la o singură ramură de drept. Prin urmare, deosebirile nu pot exclude existența unor **elemente comune**.

Ne putem întreba care este motivul pentru care întâlnim aceste elemente comune în cazul pe care îl analizăm. Provin ele dintr-un gen numit "răspundere juridică" ce nu există ca atare, manifestându-se doar prin speciile sale (care ar fi răspunderea civilă, răspunderea penală, etc.) sau acest gen este chiar răspunderea civilă, față de care toate celelalte specii de răspundere s-au particularizat?

În primul rând, logica ne obligă să acceptăm că există o așa-numită răspundere juridică generală, răspundere care nu coincide însă cu răspunderea civilă. În caz contrar, dacă am considera că genul proximal al celorlalte răspunderi este reprezentat de răspunderea de drept civil, am fi obligați să găsim toate elementele sale în cadrul primelor. Acest lucru însă nu se întâmplă, acestea din urmă caracterizându-se atât prin existența unor elemente specifice, cât și prin lipsa unor elemente ale răspunderii civile¹⁰. Cu toate acestea răspunderea, privită ca o categorie generală a dreptului, nu lămurește în niciun fel raporturile dintre răspunderea civilă și cea de drept administrativ, chiar dacă este genul comun al amândurora. Și acesta întrucât răspunderea juridică generală de care vorbim nu este decât o generalizare pur teoretică, însă inexistentă în fapt sau în drept.

Pentru a înțelege raporturile dintre cele două instituții vom putea utiliza însă o distincție specifică dreptului: cea între drept comun și drept special. În acest binom care, în ciuda aparențelor, nu este identic cu cel de gen și specie despre care am vorbit mai sus¹¹, putem considera că răspunderea civilă reprezintă dreptul comun, în vreme ce răspunderea administrației reprezintă dreptul special. De altfel, acest fapt este justificat istoric, toate formele moderne de răspundere, inclusiv cea penală, avându-și obârșia în ideea primordială de justiție - și deci de răspundere – privată.

Suntem conștienți că afirmând acest lucru ne plasăm în fața unui aparent paradox: dacă recunoaștem că răspunderea administrativă se trage din răspunderea civilă, unde mai e autonomia pentru care pledăm? Paradoxul este, spuneam, numai aparent: însăși rațiunea de a fi a ideii de drept comun este aceea că, pe baza sa, se nasc instituții de drept speciale, autonome. În lipsa acestora dreptul comun ar fi doar dreptul, pur și simplu. Or, teza pe care vom încerca să o dovedim va fi exact aceasta: la fel cum s-a întâmplat și în cazul altor ramuri de drept – exemplul cel mai semnificativ fiind dreptul penal - răspunderea administrației, pornind de la răspunderea civilă, s-a particularizat puternic pe parcursul secolului al XIX-lea, o dată cu dezvoltarea administrației moderne, pentru ca într-un final să își "trădeze" originile, devenind o instituție autonomă și proclamându-se ca atare.

În același cadru al relației dintre cele două tipuri de răspundere trebuie să ne oprim și asupra unei alte probleme. Este obișnuit să se afirme – pe bună dreptate – că fundamentul răspunderii civile rezidă în principiul reparării integrale a prejudiciului¹². Nu negăm justetea ideii, dar nici nu putem fi de acord cu a cădea în cealaltă extremă, considerând că simpla existență a unui prejudiciu face ca, în toate cazurile, să se vorbească despre o răspundere civilă.

Prejudiciul este **cea mai importantă** condiție a acestei răspunderi, dar nu este și **singura** sa condiție *sine qua non*. Unde nu există faptă ilicită, cauzalitate și, câteodată, chiar culpă – în ciuda declinului acestei noțiuni în prezent – nu există pur și simplu răspundere ci doar, dacă ne este permisă o exprimare mai plastică, ghinionul celui care a suferit o pagubă. Or, dacă această condiție a existenței unui prejudiciu este identică atât în cazul răspunderii civile, cât și în cel al răspunderii administrative, este pripit să considerăm că putem pune imediat semnul egalității între cele două. În realitate trebuie analizat ansamblul condițiilor celor două tipuri de răspundere întrucât – chiar dacă unele dintre ele nu sunt la fel de importante ca altele – fiecare în parte poate avea un rol hotărâtor în determinarea angajării răspunderii respective. Și, mergând în continuare pe același fir logic, diferențele între aceste răspunderi pot exista la nivelul oricărei condiții și nicidecum nu este necesară o diferență care să existe strict în ceea ce privește prejudiciul.

3. Utilizarea dreptului civil în construirea dreptului administrativ

Una dintre provocările la adresa autonomiei dreptului administrativ este reprezentată de **împrumuturile** – câteodată foarte importante – pe care acesta le-a făcut din dreptul privat. Acest lucru ne interesează cu atât mai mult cu cât terenul predilect al acestor împrumuturi, alături de teoria domeniialității publice, a fost tocmai domeniul răspunderii patrimoniale a administrației.

Într-un studiu substanțial, dedicat exclusiv utilizării dreptului civil în crearea dreptului administrativ, un doctrinar observa două metode prin care intervenția civilistă s-a realizat: pe de o parte pe calea **influenței**, într-o manieră indirectă, involuntară, datorată faptului că dreptul administrativ a fost creat într-un mediu juridic impregnat de tradiția civilistă și, pe de altă parte, pe calea **utilizării** propriu-zise, voluntare, împrumutându-se reguli, teorii, concepte din dreptul civil¹³. Traspunând această clasificare în cadrul discuției noastre, vom constata că ambele metode de utilizare a dreptului civil au la bază, finalmente, tot relația drept comun – drept special. Astfel, dreptul special nu se poate naște fără a fi influențat de către ambianța dreptului comun iar, ulterior, lacunele celui dintâi vor fi acoperite tot pe calea utilizării ultimului.

Este, totuși, interferența despre care vorbim de natură să știrbească autonomia dreptului administrativ? S-a considerat că acest lucru nu s-a întâmplat întrucât cel care realizează împrumuturile – fie că vorbim despre legiuitor, fie că vorbim despre cele aduse pe cale pretoriană – rămâne suveran în aprecierea sa¹⁴. Mai mult, s-a spus chiar că aceste împrumuturi sunt ele însele o **expresie a autonomiei**, decizia de a recurge la ele fiind o manifestare a libertății de alegere¹⁵. Nu credem că această argumentație este pe de-a întregul adecvată, ea părând să se refere mai mult la autonomia celor care au realizat împrumuturile, decât la autonomia ramurii de drept ca atare. Se poate obiecta că autonomia acestora este strâns legată de autonomia dreptului administrativ, dar explicația ne pare totuși puțin forțată.

În opinia noastră, cel mai potrivit argument în sensul autonomiei dreptului administrativ rezidă în chiar ideea de împrumut. Căci – dacă nu ar fi fost vorba de două ramuri de drept distincte – utilizarea dreptului civil ar fi venit de la sine, fără necesitatea unei transpuneri. Prin urmare, dacă recunoaștem că dreptul administrativ a împrumutat reguli ale răspunderii civile, recunoaștem implicit că cel dintâi dă dovadă de autonomie. Pe scurt și cu referire la instituția pe care o studiem: dacă afirmăm că răspunderea administrativă e pur și simplu o răspundere civilă, cum ar putea ea împrumuta reguli tot din... răspunderea civilă?

De asemenea, a considera că autonomia unei ramuri de drept presupune ca niciodată în această ramură să nu se aplice reguli provenite dintr-o alta înseamnă a merge prea departe, în căutarea unei originalități perfecte, așa cum arătam mai sus. În acest sens, un mare doctrinar observa că "neaplicarea de principiu a dreptului privat nu înseamnă că dreptul administrativ adoptă cu necesitate, în toate domeniile, reguli funciarmente diferite de cele ale dreptului privat; regula poate fi aceeași și în dreptul privat, și în cel administrativ dacă trebuie satisfăcute aceleași exigențe"¹⁶. Mai mult, se poate spune că dacă legiuitorul a înțeles să edicteze o regulă cu valoare generală, aceasta se impune și instanțelor de contencios administrativ, chiar dacă sediul acelei reguli este în Codul civil¹⁷.

În continuare ne propunem să prezentăm regulile speciale care determină autonomia răspunderii administrative față de cea civilă.

II. Specificul răspunderii administrației pentru actele sale

Ceea ce dorim să demonstrăm în continuarea studiului nostru este, așa cum am spus deja, faptul că trăsăturile ce deosebesc răspunderea juridică de drept administrativ sunt de natură să determine autonomia acestei instituții față de răspunderea de drept civil. Pentru acest lucru vom trata în continuare diferențele ce există între acestea la nivelul condițiilor privind angajarea răspunderii administrației (1)

pentru ca apoi să ne referim la un caz special de răspundere civilă, ce s-ar putea regăsi într-o oarecare măsură în dreptul administrativ, răspunderea comitenților pentru prepușii lor (2). În încheiere, vom încerca să identificăm care este elementul comun ce leagă între ele toate aceste diferențe, particularizând răspunderea administrației pentru actele sale (3).

1. Particularități ale condițiilor angajării răspunderii administrației

Din rațiuni de organizare a studiului nostru, am ales să tratăm, pe rând, condițiile tradiționale ale răspunderii civile delictuale, arătând pentru fiecare în parte specificul pe care acestea îl prezintă atunci când sunt transpuse în dreptul administrativ. Am exclus, însă, una dintre condiții – aceea a legăturii de cauzalitate – întrucât la nivelul acesteia nu există practic nicio deosebire între cele două răspunderi. Pe lângă aceste condiții ne vom opri, pe scurt, și la cauzele care înlătură răspunderea, în scopul de a le evidenția pe cele specifice exclusiv dreptului public.

a) Fapta ilicită

Dorim să începem cu tratarea acestei condiții a răspunderii, întrucât o considerăm a fi cea mai importantă pentru studiul nostru, prin diferențele notabile pe care le comportă noțiunea aceasta în dreptul public față de cel privat.

Fapta ilicită este definită de către doctrina dreptului civil ca fiind "acea conduită a omului prin care se încalcă normele dreptului obiectiv sau regulile de conviețuire socială, săvârșită fără intenția de a produce efecte juridice împotriva autorului său, efecte care totuși se produc în puterea legii"¹⁸. Or, o primă dificultate majoră pe care o putem vedea în încercarea de identificare a răspunderii administrației cu răspunderea civilă rezultă din chiar această definiție. Vom încerca să o expunem sistematic.

Una dintre distincțiile cheie ale dreptului este aceea dintre **act** și **fapt** juridic. Deosebirile dintre aceste două noțiuni pot fi regăsite la nivelul voinței, dar nu, cum s-ar putea afirma pripit, la nivelul voinței de a le săvârși ci la acela al **concordanței între voință și rezultat**. Nu putem spune, de pildă, că cel care a săvârșit o faptă ilicită nu a vrut să facă acest lucru, căci ar însemna să îl absolvim de orice vină, caz în care răspunderea ar mai fi posibilă doar cu titlu excepțional. Este evident, deci, că și actele și faptele sunt, în final, fructul unui proces volițional. Dar, dacă la act doresc ca efectul juridic să se producă, acționând în acest scop, la fapt efectul juridic nu este voit și așteptat – și asta cu atât mai mult în cazul în care ne referim la o faptă ilicită, al cărei principal efect juridic va fi sancțiunea, sub o formă sau alta.

În cazul răspunderii civile¹⁹, existența unui fapt juridic ilicit este, așadar, o primă condiție ce trebuie întrunită pentru ca răspunderea să fie atrasă. În dreptul civil, însă, manifestările de voință pot avea, am spune, o dublă personalitate. Dacă, spre exemplu, un contract este act juridic pentru părțile sale, pentru un terț afectat de el va deveni un simplu fapt juridic, cu toate consecințele ce decurg din acest lucru la nivelul răspunderii. De asemenea, răspunderea pentru un act civil unilateral va fi una delictuală: ceea ce pentru autorul sau părțile sale este act juridic, pentru toate celelalte persoane, care sunt terți, este un fapt. Poate fi însă transpus acest lucru și la nivelul dreptului administrativ?

Autorii care neagă existența unei răspunderi patrimoniale de drept public obișnuiesc să considere actul administrativ nelegal drept o faptă ilicită, ignorând – credem noi – specificul dreptului administrativ. Aici principiul privatist al lui "mă voi obliga dacă voi dori" se schimbă. Însăși existența unui stat modern face necesar ca cetățeanului acestuia să îi fie stabilite o mulțime de obligații, bineînțeles, fără a i se cere în prealabil acordul. Iar unul dintre modurile de a impune obligații, omniprezent în viața de zi cu zi, este chiar actul administrativ, normativ sau individual.

Ne-ar fi foarte ușor, bineînțeles, să concluzionăm că suntem cu toții terți față de mulțimea de acte administrative emisă zilnic, dar acest lucru nu ne-ar folosi, de fapt, la nimic. Dacă un contract sau un act juridic unilateral de drept civil îi obligă pe terți la o simplă "pasivitate respectuoasă"²⁰, un act administrativ le crează acestora obligații mult mai concrete și, adesea, mai oneroase. Or, în aceste condiții, mai putem afirma că pentru ei acesta rămâne un simplu fapt juridic?

În realitate credem că unele categorii cu care se operează în dreptul civil, cum ar fi cea de părți și terți, **nu își pot găsi utilitatea în dreptul public** sau, cel puțin, nu pot fi transpuse ca atare. În ceea ce privește condiția faptei ilicite, răspunderea administrației diferă fundamental de cea a particularilor, căci ea **nu răspunde nici pentru o faptă delictuală și nici pentru una contractuală, ci răspunde pentru o categorie specifică dreptului administrativ – actul administrativ nelegal**. Prin urmare, răspunderea administrativă de care ne ocupăm apare, cu mici excepții, ca fiind condiționată de anularea unui act administrativ sau, cel puțin, de constatarea nelegalității acestuia²¹.

Cu toate acestea, nu trebuie pus semnul de egalitate între ilegalitate și răspundere²². Pot exista acte administrative care sunt nelegale, însă care nu vor putea da loc la despăgubiri, în lipsa întrunirii altor condiții ale răspunderii, cum ar fi prejudiciul²³. O situație specială o întâlnim în ipoteza în care actul este nelegal și a produs un prejudiciu, însă cauza de ilegalitate a actului nu are nicio legătură cu producerea pagubei²⁴. Și, de asemenea, așa cum vom arăta mai jos, pot exista – prin excepție – acte legale care totuși duc la angajarea răspunderii.

Cu toate că regula este ca administrația să își repare greșelile, acoperind prejudiciile cauzate de actele sale, în anumite ipoteze pot exista și acte administrative nelegale, păgubitoare, care însă nu vor da prilejul unei dezdăunări, chiar dacă toate condițiile răspunderii ar fi aparent întrunite. Este exemplul **actelor de guvernământ**. Domeniul lor este destul de dificil de circumscris²⁵, dar putem spune că sunt reprezentate de acte juridice care exced sfera ideii de administrare, chiar dacă emană de la organe administrative, având un pronunțat caracter politic.

În mod tradițional se consideră că legalitatea acestor acte nu poate fi controlată sub nicio formă de către instanța de drept administrativ, puterea administrației în emiterea lor fiind una discreționară²⁶. În concret un asemenea act ar putea consta într-o faptă ilicită în sens larg, producând particularilor un prejudiciu, dar răspunderea nu se va angaja atât timp cât niciun particular nu se poate adresa instanței în acest sens.

O ipoteză specială a răspunderii administrative, neîntâlnită în dreptul privat, este angajarea sa, în anumite cazuri, chiar și pentru prejudiciile provocate de un **act legal**²⁷, așadar în lipsa oricărui echivalent al faptei ilicite din dreptul civil.

O decizie celebră, deschizătoare de drumuri în acest sens, a fost cea dată de către Consiliul de Stat francez în afacerea *Couitéas*²⁸. Speța este deosebit de interesantă întrucât ea își poate găsi corespondentul în numeroase situații actuale din țara noastră, deosebit de mediatizate, privind ocuparea fără drept a unor imobile proprietate privată. Starea de fapt era următoarea: un particular se afla în posesia unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile care stipula expulzarea unor triburi de pe terenurile sale din Tunisia, aflată pe atunci sub suveranitatea Franței. Autoritățile franceze, mai precis Prefectul, au refuzat însă să pună în aplicare această hotărâre, datorită repercusiunilor grave pe care acest lucru le-ar fi avut pentru ordinea publică. Consiliul de Stat a statuat ca refuzul de a pune în aplicare hotărârea cu pricina este un act administrativ legal, ajutând la menținerea ordinii publice, însă partea vătămată va trebui despăgubită deoarece a avut loc o rupere a egalității cetățenilor în fața sarcinilor publice, care trebuie reparată²⁹.

Întâlnim în aceste situații un exemplu clar al prevalenței interesului public, care impune ca actele administrative legale să fie executate, în ciuda faptului că ele pot vătăma un particular, dar și contraponderea acestuia, care constă în repararea pagubei produsă prin vătămarea interesului particular. Tocmai faptul că totul gravitează în jurul noțiunii de **interes public** face ca o asemenea situație de răspundere pentru o faptă licită să fie imposibilă în dreptul civil, căci atâta vreme cât un particular acționează în limitele legii, în propriul său interes, el nu poate fi obligat să repare prejudiciile cauzate prin încălcarea unui alt interes privat, datorită absenței unei fapte ilicite.

În final, dorim să respingem un ultim reproș care s-a făcut susținătorilor autonomiei dreptului administrativ, și anume faptul că "este greșit a se susține că ori de câte ori fapta ilicită constă în încălcarea unei norme aparținând altei ramuri de drept decât dreptul civil, obligația de reparare aparține ramurii din care face parte norma încălcată"³⁰. Suntem pe deplin de acord cu această afirmație, însă sperăm că am reușit, în rândurile de mai sus, să demonstrăm că nu acesta este argumentul pe care ne fundamentăm ideea că fapta ilicită prezintă numeroase particularități în dreptul administrativ față de cel civil, particularități ce nu se referă nici pe departe pur și simplu la apartenența normei de drept încălcate.

b) Culpa

Chiar dacă în ultima jumătate de secol s-a vorbit din ce în ce mai mult despre ipoteze ale răspunderii civile ce nu mai au la bază culpa, se consideră în continuare că regula răspunderii civile este ca ea să fie subiectivă, pentru culpă³¹, ceea ce nu exclude însă anumite ipoteze în care ea devine obiectivă, fundamentată pe ideea de garanție sau pe cea de risc³².

În dreptul nostru administrativ, pe de altă parte, a existat o suită de controverse doctrinare cu privire la această chestiune, controverse născute în principal în perioada comunistă, sub imperiul reglementării contenciosului administrativ de către Legea nr. 1/1967. Cu toate că discuțiile respective s-au purtat în contextul unui cadru juridic diferit, ele își păstrează și astăzi actualitatea, reglementarea actuală fiind similară în ceea ce privește această chestiune cu prevederile Legii nr. 1/1967.

Astfel, dacă unii autori au susținut că este necesar ca victima unui act nelegal să facă proba culpei autorităților în emiterea acestuia, întrucât răspunderea administrativă nu este, în realitate, decât o răspundere civilă, aplicându-i-se regulile acesteia inclusiv cu privire la necesitatea culpei³³, alții au considerat că răspunderea instituită prin vechea reglementare este una autonomă față de cea civilă, în care nu există condiția existenței unei culpe³⁴. Există astăzi și autori care susțin că răspunderea pentru acte administrative nelegale este una civilă, dar obiectivă, întemeiată pe ideea de garanție³⁵.

Opinia pe care o împărtășim este cea expusă de profesorul Tudor Drăganu, însă cu anumite rezerve. Astfel, dacă suntem de acord că răspunderea administrativă este autonomă și că particularul vătămat nu este ținut să facă, în instanță, dovada vreunei culpe, nu suntem la fel de convinși că această condiție este pur și simplu inexistentă în cadrul acestei răspunderi. Pe scurt, culpa nu lipsește, ea este pur și simplu **prezumată** de lege. Prezumție ce capătă un caracter aproape absolut: căci cum poate administrația, în concret, să dovedească faptul că nu a fost în culpă emițând un act administrativ nelegal decât invocând propria necunoaștere a legii, lucru de neimaginat! Prin urmare, credem și noi că – așa cum s-a mai arătat³⁶ – o decizie nelegală este chiar prin aceasta și culpabilă, **comiterea unei ilegalități constituind întotdeauna o culpă**³⁷.

O excepție de la faptul că ilegalitatea este întotdeauna sinonimă culpei, precum și un argument în sprijinul ideii că răspunderea administrației nu este una obiectivă, atrasă automat de existența unui act nelegal, îl constituie și ipoteza în care particularul a contribuit prin manevre frauduloase – cum ar fi oferirea de date false autorităților – la emiterea actului nelegal. În ipoteza în care acest act vatămă pe cineva el va fi, bineînțeles, anulat ca nelegal însă, credem, administrația nu va putea fi obligată la despăgubiri, ea nefiind culpabilă pentru această nelegalitate³⁸.

În sprijinul ideii de necesitate a unei culpe din partea administrației, credem că vine și **teoria circumstanțelor excepționale**. Astfel, se consideră că un anumit act administrativ, care ar fi ilegal în mod normal, este permis în anumite circumstanțe excepționale, deoarece el este necesar pentru a asigura ordinea publică și funcționarea serviciilor publice³⁹. Această teorie, elaborată în Franța în timpul Primului Război Mondial, este considerată de către doctrină a nu fi o simplă aplicare a ideii generale de stare de necesitate, ci de a își avea originile în scopurile generale ale administrației publice, tocmai acelea de a asigura satisfacerea interesului public⁴⁰. Situația circumstanțelor excepționale nu este nicidecum sinonimă cu forța majoră.

S-ar putea afirma pe drept cuvânt că pe această cale se exonerează administrația de răspundere pur și simplu pentru că ea **încetează să mai fie în culpă** pentru măsurile generale pe care le ia. Situația este oarecum similară cu cea a răspunderii pentru acte administrative legale, din punctul de vedere al faptului că urmărește satisfacerea interesului public pe care anumite stări de fapt excepționale sunt de natură să îl amenințe. Dar, spre deosebire de primul caz, în care actul este legal prin simplul fapt că este emis în interes public, în cazul circumstanțelor excepționale actul este și rămâne unul nelegal⁴¹.

Și totuși, un asemenea act emis în contextul unor circumstanțe excepționale, nu va putea da loc niciunei despăgubiri? Doctrina consideră că acest lucru va fi posibil doar dacă sunt întrunite condițiile angajării unei răspunderi obiective a administrației, cum ar fi cazul în care acțiunea administrației a generat un risc excepțional⁴². Această precizare nu poate decât să susțină concluzia noastră: angajarea răspunderii subiective a administrației, răspundere de drept comun care presupune o culpă în emiterea actului, nemaifiind posibilă, singura cale pe care particularul mai poate obține despăgubiri este întrunirea condițiilor necesare pentru a se asigura o răspundere de excepție, adică una ce nu presupune culpa.

O altă deosebire față de situația din dreptul civil, unde se admite că **gravitatea culpei** nu are relevanță în ceea ce privește angajarea răspunderii, o reprezintă faptul că în dreptul administrativ există situații în care angajarea răspunderii administrației se va face doar în cazul în care culpa este suficient de gravă⁴³.

Este cazul anumitor servicii publice care se desfășoară în condiții mai dificile, cum ar fi poliția, serviciile penitenciare, dar și al răspunderii ce decurge din controlul administrativ de tutelă. Explicația existenței acestei condiții constă în faptul că este riscant să acceptăm cerința unei culpe simple în activitățile ce comportă o dificultate crescută. Cum poți fi sigur că acel comportament chiar a fost culpabil, ținând cont de greutățile întâmpinate? A accepta o culpă gravă înseamnă să reții culpa a cărei existență e sigură⁴⁴. Lipsa cerinței unei culpe grave ar ajunge, în final, să prejudicieze interesul public, deoarece administrația ar avea reținerea de a acționa în acele situații care ar putea foarte ușor prilejui o greșeală.

Chiar dacă atăzi această condiție a culpei grave tinde să se restrângă din ce în ce mai mult considerăm, pe de o parte, că ea nu va dispărea niciodată în totalitate și, pe de altă parte, că ea reprezintă o dovadă a evoluției răspunderii administrative, evoluție ce s-a desfășurat în paralel și diferit de cea a răspunderii civile.

Cu toate că, am arătat deja, culpa este un element necesar al răspunderii administrației pentru actele sale, în paralel cu această răspundere subiectivă putem găsi și o **răspundere administrativă obiectivă**, pentru *risc*⁴⁵.

Doctrina franceză consideră că ipotezele principale ale acestei răspunderi sunt următoarele: pagubele cauzate de lucrările publice, accidentele suferite de colaboratorii administrației (angajați sau benevoli), pagubele cauzate de un risc excepțional creat de către administrație publică sau cazul în care această răspundere apare ca o contrapondere a prerogativelor exorbitante ale administrației (spre exemplu, prejudicii cauzate de vaccinările obligatorii, impuse unilateral de către puterea publică)⁴⁶. S-a spus că această teorie reprezintă principala originalitate a răspunderii administrației, raportată la dreptul civil⁴⁷.

Teoria riscului administrativ s-a născut în secolul al XIX-lea, cu prilejul celebrei afaceri *Cames*⁴⁸, instanța administrativă statuând că "și dacă statul nu este legat de textele dreptului civil și de interpretarea care le este dată de către tribunalele judiciare, aparține judecătorului administrativ examinarea directă, după luminile sale proprii, după conștiința sa și conform principiului echității, a drepturilor și obligațiilor reciproce ale statului și ale lucrătorilor săi în executarea serviciilor publice". Tocmai această echitate este cea care va fundamenta, dincolo de orice culpă, răspunderea obiectivă a administrației în anumite ipoteze. Interesant de observat este că, doar la un an după tranșarea afacerii *Cames*, Curtea de Casație franceză a introdus principiul răspunderii obiective pentru lucruri, "inaugurând" teoria riscului civil, ceea ce constituie o dovadă clară a faptului că riscul administrativ nu este un împrumut din dreptul civil⁴⁹.

Răspunderea pentru riscul administrativ are la bază ideea de **serviciu public care creează un risc special**. Spre exemplu, în cazul minorilor delincvenți, educați prin metode speciale ce presupuneau o semi-libertate, statul a fost condamnat să răspundă

chiar dacă acei minori erau dați în grija unei alte persoane, datorită faptului că această educare poate fi considerată un serviciu public⁵⁰. Acest fapt dovedește încă o dată că răspunderea pentru risc din dreptul administrativ nu e totuna cu răspunderea pentru fapta altuia din dreptul civil.

Cu toate acestea au existat voci care au încercat să se folosească de răspunderea pentru lucruri, bazată la rândul său pe risc, ca să demonstreze că teoria riscului administrativ nu are nimic original. Însă, așa cum s-a observat, a spune asta înseamnă nici mai mult nici mai puțin decât a afirma că funcționarii publici sunt "lucrurile" administrației⁵¹.

O autoare observa în mod justificat că, spre deosebire de răspunderea de drept civil, răspunderea administrației publice nu are un fundament politic, moral sau religios; fapta culpabilă nu este un "păcat", fiind vorba de o garanție socială, adică strict de o răspundere-reparație și nu de o răspundere-sanctiune⁵². Același lucru se poate aplica și în cazul celor două tipuri de risc. Dacă în cazul riscului civil, cu toată obiectivitatea pe care această noțiune o pretine, la baza răspunderii se află tot "vina" cuiva – chiar dacă aceasta nu se poate analiza în termenii clasici ai culpei – la baza riscului administrativ se află în final nu o vină, ci raportul între interesul public care trebuie satisfăcut – și pentru satisfacerea căruia administrației nu i se poate reproșa nimic – și interesul privat care nu poate fi ignorat⁵³.

O a doua ipoteză a răspunderii obiective de drept administrativ este cea fundamentată pe ***egalitatea în fața sarcinilor publice***. Nu ne vom mai opri încă o dată asupra ei, întrucât am oferit câteva detalii asupra acestei răspunderi atunci când ne-am referit la actele administrative legale ce pot cauza prejudiciu⁵⁴.

Concluzionând cele spuse până acum, cu toată necesitatea existenței, în principiu, a unei culpe a administrației, se poate observa că, istoric vorbind, echitatea, și nu culpa, apare cel mai devreme la baza acestei răspunderi⁵⁵. Asistăm, am putea spune, la o evoluție inversă față de cea din dreptul civil, de la o răspundere obiectivă la una cvasi-subiectivă, bazată pe un melanj între culpă și echitate.

c) Prejudiciul

Prejudiciul este în general definit în doctrina de drept civil ca reprezentând rezultatele dăunătoare, de natură patrimonială sau nepatrimonială, efecte ale încălcării drepturilor subiective și interesele legitime ale unei persoane⁵⁶. Dacă, în dreptul privat, îndeplinite fiind și celelalte condiții ale angajării răspunderii civile, orice prejudiciu va da dreptul la despăgubire, în dreptul public vor exista din nou o serie de limitări.

Am văzut mai sus că administrația poate răspunde nu numai pentru actele sale nelegale, ci chiar și pentru cele legale⁵⁷. Însă existența sau inexistența unei obligații de răspundere în aceste din urmă cazuri va fi dată tocmai de caracterul prejudiciului, care trebuie să fie, în același timp, **special și anormal**. Specialitatea prejudiciului înseamnă că el a fost provocat numai unor anumite persoane, în număr relativ redus. Un așa-zis prejudiciu care ar fi provocat tuturor sau unor categorii întregi de persoane, determinată printr-un criteriu obiectiv, ar constitui în realitate o sarcină publică, egală pentru toți și care nu poate da naștere la despăgubiri⁵⁸. Anormalitatea sa se referă la faptul că trebuie să existe, în această ipoteză, un prejudiciu ieșit din comun, suficient de grav încât să dea locul angajării acestei răspunderi, care rămâne totuși o formă excepțională.

Tot în legătură cu prejudiciile provocate prin acte administrative legale mai poate fi spus și că – chiar dacă principiul este, în general, cel a reparării integrale a prejudiciului, la fel ca în dreptul privat – în aceste cazuri va putea fi reparată doar acea parte din prejudiciu care are, în concret, un caracter special și anormal⁵⁹.

d) Cauzele care înlătură răspunderea administrației

Un alt specific al răspunderii de drept public vom găsi la nivelul **cauzelor care înlătură răspunderea**. Dacă, în principiu, ele rămân aceleași ca în dreptul privat, adică forța majoră, fapta victimei și fapta unui terț, dreptul administrativ va particulariza anumite elemente.

În primul rând, **noțiunea de faptă a victimei este extinsă**. Ea nu va înlătura răspunderea administrației doar când are valoare de forță majoră – ca în dreptul civil, ci și în alte trei situații specifice, cunoscute în doctrina franceză sub numele de excepția de nelegitimătate, excepția riscului acceptat și excepția de precaritate⁶⁰. Toate aceste excepții pleacă de la situația particulară în care s-a aflat victima, situație care a contribuit la producerea prejudiciului.

În cazul **excepției de nelegitimătate**, victima se găsește într-o situație nelegitimă, datorată neregularității acesteia. Este cazul, spre exemplu, al situației ocupanților neregulamentari ai domeniului public, care vor putea fi expulzați și nu vor fi despăgubiți pentru acest lucru, chiar dacă actul de expulzare este nelegal din anumite puncte de vedere.

A doua excepție referitoare la situația victimei este cea a **riscului acceptat**: victima se află într-o împrejurare căreia i s-a expus cunoscându-i riscurile. Spre exemplu, un grup de indivizi prinși într-o avalanșă nu vor putea cere despăgubiri de la autoritățile publice care aveau sarcina de a face lucrări pentru evitarea avalanșelor, atâ timp cât aceștia cunoșteau riscul și i s-au expus de bună voie.

Excepția de precaritate nu mai are legătură cu fapta victimei, ci se referă la încălcarea unei categorii de drepturi specifică dreptului administrativ. Este vorba de drepturile precare, acele drepturi care – spre deosebire de drepturile dobândite – rămân întotdeauna mai mult sau mai puțin la discreția administrației, care poate determina stingerea lor atunci când interesul public o cere, fără ca acest lucru să dea naștere la despăgubiri. Sunt prin excelență precare drepturile asupra domeniului public, precum și drepturile celor numiți în funcție pe criterii politice. Astfel, spre exemplu, un ocupant temporar al domeniului public poate avea obligația de a-și muta instalațiile pentru a permite realizarea unor lucrări publice, însă pierderile pe care el le suferă nu vor fi acoperite de către administrație. Practic, în acest caz ceea ce se înlătură nu este răspunderea administrației pentru culpa sa, ci ipotezele în care aceasta ar putea răspunde pentru un act legal ce a creat un prejudiciu anormal și special.

Concluzionând, dacă în dreptul civil cauzele străine înlătură răspunderea doar în ipoteza în care acestea au valoare de forță majoră, fiind capabile astfel să mineze legătura de cauzalitate, răspunderea administrativă poate fi înlăturată și atunci când legătura de cauzalitate persistă.

2. Răspunderea administrației pentru funcționarii săi – o răspundere a comitentului pentru prepus?

Vom trata aici singura formă a răspunderii civile ce s-ar putea regăsi, într-o oarecare măsură, și în dreptul administrativ, excluzând, bineînțeles, răspunderea pentru fapta proprie pe care am analizat-o până în acest moment. Este vorba despre răspunderea comitenților pentru prepușii lor, similară – chiar identică, afirmă unii autori – cu răspunderea administrației pentru funcționarul vinovat de emiterea actului ilegal⁶¹.

În realitate, considerăm că cele două tipuri de răspundere au puține lucruri în comun, dreptul administrativ – în principal prin teoria faptei detașabile și a faptei de serviciu – depărtându-se mult de concepție civilistă. Vom analiza, în continuare, principalul element de diferență existent între cele două răspunderi, care se referă la condiția comiterii faptei ilicite în timpul exercitării funcției de către comitent sau funcționarul public, dar și anumite particularități existente la nivelul raportului între unii funcționari și administrație, particularități ce îl deosebesc de un raport de prepușenie veritabil.

Dacă în dreptul civil la baza acestei răspunderi se află faptul că cel care comandă, chiar și în lipsa cunoștințelor tehnice necesare, trebuie să fie responsabil – răspunderea având la bază ideea de garanție⁶², în dreptul administrativ găsim aceeași idee de risc administrativ de care am vorbit și mai sus.

Situațiile care au dus la crearea răspunderii comitenților pentru prepuși în dreptul civil nu puteau să nu apară – mai devreme sau mai târziu - și în dreptul administrativ. Veritabilele armate de funcționari folosite în administrație au ridicat destul de repede problema răspunderii pentru actele ilegale și vătămătoare pe care ei le emit.

Întrebarea dacă cel care trebuie să răspundă într-o situație sau alta este administrația sau funcționarul său a dus la crearea, în special în jurisprudența și doctrina franceză, a **teoriei faptei detașabile de funcția publică**. Redusă la esență, teoria faptei detașabile poate fi prezentată în felul următor: ori de câte ori vinovat pentru producerea prejudiciului este funcționarul care a comis o faptă detașabilă de funcția publică, lipsită deci de legătură cu această funcție, el va răspunde personal față de victima prejudiciului. Din contră, ori de câte ori fapta funcționarului este o faptă de serviciu, aflată în strânsă legătură cu funcția sa, administrația va fi cea răspunzătoare. Citând o definiție deja clasică a lui Laférierre, putem spune că există o **faptă de serviciu** „când actul prejudiciabil este impersonal, dacă relevă un administrator mai mult sau mai puțin supus greșelii”. **Fapta detașabilă** de serviciu apare atunci când prin ea transpare „omul cu slăbiciunile sale, cu pasiunile sale, cu imprudențele sale”⁶³.

Imediat după nașterea teoriei s-au observat, însă, insuficiențele de ordin practic pe care ea le prezenta. Rareori, în cazul unei fapte detașabile de funcția sa, funcționarul ar fi suficient de solvabil încât să asigure o reparație integrală pentru prejudiciul cauzat. Invers, administrația nu poate fi decât mereu solvabilă, garantând victimei o acoperire efectivă a prejudiciului. Aceste constatări, împreună cu dorința de a proteja cât mai bine victima unui act administrativ nelegal, au dus practic la o **„dublare” a conceptului de faptă detașabilă**, putându-se vorbi de o faptă detașabilă din punctul de vedere al victimei, dar și de o faptă detașabilă din punctul de vedere al administrației publice, atunci când ar intenționa să se întoarcă împotriva funcționarului vinovat cu o acțiune în regres.

Privind din punctul de vedere al **victimei**, grija de a-i asigura acesteia repararea integrală a prejudiciului – garantată de solvabilitatea practic nelimitată a administrației – a dus la o minimalizare extraordinară a ideii de faptă detașabilă: practic, singura astfel de faptă pe care ne-o mai putem imagina apare atunci când funcționarul creează un prejudiciu **lipsit de orice legătură** cu funcția sa⁶⁴. Prin urmare, nu se mai pune în acest caz problema discuțiilor din doctrina de drept civil, cu privire la cât de mult se poate abate prepusul de la funcție⁶⁵: în orice situație în care un funcționar public cauzează un prejudiciu aflat într-o legătură, chiar destul de vagă, cu funcția îndeplinită, victima va alege să acționeze în instanță administrația pentru a i se asigura o reparație integrală.

Din punctul de vedere al **administrației**, însă, după repararea prejudiciului cauzat victimei se va pune problema unei eventuale **acțiuni în regres** împotriva funcționarului vinovat. Aici va interveni o nouă relevanță a faptei detașabile, care nu mai este apreciată la fel de strict ca atunci când în cauză se puneau interesele victimei.

Se face practic distincția între trei tipuri de asemenea fapte detașabile⁶⁶:

1) Primul tip sunt **faptele comise în exercițiul funcției, dar care se detașează de aceasta datorită gravității lor**, ce relevă comportamentul „personalizat” al unui om. Este cazul situațiilor în care funcționarul a fost animat de preocupări personale, în care s-a făcut vinovat de un anumit exces în comportament ce nu pot fi motivate de funcția sa sau în care a săvârșit fapte de o gravitate excepțională. Poate fi cazul, spre exemplu, al unui funcționar public care – aflat în timpul serviciului – rănește o persoană care dorea să îi solicite ceva.

2) Al doilea tip este fapta **comisă în afara exercițiului funcției dar păstrând o anumită legătură cu aceasta**. Este vorba de faptele comise cu prilejul prestării unui serviciu, dar și a celor comise în afara serviciului dar cu mijloace puse la dispoziție funcționarului de către administrație. Un exemplu ar fi fapta polițistului care, aflat în afara orelor de lucru, ucide din greșeală pe cineva cu arma din dotare.

3) În sfârșit, cel de-al treilea tip este reprezentată de **fapta pur personală**, deci detașabilă, care nu are nicio legătură cu serviciul cum ar fi, spre exemplu, cazul unui funcționar public care accidentează pe cineva cu mașina personală, în afara orelor de serviciu.

În ultima dintre aceste ipoteze fapta detașabilă este aceeași și din perspectiva victimei, și din a administrației, nepunându-se problema unei acțiuni în regres întrucât – datorită chiar acestui fapt – administrația nu a plătit nimănui nimic. În primele două cazuri, însă, apare cea ambivalentă a faptei detașabile de care vorbeam. Din punctul de vedere al victimei, ele vor reprezenta simple fapte de serviciu, pentru care administrația trebuie să răspundă patrimonial. Din punctul de vedere al administrației, însă, ele rămân fapte detașabile care îi permit, după ce îl va despăgubi pe particular, să se subroge în dreptul acestuia, întorcându-se împotriva funcționarului vinovat pentru a recupera suma plătită.

În fine, o faptă care nu se înscrie în niciuna din ipotezele de mai sus va fi considerată o **faptă de serviciu**. Chiar dacă această noțiune poate fi întâlnită și în dreptul civil, aplicabilă atunci când greșeala prepusului a fost determinată strict din vina ”serviciului” organizat de comitent, din nou vom observa o diferență în dreptul administrativ, constând în calificarea mult mai facilă a unei fapte ca fiind de serviciu. Această afirmație poate părea paradoxală căci, în fond, interesul public ar consta mai degrabă în folosirea banilor în cu totul alte scopuri decât acoperirea greșelilor unui funcționar sau al altuia. Dar, cum în mod corect s-a remarcat în doctrina noastră mai veche, ”funcționarii fiind obligați la o diligență prea mare, vor avea

teamă de a îndeplini cu celeritate necesitățile serviciului⁶⁷. Sarcinile pe care trebuie să le îndeplinească administrația sunt cel mai adesea mult mai dificile decât sarcinile oricărei întreprinderi particulare. Or, în aceste condiții, a cere funcționarilor o maximă diligență chiar și în condiții foarte grele ar însemna, pe de o parte, să încurajezi pasivitatea lor – căci e mai greu să greșești atunci când te abții, și, pe de altă parte, să descurajezi pe oricine ar dori să lucreze într-un asemenea cadru ce poate deveni foarte riscant pentru patrimoniul său. Oricare dintre aceste consecințe ar prejudicia mai tare interesul public decât obligația administrației de a oferi despăgubiri pentru faptele funcționarilor săi.

Clasificarea de mai sus nu exclude situația în care prejudiciul ar decurge din împletirea unei fapte detașabile cu o faptă de serviciu, caz în care răspunderea va fi solidară, realizându-se o partajare a acesteia între funcționar și administrație⁶⁸.

Poate fi aplicată această teorie a faptei detașabile și în dreptul românesc? Credem că da, acest lucru reieșind chiar din principala reglementare care se referă la tragerea la răspundere a unui funcționar vinovat de emiterea unui act administrativ nelegal pe care o găsim în art. 16 al Legii contenciosului administrativ, care prevede că *cererile în justiție prevăzute de prezenta lege pot fi formulate și personal împotriva persoanei care a contribuit la elaborarea, emiterea sau încheierea actului ori, după caz, care se face vinovată de refuzul de a soluționa cererea referitoare la un drept subiectiv sau interes legitim, dacă se solicită plata unor despăgubiri pentru prejudiciul cauzat ori pentru întârziere. În cazul în care acțiunea se admite, persoana respectivă poate fi obligată la plata despăgubirilor, solidar cu autoritatea pârâtă.*

Credem că ipoteza reglementată de dreptul nostru exclude, din prima, situația în care funcționarul s-ar face vinovat de o faptă complet detașabilă de funcția sa. În această situație victima nu ar putea în niciun caz să cheme persoana respectivă în fața unei instanțe de contencios administrativ, alături de autoritatea pârâtă, rămânându-i doar posibilitatea de a acționa împotriva acesteia pe cale civilă.

De asemenea, trebuie excluse din sfera acestui articol și acele greșeli care constituie strict fapte de serviciu ale funcționarului. Și aceasta întrucât, în acest caz, nu s-ar putea pune problema de a exista o persoană vinovată deoarece, prin ipoteză, "vina" este strict a serviciului.

Ne rămâne deci să concluzionăm că art. 16 al Legii nr. 554/2004 se va aplica acelor fapte care sunt detașabile din perspectiva administrației, dar nu și din perspectiva victimei. Același lucru reiese și din precizarea textului legal, care spune că funcționarul va fi ținut să despăgubească victima solidar cu autoritatea administrativă⁶⁹. Prin urmare, ne aflăm în ipoteza clasică în care administrația va acoperi complet prejudiciul suferit de victimă, urmând ca apoi să se întoarcă cu o acțiune în regres împotriva funcționarului vinovat. De altfel, credem că administrația își păstrează această posibilitate și atunci când victima nu a chemat în judecată funcționarul vinovat, ci numai autoritatea administrativă.

Concluzionând, credem că, în chiar esența lor, construcția civilistă de răspundere pentru fapta altuia cu distincția dintre faptă personală și faptă de serviciu sunt profund diferite. Dacă prima are la bază ideea de protecție a victimei, a doua o are la bază pe cea de protecție atât a victimei, cât și a agentului public⁷⁰. Mai mult, acolo unde dreptul civil a încercat să justifice că un individ poate răspunde pentru fapta altuia, dreptul administrativ a construit o răspundere pentru o faptă personală de tip special, fondată pe ideea că o persoană juridică poate fi considerată autorul direct al unei culpe anonime⁷¹.

O altă dificultate legată de transpunerea răspunderii comitentului pentru prepuși în dreptul privat este aceea că **legătura de prepușenie** din dreptul administrativ nu îndeplinește, în unele cazuri, cerințele dreptului civil.

Tradițional, în cazul mandatului de drept privat nu se acceptă ideea că mandatarul ar fi prepusul mandantului⁷². Cu atât mai mult nu vom putea considera că acele autorități alese, care exercită un mandat de drept public, ar putea fi tratate ca fiind pur și simplu niște prepuși ai unității administrativ teritoriale sau ai statului. Ele sunt mai aproape de niște organe ale persoanei juridice de drept public, organe care îi formează voința și pentru ale căror acte unitatea administrativ-teritorială sau statul, după caz, va răspunde ca fiind actele sale proprii. Această observație este cu atât mai întemeiată cu cât discutăm despre o răspundere pentru actele administrative, acte emise – preponderent – tocmai de aceste organe alese.

3. În loc de concluzie: convergența deosebirilor

Așa cum arătam în prima parte a studiului nostru, simplele deosebiri dintre două instituții juridice se pot dovedi insuficiente în a califica autonomia uneia dintre ele, în lipsa unei convergențe ce trebuie să existe între aceste deosebiri. Până acum ne-am mulțumit să arătăm, punctual, diferențele pe care răspunderea administrativă le prezintă față de cea civilă. Ne mai rămâne, așadar, să dăm sens acestora, stabilind care este liantul lor care le permite să înființeze o instituție juridică nouă.

Credem că acest liant poate fi regăsit în însuși conceptul de bază în jurul căruia s-a construit ramura dreptului administrativ, acela de **interes public**. Și aceasta întrucât, așa cum s-a observat, "cercetarea oricărei instituții, înțeleasă ca ansamblu de norme cu obiect unic sau complex de reglementare, trebuie să pornească de la ceea ce reglementează întreaga ramură de drept"⁷³.

Astfel, dacă privim panoramic toate deosebirile pe care le-am analizat până acum vom observa că sunt, până la ultima, justificate de principiul prevalenței interesului public, împreună cu corolarul său – indemnizarea prejudiciilor cauzate prin încălcarea intereselor private.

Una dintre consecințele cele mai importante ale interesului public, care particularizează, credem noi, raportul obligațional ce se naște în urma unui act administrativ nelegal vătămător, este inegalitatea părților acestui raport care rezultă din însuși faptul că una dintre ele nu acționează în interesul său propriu, ci în interesul tuturor. Este vorba de o inegalitate pe care dreptul civil, construit special pentru a regla raporturile între particulari aflați pe poziții juridice de egalitate, nu o poate "prelucra" prin mecanismele sale specifice.

Așa cum s-a observat, "din momentul în care se trece la raporturile de drept public, adică la cele care leagă individul de autoritatea publică, întreaga situație se modifică, deoarece aceasta din urmă nu se prezintă și nu operează ca un simplu particular, ci este investită, cel mai adesea, cu acel *imperium* care o caracterizează și o distinge de individ"⁷⁴. Or, în acest caz, se impune ca regulile ce guvernează materia răspunderii acesteia să fie adaptate situației, nefiind suficientă o simplă analogie cu dreptul civil.

Tocmai din cele arătate mai sus se poate deduce și faptul că nu ori de câte ori administrația va fi cea care produce un prejudiciu, răspunderea antrenată va fi una de natură administrativă. Se știe că o persoană juridică de drept public este ambivalentă: ea poate acționa utilizându-și prerogativele de putere publică dar, de asemenea, poate alege să nu se folosească de acestea, acționând ca o persoană de drept privat. Este cazul ipotezelor în care administrația desfășoară acte de gestiune privată care, așa cum s-a spus, se deosebesc de actele de gestiune publică întrucât acea persoană "nu invocă beneficiile sale de persoană publică și se plasează voluntar în condiția unui particular. Actele sale, chiar dacă interesează comunitatea, împrumută forma gestiunii private și se mențin exclusiv pe terenul raporturilor de la particular la particular, în condiția dreptului privat"⁷⁵. Or, în acest caz, răspunderea angajată de eventualele acte prejudiciabile pentru particulari va fi cea de drept comun, și nu răspunderea administrativă. Însă, trebuie subliniat că a afirma că administrația publică este supusă în parte dreptului privat e una, iar a spune că dreptul administrativ e identic cu dreptul privat este alta⁷⁶.

Concluzionând cele spuse până acum considerăm, alături de alți doctrinari⁷⁷, că autonomia răspunderii administrației constă în faptul că are **reguli speciale referitoare la chestiuni esențiale** și care prezintă un **înalt grad de originalitate**, reguli ce **converg** spre constituirea unei noi instituții juridice.

* Cadru didactic asociat la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca și auditor de justiție la Institutul Național al Magistraturii; e-mail: ioanapasculet@gmail.com.

¹ René Chapus: *Droit administratif général*, ed. Montchrestien, Paris, 2000, vol. I, pg. 1177

- ² Este vorba de o celebră dispută doctrinară petrecută imediat după apariția Legii nr. 1/1967 care, după aproape 20 de ani, readucea în actualitate verificarea legalității actelor administrative, prin reintroducerea unui sistem de contencios administrativ. Pentru detalii, a se vedea . M. Lepădătescu: "Natura juridică a răspunderii patrimoniale a organelor administrației de stat pentru pagubele pricinuite prin actele lor ilegale" în *Analele Universității din București*, seria științe sociale, științe juridice, nr. 1/1968, pp. 10-11; Gh. Tarhon: "Culpa – element necesar al răspunderii patrimoniale a organelor administrației de stat, conform Legii nr. 1/1967" în *Revista Română de Drept*, nr. 12/1968, pp. 73-82; Tudor Drăganu: "Natura răspunderii patrimoniale a organelor administrației de stat potrivit Legii nr. 1/1967" în *Revista Română de Drept*, nr. 7/1973, pp. 48-59.
- ³ De altfel, această concepție este comună și dreptului anglo-saxon. Acolo se consideră că dreptul administrativ practic nu există, regulile sale fiind doar derogări de la dreptul comun, aplicabil în principiu statului ca și altor particulari (André de Laubadère: *Traité de droit administratif*, ed. LGDJ, Paris, 1973, vol. I, pg. 34).
- ⁴ Liviu Pop: "Unele aspecte în legătură cu răspunderea pentru prejudiciile cauzate prin acte administrative ilegale" în *Dreptul*, nr. 7/2000, pp. 30-35; Ion Deleanu: *Tratat de procedură civilă*, ed. C.H. Beck, București, 2007, vol. II, pg. 396.
- ⁵ Publicată în *M. Of.* nr. 1154 din 2004.
- ⁶ A se vedea în acest sens *Dicționarul explicativ al limbii române*, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic, București, 1998.
- ⁷ Petre Botezatu: *Introducere în logică*, ed. Polirom, Iași, 1997, pg. 120
- ⁸ Noțiunea poate fi definită ca reprezentând sinteza cunoștințelor referitoare la un obiect determinat. A se vedea în acest sens Petre Botezatu, *op. cit.*, pg. 118.
- ⁹ Benoît Plessix: *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, ed. Panthéon-Assas, Paris, 2003, pg. 689
- ¹⁰ Dacă luăm cazul răspunderii penale vom vedea că ea are elemente specifice ce o deosebesc de răspunderea civilă (de exemplu, cerința ca fapta ilicită să fie prevăzută de legea penală pentru ca răspunderea să fie antrenată), dar, de asemenea, că îi lipsesc unele elemente ale răspunderii civile (spre exemplu, necesitatea existenței unui prejudiciu, cu excepția anumitor cazuri prevăzute ca atare de legea penală).
- ¹¹ Astfel, în acest caz – spre deosebire de specia care trebuie să păstreze toate elementele genului – dreptul special nu mai păstrează toate caracteristicile dreptului comun, putând deroga de la ele.
- ¹² A se vedea, de exemplu, Liviu Pop, *loc. cit.*, pg. 32
- ¹³ Benoît Plessix, *op. cit.*, pp. 47-48
- ¹⁴ André de Laubadère, *op. cit.*, pg. 36
- ¹⁵ Benoît Plessix, *op. cit.*, pg. 783
- ¹⁶ André de Laubadère, *op. cit.*, pg. 35
- ¹⁷ *ibidem*, pg. 37
- ¹⁸ Liviu Pop: *Teoria generală a obligațiilor*, ed. Lumina Lex, București, 2000, pg. 212
- ¹⁹ Cu toate că poate părea paradoxal, acest lucru este valabil atât în cazul răspunderii civile delictuale, cât și în cel al răspunderii civile contractuale. Căci și în acest din urmă caz nu vom putea spune că prejudiciul se naște direct din contractul încheiat – deci dintr-un act juridic – ci dintr-o faptă ilicită care are la bază acel contract (spre exemplu, neexecutarea obligației, care este în mod clar un fapt juridic întrucât nu putem afirma că o parte și-a nesocotit obligațiile urmând să producă tocmai efectul sancționării sale).

- ²⁰ Paul Vasilescu: *Relativitatea actului juridic civil*, ed. Rosetti, București, 2003, pg. 91
- ²¹ Există, însă, și o răspundere atrasă nu de actele administrative nelegale, ci de faptele ilicite ale administrației. Discuția despre natura juridică a acestei răspunderi excede, însă, studiului nostru, astfel încât nu ne vom opri asupra ei.
- ²² André de Laubadère, *op. cit.*, pg. 684
- ²³ Este cazul, spre exemplu, al unui act administrativ atins de o ilegalitate de formă dar care, în concret, nu a putut provoca un prejudiciu particularului.
- ²⁴ Ilie Iovănaș: *Drept administrativ*, ed. Servo Sat, Arad, 1997, pg. 174. Putem lua, drept exemplu, un act administrativ nelegal pentru lipsa unui aviz consultativ și care produce un prejudiciu unui particular. Acest act este anulabil, însă va da loc la despăgubiri doar dacă între lipsa avizului, adică motivul de nelegalitate, și paguba suferită de particular există o relație de cauzalitate. Dacă nu există această relație, cu alte cuvinte dacă organul respectiv ar fi cerut avizul, iar actul legal ar fi produs aceleași efecte, acordarea de despăgubiri nu va fi posibilă.
- ²⁵ Pentru discuții în legătură cu actele de guvernământ a se vedea André de Laubadère, *op. cit.*, pp. 272-280
- ²⁶ Imposibilitatea controlului contencios al acestor acte este prevăzut și în dreptul nostru, de Legea nr. 554/2004 care în art. 5, alin. 1, lit. a) prevede că nu pot fi atacate în contenciosul administrativ actele administrative ale autorităților publice care privesc raporturile acestora cu Parlamentul. Or, tocmai acesta este domeniul predilect al actelor de guvernământ, căci raporturile dintre autoritățile executive și parlament sunt întotdeauna încărcate de o doză substanțială de politic.
- ²⁷ Relativ de curând, acest gen de răspundere a transgresat granițele domeniului executiv, impunându-se și în cel legislativ, prin răspunderea statului pentru legi și convenții internaționale.
- ²⁸ C.E. 30 noiembrie 1923, concl. Rivet în M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, ed. Dalloz, Paris, 2001, pp. 260-267
- ²⁹ Același raționament poate fi oricând susținut și în dreptul nostru, el fiind fundamentat chiar pe prevederile art. 16, alin. 1 din Constituția României care prevede că *cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice*.
- ³⁰ Liviu Pop, *loc. cit.*, pg. 33
- ³¹ *idem*, *op. cit.*, pg. 180
- ³² *ibidem*, pp. 183-187
- ³³ V. Gh. Tarhon, *loc. cit.*, pp. 73-82
- ³⁴ Tudor Drăganu: *loc. cit.*, pp. 48-59; M. Lepădătescu, *op. cit.*, pp. 10-11
- ³⁵ Liviu Pop, *op. cit.*, pg. 190
- ³⁶ René Chapus, *op. cit.*, pg. 1243
- ³⁷ În același sens, a se vedea Ilie Iovănaș, *op. cit.*, pg. 176. De altfel, autorul citat consideră că o culpă este necesară în orice ipoteză în care vorbim despre răspundere, așa-numita răspundere obiectivă nefiind în realitate o răspundere, ci o simplă obligație autonomă de reparare a prejudiciului.
- ³⁸ Ilie Iovănaș, *op. cit.*, pg. 177
- ³⁹ A se vedea André de Laubadère, *op. cit.*, pg. 268 și urm.
- ⁴⁰ *ibidem*, pg. 269

⁴¹ Un bun exemplu în acest sens ar fi în domeniul rechizițiilor. Astfel, putem presupune că în timpul unei stări de război, primarul unei localități din România emite o dispoziție de rechiziție privind o anumită categorie de bunuri. Conform art. 4, lit. a al Legii nr. 132/1997 privind rechizițiile de bunuri și prestările de servicii în interes public (publicată în *M. Of.* nr. 161 din 1997), competența de a emite un asemenea act ar fi aparținut Președintelui României, care ar fi trebuit să o facă prin decretul de declarare a stării de război. Dispoziția primarului este așadar nelegală, fiind emisă de o autoritate necompetentă. Faptul că prin acest act se urmărește interesul public nu îl poate transforma într-un act legal, însă, datorită emiterii sale în cadrul unor circumstanțe excepționale el nu va putea fi anulat de către instanța de drept administrativ, dând loc la despăgubiri. În acest sens pot fi interpretate prevederile art. 5, alin. 3 ale Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ conform cărora *actele administrative emise pentru aplicarea regimului stării de război, al stării de asediu sau al celei de urgență, cele care privesc apărarea și securitatea națională ori cele emise pentru restabilirea ordinii publice, precum și pentru înlăturarea consecințelor calamităților naturale, epidemiilor și epizootiilor pot fi atacate numai pentru exces de putere.*

⁴² André de Laubadère, *op. cit.*, pg. 269

⁴³ *ibidem*, pg. 685

⁴⁴ René Chapus, *op. cit.*, pg. 1251

⁴⁵ Situația este similară cu dreptul civil unde, cu toate că răspunderea pentru fapta proprie – o răspundere bazată pe culpă – rămâne regula, se pot întâlni și excepții, în cazul cărora răspunderea este obiectivă.

⁴⁶ André de Laubadère, *op. cit.*, pp. 688-693

⁴⁷ *ibidem*, pg. 687

⁴⁸ C.E., 21 iunie 1895, concl. Romieu în M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, *op. cit.*, pp. 39-44

⁴⁹ Benoît Plessix, *op. cit.*, pg. 509

⁵⁰ *ibidem*, pg. 699

⁵¹ *ibidem*, pg. 703

⁵² Jacqueline Morand-Deville: *Cours de droit administratif*, ed. Montchrestien, Paris, 2001, pg. 728

⁵³ Am dori să ilustrăm afirmația de mai sus prin două exemple, pentru a încerca să o clarificăm cât mai bine. Astfel, în cazul în care un particular este ținut să răspundă pentru "fapta" lucrului său, în ciuda faptului că din punct de vedere juridic acestuia nu i se poate reproșa o culpă propriu-zisă, în ochii celorlalți el este cel "vinovat" în sensul comun al termenului (și aceasta strict în baza faptului că lucrul era al său, iar el îl folosea în interes propriu). În cazul răspunderii administrației pentru risc, nu mai poate fi vorba de o asemenea vină: dacă tragem linie, în ciuda incidentului care a dat loc unui prejudiciu, profitul general este mai mare decât paguba particulară. Dar cum este inechitabil să obligăm particularul să se sacrifice pentru binele societății, interesul public și cel privat vor fi reechilibrate pe calea despăgubirilor.

⁵⁴ A se vedea *supra*.

⁵⁵ Benoît Plessix, *op. cit.*, pg. 506

⁵⁶ Liviu Pop, *op. cit.*, pg. 199

⁵⁷ A se vedea *supra*

⁵⁸ André de Laubadère, *op. cit.*, pg. 696. Ne putem imagina o hotărâre de consiliu local care ar stabili, spre exemplu, creșterea impozitelor și a taxelor locale. Aceasta i-ar prejudicia pe toți locuitorii aceluși oraș, provocându-le o pierdere, însă prejudiciul lor nefiind unul special nu va putea da naștere unei despăgubiri cât timp actul care l-a cauzat este legal.

⁵⁹ René Chapus, *op. cit.*, pg. 1209

⁶⁰ Pentru dezvoltări în acest sens, a se vedea René Chapus, *op. cit.*, pp. 1201-1205

⁶¹ Liviu Pop, *loc. cit.*, pg. 35

⁶² François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette: *Droit civil. Les obligations*, ed. Dalloz, Paris, 1996, pg. 640

⁶³ *apud* René Chapus, *op. cit.*, pg. 1330

⁶⁴ Jean Michel de Forges: *Droit administratif*, ed. PUF, Paris, 1998, pg. 299

⁶⁵ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *op. cit.*, pp. 644-649

⁶⁶ René Chapus, *op. cit.*, pp. 1331-1337

⁶⁷ Paul Negulescu, *Tratat de drept administrativ român*, ed. Tipografia Gutenberg, București, 1906, vol. I, pg. 183

⁶⁸ Bineînțeles, și în acest caz administrația va despăgubi în mod complet victima prejudiciului, însă nu se va putea întoarce împotriva funcționarului pentru întreaga sumă, ci doar pentru o parte din ea, proporțională cu vina acestuia în producerea prejudiciului.

⁶⁹ Cu toate că reglementarea se referă în mod expres la o răspundere solidară, în opinia noastră trebuie subînțeles că este vorba fie de o răspundere solidară – în cazurile în care vina este parțial a administrației, parțial a funcționarului, fie de una *in solidum* – când vina este exclusiv a funcționarului.

⁷⁰ Benoît Plessix, *op. cit.*, pg. 699

⁷¹ *ibidem*, pg. 700

⁷² François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *op. cit.*, pg. 641

⁷³ Ilie Iovănaș, *op. cit.*, pg. 179

⁷⁴ Anibal Teodoresco: "Le fondement juridique de la responsabilité dans le droit administratif" în *Méanges Paul Negulesco*, ed. Imprimeria Națională, București, 1935, pg. 49

⁷⁵ Romieu, concluzii la afacerea *Terrier*, C.E., 6 februarie 1903 *apud* Jacqueline Morand-Deviller, *op. cit.*, pg. 729

⁷⁶ Benoît Plessix, *op. cit.*, pg. 689

⁷⁷ Georges Dupuis, Marie-Jose Guédon, Patrice Chrétien: *Droit administratif*, ed. Dalloz-Sirey, Paris, 2007, pg. 600

L'ORDRE PUBLIC EN DROIT CHINOIS DE L'ARBITRAGE

Caixia YANG*

***Résumé :** La mondialisation favorise le développement de l'arbitrage commercial international. Ce mécanisme de règlement des litiges est devenu le mode plus préféré de règlements des litiges commerciaux internationaux. Dans le contexte d'une faveur générale à l'arbitrage commercial international, l'ordre public devient le dernier contrôle au stade de la reconnaissance et l'exécution des sentences. Or, le concept de l'ordre public en droit chinois est assez récent et ambigu. Plusieurs lois chinoises font référence à la notion de « l'intérêt public social » à l'absence d'une définition précise. En effet, la signification de « l'intérêt public social » en droit chinois ne peut être trouvée qu'à travers les rares cas connus en pratique. On constate ainsi une application assez stricte de l'ordre public concernant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence internationale. Cette réserve n'a jamais été utilisée pour apprécier l'arbitrabilité du litige ou la validité d'une convention d'arbitrage en droit chinois.*

Mots-clés : arbitrage, ordre public, intérêt public social, arbitrabilité

La mondialisation renforce les échanges internationaux, et entraîne inévitablement une augmentation des différends commerciaux internationaux. Dans les rapports du commerce international, il est aujourd'hui courant que les parties prévoient le recours à l'arbitrage pour régler leurs litiges éventuels. En effet, les partenaires de pays différents préfèrent recourir à l'arbitrage que d'aller devant la justice étatique car ils doutent de l'impartialité des juges nationaux, ne connaissent pas bien les procédures judiciaires de chaque pays et souhaitent parfois éviter une publicité préjudiciable. De surcroît, la reconnaissance internationale des sentences arbitrales est mieux assurée que celle des décisions judiciaires nationales grâce à la convention des Nations unies du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dite « Convention de New York », à laquelle 144 Etats ont adhéré. Celle-ci facilite l'exécution des sentences dans tous les pays signataires, dont la Chine. En définitive, la mondialisation favorise le développement de l'arbitrage commercial international.

L'intensité de l'émergence économique de la Chine (*zhongguo*, 中国), l'Empire du milieu, attire fortement les investisseurs occidentaux. Le pays et son système juridique restent cependant mal connus. En 1976, après dix ans de révolution culturelle¹, la Chine a progressivement affirmé sa volonté de s'adapter au contexte mondial, notamment dans le domaine du droit. Cette volonté s'est exprimée par l'adhésion à de nombreux instruments internationaux, parmi lesquels la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises de 1980², la Convention de New York de 1958³ et la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États⁴, en témoigne. Après plus de quinze ans de travaux préparatoires, elle est devenue le 143^e membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 11 décembre 2001. On constate une continuité de la politique d'ouverture et de réforme, lancée dès l'année 1979, dans le but de garantir le développement économique et la stabilité sociopolitique d'un pays en transition. L'augmentation rapide du nombre de litiges économiques avec l'étranger, due au développement spectaculaire des activités économiques de la Chine avec le monde extérieur, a poussé sinon contraint la Chine à perfectionner son régime d'arbitrage pour le commerce international.

La Chine est considérée comme un Etat autoritaire où l'autonomie de la volonté individuelle reste une question polémique. On pourrait alors penser que l'ordre public y occupe une place très importante. Cependant, la notion de l'ordre public (plutôt au terme de « l'intérêt public social » (*shehui gonggong liyi*, 社会公共利益), étant très ambiguë, laisse une grande imprévisibilité pour déterminer le champ d'intervention de celui-ci. Nous allons d'abord étudier les dispositions sur l'ordre public dans les lois chinoises (I) pour voir ensuite la mise en œuvre de l'ordre public dans la jurisprudence chinoise sur l'arbitrage (II).

A. Les dispositions se référant à l'ordre public dans les lois chinoises

En droit chinois interne, l'article 7 des *Principes généraux de droit civil* (PGDC) de 1986 prévoit le respect de l'intérêt public social comme un des principes fondamentaux pour les activités civiles⁵ : « *Toutes les activités civiles doivent respecter la moralité publique, et ne doivent pas porter atteinte à l'intérêt public social, à la planification économique de l'Etat, et à l'ordre socio-économique* ». De même, les articles 55 et 58 prévoient la violation de l'intérêt public social comme cause de nullité d'un acte juridique. L'article 150 des PGDC dispose, en outre, que l'application d'une loi étrangère ou une coutume internationale ne doit pas porter atteinte à l'ordre public social de la République Populaire de Chine. Cette notion d'ordre public est à la fois générale et abstraite.

A priori, l'ordre public en droit privé exprime le principe selon lequel « l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier ». Toutefois, la conception de l'intérêt général varie selon les orientations politiques et économiques du moment. Rappelons-nous qu'à l'époque où la Chine était encore sous le régime de l'économie planifiée, la liberté contractuelle n'était pas encore reconnue. La reconnaissance en droit chinois de l'autonomie de la volonté s'est faite avec la libéralisation progressive de l'économie. Et la conception de l'intérêt public social devrait être appréciée en considération de ce mouvement de libéralisation.

La loi de 1981 sur les contrats économiques internes consacrait la primauté du plan sur le contrat. Suite à l'adoption de la politique de développement de l'économie de marché, une modification a été introduite en 1993 qui a donné une certaine autonomie au contrat par rapport au plan. La loi sur les contrats économiques avec l'étranger du 1^{er} juillet 1985 ne reconnaissait l'autonomie de la volonté qu'en matière de choix du droit applicable. L'article 4 de ladite loi prévoit que « la formation du contrat doit respecter la loi de la République Populaire de Chine (R. P. C.), et ne doit pas violer l'intérêt public social de la R. P. C. ». Cela est sous peine de nullité du contrat (article 9).

Malgré une opinion majoritaire qui s'opposait à la restriction de la liberté contractuelle, la loi sur les contrats de 1999 est considérée comme celle ayant consacré le principe de l'autonomie de la volonté tout en limitant ses conséquences pratiques⁶. En effet, l'article 4 dispose que « les parties ont, en vertu de la loi, le droit de contracter volontairement, aucune unité ni aucun individu ne peuvent intervenir illégalement dans l'exercice de ce droit ». La loi n'utilise pas l'expression « *yi si zi zhi* » (意思自治), c'est-à-dire l'autonomie de la volonté, mais le terme de « *zi yuan* » (自愿) signifiant « volontairement ». Il nous semble qu'il s'agit plutôt d'une simple reprise de l'expression employée dans les PGDC. A juste titre, Mme Li-Kotovtchikhine a relevé que l'article 4 de ladite loi vise surtout à écarter les immixtions « illégales » de l'autorité administrative, ce qui sous-entend que les immixtions « légales » sont toujours admises. Ainsi, subsiste l'interventionnisme administratif qui se traduit par la conclusion des contrats dans le cadre du plan (art. 38) et le contrôle administratif du contrat (art. 127). En fait, l'article 127 de la loi sur les contrats donne compétence à « la division chargée de l'administration du commerce et de l'industrie ainsi que les autres divisions assurant la direction de l'administration » de « surveiller et traiter les activités illégales résultant de la conclusion d'un contrat portant atteinte aux intérêts de l'Etat et à l'intérêt public social ».

Le contrôle du respect de l'ordre public est d'ailleurs mentionné dans l'article 7 de la loi qui dispose que « lors de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, les parties doivent respecter les lois, les règlements administratifs, la moralité publique,

et ne doivent pas troubler l'ordre socio-économique ou porter atteinte à l'intérêt public social »⁷. Ainsi, l'article 52 de la même loi prévoit « la violation de l'intérêt public social » comme une cause de nullité du contrat. On pourrait déduire de ces dispositions de la loi sur les contrats que « l'intérêt public social » ne se confond ni avec les règles impératives ni avec l'intérêt de l'Etat bien qu'elles soient toutes des raisons possibles de nullité. On pourra alors écarter la présomption qui considère que l'intérêt public social rejoint l'intérêt de l'Etat chinois, représentant du peuple chinois. Pourtant, rien n'est moins sûr !

La notion de « l'intérêt public social » est assez fréquemment utilisée dans les lois chinoises. On peut citer l'article 30 de la loi pénale, l'article 270 de la loi maritime, l'article 3 de la loi sur l'effet de commerce, les articles 10 et 113 de la loi sur l'assurance du 30 juin 1995, l'article 3 de la loi sur les entreprises coopératives sino-étrangères et les articles 197 et 214 de la loi sur les sociétés du 27 octobre 2005. La nouvelle loi chinoise sur la loi applicable aux relations civiles internationales du 28 octobre 2010 a réitéré l'expression de « l'intérêt public social » en disposant que : « La loi chinoise sera appliquée lorsque l'application de la loi étrangère portera atteinte à l'intérêt public social »⁸. En résumé, le respect de l'intérêt public social est imposé dans toutes les activités civiles et commerciales en Chine. La violation de celui-ci entraîne la nullité de l'acte juridique. En outre, l'article 4 de la loi sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers et l'article 2 de la loi sur les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers prévoit que dans des circonstances spéciales, selon le besoin de l'intérêt public social, l'Etat chinois peut exproprier l'entreprise avec une compensation. On voit à quel point l'intérêt public social puisse intervenir dans l'activité économique en droit chinois. Or, on ne sait toujours pas que faut-il entendre par « intérêt public social » en droit chinois. Est-il le synonyme d'« ordre public », ou bien celui d'« intérêt public » ou d'« intérêt général » en droit français ?

En ce qui concerne l'arbitrage, la loi chinoise sur l'arbitrage du 31 août 1994 n'utilise pas « l'intérêt public social » comme cause de nullité de la convention d'arbitrage ni comme critère de l'arbitrabilité. Par contre, en droit interne, la violation de l'« intérêt public social » dans la sentence arbitrale est une cause d'annulation de la sentence d'arbitrage⁹. En ce qui concerne une sentence d'arbitrage international, les articles 70 et 71 de la loi sur l'arbitrage renvoient à l'article 260, alinéa 1, de la loi de la procédure civile¹⁰ qui ne prévoit pas la violation de l'« intérêt public social » comme cause d'annulation ou de refus de reconnaissance et d'exécution de celle-ci. Force est de constater alors que, en réalité, la loi sur l'arbitrage a volontairement supprimé la violation de l'« intérêt public social » comme cause d'annulation ou de refus d'exécution, prévue par l'article 260, alinéa 2 de la loi sur la procédure civile¹¹. Cette suppression était importante parce qu'elle diminue considérablement le risque d'annulation et

refus d'une sentence d'arbitrage international. En réalité, on ne peut constater qu'un seul cas où la reconnaissance de la sentence était refusée en raison de la violation de l'ordre public par la sentence¹².

Or, la récente Interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême de la loi sur l'arbitrage semble avoir réintégré la disposition de l'alinéa 2 de l'article 260 sur l'intérêt public social comme cause d'annulation ou de refus d'exécution d'une sentence internationale. En effet, dans les articles 17 et 27 de ladite Interprétation judiciaire, ils font référence générale à l'article 260 de la loi sur la procédure civile au lieu de préciser le renvoi à l'article 260, alinéa 1 comme le font les articles 70 et 71 de la loi sur l'arbitrage. On se retrouve dans une situation ambiguë et imprévisible sur le refus de l'exécution d'une sentence étrangère. Pour le moment, on ne voit pas encore l'application de ces articles dans la pratique.

En réalité, la signification de « l'intérêt public social » en droit chinois ne peut être trouvée qu'à travers les rares cas connus en pratique.

B. L'exception d'ordre public dans la jurisprudence chinoise de l'arbitrage

Dans la pratique, et malgré l'omission *volontaire* de « l'exception de l'intérêt public social » de l'alinéa 2 de l'article 260, les juges du fond chinois n'ont pas hésité à utiliser ce mécanisme pour justifier leur refus de reconnaissance et d'exécution des sentences internationales. Citons l'exemple de la décision du tribunal intermédiaire de Zhanjiang¹³. Une sentence CIETAC a été rendue le 15 juillet 1995 concernant un litige portant sur un contrat de joint-venture entre une société hongkongaise *Minghongfa* et une société chinoise *Meiluxinguang* dans la province de Guangdong, qui donnait raison à la société hongkongaise. Faute d'exécution volontaire de la société chinoise, la société hongkongaise demandait l'exécution forcée de cette sentence au tribunal intermédiaire de Zhanjiang. Le tribunal a refusé d'exécuter ladite sentence aux motifs que les preuves principales ne sont pas suffisantes pour justifier les faits et que l'exécution de la sentence sera « *contraire à l'intérêt public social* ». Ici, il s'agit bien d'une sentence comportant un élément d'extranéité. L'article 71 de la loi sur l'arbitrage prévoit que : « si le défendeur peut prouver qu'une sentence d'arbitrage, comportant un élément d'extranéité, est affectée d'une des circonstances prévues par l'article 260, alinéa 1, de la loi de la procédure civile, le tribunal populaire, après examen et vérification en formation collégiale, peut décider de refuser l'exécution de la sentence ». Or, les motifs du tribunal ne figurent pas dans la liste des cas prévus par l'article 260, alinéa 1 de la loi sur la procédure civile. Cette décision nous paraît pour cela totalement infondée. Nous estimons qu'en effet, le tribunal, n'ayant pas trouvé des fondements dans l'alinéa 1 de l'article 260, se forçait de se fonder sur l'alinéa 2 dans le simple but de protéger le défendeur, une entreprise locale. Cet esprit de protection locale n'est pas nouveau.

C'est également la raison pour laquelle la Cour populaire suprême a établi un mécanisme de « rapportage ». Une circulaire publiée le 28 août 1995 sur le traitement des difficultés concernant l'arbitrage international a établi une règle de contrôle stricte. Selon les termes de son article 1er, « pour tout litige économique, maritime ou relevant du commerce maritime concernant un pays étranger, Hongkong, Macao ou Taiwan et qui est porté devant un tribunal populaire, si les parties ont inséré une clause compromissoire dans leur contrat ou ont abouti à un compromis après la naissance d'un litige, et si le tribunal populaire saisi a un doute sur le fait que cette convention d'arbitrage soit expirée, nulle ou impossible à être exécutée en raison d'une ambiguïté, avant de décider de recevoir le litige, le tribunal populaire doit obligatoirement soumettre l'affaire à l'examen de la Cour populaire supérieure dont il dépend. Si cette Cour populaire supérieure approuve la recevabilité du dossier, elle doit soumettre un rapport sur son avis à la Cour populaire suprême. Avant que celle-ci n'ait donné sa réponse, la demande peut être temporairement refusée ». L'article 2 de cette circulaire prévoit que « lorsqu'une partie demande l'exécution d'une sentence rendue par une commission chinoise d'arbitrage international, ou une sentence étrangère, si le tribunal populaire considère que la sentence correspond à une des hypothèses prévues par l'article 260 de la loi sur la procédure civile, ou que la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne se conforment pas aux Conventions internationales auxquelles la Chine a adhéré ou que le principe de réciprocité n'a pas été respecté, avant de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence, le tribunal populaire doit obligatoirement soumettre l'affaire à l'examen de la Cour populaire supérieure dont il dépend. Si cette Cour populaire supérieure accorde ce refus, elle doit soumettre un rapport sur son avis à la Cour populaire suprême. Avant que celle-ci n'ait donné sa réponse, la décision de refus de reconnaissance et d'exécution ne peut pas prendre effet ». Depuis cette circulaire, il est impossible d'annuler une convention d'arbitrage international ou une sentence d'arbitrage international avant l'approbation de la Cour populaire suprême. Ce mécanisme décourage les tribunaux locaux qui essayaient de protéger les parties locales à tout prix. C'est grâce à cela que l'arbitrage commercial international chinois peut garder son indépendance à l'égard de l'intervention des gouvernements locaux.

En l'absence de toute précision dans les lois et les interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême, la doctrine chinoise¹⁴ a proposé d'appliquer la réserve de « l'intérêt public social » lorsque la reconnaissance et l'exécution de la sentence étrangère :

- a) violent les principes de la Constitution, portent atteinte à l'intégralité de l'Etat et l'unité de la nation ;
- b) portent atteinte à la souveraineté et la sécurité de l'Etat ;

- c) seront contraires aux obligations internationales de l'Etat chinois résultant des conventions internationales ou les principe du droit international reconnu par la communauté internationale ;
- d) violent les principes fondamentaux du droit chinois ;
- e) violent les dispositions du droit pénal, comme par exemple lorsque la sentence se prononce sur des crimes comme la drogue, le jeu d'argent et le blanchissement d'argent.

Cette proposition nous paraît très étendue, mais insuffisante. En fait, elle insiste trop sur les valeurs politiques sans mentionner d'autres valeurs essentielles de la société chinoise. Nous pensons que le contrôle de l'intérêt public social dans la sentence arbitrale doit se limiter à respecter les principes fondamentaux du droit chinois, les valeurs sociales et économiques fondamentales, et les moralités essentielles de la société chinoise.

Dans la pratique, la Cour populaire suprême reste très prudente à appliquer la réserve de l'intérêt public social en cas de reconnaissance et d'exécution des sentences internationales. Jusqu'à 2003, selon une statistique du Bureau d'exécution de la Cour populaire suprême, il n'existe qu'un seul cas de refus d'exécution d'une sentence internationale¹⁵. Il s'agissait d'un contrat de spectacle entre une société chinoise *Femmes chinoises* et une société américaine pour organiser un spectacle en Chine. L'article 7, alinéa 2 du contrat stipule que « la Chine a le droit de contrôler et d'approuver tous les détails du spectacle ». Or, les acteurs américains ont joué la musique « rock and roll » pendant les spectacles à défaut d'approbation de la part du ministère chinois de culture. Ce dernier a, ensuite, interdit la continuation du spectacle. Cette interdiction a causé des dommages-intérêts à la société américaine, qui demandait l'arbitrage à la CIETAC. La CIETAC lui a donné raison. Lors de la demande d'exécution de la sentence CIETAC, le tribunal intermédiaire de Beijing ainsi que la Cour populaire supérieure de Beijing décidaient que l'exécution de ladite sentence constituait une violation de « l'intérêt public social » de la Chine. La Cour populaire suprême a confirmé cette décision¹⁶. A l'époque, la censure sur les activités culturelles et artistiques était très sévère. La mise en scène d'un spectacle représentée par des acteurs étrangers doit strictement respecter la censure. Le refus d'exécution de la sentence CIETAC est alors justifié. Mais, la Cour populaire suprême n'a pas précisé, dans sa réponse à la Cour populaire supérieure de Beijing, quelle était la signification de l'intérêt public social.

Dans d'autres cas, la Cour populaire suprême n'a jamais refusé de reconnaître et d'exécuter une sentence étrangère au nom de la violation de l'ordre public chinois. En 2003, la Cour populaire suprême a répondu à la Cour populaire supérieure de

Beijing qu'« une violation des dispositions impératives chinoises ne constitue pas forcément une violation de l'ordre public chinois »¹⁷. En l'espèce, une entreprise étatique chinoise faisait des opérations à terme sans avoir obtenu l'autorisation administrative chinoise considérée comme une règle impérative chinoise. La Cour populaire supérieure de Beijing considéra que cela constitue une violation de l'ordre public chinois et par conséquent, le non-respect de cette règle constituait une cause de non-reconnaissance de ladite sentence en vertu de l'article V, alinéa 2 de la Convention de New York de 1958. Dans cet arrêt, le terme « intérêt public social » a été remplacé par une nouvelle notion pour la première fois employée par la Cour populaire suprême chinoise qui est « l'ordre public ». Deux ans après, en 2005, la Cour populaire suprême avait repris exactement la même formule : « une violation des dispositions impératives dans un règlement administratif ou une ordonnance administrative ne constitue pas forcément une violation de l'ordre public chinois »¹⁸. Il s'agissait dans ce cas de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence de la Cour d'arbitrage de Stockholm. Le tribunal intermédiaire de Haikou ainsi que la Cour supérieure de Hainan avaient considéré que la violation par une l'entreprise d'Etat chinoise des dispositions relatives à l'approbation et à l'enregistrement des dettes étrangères ainsi que les réglementations de change constituait une violation de l'ordre public chinois. La Cour populaire suprême désapprouvant un tel raisonnement, décida d'accorder l'exequatur à ladite sentence.

En 2006, la Cour populaire suprême précise pour la première fois la signification de « l'intérêt public social » dans sa réponse à la Cour populaire supérieure d'Anhui¹⁹ relative à une demande de refus d'exécution d'une sentence CIETAC. Dans cette affaire, un contrat de vente d'équipement de recyclage des déchets et transfert de technologies a été signé le 22 novembre 1998 entre l'acheteur, l'Administration de l'environnement de la ville de Hefei, et le vendeur, la société *Baosheng*. Une clause d'arbitrage figurait dans ledit contrat qui prévoyait l'arbitrage CIETAC pour les éventuels litiges. Suite aux différends relatifs à l'exécution du contrat, la société *Baosheng* a demandé à la CIETAC de trancher le litige. Une sentence est rendue le 2 juin 2003 qui accordait des dommages-intérêts au demandeur *Baosheng* d'un montant de 272. 120, 20 USD. Le défendeur contestait ladite sentence par plusieurs moyens dont la violation de l'intérêt public social devant le tribunal intermédiaire de Hefei. Le tribunal considère qu'en l'occurrence, il faut refuser l'exequatur de la sentence CIETAC en vertu de l'article 260, alinéa 2 de la loi sur la procédure civile. L'affaire est portée devant la Cour populaire supérieure d'Anhui qui soulève également qu'il s'agit d'un investissement de 105 millions YMB²⁰ par l'Etat pour mettre en place un lieu de recyclage des déchets, l'exécution de la sentence CIETAC violera manifestement l'intérêt public social. N'ayant pas retenu les motifs de la Cour populaire supérieure

d'Anhui, la Cour populaire suprême a décidé de donner l'exequatur à la sentence au motif que « l'intérêt public social prévu dans l'article 260, alinéa 2 de la loi sur la procédure civile vise à protéger des *normes juridiques fondamentales de l'Etat* (国家根本法律秩序). En l'espèce, la conclusion et l'exécution du contrat ne présentent pas de violation de l'ordre public social chinois de manière intolérable par notre ordre juridique. Ainsi, la sentence doit être exécutée ». Cette clarification mérite d'être saluée. Elle a finalement offert des repères sur l'application de la réserve de l'ordre public social en droit chinois. La violation doit toucher les normes juridiques fondamentales de l'Etat et elle doit être « intolérable » ! Dès lors, l'exception de l'ordre public ne peut pas être utilisée chaque fois que l'enjeu économique est important et lié étroitement à l'administration gouvernementale, ce qui était souvent le raisonnement des tribunaux inférieurs. Or, cette interprétation stricte de l'intérêt public social nous paraît un peu trop restrictive en ce qu'elle ne fait référence qu'aux normes *juridiques* fondamentales de l'Etat. Sans entrer dans le débat sur la qualification de la Chine d'un « Etat du droit », nous pensons qu'il faut toujours prendre en considérations des valeurs fondamentales de la société, et ne pas limiter aux normes juridiques.

Quant à la Convention de New York, Selon Philippe Fouchard²¹, dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, la disposition de l'article V. 2. a. vise l'ordre public interne, selon laquelle la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères peuvent être refusées si d'après la loi du pays où elles sont demandées, « l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ». Henri Motulsky critiquait également cet article qui permet, en effet, au juge étatique de refuser l'exécution d'une sentence étrangère en application du droit interne²². Dans la pratique, l'ensemble des États signataires a interprété de manière stricte l'article V.2.a. de la Convention de New York : Les causes d'inarbitrabilité se bornent généralement à l'ordre public international avec une définition assez restreinte²³. On cite les termes de la Cour d'appel américaine du 2^e circuit à l'occasion d'une affaire mettant en cause la société japonaise *Copal Ltd.* et la société *Fotochrome* : « il faut, sous la Convention de New York, donner une interprétation restrictive au critère d'ordre public et l'appliquer seulement lorsque l'exécution de la sentence heurte les notions fondamentales de moralité et de justice en vigueur dans l'Etat où l'exécution est requise »²⁴. En conséquence, il est rare de trouver des décisions de refus d'exequatur fondées sur l'inarbitrabilité du litige.

On constate ainsi une application assez stricte de l'ordre public concernant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence internationale. Cette réserve n'a jamais été utilisée pour apprécier l'arbitrabilité du litige ou la validité d'une convention

d'arbitrage en droit chinois. Toutefois, un auteur chinois propose même de limiter plus strictement le domaine d'arbitrabilité par la voie des règles d'ordre public afin de protéger les parties chinoises contre les procédures arbitrales ayant lieu à l'étranger²⁵. L'auteur souligne que la faveur à l'arbitrage doit être relativisée lorsqu'il s'avère que la partie chinoise perd souvent son procès dans un arbitrage *ad hoc* à Londres à cause, soit de la méconnaissance de la loi anglaise, soit des préjugés de l'arbitre londonien²⁶. Malgré le fait constaté par M. Yang, éminent arbitre hongkongais, on ne doit pas être pessimiste. La promotion de l'arbitrage ne devrait pas être empêchée du fait de l'ignorance des entreprises chinoises des nécessités de ce mode de règlement. Si la Chine s'efforce d'améliorer son environnement juridique, elle ne va pas restreindre le champ de l'arbitrage pour protéger « l'immaturation » juridique de ses entreprises. En même temps, il faut veiller à la protection des valeurs fondamentales du droit chinois, qui ne sont pas nécessairement les mêmes que celles de l'Occident.

* Maître de conférences à l'Université Beihang, docteur en droit de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) ; ycx39@yahoo.com.cn.

- ¹ La grande révolution culturelle prolétarienne (en chinois: 无产阶级文化大革命, pinyin: wúchǎn jiējí wénhuà dàgémìng), plus couramment La Grande Révolution culturelle (文化大革命 wénhuà dàgémìng), ou simplement La Révolution culturelle (文革 wéngé) est un mouvement populaire, politique et idéologique lancé par Mao Zedong en 1966 et qui se termine en 1976. Durant ces dix années, « la révolution culturelle a foulé aux pieds le droit, fermé les facultés de droit, envoyé les juristes à la campagne, comme d'ailleurs bien d'autres ». (Ch. Chaigne, « Le droit dans la Chine contemporaine », in *Les échanges commerciaux avec la Chine – Aspects sociologiques et culturels*, sous la dir. de Ph. Callot, éd. Hermès-Science, 2004, p. 48 et s.)
- ² La Chine a signé la convention le 30 septembre 1981, puis la ratifiée le 11 décembre 1986. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1988 en Chine.
- ³ L'adhésion est datée du 22 janvier 1987, et elle est entrée en vigueur le 22 avril 1987. Trois déclarations sont faites :
- a) Déclarations et réserves (à l'exclusion des déclarations territoriales et de certaines autres réserves et déclarations de nature politique). La Convention s'applique uniquement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire d'un autre État contractant.
 - (b) Déclarations et réserves (à l'exclusion des déclarations territoriales et de certaines autres réserves et déclarations de nature politique). La Convention s'applique seulement aux différends issus de relations juridiques - contractuelles ou non - que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial.
 - (c) Lorsqu'il a recouvré la souveraineté sur Hong Kong le 1er juillet 1997, le Gouvernement de la Chine a étendu l'application territoriale de la Convention à la Région administrative spéciale de Hong Kong, sous réserve de la déclaration initiale qu'il avait faite lors de son adhésion à la Convention. Le 19 juillet 2005, la Chine a déclaré que la Convention s'appliquerait à la Région administrative spéciale de Macao (République populaire de Chine) sous réserve de la déclaration initiale qu'elle avait faite lors de son adhésion à la Convention.

- ⁴ La Chine a signé ladite convention la 9 février 1990, puis la ratifiée le 7 janvier 1993. Elle est entrée en vigueur le 6 février 1993.
- ⁵ En chinois : « 民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序 ».
- ⁶ X.- Y. Li-Kotovtchikhine, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 2002, pp. 113-163, *spéc.*, p. 126.
- ⁷ En chinois : « 当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益 ».
- ⁸ En chinois : « 外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律 ».
- ⁹ L'article 58, alinéa 3, de la loi sur l'arbitrage du 31 août 1994 prévoit que « lorsque le tribunal populaire constate que la sentence est contre à l'intérêt public social, il doit annuler celle-ci ». En chinois : « 人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销 ».
- ¹⁰ L'article 260, alinéa 1 de la Loi sur la procédure civile du 9 avril 1991, reste inchangé par la modification du 28 octobre 2007, dispose que :
- « Dans l'hypothèse où le défendeur peut établir qu'une sentence arbitrale rendue par l'institution chinoise pour l'arbitrage comportant un élément d'extranéité est affectée d'une des circonstances suivantes, le tribunal populaire, après examen et vérification en formation collégiale, peut décider de refuser l'exécution de la sentence :
- Les parties n'ont pas conclu une clause compromissoire dans leur contrat ou n'ont pas conclu un compromis une fois le litige est né ;
- Le défendeur n'est pas notifié pour désigner un arbitre ou participer à la procédure arbitrale, ou il ne peut pas présenter sa défense dû aux autres raisons qu'il n'en est pas responsable ;
- La constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'a pas respecté les procédures légales ;
- La sentence arbitrale porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou qui ne relève pas de la compétence de la commission d'arbitrage ».
- ¹¹ L'article 260, alinéa 2 de la loi sur la procédure civile du 9 avril 1991, reste inchangé par la modification du 28 octobre 2007, dispose que « lorsque le tribunal populaire constate que la sentence est contre à l'intérêt public social, il doit refuser de reconnaître et d'exécuter celle-ci ».
- ¹² CPS, 26 décembre 1997, Ta (1997) n° 35. *v. infra* n° 0.
- ¹³ Décision citée par L. Song, M. Li, « L'intérêt public social et le contrôle judiciaire de l'arbitrage commercial : analyses sur les jurisprudences du tribunal chinois », *Beijing Arbitration*, pp. 76-81, *spéc.*, p. 77. (Malheureusement, ces auteurs n'ont pas mis les références de cette décision).
- ¹⁴ J. Huang, L. Song, Q. Xu, *L'étude de droit de l'arbitrage*, Beijing, Edition de l'Université des sciences politiques et juridiques de Chine, 2002, p. 154.
- ¹⁵ X. Ge, « Les questions relatives à l'exécution de la sentence arbitrale », intervention de M. Ge (directeur du Bureau d'exécution de la CPS chinoise) lors du colloque sur la pratique des arbitres, in *Arbitration & Law*, 2003, n° 6, cité par SONG Lianbin, LI Mengyuan, « L'intérêt public social et le contrôle judiciaire de l'arbitrage commercial : analyses sur les jurisprudences du tribunal chinois », *Beijing Arbitration*, pp. 76-81, *spéc.*, p.80.
- ¹⁶ CPS, 26 décembre 1997, Ta (1997) n° 35.

- ¹⁷ CPS, 1 juillet 2003, Minsitazi (2003) n° 3 ; ici, les dispositions impératives sont des règlements administratives imposant une procédure d'approbation pour les entreprises étatiques qui souhaitent faire des opérations à terme.
- ¹⁸ CPS, 13 juillet 2005, Minsitazi (2001) n° 12.
- ¹⁹ CPS, 23 janvier 2006, Minsitazi (2005) n° 45.
- ²⁰ Ren Min Bi, la monnaie chinoise.
- ²¹ Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 200, p. 114.
- ²² H. Motulsky, « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », in *Ecrits II*, pp. 396-397.
- ²³ P. Sanders, « Vingt années de la Convention de New York de 1958 », *DPCI*, 1979, pp. 359-386, *spéc.*, p. 362 et s.
- ²⁴ 517 F 2d 512 (2d circuit 1975), extrait in *Yearbook*, 1976, Vol. I, pp. 202-203.
- ²⁵ L. Yang, « L'arbitrabilité, III », *Beijing Arbitration*, n° 58, pp. 8-22, *spéc.*, p. 21.
- ²⁶ L. Yang, « L'arbitrabilité, I », *Beijing Arbitration*, n° 56, pp. 31-39, *spéc.*, p. 34.

TEZE DE DOCTORAT SUSȚINUTE - IANUARIE-IUNIE 2011

Thèses soutenues - résumés (janvier-juin 2011)

Felicia ROSIORU

LES DETTES DE VALEUR

directeur de thèse : prof.dr. Liviu Pop

Mots-clés : dettes de valeur, restitutions, réparation par équivalent, nullité, résolution, enrichissement sans cause, nominalisme monétaire, imprévision, clauses d'indexation, subrogation réelle, fongibilité

Le présent ouvrage vise l'élaboration d'une théorie unitaire des dettes de valeur, moyen automatique de maintien de la valeur dans les obligations monétaires. Le critère d'actualisation pécuniaire est représenté par un élément intrinsèque de l'obligation, la valeur de son objet. Le mécanisme des dettes de valeur assure l'équivalence entre la réparation en nature du préjudice et son réparation par équivalent, ainsi qu'entre l'exécution en nature de l'obligation et l'exécution par équivalent. L'analyse des diverses hypothèses de restitution en droit civil nous a permis de réaliser la distinction entre les restitutions et les dettes de valeur et nous a aidé à déterminer leur nature juridique. Les dettes de valeur représentent un mécanisme, car elles supposent toujours une obligation initiale en nature, qu'on exécute par équivalent. Elles se fondent sur l'idée de fongibilité économique et font partie d'un courant qui tend à dominer le droit privé, le valorisme.

1. Les dettes de valeur sont entourées en droit civil roumain par un voile de mystère, car le juriste roumain ne peut pas – en général – préciser leur sens et leur applicabilité. Moyen automatique de maintien de la valeur au fil du temps, les dettes de valeur – telles qu'elles ont été consacrées par le droit allemand – sont reconnues de façon expresse ou implicite, légale ou prétorienne en droit civil français, espagnol ou italien. Considérée une „expression étrangère”, car finalement tous les droits et toutes les obligations ont en tant qu'objet une valeur, l'expression et le mécanisme qu'elle désigne se sont avérées nécessaires pour empêcher la ruine des créanciers, à partir du moment où la monnaie a été réduite à un simple moyen du paiement, n'ayant pas pu exprimer et conserver la valeur.

On a commencé notre étude à partir de quelques *prémises*. Tout d'abord, on est parti du constat de l'existence constante de la dépréciation monétaire. Considérée par les contemporaines comme l'un des plus graves effets de la guerre, la dépréciation monétaire représente en réalité une constante historique dans l'évolution de la société. Deuxièmement, on a pris en considération l'état de la jurisprudence roumaine,

généralement favorable à la demande d'actualisation pécuniaire des créances. Troisièmement, le législateur roumain même admet l'actualisation pécuniaire des créances par rapport au taux d'inflation ou compte tenu des critères déterminés.

Ayant en vue cet état jurisprudentiel et législatif d'orientation constamment valoriste, on a considérée qu'une théorie unitaire des dettes de valeur ainsi que leur délimitation par rapport à d'autres moyens d'actualisation pécuniaire des créances seraient utiles en droit civil roumain.

D'ailleurs, l'intérêt de notre recherche est consolidé par l'un des projets d'unification du droit privé, qui fait mention expresse de la dette de valeur, applicable dans le domaine complexe des restitutions, au moins en droit allemand, français et espagnol. Ces dernières doivent être réalisées dans leurs forme spécifique (en nature), établit l'article 160.3 de l'Avant-projet de Code Européen des Contrats (le Projet de Pavie), sauf les situations où la restitution en nature est excessivement onéreuse, juridiquement impossible, désavantageuse ou sans intérêt pour le créancier, par rapport à l'état du bien objet de la restitution. Dans ces hypothèses, une somme raisonnablement équivalente doit être payée, selon l'accord des parties ou établie par le juge comme une *dette de valeur*.

2. La dette de valeur, l'un des moyens les plus adéquats de pallier les effets de la dépréciation monétaire, désigne, comme le suggère son appellation, une obligation centrée autour d'une valeur. Dans les hypothèses civiles de réparation ou de restitution par équivalent, l'étendue monétaire de l'obligation est déterminée, au moment le plus proche du paiement possible, selon la valeur de l'objet (en nature, primaire) de l'obligation.

Le constat que ce qui est destiné de servir comme mesure de toutes les choses ne bénéficie pas de l'immutabilité du mètre-étalon a bouleversée la vie juridique obligationnelle. Par rapport à d'autres unités de mesure, préétablies de façon objective et permanente, la monnaie est la seule unité de mesure dématérialisée, déterminée à l'aide du processus subjectif d'évaluation.

Dans les périodes d'instabilité monétaire l'établissement d'une date d'évaluation devient fondamental, soit pour la détermination de la valeur d'un bien, soit pour déterminer l'étendue d'une créance. Ainsi, il est important le moment où on s'est placé pour réaliser l'une des plus fréquentes et souvent complexes opérations en droit civil, l'évaluation. Notre affirmation est aisément illustrée par le constat que, en périodes de dépréciation monétaire, l'obligation du débiteur de restituer le montant nominal de la créance équivaut pratiquement – dans une proportion plus ou moins importante – à la libération de celui-ci de son obligation de paiement. Les conditions économiques empiètent ainsi sur la sécurité des rapports juridiques privées, de sorte que des moyens pour protéger et garantir les droits subjectifs dans un contexte économique tellement soumis aux changements s'avèrent nécessaires.

3. Au moment de son rédaction, le Code civil a énoncé le nominalisme monétaire, postulat de l'immutabilité du pouvoir d'achat dans les obligations monétaires et de leur indépendance par rapport aux fluctuations du pouvoir d'achat de la monnaie intervenues jusqu'à l'échéance. Le débiteur est obligé seulement à la somme nominalisée dans l'obligation et le créancier est tenu de recevoir cette somme. Le nominalisme monétaire a été consacré par le Code civil en matière de prêt d'argent; ainsi, l'emprunteur est tenu toujours à payer seulement la quantité d'instruments monétaires stipulée contractuellement, au cours légal au jour du paiement. L'augmentation ou la diminution du „prix des monnaies”, survenue entre le moment du prêt et celui du paiement effectif n'influence pas l'étendue de l'obligation du débiteur. Le nominalisme monétaire ne prend pas en considération les fluctuations de la monnaie et permet au débiteur de se libérer par le paiement de la „somme numérique prévue par le contrat”. Cela a conduit, d'une façon rédhibitoire, au refus de prendre en considération la valeur dans les obligations pécuniaires.

Le raisonnement consacre la pérennité de la valeur nominale de la monnaie, du moment de son émission et jusqu'à la modification légale officielle de son valeur par le biais des reformes monétaires, sans prendre en considération l'effet de l'inflation de diminuer le pouvoir d'achat de la monnaie. Ainsi, la valeur nominale de l'argent a été absolutisée, en ignorant sa valeur réelle et l'existence des fluctuations monétaires. Le paiement est libératoire unité par unité, ce qui compte, donc, est la valeur légale, nominale, inscrite sur la pièce ou sur le billet.

Le principe du nominalisme monétaire s'est fondé sur des impératives liées à la circulation de la monnaie, mais aussi sur des convictions religieuses qui condamnait de façon véhémement la richesse et la productivité de l'argent. La religion chrétienne condamne l'avarice et souligne qu'un double malheur atteint a celui qui manifeste un amour excessif pour l'argent : malheur pour soi-même, car il est condamné à la mort éternelle, mais aussi malheur pour ses proches, privées des choses les plus élémentaires. La parabole du riche impitoyable montre que la religion chrétienne ne se limite pas à condamner l'avarice au niveau personnel (l'attitude de l'individu par rapport à ses biens), mais aussi au niveau collectif, du point de vue de la justice distributive. Considérée par le monde chrétien un vice capital, l'avarice devienne au Moyen-âge le pêché le plus grave et les nombreuses avares qui hantent l'Enfer du Dante en font témoignage.

Dans le contexte du changement fondamental des données économiques, le nominalisme entraîne la dysfonction du système monétaire et, du point de vue socio-juridique, devient une cause d'injustice. D'une telle perspective, il profite au débiteur, en représentant une norme à la disposition de celui obligé à payer une somme d'argent. Le débiteur est libéré en remettant la somme nominale, sans prendre en compte sa valeur réelle, même si en réalité elle s'est dépréciée. Ainsi, le principe ne constitue plus un corollaire de la vie économique, car sa finalité est détournée, ce qui impose le rétablissement de l'égalité et de l'équilibre économique, soit par des nouvelles règles, soit par le changement des règles existantes.

Aussi, même si les prescriptions bibliques sont restées les mêmes, la morale chrétienne mais notamment l'influence de la religion sur la vie sociale se sont diminuées.

4. L'analyse du Code civil en vigueur nous permet de constater qu'en dépit du nominalisme monétaire érigé en principe par la jurisprudence et la doctrine roumaine d'avant la guerre et d'entre les deux guerres mondiales, une partie de ses textes ont été élaborées dans un esprit valorist.

L'évolution du droit roumain a offert au nominalisme monétaire des occasions de grandeur et décadence, des prévisions du Code civil étant interprétées dans un esprit valorist. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine ont progressivement prorogée le moment de l'évaluation de la créance du moment de sa naissance au moment du jugement.

Les dettes de valeur, fréquemment mises en œuvre du point de vue technique par la jurisprudence, représentent les moyens d'actualisations les moins connus en droit civil roumain. Mesurée par la valeur (comme c'est le cas de l'obligation née du contrat de bail à nourriture ou du celle de réparation du préjudice) cette obligation ou ce mécanisme (la controverse étant encore ouverte) a l'avantage majeur qu'elle permet „l'adéquation" (l'actualisation) pécuniaire en moments différents de la vie juridique obligationnelle. L'étendue de l'obligation exprimée en monnaie représente toujours la valeur qui constitue sa mesure et un élément intrinsèque, qui exclue le caractère arbitraire de la décision du juge ou de l'étalon choisi par les parties, critère d'actualisation dans les clauses d'indexation. Les avantages des dettes de valeur et leur fonctionnalité objective peuvent être illustrés par la solution reconnue en matière de bail à nourriture, car l'obligation du débiteur doit exprimer du point de vue patrimonial, à chaque échéance, les besoins du créancier.

La lutte contre l'érosion monétaire a conduit, dans la doctrine allemande d'entre les deux guerres, au développement de la théorie des dettes de valeur (*Wertschulden*), qui assurent le maintien de la valeur de l'obligation et, en même temps, la sauvegarde des besoins de stabilité et de prévisibilité. Par contre, les obligations „purement" monétaires (*Geldschulden*) sont soumises au principe du nominalisme monétaire et aux risques entraînés par celui-ci sur les rapports juridiques dominés par le facteur temporel. L'évolution des dettes de valeur, étroitement liée aux effets de la guerre, a conduit à la délimitation de trois hypothèses primaires de manifestation des dettes de valeur : les créances de réparation, les créances de restitution et les créances nées de l'enrichissement sans cause.

5. Dans la **première partie** de l'ouvrage, après l'analyse de l'évolution historique des dettes de valeur et du phénomène de la dépréciation monétaire, sont analysées ponctuellement, chapitre par chapitre, les principales hypostases de manifestation des dettes de valeur. Un chapitre apart (chapitre 3^e) est consacré aux applications classiques des dettes de valeur. En ce qui concerne les créances de réparation, la solution traditionnelle en droit roumain (qui, malheureusement, n'a pas été retenue

par le Nouveau Code civil roumain) est celle de l'évaluation du préjudice au moment du jugement. La solution exprime le mécanisme classique des dettes de valeur, de permettre à tout moment la détermination de l'étendue de l'obligation par rapport à la valeur qui représente son objet le préjudice, pour les créances de réparation). Dans ce contexte, on a considéré comme nécessaire une présentation détaillée du problème du préjudice moral et de difficultés entraînés par les solutions adoptées par le Nouveau Code civil dans le domaine de la réparation.

Les dettes de valeur on été consacrées par la doctrine et la jurisprudence roumaines aussi en matière de contrat de bail à nourriture, l'étendue de l'obligation du débiteur étant déterminée à chaque échéance selon les besoins actuels du créancier. En ce qui concerne les obligations de restitution nées des faits juridiques licites, celles-ci obéissent souvent à des règles propres, qui ne réalisent pas toujours et en totalité le mécanisme des dettes de valeur. Ainsi, dans le cas de l'enrichissement sans cause, l'obligation de restitution est déterminée selon la règle de la double limite et dans le cas du paiement de l'indu, son régime est déterminé plutôt par rapport à la bonne foi ou à la mauvaise foi de celui qui accepte le paiement que par rapport à l'impératif de la remise dans l'état antérieur.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à l'analyse de l'incidence des dettes de valeur sur les différents hypothèses de restitution en droit prive et, implicitement, sur les rapports complexes – d'indépendance ou interdépendance – entre les dettes de valeur et les restitutions. À cause de la multiplicité des formes de manifestation, les créances de réparation entraînent le problème de la délimitation entre les restitutions normales – réalisées en exécution d'un contrat et entrées dans les prévisions des parties – et les restitutions anormales, consécutives à la nullité ou à la résolution (chapitre 4^e). Les restitutions paraissent gouvernées par une idée commune, celle de la remise à l'état antérieur ; toutes les restitutions supposent une opération de rétablissement de l'équilibre patrimonial par le retour de la valeur dans son patrimoine d'origine. À leur tour, les dettes de valeur tendent à réaliser la remise à l'état antérieur. Ainsi, au moins du point de vue de leur finalité, les restitutions et les dettes de valeur visent le même objectif, mais les dettes de valeur jouent dans les restitutions par équivalent.

Compte tenu de la disparité des règles gouvernant les restitutions, on a analysé d'abord l'applicabilité des dettes de valeur dans une première catégorie, celle des restitutions d'un patrimoine ou à l'occasion du partage, tout en soulignant les applications des dettes de valeur en matière d'universalités de droit (les régimes matrimoniaux et les successions) et de restitutions nées de l'annulation du jugement déclaratif de décès (chapitre 5^e). L'une des plus intéressantes applications des dettes de valeur concerne l'acquisition durant le mariage, en partie à l'aide des moyens propres, des biens entrés dans la communauté matrimoniale et la détermination du moment de l'évaluation de la contribution propre à l'occasion du partage. En droit roumain de la famille, le maintien

de la valeur dans le temps se réalise soit à l'aide des règles de la subrogation réelle, soit à l'aide des règles de l'accession. En droit patrimonial de la famille français, les dettes de valeur connaissent une réglementation légale sous la forme de la théorie des récompenses. Selon l'article 1469 du Code civil français, la récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant. Toutefois, elle ne peut être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire. Selon l'alinéa 3 de l'article 1469 du Code civil français, la récompense ne peut être moindre que le profit subsistant, quand *la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien* qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien.

En matière de successions, les dettes de valeur se manifestent à l'occasion du rapport des donations et de la réduction de libéralités excessives, car en ces domaines le Code civile en vigueur suit une orientation valoriste. Le Code civil français a statué expressément en ces domaines la solution valorise de détermination de la valeur du bien au moment le plus proche du celui du partage effectif, solution qu'on retrouve d'ailleurs aussi dans le Nouveau Code civil roumain.

Un chapitre distinct a été consacré aux restitutions normales (entrées dans les prévisions des parties), celles-ci ayant souvent un régime juridique légal. Dans ce domaine, les dettes de valeur trouvent application en ce qui concernent les restitutions entre les copropriétaires, les restitutions nées des actes juridiques visant l'usage d'un bien (telles l'usufruit, le prêt à usage ou de consommation), les restitutions nées des contrats concernant la conservation des biens (le dépôt) ou la prestation des services (le mandat) et les restitutions nées de l'incorporation des biens (entreprise et accession). Dans ces hypothèses, à cause de l'obligation du débiteur de conserver le bien, mais aussi à cause de l'obligation fondamentale de restituer le bien à l'échéance, la délimitation entre les restitutions et la responsabilité est extrêmement complexe. L'inclusion de l'obligation de restitution « normale » dans le champ contractuel entraîne la perturbation du régime de celle-ci sous l'influence des règles de la responsabilité civile.

Les plus grandes similarités existent entre les dettes de valeur et les restitutions fondées sur l'idée de rétroactivité, car celle-ci exerce une influence tant sur les restitutions consécutives à la nullité ou à la résolution, que sur les dettes de valeur (chapitre 7^e).

Un très court chapitre est consacré à une dette de valeur légale, consacrée dans le domaine de l'annulation des licenciements mal fondés ou illégaux. Dans ce cas, le législateur a consacré la remise intégrale du salarié licencié – du point de vue patrimonial - à l'état antérieur.

6. L'analyse de différentes hypothèses de manifestation des dettes de valeur nous a permis l'élaboration, dans la deuxième partie de l'ouvrage, d'une théorie unitaire de dettes de valeur, avec la délimitation de leur nature juridique, des coordonnées techniques et l'appréciation de l'autonomie des dettes de valeur par rapport aux restitutions et à la responsabilité.

Traditionnellement, les dettes de valeur ont été vues comme une catégorie distincte des obligations, catégorie intermédiaire entre les obligations en nature et les obligations monétaires. *Du point de vue statique*, l'analyse de la nature juridique des dettes de valeur a relevé leur appartenance à la catégorie des obligations pécuniaires. Ainsi, la différence principale entre les dettes de valeur et les obligations pécuniaires ne se manifeste pas du point de vue structurel, mais *dynamique*. Du point de vue des dettes de valeur, essentielle n'est pas l'absence de leur expression monétaire, mais l'existence d'un mécanisme d'évaluation et le moment où celui-ci intervient. Ces considérations conduisent à la nécessité d'élaborer une notion fonctionnelle des dettes de valeur.

D'une autre part, on s'interroge en quelle mesure la dette de valeur, dans l'acception de catégorie intermédiaire des obligations, pourrait se plier sur des obligations tellement diverses, telles de restitution, de réparation ou d'exécution par équivalent. Dans tous ces exemples, la dette de valeur n'intervient pas au moment de la naissance de l'obligation, mais dans son cours ; elle tient de l'aspect dynamique de l'obligation, en tant que mécanisme qui permet l'adéquation en valeur entre l'objet de l'obligation et son expression monétaire.

Les juristes français ont vu dans la dette de valeur tant l'explication d'une méthode d'évaluation utilisée par la jurisprudence et adoptée par le législateur pour maintenir la valeur de certaines créances dans le contexte de l'érosion monétaire, qu'un moyen technique susceptible de généralisation.

Selon nous, dans son acception primaire, la dette de valeur exprimait l'équivalence entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Mais, au delà de cette équivalence, les dettes de valeur expriment „le retard” dans l'évaluation de la créance jusqu'au moment du paiement effectif, la *double évaluation* ou la *réévaluation*, nécessaires pour le maintien en valeur d'une créance isolée. L'évaluation de la créance préalablement à son exécution impose la réglementation des plus-values ou des moins-values du bien, selon leur origine, et la détermination de la date d'évaluation, élément fondamental dans le contexte d'une dépréciation monétaire accentuée. Ainsi, toutes les dettes de valeur imposent la prise en considération de l'état du bien (élément constant) et de sa valeur (élément variable), l'étendue des dettes de valeur étant déterminée en règle générale en fonction de l'état physique du bien au moment de la naissance de la créance et en fonction de sa valeur au moment du paiement.

Ainsi, la spécificité des dettes de valeur ne se manifeste pas au niveau conceptuel, mais au niveau de leur fonctionnement. La dette de valeur ne représente pas, *stricto sensu*, une obligation civile autonome.

Le processus de naissance des dettes de valeur suppose deux étapes : la naissance d'une obligation en nature et l'impossibilité, matérielle, morale ou physique de son exécution directe. La dette de valeur intervient *in solutione*, en tant que mécanisme ayant incidence sur le processus de liquidation d'une obligation en nature. Le bien ou la prestation – objet du rapport juridique initial -devient le support de la valeur dans l'obligation subséquente d'exécution par équivalent. La dette de valeur réalise le lien entre l'obligation en nature et la créance liquide, pour assurer l'équivalence entre les deux modalités d'exécution.

Les dettes de valeur supposent deux éléments structurels, fondamentaux : l'évaluation de la créance et la conservation de la valeur. Elles représentent un mécanisme d'adéquation en valeur entre l'objet – authentique, introduit ou subrogé – de l'obligation et son expression monétaire. Les dettes de valeur se manifestent dans la dynamique de l'obligation et assurent la simplification de l'obligation principale (de réparation, de restitution, d'exécution etc.), qui est appréciée toujours par rapport à la valeur du bien au moment du paiement et dans son état physique du moment de la naissance de l'obligation.

Les dettes de valeur interviennent dans la structure des obligations dont l'exécution par équivalent monétaire ne représente pas le paiement „normal”, convenu par les parties au moment de la naissance de l'obligation ou prévu par la loi.

Les coordonnées techniques constantes des dettes de valeur, qui permettent tant leur identification, que l'application du régime juridique correspondant, consistent, en règle générale : en l'existence d'une obligation principale, dont l'objet est repris en valeur est transféré temporellement jusqu'au moment de la liquidation ; en l'intervention du facteur temps, exprimé par la différence entre la date de l'acte ou du fait juridique originaire des dettes de valeur et la date de l'évaluation, de l'expression monétaire concrète ; en la variabilité de l'expression nominale, qui met en évidence le rôle accessoire de la monnaie dans la structure des dettes de valeur, son caractère de mesure secondaire à finalité liquidative et la technique du retard dans l'évaluation.

Pour mettre le créancier à l'abri de la dépréciation monétaire, l'élimination du facteur temps s'avère nécessaire, l'évaluation devant intervenir au moment du paiement et non au celui de la naissance de l'obligation. Plus une convergence (même identité) temporelle entre le moment de la traduction nominale du quantum de l'obligation et celui du paiement constatée, plus la fonction des dettes de valeur d'assurer le transfert temporel de la valeur est réalisée. La dette de valeur s'éteint, en définitive, par le paiement d'une somme déterminée d'argent, mais son contenu est indépendant

par rapport à la simple addition des valeurs nominales, car il est établi par rapport au but de l'obligation et de son échéance.

Technique valoriste, les dettes de valeur consistent dans la délimitation ou dans l'introduction de la valeur d'un bien dans l'objet de la créance et dans son adéquation à l'expression monétaire au moment du paiement ou de l'exécution de la créance en cause. Ainsi, la vertu cardinale et caractéristique des dettes de valeur devienne le moment de l'évaluation : plus elle intervienne plus proche du moment du paiement, plus l'adéquation entre l'expression en valeur de l'objet de l'obligation et la somme d'argent remise en tant que paiement est plus proche de l'exécution en nature, prévue conventionnellement ou légalement.

7. La dette de valeur permet de mettre en évidence et de simplifier le régime de l'obligation de restitution par équivalent (chapitre 3^e). Dans tous les cas, est due la valeur du bien au moment du paiement et par rapport à l'état du bien au moment de la naissance de la créance. Ainsi, en tant qu'effet des dettes de valeur, les plus-values ou les moins-values enregistrées par le bien du fait du débiteur, profitent ou l'obligent à la réparation.

Aussi, les limites qui tiennent à la protection de la bonne-foi, à la protection des personnes incapables ou à la sanction de la mauvaise-foi représentent des limites de l'obligation de restitution en tant que telle. L'obligation de restitution par équivalent a comme élément de base la valeur déterminée conformément au mécanisme des dettes de valeur, à laquelle s'ajoutent ou se diminuent, selon l'option du législateur, la valeur des fruits perçus etc.

8. Fondé par la doctrine française sur la subrogation réelle dans une acception large, le fonctionnement des dettes de valeur peut être expliqué, de notre point de vue, plutôt selon l'idée de fongibilité économique, fondement de l'acceptation de la monnaie en tant que moyen quasi- universel de paiement (chapitre 4^e). La subrogation réelle joue un rôle important dans la formation et dans la conservation des dettes de valeur, mais elle ne peut pas expliquer la technique du retard dans l'évaluation de la créance jusqu'au moment du paiement effectif.

Notion pragmatique, la dette de valeur s'est adaptée d'une façon caméléonesque aux lois juridiques et économiques successives. Ses multiples visages lui confèrent plutôt un caractère fonctionnel qu'un caractère théoriquement unitaire. La dette de valeur appartient certainement au curret valoriste du droit moderne. En quête d'un fondement, elle hésite entre l'interprétation économique et le solidarisme contractuel et peut apparaître en tant que simple fiction juridique.

En fait, la dette de valeur réalise le retard dans l'évaluation de la créance, elle „temporise la date de l'estimation de la créance pour lui conférer une « actualité » et une « intégralité » du point de vue de l'étendue effective de la dette ou du préjudice. Elle n'est pas une fiction juridique, mais un moyen technique, admissible et nécessaire, pour supprimer le nominalisme monétaire”.

De notre point de vue, les dettes de valeur sont fondées sur l'idée d'équité. Par leur mécanisme, „expression de l'idéal de justice commutative”, le valorisme s'oppose au nominalisme monétaire.

9. Les dettes de valeur ne se confondent ni avec l'obligation de restitution, ni avec celle de réparation, ni avec le paiement. D'une façon similaire à la subrogation réelle, les dettes de valeur interviennent dans la dynamique de l'obligation et assurent „l'actualisation”, la corrélation en valeur, conformément à la structure et au contenu de l'obligation, entre son valeur en nature spécifique (autre que l'argent) et son valeur monétaire. Les dettes de valeur facilitent le paiement, car l'intervention de l'argent se produit dans un but liquidatif. Elles ont aussi le rôle de faciliter l'équivalence entre les différentes modalités d'exprimer l'obligation („en nature” ou par équivalent), à n'importe quel moment de leur existence.

L'utilité de l'étude des dettes de valeur part du constat que, de notre point de vue, l'influence de la vie économique sur le droit privé ne peut être ignorée et le juriste ne devrait ignorer les mécanismes qui tiennent au fonctionnement de l'argent – élément-clé du monde juridique moderne. Le contrat en tant qu'instrument juridique ne peut ignorer l'opération économique réalisée par son biais. Les normes contractuelles ne visent pas seulement la volonté des parties concernant le droit applicable, mais aussi une évaluation économique de l'opération réalisée, de l'objet du contrat. Celui est marqué, dans la même mesure, par la situation patrimoniale des parties, par les conditions objectives du marché et par l'influence (ou même intervention) de l'État par le biais des politiques économiques adoptées.

Dans ce contexte on apprécie que la flexibilité de la règle juridique peut-être la clé de sa pérennité. Un fonctionnement simple du marché, des échanges économiques limités, une politique économique nationale stricte ont favorisé la stabilité des règles juridiques applicable pour un certain période. Mais à partir du moment où le fonctionnement du marché a été bouleversé, ses lois on été contestées et multipliées, des échanges internationaux se sont intervenues, les règles juridiques doivent être adaptées pour assurer la stabilité et la fonctionnalité du Droit.

Laura-Florentina PĂLTINEAN (married RETEGAN)

ASSIGNMENT OF CLAIMS - LEGAL MEANS TO ACHIEVE THE DYNAMICS OF OBLIGATIONS

coordinator : prof.dr. Liviu Pop

Keywords: *assignment of claim, obligation, claim, debt, assignor, assignee, assigned debtor, third parties, opposability, publicity, acceptance, notice, electronic archive of security interests in movable property, accessories, security, dispute retraction, factoring, subrogation, assignment of debt, assignment of contract, novation.*

The Ph. D thesis circumscribes to the claim assignment matter, an institution with particular significance in the current context of liberalization of trade. Thus, technological progress, as well as free circulation of persons, services, capitals at community level determined an emancipation of claims in relation to tangible assets. Economic extension of the role of claims reads at legislative level as development of compliant mechanism for their circulation. And the institution of conventional claim assignment bears the emblem of translative operations on claims.

Pointing out the valences of the assignment mechanism implies progressive approach of the topic in six chapters. The contemplated methodology is also a gradual one: descriptive, analytical, comparative and constructive methodology.

The first chapter of the thesis stands for an “Overview of the Claim Assignment” starting from the inclusion of the subject in the dynamics of obligations. And this approach cannot be separated from the analysis of the notion of obligation and claim. We are currently assisting at a depersonalization of the obligation and accentuation of its patrimonial nature, which favored the development of the legal means of transfer and transformation of obligations.

Roman law was a laboratory for the appearance and configuration of the claim assignment institution, decisively influencing subsequent codifications. While in primitive Roman law the strictly personal and formalist character of the obligation relation did not allow any change of subject, in the last centuries of the Republic the trade needs brought about the possibility to detour the achievement of the claim assignment by using two methods: *novatio* by change of creditor and a particular form of mandate named *procuratio in rem suam*. Afterwards, imperial legislation making room for the principle of transmissibility of obligations tried to eliminate the above-mentioned shortcomings by two remedies: legitimizing of the assigned party to act in its own name by conferring a useful action (*actio utilis*) and notification of the assigned debtor (*denunciatio*) for not having been able to free itself from the debt any longer by the payment made to the assignor.

The Roman law system lies at the bedrock of evolution of claim assignment institution, being the premise for the causal pattern of assignment promoted by Napoleon's Code that was transposed also in our Civil Code adopted in 1864, under the rule of Alexandru Ioan Cuza.

Objectification of claim and its becoming closer to the regime of tangible assets triggered a question mark referring to the transfer object: claim right or right of ownership over a claim? If we consider the variables of the equation (personal right – real right), but also the traditional thesis of incorporation of the ownership right in its object, the matter raised seems at least surprising. Still, gradually, a few opinions started to shape, presently minority opinions, in the sense of reconsideration of the notion of ownership and scope of its object in what regards intangible rights. Although there are questions related to the compatibility of the two rights, application of international instruments, as well as legislative evolution from our country seem to make them get closer and closer. To this end we remind that jurisprudence of the European Court for Human Rights includes in the category of assets also the claims, granting them the protection provided by art. 1 of the First Protocol additional to the Convention.

The New Civil Code seems to make one step forward in favor of the theory of ownership of the claim, expressly including intangible things in the category of assets. Nevertheless, the New Civil Code does not suppress the regime of obligations, but deals with the matter of transfer of claims separately devoting it a system of own norms that are, indeed, here and there close to the ones set forth in the matter of transfer of tangible assets. Consequently, practical reality has imposed evolution in what regards the notion of assets, but without the configuration of a legal regime irrespective of the nature of the contemplated asset. In current context of reevaluation of the ownership field, even if generic use of the term of ownership were allowed, the protection regime granted is different, depending on whether the asset is a tangible asset or an intangible one.

All these aspects prepare the presentation of current regulation of claim assignment and anticipate the definition of this institution.

On the French model, the Romanian Civil Code dedicates the claim assignment an entire chapter named "Transfer of Claims and of Other Intangible Things", included in heading "Sales" (art. 1391-1404, chapter VIII, title V, book III). Also title VI of Law no. 99/1999, "Legal Regime of Security Interests", includes regulations on the priority order, publicity and execution of claim assignment. Despite the legislator's including the claim assignment in the part dedicated to sale agreement, this institution shows neutral character being able to materialize, as the case may be, a sale, an exchange, a donation, a *datio in solutum* or a guarantee.

In order to shape the definition of the claim assignment we should consider two elements: on the one hand, its belonging to the category of means of transfer of the obligations; on the other hand, the fact that we are dealing with a synallagmatic

agreement, but whose effects produce beyond the assignor and assignee, from the moment of compliance of the opposability exigencies.

The New Civil Code, on the model of systematization of proposed by the doctrine and a few modern legislations, operates a permutation in what regards the position of the claim assignment, including it in a separate title destined to transfer and transformation of obligations (art. 1199-1210, chapter I, title V, book V), thus confirming it its own position.

Depending on the actual operation it embodies, claim assignment may have one of the following three functions: it ensures the mobility of claims, represents a payment instrument or for guarantee.

Chapter two of the thesis contemplates the "Conditions of Claim Assignment". The triangular character of the assignment of claims particularizes the structure of the conditions required for a classic contract, one distinguishing between conditions of validity between parties and conditions of opposability towards third parties. In their turn, the validity conditions are traditionally divided into substance conditions and form conditions.

The validity conditions of the assignment of claims follow the general law rules applying to obligations, without substantially derogating from the same.

Assignment of claims although generating tripartite relations among assignor, assignee and assigned debtor, from the point of view of its formation is a bipartite contract, as the achievement of the agreement of will between the assignor and assignee is sufficient.

A few specifications should be made especially in what regards the object of assignment. Thus, French jurisprudence enunciated as principle the possibility for the assignment of future or possible claims, irrespective of the legal or conventional origin, accessory or main character, of being the object of a contract, but subject to their sufficient identification.¹ Considering the general provisions of art. 965 of the Civil Code, assignment of future claim should be admitted in our law as well. Neither possible claims should be excluded *de plano* to the extent to which they fall within the limits provided by art. 964 and 1010 of the Civil Code.

Unlike old regulation, the New Civil Code expressly deals with the issue of assignment of future claims, setting forth that they may be the object of an assignment, but "the deed must include the elements allowing the identification of the assigned claim" (art. 1572, paragraph 1 of the New Civil Code).

Against such background one should separate the assignment of claims from a potestative right, in reference of the hypothesis of a unilateral sale promise providing the possibility of substitution of a third party for the beneficiary of the promise. Obviously we cannot talk about an assignment of claims when there are potestative rights involved. Qualification of the mentioned contract structure has generated both in practice and doctrine a series of discussions, either the substituting of the beneficiary

of a unilateral promise with already existing institutions (stipulation for another), or use of mechanisms *sui generis* (substitution of persons, and namely substitution of contracting party) being proposed. Yet, the analysis of the effects of the operation allows us to conclude that by the exercising of the substitution faculty included in a sale promise one may achieve an assignment of contract.

At the same time, in reference of the assignment object one should discern between the scopes of a conventional non-assignability clause for the situations in which this is not absolutely forbidden by law. Such a clause included in the contract from which the assigned claim arises does not affect the validity of assignment, yet the assignor being exposed to payment of damages to assigned debtor. Certain solutions from French jurisprudence² modulated the reminded position, the inopposability of the clause depending on the ignorance of the assignee in what regards its existence.

In the New Civil Code the regime of the non-alienability clauses vary depending on the assignment relating to a money claim or not, but in both hypotheses, the breach of the interdiction to assign the claim stands for a case of contract default, and the assignor will be exposed to payment of damages under art. 1570, paragraph 2 of the New Civil Code.

Between parties, civil law clearly provides the formation of the assignment contract subject to the consensualism principle. "Delivery of title", meaning *instrumentum*, ascertaining written record for the claim, to which art. 1391 of the Civil Code refers, is related to the delivery obligation. In what regards free assignment of claims it is necessary to resort to the solemnity of the authenticated written record required for donation, under general law.

Although the New Civil Code follows the same rules in what regards the assignment, the provisions of art. 1578 of the New Civil Code deprive it of efficiency in the relations with the assigned debtor, if the assignee, issuer of the notice, cannot deliver it, at request, the written proof of the operation. One may not record the same conclusion when the assignment notice is made by the assignor.

Considering the triangular character of the assignment of claims, the legislator created an opposability regime that derogates from the rule according to which the rights arising from a contract are rightfully opposable.

Currently, assignment formalities towards third parties are differently regulated from the provisions of art. 1393 of the Civil Code and chapter 3 named "Publicity and Preference Order of Security Interest" from title VI of Law no. 99/1999.

Thus, the Civil Code requires the fulfillment of two types of formalities: either notice to the debtor of the assignment, or acceptance of the assignment made by the debtor by means of an authenticated deed. Assignment is, in principle, notified, by a summons of the official receiver sent, as the case may be, on the initiative of the assignor, assignee, the heirs of one or the other or even at the request of both parties.

Notice is no longer necessary when the debtor “has accepted” the assignment by an authenticated deed, which situation is rather rare in practice and, especially, only when the very transfer is made by authenticated deed, the assigned party being invited to participate. The solution of existence of an authenticated deed for ensuring opposability towards third parties, imperatively promoted by the Civil Code, pursues the elimination of any fraud that could occur with regard to the date, as a privately signed document could be easily antedated or postdated. But the mentioned objective could be reached also by a certain date privately signed document.

The analysis of specialized jurisprudence proves a moderation of the mentioned formalities in the relations with the assigned debtor. At the same time, resorting to the extensive interpretation of the notion of fraud, corroborated with the identification of the scope of third parties in relation to the assignment, certain conditions made efficient also the mere awareness of the assigned debtor. No equivalent measures are recognized towards the other third parties for ensuring the assignment opposability.

Allowing of equipollent forms of notification, respectively acceptance in relation to assigned debtor, justifies the splitting of the qualification of the nature of the forms provided by art. 1393 C. civ. Depending on the envisaged third parties. Thus, if for the assigned debtor these are a means of information, for other interested parties they have a publicity function.

Once with the becoming effective of title VI of Law no. 99/1999 “all assignments of claim rights”, without distinguishing between the existence or non-existence of the purpose of the assignment to secure the fulfillment of the obligations, are governed in what regards “priority order, publicity and execution” by the rule provided by such normative act. And chapter 3 of title VI of Law no. 99/1999 resorts to a modern system of publicity, and namely the registration of the assignment with the Electronic Archive of Security Interests in Movable Property. But this form of publicity of the assignment of claims is justified especially in the assignment of claims with the title of security, than in the case of the other types of assignment.

As regards the conciliation of the two regulations, in relation to the successive assignees and assignor’s creditors, 99, paragraph 2 of title VI of Law no. 99/1999 sets forth that the relation between the forms provided by the Civil Code and the publicity made under Law no. 99/1999 is a subsidiary one, in the sense that the first grant priority only to the extent to which such assignment was not registered with the archive. On the other hand, for the assigned debtor solution is not finally settled depending on the area of applicability of the provisions of art. 85 of title VI of Law no. 99/1999 imposing that when the “secured asset, consisting of a money claim, is assigned, the assignor must notify the assigned debtor in writing of the assignment”.

One should note a few particularities in what regards the mortgage claims and the claims resulting from credit contracts concluded with a consumer with special regulation. Thus, in order to ensure the opposability of the assignment of mortgage claims, the

legislator opt for a system made of formalities, depending on the envisaged third parties: in relation to the assigned debtor an informal notice, towards other third parties the registration with the Archive, if “they have not become aware otherwise” (art. 25 of Law no. 190/1999). For the consumer from a credit contract, assignment will become opposable “by notice addressed to it by the assignor” (art. 71, paragraph 2 of the Emergency Government Ordinance no. 50/2010).

The New Civil Code operates a splitting of the requirements imposed in the opposability matter, distinguishing between the assigned debtor or successive assignees. In relation to assigned debtor authenticated acceptance and notification are replaced by acceptance by means of a certain date written record and paper written or electronic communication, the priority order towards the successive assignees will be established depending on the registrations with the Electronic Archive of Security Interest in Movable Property. Opposability formalities provided in relation to the assigned debtor have to be fulfilled also towards the fidejussor, if otherwise this cannot be bound to pay to the assignor (art. 1581 of the New Civil Code).

In the hypothesis of successive assignments made by the same assignor with regard to the same claim, to the assigned debtor the rule of priority of the first communication or acceptance with certain date will apply. On the other hand, in the relations between the successive assignees pursuant to art. 1583, paragraph 2 of the New Civil Code “the one that first registered its assignment with the archive is preferred, irrespective of the date of assignment or its communication to the debtor”.

A series of exceptions from the above-mentioned publicity formalities are regulated in certain domains consisting of either their fulfillment by other means, or by elimination or even replacement with simplified particular forms.

Both the admissibility of extenuated forms of notification, respectively acceptance in the relations with the assigned debtor, and the regulation included in the New Civil Code lead to the dissociation of the issue of discharge of the debtor from the one of claim holding capacity in case of successive assignment made by the assignor. Hence, the necessity to explain the category of third parties towards the assignment and the pointing out of the consequences of fulfillment or non-fulfillment of the formalities set forth in this matter. Starting from a restrictive definition of the notion of third parties towards the assignment, the majority of doctrine includes in the category the assigned debtor, other assignees of the same claim and the assignor’s creditors.

In principle, according to art. 1395 of the Civil Code the assigned debtor that was not officially informed of the change of the creditor may validly discharge paying the assignor³, the assignee not being allowed to claim the assigned debtor a second payment, but keeps the right of recourse against the assignor. Vice versa, since the publicity procedure has been fulfilled, the change of the creditor has full effect, so that the assignor disappears from the obligation relation, the assigned party becoming only the assignee’s debtor and being able to be validly discharged only if paying the

latter. In terms of jurisprudence, the presented rule has some limitations when the debtor, being aware of the assignment, acts fraudulently together with the assignor and when the debtor accepts the assignment after payment.

In the conflict occurred between various assignors, like in land registration, the principle *prior in tempore, potior in iure* applies, the winner being the party whose assignment has been the first the object of the formalities set forth by art. 1393 of the Civil Code and not the one that first acquired the claim. If successive assignments occurred in what regards the same claim were recorded with the Electronic Archive of Security Interest in Movable Property again the rules of first registration priority operates. In the competition between the forms provided by art. 1393 of the Civil Code and the registration with the archive the registered assignment, irrespective of the date, will win. The New Civil Code establishes the priority between successive assignees by relation to the registration with the archive.

Chapter three deals with the rules governing the “Effects of Assignment of Claim”. The geometry of the effects of the assignment of claims follows a dualist pattern, similar to the one contemplated on the occasion of development of the conditions of the operation, regarding, on the one hand, the relations between the parties, and on the other hand the third parties to the assignment.

The main effects of the assignment of claims between the parties of the legal act relate to the transfer of the claim with all its characteristics and the obligation of guarantee on the assignor’s part. Additional obligations incumbent, as the case may be, on the assignor or on the assignee, depending on the contractual provisions, will add to these.

The essential purpose pursued by the parties on the occasion of conclusion of the assignment contract is the transfer of the claim right from the assignor to the assignee. As we are talking about a consensual contract, assignment brings about an instantaneous, immediate transfer between the parties of the claim once they expressed their consent to this end. The claim right remains unchanged, keeping its civil or commercial nature, and so do the payment conditions.

If the object of assignment is a future claim, according to the derogatory provisions of art. 1572, paragraph 2 of the New Civil Code, this is considered transferred from the moment of conclusion of the assignment contract.

According to the principle that reads *accessorium sequitur principale*, transfer refers also to the claim accessories, whose contents depend on the meaning ascribed to this notion.

First of all, from the very wording of art. 1396 of the Civil Code the transfer as accessories of the securities created for the payment of the claim, such as surety, privileges and mortgage, is obvious. Analysis may be extended also to: pledge, retention right and property reserve clause. Autonomous securities, by their very nature independent from the fundamental relation, may be automatically transferred

simultaneously with the transfer of the claim, only if the parties expressly have provided so in the deed by which such securities have been created.

Transfer of accessories envisages also the clauses referring to the determination of the payment object, respectively financial accessories, from which we enumerate: interest and other income of the claim that has not yet reached maturity.

Another category of accessories is that containing the accessories relating to the due fulfillment of the assigned claim if the debtor does not understand to willingly pay, as well as the ones allowing the obtaining of compensation as a consequence of the deed of a third party with consequences on the claim execution. In principle, the shares that belonged to the assignor and are attached to the claim will be rightfully transferred, except for the non-patrimony or strictly personal ones of the assignor. First of all, we refer to the actions protecting the creditor's rights, such as guarantee action, paulian action, derivative action, but also to the action aiming at the execution of the claim, and namely action for payment, which are transferred to the assignee as accessories. Strict relation to the assigned claim, which could be reduced or even lost as a consequence of a previous act of a third party, also justifies the transfer of the contractual or delictual liability actions. On the other hand, resolutive action shall be considered transferrable only in the hypothesis in which it has compensatory function, and not when its purpose is the release of the assignor from its obligation. The transferrable or non-transferrable character of the annulment action gives rise to real controversy. A series of arguments tend to consider the non-transferability as accessory of the action for total relative nullity. Yet, the rightful transfer as accessory of the actions seeking partial nullity could not be excluded, which could be useful when the basic contract would contain clauses impeding the recovery of the claim.

In this context we should consider also the clauses referring to disputes, from which we mention the arbitration clauses and the competence-assigning clauses, whose transfer may be justified rather by their categorizing as elements relating to the claim regime establishing.

The assignor is bound towards the assignee to fulfill the delivery obligation consisting of the delivery of the title ascertaining the claim and corresponding to the delivery of the sold thing.

Moreover, the Civil Code sets forth for onerous assignment a legal guarantee, also called rightful guarantee partially corresponding to the one accompanying a sale of assets. Still, because the assignor and the assignee are parties of a contract by which they can arrange the relations between them, they may derogate from the suppletive rules established in this matter limiting or amplifying such guarantee, in which case we are talking about a conventional guarantee.

The New Civil Code provides similarly an obligation of guarantee for the existence of the claim and, in addition, distinctly regulates the guarantee obligation for the eviction resulting from assignor's own deed.

The mandatory minimal obligation, provided by art. 1392 of the Civil Code envisages both actual existences of the claim itself and of its accessories. Legal guarantee covers neither the solvency of the debtor, nor the solvency of subsidiary debtors. If all the conditions of the rightful guarantee are met, by the cancellation mechanism, except for the situation of sale of the claim when a nullity action of the assignee is recognized, the assignor will have to return the price of the assignment, the contract charges, the charges of the pursuit uselessly initiated by the assignee against the assignor, possible the ones related to call on guarantee and damages.

Conventionally, the assignor may decrease its liability and resort to its full elimination, in the limits of the law. Oppositely, the assignor may increase its guarantee obligations compared to the ones it is bound to under the law. A clause of this kind consists in the guaranteeing of both the claim existence and debtor's solvency. Articles 1397 and 1398 of the Civil Code, but also the provisions of art. 1585, paragraph 2, thesis two and paragraph 3 of the New Civil Code establish the legal regime of such a clause from two points of view: the assignor, guaranteeing the debtor's solvency undertakes only up to the price paid by the assignee, and in absence of formal provision, this does not guarantee future solvency.

The assignee's obligations in its relations with the assignor do not have specific characteristics, but shape themselves depending on the type of operation the assignment is considering.

In what regards the effects of the assignment on the assigned debtor, since the exigencies provided by art. 1393 of the Civil Code are met, this may be validly discharged only in the hands of the assignee under the sanction of making the payment twice. The assigned debtor may be employed by the new creditor only to the extent to which it was engaged towards the assignor, because the assignment of claim cannot aggravate its situation.

Thus, the assigned debtor may avail itself against the assignee of all nullity clauses, cancellation that could result from the claim-generating contract, before notification. It will also oppose its new creditor the guarantee exception that it used to owe the assignor, based on eviction caused by the latter, non-fulfillment exception, payment exception, prescription, authority of judged thing or other exceptions regarding the diminution of the assigned claim and not its paying-off.

The principle of opposability of exceptions thus set forth is yet eliminated in a few hypotheses. We refer to compensation if the assigned debtor accepts the pure and simple assignment of claims ascertained by nominative titles by order or nominative bearer titles.

The New Civil Code basically provides the same rules, but it also brings in a few important specifications and distinctions. Thus, the assigned debtor's right to oppose the assignee all the defense means it could have invoked against the assignor is expressly worded, and art. 1582, paragraph 2 of the New Civil Code regulates a particular

application in the assignment area of the discharging effect of the payment made in good faith to an apparent creditor.

As soon as the opposability formalities are fulfilled, the assignor's creditors will lose their general pledge right with regard to the assigned claim, because towards third parties it is completely out of the assignor's patrimony and enters the one of the assignee, becoming the pledge of the latter's creditors.

The effects of the assignment of claim have certain particularities when the operation focuses on a dispute claim or is made for guarantee purposes.

The fact that a claim is contested does not prevent, in principle, its being transferred by assignment. Still, in order to fight back excessive speculation, Civil Code provides in articles 1402-1403 a means of defense regarding its effects: dispute retraction. By means of retraction, the assignor's opponent, becoming the retracting party, will substitute the assignee, named retracted party, revoking the assignment by a kind of coercive expropriation and ending the trial. Specific provisions for this matter infer four conditions necessary for valid exercising of dispute retraction: existence of a trial at the assignment moment, the trial regarding the right substance, the right to maintain its dispute character at the date when the retraction is invoked and transfer be made in exchange for a price.

It operates between the retracting party and the retracted party as a legal resolutive condition, resulted from the dispute nature of the assigned right. Consequently, the retracting party is retroactively vested with the dispute right, it being deemed that the assignee has never been its holder. Despite the intervention of the retraction, the assignment deed continues to exist, further producing effects in the relations between the assignor and assignee.

The New Civil Code, following the criticisms expressed in older doctrine, as well as the model of other legislations such as the Italian Civil Code, German Civil Code (BGB), does no longer keep the dispute retraction institution.

In absence of own regulation regarding the shaping of the regime of assignment of claim under the title of guarantee is oscillating, in doctrine, between the variant of assignment under suspensive condition and the one of full, but temporary transfer of the claim. This assignment is different, on the one hand, from a classic claim assignment made for selling such claim, and on the other hand, from a security on a claim right.

The New Civil Code analyzes the claim assignment under the title of guarantee as being an operation assimilated this time to the mortgage of the claims. At the same time, the New Civil Code creates also the premises of a fiduciary assignment in the conditions in which title IV, art. 773-791 introduces the trust institution, although the authenticated form of the trust contract will be rather difficult to conciliate with the flexibility required to the assignment mechanism.

Chapter four of the theses continues the study of the claim assignment mechanism integrated in a complex commercial contract, and namely, the factoring contract.

Brief regulation of factoring has generated a series of discussions on the typology of such contract. Considering jurisprudence in this matter, organizing of factoring in other law systems from the European Union, as well as UNIDROIT Convention from Ottawa of 1988 on international factoring, the assignment mechanism seems sufficient in order to ensure the transfer of the claims and the substitution of factoring in the adhering party's rights, without it being necessary to double the transfer operation through subrogation.

The complexity of the factoring contract resides in the additional obligations assumed by the factor, compared to the ones resulted from a classic claim assignment. Depending on the scope of the services offered by the factor, several forms of factoring have been developed in practice, such as: old line factoring, maturity factoring, factoring with or without right of recourse on the adhering party, factoring without notification or factoring with notification.

Nevertheless, a few essential elements characterizing factoring contract may be distinguished, irrespective of the modality in which they present themselves, as follows: commercial contract, bilateral contract, onerous contract, commutative contract, consensual contract, successive performance contract, *intuitu personae*.

The New Civil Code does not expressly organize the factoring regime, but from the mentions comprised by the description of reasons of the adoption law it results that the legislator understood to base the contract in question on the claim assignment mechanism.

Although claim assignment stands for the general framework of regulation of factoring ensuring the transfer of the claims, by its contamination with elements from the area of other legal operations this tends to manifest in a particular way. Thus, as related to a classic claim assignment, the factoring contract includes a few specific conditions and effects: assigned claim may origin only from a act of trade and must be expressed by specific title – invoice; the parties of a factoring contract, named adhering part and factor, will necessarily hold the capacity of traders; it is an essentially onerous contract; contains specific clauses such as the globality clause, and the exclusivity clause; obligations assumed by the parties are more extended than in the hypothesis of an assignment and vary depending on the agreed factoring type.

Chapter five of the thesis named “Delimitation of Claim Assignment from Other Triangular Legal Operations” adds to the picture of the assignment of claims the investigation of their similarity and difference elements as compared to other legal operations with three persons, such as: subrogation in the creditor's rights by payment of the claim, debt assignment, contract assignment, novation by change of creditor.

Subrogation in the creditor's rights is the closest institution to the assignment of claims, in the sense that, like the latter, it substitutes a creditor by another and realizes a transfer of the same claim, and not its payment-off accompanied by a new one. Therefore, the

New Civil Code detaches subrogation from payment, and claim assignment from the sale matter, and treats them together in title VI named “Transfer and Transformation of Obligations”. Even if close, the assignment of claims and subrogation are notably different, especially in terms of purpose, conditions and effects of each of them. One should note that the opposability forms required in the hypothesis of assignment of claims do not appear in the case of a subrogation, be it a conventional or a legal one. In order for subrogation to be opposable, one should consider the provisions of art. 1182 of the Civil Code referring to certain date, and in accordance with art. 1593, paragraph 3, last thesis of the New Civil Code, “in order to be opposable to third parties, it must be ascertained by written record”. Recent doctrine studies tend to shade off the differences between the two institutions, drawing them near up to identification in order to cumulate the advantages that each of them is offering. Subrogation consented by the creditor justifies its success due to minimum formalism, and the assignment of claims due to scope of transfer, not being limited to the assignment price.

Not only that the Civil Code in force does not organize a system of assignment of the debt similar to the claim, but it also does not regulate such an institution, so that it is traditionally considered that similar results may be obtained by detoured means. Some of them achieve what we call imperfect assignment without discharging effect for the initial debtor (stipulation for another, imperfect delegation), and other perfect assignment engaging its discharge (perfect delegation and novation by change of debtor). Besides the mediated forms of achievement of debt assignment, doctrine and jurisprudence consider that based on the principle of contractual liberty it could be agreed that a person undertake towards the debtor to pay its debt. Therefore, this is about a direct assignment of debt, but whose legal regime moving away from the assignment claim by the fact that its efficiency will depend upon the assigned creditor’s consent.

Following the amendments to the initial project, the New Civil Code regulates, after the patten of German and Swiss legislation, as well as according to the codification projects at European level (UNIDROIT Principles, Principles of European Law of Contracts) the institution of debt take-over. Art. 1599 of the New Civil Code refers to two modalities of achievement of debt take-over, and namely: by the convention between the initial debtor and the new debtor, whose efficiency depends on the creditor’s consent, or by the convention concluded between the creditor and the new debtor.

Consequently, in both cases the creditor’s consent is required, as the transfer of the passive side may affect the creditor’s position, the realization of its claim depending on the debtor’s solvency and the ability to execute it. As regards the hypothesis of the debt take-over by contract concluded with the debtor, the creditor’s consent appears to be an effective one, so that until obtaining the creditor’s consent or in case of its refusal, we are in the presence of an internal debt take-over⁶, producing effects only between the initial debtor and the new debtor, in the sense that the latter “must discharge the debtor executing the obligation in due time” (art. 1608 of the New Civil

Code). In what regards this aspect, debt take-over is different from the correlative mechanism of claim assignment, which takes place without the consent of the assigned debtor, it being notified being sufficient.

In terms of effects of take-over, we may distinguish between two categories: take-over of discharging debt and take-over of cumulative debt. In reality, we may talk about an assignment only in the first case, when debt leaves for good the patrimony of the initial debtor in order to enter the patrimony of the second debtor. In this situation, with a few exceptions, the take-over of debt manifests at the level of effects as a correspondent of the claim assignment, operating a substitution of the debtor, the initial debt remaining identical.

Currently, both doctrine and jurisprudence allow the possibility of conventional contract assignment, but there still are serious disputes related to its nature, the role of the assigned party, and the very name of the operation. In absence of express provisions, its regime is not finally set.

If initially contract assignment was seen only as a result of the joining of a claim assignment and debt assignment, gradually the institution of contract assignment started to state its legal autonomy in doctrine, analytical theory being replaced by a unitary conception of the operation.

Systematic analysis of French doctrine and jurisprudence proves the absence of unitary conception in what regards the valences of the assigned party's consent with regard to the operation. Opinions expressed can be grouped in three large categories. Thus, the assigned party's consent to the operation has the value of a formatting consent, of an effective consent or authorization. Still, we note that the authors supporting the hypothesis of authorization of contract assignment dissociate from this institution the discharge issue, which, in its turn, would involve the assigned party's consent.

Romanian doctrine of the last ten years took over a significant part of the differences expressed in the French law area. Recently, our jurisprudence was called to deliver judgment on the qualification and validity of legal operations, on which occasion the autonomy and translative character of the contract assignment was recognized.⁷ Mentioned practice, although it does not settle all legal issues relating to the value of the assigned party's consent, still admits the discharging effect of the convention in what regards the assignor. Starting from a syncretic analysis of the contract, the assigned party's will is useful for authorizing an operation by which its situation would be affected due to the effects accompanying it. In other words, in this hypothesis the assigned party's consent is configured as being a necessary authorization for the achievement of the totality of effects of the contract assignment.

The importance of contract assignment is confirmed by the New Civil Code allotting it a special section in its "Contract" Chapter (Section 8, art. 1315-1320). As conceived in the new regulation, contract assignment appears as a unique operation, producing an indivisible effect, but for whose achievement the assigned party's consent is required.

It is not clear what the role of this consent is, but we are of the opinion that solution should be correlated with the one recorded in the debt take-over matter.

Despite the discussions referring to the determination of the contract assignment regime, a few common and different aspects may be pointed out in relation to the claim assignment. Thus, contract assignment, like claim assignment, allows the realization of a succession with particular title, and not the creation of new rights between the assigned party and the assignee. Even if tended to believe that there are only quantitative differences between them, in the sense that the claim assignment transmits the active side of the obligation relation, and contract assignment envisages both its active and the passive side, the unitary conception on the latter operation proves us the contrary. Contract assignment does not mean only the transfer of the rights and obligations resulting from it, but of the very capacity of party with all prerogatives granted to it.

Novation by change of the creditor is also partially analogous to claim assignment realizing a substitution of the initial creditor, but there are also significant differences between these two institutions.

In order for a novation to be involved, debtor must concur to the operation, while an assignment is made without the necessary participation of the assigned party. The main element of distinction between novation and claim assignment resides in the level of the effects of the two. Novation, unlike claim assignment, does not operate the transfer of the same claim, but the payment-off of the old one and the creation of a new one.

The last chapter of the thesis renders “Elements of Compared Law and Regulations regarding Cross-border Assignments”. Extension of use of the assignment claim institution determined a series of preoccupations for creating international instruments in this matter. We remind to this end the United Nations Convention on the Assignment of Claims in International Trade adopted in New York in 2001. A special place in the context of the trends of harmonization of European legislations is occupied by the principles elaborated for international contract, with facultative application, to the extent to which the contracting parties referred to them explicitly. This is the case of UNIDROIT Principles that in 2004 edition deals with the assignment of claims, of the Principles of European Law of Contracts, a project published by the Commission of European Law of Contracts, supported by the European Community, of the European Code of Contracts of the Academy of European Private Lawyers (“Gandolfi Code”) and of the Common Reference Draft. These transpose a modern conception on the assignment with minimum exigencies in what regards opposability.

Comparative study of the assignment of claims in the internal order of several states allows us to outline a general chart with regard to the legislative tendencies followed in relation to the formalities of assignment towards third parties. We are considering the Belgian law, the French law, the Italian law, the Canadian law, the German law, the Swiss law, the Spanish law and the English law.

In the conditions in which assignment is subject to distinct regulations depending on the law system in question, obviously the matter of rules applicable to cross-border assignment occurs, solved either by instituting a mechanism of conflict norms, or by using a mixed method, and namely the combination of uniform material law rules with rules regarding the conflict of laws, as in the case of the United Nations Convention on the Assignment of Claims in International Trade adopted in New York in 2001. At the level of the European Union, a possible conflict of laws occurred in relation to the contractual obligations in civil and commercial matter will be solved in accordance with the uniform norms of the (EC) Regulation no. 593/2008 of the Parliament and Council of June 17, 2008 regarding the law applicable to contractual obligations (Rome I). Art. 14 of Rome I Regulation provides specific conflict rules referring to the conventional assignment of claim.

Also Law no. 105/1992 regarding the regulation of international private law relations contains a series of conflict norms referring to the hypothesis of claim assignment. Still, Rome I Regulation, a community normative act with direct applicability, will prevail in the matters that are the objects of its regulation against Law no. 105/1992. Book VII named "International Private Law Provisions" of the New Civil Code does not contain special provisions regarding the settlement of a conflict of laws in the claim assignment matter of general law, but in what regards the claim assignment for guarantee purpose (assimilated operation), art. 2632 of the New Civil Code mentions that the provisions referring to publicity and its effects comprised in Chapter III, Section 7 providing for real estate mortgages shall apply accordingly, yet taking into account their specific nature.

Further analyses in connection with the subject of the assignment of claims allow us to draw certain general **conclusions** and make proposals of *lege ferenda*.

Comparative approach proves that the principles elaborated in the matter of international contracts and the majority of the legislations analyzed provide simplified forms of "warning" the assigned debtor with regard to the assignment, sometimes mere awareness being sufficient. There are few cases when additional formalities towards other third parties are necessary and are applicable only in certain areas.

Evolution of jurisprudence, in the interpretation of the provisions of art. 1690 of the French Civil Code (corresponding to art. 1393 of the Romanian Civil Code) and the remediation solutions proposed prove the necessity of redimensioning the conditions of opposability of the claim assignment and the return to the general law of contracts.

As a matter of fact, the parallel analysis of the institution of subrogation in the creditor's rights, another means of transfer of the claim, may question the legal reasons justifying the maintaining of a distinct and formalist opposability system only in the assignment area.

Consequently, the aspects pointed out prove the complexity of the claim assignment subject and justify the systematization and analysis of its dynamics.

Floarea GROSU

GARANȚIILE PROCESUALE ALE LIBERTĂȚII PERSOANEI ÎN LUMINA CONVENȚIEI EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

conducător de doctorat : prof.dr. Gheorghită Mateuț

Cuvinte cheie: *Mecanisme juridice care garantează libertatea și siguranța persoanei. Conceptul de libertate. Libertatea persoanei. Libertatea fizică, individuală și libertatea de mișcare. Siguranța persoanei. Drepturile omului. Libertățile publice. Diferențieri conceptuale. Garanții juridice. Garanții procesuale specifice libertății persoanei. Garanții instituționale specifice libertății persoanei. Componentele specifice autorităților juridictionale cu atribuții în materia privării sau restricționării dreptului la libertate. Conceptul de independență a autorităților judiciare. Conceptul de imparțialitate a autorităților judiciare. Garanții substanțiale specifice libertății persoanei. Garanții de procedură specifice libertății persoanei. Garanții procesuale în sens restrâns și garanții procedurale (formale) ale libertății persoanei. Categoriile de măsuri privative sau restrictive de libertate. Funcționalitate. Măsuri procesuale și preventive restrictive sau privative de libertate. Măsuri provizorii privative de libertate. Forme propriu – zise ale privării și restricționării libertății persoanei. Reținere. Arestare. Forme auxiliare ale privării sau restricționării dreptului la libertatea persoanei. Autorități judiciare competente. Condiții și temeuri. Compatibilități. Procedura habeas corpus. Durata rezonabilă a măsurii arestării preventive. Măsuri restrictive de libertate. Alternative la detenție. Arestarea provizorie. Garanții ale libertății persoanei în procedurile de extrădare. Garanții ale libertății persoanei în procedura mandatului european de arestare.*

ARGUMENTE. SCOP. OBIECTIVE . METODE DE CERCETARE

Lucrarea reprezintă o *cercetare juridică* axată pe metoda analizării *procedurii cazuistică* care evidențiază rolul garanțiilor procesuale în ansamblul mecanismelor juridice care garantează libertatea și siguranța persoanei în dreptul procesual român cu cele două componente ale conceptului de libertate, respectiv libertatea fizică sau individuală și libertatea de mișcare.

a. Scopul cercetării: Evidențierea modului în care se realizează *transpunerea în procedura judiciară*, a garanțiilor procesuale ale libertății persoanei, consacrate în dreptul intern și *compatibilitatea* acestor garanții cu exigențele impuse de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, respectiv modalitatea în care este îndeplinită obligația pozitivă de a realiza o construcție normativă care asigure protecția oricărei persoane împotriva unei privări sau restricționări de libertate arbitrară; evidențierea modalității în care a fost realizată construcția mecanismelor juridice care garantează libertatea și siguranța persoanei în dreptul procesual penal român, care constituie o concludentă *demonstrație în demersul pentru adaptarea sistemului instituțional în general și a sistemului judiciar în special* exigențelor impuse de tratatele și convențiile internaționale ratificate de România, în special ale Convenției Europene a Drepturilor Omului, evidențiindu-se în același timp rolul normei convenționale și al jurisprudenței instanței de contencios european al drepturilor omului în realizarea reformei instituționale.

b. Obiectivele cercetării științifice:

1. Evidențierea *efectului dinamizator* al reglementărilor internaționale în reformarea legislativă, în problematica libertății individuale în dreptul procesual penal român, al rolului normei convenționale și a jurisprudenței instanței de contencios european al drepturilor omului în realizarea reformei instituționale. În acest context s-a subliniat faptul că instituirea mecanismelor juridice de natură a asigura respectarea dreptului la libertatea și siguranța persoanei s-a realizat în contextul reintegrării României în ordinea juridică internațională, prin preluarea normelor cu valoare juridică internațională care asigură preeminența dreptului în respectarea libertății persoanei și că preluarea acestor norme cu valoare juridică internațională a impus atât *respectarea exigențelor de ordin instituțional*, dar și *reconsiderarea* în mod imperativ a conținutului dispozițiilor relative la drepturile procesuale ale părților cu referire expresă la procesul penal, care a fost *radicală* din perspectiva garanțiilor privind libertatea persoanei, constând în abrogarea sau amendarea acelor dispoziții de drept substanțial sau de drept procesual care contraveneau exigențelor impuse de reevaluarea conceptului de drepturi ale omului, prin înlocuirea unei reglementări lapidare cu o reglementare *explicită*, uneori chiar *exhaustivă*.

2. Analiza *sistemului de reglementare* a garanțiilor procesuale ale libertății persoanei în dreptul procesual penal, a locului și rolului acestora în evitarea privărilor de libertate arbitrare abordarea incluzând și modificările legislative incidente în materie, urmare a intrării în vigoare a Legii nr. 202/2010 și de asemenea reglementările conținute în Noul cod de procedură penală, analiza fiind comparativă din această perspectivă.

3. *Structurarea în detaliu a informației*, prin *definirea* conceptului de garanții procesuale și *evidențierea* particularităților construcției acestui sistem de protecție, *indicarea cadrului de reglementare*, a interpretărilor date în jurisprudență și prezentarea modului de aplicare practică, diferențiat în raport de fiecare dintre cele trei categorii de garanții procesuale respectiv instituționale, procedurale și substanțiale. A fost evidențiat *locul* și *rolul garanțiilor procesuale* în respectarea dreptului la libertatea și siguranța persoanei în condițiile în care, fiind vorba despre un drept fundamental și inalienabil, problematica libertății individuale impune prin însăși natura sa cerința instituirii unui sistem de protecție adecvat, concretizat în garanții juridice și instituționale, care, *particularizate în contextul procesului penal* atât din perspectiva *cadrului* în care intervin cât și al *scopului* instituirii se circumscriu conceptului de *garanțiilor procesuale*. Aceasta deoarece, garantarea libertății persoanei nu poate fi asigurată doar prin consacarea în norma constituțională a libertății individuale și a libertății de mișcare, în mod firesc fiind dublată de reglementarea în norma juridică a formelor în care aceasta poate fi suprimată sau restricționată.

4. Evidențierea rolului major al practicii judiciare ca *mecanism de aplicare* a garanțiilor procesuale și a modalității în care se realizează *transpunerea reglementărilor în această materie în procedura judiciară*, diferențiat în raport de fiecare dintre cele trei

categorii de garanții care intră în sfera conceptului de garanții procesuale, respectiv garanții instituționale, garanții de procedură și garanții substanțiale și **modalitatea în care jurisprudența conturează** aceste garanții, selecția jurisprudenței fiind realizată prin raportare la opiniile diferite enunțate în practica instanțelor de judecată, cu referire la fiecare dintre aspectele care au fost abordate.

Obiectivele stabilite și evidențiate mai sus, conferă tematicii abordate nu doar o *utilitate* teoretică ci mai ales *practică*, prin exemplificarea modului în care se realizează în transpunerea în jurisprudență a reglementărilor care consacră aceste garanții ale libertății persoanei și de asemenea a modului în care principiul aplicabilității directe și principiul aplicării prioritare a reglementărilor internaționale în domeniul drepturilor omului, consacrate în art. 20 alin. 1 și 2 din Constituția României se concretizează în activitatea organelor judiciare în această materie.

c. Metodologia cercetării științifice

În realizarea obiectivelor mai sus expuse, au fost abordate mai multe *metode de cercetare specifice cercetării juridice*, respectiv **metoda documentării, respectiv a cercetării bibliografice, metoda logică, metoda comparativă, și metoda analizării procedurii cazuistic.**

Astfel, analiza dispozițiilor legale care reglementează garanțiile procesuale ale libertății persoanei și respectiv a interpretărilor aduse în doctrină acestui concept, a fost realizată prin procedeul **cercetării bibliografice, respectiv a documentării**, prin raportare la o perioadă relativ extinsă, începând cu reglementările anterioare modificărilor legislative operate prin Legea nr. 281/2003 și modificările aduse acestui domeniu prin noul Cod de procedură penală, documentarea vizând de asemenea și reglementările cuprinse în CEDO și jurisprudența Curții europene a Drepturilor Omului precum și punctele de vedere exprimate în doctrină la acest moment cu referire la reglementări legislative recente și actuale sau chiar viitoare, în condițiile în care lucrarea face referire la reglementările conținute în noul Cod de procedură penală. Această metodă a fost aplicată și cu referire la *reglementările internaționale în materia dreptului la libertatea individuală și libertatea de mișcare* și de asemenea cu referire la *doctrina de referință în materia dreptului european al drepturilor omului* abordându-se de asemenea un studiu aprofundat al jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului la libertate și respectiv la libertatea de mișcare, care interferează în mod direct cu problematica abordată în lucrare.

A fost utilizată de asemenea și **metoda logică**, fiind surprinsă structura și dinamica reglementărilor legislative în acest domeniu, și a interpretărilor jurisprudențiale, în încadrarea condițiilor și cazurilor în care poate interveni privarea sau restricționarea libertății persoanei în cursul procesului penal.

Metoda **comparativă** a fost de asemenea un instrument esențial în realizarea prezentei lucrări, în condițiile în care au fost abordate reglementările legale și interpretările jurisprudențiale prin *raportare la exigențele impuse de Convenția europeană și respectiv*

Curtea Europeană a Drepturilor Omului și la relevanța pe care diferite reglementări specifice acestui domeniu o au în asigurarea exigențelor specifice dreptului la libertate consacrat prin art. 5 paragraful 1 lit. c, prin evidențierea concordanței cu reglementările din dreptul intern și modul în care se asigură transpunerea în practică a acestor reglementări.

Metoda analizării procedurii cazuistic, integrată de fapt în metoda definită în cercetarea juridică ca fiind **metoda cantitativă** s-a impus de asemenea, deoarece explicarea și analiza acestui domeniu, nu putea fi disociată de practica dreptului, mai ales în domeniul garanțiilor substanțiale care au și un caracter preponderent jurisprudențial.

SINTEZA CONȚINUTULUI TEORETIC AL TEZEI

Lucrarea este structurată în patru capitole Capitolul I conține o primă secțiune în care este definit cadrul de referință al conceptului de *garanții procesuale și interferența* acestora cu noțiunea de libertate, - cu cele două accepțiuni, respectiv libertatea individuală și libertatea de mișcare – pornind de la ideea că însăși natura acestui drept impune cerința instituirii unui sistem de protecție adecvat, concretizat în garanții juridice și instituționale, care particularizate în cursul procesului penal se circumscriu sistemului garanțiilor procesuale, existența unui sistem judiciar eficient de natură a conferi un caracter cu adevărat concret sistemului de protecție al acestui drept, presupunând în mod obligatoriu și o construcție normativă care să conțină garanții adecvate pentru evitarea unei privări arbitrare de libertate, respectiv garanții instituționale, garanții de procedură și substanțiale care se circumscriu acestui concept unic.

În definirea conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei abordarea pornește de la semnificația etimologică a noțiunii, raportându-se la elemente care vizează pe de o parte la **cadrul** în care intervin, iar pe de altă parte la **funcționalitatea și scopul** instituirii măsurilor privative sau restrictive de libertate.

1. Din perspectiva acestor criterii, avându-se în vedere în primul rând **cadrul de manifestare**, s-a apreciat că, rigurozitatea definirii conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei impune în primul rând **delimitarea de alte forme de privare sau de restricționare a libertății persoanei care exced desfășurării unei activități judiciare de natură penală** care au fost exemplificate în cuprinsul lucrării, garanțiile procesuale **vizând acele condiții specifice prevăzute de lege care permit restricționarea sau chiar privarea de libertate în cursul procesului penal**, (cadrul normativ care reglementează această materie evidențiind faptul că o măsură restrictivă sau privativă de libertate constituie o excepție de la exercițiul drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, care impune respectarea unei proceduri prevăzute de lege, de natură a asigura posibilitatea evitării oricărui abuz al autorităților judiciare și care necesită garantarea mijloacelor pentru descoperirea și înlăturarea abuzurilor și erorilor).

2. În contextul referirii la același **cadru procesual** în care intervine privarea sau restricționarea dreptului la libertate s-a apreciat că pentru definirea garanțiilor procesuale ale libertății persoanei este necesară o altă delimitare, care trebuie raportată la

funcționalitatea măsurilor procesuale prin care este posibilă privarea sau restricționarea libertății persoanei, făcându-se diferențierea între **formele propriu-zise ale privării de libertate** care intervin prin instituirea măsurilor preventive și **formele auxiliare ale privării de libertate**, concretizate în alte măsuri procesuale care însă au un caracter auxiliar în procesul penal, în raport cu formele propriu – zise ale privării de libertate, acestea din urmă prin însăși natura caracterului preventiv și respectiv a scopului în care au fost instituite, impunând asigurarea unor garanții procesuale, care au o componentă instituțională, procedurală și substanțială.

Diferențierea a fost necesară deoarece, chiar dacă și formele auxiliare ale privării sau restricționării libertății impun respectarea unor condiții, intrând în sfera de protecție a art. 5 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, se circumscriu altor situații de legitimitate, fără însă a justifica acele garanții specifice care decurg din însăși natura și specificul măsurilor preventive, și care sunt impuse în considerarea art. 5 paragraful 1 lit. c din norma convențională citată. S-a evidențiat în contextul acestei necesare delimitări faptul că formele auxiliare ale privării libertate vizează situația în care privarea de libertate are un caracter subsecvent, fiind o consecință subsidiară a unui act procesual efectuat cu un scop determinat, procedându-se la exemplificarea situațiilor care intră în această categorie. Au fost subliniate diferențierile existente între cele două forme de privare de libertate care intervin în cursul procesului penal, diferențieri care sunt esențiale, în condițiile în care garanțiile procesuale impuse în situația formelor auxiliare ale privării de libertate nu presupun o abordare tridimensională de natura celei specifice formelor principale ale privării de libertate, fiind suficientă realizarea *scopului*, constând în executarea obligației stabilite de o autoritate judiciară, acesta fiind de altfel argumentul pentru care nu au fost incluse în analiza care face obiectul prezentei tematici. A fost subliniat faptul că diferențierea dintre cele două forme ale privării de libertate este evidențiată și mai mult în contextul legislativ actual, în condițiile în care, dispozițiile art. 184 alin. 3¹ Cod procedură penală, astfel cum a fost modificat prin art. XVIII pct. 19 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor extinde posibilitatea restricționării *dreptului la libertate* și în privința *martorului* care refuză să se supună mandatului de aducere, în condițiile în care măsurile preventive privative sau restrictive ale libertății individuale și de mișcare prin însăși natura lor, nu pot fi extinse altor categorii de participanți la procesul penal, reprezentând mijloace de constrângere care pot fi luate cu îndeplinirea unor condiții de fond și formă specifice numai împotriva învinutului sau inculpatului, diferențierea netă între cele două forme ale privării de libertate propriu zise și respectiv auxiliare fiind evidențiată și în noul Cod de procedură penală, prin art. 209 alin. 3.

3. În definirea conceptului de garanții procesuale, a fost abordată diferențierea față de *alte forme de privare de libertate, care intervin de asemenea în cursul unei proceduri judiciare*, având aparent *aceeași funcționalitate* respectiv privarea sau restricționarea libertății persoanei, dar care nu se circumscriu raportului juridic principal, ci intervin în cadrul unei proceduri judiciare specifice, *scopul* acestora fiind diferit, derivând din

necesitatea respectării principiului preeminenței dreptului internațional și principiului curtoaziei internaționale și reciprocității, fiind vorba despre acele forme speciale de arestare, în vederea extrădării și în procedura mandatului european de arestare.

Spre deosebire de celelalte forme de privare de libertate cu caracter extrajudiciar sau auxiliar, **formele speciale de privare de libertate**, chiar dacă prezintă diferențieri din perspectiva construcției normative care fac posibilă instituirea lor, față de formele propriu zise ale privării sau restricționării dreptului la libertate, (determinate de faptul că, chiar dacă, din perspectiva statului solicitant există un proces penal în derulare, acest fapt nu este opozabil statului român, deoarece nu aparține sferei sale de jurisdicție) sunt însă circumscrise de asemenea unor *categorii de garanții procesuale* în considerarea faptului că ingerința în libertatea persoanei intervine în scopul desfășurării unei proceduri judiciare de tragere la răspundere penală a persoanei față de care se dispun, fiind circumscrise acestei categorii arestarea provizorie în vederea extrădării și arestarea în procedura mandatului european de arestare.

Din perspectiva acestor delimitări sfera garanțiilor procesuale care fac obiectul analizei lucrării vizează **acele condiții specifice prevăzute de lege care permit restricționarea sau chiar privarea de libertate**, în procedura luării măsurilor preventive, și respectiv în procedurile de extrădare și de executare a mandatului european de arestare, **toate acestea fiind considerate forme principale ale privării de libertate**, care pot fi luate, în considerarea funcționalității acestora numai împotriva persoanelor cu privire la care se derulează procedura judiciară principală. Particularitățile dintre aceste forme ale privării de libertate propriu zise și respectiv speciale, justifică diferențierile din perspectiva construcției normative care fac posibilă instituirea lor, ambele fiind însă circumscrise unor *categorii de garanții procesuale esențiale*, în considerarea faptului că ingerința în libertatea persoanei intervine în scopul desfășurării unei proceduri judiciare de tragere la răspundere penală a persoanei față de care se dispun.

În contextul tematicii abordate prezintă interes așadar în primul rând formele propriu – zise ale privării și restricționării libertății persoanei întrucât acestea presupun asigurarea garanțiilor procesuale specifice, care derivă din caracterul preventiv al acestora, motiv care a justificat de altfel includerea lor în sfera măsurilor preventive, și respectiv formele speciale sau provizorii ale privării de libertate care presupun în esență asigurarea acelorași garanții procesuale, în considerarea faptului că au aceeași funcționalitate deși se raportează la proceduri judiciare diferite, aceste garanții nefiind specifice altor măsuri sau dispoziții procesuale care pot avea ca efect privarea sau restricționarea dreptului la libertate.

Garanțiile procesuale ale libertății persoanei se circumscriu sferei de referință a *garanțiilor juridice* definite mai sus fără însă a se identifica cu acestea, întrucât conțin, alături de elementele incluse în această categorie generală și aspecte particularizate, specifice domeniului ocrotit prin instituirea acestora.

O abordare în detaliu a conceptului, a impus de asemenea diferențierea *garanțiilor procesuale* în raport de **modalitatea în care este asigurată ocrotirea dreptului** sau interesului legitim, în **garanții instituționale** care privesc competențele autorităților judiciare cu atribuții în materia dreptului la libertate, **garanții de procedură** care condiționează valabilitatea actelor procesuale sau procedurale după caz și **garanții substanțiale**, reprezentate de condițiile de fond prevăzute de lege pentru instituirea unor măsuri privative sau restrictive de libertate, criteriul de clasificare vizând așadar **modalitatea de concretizare a mecanismului de protecție**.

La rândul lor, garanțiile de procedură, au fost structurate în *garanții procesuale* - în sensul restrâns al termenului – și *garanții procedurale sau formale*, după cum după cum mecanismul de protecție se concretizează în condiții care vizează valabilitatea actelor procesuale sau al actelor procedurale după caz.

Un alt element de raportare în analiza conceptului de garanții procesuale se referă la **construcția normativă** a acestora, care este diferențiată, fiind corespunzătoare celor două componente ale conceptului de libertate, respectiv **libertatea individuală** sau fizică, ocrotită prin art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și **libertatea de mișcare, sau libertatea de circulație**, garantată prin art. 2 paragraful 1 și 2 din Protocolul nr. 4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, garanțiile procesuale de natură a asigura respectarea acestora având un conținut diferit, adaptat particularităților specifice.

Chiar dacă unele dintre componentele garanțiilor procesuale se suprapun, în condițiile în care, în cursul procesului penal incidența unei privări de libertate sau restricționări ale dreptului la libera circulație se realizează în aplicarea mecanismului măsurilor preventive în condițiile reglemente de art. 136 Cod procedură penală, există diferențieri, atât la categoria garanțiilor instituționale cât și ale garanțiilor jurisdicționale, justificate de faptul că, semnificația celor două noțiuni este diferită, chiar dacă în esență vizează un concept unic, în condițiile în care intervenția autorităților în libertatea fizică a persoanei, care intră sub incidența art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului constituie o *privare de libertate*, iar intervenția în libertatea de mișcare sau de circulație reprezintă doar o *restricționare a libertății persoanei*.

Valorizarea diferențiată se concretizează și în aceea că, în cazul dreptului la *libertatea individuală* sau fizică care intră sub incidența sferei de protecție a art. 5, deși inclus în categoria drepturilor condiționate (respectiv susceptibile de restricții sau derogări), marja de apreciere recunoscută statelor părți în considerarea principiului subsidiarității este limitată exclusiv la situațiile expres conținute în text, spre deosebire de situația dreptului la care se referă art. 2 din Protocolul nr. 4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, dar și a celorlalte drepturi consacrate de Convenție (cu excepția celor considerate intangibile), cu referire la care, în termenii clauzei de ordine publică, exercitarea poate fi restricționată în situația în care este prevăzută de lege și necesară într-o societate democratică, în scopul protecției siguranței publice, a ordinii, a sănătății ori a moralei

publice și pentru protecția drepturilor și libertății semenilor. Ceea ce se impune a se sublinia din perspectiva garanțiilor procesuale, atât cele care vizează respectarea dreptului la libertatea individuală sau fizică a persoanei cât și cele privind libertatea de mișcare este faptul că acestea intervin în context penal, întrucât ambele se circumscriu categoriei măsurilor preventive, care pot fi luate cu respectarea condițiilor prevăzute de lege numai în scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal sau pentru a se împiedica sustragerea învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată sau de la executarea pedepsei.

S-au subliniat în definirea conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei **diferențierile conceptuale existente** și sub aspectul conținutului **noțiunilor de libertate și siguranță** la care face referire textul art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, chiar dacă aceste diferențieri nu justifică instituirea unor garanții specifice conținutului celor două noțiuni, în condițiile în care, dreptul la libertatea fizică, individuală, este în corelație și interdependență cu dreptul la siguranță, iar cele două noțiuni, „libertate individuală” și respectiv „siguranța persoanei”, consacrate în aceeași normă convențională deși din perspectivă doctrinară nu reprezintă un concept unic, constituie în esență valențe ale aceluiași drept fundamental și inalienabil care este dreptul la libertatea individuală a persoanei, *habeas corpus*.

S-a impus această delimitare conceptuală subliniindu-se faptul că **garanțiile procesuale ale libertății persoanei în accepțiunea extinsă a acestei noțiuni, constituie expresia dreptului la siguranța persoanei** accentuându-se faptul că, prin adoptarea Legii nr. 135/2010 privind noul Cod de procedură penală se reformulează conceptul care vizează libertatea individuală, asigurându-se o abordare completă a garanțiilor consacrate prin art. 23 din Constituția României, prin reglementarea în art. 9 a *dreptului la libertate și siguranță*.

Chiar dacă aparent această formulare nu pare a avea alte conotații decât cele consacrate în actuala reglementare, în condițiile în care, cuvântul „siguranță” nu are un sens independent de cel al cuvântului „libertate”, precizarea legiuitorului este importantă, deoarece siguranța, având o accepțiune care depășește libertatea individuală a persoanei, presupune protecția persoanei împotriva ingerințelor arbitrare ale autorităților publice în dreptul său la libertate, iar reglementările conținute în alin. 2, 4 și respectiv 5 din textul art. 9 al noului Cod de procedură penală, constituie - alături de reglementările specifice privind angajarea răspunderii penale, disciplinare, materiale, etc. a autorităților implicate în instituirea sau executarea acestor măsuri - mijloace prin care este garantată siguranța persoanei, subliniindu-se obligația autorităților judiciare de a garanta efectiv dreptul la libertate al persoanei, prin îndeplinirea cerinței respectării condițiilor prevăzute de lege în instituirea acestor măsuri, referirile la situațiile în care măsura privativă sau restrictivă de libertate a fost dispusă „nelegal”, conducând la această concluzie, fiind menționată cu caracter imperativ necesitatea respectării căilor legale în restricționarea acestui drept, și mai ales caracterul excepțional al instituirii unei măsuri privative sau restrictive de libertate, în aliniatul 2 al textului citat mai sus.

Acest text de lege *enunță* de altfel, *structurat în conținutul aceluiași articol*, spre deosebire de actuala reglementare și *garanții jurisdicționale specifice* privării de libertate, constând în dreptul oricărei persoane arestate de a fi informată în cel mai scurt timp și într-o limbă pe care o înțelege asupra motivelor arestării sale și respectiv dreptul de a formula contestație împotriva dispunerii măsurii, valorizând în mod diferit obligația consacrată în art. 5 paragraful 2 și respectiv în art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, putându-se concluziona că obligațiile la care fac referire dispozițiile alin. 4 și 5 din noul Cod de procedură penală și de asemenea consacrarea caracterului excepțional al măsurilor privative sau restrictive de libertate în aliniatul 2 al aceluiași text de lege, constituie o **transpunere a garanțiilor care vizează siguranța persoanei**, care deși nu pot fi dissociate de restul garanțiilor care vizează privarea sau restricționarea dreptului la libertate, se alătură acestor garanții.

În același timp, formularea conținută în art. 9 din noul Cod de procedură penală care vizează dreptul la *libertate și siguranță* reunește în cadrul aceluiași concept *libertatea fizică* a persoanei, prin referirea la măsurile privative de libertate cu *libertatea de mișcare*, referindu-se la măsurile restrictive de libertate care au corespondent în măsurile preventive ale controlului judiciar sau pe cauțiune, în cadrul cărora poate fi instituită interdicția inculpatului de a nu părăsi țara sau localitatea.

O altă particularitate specifică noului Cod de procedură penală, din perspectiva garanțiilor procesuale ale libertății persoanei rezidă în faptul că, subzistă modificări substanțiale în materia măsurilor preventive în general și a măsurilor preventive privative de libertate sau restrictive de libertate în special, întrucât conturează practic o nouă abordare în această materie, valorizându-se în altă modalitate garanțiile specifice libertății persoanei, exemplificându-se în acest sens reglementarea competențelor în această materie în faza de urmărire penală și în procedura de cameră preliminară, reglementarea explicită a principiului proporționalității oricărei măsuri preventive cu gravitatea acuzației aduse unei persoane precum și a principiului necesității unei asemenea măsuri pentru realizarea scopului legitim urmărit prin dispunerea sa; reglementarea necesității informării scrise a persoanei supuse oricărei măsuri preventive asupra tuturor drepturilor pe care legea i le recunoaște; instituirea la nivel de principiu a caracterului excepțional și subsidiar al măsurii arestării preventive în raport cu alte măsuri preventive; reglementarea ca măsuri preventive distincte a măsurii controlului judiciar sau a controlului judiciar pe cauțiune; reformularea cazurilor în care se poate dispune arestarea preventivă a unei persoane; stabilirea unor criterii legale în raport cu care să fie apreciat pericolul concret pentru ordinea publică care poate constitui un temei al arestării preventive în cazul infracțiunilor grave; reglementarea unei noi măsuri preventive respectiv arestul la domiciliu, lărgindu-se astfel posibilitățile de individualizare a măsurilor preventive; instituirea unei durate maxime a arestării preventive și în faza de judecată și instituirea în privința minorilor ca regulă generală, posibilitatea privării de libertate, numai dacă efectele unei astfel de măsuri asupra personalității și dezvoltării lor nu ar fi disproporționate față de scopul legitim urmărit prin luarea măsurii.

S-a evidențiat faptul că noile reglementări instituite prin actul normativ enunțat mai sus, conțin din perspectiva măsurilor preventive privative de libertate și o restrângere a unor garanții procesuale, justificate în expunerea de motive a actului normativ menționat prin scopul desfășurării cu celeritate a procesului penal, abordarea unui punct de vedere din perspectiva justificării unei asemenea restrângeri a garanțiilor procesuale, în raport de scopul enunțat, fiind realizată în cadrul capitolelor următoare, în analiza comparativă cu garanțiile recunoscute în materie de actuala reglementare.

În Secțiunea 2 s-a procedat la definirea și clasificarea garanțiilor procesuale în trei categorii, avându-se în vedere criteriul **modalității de concretizare a mecanismului de protecție** în **garanții de procedură, garanții substanțiale și garanții instituționale**.

În definirea conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei s-a subliniat faptul că, în conținutul acestei noțiuni este cuprins ansamblul **garanțiilor juridice generale** ale respectării legii procesual penale, subsumate ideilor de independență a justiției ca manifestare a principiului preeminenței dreptului și de așezare a procesului penal pe principii fundamentale democratice, concretizate în normele constituționale și în principiile directe ale procesului penal, la care se adaugă **garanții specifice**, particularizate în raport de faza procesului penal și natura drepturilor procesuale ocrotite prin aceste garanții.

Garanțiile procesuale ale libertății persoanei, se circumscriu sferei de referință a **garanțiilor juridice** fără însă a se identifica cu acestea, întrucât conțin, alături de elementele incluse în această categorie generală și aspecte particularizate, *specifice domeniului ocrotit prin instituirea acestora*.

Garanțiile procesuale specifice dreptului la libertatea persoanei, în accepțiunea extinsă a noțiunii de libertate, sunt definite ca fiind o construcție normativă care conține garanții instituționale, garanții de procedură și garanții substanțiale, reprezentând ansamblul mijloacelor juridice care asigură inviolabilitatea persoanei fiind circumscrise conceptului unic de garanții procesuale în sens larg, în condițiile în care, restricționarea dreptului la libertatea individuală și la libertatea de mișcare intervine cu precădere în cadrul unei proceduri judiciare respectiv al unui proces penal.

Garanțiile procesuale ale libertății persoanei, în accepțiunea extinsă a acestui concept, reprezintă ansamblul mecanismelor prin care este asigurată respectarea dreptului la libertate recunoscut de lege participanților în procesul penal, respectiv învinutului sau inculpatului cu referire la care pot fi dispuse asemenea măsuri, de natură a asigura ocrotirea acestui drept în aplicarea instituțiilor procesuale sau în luarea unor măsuri procesuale în cadrul procesului penal, astfel încât privarea sau restricționarea acestui drept să fie legitimă.

Pornind de la abordarea conform căreia, garanțiile procesuale ale libertății persoanei constituie ansamblul mijloacelor prin care este asigurat dreptul la libertate al învinutului sau inculpatului, în cadrul procesului penal, acestea au fost clasificate *după cum mecanismul de protecție se concretizează în condiții care vizează autoritatea cu atribuții în materia*

dreptului la libertate, procedura sau în condiții de fond, în **garanții instituționale**, care privesc competențele autorităților judiciare cu atribuții în materia dreptului la libertate, **garanții de procedură**, care condiționează valabilitatea actelor procesuale sau procedurale după caz și **garanții substanțiale** reprezentate de condițiile de fond prevăzute de lege pentru instituirea unor măsuri privative sau restrictive de libertate.

Categoria **garanțiilor de procedură** a fost structurată de asemenea în două categorii distincte, după cum mecanismul de protecție se concretizează în condiții care vizează valabilitatea actelor procesuale sau procedurale în **garanții procesuale în sens restrâns**, care vizează valabilitatea actelor procesuale și **garanții procedurale** care condiționează valabilitatea actelor procedurale.

Această clasificare a garanțiilor de procedură este justificată de faptul că măsurile prin care se dispune privarea sau restricționarea dreptului la libertatea persoanei în procesul penal, respectiv actul de dispoziție al autorității judiciare competente să dispună privarea sau restricționarea dreptului la libertate se concretizează în **acte procesuale** și se materializează în **acte procedurale**, condițiile prevăzute de lege pentru valabilitatea acestora constituind, în esență, alături de celelalte elemente evidențiate mai sus, garanții ale unei privări sau restricționări legitime de libertate.

Garanțiile procesuale specifice dreptului la libertate al persoanei, în accepțiunea extinsă a conceptului, sunt concretizate așadar în **ansamblul reglementărilor care definesc componenta autorității jurisdicționale și ale autorității Ministerului Public** din perspectiva **competențelor și atribuțiilor** în materia privării respectiv restricționării dreptului la libertate, precum și reglementările care vizează **condițiile de fond și de formă** în care pot fi instituite măsuri.

Componentele specifice autorității jurisdicționale, respectiv puterii judecătorești și autorității Ministerului Public, care intră în sfera **garanțiilor instituționale**, prezintă relevanță din perspectiva exigențelor care vizează controlul jurisdicțional al arestării sau detenției impus de art. 5 paragraful 3 și respectiv paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, prevalând în mod firesc competențele autorității jurisdicționale în această materie.

Garanțiile de procedură, cu cele două componente - respectiv garanții procesuale în sens restrâns și garanții procedurale, se impun a fi respectate în considerarea condiției „regularității” detenției, exprimată prin sintagma „potrivit căilor prevăzute de lege” conținută în paragraful 1 al art. 5 din Convenția Europeană de Drepturilor Omului.

Garanțiile instituționale specifice libertății persoanei sunt concretizate în ansamblul reglementărilor care definesc **componenta autorităților judiciare**, respectiv ale **puterii judecătorești și ale Ministerului Public**, identificându-se cu **garanțiile pe care fiecare dintre autoritățile numite mai sus le pot oferi din perspectiva atribuțiilor și competențelor specifice în această materie**.

Garanțiile instituționale fiind circumscrise conceptelor de *independență și imparțialitate a autorităților judiciare*, s-a procedat la analiza conținutului acestora, conceptele de *independență* și respectiv de *imparțialitate* având semnificații diferite, presupunând realizarea unor condiții specifice, constituind substanța unui principiu unic care condiționează legitimitatea unei privări de libertate care intră în sfera de protecție a dreptului prevăzut de art. 5 paragraful 1 lit. c din norma convențională citată mai sus, fiind de esența garantării acestui drept, exercitarea unui control jurisdicțional al privării de libertate de către o autoritate care să presupună îndeplinirea acestor condiții.

A fost precizată sfera de aplicare a garanțiilor de independență și imparțialitate prin raportare la condiția ***independenței și imparțialității magistratului care exercită controlul jurisdicțional în materia arestării sau detenției preventive***, instituită în considerarea necesității respectării cerinței prevăzute în conținutului dreptului prevăzut de art. 5 paragraful 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care vizează controlul automat al legalității măsurii constând în prezentarea „de îndată” a persoanei arestate sau deținute înaintea unui judecător sau a altui magistrat împuternicit prin lege cu exercitarea atribuțiilor judiciare, care să aibă capacitatea de a dispune eliberarea, dacă constată că măsura este nelegală sau netemeinică, la condiția *independenței și imparțialității magistratului însărcinat cu controlul unei arestării sau detenții* dispuse în vederea conducerii unei persoane în fața unui tribunal, referirea

vizând problematica menținerii în detenție preventivă în cursul procesului penal, respectiv condiția de independență și imparțialitate a magistratului care se pronunță asupra prelungirii detenției provizorii, la cerința *independenței și imparțialității* impusă *tribunalului care judecă recursul* la care se referă art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, respectiv instanței care examinează legalitatea măsurii privative de libertate, prin raportare la cerințele de procedură și de fond necesare pentru a se dispune o asemenea măsură.

Abordarea analizei conținutului conceptelor de independență și imparțialitate ale autorităților judiciare cu atribuții în materia privării sau restricționării libertății persoanei, realizată în mod diferențiat prin raportare la independența și imparțialitatea puterii judecătorești și a autorității Ministerului Public a fost *realizată atât prin raportare la standardele europene* de protecție ale dreptului la libertate, dar și la ***vulnerabilitățile*** conceptului de independență a judecătorului în contextul actual de reglementare din perspectiva ***protecției acestuia de influențe nepotrivate, presiuni, amenințări sau intervenții, directe sau indirecte, din partea celorlalte puteri ale statului respectiv puterea politică și puterea executivă, dar și în ceea ce privește protecția acestora de presiunile exercitate de diferite grupuri de interese, inclusiv prin mijloacele mass-media***. Pornind de la principiul conform căruia garantarea independenței judecătorilor presupune și existența unei protecții adecvate împotriva presiunilor exterioare și că nu poate fi apreciată ca suficientă afirmarea acestui principiu, fără construcția normativă a acelor instrumente de natură a oferi o protecție adecvată și din acest punct de vedere, au fost evidențiate situații concrete în care s-au manifestat aceste vulnerabilități

prin intervenția puterii politice sau executive dar și a grupurilor de presiune, prin observații privind instrumentarea și soluționarea anumitor dosare aflate în curs de judecată apte a influența exercitarea funcțiilor judiciare, la percepția sistemului judiciar asupra modului în care este asigurată independența sistemului judiciar și care conturează inexistența unei reale protecții a judecătorilor împotriva presiunilor exterioare. S-a subliniat faptul că aceste presiuni aduc atingere nu doar *independenței funcționale* prin diminuarea încrederii pe care într-o societate democratică autoritățile judiciare trebuie să o inspire justițiabililor ci și *independenței personale* prin contestarea acelor capacități și respectiv calități ale judecătorului investit cu soluționarea unei propuneri de luare a măsurilor preventive mai ales cele privative de libertate, indispensabile pentru exercitarea funcției și care prezintă o relevanță majoră din perspectiva noțiunii de independență, în raport de cerința aparenței presupusă de acest concept .

Din perspectiva garanțiilor instituționale s-a evidențiat faptul că, o componentă esențială a independenței judecătorului, o constituie și reglementarea cuprinsă în art. 126 alin 3 din Constituția României care definește *rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție în asigurarea interpretării și aplicării unitare a legii*, transpusă în reglementările conținute în legile speciale respectiv în normele de procedură, care sunt esențiale din perspectiva garanției de independență a judecătorului întrucât ***afirmă rolul creator al judecătorului între lege și drept, consolidând astfel puterea judecătorului în raporturile cu puterea legislativă și cea executivă, prin impunerea regulii de drept statului, în contextul unor reglementări ambigue, insuficiente sau contrare exigențelor impuse de necesitatea respectării drepturilor și valorilor fundamentale.***

Aceasta deoarece se creează prin aceste reglementări acel ***echilibru dintre judiciar și legislativ***, care *controlează judiciarul prin puterea de a stabili instanțele judecătorești, competența și procedura de urmat* conform reglementărilor art. 126 din Constituția României, prin ***afirmarea rolului jurisprudenței în situațiile menționate, care nu constituie o simplă aplicare a legii ci creează reguli generale, având prin aceasta o funcție normativă, autonomizând judiciarul în cadrul normei statale, autonomie care afirmă și accentuează independența judecătorului.*** Relevantă din perspectiva acestei componente a conceptului de independență a judecătorului, este reglementarea conținută în Noul Cod de procedură penală, adoptat prin Legea nr. 135/2010, prin noua abordare a instituției recursului în interesul legii, conținută în art. 471-474 noul Cod de procedură penală accentuându-se independența judecătorului, impunerea regulii de drept statului realizându-se în mod determinant, fiind analizate din aceeași perspectivă și modificarea prin art. XVIII pct. 57 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor a dispozițiilor art. 414² Codul de procedură penală. S-a subliniat faptul că aceste reglementări, ca și cele existente în această materie în actualul Cod de procedură penală, din perspectiva conceptului de independență a judecătorului au și o altă conotație, ***obligația uniformizării practicii judiciare și aplicarea unitară a legii*** constituind în sine o garanție indispensabilă respectării drepturilor recunoscute părților din proces, mai ales în materia dreptului la libertate.

Din perspectiva autorității Ministerului Public, *semnificația conceptului de independență este diferită, abordând problematica independenței procurorilor în soluțiile dispuse*, cu limitările specifice acestui concept, procedându-se și la o analiză critică a modificărilor aduse din această perspectivă prin introducerea art. 217¹ Cod procedură penală în actualul Cod de procedură penală, în temeiul art. XVIII pct. 27 din Legea nr. 202/2010. S-a subliniat faptul că aceste reglementări fac inefficientă garanția conținută în art. art. 64 alin. 4 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată și modificată, prin instituirea unei forme de prorogare a competenței acestora la dispoziția procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, cu consecințe și din perspectiva stabilirii instanței competente a soluționa cauza în fond, fapt care poate pune în discuție principiul egalității părților în proces **dar și aparența de imparțialitate** a judecătorilor, reglementarea contravenind Recomandării nr. 2000(19) a Comitetului de Miniștri ai Consiliului Europei privind rolul Ministerului Public în sistemul judiciar penal.

În ceea ce privește garanția de imparțialitate a judecătorului, a fost analizată diferențierea între *componenta funcțională și componenta personală*, făcându-se referire la aspectele neunitare existente în jurisprudența națională, din această perspectivă evidențiate în cuprinsul Minutelor întâlnirii membrilor Comisiei „Unificarea practicii judiciare” din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii cu președintele Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție și președinții secțiilor penale ale curților de apel, la interpretări care din derivă posibilitatea numirii în funcția de judecător a unui un magistrat care a exercitat anterior funcția de procuror, fiind prezentate și situații recente incidente în practica judiciară în care, procurorul numit în funcția de judecător exercită atribuțiile specifice acestei funcții, fără a fi asigurată îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege.

Din perspectiva garanțiilor de imparțialitate, a fost prezentată **concepția noului Cod de procedură penală, care consolidează garanțiile instituționale în materia dreptului la libertate și siguranța persoanei fiind enunțate argumentele care conduc la această concluzie**, fiind subliniate de asemenea în cadrul analizei garanțiilor instituționale în ceea ce privește competențele în materia măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate schimbările intervenite în actuala reglementare în temeiul art. XVIII pct. 16 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor cu privire la organele judiciare competente a constata încetarea de drept a măsurilor preventive, extinzând rolul procurorului în această materie, prin modificarea art. 140 alin. 3 din Codul de procedură penală, modificarea fiind conformă competențelor recunoscute de noul Cod de procedură penală, prin dispozițiile art. 241 alin. 2.

În cadrul aceleiași secțiuni au fost abordate **garanțiile de procedură specifice libertății persoanei**, reprezentând conceptual **ansamblul reglementărilor care definesc condițiile de valabilitate ale actelor procesuale prin care se instituie măsurile preventive privative sau restrictive de libertate și condițiile de valabilitate ale actelor procedurale în care se concretizează dispoziția autorităților judiciare cu referire la acest aspect**.

Categoria *garanțiilor de procedură* a fost structurată după cum ***mecanismul de protecție se concretizează în condiții*** care vizează ***valabilitatea actelor procesuale sau procedurale*** în ***garanții procesuale în sens restrâns***, care vizează valabilitatea actelor procesuale și ***garanții procedurale sau formale*** care condiționează valabilitatea actelor procedurale.

Subdivizionarea garanțiilor de procedură, în cele două categorii este justificată de faptul că, din punct de vedere teoretic și normativ, reprezintă ***două specii diferite prin conținutul funcțiunea și finalitatea lor***, importanța acestei diferențieri prezentând interes nu doar din perspectivă teoretică ci mai ales ***practică***, întrucât și relevanța acestora în contextul măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate este diferită. Sfera garanțiilor de procedură instituite în materia măsurilor preventive ***particularizează procedura judiciară*** aferentă luării acestor măsuri de activitatea judiciară principală, fiind instituite reguli specifice derogatorii de la regulile generale aplicabile în procesul penal, realizându-se o construcție normativă caracterizată nu doar printr-un caracter *adiacent* în raport cu activitatea judiciară principală dar și *specific*, rezultând din natura dreptului ocrotit.

Procedura judiciară a luării măsurilor preventive - din perspectiva ansamblului garanțiilor procesuale în semnificația restrânsă a conceptului și respectiv a garanțiilor procedurale, respectiv formale – poate fi definită așadar ca fiind o ***procedură judiciară subsecventă*** activității principale, având o ***configurație juridică proprie***, determinată de natura dreptului ocrotit dar și de caracterul derivat în raport cu activitatea judiciară principală. În derularea acesteia, regulile generale aplicabile în procesul penal prezintă particularități specifice și derogări care o diferențiază de activitatea judiciară principală, vizând în esență modul de aplicare a *principiului contradictorialității în faza de urmărire penală* și în faza de judecată, a principiului publicității ședinței de judecată, caracterul specific al acestei proceduri jurisdicționale concretizându-se mai ales în construcția normativă a garanțiilor procesuale în sens restrâns și a garanțiilor procedurale sau formale, fiind particularizată de faptul că presupune o adaptare și corelare unei alte discipline procesuale, caracterizate printr-un dinamism accentuat, impus de cerința evitării unei privări arbitrare de libertate.

Garanțiile procesuale în sens restrâns sunt definite ca fiind ***ansamblul reglementărilor care condiționează valabilitatea actelor procesuale*** prin care se dispune luarea măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate, existând elemente comune tuturor categoriilor de măsuri preventive dar și diferențieri în raport de natura acestora, fiind circumscrise acestei categorii următoarele : a. *Condițiile în care dreptul la libertatea fizică sau de mișcare poate fi restricționat în cursul procesului penal sunt strict reglemente de lege, iar măsurile preventive prin care se dispune privarea sau restricționarea a dreptului la libertate au caracter limitativ ; b. Privarea sau restricționarea dreptului la libertate ca măsură de prevenție poate fi dispusă numai în cursul unui proces penal ; c. Caracterul provizoriu al măsurilor preventive privative sau restrictive*

de libertate, care rezultă din obligația înlocuirii sau revocării acestora în situația în care nu mai subzistă împrejurările care au justificat instituirea acestora, și respectiv din obligația de a constata încetarea de drept a măsurilor în cazurile prevăzute de lege; d. Limitarea în timp a duratei măsurilor privative sau restrictive de libertate, inclusiv a perioadelor pentru care poate fi prelungită și reglementarea explicită a situațiilor în care este posibilă o asemenea măsură; e. Reglementarea controlului legalității și oportunității măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate; f. Instituirea unui sistem de reglementare specific a duratei și modului de calcul al termenelor substanțiale și procedurale în materia măsurilor preventive; g. Dreptul la reparație recunoscut oricărei persoane care a fost, în cursul procesului penal, privată de libertate sau căreia i s-a restrâns libertatea ilegal sau pe nedrept, reglementat prin art. 5 alin. 4 și respectiv prin art. 504 alin. 2 Cod procedură penală;

Garanțiile procedurale sau formale ale libertății persoanei se concretizează în ansamblul reglementărilor care condiționează valabilitatea actelor procedurale emise în executarea actelor procesuale prin care se dispune luarea măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate, având caracterul unor **garanții procedurale acele mențiuni prevăzute de lege care atestă respectarea garanțiilor procesuale, permițând un control asupra modului de aducere la îndeplinire a actelor procesuale și obligând autoritățile judiciare să respecte dispozițiile legii în instituirea măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate**, definiție care subliniază caracterul formal al acestora, fapt care permite încadrarea lor în categoria garanțiilor formale.

Garanțiile procedurale deși aparent au un caracter preponderent formal, în substanța lor au un caracter complex, concentrând în conținut și elemente care aparțin garanțiilor procesuale în sens restrâns. În condițiile în care materializarea lor se transpune în mod necesar în cuprinsul unui act procedural, au fost încadrate în categoria garanțiilor procedurale, condițiile de formă fiind esențiale pentru asigurarea scopului în care au fost instituite. Au fost încadrate în această categorie următoarele: a. *Obligația autorităților judiciare de a aduce la cunoștința învinutului sau inculpatului față de care urmează a se lua măsura preventivă drepturile recunoscute prin art. 143 alin. 3 Cod procedură penală (cu evidențierea practicilor abuzive în exercitarea acestui drept)*; b. *Obligația ascultării învinutului sau inculpatului față de care se dispune o măsură preventivă privativă sau restrictivă de libertate în prezența apărătorului ales sau din oficiu*; c. *Obligația de a se aduce la cunoștința celui arestat sau reținut de îndată în limba pe care o înțelege a motivelor reținerii sau ale arestării preventive și a învinuirii în cel mai scurt termen; obligația aducerii la cunoștință a învinuirii numai în prezența unui avocat ales sau desemnat din oficiu*; d. *Încunoștințarea unui membru al familiei sau a altei persoane desemnată de învinuit sau inculpat despre luarea măsurii*; e. *Dreptul recunoscut persoanei reținute sau arestate de a lua contact cu apărătorul, asigurându-se confidențialitatea convorbirilor*; f. *Obligația motivării propunerilor privind luarea măsurilor preventive*; g. *Obligația întocmirii minutei de judecător și respectiv de instanță și în situația în care judecătorul sau instanța s-a pronunțat prin încheiere asupra măsurii arestării*

preventive; h. *Obligația motivării ordonanței respectiv a hotărârii prin care se dispune măsura preventivă privativă sau restrictivă de libertate*; i. *Conținutul mandatului de arestare preventivă*; j. *Executarea mandatului de arestare și încarcerarea deținuților*; k. *Obligația comunicării în situația constatării încetării de drept a măsurii arestării preventive*.

Garanțiile substanțiale ale libertății persoanei se circumscriu condițiilor de fond în care este posibilă instituirea măsurilor preventive, privative sau restrictive de libertate, caracterul de garanții substanțiale al condițiilor de fond impuse în situația privării sau restricționării libertății individuale fiind definit de funcționalitatea acestora, întrucât previn arbitrariul în luarea măsurii arestării preventive.

Gradul de precizie fiind redus comparativ cu al celorlalte garanții specifice libertății individuale iar modul de reglementare abstract, prin abordarea unor formulări imprecise, nedefinite de lege, a generat în jurisprudența națională interpretări diferite ale unor concepte, în lipsa unui mecanism eficient pentru uniformizarea practicii judiciare. Se poate spune că aplicarea acestor garanții, care presupune în mod necesar și raportarea la circumstanțele concrete ale cauzei, constituie elementul vulnerabil în jurisprudența națională în aplicarea reglementărilor specifice libertății persoanei, nefiind asigurat acel echilibru indispensabil între dreptul la libertate și necesitatea intervenției autorităților în acest domeniu, neexistând o viziune uniformă și consecventă în interpretarea dispozițiilor care reglementează condițiile de fond care fac posibilă o asemenea intervenție.

Nu este mai puțin adevărat că acest domeniu al garanțiilor substanțiale asigură posibilitatea pentru judecător de a demonstra *forța argumentului juridic*, iar valențele presupuse de conceptul de libertate individuală pot căpăta consistență coerentă și logică.

Garanțiile substanțiale ale libertății persoanei au fost structurate față de conținutul reglementărilor în *garanții generale*, comune tuturor formelor de ingerință în libertatea persoanei și *garanții specifice* anumitor forme care vizează măsurile preventive privative de libertate, fiecare dintre aceste garanții, reprezentând din punct de vedere al specificității, *temeiuri generale* ale luării măsurilor preventive, reprezentând acele condiții generice, neconcretizate în elemente determinate (fiind enunțate în art. 136 alin. 1 Cod procedură penală, presupunând o condiție negativă și respectiv o condiție pozitivă), sau *temeiuri specifice*, care la rândul lor pot fi *de fapt* (cele reglementate în art. 143 alin. 1 Cod procedură penală, constând în existența indiciilor temeinice că s-a săvârșit o faptă prevăzută de lege penală) și *de drept*, acestea din urmă fiind concretizate în textul alin. 1 al art. 148 din Codul de procedură penală.

Garanțiile generale, sunt comune tuturor formelor de ingerință în libertatea persoanei, incluzând în cuprinsul lor, atât *temeiurile generale* ale luării măsurilor preventive, cât și *temeiuri de fapt*, vizând cerința *existenței unor probe sau indicii temeinice că persoana în cauză a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, posibilitatea luării măsurilor preventive numai în cauzele privitoare la infracțiuni pedepsite cu detențiune pe viață*

sau cu închisoare, caracterul necesar al măsurii determinat de scopul asigurării buneii desfășurări a procesului penal sau pentru a se împiedica sustragerea învinuitului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată, sau de la executarea pedepsei.

Alături de aceste garanții comune, în cazul măsurilor preventive privative de libertate Codul de procedură penală instituie și o garanție substanțială specifică măsurilor, constând în necesitatea existenței unuia dintre cazurile prevăzute de art. 148 alin. 1 Cod procedură penală.

Reglementarea cazurilor în care pot fi dispuse măsurile preventive privative de libertate, respectiv a temeiurilor de drept care justifică măsura arestării preventive constituie o garanție substanțială a libertății persoanei întrucât asigură protecție împotriva unei privări arbitrare de libertate, fiind abordată analiza diferențiată între actuala reglementare și cea prevăzută în noul cod de procedură penală.

Reglementările interne și reglementările internaționale aplicabile în materia dreptului la libertate al persoanei din perspectiva evoluției legislative sunt abordate într-o secțiune distinctă.

În Capitolul II au fost analizate garanțiile ale libertății persoanei în materia reținerii, din perspectiva compatibilității cu exigențele art. 5 paragraful 1 lit. c din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, condițiile reținerii și deosebiri în raport cu arestarea preventivă, autoritatea judiciară competentă și procedura reținerii, procedura plângerii împotriva măsurii reținerii prevăzută de art. 140¹ Cod procedură penală și compatibilitatea cu exigențele art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, reguli speciale privind reținerea preventivă a minorilor, cu abordarea problematicii din perspectiva garanțiilor procesuale atât cele recunoscute de actuala reglementare cât și cele conținute în noul cod de procedură penală, cu evidențierea problematicilor de practică judiciară neunitară în materie.

Capitolul III cuprinde analiza garanțiilor libertății persoanei în materia arestării preventive, fiind abordate în secțiuni distincte garanțiile impuse de art. 5 paragraful 3 din Convenția europeană în privința organului judiciar competent să dispună măsura arestării preventive, analizându-se conținutul acestei garanții și cadrul de reglementare, competența luării măsurii arestării preventive în faza de urmărire penală, în faza jurisdicțională, autoritatea judiciară competentă a dispune arestarea învinuitului la instanța de judecată, particularitățile specifice competenței funcționale a judecătorului care dispune arestarea preventivă în cursul urmăririi penale, cu analiza semnificației noțiunii de „competență” din perspectiva standardului european de protecție și a particularităților specifice dreptului intern și respectiv particularitățile specifice competenței funcționale a instanțelor care dispun arestarea preventivă în faza jurisdicțională.

Au fost evidențiate reglementări care restricționează capacitatea instanței de fond, de a dispune punerea în libertate a persoanei arestate preventiv fiind argumentată și necesitatea stabilirii unor temeiuri specifice exclusiv fazei de judecată, sub aspectul capacității instanței de a dispune eliberarea persoanei fiind analizate condițiile impuse

de cerința specializării, fiind abordată de asemenea și problema *competenței instanței care dispune arestarea preventivă în cazul infracțiunilor de audiență de a analiza legalitatea arestării preventive și de a dispune eliberarea persoanei arestate.*

Garanțiile de independență și imparțialitate impuse de art. 5 paragraful 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului autorităților judiciare competente a dispune arestarea preventivă au constituit de asemenea obiectul analizei în cadrul unei secțiuni distincte din cadrul aceluiași capitol, fiind abordată problematica independența autorităților judiciare care dispun arestarea preventivă, a imparțialității autorităților judiciare care dispun arestarea preventivă, particularitățile garanției de imparțialitate a judecătorului care dispune arestarea preventivă în faza de urmărire penală, particularitățile garanției de imparțialitate în privința instanței care dispune arestarea preventivă în cursul judecății și respectarea exigenței de procedură privind ascultarea învinuitului sau inculpatului, abordarea fiind raportă la aplicații jurisprudențiale.

Condițiile și temeiurile arestării preventive în dreptul intern prin prisma prevederilor art. 5 paragraful 1 lit. c din Convenția Europeană a Drepturilor omului au fost analizate de asemenea în cuprinsul unei secțiuni, fiind prezentate cerințele de interpretare din perspectiva jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, *temeiurile de fapt ale arestării preventive constând în existența probelor sau indiciilor temeinice, fiind determinată noțiunea de „faptă prevăzută de legea penală” și abordată problematica conformității faptelor materiale pe care este fondată acuzația cu încadrarea juridică reținută prin actul de sesizare și respectiv temeiurile de drept ale arestării preventive, atât cele prevăzute în actuala reglementare cât și în noul Cod de procedură penală.*

În secțiunea 4 din același capitol a fost analizată compatibilitatea procedurii recursului împotriva încheierilor privind măsura arestării preventive dispusă de judecător cu procedura habeas corpus prevăzută de articolul 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului fiind analizate efectele evoluției legislative în materia organului juridic competent a dispune arestarea preventivă asupra controlului de legalitate impus de art. 5 paragraf 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, problematica controlul de legalitate al măsurii preventive privative de libertate în calea de atac exercitată împotriva încheierilor pronunțate de judecător în materia arestării preventive, condițiile de exercitare a recursului împotriva încheierii pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale, titularii dreptului de recurs împotriva încheierii pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale privind luarea măsurii arestării preventive, limitarea în timp a exercițiului dreptului de recurs consacrat în art. 140³ Cod procedură penală, formele de exercitare a recursului împotriva încheierilor pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale privind luarea măsurii arestării preventive, efectele declarației de recurs împotriva încheierii pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale, privind soluționarea propunerii de luare a măsurii arestării preventive, din perspectiva compatibilității cu cerințele prevăzute de articolul 5 paragraful 4 din Convenția Europeană, procedura de judecată a recursului împotriva încheierilor pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale privind luarea măsurii arestării preventive, reglementat de articolul 140³ Cod

procedură penală și compatibilitatea cu cerințele prevăzute de articolul 5 paragraful 4 din Convenția europeană.

Secțiunea 5 din cadrul aceluiași capitol se referă la procedura de judecată a recursului împotriva încheierilor pronunțate de instanța de judecată în cursul judecării privind măsurile preventive reglementat de art. 141 Cod procedură penală și compatibilitatea cu exigențele art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, iar secțiunea 6 la durata rezonabilă a măsurii arestării preventive și dreptul de a obține liberarea provizorie în cursul procedurii, fiind analizată din această ultimă perspectivă durata arestării preventive în faza de urmărire penală și procedura prelungirii măsurii arestării preventive a inculpatului, problematica inexistenței unei durate determinate a arestării preventive în faza de judecată și procedura verificării periodice a măsurii arestării preventive în cursul judecării și respectiv reguli speciale privind arestarea preventivă a minorilor.

Capitolul 5 conține o analiză a **garanțiilor libertății persoanei în procedurile privind măsurile preventive restrictive de libertate și compatibilitatea acestora cu prevederile art. 2 din Protocolul nr. 4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului**, fiind abordată o analiză a categoriilor măsurilor restrictive de libertate și alternative la detenție și o delimitare a acestora de liberarea provizorie sub control judiciar sau pe cauțiune, în condițiile în care în jurisprudența națională au fost evidențiate confuzii între aceste categorii de măsuri.

A fost abordată în secțiuni distincte analiza condițiilor și temeiurilor de luare a măsurilor restrictive de libertate, a competenței organului judiciar (în faza de urmărire penală și în faza de judecată), procedura luării măsurilor preventive restrictive de libertate și respectiv durata măsurilor în faza de urmărire penală și procedura de prelungire, efectele inexistenței unei durate determinate în faza de judecată din perspectiva jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în această materie.

O secțiune distinctă din cadrul aceluiași capitol se referă la garanțiile libertății persoanei în procedurile de extrădare și de executare a mandatului european de arestare fiind subliniate diferențierile conceptuale între arestarea preventivă și arestarea provizorie și analizate diferențiat *garanțiile libertății persoanei în procedura de extrădare și garanțiile libertății persoanei în procedura mandatului european de arestare*.

Abordarea fiecăreia dintre aceste categorii de garanții s-a realizat de asemenea prin raportare la o analiză jursiprudențială concentrată în special pe opiniile diferite enunțate în practica instanțelor de judecată, fiind evidențiată diversitatea interpretărilor și chiar inconsecvența în definirea unor concepte specifice, dar și dificultatea procesului de adaptare legislativă, în condițiile în care modificările legislative succesive nu au fost de natură a înlătura dezbaterile și controversese în aplicarea reglementărilor privind dreptul la libertate ci chiar le-au generat și susținut prin formulări abstracte sau prin necorelarea reglementărilor incidente în această materie, fapt care de altfel justifică utilitatea temei, cu atât mai mult cu cât analiza s-a raportat și la reglementările conținute în noul Cod de procedură penală.