

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 1 / 2018**  
**January – March**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

**REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU**

**REDACTOR COORDONATOR: asist. Dorin JOREA**

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

### **MEMBRI:**

**prof.dr. Paul VASILESCU**

**prof.dr. Mircea Dan BOB**

**conf.dr. Sergiu BOGDAN**

**lect.dr. Cosmin COSTAȘ**

### **REFERENȚI:**

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

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

**Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal**

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

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

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

## CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Juanita GOICOVICI, *VERTICAL VERSUS HORIZONTAL COMPARISON IN CONTEMPORARY APPROACHING OF CONSUMER LAW / APPERÇUE SUR LA METHODOLOGIE VÉRTICALE VERSUS HORISONTALE DE COMPARAISON EN DROIT DE LA CONSOMMATION CONTEMPORAIN / ABORDAREA COMPARATISTĂ VERTICALĂ VERSUS METODOLOGIA COMPARATISTĂ ORIZONTALĂ ÎN MATERIA DREPTULUI CONSUMATORULUI.....* 5
- » **Studii:** Dumitru BALEA, *IPOSTAZE ALE LIBERTĂȚII CU EFECTE EXTRA-PATRIMONIALE ÎN CODUL CIVIL ROMÂN / ILLUSTRATIONS OF THE FREEDOM WITH EXTRA-PATRIMONIAL EFFECTS IN THE ROMANIAN CIVIL CODE .....* 25
- » **Studii:** Tudor ȘTEFĂNESCU, *DREPTUL LA APEL CĂTRE SFÂNTUL SCAUN, AL INSTITUȚIILOR ECLEZIASTICE DIN TRANSILVANIA, ÎN SECOLUL AL XIII-LEA / THE RIGHT TO APPEAL TO HOLLY SEE IN XIII CENTURY. THE CASE OF ECLESSIASTICAL INSTITUTIONS IN TRANSYLVANIA .....* 61
- » **Articole:** Mihaela-Adriana OPRESCU, *REFLECȚII ASUPRA HOTĂRĂRII, DIN 21 DECEMBRIE 2016, A CURȚII DE JUSTIȚIE DE LA LUXEMBURG, PRONUNȚATĂ ÎN CAUZA „CONSILIUL UNIUNII EUROPENE VS FRONT POPULAIRE POUR LA LIBÉRATION DE LA SAGUIA-EL-HAMRA ET DU RIO DE ORO (FRONT POLISARIO)” / REMARKS ON THE JUDGMENT, FROM 21 DECEMBER 2016, OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, IN THE CASE "COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION V FRONT POPULAIRE POUR LA LIBÉRATION DE LA SAGUIA EL HAMRA ET DU RIO DE ORO (FRONT POLISARIO)" .....* 95
- » **Articole:** P. RATHNASWAMY, *DUE PROCESS OF LAW: DISTORTION OF INTERPRETATION .....* 109



**STUDII**

**VERTICAL VERSUS HORIZONTAL COMPARISON IN  
CONTEMPORARY APPROACHING OF CONSUMER LAW**

**APERÇU SUR LA METHODOLOGIE VÉRTICALE VERSUS  
HORISONTALE DE COMPARAISON EN DROIT DE LA  
CONSOMMATION CONTEMPORAIN**

**ABORDAREA COMPARATISTĂ VERTICALĂ VERSUS  
METODOLOGIA COMPARATISTĂ ORIZONTALĂ ÎN  
MATERIA DREPTULUI CONSUMATORULUI**

---

**DOI:10.24193/SUBBIur.63(2018).1.1**

**Published Online: 2018-03-20**

**Published Print: 2018-03-30**

---

**Juanita GOICOVICI\***

**Abstract:** The following article attempts to dismantle the assumptions that the vertical comparative methods, especially those using a bottom-up approach, from national to international level, are surrounded by intricacies related to the internalization of international norms, in the context in which the contemporary administrative and legislative measures tend to be divided into two categories: (a) those related to the State's economic intervention (public policy of direction) and (b) those pertaining to the protective and anticipatory legal intervention (public policy of protection). The fundamental issue that needs to be addressed is whether it is possible to refine the concept of longitudinal comparative approach, correlated to the intrinsic elements of traverse comparative approaches of contemporary Consumer Law.

Furthermore, there is a contrast to be marked between longitudinal comparison, based on analogies which are made between legal systems of the past, in order to extract essential features valuable in the approaching of contemporary legal order and, in an antagonistic manner, the traverse comparative approach of Consumer Law which valorises the main trends of contemporary legal orders, while simultaneously approaching features from several contemporary legal systems. Several studies have been focusing on the problematic of horizontal/vertical comparative methodology, as well as to the intricacies characterizing the longitudinal/traverse comparative approaches of Consumer Law; nevertheless, there is space left for investigating the extent to which vertical comparative methodology represent an adequate means to deliver accurate information on legal transplants and conceptual trends in national legal orders related to

the number of the compared legal systems, both from the angle of bilateral comparative law, while the comparison is carried out as a dichotomy of two legal systems, as well as from the perspective of multilateral comparative law, when the comparison takes place between more than two legal systems, using a variable-oriented approach. As an explanatory example of vertical comparative approaches of Consumer Law, we will use the comparative analyses at national level on the judicial meaning of the notion of mandatory rules and the various degrees in the extent to which a mandatory rule must be applied through the means of consumer legal protection. Secondly, vertical comparative approaches are also helpful in investigating the national 'absorption' of specific regulations on the professionals' pre-contractual liability, which takes shape in all the cases where the professional – consumer relationship implies the duty of transparency.

**Keywords:** *vertical comparison; horizontal comparison; longitudinal comparative approach; traverse comparative approach; Consumer Law.*

## 1 Introductory comments

Vertical comparative methodology and the use of vertical comparison in contemporary approaching of Consumer Law seems to be surrounded by a veil of defiance, mostly due to the enclosing under this camouflage of a range variety of hybrid methods of comparison, especially the longitudinal/traverse comparative approaches. While vertical, top-down methods of comparison are most likely to be practiced in the field of Consumer Law research, typically in the context of the *internalisation* of international norms and regulations by national legal orders, vertical, 'bottom-up' legal comparison, as referring to *the transposition of legal concepts from national to international level*, has conventionally been viewed with scepticism during the last decade, frequently due to the assumption of inherent incompatibility between the national and international legal orders. Whereby national legal orders are likely to be seen as receptacles for international legal requirements and therefore to incorporate international concepts into the national legal system, terminology and ideology, vertical, 'bottom-up' legal comparison, on the other hand, seems 'unnatural' as it refers to the transposition of legal concepts, or the ideologies behind those concepts, from national to international level<sup>1</sup>.

The aim of the present contribution is to investigate to which extent vertical comparative methodology is an adequate means to deliver accurate information on legal transplants and conceptual trends in national legal orders related to the number of the compared legal systems, from the angle of bilateral comparative law, while the comparison is carried out between two legal systems, as well as from the perspective of multilateral comparative Consumer Law, when the comparison takes place between more than two legal systems. Such an approach can be seen as a variable-oriented research, the main advantage of which being the increasing number of the objectives compared.

This contribution takes a close look at vertical bottom-up and vertical top-down methods of comparison in the field of Consumer Law, using a strict regulatory dichotomy between horizontal and vertical methodologies of comparison (i), in an attempt to reach a substantial informational equilibrium between the advantages and the disadvantages of both techniques of comparison (ii). The last part of our contribution shines a light on the evolution of longitudinal vs traverse methods of comparative research applied to Consumer Law institutions and technical mechanisms (iii).

At the outset, we consider it useful to clarify which are the cornerstones of vertical *versus* horizontal comparison methodology valorising the main trends of contemporary legal orders, while simultaneously approaching features from several contemporary legal systems. After some explanatory assertions on vertical/horizontal comparison essentials, also providing highlights on the scientific literature focused on this type of comparative methodology (section 2), section 3 focuses on aspects suggesting the roles played by the hybrid/cross-echelon methods of comparison when applied to Consumer Law concepts and their interference with the vertical comparative methodology. The forth section deals with practical aspects that are persistent in upward, downward and horizontal comparison, in cases such as the comparative approaching of the emerging of professionals' pre-contractual liability (a) and an explanatory example of vertical comparative approaches of Consumer Law, that one can use for illustrating the comparative analyses at national level on the judicial meaning of the notion of mandatory rules and the various degrees in the extent to which a mandatory rule must be applied through the means of consumer legal protection (b).

## **2 Highlights on the scientific literature focused on the vertical vs horizontal comparison methodology**

Several studies have been dedicated to the problematic of horizontal/vertical comparative methodology, as well as to the intricacies characterizing the longitudinal/traverse comparative approaches of Consumer Law. Professor PIETERS introduces a distinction between nearby goals, intermediate goals and distant goals<sup>2</sup> of comparative approaches applied to law, while mentioning that this distinction is not radical and that in some respects an intermediate goal may be launched as a distant goal for comparative legal research; by nearby goals, the cited author means to indicate those functions law comparison seems to imply quasi automatically; if the researcher pursues with more remote functions, the latter are labelled as the intermediate and distant goals of the comparative method. As Hirschl argues, the horizontal comparative approaches may benefit from the transgression beyond the multiple-description methodology<sup>3</sup> usually deployed in comparative legal analyses towards the next level of comparative inquiry applied to legal concepts, which imply causal inference with controlled longitudinal comparison. Professor EBERLE, on the other hand, notes that hybrid horizontal comparison and multicultural comparative approaches are essential for obtaining accurate results, thus underlying that ‘decoding is an essential part of the work of comparative law: discovering and translating the invisible powers in a legal culture leads to uncovering the patterns of order that actually operate within a society’<sup>4</sup>. As MURKENS describes it, ‘a culturally-sensitive inquiry needs to ask whether it is legitimate to “import” foreign legal ideas into the national legal arena if it means divorcing those ideas from the cultural context in which they originated’<sup>5</sup>.

Other commentators suggest that the risk of conducting a one-dimensional comparative analysis through the means of vertical approaching ‘can be mitigated by considering multiple aspects of the particular legal concept under consideration, which should typically include both substantive (such as the social function of the legal concept) and procedural elements’<sup>6</sup>. As an argument in favour of vertical bottom-up comparative approaching of law, BIGNAMI mentions that ‘it is necessary for comparative scholarship to move beyond the traditional national focus and to recognize the growing



importance of international legal systems as objects of study in their own right and as catalysts for change at the domestic level<sup>7</sup>. MONATERI emphasizes the importance of vertical comparative methodology, stressing that ‘as regards comparative law, the drive to locate method beyond specificity – and the conviction that this ambition can be achieved – continue to govern the framing of research’; in particular, while referring to horizontal comparison of legal orders, ‘there is no single method which can claim to operate pan-disciplinarily, as it manifests itself in manifold ways both within and across disciplines’ of Law<sup>8</sup>.

It is important to underline the existence of four stages of comparative research associated with the vertical methodology of comparison; these four stages have been elaborated and explained by MOMIROV and FOURIE<sup>9</sup>. The first step consists, as the cited authors explained, in the formulation of a hypothesis based on the observation of apparent similarities between two or more legal systems, a hypothesis which will be used as catalyser for further observations on the potential externalisation of legal norms from national legal orders to international level, in the case of bottom-up vertical methodology of comparison (i), respectively the potential internalisation of legal norms by national systems which imported an international or a foreign matrix of legal concepts, in the case of top-down vertical comparison (ii). During the second stage of vertically applied comparative methodology, the researcher elaborates ‘a conceptual model is constructed that serves as the basis for comparison between national and international legal systems’<sup>10</sup>. MOMIROV and FOURIE also offer details on stage three of the vertical comparative methodology, stating that it involves ‘a systematic (vertical) comparison between national and international legal systems’<sup>11</sup>, which on further stage provides a solid basis for drawing conclusions on the potential externalisation/internalisation of legal norms by the national legal orders under observation. More importantly, the cited authors explain that at the core of the vertical or cross-echelon legal comparative process stays an estimation made by the researcher on the ‘similarities and differences’<sup>12</sup> between the conceptual frame relevant for the international legal order which represented the object for comparison and the legal concepts which seemed to had been internalised or, upon the case, externalised from national legal orders.

## **2.1 Vertical and horizontal comparative methods in sepia tones**

While vertical comparative analysis allows researchers to determine the manner in which Consumer Law institutions and trends has been approached in several national legal systems, horizontal analysis can be additionally used to compare conceptual trends in relation to the appliance of international treaties by national organisms. Horizontal comparative analysis looks at the trend of Consumer protection tools over multiple periods, using a specific base period of reference. Thus, horizontal comparison typically shows the changes of perspective in Consumer Law national systems. In the field of bilateral Comparative Consumer Law, the comparison is carried out between two legal systems, which imply a thorough research of two judicial sources, while in multilateral comparative law, the comparison which takes place between more than two legal systems may be characterised as a variable-oriented research, the main advantage of which is the increasing number of the objectives compared. The comparative study of Consumer Law institutions and concepts in a positivist manner can also benefit from the use of longitudinal comparison, based on analogies which are made between legal systems of the past, in order to extract essential features valuable in the approaching of contemporary legal orders; in an antagonistic manner, the traverse comparative approach of Consumer Law valorises the main trends of contemporary legal orders, while simultaneously approaching features from several contemporary legal systems.

## **2.2 The Achilles' heel of the vertical comparative approaches**

One should mention that the first argument against using bottom-up vertical comparison relates to the legitimacy of that enterprise<sup>13</sup> as applicable to Consumer Law mechanisms. It should be underlined that the objection is based on classic sovereignty theory, as well as on a state-centred image of national law, which conceives Consumer Law, especially due to its pre eminent mandatory nature, as a body of rules enforceable through adjudication, with an emphasis on rule-orientation. Under multiple aspects, foreign law is not recognized *prima facie* as a valid source of law by the national legal systems,

unless it involves specific adhesion to international treaties or unless it derives from the transposing into national legal order, by the national legislator, of a body of specific rules. For that reason, it has been considered that the national legal system cannot cope with the migration of national injunctions, for instance, through a comparative approach to Consumer Law. In practice, this means that analysts are not permitted to rely on foreign law in order to fill gaps when national positive law is insufficient or incoherent. Arguably, if foreign law is not an authoritative legal source for national legal practitioners, then the legitimacy of the vertical bottom-up comparative method might be approached in a highly reticent manner, as referring to the transposition of legal concepts from national to international level<sup>14</sup>. Importing foreign legal ideas or legal concepts from international law into the national legal arena<sup>15</sup> might have the meaning of “divorcing those legal ideas from the cultural context in which they originated”, as MOMIROV and FOURIE wrote<sup>16</sup>.

In my opinion, the criticism which surrounded the bottom-up vertical comparison is far from been immutably correct. While the legal hypostasis of ‘externalized’ national mandatory rules embodies a traverse legal approach of this phenomenon and, hence, the ‘externalization’ cases of national legal norms are reined, by what is called a ‘type of international influence’, the public policy hypostasis depicts a more culturally-challenging type of relationship between administrative bodies and national subjects. Although we are discussing about the quasi-impossible, yet not so far-reaching, transposition of legal concepts from national to international level, researchers often find themselves trapped in a legal paradox: on one side, mandatory rules of public order are not and cannot be functioning, not even existing in the same way in all legal systems, mainly due to the fact that they have had a completely different evolution of the conceptual context in different national legal orders.

Using vertical bottom-up comparison for approaching the cases of absorption, in foreign law, of several legal concepts extracted from national legal orders, might also be surrounded by difficulties related to the lack of insight into the subjacent jurisprudence<sup>17</sup>. Let us note, from this perspective, that the comparison of two or more cases of externalized or internationally-absorbed administrative legal concepts does not exhaust itself in the longitudinal

comparison of their positive legal provisions, seen from the angle of their historical past-to present evolution, but needs to be praemised on the traverse comparative approaching as well, from the angle of political, historical, socio-cultural and, last but not least, philosophical foundations on which that particular legal regime rests. Not only can vertical comparative methodology sometimes require sufficient knowledge of another legal cultural background, but it always requires a sound understanding of past-to-present evolution and conceptual trends characterizing the compared legal orders<sup>18</sup>.

### **3 Typologies of vertical and horizontal comparative approaches of Consumer Law**

In this first part we discuss certain cornerstones of vertical comparative methods, pertaining to the externalization of legal norms and regulations by national legal orders, through the means of vertical, 'bottom-up' legal comparison, as referring to the transposition of legal concepts from national to international level (section 3.1.). Before concluding the part focused on methodological typologies, we assess the relationship between top-down vertical methods of comparison, on one hand and bottom-up vertical comparative methods (section 3.2.).

#### ***3.1 Is there a place for hybrid/cross-echelon methods of comparison?***

Notwithstanding the fact that vertical comparison of Consumer Law institutions involve primarily vertical conceptual approaches, since it involves the transposition of legal concepts from the national to the international level, in certain cases it might be useful to incorporate elements of horizontal legal comparison, as this section illustrates.

Regarding the problematic of cross-echelon methodology of comparison, three remarks deserve to be noted. Firstly, in cross-echelon multicultural comparisons, conducted between legal systems which do not belong to the same legal culture, attention should be paid to the fact that horizontal comparisons can

also benefit from the use of longitudinal comparison, based on analogies which are made between legal systems of the past, in order to extract essential features valuable in the approaching of contemporary legal orders. Secondly, it appears preferable to avoid using a single-based echelon of comparison, while decrypting the common usage of conceptual frameworks in several national legal orders, unless the concepts subject to investigation present an intrinsic specificity. Thirdly, the terminological wavering is accentuated by the fact that the national legal texts and case law might show that conceptual recourse is necessary to be made to other complementary legal terms, greater or lesser in number depending on the conceptual framework which is examined.

To marshal but one other illustration, since numerous national legal systems use the term of ‘indemnity’, cross-echelon comparison might help clarifying the extent to which the mentioned concept included different types of damages or remunerations in several Consumer Law systems. Under Italian law, the mechanism of indemnity guarantees compensation in the event of a loss, the term ‘indemnity’ being sometimes used as a synonym of ‘*risarcimento*’ or compensation, while in French, Belgian and Swiss law, as SAUTONIE and TENENBAUM noticed<sup>19</sup>, references are made to ‘indemnity for an eviction’, ‘non-competition-indemnity’, ‘redundancy payment’ or ‘compensatory payment’, as opposed to German Law, under the dispositions of which the term ‘indemnity’ is often used as a general notion covering both the damages in the narrowest sense of the term, as well as other mechanisms of restitution. These terms do not refer to a uniform notion, being possible to imply inconsistent conditions of appliance, as well as different legal instruments of enforcement, in which the use of cross-echelon methodology of comparison might help avoiding conceptual misrepresentation.

### ***3.2 Top-down vertical methods of comparison vs Bottom-up vertical comparative methods***

As MOMIROV and FOURIE (2009) underlined<sup>20</sup>, legal comparison applied to legal concepts is primarily ‘horizontal’, occurring among legal systems belonging to the same level or echelon and, on the other hand, ‘vertical methodology’ may also be applied, occurring among legal systems

not belonging to the same level, *i.e.* cross-echelon approaching of Consumer Law institutions/concepts. Within this primary typology, the cited authors had foreseen four potential (secondary) modes of legal comparison: (a) horizontal, among legal systems at the national level (for instance, in the case of comparative constitutional law<sup>21</sup> and conflict of law studies) and (b) horizontal comparison methods, among legal systems or regimes at the international level (for example, in hypotheses in which international institutions or compliance mechanisms of Consumer Law are compared, respectively in cases in which a treaty in one area of international law is compared to a proposed treaty in a different area of international legal order<sup>22</sup>).

Nevertheless, legal comparison might also be identified with (c) 'top-down' vertical methodologies applicable to Consumer Law institutions or mechanisms, typically used, for example, in approaching in a comparative manner the cases in which national law is required to incorporate international concepts into the national legal system, ideology and legal terminology, in the context of the *internalisation* of international norms and regulations by national legal orders, whereby national law is subject to an internalisation of regulations, while incorporating international concepts into the national legal system. The fourth mode of legal comparison which might be valorised in the study of contemporary Consumer Law concepts is the vertical 'bottom-up' approaching, which reflects the method discussed in this article, and the risks and benefits of which will be expounded in a detailed manner in the following sections.

Vertical, 'bottom-up' legal comparison, as defined by specialised literature<sup>23</sup>, extracts its fundamentals from the transposition of legal concepts or the conceptual structure behind them, from national to international level. As we reassess the vertical methodology of comparative law, we need also to mention that longitudinal/traverse comparative approaching may be associated with a multicultural/monocultural approaching of Consumer Law institutions, using, upon the case, a micro/macro level of comparison between national legal orders. It is important to underline that the micro/macro dimension of vertical comparative approaching is related to the extent to which different legal systems are compared as receptacles of internalised legal concepts; it is fundamentally a question of a micro/ macro scale of comparison, applied to cases of externalisation of national legal concepts at international scale or,

upon the case, the internalisation of foreign legal concepts. On the micro level of comparison, it is possible to compare different institutions of Consumer Law, while at the macro level it is the function of conceptual frames in national legal systems and their fundamental characteristics that are subject to vertical top-down/bottom-up comparison. As BRAND observed<sup>24</sup>, when horizontal comparative law is of practical nature, it is also often traverse, mainly due to aspects related to the national legislator pursuing of a certain legal solution, while usually not being interested in the rules and regulations or legal history of the past, which in that particular case did not serve as cornerstones for the emerging of positivist legal concepts. On the other hand, longitudinal comparison takes its point of comparison from legal history and therefore it is often seen as being more theoretical of nature<sup>25</sup>, while aiming at general knowledge of Consumer Law institutions, taking into account that, in longitudinal comparative approaching of Consumer Law or comparative legal history of Consumer Law mechanisms, the researcher compares several legal systems seen in different periods of time.

The time variable or the depth dimension can be associated in a hybrid comparative scheme with the multicultural comparison, conducted between national legal systems which do not belong to the same legal culture<sup>26</sup>. It is also necessary to draw attention to the fact that the analogies which are made between historical legal systems are used in longitudinal comparison as pillars for studies on recent developments which valorised traditional views on national legal concepts, while multilateral comparisons are carried out among a plurality of legal systems.

Thus it is useful to summarize that vertical comparisons involve legal systems belonging to different spheres along the spectrum – national, regional and international, while horizontal comparisons involve legal systems belonging to the same level. Multicultural comparisons are conducted between legal systems which do not belong to the same legal culture. At the same time, attention should be paid to the fact that horizontal monocultural comparisons, taking place between two or more legal systems belonging to the same legal culture, may be subject to comparison of certain specific issues, making use of the micro-level traverse comparative method.

#### **4 Which practical aspects are persistent in upward, downward and horizontal comparison?**

A common problem with horizontal comparative analysis is that the aggregation of information on the national transposition of Consumer Law concepts needs to be addressed for specific periods of time. In law enforcements, for instance, the peculiarity of this matter is reflected particularly in the comparative approaching of the emerging of professionals pre-contractual liability in cases in which a lawful claim withdrawal exists; it is the case, for example, of *rectius* repeal of adjudication in the case of manufacturers' liability for defective products or in the hypotheses of unsuccessful drawing up of the contract where the professional party fails to inform the consumer on all essential aspects. When conducting a horizontal comparative analysis on national approaching of professionals' liability, it can be underlined that usually pre-contractual liability can be found in the case of a reasonable entrusting infringement by private subjects, associated with the breach of the duty of information related to all the events in a proceeding and responding to the interests of private subjects. In this context, vertical comparative approaches permit to observe that the obligations connected to administrative action effectiveness are essentially correlated and commonly shared by the duty of diligent behaviour according to good faith and to the equity principle. Vertical top-down analysis is also useful to examine the obligations of information in terms of consumer protection mandatory rules, which aim at neutralizing the cognitive asymmetries and the drawing up of contracts made in informative equality conditions; half-mandatory rules on the duty of information, in such context, serves as an assumption for private subjects who are interested in creating an efficient pre-contractual relationship between consumers and professionals.

Vertical comparative approaches are also helpful in investigating the national 'absorption' of specific regulations on the Public administrations pre-contractual liability, which takes shape in all the cases where public institutions entering into transactions or relationships with third parties, acting or omitting to act, opposite to correctness and good faith. As PASCARIU argues<sup>27</sup>, Public administration is obliged to respect correctness and the rules associated with good faith, as primary duties guaranteed by legal system.



As comparative vertical analyses have shown, Public administration's behaviour evaluation is aimed to assess if it has acted in favour of public interest, but also if it has operated as a correct contracting party since all the phases of a public evidence procedure serve as a tool for the progressive formation of the consent<sup>28</sup>.

For example, longitudinal comparative approaching of professionals' extra-contractual liability has shown that, in several legal systems, the mentioned concept has been seen as a kind of contractual liability deriving from the 'pre-contractual phase' between consumers and professionals<sup>29</sup>. Therefore, the similarities with the contractual approach allowed the researchers to observe national references to the rules related to a contractually-formed relationship, those connected to liability in particular being applied. As PASCARIU has shown, 'The branch of the law covering *culpa in contraendo*, does not need, indeed, a personalized relationship between public administration and private subjects because it would find its only source in the adjudication measure, but it has to protect the legitimate entrusting in the correctness'<sup>30</sup> of the pre-contractual relationship. As concerning the public evidence phase, it has been noted that pre-contractual liability can also be found whether before or after the adjudication of a contract between professionals and consumers, based on the concept of legitimate entrustment shaping the relationship between the contractual parties<sup>31</sup>. As a consequence, if these principles are not respected, pre-contractual liability begins to exist while pre-contractual liability stands as *condicio iuris*<sup>32</sup>, as a guaranty of the contract effectiveness together with the reciprocal obedience towards the rules of good faith.

As an explanatory example of vertical comparative approaches of Consumer Law, one can use the comparative analyses at national level on the judicial meaning of the notion of mandatory rules and the various degrees in the extent to which a mandatory rule must be applied through the means of an administrative act, in the field of public policy oriented towards consumer protection. A twofold distinction is made between (a) mandatory rules of public policy, on one hand and (b) mandatory rules concerning private interests, on the other. The main objective of the comparative vertical analyses was to deliver a set of characteristics for the applications of corrective mandatory rules and to observe, through the means of a brief inventory of the legal

remedies accepted in different national legal systems, the role played by mandatory rules in erasing disequilibria existing between consumers and other participants, in response to the presumably intrinsic vulnerability of the latter.

The vertical micro-based comparison was meant to primarily dwell upon a third set of limitations concerning the territorial scope of mandatory rules<sup>33</sup> of consumer protection; for instance, The Common European Sales Law may only be used for cross-border contracts, while Member States may however allow its use also for domestic transactions. This restriction to consumer contracts recalls the intense efforts which were made at European level over the course of several decades to define the scope of the administrative mandatory rules. Also to be discussed through the means of comparative approaching, was the meaning of mandatory rules of public policy as compared with domestic contracts under conditions of mandatory rules concerning public interests. A further point of concern related to transactions involving professionals and profane consumers. As opposed to the comparative utilitarian approaches of Consumer Law, it should also be taken into account that the notion of public policy has the purpose of safeguarding society's fundamental values, although its content and margins tend to vary between different branches of law. Recent trends in Consumer Law changed the perspective, enhancing disequilibria existing between parties; it follows from the principle of freedom of contract that whenever a rule is *not mandatory*, the parties are allowed to deviate from it. However, there are certain limitations to be observed in the perimeter of the mentioned category of rules. For example, deviation is allowed only in the interest of one party (the one who is protected by the non-mandatory rule), as national legal systems include many examples. In other cases, deviation is permitted, but only marginally, as the parties can modify the rule or exclude some of its specific consequences, but they are not allowed to touch upon its 'core' or to exclude it 'as such'. The best example is probably the domain of public policy of mandatory nature involving situations of asymmetrical distribution of information between the parties, to the extent that such informational asymmetries create an unbalanced contractual content.

The comparative study of contemporary Consumer Law institutions and legal mechanisms can also benefit from the use of longitudinal comparison,

based on analogies which are made between legal systems of the past, in order to extract essential features valuable in the approaching of contemporary legal orders; in an antagonistic manner, the traverse comparative approach of Consumer Law valorises the main trends of contemporary legal orders, while simultaneously approaching features from several contemporary legal systems. For that reason, traverse comparison might help depicting the manner in which the national legal systems cope with the migration of constitutional or administrative ideas, in order to fill gaps when national positive law is insufficient *per se*. Vertical comparative observations may also be made on the potential externalisation of legal norms from national legal orders to international level, in the case of bottom-up vertical methodology of comparison, respectively the potential internalisation of legal norms by national systems which imported an international or a foreign matrix of legal concepts, in the case of top-down vertical comparison.

Hybrid vertical comparative methods are illustrated by vertical multilateral comparisons, which are carried out among a plurality of legal systems, involving legal systems belonging to different spheres along the national, regional and international spectrum; multicultural comparisons, which are conducted between legal systems which do not belong to the same legal culture may be seen as an alternative to monocultural comparisons launched between two or more Consumer Law systems belonging to the same legal culture. While vertical, top-down methods of comparison are most likely to be practiced in the field of Consumer Law research, typically in the context of the *internalisation* of international norms and regulations by national legal orders, vertical, 'bottom-up' legal comparison refers to *the transposition of legal concepts from national to international level*. Attention should be paid to the fact that, in cross-echelon multicultural comparisons, conducted between legal systems which do not belong to the same legal culture comparative conclusions tend to be based on analogies which are made between legal systems of the past (in order to extract essential features valuable in the approaching of contemporary legal orders at the macro level) it is the function of conceptual frames in national legal systems and their fundamental characteristics that are subject to vertical top-down/bottom-up comparison. The potential internalisation of legal norms by national systems importing an international or a foreign conceptual framework might be

illustrated in the manner of a top-down vertical comparison. Typically, national legal orders were likely to be seen as receptacles for international legal norms and therefore to incorporate international concepts into the national legal system, terminology and ideology, vertical 'bottom-up' legal comparison, on the other hand, had raised the question of the pertinence of legal transposition in terms of concepts or ideas behind those concepts, from national legal order to international legal order.

## 5 Conclusive remarks

Far from having a shadowy nature, vertical comparative methods applied to the study of contemporary Consumer Law permit the mapping of the internalisation or, upon the case, the externalisation of Consumer Law concepts from national to international level. The core of this issue was focused on the concept of vertical bottom-up comparison, as well as on the longitudinal *versus* traverse comparative analyses of Consumer Law concepts and trends. As an illustration, we used the example of comparisons between national approaches on contractual discretionary powers, which permitted to evaluate whether professionals acted in a correct, equitable way or not; as a consequence, consumers may be authorized to advocate the principle of reliance comparing the risk of a good outcome of the transaction with the professionals. The vertical bottom-up mode of legal comparison has conventionally been viewed with scepticism due to the assumption of inherent incompatibility between the national and international legal orders, as receptacles of administrative norms. The criticism to this statement was focused on the principle of transposing legal concepts from national to international level, which is possible by virtue of the permeable nature of mandatory legal concepts. Fundamentally, such a kind of exclusion was due to the postulate stating that during the drawing up of an international set of legal norms, previous national approaches tend to be ignored unless they present certain elements of uniformity. Nevertheless, national public administration, acting as *iure privatorum*, is able to determine the final phase in the adoption of legal concepts and mechanisms. From this perspective, the comparison of multiple public administration systems is far from exhausting itself in the

comparison of their positive legal provisions, but needs to be praemised on *de lege ferenda* trends of historical, socio-cultural, political and philosophical foundations from which the Consumer Law of the particular legal regime extracted its conceptual roots.

The following conclusions may be extracted from the above considerations on the use of vertical *versus* horizontal comparative methods in the field of contemporary Consumer Law:

(a) vertical, top-down methods of comparison are most likely to be practiced in the field of Consumer Law research, typically in the context of the internalisation of international norms and regulations by national legal orders; on the opposite, vertical, 'bottom-up' legal comparison, contextualising the transposition of legal concepts from national to international level, has conventionally been viewed with scepticism as applicable to the study of Consumer Law institutions, due to the assumption of inherent incompatibility between the national and international legal orders in terms of legal transplants;

(b) whereby national legal orders are likely to be seen as receptacles for international legal requirements and therefore to incorporate international concepts into the national legal system, terminology and ideology, vertical 'bottom-up' legal comparison, on the other hand, had raised the question of the pertinence of legal transposition in terms of concepts or ideas behind those concepts, from national legal order to international legal order;

(c) in the field of bilateral comparative Consumer Law, the comparison is carried out between two legal systems, which imply a thorough research of two judicial sources, while in multilateral comparative law, the comparison which takes place between more than two legal systems may be characterised as a variable-oriented research, the main advantage of which is the increasing number of the objectives compared;

(d) the comparative study of contemporary Consumer Law institutions and legal mechanisms can also benefit from the use of longitudinal comparison, based on analogies which are made between legal systems of the past, in order to extract essential features valuable in the approaching of contemporary legal orders; in an antagonistic manner, the traverse comparative approach of Consumer Law valorises the main trends of contemporary legal orders, while simultaneously approaching features from several contemporary legal systems;

(e) hybrid vertical comparative methods are illustrated by vertical multilateral comparisons, which are carried out among a plurality of legal systems, involving legal systems belonging to different spheres along the spectrum – national, regional and international; multicultural comparisons, which are conducted between legal systems which do not belong to the same legal culture may be seen as an alternative to monocultural comparisons launched between two or more Consumer Law systems belonging to the same legal culture;

(f) as an explanatory example of vertical comparative approaches of Consumer Law, one can use the comparative analyses at national level on the judicial meaning of the notion of mandatory rules and the various degrees in the extent to which a mandatory rule must be applied through the means of an administrative act; in national legal orders, the mandatory started first from a background involving a tort liability, based on culpable behavioural elements, which has progressively developed towards the direction of extra-contractual culpable gestures and finally settled on the contractual framework of the relationship between Public administration and its subjects;

(g) vertical comparative approaches are also helpful in investigating the national ‘absorption’ of specific regulations on the professionals’ pre-contractual liability, which takes shape in all the cases where professionals entering into transactions or relationships with profane consumers; as comparative vertical analyses have shown, professional’s behaviour evaluation is aimed to assess if it has acted in favour of public interest of consumers, but also if it has operated as a correct contracting party since all the phases of a public evidence procedure serve as a tool for the progressive formation of the consent.

---

\* *Lecturer, PhD. Faculty of Law Babes-Bolyai University of Cluj-Napoca; e-mail: juanitag@law.ubbcluj.ro*

<sup>1</sup> For important comments, see A. Momirov, A. Naudé Fourie, ‘Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law’, *Erasmus Law Review* Vol. 2, Issue 3 (2009), p. 291-309; E. J. Eberle, ‘The Method and Role of Comparative Law’, *Washington University Global Studies Law Review* Vol. 8, Issue 3 (2009), p. 451-485; R. Hirschl, ‘The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law’, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 53, No.1 (2005), p. 125-156; G. Samuel, ‘Taking Methods Seriously (Part Two)’, *Journal of Comparative Law* No. 2 (2007), p. 210-218; V. V. Palmer, ‘From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology’, *American Journal of Comparative Law* Vol. 53 (2005), p. 261-268; D. Kennedy, ‘The Methods

- and the Politics', *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Eds. Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge: Cambridge University Press (2003), p. 352-357; Ę. Öriücü, 'Methodological Aspects of Comparative Law', *European Journal of Law Reform* Vol. 8 (2006), p. 29-36; O. Brand, 'Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies', *Brooklyn Journal of International Law* No. 32 (2007), p. 405-412; R. Hirschl, 'From comparative constitutional law to comparative constitutional studies', *International Journal of Constitutional Law* Vol. 11, No. 1 (2013), p. 6-12; P. Ridola, 'Diritto comparato e diritto costituzionale europeo', Editore Giappichelli (2010), Roma, p. 245-251.
- <sup>2</sup> See, for further details, D. Pieters, 'Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing', *Syllabus Research Master in Law*, Leuven University, 2009, p. 12-35.
- <sup>3</sup> For further details, see R. Hirschl, 'The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law', in *The American Journal of Comparative Law* Vol. 53, No.1, 2005, p. 125-156.
- <sup>4</sup> E. J. Eberle, 'The Method and Role of Comparative Law', in *Washington University Global Studies Law Review* Vol. 8, Issue 3, 2009, p. 457.
- <sup>5</sup> See J. E. K. Murkens, 'Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections', *London School of Economics and Political Science Working Papers* 15/2008, p. 38.
- <sup>6</sup> For several arguments, see A. Momirov, A. Naudé Fourie, 'Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law', *cit. supra*, p. 298.
- <sup>7</sup> See, for further details, F. Bignami, 'Comparative Administrative Law', *Public Law and Legal Theory Paper* No. 115, 2012, p. 11.
- <sup>8</sup> See P. G. Monateri, 'Methods of Comparative Law', *University of Turin, Research Handbooks in Comparative Law*, 2012, p. 27.
- <sup>9</sup> See A. Momirov, A. Naudé Fourie, 'Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law', *cit. supra*, p. 298-301.
- <sup>10</sup> *Ibidem*.
- <sup>11</sup> *Idem*, p. 299.
- <sup>12</sup> *Ibidem*.
- <sup>13</sup> See A. Watson, 'Legal Transplants: An Approach to Comparative Law', Athens and London: The University of Georgia Press, 1974, p. 12.
- <sup>14</sup> See, for further readings, P. Kahn, 'Comparative Constitutionalism in a New Key', in *Michigan Law Review* Vol. 101, 2003, p. 2677-2685.
- <sup>15</sup> See B. Grossfeld, E. J. Eberle, 'Patterns of Order in Comparative Law: Discovering and Decoding Invisible Powers', in *Texas Law Journal* Vol. 38, 2003, p. 292; M. Reimann, 'The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century', in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, 2002, p. 671-673.
- <sup>16</sup> See A. Momirov, A. Naudé Fourie, 'Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law', *cit. supra*, p. 299. See also K. Tuori, 'Legislation Between Politics and Law', in L. J. Wintgens (ed.), 'Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation', Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 105-107.
- <sup>17</sup> See G. Frankenberg, 'Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law', in *Harvard International Law Journal* 1985, Vol. p. 411-419; V. Terzea, 'Protecția consumatorilor. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene', București: Universul Juridic, 2017, p. 51-58.

- <sup>18</sup> V. Curran, 'Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives', in *American Journal of Comparative Law* 1998, Vol. 46, p. 657-661.
- <sup>19</sup> See J. B. Racine, L. Sautonie, A. Tenenbaum, G. Wicker, 'Damages and Indemnity – Comparative Law (Chapter 8)', in B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (eds.), 'European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model rules', Munich: Sellier, 2008, p. 317.
- <sup>20</sup> See, for further details, A. Momirov, A. N. Fourie, 'Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law', *cit. supra*, p. 294-295.
- <sup>21</sup> For further details, see L. Epstein, J. Knight, 'Constitutional Borrowing and Nonborrowing', in *International Journal of Constitutional Law* Vol. 1, No. 2, 2003, p. 196-198.
- <sup>22</sup> See P. Legrand, 'Public Law, Europeanisation, and Convergence: Can Comparativists Contribute?', in P. Beaumont, C. Lyons, & N. Walker (eds.), 'Convergence and Divergence in European Public Law', Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 89; W. Menski, 'Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa', Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006, p. 30-34; S. Choudhry (ed.), 'The Migration of Constitutional Ideas', Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 81-93.
- <sup>23</sup> For further details, see O. Brand, 'Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies', *Brooklyn Journal of International Law* No. 32 (2007), p. 405-407; Ch. Knill, J., 'Post-Accession Transposition of EU Law in the New Member States: A Cross-Country Comparison', *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 13, No. 2, 2009, p. 18-26; R. Scarciglia, 'Comparative Law and Administrative Citizenship in the Balkan Area', *Intercultural Dialogue and Citizenship, University of Trieste Research Papers* 2007, p. 621-640; C. Vrabie, M. K. Öktem, 'Comparative Study on Local E-Government. Romania and Turkey' *EIRP Proceedings* 2013, p. 19-26; S. Antoniazzi, 'La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione', Torino: Giappichelli, 2005, p. 91; D. Baranger, C. Murray, 'Systems of government', in M. Tushnet, T. Fleiner and C. Saunders (Eds.), 'Routledge Handbook of Constitutional Law'. Oxon: Routledge, 2013, p. 112.
- <sup>24</sup> See O. Brand, 'Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies', *cit. supra*, p. 408.
- <sup>25</sup> *Ibidem*.
- <sup>26</sup> *Idem*, p. 409.
- <sup>27</sup> See L. Pascariu, 'Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts', *European Journal of Law and Public Administration*, 2016, Volume 3, Issue 1, p. 117.
- <sup>28</sup> See J. Goicovici, 'Fornarea progresivă a contractului (Progressive Formation of Contracts)', Bucharest: Wolters Kluwer, 2009, p. 39.
- <sup>29</sup> See, for a synopsis of possible explanations, L. Pascariu, 'Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts', *cit. supra*, p. 116.
- <sup>30</sup> *Ibidem*.
- <sup>31</sup> *Idem*, p. 118.
- <sup>32</sup> *Idem*, p. 119.
- <sup>33</sup> See J. Goicovici, 'Mandatory Rules of Public Policy concerning consumer protection in recent jurisprudence', in *Transylvanian Review of Administrative Sciences* No. 38, 2013, p. 76-78.



**STUDII**

**IPOSTAZE ALE LIBERTĂȚII CU EFECTE  
EXTRAPATRIMONIALE ÎN CODUL CIVIL ROMÂN**

**ILLUSTRATIONS OF THE FREEDOM WITH  
EXTRA-PATRIMONIAL EFFECTS IN THE ROMANIAN CIVIL CODE**

---

**DOI:10.24193/SUBBiur.63(2018).1.2**

**Published Online: 2018-03-20**

**Published Print: 2018-03-30**

---

**Dumitru BALEA\***

**Abstract:** The relation between the system of law and freedom is a very close one: the legal existence of freedom justifies the law, and the law that abolishes the freedom becomes deprived of any legitimacy. With all the importance of freedom in every branch of law, the legal category of freedoms with extra-patrimonial effects did not enjoy a systematic analyse in the civil law doctrine. The current study aims to identify the general characteristics and definition of freedom, by investigating the freedom's expressions in the Romanian Civil code. The finality is mainly a theoretical one and consists in identifying the conception that the Romanian Civil code has on freedom and observing the way in which the freedom is implemented in the civil law. The practical side of this work is distinguishing the instruments disguised in freedoms, but with a diverse nature and therefore which need an approach appropriated to their essence.

**Rezumat:** Legătura dintre sistemul de drept și libertate este una foarte strânsă: existența juridică a libertății justifică dreptul, iar legea care abolește libertatea devine lipsită de orice legitimitate. Cu toată importanța libertății în fiecare dintre ramurile de drept, categoria juridică a libertăților cu efecte extrapatrimoniale nu s-a bucurat de o analiză sistematică în doctrina aferentă materiei dreptului civil. Scopul studiului de față este să identifice caracteristicile generale și definiția libertății, care vor fi decelate în urma radiografierii unor expresii ale acesteia în Codul civil. Finalitatea este în principal una teoretică și constă în identificarea concepției pe care Codul civil o are

asupra libertății și observarea modului în care libertatea este pusă în operă în materia dreptului civil. Latura practică a lucrării urmărește distingerea acelor instrumente juridice camuflate în libertăți, dar care au o natură diversă și, prin urmare, au nevoie de o abordare adecvată esenței lor.

**Keyword:** *freedom, personality rights, right to body integrity, freedom to choose the name, freedom to choose the residence, differences between freedoms and rights.*

**Cuvinte cheie:** *libertate, drepturile personalității, libertatea de a dispune de sine însuși, libertatea de alegere a numelui, libertatea de alegere a domiciliului, diferența dintre libertăți și drepturi.*

## I. Preliminarii

Aparent, libertatea este o noțiune mult prea familiară pentru a justifica o încercare de cunoaștere și înțelegere a sa, iar demersul de a defini libertatea se relevă a fi cu atât mai dificil cu cât se dorește încartiruirea acestui concept între limitele trasate de însușirile specifice pe care le-ar condiționa o explicație, în funcție de domeniul de referință. Libertatea politică, economică, juridică, individuală, libertatea conștiinței și alte fațete ale libertății își au sursa, și în același timp, alcătuiesc conceptul generic de Libertate.<sup>1</sup> S-a spus că libertatea nu poate fi înțeleasă altfel decât ca o relație socială: pentru ca un oarecare să fie liber, trebuie să existe cel puțin doi.<sup>2</sup> Însă ideea ar trebui nuanțată, deoarece creștinismul și alte religii, de pildă, aduc în prim-plan o libertate privită ca o evadare din robia condiției umane pătimase,<sup>3</sup> ca o victorie asupra tuturor deșertăciunilor descrise de Ecleziașt, independentă de ponderea socială a libertății, ba chiar în contrast cu aceasta, căci libertatea adevărată este a voinței, a spiritului și nu a trupului.

Decorticarea diferitelor ipostaze în care se înfățișează libertatea dezvăluie esența primordială a acesteia, care permite o desfășurare neîngrădită ființei umane. Archibald MACLEISH spunea: „Freedom is the right to choose: the right to create for yourself the alternative of choice. Without the possibility of choice and the exercise of choice a man is not a man, but a member, an

instrument, a thing.”<sup>4</sup> Ideea posibilității alegerii reapare obsesiv încă de la primele dezbateri asupra libertății și determinismului, fără a-și pierde actualitatea. Într-una dintre abordările recente ale problematicii, romanul „Portocala mecanică”, Anthony BURGESS aduce un manifest posibilității opțiunii, chiar pentru cazul în care rezultatul acesteia este răutatea. Pentru că răutatea, în contextul respectiv, nu este produsul unei condiționări sociale ori genetice, ci propria opțiune a celui care s-a angajat în aceasta cu toată luciditatea.<sup>5</sup> „The goodness must come from within,”<sup>6</sup> iar lipsa liberului arbitru, concluzionează autorul, transformă ființa umană într-un mecanism (clockwork) predeterminat sistematic de modificările psihologice comportamentale care i-au alterat posibilitatea alegerii și rămâne doar învelișul aparent (orange) să amintească natura umană originară.

Filosofia libertariană actuală ajunge la o definiție sintetică a libertății: „freedom is a condition in which a person’s ownership rights in his own body and his legitimate material property are not invaded, are not aggressed against.”<sup>7</sup> Isaiah BERLIN abordează asemănător libertatea din perspectiva denumită de el „negativă” când afirmă că în mod normal se poate afirma despre cineva că este liber atunci când niciun individ sau grup de indivizi nu intervin în sfera sa de activitate. „În acest înțeles (negativ – n.n.), libertatea politică este numai spațiul în interiorul căruia un om poate acționa fără ca alții să îl împiedice.”<sup>8</sup>

Funcția dreptului este să apere libertatea, să împiedice ingerințele exterioare în sfera personală de acționare, atât din partea autorităților publice, cât și a altor indivizi. Însă protecția trebuie să fie una efectivă, nu doar demagogică. Regimurile totalitare, fie cele existente în secolul al XX-lea, fie cele actuale, se declară cu emfază garantele libertății persoanelor chiar în momentul în care operează epurări ale celor care le-ar putea contesta legitimitatea închipuită. Disimulările frustrante nu sunt, din nefericire, caracteristice exclusiv sistemelor autoritare, ci pot fi observate și în democrații naufragiinde sub deturnarea puterii de la scopurile pentru care a fost delegată. Chiar și fără atentatele îndreptate împotriva ordinii democratice, nu există o legătură necesară între libertatea individuală și guvernarea democratică, chiar dacă aceasta din urmă oferă o garanție mai bună a prezervării libertății.<sup>9</sup> Rolul statului este descris de Ferdinand LASSALLE prin reducerea la funcțiile unui paznic de noapte sau ale unui agent de circulație.<sup>10</sup>

Libertatea juridică este de neînchipuit în absența libertății politice care să îi permită un spațiu de desfășurare.<sup>11</sup> „Juriștii sunt tranchilizați de „imperativul practic” al profesiei lor: cu sau fără teme ori vlagă, o lege se va aplica.”<sup>12</sup> Pozitivismul juridic poate transforma procesul de elaborare și aplicare a legii într-o pepinieră a totalitarismului, iar nazismul și comunismul sunt cele mai evidente și apropiate mărturii ale împingerii dreptului în afara spațiului legitimității.

Gândirea unor personalități politice a fost influențată de conceptul libertății, iar rezultatul s-a conturat prin aceea că libertatea a ajuns să reprezinte un fundament al dreptului. Declarația de Independență a Statelor Unite ale Americii numește libertatea un drept inalienabil al tuturor oamenilor, alături de dreptul la viață și dreptul la căutarea fericirii, a căror încălcare, provenită din partea vreunei forme de guvernământ, ar atrage pierderea legitimității guvernării și ar îndreptăți poporul să acționeze în scopul schimbării sau abolirii acelei forme de guvernământ și înlocuirii ei cu una nouă, fundamentată pe principiile amintite, ale cărei puteri să fie astfel organizate încât să garanteze siguranța și fericirea oamenilor.<sup>13</sup>

Thomas JEFFERSON a fost preocupat de ideea libertății, afirmând într-una dintre scrisorile trimise către James MADISON, că este de preferat mai degrabă tumultul libertății decât liniștea sclaviei: „Malo periculosam, libertatem quam quietam servitutem.”<sup>14</sup> Thomas JEFFERSON a dus mai departe conceptul și a definit libertatea politică drept un raport echilibrat de forțe între guvernanți și popor: „Când guvernanții se tem de popor, există libertate. Când poporul se teme de guvernanți, aceea este tiranie.”<sup>15</sup> Libertatea de a nu trăi în frică a fost preluată, ulterior, de un alt președinte al Statelor Unite ale Americii, Franklin Delano ROOSEVELT, care a introdus termenul în Carta Atlantică. Tratatul, conceput împreună cu Winston CHURCHILL, cuprinde în articolul 6 referirea la acest concept: „După distrugerea completă a tiraniei naziste, [președintele Statelor Unite ale Americii și primul-ministru al Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord] speră să vadă stabilirea păcii care să permită tuturor națiunilor mijloacele de a-și stabili siguranța înăuntrul granițelor fiecăreia și care să permită totodată asigurarea că toți oamenii din toate țările își vor putea trăi propriile vieți în libertate față de teamă și nevoi.”<sup>16</sup>

Libertatea față de teamă era înțeleasă de Franklin Delano ROOSEVELT într-o accepțiune care viza domeniul dreptului internațional public, iar lipsa temerii urma să fie obținută ca urmare a unui plan mondial de dezarmare, astfel cum el însuși explica în Discursul celor patru libertăți ținut în fața Congresului Statelor Unite ale Americii, în 6 ianuarie 1941: „[...] freedom from fear, which, translated into world terms, means a world-wide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbor – anywhere in the world.”<sup>17</sup> Aceeași interpretare reiese din comentariile unor profesori de drept internațional public și politicieni contemporani evenimentului, care au observat că președintele Franklin Delano ROOSEVELT a identificat înarmarea drept cauză a fricii,<sup>18</sup> iar în viitor oamenii din toate țările vor fi în siguranță, bucurându-se de pace și de libertate față de teamă și nevoi, în timp ce dezarmarea statelor agresoare, împreună cu eliminarea necesității armelor pentru toate statele pacifiste, vor fi asigurate prin toate mijloacele posibile.<sup>19</sup>

Cele patru libertăți ale lui Franklin Delano ROOSEVELT au reiterat valoarea instrumental-juridică a libertății, constituind totodată stâlpi importanți ai Declarației Universale a Drepturilor Omului, adoptată de Organizația Națiunilor Unite în 10 decembrie 1948. În preambulul acesteia este menționată libertatea față de teamă: „Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people.”<sup>20</sup> Urmarea este aceea că libertatea față de teamă nu se rezumă doar la relațiile dintre state, ci ea trebuie transpusă la nivel individual în interiorul statelor semnatare, impunând acestora restricția de nu-și prizoni resortisanții și de a le garanta o viață trăită în siguranță. Libertatea de a trăi fără frică poate părea o banalitate într-un sistem politic care o garantează, iar tendința de a-i ignora importanța este justificată de expectanța normalității existenței sale. Dar într-un regim politic ce o încalcă sistematic și fără scrupule este de neprețuit.

Convențiile și tratatele internaționale, precum Declarația Universală a Drepturilor Omului sau Convenția Europeană a Drepturilor Omului, sunt surse ale libertății în dreptul internațional public, chiar dacă reverberații ale

acestora se propagă până în sfera civilă, cum este exemplul protecției dreptului de proprietate (art. 17 din DUDO, precum și art. 1 din CEDO). Libertatea juridică existentă în dreptul civil este consecința moralei creștine, a autonomiei voinței și a individualismului juridic. Împărtășim opinia conform căreia toate efectele autonomiei de voință nu sunt altceva decât ipostazieri ale libertății, astfel că autonomia de voință nu trebuie nicicând confundată cu libertatea contractuală,<sup>21</sup> deoarece voința creatoare de drept este mijlocul prin care libertatea se concretizează și prinde sens juridic.

În Codul civil pot fi surprinse manifestări ale libertății apte să producă efecte extrapatrimoniale sau patrimoniale. Criteriile folosite pentru departajarea categoriilor generice ale libertății sunt două, unul aprioric care privește dimensiunea statică a libertății și altul dinamic care se va raporta la valența evolutivă a libertății. Necesitatea criteriului aprioric este dat de însăși natura libertății, care oferă posibilitatea de a fi exercitată sau nu, astfel încât, dacă se optează pentru versiunea negativă a libertății, aceasta nu va produce efecte și nu va putea fi analizată din perspectiva acestor efecte. Criteriul aprioric este reprezentat de valoarea la care se referă libertatea: dacă vizează o valoare socială, libertatea este extrapatrimonială, iar dacă se raportează la o valoare economică, libertatea este patrimonială. De pildă, libertatea de alegere a numelui privește o valoare socială extrapatrimonială, în timp ce libertatea testamentară oferă persoanei facultatea de a dispune *mortis causa* de bunurile sale. Criteriul dinamic urmărește clasificarea libertăților în funcție de natura efectelor ce iau naștere din conceptualizarea juridică a libertăților, mai exact dacă acestea pot duce la exprimarea unei prerogative care să poarte asupra patrimoniului, sau nu. Astfel, vor fi considerate, pe de o parte, libertăți cu efecte extrapatrimoniale cele care se materializează în posibilitatea persoanei de a decide asupra elementelor extrapatrimoniale, cum este exemplul libertății de a dispune de sine însuși, iar, pe de altă parte, libertăți cu efecte patrimoniale cele care generează posibilitatea dispunerii de patrimoniul său, cum este exemplul libertății contractuale. Opțiunea pentru atașarea atributului extrapatrimonial sau patrimonial efectelor pe care libertatea le produce se întemeiază pe convingerea că libertatea este un concept care excedează patrimonialul sau extrapatrimonialul și doar consecințele exercițiului înfățișărilor libertății pot fi etichetate cu aceste caracteristici.

Premisa firească avută în vedere în legătură cu oricare varietate a libertății este aceea că în cvasitotalitatea cazurilor exercițiul libertății implică o seamă de restrângeri. Libertatea juridică nu este privilegiată, din acest punct de vedere, legea impunându-i limitări multiple, de aceea analiza care urmează va fi construită în jurul axei „libertate – restrângere a libertății” tocmai pentru a observa câmpul de acțiune rezervat în parte fiecărei libertăți disecate.

Din perspectivă terminologică, este de preferat exprimarea „restrângeri” ale libertății, în locul celei de „excepții” ale libertății. Excepția reprezintă o abatere de la regula generală, iar din punct de vedere juridic excepțiile sunt de strictă interpretare. Restrângerea presupune o limită extremă până la care se întinde libertatea, existând posibilitatea să fie instituită de o manieră generală, adică restrângerea putând dobândi rangul de regulă. Libertatea este o facultate înăscută, ereditară a personalității, recunoscută tuturor indivizilor, care oferă posibilitatea de a se comporta conform voinței proprii,<sup>22</sup> motiv pentru care ea lipsește atunci când persoana este împiedicată de lege să adopte un oarecare comportament. Orice ingerință a legii cu scopul strunirii libertății individului reprezintă un hotar pus acesteia, dincolo de care libertatea lipsește. Astfel, toate mențiunile făcute în cele ce urmează cu privire la aria de desfășurare a libertății, vor fi circumscrise terminologic de noțiunile „restrângere”, fiind abandonată orice referire la „excepție.”

Scopul urmărit prin întreprinderea acestui studiu este descoperirea manierei în care libertatea cu efecte extrapatrimoniale se manifestă în dreptul civil, mai exact în normele cuprinse în Codului civil. Tocmai pentru că libertatea este un concept foarte vast și orice analiză a sa depinde de perspectiva din care este făcută, se impune determinarea unghiului din care va fi privită libertatea în lucrarea de față. Nu interesează libertatea în general sau cea filosofică și nici măcar libertatea juridică sau libertatea în dreptul privat. Ne interesează deslușirea concepției pe care Codul civil o are asupra libertății care produce efecte extrapatrimoniale, adică extragerea din textele Codului civil a înfățișării acestei libertăți. Întâietatea o are așadar opinia Codului civil asupra libertății, care va fi extrasă din textele acestuia care conțin ilustrările sale. Pentru aceasta, inițial vor fi supuse analizei libertatea de a dispune de sine însuși împreună cu drepturile personalității (II), apoi libertatea de alegere a numelui (III) și libertatea de alegere a domiciliului (IV), ultima secțiune fiind dedicată identificării caracteristicilor generale ale acestui tip de libertăți (V).

## II. Libertatea de a dispune de sine însuși și drepturile personalității

Codul civil reglementează în cuprinsul articolului 60 dreptul de a dispune de sine însuși în următoarea formă: „persoana fizică are dreptul să dispună de sine însăși, dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora, ordinea publică și bunele moravuri.” În realitate, acest drept este rodul conceptualizării libertății de a dispune de propria persoană. Fără intenția de a antama discuțiile centrate pe identificarea raportului dintre persoană și corpul său, trebuie precizat că actualul Cod civil consideră corpul uman ca parte a persoanei, neputându-se discuta despre drepturi (patrimoniale) pe care persoana le-ar avea asupra propriului corp, ci doar despre drepturile personalității<sup>23</sup> reglementate în art. 58-81.<sup>24</sup> Însă denumirea marginală a art. 60 („dreptul” de a dispune de sine însuși) ar putea induce ideea greșită a reificării corpului uman, cu consecința posibilității de a dispune de componentele și produsele sale, inclusiv prin acte patrimoniale.<sup>25</sup> Or această interpretare nu corespunde câtuși de puțin concepției Codului civil. Articolul 66 din Codul civil interzice expres actele care au ca obiect conferirea unei valori patrimoniale corpului uman, elementelor sau produselor sale, sub sancțiunea nulității absolute, idee întărită și de dispozițiile art. 68 C. civ.<sup>26</sup> referitor la prelevarea și transplantul de organe de la persoanele aflate în viață. Dispoziția este preluată din Codul civil francez, articolul 16-5 și a fost interpretată, *per a contrario*, în sensul că organele și corpul uman nu (mai) sunt indisponibile prin natura lor, ci pot face obiectul unor acte civile cu titlu gratuit, atâta timp cât cauza acestora nu este ilicită sau imorală.<sup>27</sup>

Posibilitatea de a dispune de sine însuși pare a fi mai degrabă o libertate decât un drept, întrucât este alcătuită de o manieră generală, aplicabilă tuturor în mod egal, fără a prefera, anumiți subiecți de drept, altora. Exercițarea acesteia nu poate fi abuzivă, orice exercitare a libertății, pasibilă să încalce drepturile sau libertățile altuia, reprezintă o deviație de la scopul său și va fi sancționată nu ca un abuz, ci ca un ilicit rezultat din vătămarea altuia. Astfel că ar fi fost de preferat acuratețea expresiei „libertatea de a dispune de sine însuși” în locul celei pentru care a optat legiuitorul, adică „dreptul de a dispune de sine însuși.”



Conținutul libertății de a dispune de sine însuși se traduce prin posibilitatea persoanei de a decide asupra modului în care își va exercita ceea ce art. 58 C. civ. numește „drepturile personalității,” mai exact, dreptul la viață, sănătate, integritate fizică și psihică, dar și dreptul la demnitate, imagine, respectul propriei vieți private, precum și orice alte asemenea drepturi recunoscute de lege. Drepturile personalității vor fi analizate împreună cu libertățile extrapatrimoniale pentru a observa natura acestora: sunt ele drepturi subiective sau sunt libertăți?

Drepturile personalității reprezintă o apariție stranie și recentă în dreptul civil român.<sup>28</sup> Sursa intelectuală a acestora o reprezintă tratatele internaționale la care România este parte, cum sunt „Convenția europeană a drepturilor omului” și „Declarația universală a drepturilor omului”. Aceste drepturi și libertăți fundamentale ale omului fac parte din dreptul român încă de la ratificarea tratatelor care le conțin<sup>29</sup> prin efectele art. 11 și 20 din Constituție.<sup>30</sup> Introducerea drepturilor personalității în Codul civil este de prisos din moment ce ele fac deja parte din dreptul pozitiv, cu atât mai mult cu cât Constituția le acordă prioritate în caz de conflict cu dispozițiile interne. După cum precizam anterior, tratatele internaționale menționate sunt sursa libertății juridice în dreptul internațional public și de aceea, în ciuda „libertăților” pe care le adăunează Codului civil (libertatea de a dispune de sine însuși, libertatea de exprimare), ar fi greșită susținerea că libertatea specifică dreptului civil izvorăște din tratate precum „Convenția europeană a drepturilor omului” și „Declarația universală a drepturilor omului.”<sup>31</sup>

Pentru a observa noima reglementării drepturilor personalității în Codul civil, trebuie devoalată natura juridică a acestora: sunt ele drepturi propriu-zise sau sunt manifestări ale libertății juridice; ori nu pot fi considerate, din perspectivă civilistă, nici drepturi și nici libertăți? Primul șablon care va fi aplicat drepturilor personalității îl reprezintă categoriile clasice ale drepturilor subiective clasificate din perspectiva obiectului asupra cărora poartă: drepturile reale, care oferă prerogative asupra unor bunuri, drepturile de creanță, ce îndrituiesc titularul să pretindă subiectului pasiv un anumit comportament, de a da, a face sau a nu face ceva și drepturile potestative, în virtutea cărora pot fi modificate situații juridice. Este îndestulătoare chiar și o comparație superficială pentru a observa neconcordanța stridentă dintre drepturile personalității și categoriile menționate. Opozabilitatea *erga omnes* a drepturilor personalității împreună cu obligația universală de respectare a acestora le apropie de drepturile

reale, însă asemănarea se datorează trăsăturilor comune care ar permite includerea lor în categoria drepturilor absolute, clasificarea bazată pe criterii diferite. Din perspectiva obligației generale de abținere de la orice atingere adusă valorilor ocrotite (obligație de a nu face) se aseamănă cu drepturile de creanță, dar nu se confundă, întrucât drepturile personalității nu au un subiect pasiv determinat,<sup>32</sup> iar obligația generală de a nu încălca obiectul acestora este greu de identificat în mod abstract, limitele acesteia fiind determinate cazuistic. Concluzia ce se impune este una alternativă: fie acceptăm faptul că drepturile personalității formează o categorie distinctă de drepturi subiective, pe lângă drepturile reale, de creanță și potestative;<sup>33</sup> fie excludem această posibilitate, iar drepturile personalității nu vor fi acreditate ca drepturi subiective.

În scopul optării pentru una dintre cele două variante propuse se impune continuarea observării drepturilor personalității dintr-un unghi diferit, mai exact cercetând conținutul lor. Un drept subiectiv, în general, are, *de plano*, o încărcătură juridică normativă: pentru subiectul pasiv, dreptul subiectiv al titularului nu este altceva decât o normă pe care trebuie să o respecte. Care este obligația corelativă drepturilor personalității și cine este dreptul subiectiv? Răspunsul că obligația ar fi una de abținere de la orice atingeri aduse obiectului acestor drepturi și că subiectul pasiv ar fi general, nu îl considerăm suficient de riguros pentru a fundamenta opțiunea pentru prima variantă a concluziei. În primul rând, pentru că așa-numitul obiect al drepturilor (obligația de a nu face) ar fi mai degrabă specifică creanțelor și ar duce la fixarea drepturilor personalității în această categorie, iar în al doilea rând pentru că această obligație este prea difuză. Încălcarea dreptului la viața privată, spre exemplu, poate fi justificată de o multitudine de motive legitime, care pot fi diferite în funcție de împrejurări sau chiar în funcție de persoana titularului. Iar o astfel de volatilitate a unei norme izvorâte dintr-un presupus drept nu permite repartizarea acestuia în categoria drepturilor subiective, deoarece conținutul normativ al unui drept trebuie să fie precis și previzibil, astfel încât subiectul pasiv să îl poată respecta.

Câtă vreme includerea atributelor personalității în categoria drepturilor subiective nu se poate face de o manieră științific satisfăcătoare, considerăm că acestea nu au natura specifică drepturilor subiective. Nu există dreptul la viață, dreptul la imagine, dreptul la onoare etc., iar discursul asupra acestora se înfiripă abia ulterior producerii unui prejudiciu vieții, imaginii sau onoarei.

Drepturile personalității nu sunt decât proiecția ideii de răspundere pentru prejudiciile aduse valorilor asupra cărora poartă: dreptul la viață, imagine, onoare există pentru că a fost admisă ideea de prejudiciu adus vieții, imaginii, onoarei. Toate aceste valori sociale au fost conceptualizate juridic în „drepturi” pentru a da o turnură practică mecanismului reparatoriu – răscumpărarea, răzbunarea și atenționarea terților. Răspunderea este un mecanism conglomerat, o instituție care nu se bazează decât în mică măsură pe drepturi subiective, de aceea nu este admisibilă din punct de vedere logic concluzia că tot ce generează o răspundere este, doar pentru acest motiv, un drept subiectiv.

În scopul testării validității tezei exprimate anterior vom verifica dacă înaintea reglementării drepturilor personalității și a mecanismelor de protecție a acestora în Codul civil (art. 252-257) valorile pe care acestea le protejează erau văduvite de paza dreptului civil sau dimpotrivă, ocrotirea era asigurată prin mijloacele de drept comun. Indiferent la care dintre obiectele drepturilor personalității ne-am referi, se observă că, pe de o parte, există instrumente specifice care oferă protecție diferitelor atribute extrapatrimoniale ale personalității,<sup>34</sup> iar, pe de altă parte, prejudiciile morale sau patrimoniale create prin încălcarea fără drept a acestora vor fi reparate conform regulilor comune de la răspunderea civilă delictuală, remediul general al atingerilor cauzate prin acțiuni ilicite. Este evident, prin urmare, că drepturile personalității s-au bucurat atât de libertate de exercitare cât și de protecție eficientă și anterior includerii lor în reglementarea Codului civil, grație celorlalte mecanisme generale existente. Răspunderea există chiar fără să aibă la îndemână un drept subiectiv al personalității.

Instituirea unor mecanisme speciale pentru protejarea și repararea drepturilor nepatrimoniale (art. 252-257 C. civ.), care se suprapun și totodată se completează haotic cu cel de drept comun, creează o confuzie care nu poate fi decât neprielnică dreptului civil. Originea reglementării acestor instrumente s-ar putea regăsi în viziunea ideologiei comuniste asupra mecanismelor acoperirii prejudiciului creat prin lezarea unei valori extrapatrimoniale, care nu putea concepe ca încălcarea unui drept nepatrimonial să conducă la o reparație patrimonială. Viziunea proletară, în contrast cu cea burgheză, dicta ca vătămarea dreptului nepatrimonial să poată fi reparată prin mecanisme, la rândul lor, nepatrimoniale.<sup>35</sup> Legiferarea din Codul civil actual nu pare altceva decât o continuare inertială a unui dat ideologic, preluat dintr-o lipsă de cunoaștere

a rațiunilor legiuitorului comunist, potențată de dorința confuză de a nu lăsa nelegiferată din perspectiva răspunderii aria drepturilor personalității. Efectul secundar al acestei ipohondrii juridice constă în iscarea unei inflații normative cu consecințe grave asupra legitimității dreptului.

Sintetizând ideile deduse din cele ce preced, constatăm că dreptul de a dispune de sine însuși pare a fi mai degrabă o libertate decât un drept, cu efectul că drepturile personalității nu ar fi chiar drepturi subiective. Dar sunt acestea libertăți? Se poate vorbi despre o libertate la viață, de pildă? Iar dacă nu sunt libertăți, ce anume sunt elementele extrapatrimoniale strâns legate de personalitatea umană și care nu se referă la nume, domiciliu, căsătorie? Un răspuns cert va putea fi dat abia după trasarea caracteristicilor generale și definirea libertăților, astfel că vom reveni mai târziu asupra subiectului.

Restricțiile libertății de a dispune de sine însuși sunt conținute inclusiv în articolul 60 C. civ.: neîncălcarea drepturilor și libertăților altora, a ordinii publice și a bunelor moravuri. Limite specifice se regăsesc în Codul civil la articolele 63, 65 și 67. Restrângerea libertății de a dispune de sine nu se mărginește la raporturile dintre titular și alte persoane, ci urmărește în anumite cazuri protejarea persoanei de acțiunile vătămătoare pe care acesta le-ar putea săvârși ori consimți asupra sa, cum sunt interdicțiile conținute de Codul civil în art. 64 (2), art. 65, art. 68 (2), art. 75 sau art. 82. Nici aceste limite însă nu pot fi lejer stabilite, iar jurisprudența în materie este circumstanțială și imprevizibilă.<sup>36</sup> Rezultă că atât conținutul drepturilor personalității, cât și conținutul libertății de a dispune de sine însuși, împreună cu limitele aplicabile acesteia din urmă sunt determinabile cazuistic și sunt în continuă dezvoltare, sub revărsarea unei jurisprudențe luxuriante a instanțelor naționale și, mai ales, a celor suprastatale.

### **III. Libertatea de alegere a numelui**

Numele persoanei fizice<sup>37</sup> reprezintă un element de identificare al acesteia, înglobând atât numele de familie, cât și prenumele. Se impune precizarea că lucrarea de față are ca scop ilustrarea libertății numelui cu ocazia dobândirii sau modificării lui, iar nu analiza detaliată a regimului juridic al numelui. Articolul 82 din Codul civil stabilește dreptul oricărei

persoane la numele stabilit sau dobândit, potrivit legii. Atenția legiuitorului este îndreptată în special asupra transmiterii numelui de familie, alegerea prenumelui fiind lăsată întotdeauna la îndemâna celui arătat de lege, iar modificarea și schimbarea acestora pot fi făcute în anumite condiții restrictive.

Persoanei fizice i se atribuie numele de familie prin efectul filiației, deoarece rolul său este de a permite identificarea în societate a persoanei și de a sublinia apartenența acesteia la o anumită familie.<sup>38</sup> Cum numele de familie se dobândește prin efectul filiației, copilul va lua numele părintelui față de care s-a stabilit mai întâi filiația sau numele ambilor părinți, dacă filiația a fost stabilită în același timp față de amândoi. În situația în care filiația față de părintele a cărui nume a fost preluat de copil este contestată și contestația se admite, ca efect al disoluției legăturii de filiație dintre părintele eponim și copil, numele acestuia se va schimba, în sensul că va dobândi numele părintelui față de care filiația este stabilită. O astfel de situație dovedește că libertatea de a stabili numele de familie nu există în acest caz, decât în măsura în care se determină filiația și față de al doilea părinte, iar cei doi părinți nu au un nume comun. Articolul 450 alin. (2) C. civ. prevede că prin acordul părinților copilul „poate lua numele părintelui față de care s-a stabilit filiația ulterior sau numele reunite ale acestora.” Numele se poate deci stabili defalcat dacă legătura de filiație s-a determinat în același fel. Copilul din căsătorie sau cel din afara căsătoriei cu filiația stabilită concomitent față de ambii părinți va primi numele comun al părinților, numele unuia dintre aceștia sau numele lor reunite. Tot ca efect al filiației se modifică numele de familie al copilului adoptat, de vreme ce art. 470 alin. (1) C. civ. arată că prin adopție se stabilește filiația dintre adoptat și cel care adoptă. Copilul adoptat va prelua numele de familie al adoptatorului, conform art. 473 C. civ.<sup>39</sup> În măsura în care adopția se face de către doi soți sau de soțul care adoptă copilul celuilalt soț, iar aceștia au un nume comun, copilul va avea numele comun al soților. În caz contrar, părinții adoptatori pot opta între numele de familie al unuia dintre ei sau numele lor combinate, lipsa acordului autorizând instanța care încuviințează adopția să decidă asupra numelui.

Concluzia desprinsă din aceste împrejurări este că libertatea părinților de a stabili numele copilului se înfățișează doar atunci când filiația este determinată față de ambii părinți și aceștia au nume de familie diferite,

opțiunile fiind însă limitate: copilul poate primi numele comun al părinților, numele oricăruia dintre ei sau numele lor reunite.<sup>40</sup> Dacă părinții nu ajung la un acord, instanța de tutelă decide care este numele copilului, comunicând hotărârea rămasă definitivă serviciului de stare civilă unde a fost înregistrată nașterea. În toate celelalte situații, numele copilului se transmite automat de la părinți, în temeiul regulilor filiației, fără să existe niciun fel de libertate.

Numele de familie al copilului găsit, născut din părinți necunoscuți, părăsit de către mamă în spital, a cărui identitate nu a fost stabilită în termenul prevăzut de lege, se acordă prin dispoziția primarului unității administrative în a cărei rază teritorială a fost găsit copilul ori, după caz, s-a constatat părăsirea lui, potrivit art. 84 alin. (3) C. civ. De această dată, de altfel și singura, libertatea de stabilire a numelui de familie este aproape nelimitată, similară prin vastitate libertății de alegerea a prenumelui. Este libertatea primarului în acest caz mărginită de respectarea ordinii publice, a bunelor moravuri și a intereselor copilului? Trebuie să se țină cont și la stabilirea numelui de familie de dispozițiile care impun ca prenumele să nu fie format din cuvinte sau expresii indecente sau ridicole? Răspunsul considerăm că este afirmativ, chiar dacă art. 84 alin. (2) C. civ. se referă doar la prenume. Aceasta întrucât legiuitorul a avut în vedere faptul că numele de familie se transmite prin efectul filiației, iar părinții nu pot schimba numele respectiv decât parcurgând procedura administrativă de modificare, chiar dacă este indecent sau ridicol. Spiritul reglementării a fost acela ca ordinea publică, bunele moravuri și, preponderent în opinia noastră, interesele copilului să nu fie afectate de un nume ridicol sau indecent, indiferent dacă e vorba despre numele de familie ori despre prenume. Dacă primarul ar fi ținut să nu dea un prenume ridicol copilului, dar grotescul numelui de familie ar putea ieși de sub cenzura legii, s-ar goli de sens dispoziția de la art. 84 alin. (2) C. civ.

Prenumele este cea parte a numelui persoanei care are ca scop individualizarea acesteia în familie, deosebind-o de ceilalți membri ai ei cu același nume de familie sau de persoane străine de familia sa, dar care au incidental același patronim.<sup>41</sup> Spre deosebire de stabilirea numelui de familie, în cazul prenumelui, părinții au o libertate aproape deplină în a alege cuvintele care vor forma prenumele copilului sau numărul acestora.<sup>42</sup> În acest sens, prenumele copilului va fi cuprins în declarația de naștere, care se face oral, în fața ofițerului de stare civilă competent cu întocmirea actului de naștere.

După cum am arătat tangențial în cele ce preced, alegerea prenumelui este limitată numai de art. 84 alin. (2) C. civ., care dă posibilitatea ofițerului de stare civilă să refuze înregistrarea prenumelor indecente, ridicole și a altora asemenea, de natură a afecta ordinea publică și bunele moravuri ori interesele copilului. Imaginarea unui exemplu în care prenumele copilului să afecteze bunele moravuri și ordinea publică, fără să lezeze în același timp și interesele copilului este destul de dificilă, întrucât efectele vătămătoare se produc în principal asupra persoanei care poartă acel prenume indecent sau ridicol, prin marginalizare sau socială. Altfel spus, prenumele care ultragiază bunele moravuri sau ordinea publică va prejudicia și interesele copilului, dar reciproca nu este valabilă, întrucât ar putea exista posibilitatea ca interesele copilului să fie lezate de prenumele care îi este atribuit, fără ca bunele moravuri sau ordinea publică să fie ofensate.<sup>43</sup> Conform opiniei noastre, limita impietării intereselor copilului ar fi fost suficientă, ea înglobând automat și criteriul bunelor moravuri și a ordinii publice.

Pornind de la cuprinsul art. 59 și art. 82 C. civ. ar rezulta că numele, cu cele două componente ale sale, este un drept subiectiv nepatrimonial.<sup>44</sup> Dar trebuie făcută distincția între dreptul la nume, care poate fi considerat un drept subiectiv nepatrimonial și numele propriu-zis, care este un atribut de identificare. Pentru ca persoana să poată beneficia de anumite efecte ale legii, ea trebuie să aibă un nume consemnat în actele de stare civilă, simpla posesie de stat fiind, în majoritatea cazurilor, insuficientă. De unde reiese că numele este un element obligatoriu de identificare a persoanei pentru ca legea să producă efecte în cazul respectivului individ. Este întrutotul adevărată această concluzie sau există persoane cărora legea le trece cu vederea lipsa numelui ori cel puțin a unuia dintre elementele acestuia?<sup>45</sup>

Lipsa totală a numelui nu considerăm ca fiind o premisă verosimilă în care legea să își poată produce pe deplin efectele, cel puțin în cazurile în care trebuie parcurse anumite operațiuni de identificare.<sup>46</sup> Însă există situații în care unele cercuri (restrânse) de persoane nu au nume de familie, fără ca legea să le impună adoptarea unuia ori să își întrerupă eficiența juridică din acest motiv. Este cazul membrilor familiilor regale, în special al monarhilor, care sunt cunoscuți doar după prenume, făcându-se eventuale trimiteri la numele casei dinastice din care fac parte.

Elisabeta a II-a, Regina Regatului Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, nu are un nume de familie, fiind cunoscută doar după prenume, despre ea spunându-se că aparține Casei de Windsor.<sup>47</sup> Ceilalți membri ai familiei regale pot fi cunoscuți atât după numele casei regale, cât și după numele de familie, care nu se confundă între ele, iar înainte de 1917 aceștia nu purtau niciun nume de familie.<sup>48</sup> Regele George al V-lea a stabilit în 1917, odată cu schimbarea numelui casei regale în House of Windsor, ca membri familiei regale să folosească acest nume și ca nume de familie. Însă regulile acestea pot fi modificate de oricare suveran succesiv, dovada fiind că în 1960 Elisabeta a II-a împreună cu soțul său Prințul Philip, Ducele de Edinburgh, au decis ca descendenții lor direcți să poarte numele de Mountbatten-Windsor, reflectând și numele Prințului Philip.<sup>49</sup> Cu toate acestea, membri familiei regale care au titlul His/Her Royal Highness sau Prince/Princess nu au nevoie de numele de familie, însă dacă vreodată ar apărea necesitatea folosirii unuia, acela este Mountbatten-Windsor.<sup>50</sup> Doar că membrilor familiei regale le este îngăduit să poarte și numele teritoriale pe post de nume de familie. Spre exemplu, Prințul William, nepotul reginei, a purtat în colegiu numele de William Wales, pentru că tatăl său este Prințul Charles de Wales, dar când a acționat în instanță pe cei care au fotografiat-o pe soția sa topless, William s-a identificat cu patronimul Mountbatten-Windsor.<sup>51</sup>

Regele Mihai al României nu a avut un nume de familie, nici măcar după abdicarea de la tron, iar când lucra ca broker pe Wall Street, era cunoscut ca Michael King.<sup>52</sup> Nici membri Familiei Regale a României, care poartă titlul de Alteță Regală, nu au dobândit vreun patronim, dar ei se pot folosi, potrivit „Normelor Familiei Regale,” de apelativul „al (/a) României”<sup>53</sup>.

Exclusiv prin voința lor proprie, regii, în calitate de șefi ai casei regale căreia îi aparțin, pot schimba numele dinastiei. Regele Mihai a luat decizia în anul 2011 de a rupe legăturile istorice între Casa Regală a României și Casa Princiară de Hohenzollern, iar Casa Regală română nu mai poartă, din acel moment, numele de Hohenzollern-Sigmaringen, ci va fi cunoscută sub numele de Casa Regală a României.<sup>54</sup> Nu este un exemplu singular când un rege schimbă numele dinastiei sale. După cum aminteam în treacă câteva paragrafe mai sus, Regele George al V-lea al Regatului Unit a modificat numele casei regale din care făcea parte, din Casa Regală de Saxa-Coburg-Gotha în Casa Regală



de Windsor. Schimbarea a fost stimulată de faptul că Regatul Unit era în război contra Germaniei, iar numele germanic al casei regale britanice nu se bucura de o mare popularitate în ochii poporului englez. Schimbarea numelui s-a făcut printr-o proclamație regală emisă în data de 17 iulie 1917.<sup>55</sup> Proclamația monarhului cu privire la numele familiei regale nu este obligatorie, întrucât nu face parte din dreptul pozitiv deci nu obligă juridic regii succesori și nici nu fixează un precedent care trebuie să fie respectat de aceștia.<sup>56</sup> Prin urmare, fiecare monarh are libertatea, de îndată ce urcă pe tron, să schimbe numele familiei regale după bunul său plac.

Poate și mai vizibilă este lipsa numelui de familie în cazul liderului suprem al Bisericii Catolice: odată ales papă, fostul cardinalul renunță la numele său complet și va purta pentru viitor prenumele (nou) pe care acesta și-l alege conform liberei sale voințe.<sup>57</sup> Numele papei se modifică în temeiul unei tradiții, care își găsește justificarea apelând la gestul lui Isus de a schimba numelui lui Simon în Petru, devenit apoi primul episcop al Romei, așadar primul papă. Nu există norme canonice care să impună o asemenea conduită.<sup>58</sup> Primul caz de schimbare a numelui s-a consemnat în anul 533 când noul ales papă, al 56-lea, avea numele unui zeu păgân, Mercurius, și a considerat oportun să renunțe la acesta, de vreme ce era capul Bisericii Creștine. Mercurius a optat pentru numele de Ioan al II-lea în amintirea predecesorului său, Papa Ioan I, a cărui moarte în temnițele din Ravenna ale regelui ostrogot Teodoric a fost considerată un martiriu.<sup>59</sup> Următorul papă care și-a ales un nume diferit de cel original a fost Ioan al III-lea, al 61-lea papă al Bisericii Catolice, iar apoi s-au succedat mai mulți papi care fie au rămas cu numele de botez, fie și-au ales un alt nume. Uzanța schimbării numelui nu era într-un totuș împământinită în anul 1555, când cardinalul Marcello Cervini degli Spannocchi devine Papa Marcellus al II-lea. Dar moartea sa la numai 22 de zile de la înscăunare și la vârsta de 54 de ani<sup>60</sup> s-ar putea să fi fost un imbold pentru succesorii săi într-un respectarea tradiției, de vreme ce Papa Marcellus al II-lea a fost ultimul care și-a păstrat numele de botez.

Cazurile amintite anterior îngăduie concluzia că există anumite persoane, deși numărul lor este restrâns, care nu au nume de familie, iar legea civilă nu le refuză recunoașterea ori aplicarea efectelor sale. Nu credem că legea civilă română i-ar refuza Papei Francisc recunoașterea calității de

suveran al Statului Cetății Vaticanului sau de șef al Sfântului Scaun doar pentru faptul că nu are un nume de familie. Monarhii și papa pot exclusiv printr-o declarație de voință să își schimbe numele, fără a fi necesare formalități administrative în acest sens. Se poate spune că libertatea lor de alegere a numelui este mai întinsă decât în cazul oricărui alt subiect de drept.

Cei care nu sunt monarhi și nici lideri ai Bisericii Catolice vor putea, la rândul lor, să își modifice numele în condițiile (mai restrictive) cuprinse în Codul civil și legislația conexasă. Articolul 84 alin. (1) prevede că numele de familie se modifică prin efectul schimbării stării civile. Filiația este un element al stării civile însă am discutat modul în care numele suferă de pe urma schimbării filiației când am abordat dobândirea numelui de familie.

O altă ipoteză în care numele este modificat de transformarea stării civile este căsătoria. Soții pot efectua un număr maxim de patru combinații cu privire la numele ce urmează a-l purta pe durata mariajului: păstrarea numelui dinaintea căsătoriei, preluarea numelui oricărui dintre ei sau numele lor reunite ori păstrarea numelui de dinaintea căsătoriei de un soț și preluarea numelor lor reunite de celălalt soț. Indirect, odată cu alegerea numelui soților, aceștia își exercită și libertatea de alegere a numelui copiilor care se vor naște în familia lor, fie că aleg un nume comun, care va fi transmis întocmai copiilor, fie că adoptă nume de familie diferite și își lasă deschisă, pentru mai târziu, opțiunea asupra numelui copiilor. Libertatea soților de a-și alege numele este o aplicație a libertății căsătoriei: nu doar că persoanele sunt libere să aleagă dacă se căsătoresc sau nu ori cu cine se căsătoresc, ci și numele pe care îl vor purta pe durata căsătoriei. Legea română nu impune soților numele pe care să îl poarte, deși au existat legislații care conțineau astfel de prescripții.<sup>61</sup>

Prenumele, ca regulă, nu se modifică în urma schimbării stării civile, de aceea stabilirea filiației, tăgada paternității, contestarea filiației nu influențează prenumele copilului, la fel cum nici căsătoria, desfacerea, încetarea sau anularea căsătoriei nu determină schimbarea prenumelui soților sau a foștilor soți.<sup>62</sup> Prin excepție, art. 473 alin. (3) C. civ. instituie posibilitatea modificării prenumelui adoptatului de instanța care încuviințează adopția dacă există motive temeinice, cererea adoptatorului și consimțământul copilului care a împlinit vârsta de 10 ani. Încetarea adopției face ca adoptatul să revină la prenumele purtat anterior, însă poate să solicite instanței menținerea

pre numelui avut pe durata adopției.<sup>63</sup> Posibilitatea cea mai la îndemână prin care se poate schimba prenumele rămâne parcurgerea procedurii administrative (deci extrajudiciare) a modificării numelui.

În doctrină a fost consacrată sintagma „modificarea numelui de familie” pentru a determina transformările care afectează numele ca urmare a metamorfozei stării civile și noțiunea de „schimbare” pentru referirile la procedura administrativă.<sup>64</sup> Articolul 85 din Codul civil reglementează posibilitatea cetățenilor români de a-și schimba pe cale administrativă numele de familie și prenumele sau numai unul dintre acestea. Curios este că dispoziția citată face trimitere la cetățenii români, excluzând astfel, cel puțin aparent, cetățenii străini și apatrizii, chiar dacă aceștia și-au înregistrat, potrivit art. 4 din Legea nr. 119/1996,<sup>65</sup> actele și faptele de stare civilă în aceleași condiții ca cetățenii români. Conform art. 2 C. civ., dispozițiile codului reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale dintre persoane, ca subiecte de drept civil. Explicația a ceea ce codul înțelege prin subiecte de drept nu aduce foarte multe lămuriri în plus, de vreme ce art. 25 C. civ. prevede că acestea sunt persoanele fizice și juridice. Totuși, prevederile menționate sunt suficiente pentru a observa că normele civile privesc nu cetățenii, în sensul de persoane cărora legea le condiționează recunoașterea drepturilor și libertăților de cetățenia pe care o au, ci persoanele fizice sau juridice, fără cerințe de cetățenie ori naționalitate. Articolul 27 din Codul civil ar putea sugera că nu există diferențe de tratament între regimul aplicabil cetățenilor români și celor străini sau apatrizilor, dar asimilarea nu este totală de vreme ce ea este făcută „în condițiile legii.” Legea poate așadar să excludă în mod specific cetățenii străini și apatrizii de la recunoașterea unor drepturi și libertăți rezervate cetățenilor români, dar în acest sens este indispensabilă dispoziția expresă de neaplicare a legii acestor persoane. Cum în privința schimbării numelui nu există prevedere specială de exceptare a cetățenilor străini de la posibilitatea parcurgerii procedurii administrative,<sup>66</sup> nu există argumente care să sprijine ideea că doar cetățenii români s-ar bucura de șansa schimbării numelui în acest mod.

Persoana care intenționează să își schimbe numele va parcurge procedura administrativă prevăzută de O. G. nr. 41/2003.<sup>67</sup> În primul rând, trebuie să existe motive temeinice pentru a se solicita schimbarea numelui, iar art. 4 din același act normativ enumeră exemplificativ motivele temeinice

[alin. (2)], respectiv justificate [alin. (3)] în baza cărora se poate formula cererea. Este de necontestat faptul că libertatea de schimbare a numelui se mulează pe întinderea sensului motivelor temeinice sau justificate, care rămâne greu de întrezărit. Prin raportare la exemplele cuprinse în lege se va decide, în fiecare caz în parte, dacă temeiurile invocate sunt suficient justificate pentru admiterea cererii.

Alegerea numelui ce urmează a fi purtat ulterior schimbării pe cale administrativă se bucură o libertate deplină, în principiu, întrucât legea nu stabilește în mod explicit care ar fi îngrădirile opțiunii pentru noul nume.<sup>68</sup> Va trebui însă noul nume să nu fie indecent, ridicol sau de natură a afecta ordinea publică, bunele moravuri sau interesele celui care poartă numele? Când am răspuns anterior la aceeași întrebare ridicată în materia stabilirii de către primar a numelui copilului găsit răspunsul a fost că el va trebui să se supună acestor limitări a libertății sale. Dar în cazul părinților și al primarului libertatea de alegerea a numelui se exercită asupra copilului, care nu poate singur să își stabilească numele. De aceea legea trebuie să vegheze interesul acestuia. Însă pentru schimbarea numelui pe cale administrativă, cel puțin pentru cazul majorului capabil, considerăm că dispozițiile art. 84 alin. (2) C. civ. nu sunt aplicabile. Nu se justifică în niciun fel grija autorității publice pentru interesele titularului cererii de schimbare a numelui, deoarece acesta singur poate să și le păzească. Cât despre ordinea publică și bunele moravuri, considerăm că atâta vreme cât legea nu investeste autoritatea publică ce are competența soluționării cererii de schimbare a numelui cu atribuții de poliție publică, nu se poate susține că aceasta ar putea respinge solicitarea purtării unui nume care ar atenta la aceste valori.

Libertatea de alegere a numelui cunoaște așadar o manifestare plenară în situația schimbării pe cale administrativă. Limitele care o strung sunt condițiile cerute pentru admisibilitatea cererii și anume temeinicia și justificarea motivelor pe care se sprijină. Posibilitatea schimbării numelui pe cale administrativă dă voinței părților o pondere atât de însemnată, încât parcurgând această procedură toți indivizii se pot considera analogi monarhilor. Cu mențiunea că libertatea de schimbare a numelui este controlată administrativ, întrucât statul nu dorește să schimbe numele unei persoane doar pe bază de declarație.

Bilanțul analizei libertății de alegere a numelui este că starea civilă nu explică această libertate, ci colectează beneficiile juridice ale posibilității de a alege numele. Libertatea părinților de a stabili numele copilului există oricare ar fi starea civilă. Schimbarea stării civile prin căsătorie nu duce automat la modificarea numelui, ci transformarea poate avea loc doar în temeiul voinței independente a soților. Antipodul căsătoriei, divorțul, are ca efect reversia stării civile a foștilor soți și modifică în principiu numele comun avut pe parcursul mariajului, dacă soții nu au convenit să și-l păstreze. Astfel rezultă că elementele stării civile asigură cercetarea libertății de alegere a numelui, dar nu o generează. Legea recunoaște un anumit efect circumstanțial libertății de a alege numele în anumite conjuncturi care sunt administrative. Nu interesează delimitarea administrativă a libertății, ci eficiența ei administrativă: certificatul (de naștere sau de căsătorie) care conține numele este eliberat după emiterea actului de stare civilă, conform art. 10 din Legea nr. 119/1996. Libertatea nu are o forță eponimă, de aceea am constatat tocmai contrariul, lipsa libertății, atunci când numele este impus de lege prin efectul filiației. Schimbarea numelui pe cale administrativă s-ar putea să fie, din punct de vedere administrativ, un drept și nu o libertate. Pentru că pe cale administrativă persoana poate să dispună de drepturi și nu de libertăți. Administrativ se instrumentează, spre exemplu, dreptul persoanei de a construi și nu libertatea de a construi, ce poate fi discutată în cadrul dreptului de proprietate. Libertatea de alegere a numelui s-ar ilustra în cazul schimbării pe cale administrativă prin intermediul dreptului subiect de schimbare a numelui. Concluzia, care prinde un contur din ce în ce mai puțin confuz este că libertatea nu poate fi cuantificată juridic.

#### **IV. Libertatea de alegere a domiciliului**

Alături de nume, domiciliul și reședința sunt elemente de identificare ale persoanei fizice care ajută la stabilirea identității persoanei prin localizarea sa în spațiu.<sup>69</sup> În cazul persoanei juridice nu se discută despre domiciliu sau reședință, ci despre sediul principal sau secundar, conform art. 227 C. civ. Constituția României consfințește libertatea de stabilire a domiciliului prin art. 25 alin. (2),<sup>70</sup> iar Codul civil reia libertatea de alegere a domiciliului în

cuprinsul art. 86 alin. (1).<sup>71</sup> Se observă din nou, ca în cazul reglementării libertății de schimbare a numelui, grija Codului civil față de cetățenii români și nu față de persoane, în general. Urmând tiparul înfățișat în cazul libertății de schimbare a numelui, dispozițiile referitoare la domiciliu vor fi aplicabile și cetățenilor străini și apatrizilor, cu atât mai mult când aceștia sunt cetățeni ai Uniunii Europene și se bucură de liberă ședere pe teritoriul oricărui stat membru. Însă indiferent de libertatea de mișcare ori de stabilire pe care o au cetățenii străini și apatrizii, Codul civil are ca arie de reglementare raporturile dintre privați, motiv pentru care ar fi de preferat abandonarea referirii la „cetățenii români” din art. 86 și înlocuirea sintagmei cu „persoanele.”

Domiciliul este locul unde persoana fizică declară că își are locuința principală, caracterizat de unicitate, permanentă și fixitate, iar reședința este locul declarat al locuinței secundare, fiind de asemenea unică, însă temporară și poate mai înclinată spre schimbare decât domiciliul. Dreptul francez nu cunoaște reședința ca locuință secundară a persoanei, ci legiuitorul modern utilizează termenul de „résidence habituelle ou principale” ca sinonim al domiciliului în alte ramuri ale dreptului, preferând-o în încercarea de a evada din incertitudinea pe care o comportă trasarea elementelor *factum* și *animus* ale domiciliului.<sup>72</sup>

Reședința specifică dreptul român a fost inventată de regimul comunist ca un mod de a controla populația cunoscând în permanență orice modificare a locuinței „cetățenilor.”<sup>73</sup> Hotărârea Consiliului de Miniștri nr. 1153/1950<sup>74</sup> impunea obligația persoanelor care își modifică domiciliul în raza aceleiași localități sau a altei localități să se prezinte la miliție pentru a obține mutația și, respectiv, pentru a fi înregistrați. Cei care plecau pentru un anumit termen din localitatea unde își aveau domiciliul într-o altă localitate trebuiau, conform art. 24 din H. C.M. nr. 1153/1950, „să se prezinte în termen de 2 zile de la sosire la unitatea de miliție pe raza căreia vor avea reședința pentru a fi înregistrați ca flotanți.” Pe lângă intenția de supraveghere și limitare a mișcării populației, se urmărea și controlarea accesului în anumite orașe denumite inițial „centre aglomerate,” iar apoi „orașe mari.” Legea nr. 670/1964<sup>75</sup> prevedea că stabilirea în București și în orașele considerate centre aglomerate se putea face numai pe bază de dovadă de rămânere în localitatea respectivă, eliberată de autoritățile polițienești, în cazurile și condițiile prevăzute prin decizia Ministerului Afacerilor Interne și valabilă numai însoțită de buletinul de înscriere la biroul

populației. Decretul nr. 68/1976<sup>76</sup> permitea accesul în orașele mari doar celor care urmau a fi „încadrați în muncă” acolo și unor membri ale familiilor acestora, dacă erau îndeplinite un nou set de condiții restrictive ori a minorilor aflați în întreținerea persoanei care locuia în orașul mare. Statul comunist își crea pârgghiile normative necesare stăpânirii unui eventual exod al populației care ar fi depășit capacitatea sa organizatorică.

Marșul regimului spre controlul domiciliului cetățenilor a continuat prin adoptarea Legii nr. 5/1971,<sup>77</sup> care impunea obligația efectuării mențiunii stabilirii reședinței și cazurile în care se putea admite cererea, limitându-le la motive care țineau de locul de muncă sau de studii și de intenția de mutare a membrilor familiei sau a persoanelor aflate în îngrijirea celui plecat la muncă sau studii în altă localitate decât cea de domiciliu. Era interzisă găzduirea unei persoane care nu avea înscrisă în actul de identitate mențiunea de schimbare a reședinței după împlinirea termenelor pentru aceasta, fapta constituind contravenție. Tot contravenție era și neîndeplinirea obligației de a se prezenta la organul de miliție pentru a cere înscrierea mențiunii că persoana locuiește pentru o perioadă mai mare de 5 zile la altă adresă decât cea a domiciliului. Legea nr. 51/1971 a rămas în vigoare până în 1996 când a fost înlocuită de Legea nr. 105/1996,<sup>78</sup> care a păstrat sancțiunea contravențională prevăzută anterior. Chiar și după abrogarea Legii nr. 105/1996, prin O. U.G. nr. 97/2005,<sup>79</sup> contravenția a supraviețuit până la modificarea Ordonanței prin Legea nr. 290/2005<sup>80</sup> pentru aprobarea acesteia. Obligația de a cere menționarea stabilirii reședinței persoanei care locuiește mai mult de 15 zile la adresa la care are locuința secundară există *de lege lata*, însă nu are o sancțiune specifică. Am ilustrat parcursul legislativ al reședinței pentru a demonstra dificultatea debarasării de automatismul preluării unor concepte juridice moștenite din legislația unui sistem persecutor, mai ales atunci când legiuitorul nu este preocupat de identificarea finalității pentru care s-a legiferat anterior într-un anume fel. Reședința este o fosilă opresivă a poliției politice, care nu are nicio întrebuințare actuală, futilitatea ei fiind dovedită tocmai de existența obligației lacunare de sancțiune a declarării stabilirii. Legea română, și în special Codul civil ar trebui să renunțe la reglementarea reședinței și la orice referiri la aceasta, deoarece este superfluă și a fost menținută numai dintr-un reflex de aviditate normativă cauzat de superficialitatea procesului legislativ.

Dar atâta vreme cât există în dreptul pozitiv, reședința nu poate fi trecută cu vederea. Pentru acest motiv referirile ce urmează a fi făcute cu privire la domiciliu vor fi considerate aplicabile întocmai și în cazul reședinței, întrucât din perspectiva libertății de alegere nu există diferențe majore între cele două.

Din punct de vedere cronologic, persoana dobândește dreptul la domiciliu din chiar momentul nașterii sale. A afirma că tot atunci capătă libertatea de stabilire a domiciliului este o susținere cel puțin pripită, întrucât legea îi stabilește un domiciliu „de împrumut” – până la dobândirea capacității depline de exercițiu – la părinții săi sau la acela dintre părinți la care el locuiește în mod statornic ori la tutorele, după caz. Libertatea alegerii domiciliului se lovește de prima sa limită: domiciliul legal. Indiferent dacă este vorba despre persoanele lipsite de capacitate de exercițiu sau despre persoane capabile (cum ar fi cel dispărut care va avea domiciliul legal la curatorul stabilit), când legea impune locul unde acele persoane vor fi considerate că au locuința principală, libertatea nu există.

Minorul devenit capabil juridic sau majorul scos de sub interdicție este liber să își stabilească domiciliu după bunul său plac și să își schimbe liber domiciliul în țară sau în afara ei, fără nicio constrângere, dacă se face abstracție de considerentele de natură penală, ca o prelungire a libertății de mișcare.<sup>81</sup> Libertatea de mișcare este ignorată de dreptul civil, fiind cunoscută doar indirect, în analiza problemei obligației unei persoane de a alege între un beneficiu, bunăoară o liberalitate, și libertatea de a alege locul unde vrea să locuiască.<sup>82</sup> Domiciliul este corelat cu libertatea de a circula, dinamică și cu libertatea de a se stabili, reversul static al libertății locomotorii; de fapt, când se dorește îngrădirea libertății de mișcare se reglementează domiciliul și reședința. Dacă există dreptul la domiciliu înseamnă că libertatea alegerii și schimbării domiciliului nu poate fi decât o conceptualizare juridică a posibilității de statornicire. Dreptul subiectiv la domiciliu reprezintă proiecția juridică a libertății de stabilire. De ce ignoră dreptul civil libertatea de mișcare și se preocupă doar de dimensiunea ei statică? Înseamnă aceasta că libertatea de mișcare nu există ori că dreptul civil refuză să recunoască o astfel de libertate? Nicidecum nu poate fi acesta răspunsul, libertatea de a merge și de a veni dăinuie nestingherită de inexistența unei dispoziții legale care să o conțină. Dezlegarea se



află în aceea că dreptului civil nu îi este utilă libertatea de mișcare, iar confirmarea acesteia ar fi de prisos. În schimb limitarea acestei libertăți are însemnătate, de pildă pentru comunicarea unor acte de procedură,<sup>83</sup> pentru convocarea anumitor persoane,<sup>84</sup> pentru determinarea instanței competente,<sup>85</sup> pentru stabilirea locului deschiderii moștenirii<sup>86</sup> sau al plății<sup>87</sup> ori ca o condiție pentru a avea o anumită calitate<sup>88</sup> ș.a. Dacă libertatea există fără a fi necesară consacrarea ei legislativă, pare a se desprinde ideea că dreptul nu instituie libertatea, ci eventual o restrânge. Concluzia este valabilă și în alte ramuri ale dreptului: dreptul de la libera circulație și stabilire pe teritoriul statelor membre ale Uniunii Europene instituită prin art. 20 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene<sup>89</sup> nu face altceva decât să descătușeze libertatea de mișcare, ce fusese restrânsă prin normele referitoare la imigrare, din sistemele de drept naționale ale statelor membre. Prin dreptul la libera circulație se exprimă juridic libertatea de mișcare, ce ne poate îndreptăți să credem că, în general, prin drepturile subiective libertatea devine vizibilă în ochii legii.

## **V. Caracteristicile generale ale libertăților cu efecte extrapatrimoniale**

Libertățile cu efecte extrapatrimoniale prezentate anterior nu acoperă totalitatea ipostazelor libertăți din Codul civil. Am analizat succint libertatea de a dispune de sine însuși împreună cu drepturile personalității, libertatea de alegere a numelui și de stabilire și schimbare a domiciliului. Pe lângă cele deja trecute în revistă, mai există libertatea de exprimare, libertatea căsătoriei, libertatea de a avea copii și nu este exclusă posibilitatea identificării și a altor ilustrări ale libertății cu efecte extrapatrimoniale. Concluziile analizei unora dintre libertățile cu urmări extrapatrimoniale sunt aplicabile întregii categorii și ar trebui să fie suficiente pentru a permite remarcarea caracteristicilor generale ale acestui tip de libertăți, pe baza cărora să poată fi construită în final o definiție.

Rezumând concluziile parțiale ale dezbaterii aplicate fiecărei libertăți, se pot desprinde un set de caracteristici susceptibile de generalizare ale libertăților extrapatrimoniale. Prima însușire generală a libertății este că oferă subiecților

de drept anumite posibilități care au conținut vag, general determinat, fără a exista un corespondent obligațional care să i se impună unui subiect pasiv anume determinat. Libertatea apare în antiteză cu drepturile subiective, a căror componentă este certă, oferind titularului o poziție din care poate dicta un anumit comportament subiectului pasiv. Legea recunoaște un element circumstanțial acestei posibilități, cum este cazul libertății de stabilire a numelui în anumite împrejurări care sunt administrative. De aici decurge a doua caracteristică generală a libertății, aceea că posibilitatea oferită de libertate nu are o încărcătură juridică *de plano*, neexistând posibilitatea cuantificării juridice a libertății. A treia trăsătură este că libertatea se înfățișează juridic dispersată în conținutul unor drepturi subiective. Libertatea nu este, *per se*, o chestiune juridică, ci un principiu suprajuridic, care se transfigurează în sfera juridică prin intermediul drepturilor subiective, care sunt umbra proiecției libertății, ca în peștera lui Platon. De unde rezultă că libertatea se manifestă concret și dreptul subiectiv este un criteriu de vizionare a libertății. Spre deosebire de libertatea filosofică, economică etc., libertatea juridică se ipostaziază specific, în drepturi subiective, dar trebuie să se plaseze într-un unghi în care este vizibilă pentru lege. Cum? Prin intermediul drepturilor subiective care o oglindesc. Tangibilitatea libertății juridice este tot atât de întinsă pe cât este dreptul subiectiv care o conține. Libertatea de mișcare, dată anterior ca exemplu de libertate conținută în TFUE, se exprimă prin dreptul de deplasare, adică izvorul de drept permite posibilitatea de a merge și de a veni pe teritoriul statelor membre. Libertatea conjugală se exprimă printr-un drept, acela de a încheia o căsătorie cu respectarea tuturor cerințelor impuse de lege. Astfel că dacă un principiu conținut de dreptul pozitiv dă naștere unui drept subiectiv, acela va putea fi considerat o libertate, iar, dacă nu, generează un drept subiectiv, este orice altceva, dar nu o libertate.

Libertatea individuală, zisă extrapatrimonială, de care ne-am ocupat aici ar putea fi înțeleasă ca regulă și putere de a alege o anumită conduită concretă; ea putându-se desfășura și în lipsa unui subiect corespondent (pasiv), inclusiv atunci când un altul suportă anumite consecințe. Juridic, libertatea se valorificată efectiv prin drepturile civile, care o și reifică tehnic. Juridic, libertatea e azimutul care orientează deopotrivă dreptul (obiectiv) și drepturile (subiective).

## Concluzie

Cunoscând aceste aspecte, putem acum răspunde la întrebarea ridicată anterior cu privire la eventuala clasificare a drepturilor personalității ca libertăți, câtă vreme am argumentat că acestea nu sunt drepturi subiective. În urma catalogării dreptului subiectiv ca proiecție juridică a libertății, răspunsul ne va fi dat de existența sau inexistența unor drepturi subiective generate de aspectele atașate personalității. După cum am arătat deja, ele însele nu îndeplinesc condițiile pentru a fi considerate drepturi subiective și astfel de drepturi apar abia după ce s-a creat un prejudiciu valorii sociale respective. Doar că dreptul subiectiv de a solicita repararea prejudiciului nu apare ca fiind generat de atributele personalității, ci de răspunderea pe care o implică atingerea vieții, imaginii sau altor valori specifice persoanei. Dar cum răspunderea este un mecanism conglomerat care nu se bazează decât în mică măsură pe existența unui drept subiectiv, urcând în aval pe firul răspunderii se ajunge la nimic. Pentru că nu există dreptul subiectiv la viață, ci este suficient ca viața să existe pentru ca răspunderea să fie declanșată. Nici măcar interdicția de a aduce atingere vieții nu este necesară pentru ca instituția răspunderii să poată intra în scenă dacă viața unei persoane este amenințată sau lezată.

Atâta vreme cât calitățile personalității nu generează drepturi subiective, rezultă că ele nu sunt libertăți. Astfel că există elemente extrapatrimoniale care țin de persoană și care nu sunt nici drepturi și nici libertăți. Temeiul apariției acestora în dreptul civil lipsește, însă existența lor nu poate fi ignorată. Drepturile personalității reprezintă resturi care depășesc atât sита drepturilor subiective, cât și a libertăților, fiind necesară plasarea lor într-o altă categorie, nenumită încă.

Deși decizia noastră de a marginaliza acele instrumentele asemănătoare libertăților care sunt strâns legate de drepturile personalității, cum ar fi „libertatea” de a dispune de sine însuși, poate părea bizară, ea este sprijinită de modul lor de exprimare în Codul civil. Drepturile personalității nu respectă tiparul libertăților, adică nu se transpun în cuprinsul Codului civil prin drepturi subiective. Desigur că ele oferă titularului anumite prerogative sau posibilități, dar acestea nu sunt drepturi subiective, după cum am demonstrat anterior. Apare astfel întrebarea: ce sunt drepturile personalității?

Drepturile personalității reprezintă instrumente juridice care alcătuiesc o categorie distinctă de drepturi civile, juxtapusă categoriilor clasice ale drepturilor reale, de creanță și potestative. Aceste instrumente sunt preluări fidele ale drepturilor fundamentale specifice altor ramuri de drept, transpuse în dreptul civil în scopul conceptualizării unor valori sociale, cum ar fi viața, integritatea fizică și morală a persoanei ș.a. Finalitatea conceptualizării este intenția de a imprima o turnură practică mecanismului sancționator și reparatoriu declanșat de eventuala lezare a respectivelor valori sociale. În urma implementării drepturilor fundamentale în Codul civil, natura acestora nu s-a schimbat și nu a devenit proprie dreptului civil, ci a fost împrumutată, împreună cu însuși drepturile fundamentale adoptate, din alte ramuri de drept. De aceea, modul de abordare a categoriei drepturilor fundamentale manifestate în dreptul civil trebuie făcută abandonând instrumentele specifice aceste discipline și folosind conceptele caracteristice ramurii din care drepturile fundamentale au fost preluate.

---

\* *Avocat în Baroul Maramureș, doctorand al Școlii doctorale de Drept a Universității Babeș-Bolyai, contact: dimitru.balea@law.ubbcluj.ro.*

<sup>1</sup> Lord Acton o numește „fructul delicat al unei civilizații mature” când face referire la originea libertății în Atena, în urmă cu mai mult de 2460 de ani, John Emerich Edward DALBERG-ACTON, *Despre libertate*, Ed. Institutul European, Iași, 2000, p. 47.

<sup>2</sup> Zygmunt BAUMAN, *Libertatea*, Ed. DU Style, București, 1998, p. 36.

<sup>3</sup> „Toate îmi sunt îngăduite, dar nu toate îmi folosesc. Toate îmi sunt îngăduite, dar nu toate zidesc,” (I Corinteni 10, 28).

<sup>4</sup> „Libertatea este dreptul de a alege: dreptul de a crea pentru sine însuși alternativa alegerii. Fără posibilitatea alegerii și exercițiul acesteia omul nu mai este om, ci un organ, un instrument, un lucru.” Laurence Johnston PETER, *PETER's Quotation*, Bantam Books, New York, 1977, p. 199, *apud* Budd J. HALLBERG, *Return to First Principles*, 2<sup>nd</sup> edition, Author House, Bloomington, 2012, p. 106.

<sup>5</sup> Anthony BURGESS, disponibil la: [https://ro.wikipedia.org/wiki/Portocala\\_mecanică\\_\(film\)](https://ro.wikipedia.org/wiki/Portocala_mecanică_(film)) data ultimei accesări: 20.09.2017.

<sup>6</sup> „Bunătatea trebuie să vină din interior.” *Ibidem*, data ultimei accesări: 20.10.2017

<sup>7</sup> „Libertatea este condiția în care drepturile unei persoane asupra corpului său și a bunurilor sale nu sunt invadate, agresate.” Murray ROTHBARD, *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Collier Macmillan Publishers, New York, 2002, p. 41.

<sup>8</sup> Isaiah BERLIN, *Două concepte de libertate în Patru eseuri despre libertate*, Ed. Humanitas, București, 1996, p. 204.

<sup>9</sup> Isaiah BERLIN, *op.cit.*, p. 213.

<sup>10</sup> Isaiah BERLIN, *op.cit.*, p. 210.

- <sup>11</sup> Până și în regimuri guvernamentale ca cel al Statelor Unite ale Americii, în care sistemul checks and balances oferă posibilitatea unui control efectiv între puterile statului, libertatea juridică este determinată de libertatea politică. Potrivit legislației Statele Unite ale Americii, un judecător federal poate bloca un ordin executiv al președintelui, cum a fost cazul Ordinului Executiv nr. 13769/2017 emis de Președintele SUA, Donald TRUMP (Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, emis în 27.01.2017, disponibil la: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states/>, data ultimei accesări: 21.09.2017. Judecătorul federal a statuat că ordinul ar putea înfrânge constituția sau alte legi suspendând implementarea efectelor sale. Însă ordinul executiv nu constituie un edict sau o lege ale căror dispoziții instanța nu ar putea să le ignore, fiind constrânsă la respectarea lor. Pentru detalii pe marginea acestui subiect, a se vedea Orin KERR, *Four federal judges issue orders blocking parts of TRUMP's executive order on immigration*, disponibil la: [https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/01/29/four-federal-judges-issue-orders-blocking-parts-of-trumps-executive-order-on-immigration/?utm\\_term=.f8fb92dff87b](https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/01/29/four-federal-judges-issue-orders-blocking-parts-of-trumps-executive-order-on-immigration/?utm_term=.f8fb92dff87b) data ultimei accesări: 22.09.2017.
- <sup>12</sup> Paul VASILESCU, *Despre principiile fundamentale ale dreptului – interviu*, disponibil la: <https://www.juridice.ro/287244/interviu-paul-vasilescu-despre-principiile-fundamentale-ale-dreptului.html> data ultimei accesări: 22.09.2017.
- <sup>13</sup> *The Declaration of Independence*, U.S., 1776. Textul integral al declarației, disponibil la: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>, data ultimei accesări: 09.11.2017.
- <sup>14</sup> From Thomas JEFFERSON to James MADISON, 30 ianuarie 1787, disponibil la: <https://founders.archives.gov/?q=Volume%3AJEFFERSON-01-11&s=1511311112&r=95>, data ultimei accesări: 09.11.2017.
- <sup>15</sup> Asupra originii pasajului citat, atribuit lui Thomas JEFFERSON, există în continuare neclarități. În scrierile lui Thomas JEFFERSON nu a fost găsit un fragment identic sau asemănător, ci doar o variațiune mai îndepărtată în scrisoarea trimisă în 08 ianuarie 1825 lui William SHORT, disponibil la: <https://founders.archives.gov/documents/JEFFERSON/98-01-02-4848>, data ultimei accesări: 09.11.2017. De aceea, se consideră că cel mai probabil sursa citatului se găsește într-o serie de dezbateri asupra socialismului publicate în 1914 de către John Basil BARNHILL, disponibil la: [https://www.monticello.org/site/jefferson/when-government-fears-people-there-liberty-spurious-quotations#footnote5\\_c0q33au](https://www.monticello.org/site/jefferson/when-government-fears-people-there-liberty-spurious-quotations#footnote5_c0q33au), data ultimei accesări: 09.11.2017.
- <sup>16</sup> *Atlantic Charter*, 14 august 1941. Textul integral al cartei, disponibil la: [https://www.nato.int/cps/en/natolive/official\\_texts\\_16912.htm](https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_16912.htm), data ultimei accesări: 17.02.2018. Deși visele pacifiste ale celor doi lideri par fermecătoare, nu trebuie să ne lăsăm furiați de mirajul unor discursuri frumos ticluite. Nu după foarte mult timp, Winston CHURCHILL și Franklin Delano ROOSEVELT au semnat Pactul de la Yalta cu Iosif Vissarionovici Stalin și chiar dacă le acordăm scuza naivității, aceasta nu îi poate absolve întru totul. Dar poate mai demistificatoare a imaginii lui Winston CHURCHILL de „apostol al libertății” ar trebui să fie declarația sa expresă că principiile Cartei Atlantice nu se vor aplica Indiei, vezi SHASHI THAROOR, *Inglorious Empire: What the British Did to India*, Ed. Scribe, Melbourne/London, 2017, p. 136.
- <sup>17</sup> „[...] libertatea față de teamă, care, transpusă la nivel mondial, înseamnă o reducere la nivel global a armamentului într-o asemenea măsură și într-o manieră atât de aprofundată, încât nicio națiune nu va putea comine un act de agresiune fizică asupra oricărui vecin – oriunde

- în lume.” Franklin Delano ROOSEVELT, *State of the Union Address*, 06 ianuarie 1941. Înregistrarea discursului și transcriptul acesteia, disponibile la: <http://www.americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm>, data ultimei accesări: 19.02.2018.
- <sup>18</sup> Julius STONE, *Peace Planning and the Atlantic Charter*, în *The Australian Quarterly*, vol. 14, no. 2, 1942, p. 19.
- <sup>19</sup> Stanislaw STRONSKI, *The Atlantic Charter*, Ed. Mayflower Press, St. Albans, 1943, p. 14.
- <sup>20</sup> ”Considerând că ignorarea și disprețuirea drepturilor omului au dus la acte de barbarie care revoltă conștiința omenirii și că fărâșirea unei lumi în care ființele umane se vor bucura de libertatea cuvântului și a convingerilor și vor fi eliberate de teamă și mizerie a fost proclamată drept cea mai înaltă aspirație a oamenilor.”
- <sup>21</sup> Paul VASILESCU, *Relativitatea actului juridic civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 38, nota de subsol nr. 3.
- <sup>22</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2<sup>e</sup> édition, Ed. Quadrige/PUF, Paris, 2001, p. 548.
- <sup>23</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Les personnes. Les incapacités*, 5<sup>e</sup> édition, Ed. Cujas, Paris, 1999, p. 125-135; Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12<sup>e</sup> édition, Ed. Montchrestien, Paris, 2005, p. 216.
- <sup>24</sup> În scopul optimizării metodei de lucru, precizăm că orice referire la un text legislativ făcută fără indicarea denumirii actului normativ va fi considerat a face trimitere la Legea nr. 287/2009 privind C. civ., publicată în M.Of. al României nr. 511 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare.
- <sup>25</sup> Pentru opinia conform căreia persoana ar avea asupra corpului uman un drept de proprietate atipic, iar produsele și componentele corpului uman sunt apropiabile și pot fi privite ca bunuri, a se vedea Frederic ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2006, p. 239.
- <sup>26</sup> Coroborate cu dispozițiile art. 144 și 145 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M.Of. nr. 372 din 28 aprilie 2006, cu modificările și completările ulterioare.
- <sup>27</sup> Philippe MALAURIE, *Droit civil. Les personnes*, 6<sup>e</sup> édition, Ed. Defrénois, Paris, 2012, p. 112.
- <sup>28</sup> Reglementarea drepturilor personalității a fost introdusă și în codurile civile ale altor state europene care au constituit un model pentru C. civ. român. Spre exemplu, în C. civ. francez au fost introduse articolele de la 16 la 16-14 printr-o serie de legi succesive: Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, JORF 30 juillet 1994 ; Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, JORF 7 août 2004 ; Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, JORF 20 décembre 2008 ; Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, JORF 8 juillet 2011 ; Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, JORF 4 juin 2016.
- <sup>29</sup> CEDO a fost ratificată de Parlamentul României prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la aceasta convenție, publicată în M.Of. al României nr. 35 din 31 mai 1994. DUDO a fost asumată de România prin aderarea la ONU, acceptată prin Rezoluția A/RES/1955 (X) a Adunării Generale a ONU.
- <sup>30</sup> Ion DELEANU, *Instituții de drept constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2004, p. 219-223; Radu CHIRIȚĂ, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 33-35. Potrivit art. 11 din Constituție tratatele și convențiile internaționale ratificate în domeniul dreptului fac parte din dreptul intern, iar conform art. 20, dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte și legile interne, au prioritate reglementările internaționale.

<sup>31</sup> A se vedea *supra*, p. 6-7.

<sup>32</sup> „Aujourd’hui, beaucoup de désirs deviennent, abusivement, de nouveaux droits de l’homme : des créances sans débiteur.” Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 100.

<sup>33</sup> „En agissant, une personne peut acquérir des droits : par exemple, un droit de propriété ou de créance. À côté de ces droits qu’elle acquiert, elle possède aussi un certain nombre de prérogatives qui lui sont innées, du seul fait qu’elle est une personne humaine ; ces prérogatives ne résultent pas de son activité, car elle les acquiert au berceau. Elles sont appelées « droit de l’homme et du citoyen » lorsqu’elles ont pour objet de limiter les pouvoirs de l’État. On les qualifie « droit de la personnalité » lorsqu’elles interviennent dans les rapports entre particuliers ; elles signifient que toute personne a droit au respect par le tiers de sa liberté et de son intégrité physique et morale.” Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 97. Din această abordare a drepturilor personalității, autorul pare să încline a considera că acestea formează o categorie distinctă de drepturi, complementară drepturilor reale, de creanță și potestative. Însă mergând mai departe, autorul le numește drepturi de creanță fără debitor, a se vedea *ibidem*, p. 100.

<sup>34</sup> Spre exemplu, art. 144-152 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M. Of. nr. 372 din 26 aprilie 2006, republicată, reglementează condițiile de prelevare și transplant a organelor de la persoane aflate în viață. Regulile de prelevare a organelor de la cadavre sunt instituite prin Legea nr. 104/2003 privind manipularea cadavrelor umane și prelevarea organelor și țesuturilor de la cadavre în vederea transplantului publicată în M. Of. nr. 222 din 3 aprilie 2003, republicată.

<sup>35</sup> Fără îndoială că și în prezența mijloacelor specifice de apărare destinate drepturilor nepatrimoniale (art. 252-257 C. civ.) care tind spre o reparație la rândul ei nepatrimonială, răspunderea pecuniară va opera în continuare. Art. 253 alin. (4) prevede expres acest lucru, însă, chiar și în lipsa acestui text, răspunderea patrimonială putea fi angajată pentru prejudicierea drepturilor nepatrimoniale.

<sup>36</sup> CEDO a considerat legitimă condamnarea practicilor sado-masochiste numai în măsura în care victima nu și-a dat acordul, CEDO, 17 févr. 2015, K.A. și A.D. c. Belgiei, disponibil la: <https://www.google.ro/url?q=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-68354%26filename%3D001-68354.pdf&sa=U&ved=oahUKEwi4vIXnidPbAhVngaYKHf5tBGYQFggQMAI&usq=AOvWaw1mU3m7Yu1h3bpyI84tWd1E>, data ultimei accesări: 23.02.2018. Tot astfel, s-a considerat că nu este conformă cu drepturile omului condamnarea unui bărbat care și-a marcat cu un fier înroșit inițialele pe fesele soției sale care consimțise, întrucât este vorba despre o practică îndeplinită în intimitatea căminului conjugal, Ch. Des Lord, R. v Wilson, Weekly Law Reports, 1996, vol. 3, p. 125, *apud* Philippe MALAURIE, *op.cit.*, p. 130, nota 114.

<sup>37</sup> Pentru tratarea amănunțită a regimului juridic al numelui, a se vedea Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 205-231 și Philippe MALAURIE, *op.cit.*, p. 32-68.

<sup>38</sup> Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 254.

<sup>39</sup> Adopția prezintă o particularitate în ceea ce privește numele de familie al persoanei care urmează a fi adoptată când aceasta este căsătorită. Dacă numele de familie obținut în urma căsătoriei este comun ambilor soți, poate fi înlocuit cu numele adoptatorului numai dacă celălalt soț își dă consimțământul în acest sens. Dacă până acum titularul libertății de alegere a numelui era cel cărui legea îi dădea posibilitatea să îl stabilească (părinții care nu au un nume comun sau primarul), de această dată libertatea se plasează în teren străin și nu aparține nici celui care deține prerogativa numirii și nici persoanei numite. Soțul terț va

- fi decidentul final al numelui pe care adoptatul îl va purta după adopție, putând consfinți sau infirma decizia adoptatului de a purta numele de familie al adoptatorului. Legea îl amestecă în procesul decizional în considerentul faptul că numele dobândit în urma căsătoriei a fost fixat prin acordul comun al soților, iar nesocotirea voinței concordante a acestora ar înfrânge caracterul irevocabil al consimțământului. De aceea libertatea lui de a încuviința sau nu preluarea numelui adoptatorului este deplină.
- <sup>40</sup> Există și sisteme de drept mai liberale. În Marea Britanie, spre exemplu, părinți pot alge la momentul înregistrării în actele de naștere ca fiii lor să poarte un *Surname* diferit de al lor. A se vedea, MUGFORD, Quintin MacGarel Hogg HAILSHAM, Hardinge Stanley Giffard HALSBURY, *Laws of England*, Butterworth, London, 1981, 4<sup>e</sup> édition, vol. 35, 1173 et 1176, *apud* Philippe MALAURIE, *op.cit.*, p. 37.
- <sup>41</sup> Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op. cit.*, p. 251.
- <sup>42</sup> Legea nu limitează numărul de cuvinte care ar putea intra în componența unui prenume. Cu toate acestea, se observă o tendință majoritară de folosire a unuia sau a cel mult două cuvinte care alcătuiesc prenumele unei persoane, din rațiuni practice. În schimb, persoanele aparținând familiilor nobile au prenumele format dintr-o multitudine de cuvinte. Spre exemplu, prenumele complet al Princesei Ana de Bourbon-Parma, soția Regelui Mihai al României, este Anne Antoinette Françoise Charlotte Zita Marguerite; actuala Regină a Regatului Unit, Elisabeta a II-a, are prenumele Elizabeth Alexandra Mary; Regele Spaniei se numește Felipe Juan Pablo Alfonso; iar Marele Duce de Luxemburg se numește Henri Albert Gabriel Félix Marie Guillaume.
- <sup>43</sup> „En 1938, après les accords de Munich, un père de famille, pacifiste et munichoise, avait voulu prénommer son enfant « Daladier, Chamberlain, On désire la paix ; » l'officier d'état civil l'avait accepté (pauvre gosse !), mais le curé (qui veillait à l'intérêt spirituel de l'enfant et était un homme d'esprit) avait imposé le nom de baptême de Désiré.” Abbe Jean KERLEVEO, *L'église catholique en régime français de séparation*, 1962, t. III, p. 120, *apud* Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 38, nota de subsol nr. 17.
- <sup>44</sup> Flavius Antonius BAIAS (coord.), Eugen CHELARU, Rodica CONSTANTINOVICI ș.a., *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 74.
- <sup>45</sup> Ipoteza se referă la situația în care legea și-ar produce toate efectele specifice și cu privire la persoanele care nu au nume sau numele lor este incomplet, iar nu la situația în care o persoană nu are acte de stare civilă și, din punct de vedere administrativ, nu se bucură de un nume recunoscut de lege.
- <sup>46</sup> În dreptul francez purtarea numelui a fost văzută pentru mult timp ca o obligație: spre exemplu, în actele autentice, cum ar fi cele de stare civilă sau notariale ori în actele procedurale; dar o asemenea obligație nu există cu privire la actele private, cum ar fi cele sub semnătură privată, Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 55.
- <sup>47</sup> „The Queen does not use or have a surname. She doesn't have or need a passport or driving licence, or really, any form of identification that the regular public requires. However, when she served in the ATS during World War II as a driver and mechanic, she was required to take a surname, and she used *Windsor*.” Sandhya RAMESH, *British Royal Family: what is Queen Elizabeth II's Last Name?*, disponibil la: <https://www.quora.com/British-Royal-Family-What-is-Queen-Elizabeth-II's-last-name>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>48</sup> *The Royal Family Name*, disponibil la: <https://www.royal.uk/royal-family-name>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>49</sup> Pentru detalii, vezi *infra*, nota de subsol nr. 54.



- <sup>50</sup> *The Royal Family Name*, disponibil la: <https://www.royal.uk/royal-family-name>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>51</sup> Sandhya RAMESH, *British Royal Family: what is Queen Elizabeth II's Last Name?*, disponibil la: <https://www.quora.com/British-Royal-Family-What-is-Queen-Elizabeth-II-s-last-name>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>52</sup> Creig S. SMITH, *A survivor: Romania's "lucky enough" king – Europe – International Herald Tribune*, disponibil la: <http://www.nytimes.com/2007/01/26/world/europe/26iht-profile.4361761.html>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>53</sup> „Normele fundamentale ale Familiei Regale a României,” promulgate de Regele Mihai în data de 30 decembrie 2007, disponibil la: <http://www.familiaregala.ro/familia-regala/norme-fundamentale-ale-familiei-regale-a-romaniei>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>54</sup> Documentul regal emis de Regele Mihai în data de 10 mai 2011, disponibil la: <http://www.familiaregala.ro/stiri/articol/document-regal-10-mai-2011>, data ultimei accesări: 23.02.2018. Decizia are la bază o încărcătură istorică tensionată, inițiată de excluderea în 1916 a Regelui Ferdinand și a tuturor succesorilor acestuia din Casa de Hohenzollern de către șeful acesteia de la acea dată, fratele Regelui Ferdinand. Motivul excluderii a fost faptul că România a intrat în Primul Război Mondial împotriva Germaniei conduse de împăratul Wilhelm al II-lea, din dinastia Hohenzollern. În 1921 Regele Ferdinand a decis să confere caracter național și independent dinastiei domnitoare române și a decis ca Familia Regală română să poarte numele de „al/a României.” Ulterior s-a revenit asupra deciziei de excludere a Familiei Regale române din Casa de Hohenzollern și urmașii Regelui Mihai au primit numele de Hohenzollern-Sigmaringen. A se vedea, Filip Lucian IORGA, *Casa Regală a României nu are de ce să rămână legată acum de zona umbroasă a familiei de Hohenzollern*, disponibil la: <http://www.contributors.ro/interviu/filip-lucian-iorga-casa-regala-a-romaniei-nu-are-de-ce-sa-ramana-legata-acum-de-zona-umbroasa-a-familiei-de-hohenzollern/>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>55</sup> „Now, therefore, We, out of Our Royal Will and Authority, do hereby declare and announce that as from the date of this Our Royal Proclamation Our House and Family shall be styled and known as the House and Family of Windsor, and that all the descendants in the male line of Our said Grandmother Queen Victoria who are subjects of these Realms, other than female descendants who may marry or may have married, shall bear the said Name of Windsor (...).” King George, *A proclamation*, The London Gazette, issue 30186, 17 July 1917, p. 7119, disponibil la: <https://www.thegazette.co.uk/London/issue/30186/page/7119>, data ultimei accesări: 23.02.2017.
- <sup>56</sup> *The Royal Family Name*, disponibil la: <https://www.royal.uk/royal-family-name>, data ultimei accesări: 23.02.2018. În 1952, Regina Elizabeth II a emis Declarația Regală din 9 aprilie prin care se arăta: „I hereby declare My Will and Pleasure that I and My children shall be styled and known as the House and Family of Windsor, and that My descendants, other than female descendants who marry and their descendants, shall bear the Name of Windsor.” *London Gazette*, issue 39513, Apr. 11, 1952, p. 1/2013, disponibil la: [http://www.heraldica.org/topics/britain/prince\\_highness\\_docs.htm#Apr\\_9\\_1952](http://www.heraldica.org/topics/britain/prince_highness_docs.htm#Apr_9_1952), data ultimei accesări: 23.02.2018. Prin Declarația Regală din 8 februarie 1960, Regina a revenit parțial asupra deciziei din 1952, stabilind astfel: „And whereas I have given further consideration to the position of those of My descendants who will enjoy neither the style, title or attribute of Royal Highness, nor the titular dignity of Prince and for whom therefore a surname will be necessary: And whereas I have concluded that the Declaration made by Me on the 9th day of April 1952, should be varied in its application to such persons: Now

- therefore I declare My Will and Pleasure that, while I and My Children shall continue to be styled and known as the House and Family of Windsor, My descendants other than descendants enjoying the style, title or attribute of Royal Highness and the titular dignity of Prince or Princess and female descendants who marry and their descendants shall bear the name of Mountbatten-Windsor.” *London Gazette*, issue 41948, Feb. 8, 1960, p. 1/1003, disponibil la: [http://www.heraldica.org/topics/britain/prince\\_highness\\_docs.htm#Apr\\_9\\_1952](http://www.heraldica.org/topics/britain/prince_highness_docs.htm#Apr_9_1952), data ultimei accesări: 23.02.2018. Va reveni următorului rege al Regatului Unit decizia de a păstra numele casei regale sau de a adopta unul nou: „Unless The Prince of Wales chooses to alter the present decisions when he becomes king, he will continue to be of the House of Windsor and his grandchildren will use the surname Mountbatten-Windsor,” *The Royal Family Name*, disponibil la: <https://www.royal.uk/royal-family-name>, data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>57</sup> Actualul Pontif se numește Papa Francisc, numele său anterior fiind Jorge Mario Bergoglio. „A ales numele de Francisc în onoarea Sfântului Francisc de Assisi și a declarat că a făcut această alegerea pentru că este preocupat în mod special de bunăstarea săracilor.” disponibil la: [http://vatican.com/articles/popes/pope\\_francis\\_the\\_new\\_pope-a52](http://vatican.com/articles/popes/pope_francis_the_new_pope-a52), data ultimei accesări: 23.02.2018.
- <sup>58</sup> *Constitutio Apostolica Romano Pontifici Eligendo*, edictată de Papa Paul al VI-lea în data de 01 octombrie 1975, însumează în Capitolului VII tradiția care a cristalizat acceptarea pontificatului, proclamarea și încoronarea noului papă. Conform art. 87 Cardinalul Decan sau primul dintre cardinali după ordine și vârstă, în numele colegiului elector, va cere consimțământul alesului cu următoarele cuvinte: „Acceptanse electionem de te canonice factam in Summum Pontificem?” Odată obținut consimțământul, acesta va fi întrebat: „Quo nomine vis vocari?” Apoi, Maestrul Celebrărilor Liturgice Pontificale, îndeplinind funcția de notar și având ca martori doi maștri de ceremonie, întocmesc un document prin care se certifică acceptarea noului Papă și numele ales de acesta. constituția disponibilă la: [https://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/apost\\_constitutions/documents/hf\\_p-vi\\_apc\\_19751001\\_romano-pontifici-eligendo.html](https://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/apost_constitutions/documents/hf_p-vi_apc_19751001_romano-pontifici-eligendo.html), data ultimei accesări: 23.02.2018. Dispozițiile citate au fost menținute în *Constitutio Apostolica Universi Dominici Gregis*, emisă de Papa Ioan Paul al II-lea în 22 februarie 1996, disponibilă la: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/la/apost\\_constitutions/documents/hf\\_jp-ii\\_apc\\_22021996\\_universi-dominici-gregis.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/la/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_22021996_universi-dominici-gregis.html), data ultimei accesări: 23.02.2018. Constituțiile apostolice sunt decretele de cel mai înalt grad pe care papa le emite, așadar sunt acte normative care fac parte din dreptul canonic. Însă niciuna dintre cele două constituții apostolice referitoare la procedura alegerii papei nu impun obligația acestuia de a-și stabili un prenume diferit de al său, rezultând astfel că doar în temeiul respectării tradiției papii optează pentru un nou nume.
- <sup>59</sup> Catholic University of America, *The New Catholic Encyclopedia*, 2<sup>nd</sup> edition, Ed. Thomson/Gale, Detroit, 2003, p. 919-920.
- <sup>60</sup> *Ibidem*, p. 138.
- <sup>61</sup> Spre exemplu, sistemul german, potrivit formei originale a BGB, constrângea soții să aibă un nume comun, mai exact cel al bărbatului. O lege din 1976 a permis ca numele conjugal să fie al bărbatului sau al femeii, iar în lipsă de declarație în fața ofițerului de stare civilă numele comun era considerat, din oficiu, cel al bărbatului. În 1996 a fost declarată neconstituțională prevederea respectivă, în anul următor fiind adoptată o lege care a pus capăt obligației existenței unui nume conjugal comun, iar lipsa opțiunii în fața ofițerului de stare civilă avea ca efect păstrarea numelui anterior căsătoriei de fiecare dintre soți. Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 37.

- <sup>62</sup> Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 253.
- <sup>63</sup> Deși teza finală a art. 482 alin. (2) se referă doar la încuviințarea păstrării numelui celui adoptat, nu și a prenumelui acestuia, apare justă opinia că de regulă, motivul pentru care se încuviințează păstrarea unui nume în astfel de situații este acela că persoana a dobândit notorietate câtă vreme a purtat acel nume și acel prenume, drept pentru care atunci când instanța dă o astfel de încuviințare, ea privește atât numele, cât și prenumele fostului adoptat, Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 253.
- <sup>64</sup> Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op. cit.*, p. 256.
- <sup>65</sup> Legea nr. 119 din 16 octombrie 1996 cu privire la actele de stare civilă, publicată în M.Of. al României nr. 282 din 11 noiembrie 1996, cu modificările și completările ulterioare.
- <sup>66</sup> Chiar dacă art. 4 din O.G. nr. 41 din 30 ianuarie 2003 privind dobândirea și schimbarea pe cale administrativă a numelor persoanelor fizice, publicată în M.Of. al României nr. 68 din data de 02 februarie 2003, cu modificările și completările ulterioare, este cvasi-identic în conținut cu art. 85 C. civ. („Cetățenii români pot obține, pentru motive temeinice, schimbarea pe cale administrativă a numelui de familie și a prenumelui sau numai a unuia dintre acestea, în condițiile prezentei ordonanțe.”), acest fapt nu considerăm că este suficient pentru a susține că legea neagă cetățenilor străini posibilitatea schimbării numelui pe cale administrativă.
- <sup>67</sup> O.G. nr. 41 din 30 ianuarie 2003 privind dobândirea și schimbarea pe cale administrativă a numelor persoanelor fizice, publicată în M.Of. al României nr. 68 din data de 02 februarie 2003, cu modificările și completările ulterioare.
- <sup>68</sup> Dreptul englez dă un nou exemplu de libertate a alegerii numelui oferind posibilitatea unui individ care își schimbă numele să preia numele unei persoane cunoscute, fără a considera că i s-ar aduce acesteia din urmă vreun prejudiciu, Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 37.
- <sup>69</sup> Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 69; Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op. cit.*, p. 283.
- <sup>70</sup> „Fiecărui cetățean îi este asigurat dreptul de a-și stabili domiciliul sau reședința în orice localitate din țară, de a emigra, precum și de a reveni în țară.”
- <sup>71</sup> „Cetățenii români au dreptul să își stabilească ori să își schimbe, în mod liber, domiciliul sau reședința, în țară sau în străinătate, cu excepția cazurilor anume prevăzute de lege.”
- <sup>72</sup> Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 78. Tocmai pentru că este dificil a stabili domiciliul unei persoane prin decelarea voinței interne de a locui stabil într-un anume loc, C. civ. român prin art. 87 a considerat voința declarată a persoanei de a-și stabili locuința principală mai importantă decât locuirea efectivă și majoritară ca timp în locul respectiv: „Domiciliul (...) este acolo unde aceasta (persoana fizică – n.n.) declară că își are locuința principală.”
- <sup>73</sup> S-ar putea ca și vocabularul juridic al legiuitorului actual să fie o moștenire a instrumentarului regimului comunist, explicându-se astfel prezența termenului de „cetățeni” în orice lege, inclusiv în C. civ.
- <sup>74</sup> Hotărârea consiliului de miniștri nr. 1153 din 26 octombrie 1950 privind buletinele de identitate ce se eliberează tuturor cetățenilor R.P.R, publicată în B.Of. nr. 101 din 6 noiembrie 1950.
- <sup>75</sup> Legea nr. 670 din 26 august 1946 privind reglementarea stabilirii persoanelor în centrele aglomerate.
- <sup>76</sup> Decretul nr. 68 din 17 martie 1976 privind schimbarea domiciliului din alte localități în orașe declarate, potrivit legii, orașe mari, publicat în B.Of. nr. 24 din 20 martie 1976, care a abrogat mai puțin elaboratul Decret nr. 307 din 15 septembrie 1971 privind stabilirea domiciliului din alte localități în orașe declarate, potrivit legii, orașe mari, publicat în B.Of. nr. 158 din 17 decembrie 1971. Ambele decrete aveau dispoziții asemănătoare.

- <sup>77</sup> Legea nr. 5/1971 cu privire la actele de identitate ale cetățenilor români, precum și la procedura schimbării domiciliului și a reședinței, publicată în B.Of. nr. 36 din 18 martie 1971.
- <sup>78</sup> Legea nr. 105/1996 privind evidența populației și cartea de identitate, publicată în M.Of. nr. 237 din 30 septembrie 1996.
- <sup>79</sup> O.U.G. nr. 97/2005 privind evidența, domiciliu, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români, publicată în M.Of. nr. 641 din 20 iulie 2005.
- <sup>80</sup> Legea nr. 290/2005 privind aprobarea O.U.G. nr. 97/2005 privind evidența, domiciliu, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români, publicată în M.Of. nr. 959 din 28 octombrie 2005.
- <sup>81</sup> François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, 8<sup>e</sup> édition, Ed. Dalloz, Paris, 2012, p. 205.
- <sup>82</sup> În dreptul civil francez astfel de clauze au fost declarate acceptabile numai în măsura în care sunt indispensabile și proporționale cu scopul urmărit, Philippe MALAURIE, *op. cit.*, p. 107 și jurisprudența acolo citată.
- <sup>83</sup> Art. 119 alin. (4) C. civ.: încheierea de numire a tutorelui se comunică acestuia și se afișează la primăria unde minorul are domiciliul.
- <sup>84</sup> Art. 128 alin. (1) C. civ.: persoanele care îndeplinesc condițiile pentru a fi membri în consiliul de familie sunt convocate de instanța de tutelă la domiciliul minorului.
- <sup>85</sup> Art. 179 C. civ.: competența instanței de tutelă se stabilește în funcție de domiciliul persoanei reprezentate.
- <sup>86</sup> Art. 954 C. civ.: ultimul domiciliu al defunctului.
- <sup>87</sup> Art. 1494 C. civ.: domiciliul creditorului sau al debitorului, după caz.
- <sup>88</sup> Art. 2285 C. civ.: fideiusorul trebuie să aibă domiciliul în România.
- <sup>89</sup> Versiunea consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, JOUE C 326, 20.01.2012, disponibil la: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, data ultimei accesări: 23.02.2018.

**STUDII**

**DREPTUL LA APEL CĂTRE SFÂNTUL SCAUN,  
AL INSTITUȚIILOR ECLEZIASTICE DIN TRANSILVANIA,  
ÎN SECOLUL AL XIII-LEA**

**THE RIGHT TO APPEAL TO HOLLY SEE IN XIII CENTURY.  
THE CASE OF ECLESIASTICAL INSTITUTIONS  
IN TRANSYLVANIA**

---

**DOI:10.24193/SUBBiur.63(2018).1.3**  
**Published Online: 2018-03-20**  
**Published Print: 2018-03-30**

---

**Tudor ȘTEFĂNESCU\***

**Abstract:** The aim of this article is to underline the development and the use of the right of appeal to the Pontifical Court, in the kingdom of Hungary, especially in the east region of Transylvania in the XIII century.

The right of appeal as a branch of roman law, was studied and put in practice in a rigorous way, for the first time in the XII century, in Italian space, as a part of the medieval cultural phenomenon called The Renaissance of Roman Law. The right of appeal has been introduced in the canon law, therefore the clerics, who were discontent with the sentences issued in local trials, have received the right to appeal to the supreme judgement of the Holly See.

In the XIII century, in the epoch of hierocracy, the canon law, including the right of appeal became universal law. Particularly, pope Innocent III, in 1198 offers for the first time the right of appeal to bishop of Transylvania. Therefore, during XIII century, the bishops together with other ecclesiastical institutions of Transylvania as chapters and abbeys use the right of appeal to Holly See. As a consequence, the Apostolic See interferes more than 40 times in the internal affairs of ecclesiastical institutions and that means a strong connection between Transylvania, the eastern part of *Societas Christiana* and Rome.

**Rezumat:** În Evul Mediu, credința este valoarea comună care îi unește pe oameni într-o comunitate specifică numită *Societas Christiana* sau *Christianitas*. Mai mult, între secolele al XI-lea și al XIII-lea, este inserat și dreptul în această ecuație a unității, așadar *Societas Christiana* devine o unitate prin credință, printr-un drept comun universal și prin instituții specifice. Toate aceste elemente le regăsim din secolul al XIII-lea și în regatul maghiar, inclusiv în Transilvania.

Din secolul al XII-lea, dar cu precădere în secolul al XIII-lea, spațiul periferic transilvănean se conectează la realitățile canonice din Occident prin infiltrarea ordinilor monahale centralizate, ce implică ingerința Sfântului Scaun în această zonă. În plus noi adăugăm încă un instrument de conexiune, anume dreptul instituțiilor ecleziastice de a apela la Scaunul Apostolic, care se definește ca instanță supremă de judecată. Cu toate că Transilvania este o regiune periferică în *Christianitas*, ea se adaptează prin faptul că asimilează principiile de drept roman în chestiunea judecării proceselor ecleziastice. În acest fel semnalăm, în această zonă, începând cu anul 1199, existența unui fenomen juridic viu și complex a cărui analiză ne ajută să cunoaștem cu o mai mare claritate realitățile din Transilvania în secolul al XIII-lea. Înainte de a discuta despre chestiunea apelului în Transilvania, dorim să clarificăm în câteva cuvinte originea și evoluția legislației acestui instrument la nivel european, în secolele al XII-lea și al XIII-lea.

**Keywords:** *right to appeal under Canon Law, ecclesiastical institutions, Canon Law, Middle Ages, Medieval Transylvania, Holy See*

**Cuvinte cheie:** *apelurile în dreptul canonic, instituții ecleziastice, Drept canonic, Evul Mediu, Transilvania medievală, Sfântul Scaun*

## 1 Evoluția canoanelor privind apelul la Sfântul Scaun

În arcul de timp cuprins între secolele al XI-lea și al XIII-lea, în sânul civilizației creștine latine se produce un fenomen amplu și complex numit de către unii istorici „renașterea juridică”<sup>1</sup>. În linii generale fenomenul are cauze economice<sup>2</sup>, culturale<sup>3</sup> și în special teologico-politice<sup>4</sup>.

În primul mileniu creștin rezoluțiile conciliare, intervențiile pontificale și scrierile patristice au reprezentat formele de autoritate în materie de drept canonic. Ele se sistematizează într-un corpus de legi amplu și riguros structurat, doar în secolul al XIII-lea, sub umbrela Bisericii Romane, cu ajutorul instrumentelor oferite de dreptul antic roman.

Acest proces de metabolizare a dreptului roman, în vederea forjării celui canonic, a necesitat o putere instituțională remarcabilă de care Biserica Romană a dat dovadă, în urma unui lung proces de reformă început din a doua jumătate a secolului al XI-lea, prin lansarea tezelor hierocratice de Papa Grigore al VII-lea și continuată ulterior de pontifii din secolele al XII-lea și al XIII-lea<sup>5</sup>. Importante personaje pe tronul pontifical, precum Inocențiu al II-lea (1130-1143), Alexandru al III-lea (1159-1181), Inocențiu al III-lea (1198-1216) sau Grigore al IX-lea (1227-1241), au adus propriile contribuții prin promulgarea colecțiilor de drept canonic și prin sprijinirea renașterii studiului dreptului roman.

Din punct de vedere metodologic, cele mai importante colecții de decretale<sup>6</sup> din secolele al XII-lea și al XIII-lea sunt sistematizate și ordonate după modelul oferit de Codul lui Iustinian. În același timp, numeroase principii din dreptul roman, alături de dreptul de apel și regulile de procedură necesare pentru un proces de judecată bazat pe rațiune, nu pe arbitrar, sunt inserate în colecțiile de drept canonic și aplicate în tribunalele ecleziastice<sup>7</sup>. Astfel prin promulgarea de către Suveranul Pontif a acestor colecții de drept canonic în secolele al XII-lea și al XIII-lea, principiile de drept roman mai sus menționate sunt aplicate în mod universal.

În epoca medievală, canoanele privind dreptul la apel se creionează în funcție de modelul oferit de legislația apelului existentă în constituțiile imperiale antice. Principalele școli de drept din secolele al XI-lea, al XII-lea și al XIII-lea: cea din Provence, Pavia sau Bologna, au abordat din propriul punct de vedere această legislație însă, în expunerea ce urmează, ne vom referi la cea mai faimoasă universitate medievală: cea din Bologna<sup>8</sup>.

Singura sursă a dreptului la apel la care juriștii bolonezi, numiți glosatori<sup>9</sup> se raportează, în secolele al XII-lea și al XIII-lea este cea din Corpusul de legi<sup>10</sup> publicat de împăratul Iustinian în 529, care la rândul său își trage seva din constituțiile imperiale din secolul al IV-lea. Glosatorii nu aduc un consistent surplus de originalitate în interpretarea legilor referitoare la apel, ci jonglează cu numeroase amendări pentru a limita sau a extinde dreptul la recurs, în funcție de fiecare situație în parte<sup>11</sup>. Totuși, direcția generală de interpretare a înclinat către utilizarea acestuia în primul rând ca un veritabil instrument de opoziție împotriva sentințelor judecătorilor considerate a fi nedrepte, injuste sau abuzive<sup>12</sup>.

Juriștii Școlii lui Irnerius din Bologna<sup>13</sup>, care au scris primele tratate influențate de dreptul roman în a doua jumătate a secolului al XII-lea, au evidențiat în cazul legislației apelului diverse aspecte importante. În schimb, în acest articol vom analiza doar acele aspecte care se reflectă și în cazurile transilvănene.

## 2 Apelul la instanța supremă de judecată

De-a lungul istoriei imperiului roman, instanța supremă de judecată a fost reprezentată de împărat. În Orient, împăratul își va consolida acest drept inclusiv de-a lungul Evului Mediu, în timp ce în Occident, din 475-476 d.Hr., autoritatea centrală imperială se va dizolva. Din acest motiv, în Apusul Europei, Biserica Romană va reprezenta liantul comun al popoarelor creștine, iar instituția Sfântului Scaun va îngloba autoritatea judecătorească supremă în plan spiritual și temporal în apogeul epocii hierocratice<sup>14</sup>.

Istoricii au observat că din secolul al IV-lea, împărații romani reformează legislația apelului pe tot cuprinsul imperiului și își afirmă autoritatea de judecători supremi. Constituțiile imperiale menționează, în primul rând, dreptul litiganților de a apela instanța imperială<sup>15</sup>, în cazul în care procesul se blochează sau sentința este considerată incorectă. Ulterior, din secolul al VI-lea, juriștii lui Iustinian vor augmenta puterea judecătorească a împăratului<sup>16</sup>.

În ceea ce privește intervenția imperială în procesele locale, atât litiganții, cât și judecătorii locali aflați într-o dificultate în timpul proceselor, aveau dreptul de a solicita împăratului explicații (lat. *consultatio*)<sup>17</sup> de natură juridică. Acesta le răspundea prin emiterea decretelor imperiale care primeau greutatea unei legi incontestabile și a unei sentințe definitive.<sup>18</sup>

În secolele al IV-lea și al V-lea, Biserica devine una din cele mai importante instituții ale Imperiului Roman. Ea se structurează și se organizează pe baza noului drept canonic a cărui autoritate este dată de conciliile ecumenice prezidate de împărați. Noul drept canonic este structurat, la rândul său, pe baza dreptului roman, preluând numeroase influențe din partea acestuia, printre care și dreptul la apel față de instanța de judecată superioară. Chestiunea dreptului de apel la instanța ecleziastică supremă s-a conturat sub formă de canoane în secolul al IV-lea. Mai exact, sinodul din Serdica, din 343<sup>19</sup>, a emis



o serie de canoane prin care a afirmat, pentru prima oară, funcția Romei ca și Curte de apel<sup>20</sup>. Ulterior, canoanele sinodului de la Serdica, au fost confirmate de împărații Gratianus și Valentinianus al II-lea în 378 respectiv 379.

Mai mult, Primatul Apostolic este reafirmat, în a doua jumătate a secolului al IV-lea și consolidat de către autoritatea imperială. În situația alegerii a doi pontifi de către clerul roman, împăratul Gratianus aprobă cererea papei Damasus I(366-384) de a-l condamna pe cel de-al doilea papă în funcție, Ursinus și pe adepții săi. Damasus I rămâne astfel singurul pontif recunoscut de împărat, împreună cu atributele sale de judecător suprem<sup>21</sup> prin urmare Curtea de apel romană devine cea mai înaltă curte de judecată a Bisericii. De asemenea în timpul acestui pontif, se utilizează, în documente, expresia *Sedes Apostolica*<sup>22</sup>, cu referință la Scaunul Apostolului Petru și tradiția petrină.

În anul 395, împăratul Theodosius împarte imperiul, din punct de vedere administrativ, în două părți: Imperiul Oriental, cu capitala la Constantinopol și cel Occidental având capitala la Roma/Ravena. De-a lungul secolului al V-lea autoritatea directă a Romei asupra provinciilor va fi tot mai instabilă, cu toate că între anii 418-432 suveranii pontifi intervin activ în afacerile episcopilor africane în urma apelurilor acestora<sup>23</sup>.

În Orient în schimb, Constantinopolul își va consolida autoritatea politică și militară, în timp ce Biserica Ortodoxă Constantinopolitană se va impune, la rândul ei, în fața altor Biserici Orientale. În acest context, sinodul de la Chalcedon, din 451 va ridica instanța episcopală din Constantinopol la rangul de Curte de apel<sup>24</sup>.

În Occident, episcopul Romei (Papa) își va menține titulatura de *Primatus* în fața altor episcopi în virtutea faptului că este urmașul Apostolului Petru, primul episcop al creștinilor din Roma. De-a lungul primului mileniu creștin, primatul Scaunului Apostolic va fi afirmat, în repetate rânduri, de la Grigore cel Mare (540-604) la Leon al III-lea (sec.VIII) și Ioan al XII-lea (930-964).

La începutul celui de-al doilea mileniu creștin, respectiv în a doua jumătate a secolului al XI-lea are loc marea reformă pontifului Grigore al VII-lea care a stabilit, printre altele, următoarele: superioritatea Sfântului Scaun în fața puterilor seculare, autoritatea judecătorească supremă a Suveranului Pontif, reforma monahismului și a clerului<sup>25</sup>.

Consecințele reformei gregoriene se manifestă deja, în secolul al XII-lea, prin sistematizarea și publicarea unor faimoase și riguroase opere de drept canonic. Spre exemplu, canonistul Gratianus, în lucrarea sa numită *Decretum*, din 1140, una din cele mai importante opere de drept din Evul Mediu, subliniază puterea judecătorească a pontifului prin inserarea canonului trei al sinodului de la Serdica, acesta fiind considerat o sursă de autoritate canonică. Ulterior, canonul trei va fi inserat și în alte opere juridice din secolul al XII-lea<sup>26</sup>,

În acest timp, în paralel cu activitatea de comentare a canoanelor, juriștii bolonezi Irnerius, Albericus, Piacentino și Giovanni Bassiano, analizează *corpus-ul* de legi a lui Iustinian. În paginile acestuia, ei interpretat apelul la instanța supremă subliniind, la rândul lor, caracterul definitiv al sentinței imperiale și superioritatea sa în raport cu legea existentă cu care s-ar afla în contradicție (ce devine automat nulă). Cu toate acestea, există și posibilitatea ca apelul să fie înaintat de litiganți înainte de sentința finală.<sup>27</sup>

De asemenea, juriștii sus amintiți validează posibilitatea litiganților și a judecătorilor locali de a solicita explicații juridice judecătorului suprem. Aici menționăm că poziția de judecător suprem, pe care o deținea împăratul roman, este arogată de către Suveranul Pontif, în Evul Mediu, în chestiuni spirituale și ulterior chiar temporale<sup>28</sup>. În acest fel, din secolul al XII-lea, pontiful își arogă dreptul de a oferi explicații de natură juridică (numite *consultatio*) solicitărilor episcopilor (judecătorii eclesiastici locali).

### 3 Interzicerea apelului

În secolul al IV-lea, dreptului de apel<sup>29</sup> i se impun o serie de limite în funcție de diverse contexte economice și sociale. Aici vom enumera doar două: pe de o parte împărații interzic, în mod repetitiv și sever, apelul în cazul sentințelor pentru condamnarea infracțiunilor și, pe de altă parte, în cazul sentințelor pentru condamnarea celor ce au datorii financiare față de fisc.<sup>30</sup> În primul caz, constituțiile împăraților Constans al II-lea și Constantin, reformulate ulterior și adăugate în Codul lui Iustinian, prevăd interzicerea apelului în cazul sentințelor ce condamnă infracțiuni precum: crimă, adulter, otrăvire, vrăjitorie și violență<sup>31</sup>, dacă sunt însoțite de probe.

În secolul al XII-lea și al XIII-lea, juristul Irnerius și urmașii săi: Piacentino, Giovanni Bassiano, Bulgarus, Azzonis sau Accursius conexează interzicerea apelului cu diverse situații în funcție de propria interpretare a textului antic. Subliniem aici trei cazuri:

1. Interdicția în cazul sentinței temporale: în cazul unor situații neprevăzute, a neînțelegerilor privind aplicarea regulilor de procedură, devine necesară emiterea unei sentințe interlocutorii sau temporare inapelabile pentru ca procesul să nu se blocheze<sup>32</sup>.
2. Interzicerea apelului în cazul sentințelor pentru condamnarea păcatelor.

În fapt, aceasta preia legea romană ce interzice apelul în cazul anumitor infracțiuni și o adaptează contextului medieval. Noi considerăm că aici se observă elementul original al gândirii juridice creștine, prin fuziunea între principiile morale și caracterul riguros al dreptului roman. Spre exemplu, în urma metabolizării dreptului penal roman în dreptul canonic, păcatele grave (conform moralei creștine) precum crima, furtul, incestul, bigamia, vrăjitoria, violența, adulterul etc. devin infracțiuni care trebuie pedepsite.

În Codul lui Iustinian<sup>33</sup>, tributar dreptului antic, mărturia era considerată o probă suficientă pentru emiterea unei sentințe definitive în cazul infracțiunilor amintite, cu excepția mărturiei prin tortură. În schimb, din secolul al XII-lea, la Școala din Bologna, Irnerius trasează o altă direcție de interpretare a legii apelului, susținând că mărturia poate fi eronată, așadar sentința de condamnare poate fi apelabilă<sup>34</sup>. Este posibil ca interpretarea lui Irnerius să se datoreze influenței unei tradiții medievale timpurii, datată în Decretalele episcopului Isidor din Sevilla (sec. al IX-lea)<sup>35</sup> și în *Dictatus Papae*, scrisoarea pontifului Grigore al VII-lea (sec. al XI-lea) ce accentuau autoritatea dreptului la apel<sup>36</sup>.

3. Este permis a fi înaintat apelul împotriva a două sentințe maximum. Este important acest aspect deoarece vom vedea că interzicerea celui de-al treilea apel în același proces (ce implică sentința definitivă) se aplică inclusiv în regiunea estică a regatului maghiar, Transilvania, respectiv într-un proces, din 1232, dintre canonicii capitlului din Oradea și abatele Benedict, lector de Strigoniu.

#### **4 Apelul în cazul litigiilor privind dreptul asupra posesiunilor**

În această chestiune, o constituție emisă în 386, reluată ulterior în Codul lui Iustinian<sup>37</sup>, a reprezentat reperul cel mai important pentru juriștii din Școala lui Irnerius. Conform acesteia, într-un proces privind posesia imobilelor, înaintarea apelului de către una din părți nu poate să oprească execuția sentinței finale. Mai mult, în cazul intrării în posesia unor bunuri prin violență, actul în sine era pedepsit prin confiscarea acestora, iar violența fiind considerată o infracțiune, se pedepsea printr-o sentință inapelabilă.

În cea mai mare parte, glosatorii din Bologna, au interpretat această lege romană în acord cu faptul că, în cazul litigiilor privind posesia bunurilor și proprietăților, apelul este interzis<sup>38</sup>. Totuși, unul dintre juriști, Jacopo Baldovini a criticat legea și a completat-o introducând posibilitatea apelului cu rezerva faptului că acesta nu are neapărat un efect de suspendare a sentinței finale<sup>39</sup>.

#### **5 Apelul în procesele implicând episcopia**

Împăratul Constantin este primul care formulează o legislație oficială privind funcționarea tribunalelor ecleziastice în 314<sup>40</sup>. În cele din urmă, în anul 408 Theodosius al II-lea oferă episcopului dreptul de a emite o sentință inapelabilă. Legislația se va îmbogăți în secolele următoare, cu precădere în Imperiul Roman de Răsărit, unde juriștii acordă o atenție sporită dreptului la apel în procesele ecleziastice. Cea mai importantă reformă în acest sens îi aparține împăratului Iustinian și constă în validarea apelului în urma sentinței episcopale.

În cadrul Școlii din Bologna, interpretările cu privire la competența episcopului de a emite o sentință apelabilă sau definitivă au variat. Pe de o parte, Piacentinus preia reformele lui Iustinian și, mai mult, extinde competențele judecătorului secular în fața episcopului<sup>41</sup>.

În schimb, Azzonis<sup>42</sup> susține că apelabilitatea sau inapelabilitatea sentinței episcopale este relativă. Așadar episcopul are dreptul să judece atât o cauză ecleziastică cât și o cauză civilă, dar în condițiile în care cele două părți apelează voluntar la judecata sa, sentința devine definitivă. Însă dacă judecata episcopului este impusă, sentința sa este apelabilă.

## 6 Dreptul la apel a instituțiilor ecleziastice din Transilvania

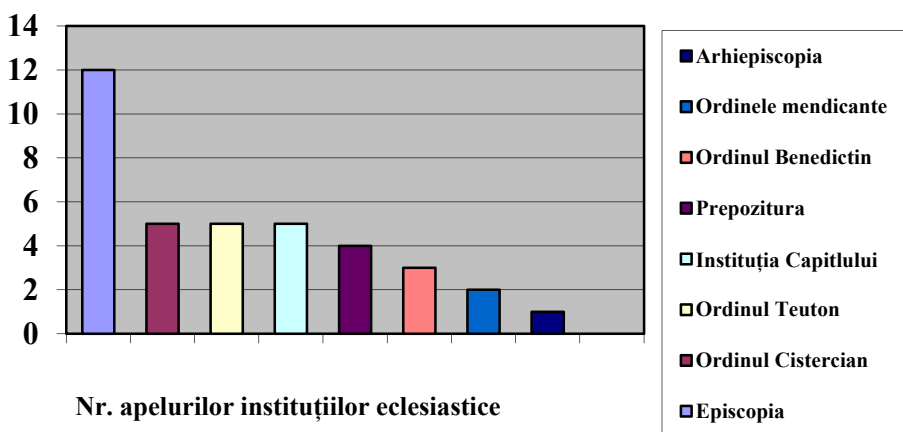
De la jumătatea secolului al XII-lea, pontiful Alexandru al III-lea (1159-1181) reformează legislația procesului conform regulilor de procedură romane și aduce importante contribuții dreptului la apel<sup>43</sup>. Tendința hierocratică se accentuează în timpul pontificatului lui Inocențiu al III-lea (1198-1216), care justifică intervenția în afacerile temporale asumându-și rolul de *Vicarius Christi*<sup>44</sup>. Din această calitate, de instanță supremă de judecată, extinde dreptul de apel inclusiv instituțiilor ecleziastice aflate la periferia *Christianitas*, spre exemplu celor din diocesele maghiare.

Așa cum am precizat la început, în secolul al XIII-lea, intervenția Sfântului Scaun se intensifică în regatul maghiar. Cea mai vie expresie a fost implicarea acestuia din urmă în proiectele Bisericii Romane de cruciadă și creștinare<sup>45</sup>. Acestea sunt condițiile în care partea răsăriteană a regatului maghiar, Transilvania, se racordează, prima oară, în mod direct la realitățile juridico-canonice din Occident<sup>46</sup>. Ne susținem această teză prin documentele care atestă faptul că Inocențiu al III-lea oferă episcopului Transilvaniei, în decembrie 1199, dreptul de a apela la Sfântul Scaun<sup>47</sup>. Din acest moment, pe tot parcursul secolului al XIII-lea, până în 1282, nu mai puțin de patruzeci și două de documente atestă faptul că Sfântul Scaun se implică în mod repetitiv în realitățile transilvănene în urma adresărilor directe din partea instituțiilor. Aici, mai amintim o chestiune importantă: conform canoanelor epocii, Scaunul Apostolic își putea exercita direct jurisdicția asupra spațiilor în care nu există altă autoritate ecleziastică locală. În acest fel explicăm exemptarea mai multor teritorii în spațiul transilvan de-a lungul secolelor al XII-lea și al XIII-lea, asupra cărora mai târziu instituțiile ecleziastice locale sau instituțiile seculare vor fi încercat să-și exercite jurisdicția ajungându-se la abuzuri și procese prin înaintarea apelului la Curia Romană.

Înainte de a trece la analiza documentelor, trebuie să facem o precizare importantă. Documentele pe care le avem la dispoziție în acest moment sunt emise în cele mai multe cazuri de către cancelaria pontificală. Prin urmare cunoaștem doar data în care Suveranul Pontif răspunde apelului înaintat de către instituțiile ecleziastice<sup>48</sup> (episcopie, capitlul catedral, prepozitura etc.. Presupunem că recursurile și solicitările au fost înaintate de acestea în același an sau cu un an în urmă.

Din punct de vedere juridic, exista un set de reguli de procedură care se aplica, asemeni unui șablon, în fiecare situație în care intervenea instanța apostolică. În primul rând, o instituție ecleziastică își exprima intenția față de Scaunul Apotolic printr-o cerere oficială sau prin trimiterea reprezentanților în audiență la pontif. În cazul în care instituția în cauză apela la judecată, Sfântul Scaun răspundea prin trimiterea anchetatorilor pentru a culege informațiile necesare pentru judecată. În spațiul transilvănean, de cele mai multe ori, în poziția anchetatorului erau numiți diverși demnitari ecleziastici neutri precum episcopul, canonicii unui capitlu sau prepozitul etc. În cele din urmă, procesul de judecată avea loc în teren sau chiar la Roma, cel mai cunoscut exemplu în acest sens fiind procesele din 1235 dintre episcopul Transilvaniei și decanul Țării Bârsei<sup>49</sup>. În toate exemplele pe care le vom analiza mai jos, vom remarca existența procedurii descris, ceea ce semnifică încadrarea spațiului ecleziastic transilvănean în normele juridice romane universale.

Prin graficul de mai jos ne-am propus să oglindim vizual realitatea prezentată în documente. După cum observăm, instituția episcopiei exercită cel mai des de dreptul de apel în nu mai puțin de 12 cazuri. Pe treapta următoare se află Ordinul Teuton și instituția capitlului, ambele utilizând recursul de cinci ori, în cele mai multe cazuri în urma conflictului cu alte instituții. Urmează prepozitura, care uzitează de acest drept de patru ori, Ordinul Benedictin de trei ori, Ordinul Dominican și Ordinul Cistercian de două ori, iar arhiepiscopia o singură dată.



## 7 Arhiepiscopia

Până în acest moment avem cunoștință doar despre un singur caz în care există un apel din partea arhiepiscopului. În 3 mai 1205<sup>50</sup>, arhiepiscopul de Kalocsa apelează la Sfântul Scaun pentru a primi dreptul de a-și extinde jurisdicția asupra unui episcopat de pe „pământul fiilor cneazului Bela” care nu este supus niciunei mitropolii și care poate fi ortodox. Este foarte importantă posibilitatea episcopatului ortodox deoarece se observă noi raporturi între Biserica Romană și Biserica Constantinopolitană.

Din răspunsul suveranului pontif, cuprins în documentul citat, observăm cauza apelului și mai mult, contextul juridic existent, ce are o importanță accentuată. În 1205, unitatea Bisericii Occidentale cu cea Orientală este realizată sub umbrela Romei (prin cucerirea Constantinopolului de către cruciați în 1204), așadar nu mai este vorba de o schismă, ci doar de o recunoaștere *de iure* a autorității Constantinopolului asupra episcopatelor ortodoxe de la nordul Dunării și nu numai. În aceste condiții, Suveranul Pontif subliniază acest aspect în scrisoare „Totuși să fii cu multă băgare de seamă ca acel episcopat să nu fie cumva supus Bisericii din Constantinopol întrucât această Biserică din Constantinopol s-a reîntors de curând la unitatea scaunului apostolic, nu vrem s-o lipsim de dreptul ei...”<sup>51</sup>

Pe de altă parte, dacă situația a existat în acest fel, deducem că episcopatele ortodoxe de la nordul Dunării sau cel puțin cele aflate în arcul carpatic nu se mai aflau *de facto* sub autoritatea Constantinopolului, chiar înainte de refacerea unității Bisericii Universale cu un an în urmă. În această idee atragem atenția că evenimentul este asemănător cu cel din 1204, când Inocențiu al III-lea a cerut episcopului de Oradea și abatelui de Petis, din dieceza Veszprem<sup>52</sup>, să cerceteze situația comunității de monahi ortodocși din aria lor de competență și a hotărât înființarea unui episcopat latin care să o înglobeze.

Revenind la chestiunea apelului, el este utilizat de arhiepiscop pentru confirmarea unor drepturi noi în raport cu episcopatele ortodoxe. Până în 1204 nu mai existase o unitate a Bisericilor Constantinopolitană și Romană din antichitatea târzie, prin urmare, în momentul când acesta s-a întâmplat din nou, arhiepiscopul trebuia să acționeze în consecință.

## 8 Episcopia

Din secolul al VIII-lea, autoritatea jurisdicțională a episcopului se conturează tot mai mult în funcție de conexiunile personale și familiale și nu mai este relaționată de fostele delimitări teritoriale ale diocezei în conformitate cu vechile provincii romane. Așadar dezvoltarea diocezei într-o entitate juridic-teritorială a fost un proces lung care s-a clarificat în secolele al XI-lea și al XII-lea. În secolele al XII-lea și al XIII-lea, culegerile importante de drept canonic reglementează funcțiile episcopului și îi consolidează poziția sa centrală în cadrul vieții spirituale și temporale a unei dioceze delimitată teritorial. Sediile episcopale devin adevărate capitale și centre de putere, inclusiv în domeniul juridic<sup>53</sup>, ciocnindu-se de alte autorități mai noi sau mai vechi. Astfel înțelegem motivul pentru care episcopia, inclusiv în Transilvania este instituția care a uzitat cel mai mult acest drept de apel în comparație cu toate celelalte instituții ecleziastice, pentru a-și păstra autoritatea.

Într-un arc de timp cuprins între anii 1199, când episcopul Transilvaniei primește dreptul de apel și 1277, când avem ultima mențiune a recursului episcopului, cuantificăm 12 apeluri în 78 de ani către instanța apostolică. Cu toate acestea, Sfântul Scaun intervine în mai multe cazuri în afacerile episcopiei Transilvaniei<sup>54</sup> însă, din documentele pe care le avem, nu rezultă explicit că episcopia ar fi înaintat apelul înaintea fiecărei intervenții a Romei. Așadar fără a lua în considerare recursurile presupuse le vom enumera<sup>55</sup> doar pe cele explicite și le vom împărți în patru categorii: 8.1) încălcarea jurisdicției asupra proprietăților și bunurilor: patru apeluri; 8.2) exercitarea autorității asupra Țării Bârsei: două apeluri; 8.3) chestiuni administrative<sup>56</sup>: patru apeluri; 8.4) chestiuni spirituale<sup>57</sup>: un singur apel. Le vom analiza doar pe cele mai importante

### 8.1 Încălcarea jurisdicției asupra proprietăților și bunurilor

Numărul apelurilor din această categorie însumează aproximativ 40%. În acest sens există 5 apeluri: în 1220 episcopul Cenadului a apelat la instanța apostolică având în vedere că a fost păgubit de către episcopul din Oradea. Suveranul Pontif a hotărât ca acesta din urmă să-l despăgubească pe



episcopul de Cenad pentru pagubele aduse. Așadar i-a numit pe priorul de Igrîș și pe prepozitul de Arad să impună această sentință definitivă, fără a-i permite episcopului de Oradea un nou apel.

În 1223 este emis, la Lateran, un document<sup>58</sup> prin care Suveranul Pontif amintește că un anumit Grigore, fiul lui Calad a produs pagube prepozitului din Arad, în consecință (în urma unui proces despre care nu avem nicio informație) a fost afurisit. În continuare, documentul ne spune faptul că Grigore a înaintat un apel către Scaunul Apostolic pentru ridicarea pedepsei. În urma acestuia, o nouă sentință a fost emisă, anume obligația lui Grigore de a-l despăgubi pe prepozit, iar în acest sens pontiful îi însărcinează, prin documentul citat, pe arhiepiscopul de Esztergom și abatele de Igrîș să se asigure de acest fapt. Documentul nu ne prezintă identitatea respectivului Grigore. Deoarece pontiful l-a numit pe arhiepiscopul de Esztergom (cel mai înalt ierarh al Bisericii maghiare) să supravegheze cazul, presupunem că Grigore ar fi fost episcop.

Apoi între 1232 și 1235, episcopul Transilvaniei, Rainald, a înaintat nu mai puțin de trei apeluri în vederea soluționării conflictului cu abatele conventului dominican din Cluj<sup>59</sup>. Remarcăm, din nou, o suprapunere a jurisdicțiilor celor 2 instituții. Sfântul Scaun răspunde prin trimiterea unor judecători delegați, care să cerceteze cazul și să emită o sentință. Cu toate acestea, observăm că sentințele se amână din cauza faptului că unul dintre litiganti lipsește la proces, fiind ulterior pedepsit.

În urma acestor cazuri observăm că procesele pot să se întindă pe o perioadă de timp îndelungată datorită regulilor de procedură ce impun amânarea sentinței din diferite motive. În continuare, vom vedea că se impune sentința definitivă, în special pentru a micșora perioada proceselor.

## ***8.2 Exercițarea autorității asupra Țării Bârsei***

Următoarele apeluri, ale episcopului Rainald, în 1235, au în vedere exercițarea jurisdicției asupra Țării Bârsei, un teritoriu în care, în ochii Curiei Romane, ierarhia ecleziastică se afla în afara celei maghiare. Dat fiind faptul că materialul juridico-istoric privind procesele dintre Ordinul Teuton, pe de o parte, și instituțiile ecleziastice sau laice, pe de altă parte, se limitează la un

număr mic de documente, noi precizăm că procesul din 1235, dintre episcopul Transilvaniei și decanul Țării Bârsei, rămâne cel mai amplu documentat. El reflectă în modul cel mai limpede felul în care un proces se desfășoară în 3 etape la curia pontificală<sup>60</sup>.

### **8.3 C. Aspecte administrative**

În această categorie avem trei apeluri: în 1219, 1255 și în 1277. În 1219 episcopul cere aprobarea Sfântului Scaun de a interveni în afacerile interne ale mănăstirii benedictine din Itebea, pentru a o sprijini din punct de vedere material și financiar. Episcopul recunoaște așadar privilegiul de exempțiune de care se bucură Ordinul Benedictin. Datorită faptului că mănăstirea se află sub jurisdicția directă a Romei, Suveranul Pontif trimite, ca răspuns, doi delegați pentru cercetarea situației și administrarea ulterioară a acesteia.

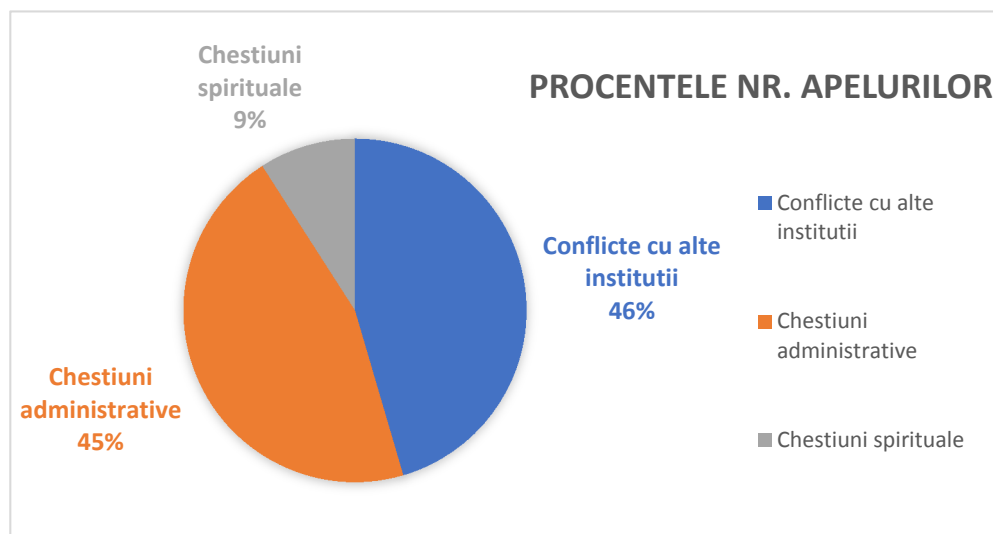
În 1255, pontiful trimite o scrisoare episcopului Transilvaniei răspunzând apelului său. Acesta ceruse aprobarea Sfântului Scaun de a mări veniturile bisericii catedrale din Alba Iulia pentru a plăti prebendele canonicilor care refuză să îndeplinească serviciile liturgice. Ceea ce ne suscită atenția este faptul că pontiful condiționează mărirea prebendelor oferite de susținerea serviciilor și interzice dreptul la apel tuturor celor ce se opun acestei decizii. Cunoaștem faptul că legislația canonică a apelului este încă permisivă în multe privințe însă aici observăm cum intervin amendări, pas cu pas, pontiful impunând restricții. Astfel de canoane, privind interzicerea apelului în situații particulare, se înmulțesc fiind incluse, în cele din urmă, în corpusurile de drept. În plus, în peisajul instituțional transilvănean, documentul arată implicarea activă a Scaunului Apostolic în chestiunile interne ale episcopiei, un fapt repetitiv în veacul al XIII-lea, ce reflectă atmosfera hierocratică a secolului.

Ultimul document, din 1277, reprezintă cererea adresată de pontif episcopului de Oradea de a-l aduce pe Nicolae, prepozitul Transilvaniei și arhiepiscop de Esztergom, în fața instanței apostolice, în vederea judecării unui proces privind legalitatea alegerii sale ca arhiepiscop. Procesul a început la o dată precedentă nemenționată, când Benedict, canonic al bisericii din Esztergom, susținea că a fost ales arhiepiscop legitim, în contrast cu Nicolae. Pe noi ne interesează faptul că Benedict înaintase apelul către Sfântul Scaun.

În consecință pontiful Inocențiu al V-lea începuse ancheta, care nu s-a sfârșit însă în timpul pontificatului său. Presupunem că motivul dublei alegeri în funcția de arhiepiscop (a lui Benedict și a lui Nicolae) și a procesului ce decurge de aici reprezintă o confuzie în materie de drept canonic, așa cum vom mai vedea în alte situații.

În încheiere, amintim că instituția episcopiei apelează la Sfântul Scaun de două ori, din varii motive. Remarcăm că cele predominante se referă la chestiunile administrative și cele legate de conflictul cu alte instituții.

În graficul de mai jos am reflectat proporția cazurilor în care episcopia a apelat către Sfântul Scaun.



## 9 Instituția capitlului

În secolele al XI-lea și al XII-lea, instituția capitlului<sup>61</sup> se comportă asemeni unei corporații medievale, reprezentantă a vocii clerului unei dioceze, având atribuții electorale, culturale etc. În secolul al XII-lea, ea este definită în principalele culegeri de drept în acești parametri, evidențiindu-se dreptul de a participa la conciliile provinciale și la cele convocate de Suveranul Pontif<sup>62</sup>.

Totuși, de la jumătatea secolului al XIII-lea, aspirațiile hierocratice impun o intervenție frecventă a Sfântului Scaun în afacerile capitlului<sup>63</sup>. În aceste condiții au loc evenimentele prezentate în cele ce urmează.

Intervențiile Suveranului Pontif ca urmare a apelurilor înaintate de către capitluri se întind pe o perioadă de 56 de ani, între 1226 și 1282<sup>64</sup>. În urma unui inventar, privind implicarea Sfântului Scaun în afacerile capitlurilor din Transilvania, putem să clasificăm cauzele acesteia în trei categorii: 9.1) Apelul pentru un proces în vederea soluționării unui conflict; 9.2) Apelul în vederea confirmării privilegiilor; 9.3) Apelul în vederea confirmării drepturilor.

### **9.1 Apelul pentru soluționarea unui conflict cu alte instituții**

În această categorie includem un singur caz, anume în decembrie 1232 când capitlul din Oradea apelează la Sfântul Scaun pentru rezolvarea conflictului cu abatele Benedict, lector excomunicat din Strigoniu.

Cazul<sup>65</sup> a fost prezentat în fața Curții Apostolice de către doi canonici ce reprezentau capitlul din Oradea. Conform explicațiilor pontifului către legații judecătorești (numiți *Iudex Delegatus*), s-a dezvoltat un conflict între o facțiune majoritară a canonicilor și o facțiune minoritară. Facțiunea majoritară a ales un magistrul numit Primogenitus, ce a intrat în conflict cu abatele Benedict, alesul facțiunii minoritare. Nerecunoscând autoritatea celuilalt, ambii opozanți au uzitat de dreptul la apel, așadar au avut loc două procese fără un rezultat satisfăcător<sup>66</sup>, până în momentul în care legatul apostolic a emis o sentință definitivă. Așadar procesul s-a încheiat în urma faptului că legislația canonică a permis doar emiterea unei sentințe inapelabile<sup>67</sup>.

### **9.2 Apelul înaintat de capitlul din Cenad în vederea confirmării privilegiilor, veniturilor**

În această situație, episcopul și capitlul din Cenad apelează în 1226 la Scaunul Apostolic pentru a primi dreptul de a mări veniturile canonicilor sau de a schimba felul în care le administrează, în urma dezastrului financiar cauzat de războaie și jafuri<sup>68</sup>. Documentul subliniază că lipsa veniturilor pentru plata prebendelor (saliarilor) canonicilor din capitlu i-a determinat

pe aceștia să renunțe la serviciul liturgic. Chiar dacă documentul nu ne oferă multe informații despre apelul în sine, el este similar cu cel înaintat de episcopul Transilvaniei în 1255 pentru a mări veniturile bisericii catedrale în Alba Iulia. Observăm astfel că, în secolul al XIII-lea, episcopiile și capitlurile, dar și mănăstirile sau conventele, se confruntau cu numeroase probleme financiare.

În situația de față, Suveranul Pontif răspunde apelului prin trimiterea unui delegat care să cerceteze cazul și să emită o sentință.

### ***9.3 Apelul în vederea confirmării drepturilor***

Ultimul document din acest secol, care ne sugerează înaintarea apelului către Roma din partea capitlurilor, este emis în jurul anului 1282<sup>69</sup> și ne reamintește de ecurile Sinodului General de la Buda din 1279<sup>70</sup>. Din răspunsul pontifului știm următoarele: capitlul bisericii din Oradea a ales în funcția de episcop un demnitar pe nume Toma, care conform dreptului canonic trebuia confirmat de arhiepiscopul de Esztergom. Totuși, legatul Filip de Fermo a anulat această confirmare, motivând că Toma nu mai activase într-o funcție ecleziastică de peste un an, prin urmare, conform canoanelor stabilite la Conciliul Lyon II (1274), el nu mai avea dreptul de a fi numit episcop. În aceste condiții, dacă alegerea lui Toma era invalidă, scaunul episcopal rămânea vacant, motiv pentru care canonicii din capitlu au înaintat apelul către Roma. Așadar Suveranul Pontif l-a numit pe arhiepiscop să cerceteze situația, pentru a verifica dacă alegerea a fost legală și în consecință să-l numească episcop.

Aici menționăm că documentul ne arată o chestiune foarte importantă: Suveranul Pontif corectează o interpretare greșită a dreptului canonic din partea lui Filip de Fermo privind alegerea episcopilor. Conform Conciliului Lyon II măsurile descrise mai sus se aplicau doar demnitarilor ce ocupau funcții în biserici parohiale, nu în cele ale capitlurilor cum era cea din Oradea. Prin urmare, numirea lui Toma ca episcop devenea validă. Presupunem că în capitlu se aflau canonici ce aveau cunoștințe despre aceste detalii juridice, deoarece au acționat în cunoștință de cauză împotriva deciziei legatului. De asemenea, la fel ca în documentul precedent, acesta ne demonstrează intervenția Scaunului Apostolic în afacerile interne ale capitlului.

## 10 Ordinul Teuton

În 1211 o facțiune a Ordinului Teuton a fost cantonată în Țara Bârsei, în cadrul proiectului de cruciadă susținut de Biserica Romană împotriva ereticilor și păgânilor din Orient. Timp de 14 ani monahii cavaleri teutoni din Țara Bârsei se bucură de donații oferite de regele maghiar și de privilegii din partea Sfântului Scaun, printre care amintim privilegiul exemptiunii (Țara Bârsei a intrat în *Proprietatea Sfântului Petru*, adică sub autoritatea directă a Scaunului Apostolic).

În schimb, în 1225 regele maghiar i-a alungat pe teutoni din aceste teritorii, iar episcopul Transilvaniei și-a arogat autoritatea canonică asupra Țării Bârsei, care se afla în fapt sub autoritatea Romei. După cum observăm, din lista apelurilor<sup>71</sup>, doar cel din 1223 privește o chestiune administrativă internă, respectiv numirea într-o funcție ecleziastică. În rest, din 1225, Ordinul Teuton apelează în repetate rânduri către Scaunul Apostolic, timp de 10 ani, în vederea soluționării problemei cu regalitatea maghiară și cu episcopul Transilvaniei. Ecourile apelurilor nu întârzie, având în vedere că Scaunul Apostolic intervine de cinci ori, în mod concret, prin ancheta episcopului cuman din 1235.

## 11 Ordinul Cistercian

În mod natural instituțiile monahale nu vor refuza apelul din moment ce acesta reprezenta un mecanism eficient în fața intervenției episcopatului sau monarhiei în afacerile lor interne. Ne referim aici la cazurile în care episcopul sau monarhul le încălcau jurisdicția asupra propriilor teritorii. Pe de altă parte, abuzul de acest instrument, deosebit de eficace, oferea adeseori posibilitatea de a deteriora ordinea internă a ordinului cistercian. În contextul în care monahii primesc dreptul de a apela împotriva unei decizii emise de abatele lor, papa intervine peste sentința abatelui și poate destabiliza ierarhia internă a ordinului, ce se conturează ca o lume închisă.

Așadar limitele dreptului de apel sunt evidențiate pentru a inhiba abuzurile specifice care vor privi aspecte interne ale vieții religioase, atât a unei singure comunități, cât și a unui ordin monahal<sup>72</sup>. Reținem aici cuvintele

lui Bernard de Clairvaux, privit ca o autoritate în chestiunea ordinelor monahale, ce avertiza, într-o scrisoare adresată pontifului Inocențiu al II-lea, că dacă acest drept de apel nu era uzitat din motivul unei carențe în justiție, atunci era nejustificat<sup>73</sup>.

În regatul maghiar abația cisterciană mamă de la Pontigny a fondat trei mănăstiri, în cadrul unei ample mișcări misionare în Orient. În est, în Transilvania ne referim la două mănăstiri: la Igrîș și Cârța.

După cunoștințele noastre, există doar două cazuri în care abatele mănăstirii cisterciene Igrîș apelează la Sfântul Scaun. Prima oară este în jurul anului 1224<sup>74</sup>, când solicită întărirea unui schimb de moșii și alte bunuri cu regele maghiar. A doua dată este în 1236, când monahii mănăstirii Igrîș și magistrul Fraților Ospitalieri din Ierusalim a Cavalerilor Templieri apelează la Sfântul Scaun pentru a interveni pe lângă regele maghiar, Bela al IV-lea, care nu le-a respectat privilegiile oferite de predecesorii săi<sup>75</sup>. Nu cunoaștem rezultatul procesului însă observăm imaginea de ansamblu. Acest comportament al monahilor cistercieni se încadrează în șablonul cunoscut, asemeni prepoziturii, ce a uzitat de instrumentul apelului când s-a simțit agresată.

## **12 Ordinul Benedictin**

Istoricul Kiss Gergely ne sugerează că cea mai mare parte a mănăstirilor benedictine din regatul maghiar suferă schimbări în privința raportului juridic cu Sfântul Scaun, într-o perioadă cuprinsă între sfârșitul secolului al XII-lea și jumătatea secolului al XIII-lea. Dacă în secolul al XII-lea, putem afirma exercitarea jurisdicției episcopului diocezan asupra lor, de la începutul secolului al XIII-lea, odată cu pontificatul lui Inocențiu al III-lea, ele intră tot mai mult sub o subordonare directă față Sfântul Scaun<sup>76</sup>. O asemenea tendință se observă și în cazul mănăstirilor din Transilvania, prin urmare în această atmosferă hierocratică plasăm apelul lor către Roma.

Din informațiile pe care le avem până acum, cunoaștem trei cazuri de apel înaintate de către două mănăstiri benedictine transilvane, cea de la Bistra, în 1235 și 1236, respectiv cea de la Almaș din 1239. În aceste situații atât mănăstirea din Bistra, cât și cea din Almaș, înaintează apelul pentru a se proteja de actele considerate agresive din partea episcopului de Cenad, respectiv de comitele Transilvaniei.

Un prim caz<sup>77</sup> are loc în jurul anului 1235, când abatele mănăstirii din Bistra apelează la Roma pentru a fi despăgubit în urma conflictului cu episcopul de Cenad, iar Sfântul Scaun declanșează ancheta pe data de 9 iulie prin trimiterea în teritoriu a abaților de la biserica Sf. Martin din Panonia și Sf. Salvator din Szekszard. Nu știm rezultatul procesului însă documentul ne spune că acesta este al doilea de acest fel (și al doilea apel), având în vedere că problema nu se rezolvase după prima sentință. Ne gândim, precum în cazul capitlului Oradei, și de această dată, al doilea apel este ultimul permis, sentința fiind definitivă.

De asemenea, într-un document trimis abaților de Oradea, de Tihon și de Erte în 1236<sup>78</sup>, pontiful Grigore al IX-lea precizează că abatele de Bistra înaintase un apel către Sfântul Scaun, într-o dată neprecizată, aflându-se în conflict cu episcopul de Cenad care dorea să își exercite jurisdicția asupra mănăstirii în cauză. Pontiful îl numise pe legatul Iacob de Preneste judecător, care a emis o sentință definitivă stabilind faptul că mănăstirea se află în afara jurisdicției episcopiei. Totuși, episcopul de Cenad, nemulțumit, aflându-se în imposibilitatea apelului, a jefuit mănăstirea Bistra și l-a omorât pe abate. În documentul de față, pontiful îi însărcinează pe abații sus numiți să cerceteze crima însă nu știm explicit dacă răspunsul pontifului este rezultatul unui apel ulterior.

A doua situație pe care o avem în vedere are loc în 1239, când Scaunul Apostolic intervine direct, ca urmare a apelului înaintat de mănăstirea benedictină de la Almaș, pentru a lua măsuri împotriva abuzurilor ce i s-au făcut mănăstirii de către Ladislau<sup>79</sup>, comitele diecezei Transilvaniei. În acest caz, pontiful Grigore al IX-lea, îi trimite ca anchetatori pe abatele de Cubis, pe abatele de la biserica Sf. Ioan, din diecezele de Oradea și Transilvania, și pe prepozitul de Oradea, cărora le transmite, ca în urma cercetărilor, să stabilească o dată a procesului în care să se prezinte ambele părți ce vor fi judecate, cel mai probabil la Roma<sup>80</sup>.

### **13 Ordinul Mendicant Dominican**

Aici amintim că teritoriile conventelor dominicane devin exempte, ceea ce înseamnă că se situează în afara exercițiului juridic al instituțiilor ecleziastice sau seculare locale, aflându-se sub jurisdicția Scaunului Apostolic.



Până acum am identificat un singur apel din partea mendicanților. În jurul anului 1222 conventul dominican al Fericitei Maria din Cluj apelează la Sfântul Scaun pentru a le înnoi privilegiul dat și pentru a li se face dreptate „în urma neajunsurilor ce li s-au adus”<sup>81</sup> din partea episcopului Adrian. Pe scurt, din scrisoarea pontifului emisă în 21 iunie 1222 către anchetatori, episcopul de Vac, abatele mănăstirii Igrîș și prepozitul de Vac, aflăm că episcopul Adrian a adus numeroase pagube materiale conventului dominican și a ars documentele care menționau privilegiile de care acesta se bucura, printre care amintim și privilegiul exemptiunii. Nu cunoaștem rezultatele procesului însă remarcăm același șablon, ca în cazul celorlalte instituții ecleziastice

#### **14 Instituția prepoziturii**

Privind lista<sup>82</sup> situațiilor în care această instituție a înaintat apelul, remarcăm o serie de motive care stau la baza sa: soluționarea conflictului cu instituția regală în 1223 sau anularea sentinței excomunicării în 1235. Cele mai multe însă privesc chestiunile administrative: confirmarea unei înțelegeri cu subdiaconul Ioan Capucius în 1227, aprobarea unui candidat în funcția de episcop în 1245 și, în ultimul rând, în 1247, confirmarea dreptului de a muta sediul episcopal. Dintre toate acestea, ne vom opri să analizăm două cazuri mai importante: cel din 1223 și 1235.

În 1223 avem un document ce exprimă un conflict între regalitate și prepozitura Aradului. Documentul conține o poruncă adresată de Suveranul Pontif arhiepiscopului de Strigoniu, episcopului de Vesprim și abatelui de Igrîș de a cerceta cazul și a hotărî o sentință, eventual a pune presiuni asupra regelui pentru a-l determina să aducă despăgubiri prepozitului și capitlului bisericii din Arad în urma unor pagube aduse. Prepozitul înaintase apelul către o instanță superioară în urma unor agresiuni, prin urmare cazul este asemănător cu cel al capitlurilor sau mănăstirilor, care au intrat în conflict cu monarhia, ce dorea să-și extindă autoritatea asupra lor

Următorul caz are în vedere conflictul dintre prepozitul de Arad și arhiepiscopul de Esztergom. În urma faptului că arhiepiscopul l-a excomunicat pe prepozit, acesta din urmă a înaintat apelul către instanța apostolică cerând revocarea sentinței de excomunicare. Conform regulilor de procedură, Suveranul

Pontif declanșează o anchetă însărcinându-i pe abatele de Pilis, de Bellafons și pe arhidiaconul din Bach, să cerceteze cazul și să trimită la Roma rezultatele anchetei în vederea desfășurării judecății. Nu cunoaștem rezultatul procesului însă dorim să subliniem încă o dată că sentința de excomunicare în sec. al XIII-lea este apelabilă, la fel cum ne amintește procesul canonicilor capitlului din Oradea din 1232.

### Cuvinte de încheiere

Fenomenul juridic care se prezintă atât de viu în peisajul transilvănean din secolul al XIII-lea este rezultatul unui lung proces evolutiv care nu poate fi observat decât printr-o distanțare de fenomenele particulare și o apropiere față de imaginea de ansamblu.

Documentele ne transmit faptul că toate instituțiile ecleziastice, ce joacă un rol propriu și important pe scena de teatru a Evului Mediu, uzează de dreptul la apel. Cu toate că unele instituții îl folosesc mai puțin, altele mai mult, într-o singură concluzie afirmăm că toate îl asumă ca un drept convenit și o realitate normală. Conflictelor ivite între ele, sau în interiorul lor, își găsesc rezolvarea prin apelul la Curtea Pontificală care se afirmă ca instanță supremă de judecată, o expresie vie a epocii hierocratice.

Peisajul juridic transilvănean devine multicolor în secolul al XIII-lea însă se încadrează perfect în panorama generală regatului maghiar și, la rândul său, în cea a Europei unde jurisdicțiile se suprapun unele peste altele. Suprapunerea jurisdicțiilor și a autorităților diverselor instituții creează conflicte, dar acestea încep să se rezolve, din secolul al XIII-lea, în tribunalele ecleziastice, pe baza unor legi scrise și clare. În acest peisaj se impune un sistem juridic universal și unic bazat deopotrivă pe morala creștină și pe principiile raționale ale dreptului roman.

În acest cadru va fi uzitat dreptul de apel către Sfântul Scaun. Preluat din dreptul roman, metabolizarea sa denotă o maturizare a gândirii juridice medievale pentru că accentuează, și mai puternic, nuanța de raționalitate și echitate a judecății care devine un principiu universal, în mod sigur din 1235, odată cu publicarea corpusului de canoane *Liber Extravagantium*. Fenomenul este un rezultat extraordinar al minții creștine deoarece el poate să existe doar într-o societate creștină a cărei dispozitiv mental este bazat pe echilibrul între rațiune și credință, respectiv între *ius civilis* și *ius canonicum*.

Dreptul la apel a continuat să fie utilizat în procese și după apusul Evului Mediu (secolele al XIV-lea și al XV-lea). Însă faptul că el a fost utilizat în Transilvania medievală, alături de celelalte regate din Occident, ne arată că apelul, încadrat în tot ansamblul dreptului roman, face parte dintr-un strat cultural comun europenilor.

---

\* Absolvent al Facultății de Istorie și Filosofie, Master: „Societate, artă, identități în Europa Centrală. De la medieval la modernitate”, Universitatea Babeș-Bolyai. Contact: tudor.steff@gmail.com.

- <sup>1</sup> Recomandăm vocea consacrată a istoricului Charles Horner Haskins oglindită în lucrarea, *The Renaissance of the Twelfth Century*, Harvard University Press, 1955.
- <sup>2</sup> Referitor la mișcările economice și demografice din secolele al XI-lea și al XII-lea, a căror ecou se observă în plan cultural prin dezvoltarea dreptului scris, recomandăm lucrarea lui Peter Landau, *The Development of Law*, în Cambridge History of Medieval Europe, vol.II ed. Cambridge University Press, 2008.
- <sup>3</sup> Recomandăm lucrarea clasică a lui Gabriel le Bras, *Storia della Chiesa. Le istituzioni ecclesiastiche della cristianità medievale*, ediția italiană coordonată de P.Ciprotti, L.Prodocimi, A.Giacobbi e G.Pelliccia, Editrice S.A.L.E - Torino, 1973 și Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, ed. Laterza, Roma, 1995.
- <sup>4</sup> Pentru detalii privind felul în care principiul echilibrului teologico-politic (între autoritatea spirituală și cea temporală), lansat de Papa Gelasius I, determină materializarea principiului juridic *utrumque ius*, în secolul al XII-lea, recomandăm lucrările lui Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale. Il baso medioevo*, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di Arte e Scienza, Roma, 1995, pp. 229-235 și Francesco Calassi, *Medioevo del diritto. Parte seconda: Il sistema del diritto comune (sec.XII-XIV)* ed. Dott.A.Giuffrè, Milano, 1954, pp. 392-407.
- <sup>5</sup> Pentru o imagine generală asupra istoriei Bisericii Romane, între secolele al XI-lea și al XIV-lea, inclusiv a epocii teocratice, recomandăm lucrările lui Walter Ullmann, *The Growth of Papal Government In The Middle Age*, Methuen and Co.LTD London Press, 1962 și Agostino Paravicini Bagliani, *Il trono di Pietro.L'universalità del papato da Alessandro III a Bonifacio VIII* ed.Carocci, Roma, 2001.
- <sup>6</sup> Pentru detalii privind compunerea colecțiilor de canoane recomandăm lucrarea cardinalului Péter Erdő *Storia Della Scienza Del Diritto Canonico. Una introduzione*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma,1999 pp. 37-78 și, de asemenea, articolul lui Charles Duggan *Decretal Collections from Gratian`s Decretum to the Compilationes antiquae: The Making of New Case Law* publicat în volumul colectiv *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, ed. The Catholic University of America Press, Washington D.C. 2008.
- <sup>7</sup> Pentru fenomenul cultural de asimilare a dreptului roman în organismul Bisericii, recomandăm lucrarea lui Kenneth Pennington *The «Big Bang»: Roman Law in the Early Twelfth-Century*, articol publicat în «Rivista internazionale di diritto commune», 18/2007, pp. 43-70 și Idem, *Roman Law at the Papal Curia in the Early Twelfth Century*, articol publicat în volumul colectiv *Canon Law, Religion, and Politics: Liber Amicorum*, ed. The Catholic University Press of America, 2012, pp. 233-252.

- <sup>8</sup> Dreptul roman a cunoscut o revigorare atât de limpede în spațiul italian și datorită faptului că aici s-au prezervat mai consistent anumite structuri ierarhice administrative din perioada imperiului, spre exemplu ierarhia ecleziastică. Din acest motiv, glosatorii au conservat ierarhia originală a apelului.
- <sup>9</sup> În istoriografie sunt numiți glosatori juriști care au început studiul manuscriselor Codului lui Iustinian prin adnotarea comentariilor proprii, numite glose pe marginea textului. Cea mai renumită Școală a juriștilor glosatori este cea întemeiată de Irnerius în 1095 la Bologna. Patru succesori ai acestuia s-au remarcat prin studiile lor și au fost numiți *Quator Doctores*: Bulgarus, Martinus Gosia, Jakobus și Hugo. Pentru mai multe detalii despre prima școală boloneză de drept roman, recomandăm lucrarea lui Vinogradoff Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, ed. Harper and Brothers, London and New York, 1909 și Verger Jacques *Culture, enseignement et societe en occident aux XII et XIII siecles*, ed. Presses Universitaires de Rennes, 1999.
- <sup>10</sup> Împăratul Iustinian a avut inițiativa unei reforme legislative, pentru a înlocui Codul de legi emis de împăratul Theodosius în 438. În 528, el a numit prima comisie de juriști, care a început redactarea unui nou cod de legi, care să elimine contradicțiile existente și să includă cele mai noi norme. Această lucrare numită *Novus Codex Iustinianus* a fost emisă în 529. În 530 a fost numită o nouă comisie, condusă de Tribonianus, care a creat un nou *corpus* ce cuprindea *Novus Codex* și inclusiv norme mai vechi din secolul III. În noiembrie 534 a fost emis *corpusul* ce cuprindea *Institutes*, manual pentru studiu în universități, *Digeste* un compendiu reunind 50 de cărți și tratate de drept aparținând celor mai importanți juriști din perioada Republicii și Imperiului și *Codex* – un compendiu al constituțiilor imperiale, A se vedea: Charles Radding, *The Corpus Iuris Civilis in the Middle Age*, Ed. Brill, Leiden-Boston, 2007, p. 20.
- <sup>11</sup> Antonio Paddoa Schioppa, *Ricerche sull`appello nell`diritto intermedio*, ed. Giuffrè, Milano, 1970 p. 21.
- <sup>12</sup> „*Appello nei giudizi ordinari, appello nelle pronunce degli arbitri: il ricorso succesivo alla sentenza e dunque ormai una possibilita concreta, incardinata in tutto l`ordinamento giudiziario, un evento naturale contro il quale non sono piu fissate sanzioni di sorta; anzi, l`applicazione del rimedio doveva risultare tanto piu estesa ed operante, in quanto i compiti del giudice erano, nel pensiero dell`autore, particolarmente elevati e impegnativi (e perciò facilmente soggetti al errore, o comunque al reclamo). Obiettivo del giudice doveva essere infatti il raggiungimento della giustizia e della verita...*” *Ibidem*, p. 50.
- <sup>13</sup> Irnerius (cunoscut ca Warnerius) a trăit între 1050-1125. S-a afirmat ca jurist prin comentariile ample asupra Codului de Drept a împăratului Iustinian. La sfârșitul secolului al XI-lea începe să predea drept roman la Bologna. Discipolii săi Bulgarus, Martinus, Piacentinus continuă munca sa comentând și predând dreptul roman în secolul al XII-lea. Pentru mai multe detalii, despre activitatea lor, recomandăm lucrarea lui Hermann Kantorowicz *Studies In The Glossators Of The Roman Law*, Cambridge University Press, 1938.
- <sup>14</sup> Termenul de hierocrație provine din doi termeni grecești: *hieros*, cu sensul de „sfânt”, „sacru” și *cratos* cu cel de „putere”. Așadar hierocrație înseamnă *putere sacră*. Puterea sacră era apanajul Suveranului Pontif, în special în secolul al XIII-lea, de la pontificatul lui Inocențiu al III-lea (1198-1216) la cel a lui Bonifaciu al VIII-lea (1294-1303). A se vedea Agostino Paravicini-Bagliani, *op.cit.* pp. 165-174.

- <sup>15</sup> De-a lungul secolului IV, constituțiile imperiale menționează libertatea apelului, cu excepția anumitor restricții. Spre exemplu o constituție a împăratului Valentinianus din 365 amendează blocarea apelului, acesta fiind neglijat de judecătorii locali împotriva propriilor sentințe. În textul original istoricii au identificat expresia „*adversus auctoritatem legis appellationes neglexerit*” (*apelurile sunt neglijate împotriva autorității legilor*). A se vedea: Peregami Federico, *Studi di diritto romano tardoantico*, ed. G.Giapichelli, Torino, Milano, 2011, p. 138. De asemenea, amintim de o procedură diversă, excepțională, utilizată în cazul acestor blocaje ale apelurilor numită *supplicatio*. Ea specifică posibilitatea unor apeluri subsidiare, înaintate direct instanței imperiale, în cazurile în care acestea ar fi fost împiedicate de primul judecător. A se vedea, Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquite*, Ed.Sirey, Paris, deuxième edition, 1982, p. 803.
- <sup>16</sup> Consolidarea puterii judecătorești supreme, a împăratului din Orient, este explicată de faptul că el este considerat reprezentatul lui Dumnezeu pe Pământ, conform teocrației bizantine. A se vedea, Lucio de Giovanni, *Introduzione allo studio dell diritto romano tardo antico*, Jovene Editore Napoli, 1999, pp. 212-214.
- <sup>17</sup> Judecătorii locali, de obicei, solicitau explicații juridice judecătorilor superiori, la nivel de provincie, dar inclusiv împăratului. Dreptul de *consultatio* este reiterat în numeroase rânduri în constituțiile imperiale. A se vedea lucrarea lui Ricardo Orestano, *L'Appello civile in diritto romano*, G. Giacapichelli Editore, Torino, 1966, p. 70.
- <sup>18</sup> Sentința imperială este definitivă deoarece este emisă de autoritatea supremă. Conceptul de inapelabilitate a sentinței imperiale se află la baza dreptului roman clasic, în mod particular îl surprindem în scrierile lui Ulpianus. Antonio Padoa Schioppa, *Ricerche sul `appello...*, p. 93.
- <sup>19</sup> La jumătatea secolului al IV-lea, apelul la episcopul Romei era un mijloc de a respinge condamnările conciliilor în diverse situații. În cazul de față, Papa Iulius I a validat apelul înaintat de episcopul Athanasie, după ce acesta din urmă fusese depus de conciliul arian din Tyr în 335. Astfel un alt conciliu arian din Antiohia din 341 a contestat posibilitatea apelului împotriva sentințelor unui sinod provincial (cu referire la ce din Tyr) fără acordul său. Cu toate acestea, în sinodul de la Sardica, din 342, s-a proclamat posibilitatea episcopului Romei (a papei) de a emite o sentință superioară deciziilor conciliare provinciale în virtutea onorării și respectării memoriei Apostolului Pentru, primul episcop al creștinilor din Roma. A se vedea: Jean Gaudemet, *Eglise et Cité. Histoire du droit canonique*, Ed. Cerf/Montchrestien, Paris, 1994, p. 135.
- <sup>20</sup> Canoanele 3,4,5 ale sinodului de la Sardica afirmau:  
Canonul 3. „Iulius al Romei este singurul care poate decide dacă judecata împotriva unui episcop poate sau nu poate fi apelată și el este singurul numit a primi apelul sau a numi o persoană care să o facă.”  
Canonul 4. „când un prelat depus apelează la curtea pontificală, scaunul său nu trebuie să fie considerat vacant înainte ca episcopul Romei să ia decizia.”  
Canonul 5 „dacă Pontiful Roman poate cere episcopilor să examineze cazul unui apelant dintr-o provincie vecină, prin aceasta el este liber să le reexamineze apoi, personal sau printr-o delegație, judecata lor, dacă prelatul condamnat apelează încă o dată.” Dominic Moreau, *The Papal Appeal court in sixth century: the example of roman synod of 531*, articol publicat în volumul *Recht Haben Recht Bekommen im Imperium Romanum*, Warschau 2014 p. 372.
- <sup>21</sup> *Ibidem*, p. 374.

- <sup>22</sup> Într-o scrisoare din partea sinodului roman din 378 către împărat se utilizează expresia Scaunul Apostolic: "(...) dacă Damasius este egal episcopilor prin funcția sa, el se ridică deasupra lor prin prerogativele Scaunului Apostolic". Jean Gaudemet, *op.cit.* p. 134.
- <sup>23</sup> Pentru înțelegerea detaliată a apelului către Roma, în prima jumătate a secolului al V-lea ne stau la dispoziție două izvoare prețioase, anume două scrisori ale Sfântului Augustin către Fabiola. În aceste scrisori oratorul și episcopul din Hippona descrie, în detaliu, două procese ale episcopului Antoninus din Fussale, Numidia, la care a luat parte. Pe scurt, episcopul Antoninus este condamnat de către sinodul provincial din Numidia la o suspendare temporară din funcție în urma abuzurilor și jafurilor întreprinse asupra populației din dioceza sa. În schimb, Antoninus înaintează un apel către Scaunul Apostolic, iar Papa Bonifaciu I răspunde trimițând o legăție de episcopi care să supravegheze procesul și să emită o sentință definitivă. În urma a trei anchete privind infracțiunile episcopului, legații au întocmit un raport, pe care l-au trimis pontifului și în urma căruia l-au condamnat pe Antoninus, obligându-l să renunțe la administrarea diocezei sale. Datorită acestor mărturii ale Sfântului Augustin, știm faptul că apelul și procesul s-au desfășurat conform canoanelor sinodului de la Sardica din 343, introdus temporar în provinciile africane până la sinodul din Cartagina din 419. A se vedea Johannes Divjak *La question des appels a Rome d'après la Lettre 20 d'Augustin*, în volumul *Vie conciliaire et collections canoniques en Occident, IVe – XII siècles*, coord. Charles Munier, Variorum Reprints, Londra, 1987.
- <sup>24</sup> Dominique Moreau, *op.cit.*, p. 375.
- <sup>25</sup> Jean Gaudemet, *op.cit.* p. 305.
- <sup>26</sup> *Ibidem.* p. 135.
- <sup>27</sup> Înainte ca procesul să fie trimis înaintea împăratului în vederea obținerii sentinței, judecătorul comunica celor două părți raportul întocmit, iar în cazul unei neînțelegeri apelul era înaintat înainte de sentința finală. Școala critică a lui Giovanni Bassiano și Azzonis înclină să favorizeze reverificarea sa luând în calcul premisa că judecătorul poate întocmi un raport fals, o decizie incorectă pentru ca aceasta să fie trimisă forului imperial. *Ibidem*, p. 91.
- <sup>28</sup> Puterea temporală a Pontifului Roman este conexasă de asumarea a trei titlaturi: *potestas*, *actoritas* și *primatus*, primele două fiind specifice împăraților. Acestea provin din dreptul public roman. În timpul Republicii, *potestas* era termenul juridic care desemna puterea magistraților, în timp ce *actoritas* desemna autoritatea senatului. Odată cu instaurarea Principatului de către Octavianus Augustus, 27 î.Hr., acesta preia ambele titlaturi: *potestas* și *actoritas*, așadar noua formă de guvernare limitează puterea Senatului (a reprezentărilor poporului roman) în favoarea unei singure persoane. Acest fapt va fi caracteristic epocii imperiale până în 476 d.Hr. În schimb, termenul juridic de *Primatus* este necunoscut antichității clasice, fiind prezent doar în vocabularul canonic din antichitatea târzie. El provine de la termenul mai vechi de Principatus și desemnează primatul episcopului într-o circumscripție ecleziastică. Încă din secolul al IV-lea, mai multe texte oficiale afirmă Primatul Bisericii Romane. Îl găsim formulat în canonul 6 al conciliului de la Nicaea și în Novela 17 a împăratului Valentinianus al III-lea din 445. Ulterior și pontifi romani din secolul al V-lea își asumă titlatura de *Primatus* pentru a sublinia întâietatea lor în fața altor episcopi. A se vedea, Jean Gaudemet, *op.cit.*, pp. 133-134.
- În plus, prin asumarea celorlalte două titlaturi de *potestas* și *actoritas*, pontifi își arogă calitatea de moștenitori a împăraților romani, care va fi afirmată de-a lungul evului mediu prin proiectele Sfântului Scaun de a revitaliza Imperiul Occidental împreună cu dreptul roman.
- <sup>29</sup> În limba latină *appellatio*, (*appello*) semnifică recursul unui litigant către o curte de judecată superioară atunci când judecata unei (curți) inferioare nu i-a fost favorabilă.

Din punct de vedere istoric, amintim că în perioada Republicii Romane, apelul nu era cunoscut sub forma unei legislații structurate. Din perioada Imperiului însă, apelul este introdus în procese ca o procedură extraordinară (*cognitio extra ordinem*), ca un remediu împotriva abuzurilor. În secolul IV d.Hr. el este reformat, gradual și în cele din urmă, sub domnia împăratului Iustinian, *appellatio* s-a dezvoltat într-o instituție generală aplicabilă tuturor proceselor, atât în chestiuni civile, cât și penale, cu excepția sentințelor emise de prefectul *praetor*, de către funcționari administrativi sau împărat.

Din perioada imperiului, *appellatio* a devenit sinonim cu termenul de *provocatio*, însă ele aveau caracteristici juridice diferite. La origine, *appellatio* însemna o cerere de ajutor adresată unui magistrat în timpul procesului de către un litigant. În schimb, în vremurile mai timpurii, termenul de *provocatio* se referea exclusiv la supunerea cazului judecătii senatului și era aplicat doar proceselor penale. Dat fiind faptul că împărații romani (din a doua jumătate a secolului al II-lea d.Hr.) au preluat din atribuțiile senatului și ale magistraților, *appellatio* și *provocatio* au ajuns să se confunde.

Pe de altă parte, în secolele al IV-lea și al V-lea, dreptul la apel a fost asimilat și integrat în canoanele emise de conciliile ecumenice datorită faptului că oferea posibilitatea unei judecătii mai obiective și corectă nedreptatea sau abuzurile judecătorului ecleziastic. A se vedea: Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Ed.American Philosophical Society, Philadelphia, 1991 pp. 364-365 și *Dictionaire du droit canonique. Tome troiseeme* coordonator Prof.R.Naz, Ed. Librairie Letouzey et Ane, Paris, 1942, pp. 763-772.

<sup>30</sup> De la jumătatea secolului IV, criza financiară a imperiului se agravează, prin urmare împărații emit constituții prin care interzic dreptul la recurs celor care sunt condamnați pentru datorii față de fisc. Pentru mai multe detalii a se vedea: Peregami Federico, *op.cit.*, pp. 127-157.

<sup>31</sup> Liber VII, Caput LXV II Quorum Appellationes non recipiantur: Imp.Constantinus A, ad Hieroclem: „*Observare curabis ne quis homicidiarum veneficorum maleficorum adulterorum itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis coniunctus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confesus audiatur appellans.*” *Codex Iustinianus*, ediție îngrijită de Paul Krueger, Berolini Publisher, Oxford, 1877, p. 709 Traducere: „(Cartea VII, Capitolul LXV: Celor cărora apelurile nu le sunt acceptate: Împăratul Constantinus A, către Hieroclem: Cu grijă observi faptul că nicio (persoană acuzată de) omucidere, otrăvire, crima, adulter sau orice altă persoană care a fost vinovată de comiterea unei violențe, care a fost acuzată prin argumente/mărturii/probe sau care prin propria sa voce a mărturisit că este vinovată nu-i va fi ascultat/acceptat apelul.)”

<sup>32</sup> Antonio Padoa-Schioppa, *op.cit.* p. 62.

<sup>33</sup> Liber VII, Caput LXV, Quorum Appellationes non recipiantur: „(...) *Sicut enim haec ita obscurari disposuimus, ita aequum est testibus productis, instrumentis prolatis aliisque argumentis praestitis, si sententia contra eum lata sit et ipse, qui condemnatus est aut minime voce, sua confessus sit aut formidine tormentorum tentus contra se aliquid dixerit, provocandi licentiam et non denegari.*” *Codex Iustinianus* ... p. 709 Traducerea „(Cartea VII, Capitolul LXV, Celor cărora apelurile nu le sunt acceptate: (...) Noi, oricum, dorim să fie observat faptul că justiția cere producția textelor(mărturiilor), argumente sau alte evidențe furnizate, și dacă o sentință a fost emisă împotriva unui inculpat și acesta nu își mărturisește vinovăția sau fiind înfricoșat de tortură, spune orice împotriva sa, lui nu îi este negat apelul.”

<sup>34</sup> În privința Școlii din Bologna, Irnerius a acceptat apelul împotriva sentințelor de condamnare ale infracțiunilor grave, chiar dacă existau probe. Cu toate acestea, el pornea de la premisa conform căreia mărturiile nu reprezentau o probă suficient de stabilă pentru o sentință definitivă. Pornind de la Irnerius juriștii abordează în premieră chestiunea erorii probei prin mărturie, un fapt inexistent în dreptul antic roman.

- Istoricul Schioppa identifică textul lui Irnerius în acest fel: „*vere victis atque confessis hoc beneficium non datur, quia etsi convicti sunt et tamen si resistendum putaverint vel terrore tormentorum confessi, ab huiusmodi consilio (auxilio?) non excluduntur*” A. Padoa-Schioppa *Ricerche sull appello...*, p. 74.
- <sup>35</sup> În Evul Mediu, printre primele interpretări ale acestei legi le observăm în Decretalele False ale episcopului Isidor din Sevilia scrise între 847 și 852, având scopul de a legitima autoritatea locală a episcopului și cea universală a pontifului. Așadar pentru a-i avataja pe episcopi în fața autorităților seculare, Decretalele menționează faptul că niciunei persoane nu îi este exclusă dreptul la apel către Sfântul Scaun, deci exercitarea apelului este liberă. Deretalele lui Isidor vor avea o influență imensă asupra lui Gratianus și a Școlii de Drept din Bologna în secolul al XII-lea, întărind autoritatea dreptului la apel. A se vedea: Jean Gaudemet, *op.cit.* p. 186 și *Dictionaire du droit canonique...* p. 768.
- <sup>36</sup> În virtutea Primatului Suveranului Pontif, sentințele acestuia sunt inapelabile, având o substanță sacră. De asemenea Suveranul Pontif este cel care delegă puterea judecătorească episcopilor. Aceste principii sunt afirmate în capitolele XX și XXVIII din scrisoarea *Dictatae Papae D.P. XX*: „... nicio persoană să nu îndrăznească să îl condamne pe acela care face apel la Scaunul Apostolic.” și, de asemenea, în XXVIII „... Sentințele sale (ale pontifului) nu pot să fie retrase de către nicio persoană, doar el însuși le poate retrage”. A se vedea, Jean Gaudemet, *op.cit.* pp. 308-309.
- <sup>37</sup> Cod. Liber VII, Caput 69. 1 „*Si de monumentaria possessione fuerit appellatum: Cum de possessione et eius momento causa dicatur, etsi appellatio onterposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.*” *Codex Iustinianus...* p. 713 Traducere: „(Cartea VII, Capitolul 69. Unde apelul este înaintat (în chestiunea) posesiunilor temporale: Când posesiunile temporale sunt judecate în proces, chiar dacă apelul este înaintat, sentința va avea loc. Chestiunea posesiunii va fi decisă, pentru ca proprietatea în toată integritatea ei să rămână intactă)”.  
<sup>38</sup> Antonio Padoa-Schioppa, *La Giustizia Medievale Italiana. Dal Regnum ai Comuni*, Fondazione Centro di Studi sull Alto Medioevo, Spoleto, 2015, p. 74.
- <sup>39</sup> *Ibidem*, p. 75.
- <sup>40</sup> Procedura se numea *episcopalis audientia*, care definea limitele juridice în care episcopul avea dreptul de a judeca procesul, care era asemănătoare mai mult unei medieri conform legii creștine (*ad legem christianam*), nu unui proces clasic. Din anul 408, în urma reformei lui Theodosius al II-lea procesele eclesistice sunt judecate exclusiv de către episcopi, aceștia având dreptul de a emite sentințe definitive A se vedea: Lucio de Giovanni, *op.cit.*, p. 131.
- <sup>41</sup> Istoricul Schioppa identifică în lucrarea lui Piacentinus, *Summa Codicis*, în capitolul *De episc.audientia* următoarea afirmație: „*poro(meo iudicio) hodie a sententia episcopi appellabitur, et ad civilem iudicem causa transferetur, maxime si episcopus causam pecuniariam sententiavit*”. A se vedea: A. P.Schioppa, *Ricerche sul `appello ...* p. 89.
- <sup>42</sup> Din nou istoricul citat mai sus identifică în opera lui Azonis, *Lectura Codicis* afirmația: „*non subiecti eligerunt episcopum ut iudicem: tunc non potest appellari*”. *Ibidem*, p. 91.
- <sup>43</sup> O analiză amănunțită a contribuțiilor lui Alexandru al III-lea legislației apelului găsim într-o altă lucrare a autorului citat mai sus, *Idem, Studi sull diritto canonico medievale*, Fondazione Centro di Studi sull Alto Medioevo, Spoleto, 2017.
- <sup>44</sup> Titlul de *Vicarius Christi* pe care Inocențiu al III-lea și-l arogă semnifică statutul său metauman, fiind reprezentant ai lui Hristos pe Pământ. Din această poziție, el își asumă rolul de judecător suprem, intervenind în chestiunile temporale și spirituale pentru a judeca și corecta păcatele. În acest sens invocă principiul canonic-teologic *ratione peccati* (rațiunea păcatului) ce implică trei



valențe: în primul rând o valență juridică foarte importantă, dat fiind faptul că păcatul este considerat infracțiune și trebuie sancționat. În al doilea rând, sancționarea păcatului, ce implică asumarea poziției de judecător suprem din partea pontifului, are și o dimensiune teologică esențială deoarece prin corectarea păcatului omul se apropie de Dumnezeu. În al treilea rând principiul *ratione peccati* implică și o dimensiune etică, deoarece își propune corectarea și îmbunătățirea comportamentului societății, conform moralei creștine. Pentru mai multe detalii privind eclesiologia inocentină și chestiunea juridică a păcatului recomandăm lucrarea lui Piero Bellini, *Potestas Ecclesiae circa temporalia. Concezione tradizionale e nuove prospettive*, Ed. Officium Libri Catholici, Roma, 1968, pp. 24-25.

<sup>45</sup> Gábor Barabás, *Delegated Papal Jurisdiction and the Religious Orders in the Diocese of Veszprem in the First Half of the 13<sup>th</sup> Century*, articol publicat în volumul *Specimina Nova Pars Prima Sectio Medievalis VIII*, Pecs, 2015.

<sup>46</sup> Pentru o viziune generală privind implicarea Sfântului Scaun în spațiul transilvănean recomandăm lucrarea lui Șerban Turcuș, *Sfântul Scaun și românii în sec. XIII*, Editura Enciclopedică București, 2001.

<sup>47</sup> „**Decembrie 14, 1199, Roma** Inocențiu al III-lea oferă dreptul episcopului Transilvaniei să apeleze la Sfântul Scaun ”în pricinile cu arhiepiscopul de Strigoniu, prepozitul de Sibiu și clericii sași”. Documente privind Istoria României, veacul XI, XII și XIII, C. Transilvania, Vol. I, (1075-1250), ed. Academiei Republicii Populare Române, 1951, documentul nr.25, p. 25,26.

<sup>48</sup> În acest articol ne referim la următoarele instituții eclesiastice:

1. **arhiepiscopia**: instituția eclesiastică ce cuprinde mai multe episcopii. În Evul Mediu arhiepiscopul se poziționează ierarhic între episcop și Suveranul Pontif. În regatul maghiar, arhiepiscopului de Kalocsa îi revenea atribuția de a-i încorona pe monarhi, el având titlul de *legatus natus* (*legat pontifical*).

2. **episcopia**: instituție eclesiastică cu rol administrativ-teritorial. În Evul Mediu episcopul era ierarhul care administra un teritoriu (dioceză) atât în privința chestiunilor spirituale, cât și temporale legate de disciplina eclesiastică și guvernarea diocezei. Sediul episcopului este în biserica catedrală, numită astfel deoarece adăpostește catedrala acestuia (așa numit tronul episcopului).

3. **capitulul catedral**: colegiu de canonici, atașat unei catedrale. În Evul Mediu, canonicii dintr-un capitol reprezintă clerul superior din acea dioceză. Lor le revin responsabilități atât în efectuarea serviciului liturgic în catedrală, cât și în administrarea diocezei, alături de episcop. În secolul al XIII-lea, pe care îl avem în vedere, canonicii din capitol aleg episcopul. În cazul vacanței scaunului episcopal, aceștia preiau atribuțiile administrative ale diocezei.

4. **prepozitura**: instituția eclesiastică alcătuită din clerici regulari, în fruntea căreia se află un prepozit. În Transilvania medievală amintim de prepozitura Sibiului, care cuprindea clerul săsesc și care se afla totuși în afara jurisdicției episcopului Transilvaniei. În articol vom aminti și de prepozitura Aradului.

5. **ordinea monahale**: comunități de monahi (laici și clerici) organizate din punct de vedere instituțional. Ordinul are o organizare internă proprie, bazată pe reguli monastice: spre exemplu Regula Sf. Benedict. Ordinea monahale sunt ierarhizate și au o guvernare autonomă. Monahii trăiesc în mănăstiri independente financiar, având astfel posibilitatea să se izoleze de aglomerări urbane sau rurale pentru a se dedica vieții spirituale. În articolul de față ne referim la Ordinul Benedictin și Ordinul Cistercian. Reținem că teritoriile mănăstirilor benedictine și cisterciene devin exempte, ceea ce înseamnă că se situează în afara exercițiului juridic al instituțiilor eclesiastice locale, suspunându-se direct abației mamă, care la rândul ei se află sub jurisdicția Scaunului Apostolic.

6. **ordinele mendicante:** ordine religioase centralizate a căror membri sunt și laici și care trăiesc organizați în funcție de anumite reguli: spre exemplu Regula Sf. Augustin sau Regula Sf. Francisc ce impun jurământul sărăciei, a castității și ascezei urmând exemplul Apostolilor. O particularitate a mendicanților este faptul că se dedică activităților de evanghelizare în rândul populației urbane în special. Așadar ei își amplasează conventele (așezămintele) în mijlocul orașelor. În articolul de față, noi ne referim la apelurile Ordinului Dominican, atestat în Transilvania din prima jumătate a secolului al XIII-lea.

Pentru mai multe detalii despre aceste instituții medievale recomandăm *Dictionaire de Droit Canonique*, coord. R. Naz, ed. Librairie Letouzey et Ane, Paris, 1942, *Dizionario degli Istituti di Perfezione*, vol. I, coord. Guerrino Pelliccia și Giancarlo Rocca, edizioni Paoline, Roma, 1974 și *Enciclopedia Treccani*, 2013, enciclopedie online [http://www.treccani.it/enciclopedia/cattedra\\_%28Enciclopedia-dell%27-Arte-Medievale%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/cattedra_%28Enciclopedia-dell%27-Arte-Medievale%29/).

<sup>49</sup> Serban Turcuș, *Un processo transilvano alla corte dell ponteficia*, articol publicat în volumul *Medieval and Early Modern Studies for Central and Eastern Europe*, ed. Universității, „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2009.

<sup>50</sup> **„3 Mai 1205, Roma (Sf. Petru)**, Inocențiu episcopul, robul robilor lui Dumnezeu, către venerabilul frate arhiepiscopul de Caloceia, mântuire și binecuvântare apostolică. Am fost înștiințat din partea ta că pe pământul fiilor cneazului Bela se află un oarecare episcopat pe care cum nu e supus niciunei mitropolii, vrei să-l aduci la ascultarea scaunului apostolic și să-l așezi sub jurisdicția bisericii din Caloceia, dacă noi îți dăm învoirea noastră în această privință... „Documente privind Istoria României, veacul XI, XII și XIII, C. Transilvania, Vol. I, (1075-1250), Ed. Academiei Republicii Populare Române, 1951, doc. nr.47, p. 29.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>52</sup> *Ibidem*, doc. nr 45, p. 28.

<sup>53</sup> Kenneth Pennington, *Representation in Medieval Canon Law*, articol publicat în revista „The Jurist”, nr. 64, an 2004, p. 362.

<sup>54</sup> Pentru mai multe detalii monografice despre episcopia Transilvaniei, consultă lucrarea lui Adinel Ciprian Dincă, *Instituția episcopală latină în Transilvania medievală: sec XI, XII-XIV*, Cluj-Napoca, 2008.

<sup>55</sup> **„Decembrie 14, 1199, Roma Inocențiu al III-lea oferă dreptul episcopului Transilvaniei să apeleze la Sfântul Scaun ”în pricinile cu arhiepiscopul de Strigoniu, prepozitul de Sibiu și clericii sași”.** *DIR...* vol. I, doc. 25, p. 25, 26.

**„Iunie 19, 1205, Roma (Sf. Petru)** - Episcopul de Pecs apelează la Sfântul Scaun pentru a primi iertarea. Papa Inocențiu al III-lea poruncește episcopului de Cenad și abatelui de Stekdor să primească dezvinovățirea canonică a episcopului Călan de Pecs.” *Ibidem*, doc. 48, p. 30.

**„Octombrie 29, 1219, Viterbo** - Desideriu, episcopul Cenadului, apelează la Sfântul Scaun pentru a rezolva situația precară a bisericii din Itebea, aparținând ordinului călugărilor negri (Benedictini), aflată în dieceza Cenadului. Honoriu al III-lea poruncește episcopului de Oradea și prepozitul de Alba să cerceteze situația acestei biserici pentru a lua o hotărâre.” *Ibidem*, doc. 112, p. 169, 170.

**„Decembrie 15, 1220, Roma (Lateran)** - Episcopul de Cenad apelează la Sfântul Scaun în urma faptului că a fost păgubit de către episcopul de Oradea.” *Ibidem*, doc. 116, p. 175, 176.

**„Octombrie 22, 1232, Anagni** - Rainald, episcopul Transilvaniei trimite o scrisoare Sfântului Scaun aducând la cunoștință faptul că nu s-a judecat procesul cu abatele și conventul mănăstirii din Cluj, din pricina faptului că această instituție nu a avut niciun reprezentant la judecată. Grigore al IX-lea îl însărcinează pe Iacob, legatul papal să rezolve conflictul între cele două părți: episcopul Transilvaniei și conventul mănăstirii Cluj.” *Ibidem*, doc. 217, p. 258.

„**Noiembrie 8, 1235, Viterbo** - Rainald, episcopul Transilvaniei a înaintat o plângere la Sfântul Scaun împotriva decanului și preoților din Țara Bârsei. Grigore al IX-lea poruncește episcopului Cumanilor să cerceteze conflictul dintre cele 2 instituții și să ofere un răspuns în vederea redeschiderii procesului.” *Ibidem*, doc.238.

„**Noiembrie 13, 1235, Viterbo** - Rainald, episcopul Transilvaniei a înaintat o plângere împotriva mai multor prelați din dieceza Transilvaniei. Grigore al IX-lea poruncește episcopului Cumaniei și prepozitului de Cenad să cerceteze acest caz.” *Ibidem*, doc.239, p. 284, 285.

„**Decembrie 18, 1235, Viterbo** - Rainald, episcopul Transilvaniei înaintase o plângere împotriva abatelui și conventului mănăstirii din Cluj. Grigore al IX-lea poruncește episcopului cumanilor și prepozitului de Cenad să cerceteze pricina dintre cele 2 instituții.” *Ibidem*, doc.240, p. 288.

„**Aprilie 20, 1255, Roma (Lateran)** - Papa Alexandru al IV-lea aprobă cererea episcopului Transilvaniei privitoare la mărirea veniturilor bisericii din Alb-Iulia.”, *DIR...* vol II, sec XIII (1251-1300), doc.13, p. 14.

„**Martie 13, 1277, Viterbo** - Papa Ioan al XXI-lea poruncește episcopului de Oradea să cheme pe Nicolae prepozitul bisericii transilvane, episcop ales de Strigoniu în fața Scaunului Apostolic” *Ibidem*, doc.205, p. 188. Aici adăugăm o observație de ordin filologic: În compendiu de documente citat mai sus sunt menționate 2 apeluri ale instituției ecleziastice a cumanilor sub numele de *capitulul* cumanilor. Noi opinăm că este vorba de o greșeală filologică, deoarece nu a existat un *capitulul* al cumanilor, instituția la care se referă documentul probabil fiind episcopia cumanilor.

„1) **Iulie 7, 1218, Roma** - *Capitulul* cuman apelează la Sfântul Scaun pentru a primi dreptul de a împărți dijmele pentru veșminte alături de capitulurile bisericilor catedrale vecine. Honoriu al III-lea poruncește arhiepiscopului de Kalocsa să ia măsurile necesare pentru a face dreptate *capitulului* cuman.” *Ibidem*, doc.110.

„2) **Iulie 7, 1218, Roma** - *Capitulul* cumanilor apelează la Sfântul Scaun pentru rezolvarea neînțelegerilor din biserici privind situația alimentelor canonicilor. Honoriu al III-lea poruncește arhiepiscopului de Kalocsa să cerceteze neînțelegerile din *capitulul* cumanilor” *Ibidem*, doc.111.

<sup>56</sup> *Ibidem*, doc. 112, p. 169.

<sup>57</sup> A se vedea: *DIR...* vol I, doc. nr.48.

<sup>58</sup> *Ibidem*, doc.nr.141, p. 196.

<sup>59</sup> *Ibidem*. doc. 217, p. 257.

<sup>60</sup> Reiterăm articolul citat: Serban Turcuș, *Un processo transilvano alla corte dell ponteficia... ar trebui să fie indicațiile bibliografice ale acestui articol.*

<sup>61</sup> Pentru mai multe detalii privind evoluția acestei instituții în regatul maghiar medieval recomandăm lucrarea lui Kiss Gergely, *Contribution a l' evolution des chapitres dans la Hongrie medievale*, articol publicat volumul *Specimina Nova Pars Prima, Sectio Medievalis I*, Pecs, 2001, pp. 109-120.

<sup>62</sup> Kenneth Pennington sugerează că funcțiile instituției *capitulului* au fost reglementate de primele culegeri importante de canoane, asemeni unei corporații. „*The first body that the jurists of the Ius commune examined in detail, was not surprisingly, the cathedral chapter. When they discussed the relationship between the bishop and his chapter, they created a jurisprudence of corporate thought that incorporated a head, a body, and an institution, the cathedral chapter. Their jurisprudence created and established norms that regulated the relationship between the members. Perhaps most importantly for our consideration, the jurists conceived of the chapter as a body that also represented a geographic unit, the diocese.*” Keneth Pennington, *Representation in Medieval Canon Law*, p. 363.

De asemenea, continuă Pennington, din secolul al XII-lea există o tendință în gândirea canoniștilor de a acorda importanță capitlului, ca reprezentantă a vocii a clerului local: o observăm în rezoluțiile conciliului al III-lea Lateran și în operele lui Ugucione și Laurentinus. Spre exemplu, în vederea organizării conciliului al IV-lea Lateran, Inocențiu al III-lea a informat membrii capitlurilor să își trimită reprezentații. *Ibidem*, pp. 370-373.

A se vedea, de asemenea: Brian Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge, 1955, pp. 98-140.

<sup>63</sup> În schimb, consolidarea tendințelor hierocratice tensionează aceste drepturi și evidențiază prevalența deciziei pontificale în fața alegerilor locale ale capitlurilor, mai ales, începând cu pontificatul lui Inocențiu al IV-lea. Totuși încă din 1216 observăm demnitari eclesistici care nu acceptau dreptul capitlurilor de a participa la concilii. Așadar în același an, când arhiepiscopul din Sens refuză participarea reprezentațiilor capitlului din același oraș la adunarea sinodului provincial, aceștia înaintează apelul către instanța pontificală. Keneth Pennington, *op.cit.*, p. 8.

<sup>64</sup> Din punct de vedere cronologic, le enumerăm în felul următor:

„**Noiembrie 17, 1226, Roma** - Capitlul bisericii din Cenad apelează la Sfântul Scaun pentru a primi dreptul de mări prebendele unor canonici din «veniturile capelelor diecezei Cenadului», care din cauza sărăciei, nu mai slujesc în biserica lor... ” *DIR...*, vol. I (1075-1250), doc.183, p. 227

„**Decembrie 23, 1232, Anagni** - Canonicii bisericii din Oradea, Alexandru și Ioan apelează la Sfântul Scaun pentru a rezolva conflictul lor cu abatele Benedict, lector excomunicat din Strigoniu, ales în mod abuziv, care le-a confiscat toate bunurile. Grigore al IX-lea poruncește lui Iacob, legatul papal să cerceteze abuzurile lui Benedict.” *Ibidem*, doc.218, p. 259

„**Iulie 11, 1243, Anagni** - Capitlul apelează la Sfântul Scaun pentru a-l numi pe episcopul Oradei păstor în biserica vacantă din Gyor. Inocențiu al IV-lea poruncește episcopului de Nitra, prepozitul bisericii Sf.Toma din Strigoniu și magistrului Petru canonic de Kalocsa să îndeplinească această cerere”. *Ibidem*, doc.276, p. 324

„**Septembrie 18, 1247, Lyon** - Episcopul, prepozitul și capitlul bisericii din Kew apelează la Sfântul Scaun pentru a primi aprobarea de a muta în alte mănăstiri (...) scaunul episcopal, deoarece ținutul lor a fost pustiit de tătari. Papa Inocențiu al IV-lea poruncește arhiepiscopului de Caloceca, episcopilor Transilvaniei și Cenadului să cerceteze adevărul și transmită rezultatul cercetărilor.” *Ibidem*, doc.286, p. 333

„**Iunie 18, 1282, Orvieto** - Papa Martin al IV-lea poruncește arhiepiscopilor de Caloceca și Bacș și episcopilor de Sirmiu și Cenad să cerceteze dacă alegerea lui Toma ca episcop de Oradea s-a făcut în chip canonic”, *DIR...vol.II, sec.XIII (1251-1300)*, doc.nr.272, p. 242.

<sup>65</sup> Pentru detalii referitor la proces, a se vedea: *DIR...* vol.I, doc. 218, p. 259.

<sup>66</sup> Observăm din descrierea procesului că sentința definitivă a fost amânată în primul rând din cauza unei legislații a apelului foarte permisivă. Ne referim în special la faptul că susținătorii lui Benedict, chiar dacă au fost excomunicați au avut dreptul de a revoca decizia excomunicării prin înaintarea căii de atac. Așadar putem concluziona că la jumătatea secolului XIII, respectiv în 1232, orice sentință a excomunicării putea fi revocată, ceea ce este un aspect foarte important.

<sup>67</sup> „(...) Iar pentru ca să nu se întâmple ca, datorită diversiunilor spre marea pagubă a bisericii din Oradea cauza principală să sufere amânare, am hotărât să încredințăm chibzuinții tale să cercetezi și să închei această pricină potrivit canoanelor.” *Ibidem*, p. 260.

<sup>68</sup> A se vedea: nota 59, punctul 1).

<sup>69</sup> A se vedea: nota 50, punctul 5).

<sup>70</sup> Convocarea sinodului de către legatul Filip de Fermo a avut ca scop principal corectarea insuficiențelor de care suferea organizarea Bisericii maghiare și, de asemenea, corectarea comportamentului inadecvat al clerului și monarhului. Acest sinod reprezintă cel mai vizibil instrument prin care dreptul canonic după Conciliul Lyon II este asimilat în regatul maghiar. În privința dreptului la apel, canoanele sinodale menționează libertatea tuturor litiganților de a uzita de recurs alături de pedepse pentru cei ce îl blochează. Pentru detalii recomandăm lucrarea lui Șerban Turcuș, *Sinodul General de la Buda (1279)*, ed. Presa Univesitară Clujeană, Cluj-Napoca, 2001.

<sup>71</sup> „**Januarie 12, 1223, Roma** - Magistrul Ordinului Fraților Casei Teutonilor închinată Sfintei Marii apelează la Sfântul Scaun pentru numirea unui decan sau arhipresbiter pentru clericii din Țara Bârsei. Honoriu al III-lea îl însărcinează pe episcopul de Agria cu rezolvarea acestei chestiuni.” *DIR, ... vol. I*, doc.nr.140, p. 195.

„**Decembrie 12, 1223, Roma** - Magistrul Ordinului Fraților Casei Teotonilor închinată Sfintei Marii apelează la Sfântul Scaun pentru a interveni pe lângă regele maghiar care a încercat să-și extindă propria jurisdicție asupra lor. Honoriu al III-lea îi poruncește arhiepiscopului de Strigoniu să îl oblige pe rege să își retragă pretențiile asupra Țării Bârsei sau să nu le recunoască”, *Ibidem*, doc.nr.146.

„**Iunie 12, 1225, Tivoli** - Ordinul Fraților Teutoni din Țara Bârsei apelasera de mai multe ori la Sfântul Scaun datorită faptului că regele Andrei al II-lea, ignorând privilegiile acestora, i-a alungat din Țara Bârsei. Honoriu al III-lea îl sfătuiește pe regele maghiar să restituie ordinului monahal militar teritoriul ocupat și să-i despăgubească pentru nedreptățile pricinuite. De asemenea pontiful îi însărcinează pe abaii de Linewel, Cârța și Igrși să cerceteze dacă monahii cavaleri depășiseră la rândul lor propriile hotare.” *Ibidem*, doc.nr.168.

„**Aprilie 26, 1231, Roma** - Magistrul Ordinului Fraților Ospitalieri Sfintei Marii a Teutonilor înaintează un apel la Sfântul Scaun cerând să fie despăgubiți de către regele maghiar și să li se înapoieze teritoriul. Grigore al IX-lea îl sfătuiește pe Bela al IV-lea să restituie ordinului monahal militar Țara Bârsei.” *Ibidem*, doc.nr.206.

„**August 31, 1232, Anagni** - Magistrul Ordinului Fraților Ospitalieri ai Sfintei Marii a Teutonilor apelează la Sfântul Scaun pentru a li se face dreptate în conflictul cu regele Andrei al II-lea, care i-a alungat din țara lor. Papa Grigore al IX-lea îl însărcinează pe Iacob, legatul papal să rezolve conflictul cu regele maghiar.” *Ibidem*, doc.nr.216.

<sup>72</sup> Limitele dreptului de apel vor fi impuse, de asemenea, de către instituțiile regulate, a căror funcționare era condiționată de recursul la instanța superioară (*ad superiorem audientiam*). Tentativele de limitare a recursului la o instanță superioară, care nu în mod necesar era Sfântul Scaun, se experimentează deja în primele decenii ale secolului al XII-lea, nu atât în documentele pontificale, cât în textele normative, în diplome episcopale sau în *pacta nei conventiones* care reglau raporturile într-o abație sau între grupuri de abaii. Pentru detalii recomandăm articolul lui Guido Carboni, *Appello e divieto di appello alla Chiesa Romana presso gli ordini religiosi nel XII secolo*, publicat în volumul colectiv *Die Ordnung der Kommunikation und die Kommunikation der Ordnungen Band 2*, ed. Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 261-277.

<sup>73</sup> „*La colpa la fanno rissalire a voi e alla curia romana. Secondo quello che dicono, voi annullate cio che essi hanno stabilito e ristabilite cio che era giustamente annullato. Tutti i piu corotti e i piu litigiosi che si trovano nel mondo laico e nel clero, e persino quelli che sono stati calciati dai monasteri ricorrono a voi, tornando si gloriano e ostentano d`ever trovato protettori proprio in quelli che avrebbero dovuto essere piuttosto i loro giudici severi.*”, *Ibidem*, p. 263.

- <sup>74</sup> „**2 Aprilie 1224, Roma, Lateran**, Papa Honoriu al III-lea întărește schimbul de moșii dintre Andrei al II-lea regele Ungariei și abatele și conventul din Igrîș al ordinului Cistercit”. *DIR...* vol. I, doc.nr.149, p. 202.
- <sup>75</sup> *Ibidem*, doc. nr.245, p. 291.
- <sup>76</sup> În același timp cu jurisdicția Sfântului Scaun, până la mijlocul secolului al XIII-lea arhiepiscopul de Esztergom își exercită simultan jurisdicția asupra lor. Aparentul paradox poate fi explicat prin faptul că arhiepiscopul de Esztergom deține funcția de *legatus natus*. Acest fenomen se aplică în cazul tuturor mănăstirilor, mai puțin Panolhalma. A se vedea: Kiss Gergely, *The exemption of the royal Benedictine monasteries in Hungary in the 11<sup>th</sup>-13<sup>th</sup> century*, articol publicat în volumul colectiv *Specimina Nova Pars Prima. Sectio Medievalis II*, Pesc, 2003 p. 32.
- <sup>77</sup> Pentru mai multe detalii despre proces, recomandăm lectura documentului în volumul *DIR...* vol.I., doc.234, p. 281.
- <sup>78</sup> *Ibidem*, doc.nr.247, pp. 292-293.
- <sup>79</sup> *Ibidem*, doc. nr.265, p. 317.
- <sup>80</sup> „Altfel să ne înaintați pricina după ce veți fi cercetat-o îndeajuns, hotărând pentru părți un termen cuvenit, la care să se prezinte în fața noastră personal sau prin procuratori potriviți, ca să primească, cu ajutorul domnului, o sentință dreaptă.” *Ibidem*, p. 316.
- <sup>81</sup> *Ibidem*, doc.133, p. 186.
- <sup>82</sup> Există mai multe apeluri din partea acestei instituții în următoarele cazuri:  
„**Aprilie 11, 1223, Roma** - Prepozitul de Arad apelase la Sfântul Scaun în urma faptului că regele Andrei al II-lea i-a adus pagube. Honoriu al III-lea îi poruncise în primul rând arhiepiscopului de Strigoniu să rezolve conflictul dintre rege și prepozit”. *Ibidem*, doc. Nr 143, p. 197,198.  
„**Februarie 12, 1227, Roma** - Prepozitul de Arad apelează la Sfântul Scaun pentru a întări înțelegerea încheiată cu subdiaconul și capelanul Ioan Capucius cu privire la prepozitura bisericii Arad. Honoriu al III-lea întărește această înțelegere”. *Ibidem*, doc.nr. 184, p. 227, p. 272.  
„**Septembrie 26, 1235, Assisi** - Prepozitul din Arad apelează la Sfântul Scaun pentru a anula sentința excomunicării emisă de arhiepiscopul de Strigoniu. Grigore al IX-lea poruncește mai multor prelați să cerceteze motivul excomunicării”. *Ibidem*, doc.nr.237, p. 284.  
„**Septembrie 18, 1247, Lyon** - Episcopul, prepozitul și capitlul bisericii din Kew apelează la Sfântul Scaun pentru a primi aprobarea de a muta în alte mănăstiri ale Sf. Grigore, Sf.Dumitru și a ordinului Sf.Benedict, scaunul episcopal, deoarece ținutul lor a fost putiit de tătari. Papa Inocențiu al IV-lea poruncește arhiepiscopului de Calocsa, episcopilor Transilvaniei și Cenadului să cerceteze adevărul și transmită rezultatul cercetărilor.” *Ibidem*, doc.nr.286, p. 333, 334.

**ARTICOLE**

**REFLECȚII ASUPRA HOTĂRĂRII, DIN 21 DECEMBRIE 2016,  
A CURȚII DE JUSTIȚIE DE LA LUXEMBURG, PRONUNȚATĂ ÎN  
CAUZA „CONSILIUL UNIUNII EUROPENE VS FRONT POPULAIRE  
POUR LA LIBÉRATION DE LA SAGUIA-EL-HAMRA ET DU RIO  
DE ORO (FRONT POLISARIO)”**

**REMARKS ON THE JUDGMENT, FROM 21 DECEMBER 2016,  
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, IN THE  
CASE "COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION V FRONT POPULAIRE  
POUR LA LIBÉRATION DE LA SAGUIA EL HAMRA ET DU  
RIO DE ORO (FRONT POLISARIO)"**

---

**DOI:10.24193/SUBBiur.63(2018).1.4**

**Published Online: 2018-03-20**

**Published Print: 2018-03-30**

---

**Mihaela-Adriana OPRESCU\***

**Abstract:** The way in which the European Union had approached its trade relations with Morocco was brought to the attention of the European court, asked to rule on the compatibility between the liberalisation agreement of 2012 and European, as well as international public law.

Among others, the task of the Luxembourg Court was to establish the physical area of application of the liberalisation agreement, given that the Kingdom of Morocco's sovereignty over Western Sahara is not recognised by the EU, by any of its member states or by other countries.

The 2012 ruling of the ECJ conceals behind Morocco's apparent 'success' a victory of the Polisario Front, by opening a political breach for the latter, one that may be exploited in future juridical-diplomatic battles on the matter of Western Sahara's territorial sovereignty.

**Keywords:** *international public law, liberalisation agreement, the principle of self-determination of people, the principle of the relative effect of treaties, Western Sahara, Front Polisario.*

**Cuvinte cheie:** *drept internațional, dreptul la autodeterminare, acord de liberalizare, principiul relativității efectelor tratatelor, Sahara Occidentală, Frontul Polisario.*

## Introducere

Deși în mod public, Uniunea Europeană a asumat o anumită neutralitate în conflictul saharian, de-a lungul timpului aceasta a trecut sub tăcere politica marocană în Sahara Occidentală, admițând în mod implicit ficțiunea comodă a puterii administrative *de facto* exercitată de Maroc. Dovadă în acest sens sunt acordurile de cooperare mutuală încheiate de Uniunea Europeană cu Maroc, începând cu anii 1970, a căror aplicare teritorială a fost extinsă, cu bună știință, de toate părțile contractante ale acordurilor, în numele unei pretinse suveranități marocane asupra teritoriului non-autonom al Saharei Occidentale.

Nu poate trece neobservată relația specială a Uniunii Europene cu Marocul, stat cu „aspirații europene”, a căruia candidatură pentru adeziune a fost respinsă la mijlocul anilor '80 datorită non-apartenenței acestei țări la continentul european. În același timp însă, în octombrie 2008, UE a acordat Marocului „statutul avansat”, răspunzând astfel ambiției regatului de a accelera procesul de apropiere de UE demarat o dată cu intrarea în vigoare a Acordului de asociere, în 2000. Acest statut implică, așa cum este prevăzut în foaia de parcurs din 2007<sup>1</sup>, o întărire a relațiilor prin încheierea unor acorduri care să instituie bazele necesare creării unei zone de liber schimb<sup>2</sup>.

Pe această linie se înscrie acordul Uniunii Europene cu Marocul, materializat în anul 2012 sub forma unui schimb de scrisori ce prevede măsuri reciproce de liberalizare referitoare la produse agricole, la produse agricole transformate, la pește și produse pescărești. *Brevitatis causa*, pentru ușurința exprimării, pe parcursul lucrării se va folosi termenul „acord de liberalizare”.



Acest acord, aprobat de Uniunea Europeană prin Decizia Consiliului 2012/497/UE<sup>3</sup>, are un câmp teritorial de aplicare identic cu Acordul euro-mediterranean de instituire a unei asocieri între Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de o parte, și Regatul Maroc, pe de altă parte<sup>4</sup>. Acordul de liberalizare reprezintă o materializare a foii de parcurs euro-mediterraneană pentru agricultură, din 28 noiembrie 2005, adoptată la Conferința de la Rabat și are ca finalitate liberalizarea progresivă a schimburilor de produse agricole și pescărești.

Printr-o hotărâre extrem de mediatizată<sup>5</sup>, Tribunalul Uniunii Europene, sesizat cu o acțiune în anulare de către Frontul Polisario<sup>6</sup>, a anulat decizia Consiliului, din 2012, după ce a considerat, mai întâi, că acordurile de asociere și de liberalizare erau aplicabile „teritoriului Regatului Maroc” și că această expresie trebuia înțeleasă, în lipsa unei stipulații contrarii, ca incluzând Sahara Occidentală. În continuare, Tribunalul a apreciat că, având în vedere aplicarea acestor acorduri Saharei Occidentale, Frontul Polisario era vizat de decizia Consiliului și justifica, prin urmare, legitimare procesuală activă în cauză. Pe fondul cauzei, Tribunalul a reținut că Uniunea Europeană nu și-a îndeplinit obligația de a examina existența unor indicii ale unei exploatare a resurselor naturale ale teritoriului Saharei Occidentale aflat sub control marocan, susceptibilă să aibă loc în detrimentul locuitorilor săi și să aducă atingere drepturilor lor fundamentale (paragraf 228 din hotărârea tribunalului).

Împotriva acestei hotărâri, Consiliul Uniunii Europene a formulat recurs prin care a solicitat CJUE anularea Hotărârii TUE din 10 decembrie 2015.

Înainte de a supune atenției câteva dintre considerentele reținute de CJUE, în decizia din 21.12.2016<sup>7</sup>, prin care a fost admis recursul Consiliului, se impune să analizăm contextul istoric și internațional al conflictului din Sahara Occidentală.

## **1 Context istoric și internațional.**

Sahara Occidentală este un teritoriu din nord-vestul Africii, delimitat la nord de Maroc, la nord-est de Algeria, la est și la sud de Mauritania și la vest de Oceanul Atlantic. Acest teritoriu a fost colonizat de Regatul Spaniei la sfârșitul secolului al XIX-lea, pentru ca ulterior, în anul 1963, să fie înscris de Organizația Națiunilor Unite (ONU) pe lista teritoriilor neautonome în sensul art. 73 din Carta ONU<sup>8</sup>, unde figurează și în prezent.

Începând cu anul 1960, Adunarea generală a ONU a adoptat mai multe rezoluții<sup>9</sup> prin care, în esență, s-a reafirmat dreptul inalienabil al popoarelor la autodeterminare (printre care și cel al poporului din Sahara spaniolă<sup>10</sup>) și necesitatea luării unor măsuri în vederea exercitării în mod liber a acestui drept. Deși la 20 august 1974, Regatul Spaniei a informat ONU că și-a propus să organizeze, sub auspiciile acesteia din urmă, un referendum în Sahara Occidentală, acest demers nu a fost niciodată materializat. La 16 octombrie 1975, în cadrul lucrărilor referitoare la decolonizarea Saharei Occidentale, în urma unei cereri formulate în acest sens de Adunarea Generală a ONU, Curtea Internațională de Justiție a pronunțat un aviz consultativ<sup>11</sup> care, la pct. 162 statuează următoarele: „Elementele și informațiile aduse la cunoștința Curții stabilesc existența, în momentul colonizării spaniole, a unor legături juridice de subordonare între sultanul Marocului și anumite triburi care locuiesc pe teritoriul Saharei Occidentale. Acestea stabilesc de asemenea existența unor drepturi, inclusiv a anumitor drepturi referitoare la pământ, care constituiau legături juridice între ansamblul mauritan, în sensul în care Curtea îl înțelege, și teritoriul Saharei Occidentale. În schimb, Curtea concluzionează că elementele și informațiile aduse la cunoștința sa nu stabilesc existența niciunei legături de suveranitate teritorială între teritoriul Saharei Occidentale, pe de o parte, și Regatul Maroc sau ansamblul mauritan, pe de altă parte. Prin urmare, Curtea nu a constatat existența unor legături juridice de natură să modifice aplicarea Rezoluției 1514 (XV) a Adunării Generale a ONU în ceea ce privește decolonizarea Saharei Occidentale și în special aplicarea principiului autodeterminării prin exprimarea liberă și autentică a voinței populațiilor de pe acest teritoriu [...]” (paragraful 28 din hotărârea CJUE<sup>12</sup>).

Ignorând avizul consultativ al Curții Internaționale de Justiție din 1975, Marocul a „anexat” cea mai mare parte din teritoriul Saharei Occidentale (aproximativ 80%) pe care îl controlează *manu militari* până în prezent, fără însă a organiza vreun referendum în vederea exercitării dreptului la autodeterminare al poporului de pe teritoriul în cauză. În schimb, Marocul exploatează resursele naturale ale Saharei Occidentale, îndeosebi rezervele de fosfați, producția de pește și pâna freatică, atât de prețioasă pentru agricultura din deșert. În acest context, este de domeniul evidenței că mărfuri provenind din Sahara Occidentală fac obiectul exporturilor către piața europeană, sub „umbrela” acordurilor de asociere și liberalizare încheiate între UE și Maroc.

O mică parte din teritoriul Saharei Occidentale, situată la est, este controlată de Frontul Polisario (Front populaire pour la libération de la saquia-el-hamra et du rio de oro), o mișcare ce urmărește obținerea independenței Saharei Occidentale și a cărei legitimitate a fost recunoscută de Organizația Națiunilor Unite. În anul 1976, Frontul Polisario, care administrează zona din Sahara Occidentală necontrolată de Maroc, numită Provinciile Meridionale, a proclamat independența teritoriului sub numele de Republica Arabă Democrată Saharawi<sup>13</sup>.

Începând cu anii 1980, Marocul a început însă construcția unui zid de nisip, în prezent cu o lungime de 2500 km, pretins edificat în scop de apărare în fața atacurilor Frontului Polisario, dar în realitate, și mai probabil, pentru evidențierea pretențiilor teritoriale marocane.

În contextul menționat, la data de 08.03.2013, Frontul Polisario a sesizat Tribunalul Uniunii Europene cu un recurs în anulare<sup>14</sup>, solicitând anularea deciziei Consiliului din 2012. Argumentele aduse în susținerea acestui demers jurisdicțional se refereau, printre altele, la faptul că acordul de liberalizare din 2012 era aplicat de părțile contractante (în speță UE și Maroc) și pe teritoriul Saharei Occidentale, cu încălcarea dreptului la autodeterminare recunoscut poporului saharian, precum și a efectului relativ al tratatelor și a dispozițiilor esențiale de drept internațional umanitar, încurajându-se în acest fel politica de anexiune a Regatului Maroc, putere ocupantă potrivit alegațiilor reclamantului. Cu alte cuvinte, instanța europeană a fost chemată să se pronunțe cu privire la compatibilitatea acordului de liberalizare cu dreptul european și cel internațional public, în contextul în care acordul în cauză era aplicat și în privința Saharei Occidentale, al cărei teritoriu, într-o proporție de aproximativ 80% se află sub control marocan, fără ca suveranitatea regatului marocan asupra acestui teritoriu să fie recunoscută de UE ori de vreun stat membru al acesteia ori de alte state.

## **2 Câmpul de aplicare al acordului de liberalizare**

Una din chestiunile delicate ale speței viza admisibilitatea recursului în anulare formulat de Frontul Polisario, aspect care a obligat instanța europeană să examineze în prealabil o chestiune de fond, respectiv câmpul de aplicare al acordului de liberalizare.

Mai precis, acest acord se aplică, sau nu, Saharei Occidentale? Dacă un răspuns pozitiv ar putea să conducă, făcând aplicarea art. 263 alin. (4) TFUE, la concluzia că Frontul Polisario este un terț vizat direct și individual de Decizia Consiliului 2012/497/UE prin care a fost aprobat acordul de liberalizare, în schimb, unul negativ ar pune sub semnul întrebării legitimarea procesuală activă pentru introducerea unei acțiuni în anularea deciziei atacate.

Lecturând dispozitivul hotărârii CJUE, putem observa cum pentru decelarea legitimării procesuale active a Frontului Polisario, instanța europeană a trebuit să își asume rolul unei instanțe de drept internațional chemată să se pronunțe nu doar cu privire la statutul Frontului Polisario ori al Saharei Occidentale și raporturile acesteia cu regatul marocan, dar și la alte instituții juridice de *ius cogens*, cum ar fi teritoriu, suveranitate, etc. Tăierea „nodului gordian” pe care îl presupunea stabilirea câmpului de aplicare teritorială a acordului de liberalizare a oferit Curții de la Luxemburg prilejul de a etala o lecție magistrală și riguroasă de drept internațional public, făcând total abstracție de complicațiile politice și diplomatice care s-ar putea ivi într-un viitor mai mult ori mai puțin îndepărtat.

Domeniul de aplicare teritorial al acordului de liberalizare poate fi determinat prin coroborare cu art. 94 din acordul de asociere<sup>15</sup>, potrivit căruia acest acord se aplică „teritoriului Regatului Maroc”. CJUE a reținut că „Având în vedere statutul separat și distinct recunoscut teritoriului Saharei Occidentale în temeiul Cartei Organizației Națiunilor Unite și al principiului autodeterminării popoarelor, este exclus să se considere că expresia «teritoriul Regatului Maroc», care definește domeniul de aplicare teritorial al acordurilor de asociere și de liberalizare, include Sahara Occidentală” (paragraful 92 din hotărâre). Spre deosebire de Tribunal, CJUE, făcând aplicarea Convenției de la Viena (1969) cu privire la dreptul tratatelor<sup>16</sup>, ca normă de drept internațional de natură cutumiară, a arătat că pentru a putea deduce consecințele juridice corecte ale lipsei unei prevederi care să excludă Sahara Occidentală din domeniul de aplicare teritorial al acordului de asociere, se impune ca interpretarea acordului să se facă „cu bună credință” (art. 31 alin.(1) din Convenția de la Viena) și ținând seama de orice regulă pertinentă de drept internațional aplicabilă în relațiile dintre părțile la tratatul respectiv.

Cu just temei s-a apreciat că nu poate fi primit argumentul tribunalului potrivit căruia tăcerea părților contractante, în speță UE și Maroc, poate fi echivalată cu acceptarea implicită a extinderii câmpului de aplicare al acordului

de liberalizare și asupra Saharei Occidentale, în contextul în care acordul de asociere și acordul de liberalizare „constituie tratate succesive încheiate între aceleași părți”, iar „acordul de liberalizare, în calitate de tratat posterior privind aspecte precise și limitate dintr-un domeniu deja reglementat pe larg printr-un acord anterior, trebuie considerat ca fiind subordonat<sup>17</sup> acestuia din urmă” (paragraf 112 din hotărârea CJUE<sup>18</sup>). Or, din cele 96 de articole ale acordului de asociere, numai 4 articole au făcut obiect al modificărilor aduse prin acordul de liberalizare, însă niciunul dintre noile amendamente nu au adus atingere dispozițiilor art. 94 (din acordul de asociere n.n) care reglementează câmpul de aplicare al acordului de bază (paragraf 111 din hotărârea CJUE). În consecință, CJUE, aplicând regulile din materia tratatelor succesive, a reținut că „acordul de liberalizare nu putea fi înțeles, la data încheierii sale, în sensul că domeniul său de aplicare teritorială includea teritoriul Saharei Occidentale și că nu era necesară includerea în acesta a unei clauze care să excludă în mod expres teritoriul respectiv din domeniul de aplicare menționat” (paragraf 114 din hotărârea menționată anterior).

Cu alte cuvinte, Sahara Occidentală nu intră, nici explicit, nici implicit, în câmpul de aplicare teritorială a acordului de liberalizare, și raportat la principiul efectului relativ al tratatelor (*res inter alios acta*), un tratat nu poate nici să dăuneze, nici să profite unor terți, fără consimțământul lor (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*).

A fost surprinzător argumentul reținut de tribunal<sup>19</sup>, potrivit căruia acest principiu nu este relevant în speță, spre deosebire de ce statuase Curtea, anterior, în Cauza Brita<sup>20</sup>, întrucât „Uniunea nu a încheiat un acord de asociere privind produsele originare din Sahara Occidentală nici cu Frontul Polisario, nici cu un alt stat sau cu o altă entitate” (paragraf 97 din hotărârea Tribunalului). Într-adevăr situațiile premisă sunt diferite: dacă în Cauza Brita, UE a încheiat acorduri de asociere atât cu Israel (aplicabil teritoriului statului Israel), cât și cu O.E.P.<sup>21</sup> (acest din urmă acord fiind aplicabil pe teritoriului Cisiordaniei), în cazul Front Polisario este pusă în discuție legalitatea și validitatea unui singur acord, cel cu statul marocan. Este însă de domeniul evidenței că și în acest din urmă caz, regula *res inter alios acta* este pe deplin incidentă, cu atât mai mult cu cât un teritoriu neautonom nu face parte din puterea care îl administrează, ci are un statut distinct în raport cu dreptul internațional.

De asemenea, apreciem că s-a reținut corect de către Curte că este eronată glisarea semantică făcută de tribunalul în sensul că Sahara Occidentală este, la ora actuală, un teritoriu al cărui statut internațional este nedeterminat (paragraful 56 din hotărârea tribunalului), ceea ce îi permite acestei instanțe europene să avanseze conceptul de „teritoriu disputat”, instituție juridică neconsacrată însă de dreptul internațional<sup>22</sup>.

Astfel, tribunalul (paragraful 117 din hotărâre) atribuie Saharei Occidentale calitatea de teritoriu disputat pornind de la împrejurarea ca acest teritoriu este controlat, în fapt, de un stat terț, fără ca suveranitatea acestui stat, asupra acestui teritoriu, să fi fost recunoscută de UE ori de alte state. Cu alte cuvinte, în accepțiunea tribunalului, Sahara Occidentală trebuia privită ca obiect al unei dispute teritoriale între două părți litigante aflate pe poziție de egalitate. Această asimilare a regimului juridic al unui teritoriu neautonom cu cel al unui teritoriu disputat este evidențiată și de trimiterea făcută de tribunal la hotărârea pronunțată în cauza *Odigitria vs Consiliul și Comisia*<sup>23</sup>. În această cauză, tribunalul a reținut că instituțiile Comunității Economice Europene nu ar fi putut să solicite excluderea zonei litigioase din câmpul de aplicare teritorială a acordurilor de pescuit, fără a se pronunța cu privire la chestiuni ce țin de probleme interne ale statelor terțe. Această trimitere a permis tribunalului să rețină că „încheierea între Uniune și un stat terț a unui acord susceptibil de a se aplica pe un teritoriu disputat nu este contrară, în orice situație, dreptului Uniunii sau dreptului internațional pe care Uniunea trebuie să îl respecte”, raportat la „puterea largă de apreciere de care beneficiază instituțiile UE în domeniul relațiilor economice exterioare, precum și în cel al politicii agricole comune”.

Or, în cauza *Front Polisario vs Consiliul*, diferendul nu este unul ce ține de delimitarea frontierelor, ci de consecințele ce derivă din statutul Saharei Occidentale, privită ca teritoriu neautonom, în sensul art. 73 din Carta ONU.

Nu putem să nu remarcăm faptul că modul în care Uniunea Europeană a abordat raporturile sale cu Marocul, mai precis lipsa de reacție atât a instituțiilor europene, cât și a statelor membre cu privire la aplicabilitatea *de facto* a acordului de liberalizare în privința produselor provenite din Sahara Occidentală a determinat punerea în discuție a incidenței dispozițiilor art. 31 alin. (3) lit. b) din Convenția de la Viena din 1969, potrivit căruia la stabilirea contextului unui tratat (prilejuită de interpretarea acestuia), se va ține seama

de orice practică urmată ulterior în aplicarea tratatului prin care este stabilit acordul părților în privința interpretării tratatului. Cu alte cuvinte, aplicarea *de facto*, în deplină cunoștință de cauză, de către ambele părți contractante, a prevederilor acordului de liberalizare în privința produselor originare din Sahara Occidentală ar putea fi asimilată unui acord tacit în privința interpretării câmpului teritorial de aplicare al acordului? Răspunsul Curții a fost unul negativ căci a admite contrariul ar însemna că „Uniunea intenționa să execute aceste acorduri într-un mod incompatibil cu principiile autodeterminării și efectului relativ al tratatelor” (art. 123 din hotărârea CJUE)<sup>24</sup>.

Este așadar de observat că libertatea voințelor părților contractante ale unui tratat trebuie să respecte rigorile „legii” în sensul larg al termenului, fiind inadmisibil ca Uniunea Europeană, care respectă principiile Cartei Organizației Națiunilor Unite să încheie cu un stat terț un acord cu privire la un teritoriu situat în afara frontierelor recunoscute ale acestui stat ori ca o practică ulterioară a părților, constantă, să modifice un acord ce încalcă normele dreptului internațional public<sup>25</sup>. În consecință, voința individuală a părților contractante este esențială în formarea și executarea unui tratat, dar și limitată de norma de drept internațional. Din acest punct de vedere, deși Uniunea Europeană nu este parte la Carta ONU și, prin urmare, nu are vreo obligație internațională de a respecta deciziile emanând de la organele ONU, dispozițiile art. 21 alin. (1) din TUE impun acesteia (Uniunii) obligația constituțională, generală, de a respecta principiile Cartei și dreptul internațional.

Extinzând în plan procedural consecințele câmpului de aplicare teritorială a acordului de liberalizare, CJUE a respins acțiunea Frontul-ui Polisario, reținând că acesta nu poate fi perceput ca având calitate procesuală activă pentru introducerea unei acțiuni în anularea deciziei atacate.

Se impune precizarea că este posibil ca soluția Curții de Justiție a Uniunii Europene să deschidă drumul unui contencios abundent derivat din raporturile juridice internaționale dintre Uniunea Europeană și Maroc. Bunăoară, cu mult interes a fost așteptată decizia<sup>26</sup> din cauza *Western Sahara Campaign UK, The Queen împotriva „Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs”* (având ca obiect întrebare preliminară), în care, printre altele, CJUE a fost chemată să se pronunțe cu privire la compatibilitatea Acordului de parteneriat în domeniul pescuitului dintre Comunitatea Europeană și Regatul

Maroc<sup>27</sup> și a Protocolului dintre Uniunea Europeană și Regatul Maroc de stabilire a posibilităților de pescuit și a contribuției financiare prevăzute de acest acord<sup>28</sup> cu dispozițiile art. 3 alin. (5) TUE, cu art. 21 alin. (1) primul pg TUE, cu art. 21 alin. (2) lit. b) și c) TUE, cu art. 23 TUE și cu art. 205 TFUE, în măsura în care ele se aplică teritoriului Saharei Occidentale și apelor adiacente acestuia.

Deloc surprinzător, pentru a determina câmpul de aplicare teritorială a acordului de parteneriat anterior menționat, CJUE recurge din nou la același raționament ca în cazul hotărârii din 2016, reiterând că expresia „teritoriul Regatului Maroc” trebuie înțeleasă în sensul că se referă la spațiul geografic în care Regatul Maroc exercită totalitatea competențelor recunoscute entităților suverane de dreptul internațional, excluzând orice alt teritoriu, precum cel al Saharei Occidentale.

## Concluzii

În mod paradoxal, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene este una cu mai mulți câștigători. În primul rând, Consiliul Uniunii Europene, și implicit Marocul, ale căror interese în menținerea acordului de liberalizare au fost prezervate prin hotărârea instanței europene. Aceeași hotărâre ascunde însă în spatele „succesului” Marocului, victoria Frontului Polisario căruia i se deschide o breșă politică ce poate fi exploatată în perspectiva viitoarelor bătălii juridico-diplomatice referitoare la problema suveranității teritoriale a Saharei Occidentale. Astfel, pentru Frontul Polisario, victoria nu este una cu implicații doar economice, ci mai degrabă politice, în contextul în care instanța europeană a confirmat că „Sahara Occidentală nu face parte din teritoriul Regatului Maroc”.

Mai mult chiar, în măsura în care Frontul Polisario ar reuși să probeze că aplicarea *de facto* a acordului de liberalizare pentru produsele originare din Sahara Occidentală se face cu acceptul Uniunii, această împrejurare ar putea să ridice problema antrenării răspunderii internaționale a acesteia din urmă. Din această perspectivă, apare ca fiind necesară compatibilizarea raporturilor comerciale dintre UE și Maroc cu hotărârea Curții de Justiție a UE și stabilirea unor măsuri pentru identificarea mărfurilor importate din Maroc, dar provenite din Sahara Occidentală.



- \* *Lector univ. dr. Mihaela-Adriana Oprescu, Facultatea de Studii Europene, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca; mihaela.oprescu@ubbcluj.ro; oprescuadriana76@yahoo.ro.*
- <sup>1</sup> Documentul este disponibil la: [https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/feuilledeRoute-sa\\_fr.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/feuilledeRoute-sa_fr.pdf), data ultimei accesări: 20.04.2018
- <sup>2</sup> Acordul de asociere din 2000 prevedea stabilirea progresivă a unei zone de liber schimb ce trebuia instituită după o perioadă de tranziție de doisprezece ani de la intrarea în vigoare a acordului. Cât privește libertatea circulației mărfurilor dintre UE și Maroc, aceasta presupunea suprimarea progresivă a drepturilor vamale și interzicerea restricțiilor cantitative la export și la import, precum și a tuturor măsurilor cu efect echivalent sau discriminatorii între părți.
- <sup>3</sup> Decizia Consiliului din 8 martie 2012 privind încheierea Acordului sub forma unui schimb de scrisori între Uniunea Europeană și Regatul Maroc privind măsurile reciproce de liberalizare referitoare la produse agricole, la produse agricole transformate, la pește și produse pescărești, privind înlocuirea protocoalelor nr. 1, 2 și 3 și a anexelor la acestea, precum și privind modificările la Acordul euro-mediteranean de instituire a unei asocieri între Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de o parte, și Regatul Maroc, pe de altă parte (2012/497/UE, publicată în JOUEUE L241/2 din 07.09.2012), disponibilă la: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2012.241.01.0002.01.RON&toc=OJ:L:2012:241:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2012.241.01.0002.01.RON&toc=OJ:L:2012:241:TOC), data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>4</sup> Decizia Consiliului și a Comisiei din 24 ianuarie 2000 privind încheierea Acordului euro-mediteranean de constituire a unei asocieri între Comunitățile Europene și statele lor membre, pe de o parte, și Regatul Maroc, pe de altă parte (2000/204/CE, CECO, publicată în JOUE L 138 din 9.6.2000) disponibilă la: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000D0204&from=RO>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>5</sup> Tribunalul Uniunii Europene, hotărârea din 10 decembrie 2015, Front populaire pour la libération de la Saguiael-Hamra et du Rio de Oro (Front Polisario)/Consiliul (T-512/12, EU:T:2015:95), disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012TJ0512&from=RO>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>6</sup> Frontul Polisario (Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro) este o mișcare ce urmărește obținerea independenței Saharei Occidentale și a cărei legitimitate a fost recunoscută de Organizația Națiunilor Unite.
- <sup>7</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 21 decembrie 2016, Consiliul/Front populaire pour la libération de la Saguiael-Hamra et du Rio de Oro (Front Polisario), C-104/16, EU:C:2016:973, disponibilă la: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0104&from=RO>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>8</sup> Carta Națiunilor Unite a fost semnată la San Francisco la 26 iunie 1945, la încheierea Conferinței Națiunilor Unite pentru Organizația Internațională și a intrat în vigoare la 24 octombrie 1945.
- <sup>9</sup> Rezoluția 1514 (XV) din 14 decembrie 1960 a Adunării generale a ONU prevede printre altele că: „Toate popoarele au dreptul la liberă determinare, în temeiul căruia acestea își determină liber statutul politic”; „Măsuri imediate vor fi adoptate, în teritoriile aflate sub tutelă, în teritoriile neautonome și în toate celelalte teritorii care nu și-au dobândit încă independența, pentru a transfera imediat toate puterile popoarelor de pe aceste teritorii, fără nicio condiție sau rezervă, în conformitate cu voința acestora și cu dorințele lor liber exprimate”; „Toate statele trebuie să respecte cu fidelitate și stricteteț dispozițiile Cartei

Organizației Națiunilor Unite [...] drepturile suverane și integritatea teritorială a tuturor popoarelor”. La 24 octombrie 1970, Adunarea Generală a ONU a adoptat Rezoluția 2625 (XXV), intitulată „Declarația privind principiile dreptului internațional referitoare la relațiile amicale și la cooperarea între state în conformitate cu Carta Organizației Națiunilor Unite”. Declarația în cauză statuează că „Toate statele au obligația de a respecta dreptul popoarelor de a dispune de ele însele în conformitate cu dispozițiile Cartei” și că „teritoriul unei colonii sau al unui alt teritoriu neautonom are, în temeiul Cartei, un statut separat și distinct de cel al teritoriului statului care îl administrează; acest statut separat și distinct în temeiul Cartei există atât timp cât poporul din colonia sau din teritoriul neautonom nu își exercită dreptul de a dispune de el însuși în conformitate cu Carta și în special cu scopurile și cu principiile acesteia”.

- <sup>10</sup> A se vedea Rezoluția 2229 (XXI) adoptată de Adunarea Generală a ONU la 20 decembrie 1966, disponibilă la: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/005/32/IMG/NR000532.pdf?OpenElement>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>11</sup> Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, disponibil la: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>12</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 21 decembrie 2016, Consiliul/Front populaire pour la libération de la Saguiel-Hamra et du Rio de Oro (Front Polisario), C-104/16, EU:C:2016:973, disponibilă la: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0104&from=RO>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>13</sup> al-Jumhūriyah al-‘Arabīyah aṣ-Ṣaḡīrāwīyah ad-Dīmuqrāṭīyah.
- <sup>14</sup> Motivele recursului în anulare (prezentate într-o manieră sintetică) pot fi consultate la: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134184&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=22453>, data ultimei accesări: 20.04.2018
- <sup>15</sup> A se vedea nota de subsol 4.
- <sup>16</sup> Organizația Națiunilor Unite, Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor, semnată la 23 mai 1969, intrată în vigoare la 27 ianuarie 1980, înregistrată la Secretariatul General ONU la 27 ianuarie 1980 sub nr. 18.232, ratificată de Maroc la 26 septembrie 1972, disponibilă la: [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_CONF.39\\_11\\_Add.2-F.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-F.pdf), data ultimei accesări: 05.06.2018
- <sup>17</sup> Art. 30 alineatul (2) din Convenția de la Viena (1969) codifică norma potrivit căreia, când un tratat precizează că este subordonat unui tratat anterior sau posterior sau că nu trebuie considerat ca fiind incompatibil cu celălalt tratat, dispozițiile acestuia se vor aplica cu precădere.
- <sup>18</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, hotărârea din 21 decembrie 2016, Consiliul/Front populaire pour la libération de la Saguiel-Hamra et du Rio de Oro (Front Polisario), C-104/16, EU:C:2016:973, disponibilă la: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0104&from=RO>, data ultimei accesări: 20.04.2018.
- <sup>19</sup> În literatura juridică s-a susținut că antinomia dintre hotărârea Tribunalului și a Curții relevă diferența de abordare a dreptului internațional de către cele două foruri jurisdicționale: în timp ce Tribunalul optează pentru o viziune mai naționalistă, europeanistă a dreptului internațional, Curtea demonstrează o concepție mai internaționalizată. A se vedea, Hugo Flavier, La Cour de justice, juge du droit international ? Réflexions sur l’affaire Front Polisario, în Journal d’Actualité des Droits Européens nr. 4/2017, disponibil la: <https://revue-jade.eu/article/view/1881>, data ultimei accesări: 26.02.2018.

- <sup>20</sup> În Cauza Brita, Curtea de Justiție a statuat că un acord de asociere între Uniune și Statul Israel, aplicabil, potrivit termenilor acestuia, „teritoriului Statului Israel”, trebuie să fie interpretat în sensul că nu se aplică produselor originare din Cisiordania, un teritoriu care este situat în afara teritoriului Statului Israel, astfel cum este recunoscut internațional, cu atât mai mult cu cât un alt acord de asociere fusese încheiat de Uniune cu Organizația pentru Eliberarea Palestinei care acționează în numele Autorității Palestiniene din Cisiordania și din Fâșia Gaza, acest din urmă acord fiind printre altele aplicabil teritoriului Cisiordaniei (paragraf 46 și 47 din hotărârea Brita). Pe larg, hotărârea CJUE din 25 februarie 2010, Cauza Brita GmbH vs Hauptzollamt Hamburg-Hafen, disponibilă la: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72406&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=224509>, data ultimei accesări: 26.02.2018.
- <sup>21</sup> Organizația pentru Eliberarea Palestinei (O. E.P.) este o organizație politică și paramilitară, recunoscută de Israel, dar și de alte state, ca unic reprezentant legitim al poporului arab palestinian.
- <sup>22</sup> Pentru o opinie în sensul că în interpretarea Tribunalului, Uniunea Europeană a recunoscut implicit pretențiile de suveranitate marocană asupra Saharei occidentale, ceea ce ar fi trebuit să conducă la concluzia violării dreptului la autodeterminare al poporului saharian și implicit a încălcării de către UE a obligației de nerecunoaștere a anexării teritoriului litigios de către Maroc, a se vedea, François Dubuisson și Ghislain Poissonnier, La question du Sahara occidental devant le Tribunal de l'Union européenne: une application approximative du droit international relatif aux territoires non autonomes, JDI, 2016, n° 2, p.503 și următoarele, disponibilă la: <http://cdi.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2012/12/Sahara-occidental-JDI.pdf>, data ultimei accesări: 07.03.2018.
- <sup>23</sup> Tribunalul de Primă Instanță, Hotărârea din 6 iulie 1995, Cauza Odigitria vs Consiliul și Comisia, C-572/93, EU:T:1995:131, disponibilă la: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:T:1995:131>, data ultimei accesări: 05.05.2018. Cauza privea acorduri de pescuit încheiate de Comunitatea Economică Europeană atât cu Republica Senegal, cât și cu Republica Guineea-Bissau, acorduri care nu au exclus din domeniul lor de aplicare teritorial zonele maritime care făceau obiectul unor revendicări reciproce din partea celor două state. Reclamanta era o societate proprietară a unei nave de pescuit care arbora pavilionul grec și care dispunea de o licență de pescuit eliberată de autoritățile senegaleze, însă pescuia în apele revendicate de ambele state. Societatea a solicitat repararea de către Comunitate a prejudiciului pe care pretindea că l-a suferit ca urmare a inspectării navei sale de autoritățile din Guineea-Bissau pentru motivul că pescuia fără licență în zona maritimă a acestui stat. În acest context, reclamanta a invocat nelegalitatea omiterii excluderii din domeniul de aplicare a acordurilor de pescuit încheiate între Comunitate și fiecare dintre cele două state terțe în discuție, a zonei care făcea obiectul diferendului dintre acestea.
- <sup>24</sup> S-a susținut că delimitarea câmpului teritorial de aplicare al acordului de liberalizare în privința Saharei s-a realizat însă prin comportamentul concordant al părților implicate, caracterizat prin omogenitate, constantă și continuitate. A se vedea, Abdelhamid El Ouali, L'Union européenne et la question du Sahara : entre la reconnaissance de la souveraineté du Maroc et les errements de la justice européenne, în European Papers, vol. 2, 2017, nr. 3, p. 923-951, disponibil la: [http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf\\_version/EP\\_eJ\\_2017\\_3\\_12\\_Dialogue\\_Abelhamid\\_El\\_Ouali.pdf](http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_eJ_2017_3_12_Dialogue_Abelhamid_El_Ouali.pdf), data ultimei accesări: 05.05.2018.

- <sup>25</sup> În literatura juridică s-a reținut, cu just teamei că interpretarea Curții pare să atribuie dreptului la autodeterminare, natura de jus cogens, în contextul unui conflict post-colonial. A se vedea, Peter Hilpold, „Self-determination at the European Courts: The Front Polisario Case” or „The Unintended Awakening of a Giant”, în *European Papers*, vol. 2, 2017, nr. 3, p 907-921, disponibil la: [http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf\\_version/EP\\_eJ\\_2017\\_3\\_11\\_Dialogue\\_Peter\\_Hilpold\\_0.pdf](http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_eJ_2017_3_11_Dialogue_Peter_Hilpold_0.pdf), data ultimei accesări: 08.03.2018.
- <sup>26</sup> Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 27.02.2018, Cauza Western Sahara Campaign UK, The Queen vs Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs, Cauza C-266/16, EU:C:2018:118, disponibilă la: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJo266&lang1=fr&type=TXT&ancre=>, data ultimei accesări: 05.05.2018.
- <sup>27</sup> Încheierea acestui acord a fost aprobată prin Regulamentul (CE) nr. 764/2006 al Consiliului din 22 mai 2006 privind încheierea Acordului de parteneriat în domeniul pescuitului între Comunitatea Europeană și Regatul Maroc, publicat în JOUE L 141/2006.
- <sup>28</sup> Aprobat prin Decizia 2013/785/UE a Consiliului din 16 decembrie 2013 privind încheierea în numele Uniunii Europene a protocolului între Uniunea Europeană și Regatul Maroc de stabilire a posibilităților de pescuit și a contribuției financiare prevăzute de acordul de parteneriat în domeniul pescuitului între Comunitatea Europeană și Regatul Maroc, publicat în JOUE L 349/2013.

**ARTICOLE**

**DUE PROCESS OF LAW:  
DISTORTION OF INTERPRETATION**

---

**DOI:10.24193/SUBBIur.63(2018).1.5**

**Published Online: 2018-03-20**

**Published Print: 2018-03-30**

---

**P. RATHNASWAMY\***

**Abstract:** Law is wisdom of justice and justice is a beautiful instrument of convenience. Analytical interpretation is the embodiment of justice failing which it is left to extinction. Justice is granted and it is not permanent. Bad interpretation causes injury to justice and there is continuity of injustice. An institution is the source of interpretation. Is it insufficient for the elected institution to deliver justice? Does it debar the mind to be the judicial mind to deliver justice? Is it essential for independent judiciary to grant justice? Who is benefitted from justice? Who is at loss where there is denial of justice? What democracy has delivered to justice when dictatorship is blamed? Does denial of justice mean injustice or non-availability of justice? Does due process of law ensure justice to all or to a few? Is the due process of law custodian of justice? Wisdom is the rule of mankind and justice is the branch of wisdom. The custodian of justice is rarely found except in court. If the court is bargained who will be the gainer and who will be at peril. People have struggled several centuries in search of justice and it is the hard earned wealth of humanity. Many believe that it is in rule book of court. Due process is the source of rationality which is born out of wisdom. Many refer justice to invisible existence of faith and belief and it has been abused for power. It is broken by court and it has established norms and rules and it has been in rule of law. Due process is an objective wisdom and it is placed for debate and denial. Slowly it is affirmed to begin with the principles of existence so that there is truth to survive. Mere words do not form law unless these are recognised and accepted.

**Keywords:** *Due Process Law, interpretation, distortion, judiciary, justices, skills, wisdom*

## **Introduction**

Human history is the combination of justice and injustice. A few learn how to avail justice or to protect from injustice and the majority may not possess it. Law is the evolution of humanity. There are intuitions to deliver justice. It differs from institution to institution. There are Constitutional guarantees and there are institutional guarantees. The Constitution offers institutions to grant justice against injustice. There are laws which define justice. There are customary laws which guarantee justice. There are conventions and practices which grant justice. There may be individuals or a group of individuals or community or society to grant justice. What are the guidelines and principles to analyse wrongs or injustice and how did these principles evolve? My study is limited to due process of law.

The due process dates back to the declaration of Clause 39 of the Magna Carta in 1215. King John of England promised his people the protection of basic human rights. The due process principles are evident in equality before law and access to justice<sup>1</sup>. Due process of law has been instituted as Constitutional guarantee. The term 'due process of law' was first defined in 1354 in one of the Statutes of King Edward III. English rule institutionalized the definition and practice of due process of law in the world. James Madison drafted in 1788 the Due Process Clause. It became part of the Constitution of United States of America after changes and amendment as Bill of Rights in 1791. On ratification of the 14th Amendment in 1868 the Due Process Clause was included. The US Supreme Court is the institution to administer the Due Process Clause which provides four protections such as Substantive Due Process, Procedural Due Process, Prohibition against Vague Laws, and as a means to Bill of Rights. Substantive Due process deals with the personal liberties that are not listed in the Constitution. In order to decide the Court will ensure whether the issue is a fundamental right or otherwise. Procedural Due Process includes the right to fair trial, the right to reasonable opportunity, the right to present and know the evidence, the right to cross-examine and the right to defend through counsel or by himself. Prohibition against vague laws is the protection of citizens against vague laws and against the misuse of criminals under ignorance.

India has adopted due process established by law as against due process of law. Article 21 of the Indian Constitution states 'No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law'. However, in practice both due process of law of American Constitution and procedure established by law of Indian Constitution are mutually exchangeable. Due process of law has evolved over several centuries and it is a continuous process. It is called 'law of the land'. It is equally considered to be 'rational' or 'proportional'. Meanings and terms are indicating the dynamism of due process of law or due process clause. In simple words the term 'due' implies what is rational or proportional or essential or prerequisites or appropriate or normal. Each term refers to different meanings at various conditions and situations. In other words, much is left to reasoning and subjective. As a result, the interpretation remains always continuously changing and dynamic. There is a conflict of constitutional interpretation over a long period of time arguing the originalism over the living constitution and the living constitution over the originalism. The struggle is a constant confusion of conservatism over dynamism. No principle of law becomes the standard of law. If that happens wisdom of law is borrowed permanently allowing the humanity dies in cold storage of death knell. Man learns, and he learns always, continuously. When the learning is stopped the wisdom is dead wood. One-time learning confines the next day learning then it is the abuse of arrogance and stupidity. Learning and living are two sides of humanity and if either side is eclipsed then truth is the causality. Conviction and customs are stones for statues of tomorrow. The best knowledge is utopian interpretation as the knowledge leads with past glory towards new meaning and interpretation. It is said that the opinions of Justice Antonin Scalia are 'so consistent, so powerful, and so penetrating in their devotion to the rule of law-the real rule of law, not the political decrees of judges creating the so-called Living Constitution'.<sup>2</sup> The arguments of old Originalism and New originalism are making efforts to defend Originalism with different meaning and interpretation<sup>3</sup>. It is extraordinarily concluded if not completely that the Originalism is the constitutional history and Living Constitution is the Constitutional Theory.<sup>4</sup> The Originalism is the beginning but not the end. The Living Constitution is empty without Originalism. Enormous skills of interpretation are suggested

to define Living Constitution as adaptability of law changing society and society changing law.<sup>5</sup> One of the greatest judges, Chief Justice John Marshall, has conclusively stated in *Marbury vs. Madison*<sup>6</sup> that the written Constitution of America is constitutional document. It implies that it is the stone for statue. His judicial review is built upon it. Circumstances and situations are determining the interpretation. Time and wisdom too prevail upon the interpretation. Qualitative changes are invariable from time to time, person to person, institution to institution, Constitution to Constitution and governance to governance. Creativity and innovation are found in the interpretation for which the skills and competence are counted.

## **1 Institution of Interpretation**

The Clause 17 of Magna Carta in 1215 holds that the 'Common pleas shall not follow our court but shall be held in some place'. There shall be an institution for justice and it is the court. It shall have permanent place. It has established the original intention to formulate institutionalization of justice. There was demand for local justice in Clauses 18 and 19 of Magna Carta. In order to establish justice there should be knowledge and skill of interpretation as found in the Clause 45 of Magna Carta<sup>7</sup>.

### **1.1 Governance and Political Expedience**

Henry I of England limited his powers in 1100. Political agitation formed into Petition of Rights of 1628 and it limited the arbitrary power. There is the limitation of power to abuse. Judicial interpretation of Chief Justice Edward Coke was that the king and parliament were subject to law, common law, or law of the land. King Edward III declared that without due process of law there would not be deprivation of property, land, life and liberty. The decision of Supreme Court of America in *Marbury vs Madison* has usurped the judicial power of court even though it has become relative truth if not correct. It may appear to be judicious to uphold truth in the absence of ignition of power. The judicial review is a judicial power of the court defined in the Constitution. Despite the fact, the decision of *Marbury*



v. Madison has provided conclusive force to judicial review. The judicial power is a part of judicial review, but the judicial review has to be administrated according to the powers sanctioned in the Constitution. The judicial power shall not exceed the power of judicial review, but it has been enlarged through judicial activism. There are decisions which are carved out of inherent power of the court on the interpretation of due process clause.

## **1.2 India**

There was no mention of due process clause in Article 21 of the Indian Constitution. While drafting the Constitution there were discussions with judges and eminent Constitutional experts of United States of America and other nations during the visit of BN Rau<sup>8</sup> and deliberations held in the Constitutional Assembly on the inclusion or exclusion of Due Process Clause in the Constitution. Finally, it was decided to incorporate the procedure established by law in Article 21. There is a difference in the expression, but the difference is slowly eroded in the interpretation. The interpretation of the Constitution is the judicial function of the court, but it does not empower them to abuse under the guise and shadow of judicial interpretation. It may appear to be judicious unless there is evidence of truth and legality. The legality does not mean validity, but it includes justice. Injustice of many is also wrongfully and benignly enforced even though there is justice to a few. If the power is exceeded where is the remedy and who will enforce the remedy? The wrongful interpretation cannot be absolved at stages but in totality. The power of interpretation flows from the Constitution. The Supreme Court of India is the custodian of the Constitution and it is arbiter of the Constitution. Article 129 has the provision to exercise the inherent power to punish for contempt of itself. Article 129: 'The Supreme Court shall be a court of record and shall have all the powers of such a court including the power to punish for contempt of itself'. The Contempt of Court Jurisdiction is to uphold the dignity and majesty of law<sup>9</sup> and to administer justice without interference<sup>10</sup>. The court of record is the evidentiary value of the records and it cannot be challenged in the court<sup>11</sup>. The inferences drawn from these decisions are unfortunately far away from the purpose and object of Article 129. The court of record refers to decisions and there will be

punishment for wrong decisions as evinced under Art 137 that the Supreme Court has the power to review any judgment pronounced or order made by it since the Supreme Court is the final arbiter on the interpretation of the Constitution<sup>12</sup>. In addition to it, the Supreme Court has inherent power to make any order for the ends of justice<sup>13</sup>, for rectifying mistakes of inadvertence<sup>14</sup>, or by accidental and incidental<sup>15</sup>.

The Supreme Court has the power to refer to the Constitutional bench in this regard under the Proviso to Article 145 (3)<sup>16</sup>. There is another provision of Article 140 which confers additional powers on the Supreme Court to enforce its decisions more effectively for which the Parliament may make suitable laws. The decisions of the Supreme Court form a source of law. The interpretations of the court are not only enforceable in the court of law but also, they become a source of law. Thus, the inherent powers to the Court are limited in Indian Constitution. Due Process Clause is found in the evolution of interpretation of the court.

Article 13<sup>17</sup> of the Indian Constitution enumerates the power of judicial review. The reasonable restrictions are incorporated in art. 19 and the natural justice of the right to equality and equal protection are in art. 14. The right to equality and equal protection are synthesis of natural justice. The natural justice and reasonable restrictions are the limitations to executives and legislature and whether these principles will be applicable to judiciary or otherwise. If such limitations are imposed on the judiciary who will be the arbiter and who will interpret them? The parties to dispute can become the parties to interpret and adjudicate or otherwise. Whether the due process clause is above law, or it is an abrogation to the power of interpretation? The due process clause has been growing in interpretation, but it appears to be omnipresent. The law is defined, drafted and enacted in the legislature but the due process clause is undefined resulting into subjective at the wisdom of interpretation.

Article 13 of the Indian Constitution had originally three sub-clauses, but the Sub-Clause 4 has been inserted in 1971 through 24<sup>th</sup> Amendment to the Constitution.

The Supreme Court of India has interpreted that an amendment made to the Constitution of India under art. 368 is not a law under Article 13

(2)<sup>18</sup>. The Supreme Court of India has reversed its decisions<sup>19</sup> and has declared Sub-Clause 4 of Article 13 void. Again, the Supreme Court of India has reversed the decision of Golak Nath's case and in Keshavananda Bharathi vs. State of Kerala<sup>20</sup>. Sub-Clause 4 to Article 13 was inserted in 1976 through 42<sup>nd</sup> Amendment to the Constitution stating that no amendment of this Constitution, including Part III, shall be called in question in any court under any ground and this Sub-Clause 4 was declared void in *Minerva Mills vs. Union of India*<sup>21</sup>. The Supreme Court held that Sub-Clause 4, Article 13 purported to destroy the basic structure of the Constitution and it was declared void.

The decisions are the interpretations of the institution and the institution is created in the Constitution. These decisions are enforced. Individual wrong decisions are reprimanded but the institution is not reprimanded. Reversal of decision is punishment to the institution, but the enforced wrong decision has remained in force until suspended or removed. Article 368 of the Constitution has provided the power of amendment to the Constitution while invoking another Constitutional provision of Article 13 against it amounts to mismanagement of judicial power of interpretation. Does it amount to abuse of the judicial power or it supervenes the Constitutional authority sanctioned to them? Does it mean engaging them in controversial decision to benefit a few or misleading majority? Irrespective of the answers there is injustice. The basic structure theory has been propounded to demonstrate significant abuse of judicial power despite the fact that there is expansion of interpretation. Application of inconsistency is the benevolent distortion in interpretation. It perpetuates limitation to amendment power even though it has benefitted interpretation skills and has safeguarded Constitutionalism.

Article 14 of the Indian Constitution has twin objectives of equality before the law and equal protection of law and the Supreme Court of India has decided issues to uphold social and economic justice.<sup>22</sup> The state shall not deny to any person equality before law and equal protection of law. The Court has interpreted narrowly. Article 17 abolishes untouchability and the Court has further narrowed down the interpretations. The untouchability is the social practice of discriminating people on the basis of caste. The Court has

liberally interpreted Articles 15 and 16. Article 15 promotes social harmony of prohibiting discrimination on grounds of religion, race, caste, sex, or place of worth. Article 16 provides equality of employment and reservation of employment to certain categories for promoting social justice. These articles are pertaining to social and economic conditions of backward class and most backward class on reservation policies of public employment including Scheduled Castes and Scheduled Tribes. The interpretations of the Court are consistently conservative and neither liberal nor dynamic. The reasons are comparable to a few and more groups of people. The untouchability is considered for a while, when the reservation for backward classes, Scheduled Castes and Scheduled Tribes has been considered. The reservation to SC and S T has been construed as reverse discrimination but the same view has not been held for the other classes. There are data on the socio-economic indicators which are readily available, but the Court has failed to consider them. Thus, interpretations are comparable rather than judicious.

### **1.3 Australia**

Australian due process principle has emerged from the principles of separation doctrine and it primarily focuses on the judicial power. There are few differences on the application of due process principle between USA and Australia. The principles of Due Process Clause in 4<sup>th</sup> and 14<sup>th</sup> Amendments expressly are incorporated in the American Constitution but not absent in Australian Constitution.<sup>23</sup> It is found that ‘The Separation of Powers as an implied Bill of Rights’<sup>24</sup>.and it is in ‘Section 177of the Constitution’<sup>25</sup>. The due process is applied in judicial bodies of Australia and in case of American Constitution it is applicable in executive and judicial bodies.<sup>26</sup> Chapter III of the Constitution imposes restrictions on legislation to transgress on the character, functions and powers of all the courts which are vested with Commonwealth judicial power. The procedural due process remains still unsettled in the Commonwealth Constitutions. The interpretations of Australian High Court in the cases of *R.V. Kirby: Ex parte Boilermakers’ of Society of Australia*<sup>27</sup>, *Nicholas v. The Queen*<sup>28</sup>, *Thomas v. Mowbray*<sup>29</sup>, and *Forge v. Australian Securities and Investments Commission*<sup>30</sup> have established Constitutional procedural due process principle. It is referred to

the High Court's 'trial by jury' jurisprudence<sup>31</sup>. Slowly due process principle has been included in the Constitutional definition of judicial power. Australian High Court held that the due process principle is in the judicial power<sup>32</sup>

The procedural due process standards include fair hearing, impartiality, cross examination, leading of evidence, and legal representation and these are the requirements of natural justice<sup>33</sup>. There is a distortion on the content of judicial power in Commonwealth due process principle in the absence of written Constitution in England. The member nations of commonwealth countries have accepted Privy Council as the highest institution of judiciary. Section 71 of the Australian Constitution provides meaningful resolution on Judicial Power, but the interpretation of judicial power continues to remain based on conventions and customary practices associated with judicial administration of England and it remains unsettled in Australia.

#### **1.4 USA**

Chief Justice John Marshall has asserted that the power of interpretation of an act of legislature, whether it is repugnant to the Constitution or otherwise, lies with the judiciary<sup>34</sup>. Justice Oliver Wendell Holmes has held that 'the character of every act depends upon the circumstances in which it is done'.<sup>35</sup> It is found clearly that the minority rights are ignored at the behest of majorities who impose their will. Unfortunately, the Constitution is loosely interpreted as the former Justice Charles Evans Hughes has held: 'We are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is'. The decision of Chief Justice Edward Coke of the British Court of Common Pleas in 1610 in the case of *Dr. Bonham* was considered as an antecedent of judicial review and the doctrine of substantive due process<sup>36</sup>. The decision was against the power of the London College of Physicians to imprison any person who practiced without license as it was considered against the common law right and reason. Such law was held void. The Supreme Court of America has decided to uphold injustice as against justice. African Americans were held not free and they were not American citizens in *Dred Scott v. Sanford* (1857).<sup>37</sup> However this decision

was overruled in view of the 13<sup>th</sup> Amendment that prohibited slavery in US and in the view of the 14<sup>th</sup> Amendment<sup>38</sup>, which brought equality. Justice Taney, supporter of slavery, held that the blacks are 'an inferior order and altogether unfit to with the white race'. The 14<sup>th</sup> Amendment to the Constitution of America, on July 9, 1868 came into force. In the case of *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>39</sup>, the Supreme Court of America by 7-1 declined to recognise the principle of 14<sup>th</sup> amendment but it interpreted as 'separate but equal'. After 60 years the Court has corrected the misdemeanour, in *Brown v. Board of Education*.<sup>40</sup> The corporate political spending is held as a form of free speech which has excluded the application of campaign finance laws in *Citizens United V. Federal Election Commission* (2010)<sup>41</sup>. The Court has failed to decide on the accountability of prosecutor's office when an innocent man was languished in prison for 18 years in *Connick v. Thomson* (2011)<sup>42</sup>. The decision of the Court has diluted the Voting Rights Act of 1965 on the voters' suppression in *Shelby County v. Holder* (2013)<sup>43</sup>. The Court has decided to reduce to 500 million dollars from 5 billion dollars damages of the biggest environmental disaster on the reasoning of exceeding compensatory ones in *Exxon Shipping Co. v. Baker* (2008)<sup>44</sup>. The majority of 5 to 4 decision of Presidential Election results allowing George W. Bush to White House was one of the worst decisions in *Bush v. Gore* (2000)<sup>45</sup>. The Electoral System of USA including the Presidential Election Law demands reforms to achieve electoral justice<sup>46</sup>. There are different views on this fateful decision of the Supreme Court of America. It is considered as a controversial decision or as a bad decision. The freedom of conclusion on any interpretation of legal issues should never be circumvented by inaccuracy of law. The Court held by majority 8-1 that the Civil Rights Act 1875 was not applicable to non-governmental discrimination in *The Civil Rights Cases* (1883)<sup>47</sup> but it was reversed after 80 years in *Atlanta Motel v. United States* (1964).<sup>48</sup> The Court has declined to recognize equality includes social equality in *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>49</sup>. There was dissenting opinion from Mr. Justice Harlan and he held: 'The arbitrary separation of citizens on the basis of race while they are on a public highway is a badge of servitude wholly inconsistent with the civil freedom and the equality before the law established by the Constitution. It cannot be justified upon any legal grounds'. He wrote further: 'Our

Constitution is colorblind, and neither knows nor tolerates classes among citizens’.

## **Conclusion**

Due process clause has not benefitted the justice unless it is interpreted correctly. The decisions of judges which are institutionalized in Courts may be suffering from otherwise of justice and the equality protection of the law and may result in distress. This is the mystery of the loss of due process clause. It is the optional exercise of judges. When the option is suitable to them they choose to opt for due process clause. It is unfortunate that the application of due process clause is natural law. Man decides what he thinks under the given circumstances outlined in the dynamic force of Theory of Morality.<sup>50</sup> It is the essence of preservation of inequality to deny equal protection of the law. Man dominates for his supremacy over weak forces in which the survival of fittest is the rule while he is struggling for existence. Opportunities and challenges are threatening the domination. New ways are discovered to continue his domination giving different interpretation. John Marshall was threatened on his appointment and he discovered judicial review. It has proved to be the best. The Supreme Court of India has discovered, several times, the rule of Article 13 for judicial review in Golak Nath’s Case and basic structure theory in Keshavananda Bharathi case. The Court under Constitution, as an institution, exceeds its proprietary through interpretation. Chief Justice Sir Edward Coke had differences with the King on his appointment and expressed in the case that law is above the King. It is welcomed and accepted by all. This is not on the application of due process clause. Equal protection of the law is not uniformly applicable to aliens and citizens in USA. The resident aliens within the territorial jurisdiction enjoy more Constitutional guarantees than the aliens outside the territorial jurisdiction.<sup>51</sup> The Court has held that ‘the Due Process Clause and Equal Protection Clause are universal in their application to all persons within the territorial jurisdiction without regard to any differences of nationality’.<sup>52</sup> There is the importance of territorial presence of aliens but the 5<sup>th</sup> and 14<sup>th</sup> Amendments are never intended in this way<sup>53</sup>.

\* Prof. P. Rathnaswamy PhD (Law), PhD (Mgt), DLitt (Mgt), Professor of Constitutional Law, Wollega University, Ethiopia, e-mail: drprswamy@gmail.com.

- <sup>1</sup> Law Library of Congress, USA); Lord Thomas of Cwmgiedd (2015).
- <sup>2</sup> Richard F. Duncan (2016), Justice Scalia and the rule of law: Originalism vs. the Living Constitution, College of Law, Faculty Publications, University of Nebraska-Lincoln.
- <sup>3</sup> Andrew Coan (2017), Living Constitutional Theory, Duke Law Journal Online, Volume 66 June 2017 pp. 101-104.
- <sup>4</sup> Andrew Coan (2017), Living Constitutional Theory, Duke Law Journal Online, Volume 66 June 2017 pp. 112-114.
- <sup>5</sup> Vinay Harpalani (2015), Diversity and Living Constitution Theory, 2015 Constitution Day Symposium , American constitution Society.
- <sup>6</sup> 5 US. 137 1803.
- <sup>7</sup> 'We will not make justices, constables, sheriffs, or bailiffs who do not know the law of the land and mean to observe it well'.
- <sup>8</sup> He was appointed as Constitutional Adviser to the Constitutional Assembly of India, 1946. He prepared the draft Constitution of India in 1948.
- <sup>9</sup> Chetek Construction Ltd vs. Om Prakash (1998) 4 SCC 577; AIR 1998 SC 1955).
- <sup>10</sup> Supreme Court Bar Association vs. Union of India (1998) 4 SCC 409; AIR 1895).
- <sup>11</sup> State of Rajasthan vs. Mohan Singh (1995) SCC 153).
- <sup>12</sup> P. Kannadasan vs. State of Tamil Nadu (1996) 5 SCC 670; AIR 1996 SC 2500).
- <sup>13</sup> O XLVII, r, 6 of the Supreme Court Rules, 1966.
- <sup>14</sup> Rajender vs. Bijai (1836) 1 Moo PC 117.
- <sup>15</sup> State of Mysore vs. Mysore Spinning & Mfg. Co AIR 1958 SC 1002 (1006).
- <sup>16</sup> Bekram Khurshid Pesikaka vs. State of Bombay (1955) 1 SCR 613; AIR 1955 SC 123.
- <sup>17</sup> Article 13 (1) 'All laws in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far they are inconsistent with the provisions of this Part, shall to the extent of inconsistency, be void.  
(2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this part and any law made in contravention of this clause, shall, to the extent of contravention, be void.  
(3) In this Article, unless the context otherwise requires, ---  
(a) "law" includes any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage, having in the territory of India, the force of law  
(b) "laws in force" includes laws passed or made by a Legislature or other competent authority in the territory of India before the commencement of this Constitution and not previously repealed, notwithstanding that any such law or any part thereof may not be then in operation either at all or in particular areas  
(4) Nothing in this article shall apply to any amendment of this Constitution made under article 368'.
- <sup>18</sup> Shankari Prasad vs. Union of India (Shankari Prasad Sing Deo vs. Union of India, AIR 1951 SC 458) and Sajjan Singh vs. State of Rajasthan (AIR 1965 SC 845).
- <sup>19</sup> Shankari Prasad vs. Union of India and Sajjan sing vs. Union of India in Golak Nath vs. State of Punjab (AIR 1967 SC 1643).
- <sup>20</sup> AIR 1973 SC 1461.



- <sup>21</sup> (1980) 3 SCC 625; AIR 1980 SC 1789.
- <sup>22</sup> Dalmia Cement (Bharat) Ltd vs. Union of India (1996) 10 SCC 104.
- <sup>23</sup> George Winterton (1994).
- <sup>24</sup> Geoffrey Lindell (ed) *Future Directions in Australian Constitutional Law: Essays in Honour of Professor Leslie Zines* (1994) 185, 204-5.
- <sup>25</sup> *Unfinished Rehabilitation*' (1999) 27 *Federal Law Review* 393, 395-6.
- <sup>26</sup> Erwin Chemerinsky (2nd Ed 2002), *Constitutional Law: Principles and Policies*, Ch 7, *Gilbert V Homar*, 520 US 924 (1997).
- <sup>27</sup> (1956) 94 CLR 254 (*Boilermakers*').
- <sup>28</sup> (1998) 193 CLR 173 (*Nicholas*').
- <sup>29</sup> (2007) 233 CLR 307 (*Thomas*').
- <sup>30</sup> (2006) 228 CLR 45 (*Forge*').
- <sup>31</sup> Will Bateman (2009).
- <sup>32</sup> *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1992) 176 CLR1 (*Lim*').
- <sup>33</sup> *McGinty v. Western Australia* (1996) 186 CLR 140, 231-2 (McHugh J).
- <sup>34</sup> *Marbury v. Madison* (1803).
- <sup>35</sup> *Schenck v. United States* (1919).
- <sup>36</sup> *Law Library of Congress* (074).
- <sup>37</sup> 60 US 393 1857.
- <sup>38</sup> 'All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United states and of the State wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States, nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'.
- <sup>39</sup> 163 U S 537 (1896).
- <sup>40</sup> 347 US 483.
- <sup>41</sup> 558 US. 310 (2010).
- <sup>42</sup> 563 US 51 (2011).
- <sup>43</sup> 570 US 2 (2013).
- <sup>44</sup> 554 US 471 (2008).
- <sup>45</sup> 531 US 98 (2008).
- <sup>46</sup> Rathnaswamy, P. (2004), *Electoral Reform: Law and Institutions of India and world*, Bookwell Publications, New Delhi, India; Rathnaswamy, P. (2014), *Handbook on Election Law*, LexisNexis, India.
- <sup>47</sup> 109 US 3 (1883).
- <sup>48</sup> 515, US December 14, 1964.
- <sup>49</sup> 163 US 537.
- <sup>50</sup> Rathnaswamy, P. (1995). *Marriage, Divorce and Morality*, Deep and Deep Publications, new Delhi, India.
- <sup>51</sup> *Zadvyadas v. Davis*, 533 U. S 678, 693 (2001).
- <sup>52</sup> *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S 356, 359 (1886); *Plyler v. Doe*, 457 U.S 202, 210 (1982) – aliens owning property are persons under Fifth Amendment.
- <sup>53</sup> Austen Parrish (2006) *Sovereignty, not due process: personal jurisdiction over nonresident, alien defendants*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 41, No. 1 Spring 2006.