

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3 / 2015
Iulie – Septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Dan CHIRICĂ

lect.dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: asist.dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Luanda Hawthorne, EQUALITY AND THE LAW OF CONTRACT: THE POSSIBLE IMPACT OF ARISTOTLE’S THEORY OF COMMUTATIVE JUSTICE.....	5
» Articole: Septimiu Ioan Puț, ROMÂNIA – STAT DE DREPT SAU STAT FISCAL? * ROMANIA – RULE OF LAW OR RULE OF TAXATION?	23
» Articole: Rena Van Den Bergh, LEARNING AS A SOCIAL GRACE	40
» Articole: ADINA BUCIUMAN, JURIDICITATEA OBLIGAȚIEI NATURALE * JURIDICITÉ DE L’OBLIGATION NATURELLE * JURIDICITY OF NATURALIS OBLIGATIO	58
» Articole: Iurie Mihalache, REGIMUL JURIDIC AL CONTROLULUI ACTIVITĂȚII OPERATORILOR DE TRANSPORT RUTIER CONFORM LEGISLAȚIEI REPUBLICII MOLDOVA * LEGAL STATUS OF CONTROL ACTIVITIES ROAD TRANSPORT OPERATORS UNDER THE LAW OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA	94
» Articole: Mihai-Bogdan Ionescu-Lupeanu, ALEXANDRU COSTIN.....	106
» Articole: Sándor Móré, REFORMA ADMINISTRĂRII JUDICIARE ÎN UNGARIA * REFORM OF JUDICIAL ADMINISTRATION IN HUNGARY	116
» Articole: Ioana Rațiu, UNELE ASPECTE CU PRIVIRE LA CLAUZELE ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE CREDIT BANCAR ÎNCHEIATE ÎN ROMÂNIA * SOME ASPECTS RELATING TO UNFAIR TERMS IN LOAN CONTRACTS CONCLUDED IN ROMANIA	126
» Info: Flavius Alexandru Boar, „DREPTUL GARANȚIILOR: PRIVIRI COMPARATIVE”. ÎNTÂLNIRE FRANCO-JAPONEZĂ ORGANIZATĂ DE ASOCIAȚIA HENRI CAPITANT A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE, PARIS 7-8.IX.2015 * “CROSS EXAMINATION ON SECURITIES LAW”. FRENCH-JAPANESE SEMINAR ORGANIZED BY THE “HENRI CAPITANT” ASSOCIATION OF THE FRIENDS OF FRENCH JURIDICAL CULTURE, PARIS 7-8.IX.2015.....	141

**EQUALITY AND THE LAW OF CONTRACT: THE POSSIBLE IMPACT OF
ARISTOTLE'S THEORY OF COMMUTATIVE JUSTICE**

Luanda HAWTHORNE*

Abstract. *The evolution of contract law is motivated by a governing regime's reception of new social policies and political ideals. Today constitutions world wide have emphasised the need for democracy based on human rights. In order to achieve such a change within the law of contract it is opportune to re-emphasise the element of equality within the contracting paradigm. Classical contract law departs from the premise of formal equality which supports procedural fairness. It is suggested that the time has come to re-conceive equality in order to be able to manifest substantive fairness. It is suggested to redefine equality within this frame by underpinning contract law with the neo-Aristotelian theory of commutative justice which demands that no one be enriched at another's expense. Commutative justice supports an equality in exchange and so establishes substantive fairness by demanding a fair price.*

Key words: *equality; formal equality; substantive equality; neo Aristotelian theory; commutative justice;*

Cuvinte cheie: *egalitate; egalitate formală; egalitate de fond; teorie neoaristotelică; justiție comutativă*

1. Introduction

Contract law constantly changes either by expanding or contracting its range, by distinguishing its rules and modifying its basic principles. This evolution is driven by the reception of new social policies and political ideals. South African contract law which plays a pivotal role in the distribution of wealth in society presents a potent example of such evolution. The inception of the South African Constitution¹ required South African jurists to reconsider the previously unquestioned maxims of their disciplines. South African constitutional democracy is based on a progressive vision and interpretation of Human Rights. This change in its post apartheid social practices promoted statutory intervention to protect the weak against exploitation. Protection of the consumer has not been left to interpretation of basic principles and general clauses but has been codified in consumer legislation.² Consequently, it raises the question whether the pre-apartheid tenets of the common law of contract remain valid in the twenty-first century.

In this paper it is argued that the philosophical basis of modern contract doctrine is in need of change and that the element of equality requires re-emphasis. Such emphasis is required to establish a balance between contracting parties in order to reflect the transformative imperative of the South African Constitution and to realise freedom, equality and human dignity as demanded by the Bill of Rights.³ Today modern contract law demands market regulation in order to offer worthwhile opportunities, to satisfy needs and to allow citizens to achieve a good life.⁴ In order to situate equality within mainstream contract law doctrine this paper analyses the potential contribution of James Gordley⁵ and his view of equality as based on the Aristotelian theory of commutative justice.

2. The principle of equality

In modern egalitarian society the notion that the ideal of equality is a recent phenomenon is startling and difficult to absorb. Until the eighteenth century inequality was generally accepted on the basis of the belief in a natural human hierarchy.⁶ This hypothesis collapsed during the seventeenth century with the development of natural law and the concomitant idea of natural rights, of which the natural equality of all rational beings forms a cornerstone.⁷ Gosepath⁸ describes how Hobbes,⁹ Locke¹⁰ and Rousseau¹¹ paved the way for Kant¹² formulating the equality postulate of universal human worth and recognition of the same freedom for all rational beings as the sole principle of human rights.¹³ The Enlightenment led towards social movements and revolutions,¹⁴ resulting in modern Bills of Rights and Declarations and Conventions of Human Rights, beginning in Virginia with the Bill of Rights of 1776 and continuing in the *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* of 1789, Western constitutions and United Nations conventions until the South African constitution of 1996.

Dworkin¹⁵ has drawn a distinction between moral equality, understood as prescribing treatment of persons as equals, and the principle of treating persons equally. The idea of equal respect for all persons and equal worth or equal dignity of all human beings, is accepted in modern Western political and moral culture.¹⁶ However, the recognition that human beings have a moral claim to be treated the same, does not mean that they are identical. The principle of equality is abstract, diverse and contested.¹⁷ Nevertheless the presumption of equality has been conceived which has germinated in law with opposite results. First, in the domain of politics that everyone, regardless of differences, should be awarded an equal share in the distribution unless as a result of universally acceptable reasons, unequal distribution can be justified.¹⁸ This presumption provides an easy theory of distributive justice. Since egalitarianism has come to be associated with socialistic ideas, it is important to stress that neither communism nor socialism, despite their protest against poverty and exploitation and their demand for social security for all citizens, calls for absolute economic equality.¹⁹ At the other extreme a presumption of equality has been one of the cornerstones of the so-called classical theory of contract during the last two centuries.²⁰

3. The presumption of equality in the current contract theory

The present philosophical underpinning of modern South African contract law derives from the development of human rights and natural law.²¹ According to Mill,²² the rights of freedom and equality gave birth to the doctrine of freedom of contract, which includes the premise that both contracting parties are equal. The fact that exact equality seldom exists was ignored as formal equality before the law was accepted as adequate.²³ Freedom of contract has remained the foundation of contract theory, regardless of the fact that social and political values and conditions have changed.²⁴ The current model was intended for businessmen negotiating at arm's length and negotiating a future deal. However, this model was applied to all contracts,²⁵ as its purpose was to create a facility for individuals to pursue their voluntary choices by facilitating the creation of legal obligations on any terms freely chosen by those individuals.²⁶ This theory of contract is held to maximize the liberty of the individual and expresses a Western political and social ideology. In adopting this system of contract the theory sowed the seeds of its own destruction, since what is appropriate for businessmen of theoretically equal bargaining power is not necessarily suitable for all. In this model freedom of contract not only implies equality, but is held to establish equality.²⁷ However, the divide between the formal and substantive aspects of both freedom and equality becomes evident in the contrast between the law of contract as it is taught in textbooks and as reported in the law reports, let alone as it functions in society.²⁸ This state of affairs can be ascribed to socio-economic developments, for example the concentration of power in business and industry, the increasing awareness of fundamental human rights and the expansion of the functions of the state. Classical contract theory did not take into account the discrepancies of resources, such as ownership, wealth and knowledge which sustain inequality between the parties to a contract. Ignoring those disparities equalled tacit condonation of exploitation of the weaker party,²⁹ while the argument that no one can be forced to contract shows how the theory ignores the reality of economic necessity. Thus, throughout history many members of society fail to achieve an economic situation enabling them to enjoy freedom of contract, let alone the resources to litigate.³⁰

4. Critique

In terms of conventional contract theory a contracting party is an abstract, middling person, without basic needs,³¹ who is treated equally with other contracting parties such as giant corporations by the invisible hand of the market. However, it is today generally recognized that parties to a contract are rarely of equal knowledge, ability, or resources; in other words they are rarely of equal bargaining power.³² Better-situated parties may be able to bargain through an attorney in an attempt to level the playing field, but a party with superior bargaining power will subordinate the weaker party. This raises the question that if parties to an exchange are rarely equal in bargaining power, in what sense are they equal?

The shortcomings resulting from the fictitious equality of contracting parties have been alleviated in a piecemeal manner by means of legal paternalism,³³ interpretation of the defects of agreement, implied terms, and recently public policy has been brought to prominence.³⁴ However, the introduction of a *mélange* of legislation, which has caused differentiation and materialisation³⁵ of contract doctrine, is a clear indication of the malaise afflicting the law of contract.

The South African Constitution included “equality” as both a fundamental right³⁶ and a foundational value,³⁷ which not only allows but proscribes the necessity to consider how this value/principle/right can achieve a reduction of inequality in bargaining power and the concomitant exploitation of a weaker contracting party. In the most recent Constitutional Court decision dealing with contract law *Botha v Rich*³⁸ it was stated clearly that it is a purpose of our Constitution that “contracting parties are treated with equal worth and concern.”³⁹

In consequence, it is timely to investigate an alternative theoretical foundation for the equality conundrum in the law of contract. An original contribution is found in the work of James Gordley whose focus on equality of exchange establishes reciprocity in its historical setting as a guiding principle. Thus another view of equality will be advanced which it is submitted may be better suited to the socio-economic realities of today than the classical law of the jungle model.

5. James Gordley’s approach to equality and the Aristotelian theory of commutative justice

5.1. Introduction

James Gordley’s seminal work *The Philosophical origins of modern contract doctrine*⁴⁰ and subsequent work⁴¹ resurrects the Aristotelian theory of commutative justice, which departs from the premise that none should be enriched at the expense of another, and is entrenched by an equality in exchange. As the title indicates the book is more a philosophical investigation than a legal textbook and positivists will ridicule the practical necessity of a coherent philosophy of contract, because any questioning of their doctrine is to their mind adequately answered with the trump cards of autonomy and legal certainty. However, since legal scholarship in contract theory, which relates to private autonomy and freedom and sanctity of contract, struggles to adapt to the 21st century, a look at its roots may be appropriate to ascertain the purpose of contract and the boundaries of enforceability.

5.2. Historical background to commutative justice

Gordley explains that the first coherent theory of contract law was developed during the sixteenth- and seventeenth-century by the School of Salamanca.⁴² These scholars applied the ethical principles of Aristotle as accepted, understood and transferred by Thomas Aquinas to contemporary Roman law.⁴³ It is submitted that this doctrine as interpreted and explained by Gordley is relevant today.

First, Aristotle's distinction between distributive and commutative justice⁴⁴ and secondly, the Aristotelian purpose of contract law namely to allow persons to obtain the goods and services needed to live a good life,⁴⁵ have an eternal ring.⁴⁶

Gordley explains that in Aristotelian tradition, in an ideal world, a democracy would distribute resources equally. However, the purpose of allowing people to lead good lives may best be advanced by the recognition of private property and a degree of inequality in property ownership. If the distribution of wealth is unjust, this should be changed by a centrally made decision, rather than by individuals redistributing wealth on their own. Individuals who feel that they own more than necessary are always free to redistribute wealth by way of a promise to make a gift thus exhibiting the Aristotelian virtue of liberality.⁴⁷ Another Aristotelian distinction is between two types of contracts ie to make gifts and to effect an exchange.⁴⁸ Gordley describes the latter, our modern synallagmatic contract as an act of voluntary commutative justice,⁴⁹ which is respected if the performances are equal in value, which is as a rule determined by the prevailing market price.⁵⁰ In this manner commutative justice serves distributive justice by preserving the distribution of income.⁵¹ Exchanges which would seriously detract from the sort of life a human being ought to live⁵² should not be enforced.⁵³

Since the basic tenets of Aristotelian legal philosophy, namely the dichotomy of commutative and distributive justice, as well as the purpose of contract, that each party is enabled to obtain the goods and services she requires to live a good life, while still preserving a distribution of wealth which is considered just since it allows others to obtain what they need to live a good life,⁵⁴ have stood the test of time, it is fitting to take note of Gordley's theory of commutative justice.

5.2.1. Gordley's thesis: fusion of Roman law of contract and Aristotelian-Thomist philosophy of the late scholastics

Gordley⁵⁵ draws attention to and analyses the influence exerted by Roman legal doctrine and the moral theology of Thomas of Aquinas in shaping the modern doctrines of private law as well as the natural jurisprudential concepts of contract and obligation. He traces the fusion which took place between the detailed precepts of Roman law and the Aristotelian/Thomist virtue of justice in the writings of Vitoria, Soto, Molina and Lessius.⁵⁶ He shows how the doctrines of *causa*, fraud, mistake and duress were based upon Aristotelian-Thomist philosophy.⁵⁷ Gordley⁵⁸ argues that the first theory of contract, based on promise-keeping, liberality and commutative justice was developed by the school of Salamanca⁵⁹ on the postulates derived from the philosophies of Aristotle and Aquinas. The latter's *Summa Theologiae* is recognized as the authoritative work influencing the early modern scholastic tradition, while in the *Secunda secundae* part of this work Aquinas deals with moral theological and legal problems.⁶⁰ The scholastics of the 16th and 17th centuries reached a synthesis of the most important intellectual traditions that previously prevailed in Europe,⁶¹ in which the Aristotelian-Thomistic natural law philosophy occupied an important place alongside the late Medieval *ius commune* and Renaissance humanism.⁶² In regard to the topic of commutative justice and equality of

exchange, Gordley examines the pre-nineteenth-century jurists and philosophers who developed the doctrine of equality in exchange by drawing on Aristotle's theory of exchange as propounded in his *Nicomachean Ethics*⁶³ and the Justinian texts C 4 44 2 and 8⁶⁴ dealing with *laesio enormis*. The crux of the matter is the fact that the leading protagonists of modern natural law such as Grotius,⁶⁵ Pufendorf⁶⁶ and Barbeyrac⁶⁷ absorbed this theory of contract into their works,⁶⁸ in spite of their attacks on the intellectual foundation thereof. This hybrid Salamanca theory of contract was thereupon transplanted into the work of Domat⁶⁹ and Pothier,⁷⁰ and ultimately codified in Prussia's *Allgemeines Landrecht*⁷¹ and the French *Code Civil*.⁷²

Grotius and Pufendorf replaced the Aristotelian-Thomist philosophy with that of voluntarist ethics.⁷³ The new paradigm of contract law viewed the making of a contract simply as an act of will and the parties were bound simply to what they willed, not to obligations that followed from the essence or nature of their contract.⁷⁴ Simpson refers to this notion as a *Grundnorm* from which many contract law rules were inferred.⁷⁵

This change of focus from the nature of contracting to the examination of the motives and intentions of those making the contract is an eloquent restatement of the central difficulty facing all early modern contract theories, namely the framing of a coherent and compelling account of obligation. During the nineteenth-century the will of the parties was generally accepted as the basis for contractual doctrine.⁷⁶

The impact of the Spanish school of neo-scholastic writings on seventeenth- and eighteenth-century natural legal discourse is much more important than the apparently limited focus on private law doctrine would suggest. Today it is common cause that their achievements were utilised by the prominent natural law jurists such as Hugo Grotius (1583–1645) and Samuel von Pufendorf (1632–1694).⁷⁷ Gordley⁷⁸ gives an account of how much of Grotius's writing remained steeped in the detail of scholastic learning. He ascribes the failures of contractual theories to the fact that from the natural lawyers onwards the postulates of the existing contract theory were negated.⁷⁹ As Grotius and later philosophers abandoned the transcendent unifying principles of Aristotle,⁸⁰ these were replaced with personal will and lately economic efficiency as the essence of a theory of contract.⁸¹ The influence of Kant⁸² and Posner⁸³ has led to the elevation of personal autonomy as the personification of human dignity or economic efficiency as the philosophical underpinning of modern contract. However, these theories have proven to have their own shortcoming and internal contradictions, which arise, according to Gordley,⁸⁴ at precisely the points where the original Aristotelian explanations have been abandoned.

6. Aristotelian and Thomist theory of commutative justice

It falls outside the scope of this paper to do justice to the full range of Gordley's theory of contract. The essence which is relevant will be briefly summarised. The focus of Gordley's research can be divided into five major phases: the original work of Aristotle,⁸⁵ the interpretation by Thomas Aquinas thereof in his *Summa theologiae*,⁸⁶ the first theory of

contract as developed by the scholastic school of Salamanca, the reworking by the natural lawyers and present day contract law theory.⁸⁷

Aristotle views happiness as the purpose of life and to achieve such a person must act in accordance with complete virtue by developing her capabilities. The justification of contracts is found in that they support the desirable quality that facilitates individuals to realise a good life.⁸⁸ Thus transfers of donations are justified because they support the virtue of liberality and exchanges because they support commutative justice.⁸⁹ The premise of the Aristotelian tradition is the belief that "human beings have an end, a manner of life in which their human potentialities are realised."⁹⁰ Accordingly, human happiness is perpetuated by living a manifestly human life, a life which realises as far as possible, one's potential as a human being.⁹¹ Living a human life is the end to which all contracts are a means either in its application or as an essential ingredient of life.⁹² Consequently, Gordley reasons that since man is a social animal, part of living such a life is helping others to do so as well.⁹³ It is this latter construct that distinguishes distributive from commutative justice.⁹⁴ Distributive justice⁹⁵ ensures that each person has the wealth he requires to fulfil his needs, while commutative justice enables individuals to retain the wealth required to live a good life without another being enriched at their expense.⁹⁶ The purpose of commutative justice is to preserve each individual's share of wealth, which defines the purpose of contract law, namely to protect this share, because we wish each person to have the means to live as people should live, ie a good life. Thus no one was to be enriched at the expense of another; no one should gain from another's loss.⁹⁷ Aristotle did not refer to unjust enrichment as it is known today but as a rule within contract law. In this regard it may be noted that Robert Feenstra has shown that the late Scholastics were the first to identify unjust enrichment as a separate division of private law such as property and contract.⁹⁸ Hence the notion of unjust enrichment was borrowed by the Northern natural lawyers from whom modern lawyers captured the idea, although the original philosophical theory of commutative justice which underpinned it became forgotten.⁹⁹ Gordley has argued that modern legal systems recognise when a contracting party is unjustly enriched at another's expense and that the reason that the legal system provides a remedy is because of the law's objective to preserve each person's share of capital.¹⁰⁰ This is a reference to commutative justice whether it is directly referred to as such or not.

Aristotle distinguished between two forms of commutative justice: voluntary commutative justice which entailed contracts while involuntary referred to delict or tort.¹⁰¹ Commutative justice of contract law included specific contracts such as purchase and sale, loan for consumption, pledge, loan for use, deposit, and letting and hiring.¹⁰² Both types of commutative justice were subject to the principle that no one should become enriched at the expense of another. In contract law this form of commutative justice further required that each party had to perform something of equal value¹⁰³ while preserving a distribution of wealth that is just.¹⁰⁴ Thomas Aquinas interpreted this requirement as demanding that an exchange ought to place the same obligation or weight on both of the contracting parties.¹⁰⁵ It is this pivotal requirement of commutative justice namely equality in exchange, which justifies a fresh approach to equality in the law of contract, namely to review the outcome of the agreement rather than the so-called equality of the parties at inception of the contract.

6.1. Equality in exchange: the doctrine of a just price

The question which now requires consideration is what Aristotle understood an equal exchange to mean, which encompasses the question regarding a just price. For an interpretation of the latter it is necessary to look at the debate held by the late scholastics and the early natural law school on Aristotle's work dealing with equality of exchange.

The School of Salamanca, the late scholastics prospered from the late 15th century to the early 17th centuries.¹⁰⁶ While mainly known for their pioneering work on international law, these theologians/ jurists made major contributions to private law, of which the doctrine of a just price is relevant to the topic under discussion.¹⁰⁷

The notion of a just price is often misunderstood. To countermand the misconception Gordley emphasises what the concept did not mean to the supporters of Aristotelian commutative justice.¹⁰⁸ These scholars did not intend the contracting parties to place the same value on the goods performed.¹⁰⁹ According to them a seller should not price a thing for more than its just price even if the purchaser would benefit by much more from acquiring the goods.¹¹⁰ The personal value that each party places on the resources he receives will necessarily be greater than the value he places on the resources he gives.¹¹¹ They did not intend an equality in their personal gain.¹¹² If they would have done, there would have been no reason for the exchange.¹¹³ Neither did these jurists believe that the just price of goods constituted an intrinsic constant characteristic such as the goods' shape or colour.¹¹⁴ Gordley mentions the scholastics Covarruvius,¹¹⁵ De Castro,¹¹⁶ Molina,¹¹⁷ Soto,¹¹⁸ and the natural lawyers Grotius¹¹⁹ and Pufendorf¹²⁰ as regarding the market price as a reflection of a purchaser's needs, the scarcity of goods and the costs of production of the goods.¹²¹ A just price was not viewed as a stable price but, one that fluctuated from day to day and from area to area, according to the differences in need, scarcity and cost.¹²² Thus Noonan in his book, *The scholastic analysis of usury*¹²³ and De Roover in his work on a just price¹²⁴ state explicitly that the late scholastics and natural lawyers identified a just price with the price on a competitive market which fluctuates daily and from place to place depending on need, scarcity, and cost. Gordley accepts that according to the late scholastics and the early natural lawyers the just price was the price for which goods were normally traded.¹²⁵ Such a price was determined by the cost of production, the need of the goods and their scarcity.¹²⁶

The question which requires further consideration is why these scholars believed that a fluctuating price would maintain equality. The answer to this question appears problematic. Gordley¹²⁷ has pointed out that in order to maintain equality the just price must always equal the cost of production. In such a case both seller and purchaser neither gain nor lose. The seller would receive the exact amount of her expenses and labour while the purchaser could resell for an amount equalling her expenditure. According to Langholm this economic model is today referred to as a long-run equilibrium price.¹²⁸ In a long-run equilibrium a market price set according to scarcity and need exactly covers the cost of production.¹²⁹ However, the Aristotelian scholars were unaware of the economic model relating to a long-run equilibrium and Gordley suggests that they were untroubled by the fact that a fluctuating price might not

be just in every transaction.¹³⁰ A competitive market price was consequently considered just because it preserved equality to the greatest extent if need and scarcity were considered and that prices must fluctuate in order to take account of scarcity and need.¹³¹

Be it as it may, this essay does not aim to provide a definitive answer to the question regarding a just price. The aim was to draw attention to the philosophical theory of commutative justice and the principle of equality in exchange as a means to explain that contract law can benefit from a doctrine of equality which departs from an equality of exchange rather than a doctrine of formal equality or equality of bargaining power.

7. Analysis

The point of interest for this paper is found in the fact that neither Aristotle nor Aquinas was an adherent of the principle of equality in whatever form.¹³² Recognising existing inequalities, their approach to ban exploitation from contract came from another direction, namely the outcome of the transaction. Aristotle's commutative justice is held by Gordley to be the key element. In synallagmatic contracts a certain symmetry of performances was required and the precept against unjust enrichment should be viewed within this context. The school of Salamanca developed a coherent theoretical framework in which the doctrine of *justum pretium* or *laesio enormis* played a significant role.¹³³

Modern contract is based on the will of the parties; this foundation is held to guarantee justice and party autonomy and is considered recognition of human dignity. The seed for this construct can be found already in Book III of *Nicomachean Ethics* of Aristotle where it is argued that man is responsible for his acts only to the extent that he acts freely and in the absence of ignorance or compulsion.¹³⁴ This is the postulate of equal freedom: every person should have the same freedom to structure his or her life, and in a peaceful and appropriate social order.

However, legal equality is the principle of formal equality ie that all members of a society must have equal general rights and duties. These rights and duties have to be grounded in general laws applicable to everyone. However, both legal and political equality¹³⁵ are abstract notions and do not take socio-economic reality into consideration. Equal opportunity requires that social institutions are designed in such a way that persons who are disadvantaged have an equal chance in the political or economic process. The main controversy here is to what extent the state should endeavour to establish equality of social conditions for all by way of taxes, the educational system, social insurance, and positive discrimination. The equality required in the economic sphere is the most complex as it tackles the question regarding what constitutes justified exceptions to the equal distribution of goods. Factors such as need or disadvantages compete with existing rights, such as differences in performance, efficiency, compensation and affirmative action.

Since parties to an exchange are seldom if ever equal in all relevant aspects of bargaining power, it is argued that such equal power is unnecessary for a fair exchange, as long as the dominant party refrains from exploiting her superior bargaining power. It is also argued that equal bargaining power does not automatically warrant a just exchange, since parties of equal power might both attempt to manipulate and coerce each other. However, it is widely

accepted that equality of bargaining power is important, since in the presence of vast disparities in bargaining power, it is almost impossible for the stronger party not to manipulate or coerce the weaker party. Therefore, experience has taught that a broad balance of power is practically necessary for a justice in exchange. Furthermore, a requirement governing all exchanges is that each party must respect the human dignity of the other, which respect usually requires an exchange of equivalents.

To identify an equality of bargaining power requires contextualization of the parties' relative situation at the time of the conclusion of the agreement. Inevitably this will require analysis of the exact source of procedural irregularities and deficiencies in the formation process of the contract. This route involving determination of an equality of bargaining power manifests a theory of procedural fairness. Courts are severely limited when it comes to discovering the will of the parties, which is often a matter of motivation and intention.

On the other hand a theory involving an equality of exchange manifests a hypothesis of substantive fairness. In consequence, to discover whether parties to a contract have treated each other as equals, it is convenient to see if what they exchanged was of equal value. If the exchange was unequal, it is proper to suspect a constraint on the party's autonomy such as misrepresentation, fraud or duress. In such instance it is justifiable to suspect that one party did not respect the equality of the other. Since courts can take notice of the equality of what was exchanged more readily than the equality of the parties, this approach is understandably focused on substantive fairness. Thus, the legal principles and rules governing contracts are consistent with the general principle that justice in exchange requires equality of market values rather than equality of the parties.

8. Conclusion

In a period in which metaphysical, religious and traditional views have lost their general plausibility¹³⁶ the remaining beacon in Western culture has become Human Rights. However, taking these rights seriously places a serious duty on all lawyers and changes most legal questions into moral-juridical debates. As we are facing the beginning of the 21st century we bear witness to a kind of re-moralization of contract law because an observance of decency is increasingly demanded from providers of goods and services, which undermines the presumption of equality. On the other hand, moral theologians and scholastics of the 16th and 17th centuries appear to have developed a coherent theory of contract relying on equality of exchange in response to the thin morality associated with the civilian tradition.

Hallebeek and Decock¹³⁷ have pointed out that early modern scholastic moral thought was in touch with real life and did not have some vague moral theory about a better world. The 16th and 17th century moral theologians were active in practice as consultants to businessmen and politicians, and were both theologian and jurist. Thus, in their fusion of Aristotelian-Thomistic philosophy and legal concepts from Roman, Canon, and statutory law, observance of the equality-principle of Aristotle's commutative justice stood central. Gordley emphasises the extent to which contract doctrine requires an ethical foundation. It is this notion that law and ethics are connected which has been resurrected by the South African Bill of Rights.

What is distinctive and important about the Scholastic analysis is that the basic focus is directed upon the object or objects transferred rather than on the parties to the transaction. This does not mean that the Scholastics did not consider the relationship between the parties to the exchange and, in particular whether that relationship was characterized by any elements which constrained their individual autonomy. But the affiliation between the parties was subordinate to the relation between the objects. In modern contract law it is the relationship between contracting parties which is emphasized and their relative situation which is taken into account when evaluating the fairness or not of a contract or term. Perhaps it is time to begin evaluating the relative outcomes of contracts, which evaluation appears to be more in the realm of the possibility than evaluation of the parties' relative position at the time of contracting. Gordley's commutative justice clearly supports the argument that exploitation in contracting should be outlawed and that the principle of reciprocity is required as one of the elements for enforceability. Experience has shown that formal equality does not guarantee substantive fairness while an equality in exchange appears to do so.

* Professor of Private Law, University of South Africa. Pretoria. hawthl@unisa.ac.za. This essay is based on research supported wholly by a grant from the University of South Africa's College of Law Research and Innovation Fund.

¹ Constitution of the Republic of South Africa 108 of 1996.

² Consumer Protection Act 68 of 2008; National Credit Act 34 of 2005.

³ Section 7 (1) states: "This bill of rights is a corner stone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.". Section 7(2) states: "The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights."

⁴ J Gordley "Contract law in the Aristotelian tradition" in P Benson (ed) *The theory of contract law* (2001) 286; S Liebenberg "Towards an equality promoting interpretation of socio-economic rights in South Africa: Insights from egalitarian liberal tradition" 2015 *South African Law Journal* 411ff; L Hawthorne "Constitution and contract: Human dignity, the theory of capabilities and *Existenzgrundlage* in South Africa" 2011 *Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Series: Iurisprudentia* at studia.law.ubbcluj.ro 2011 – Numeral 2 (published 30 August 2011).

⁵ J Gordley *The philosophical origins of modern contract doctrine* (1991); *id* "Contract law" (note 4 above) 265-335.

⁶ C W Maris "Inleiding: recht tussen macht en emancipatie" in Maris (ed) *Gelijkheid en recht* (referred to as *Gelijkheid* (1988) 18.

⁷ Maris *Gelijkheid* (note 6 above) 52-54; JC Smith and DN Weisstub *The Western idea of law* (1983) 618.

⁸ S Gosepath "Equality" *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition) EN Zalta (ed) at <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/equality> (on 12-5-2014).

- ⁹ SA Lloyd and S Sreedhar "Hobbes's Moral and Political Philosophy" *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition) EN Zalta (ed) at <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/equality> (on 12-5-2014); Thomas Hobbes (1588-1679); his most important work is *Leviathan, or The Matter, Forms and Powers of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, written during the English Civil wars (1642-1651) at www.biography.com/people/thomas-hobbes-9340461 (on 2-2-2015).
- ¹⁰ John Locke (1632-1704); his *Two treatises of government* (1590) were a landmark in the development of natural rights and social contract at www.biography.com/people/john-locke-9384544 (on 23-2-2015).
- ¹¹ Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755). *A discourse upon the origin and the foundation of the inequality among mankind* at www.gutenberg.org/cache/epub/11136/pg11136-images.html (on 5-5-2015; transcribed from CW Eliot (ed) *Harvard Classics* vol 34 (1910) translator not named); *Le contrat social* (1762) elaborated his doctrine of inequality.
- ¹² Gosepath "Equality" (note 8 above); M Rohlf "Immanuel Kant" *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition) EN Zalta (ed) at <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/kant> (on 12-5-2014). Kant (1724-1804). Gosepath refers to *Metaphysik der Sitten* (1797) in *Kants Gesammelte Schriften Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften 1900- .*
- ¹³ Kant *Metaphysik* 230.
- ¹⁴ Maris *Gelijkheid* (note 6 above) 18.
- ¹⁵ R Dworkin *Taking rights seriously* (1977) 370; cf also R Dworkin *Sovereign virtue: The theory and practice of equality* (2000) 65-119.
- ¹⁶ G Vlastos "Justice and equality" in J Waldron (ed) *Theories of rights* (1984) 41-76.
- ¹⁷ Gosepath "Equality" (note 8 above) distinguishes between formal, proportional, moral and distributive equality.
- ¹⁸ With different terms and arguments, this principle is conceived as a presumption by S I Benn & R S Peters *Social principles and the democratic state* (1959) 111 and by H A Bedau "Egalitarianism and the idea of equality" in J R Pennock, J Chapman (eds) *Equality* (1967) 3-27 at 19; and as a relevant reasons approach by B Williams "The idea of equality" in B Williams *Problems of self* (1973) 230-249; as a conception of symmetry by E Tugendhat *Inequality* (1993) 374; for criticism of the presumption of equality see P Westen *Speaking equality* (1990) chap 10.
- ¹⁹ The orthodox Marxist view of economic equality was expounded in the *Critique of the Gotha Program* (1875), in which Marx rejects the idea of strict equality. Cf Gosepath "Equality"(note 8 above).
- ²⁰ Traditional contract law refers to the so-called classical contract law. Built upon freedom of contract, classical contract law departs from the premise that both contracting parties are equal and the legal system impartially enforces the sanctions of the law of contract, irrespective of the circumstances of the parties. The equality adhered to is equality before the law and in this paradigm the law is not concerned with social and economic equality and/or any resulting inequality. For further reference see JN Adams and R Brownsword *Understanding Contract Law* (2004) 41f; PS Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) 226ff and 341ff; H Collins *The Law of Contract* (2003) 22f; L Hawthorne "The principle of equality in the law of contract" 1995 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins- Hollandse Reg* 157 164ff; D Bhana and M Pieterse "Towards a reconciliation of contract law and constitutional values: Brisley and Afrox revisited 2005 *South African Law Journal* 865 and 883ff; L Hawthorne "Distribution of wealth, the dependency theory and the law of contract" 2006 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse-Reg* 48 at 53ff; P Aronstam *Consumer protection, freedom of contract and the law* (1979) 14; J Wightman *Contract: A critical commentary* (1996) 85ff; J N Adams and R Brownsword *Key issues in contract* (1995) 59; W Friedmann *Law in a changing society* (1959) 131; GF Lubbe and CM Murray *Farlam and Hathaway: Contract- Cases, Materials and Commentary* (1988) 18-26.

- ²¹ This has been explicitly stated by the South African Supreme Court in *Brisley v Drotosky* 2002 (4) SA 1 SCA by Cameron JA at para [88] where he held: "All law now enforced in South Africa and applied by the courts derives its force from the constitution. All law is therefore subject to constitutional control, and all law inconsistent with the Constitution is invalid. That includes the common law of contract, which is subject to the supreme law of the Constitution."
- ²² John Stuart Mill *On liberty* Ch I 15-28 Ch IV 140-177 Ch V 183-186 197 at www.gutenberg.org/files/34901-h/34901-h.htm (on 10-5-2015); Hawthorne 1995 *THRHR* (note 20 above) 157 at 162.
- ²³ Collins (note 20 above) 6f.
- ²⁴ Lubbe and Murray (note 20 above) 26.
- ²⁵ AWB Simpson *History of the Common Law of Contract* (1974) 325.
- ²⁶ P Gabel and J Feinman "Contract law as ideology" in D Kairys (ed) *The politics of law: a progressive critique* (1982) 176; J Feinman "Critical Approaches to contract law" 1983 *UCLA LR* 831 at 834ff.
- ²⁷ Collins (note 20 above) 6; P Gabel "Reification in Legal Reasoning" *Research in Law and Sociology* Vol 3 (1980) 45.
- ²⁸ Gabel and Feinman (note 26 above) 183; Friedmann (note 20 above) 119; E Mensch "The history of mainstream legal thought in D Kairys (ed) *The politics of law: a progressive critique* (1982) 754; Feinman 1983 *UCLA LR* (note 26 above) 831 at 836. However, see the contribution made by S Van der Merwe, LF Van Huysteen, MFB Reinecke and GF Lubbe *Contract General Principles* (2012) and their contribution on the topics of good faith 274ff and public interest 166ff.
- ²⁹ Collins (note 20 above) 6; Gabel and Feinman (note 26 above) 176; R L Hale "Bargaining, Duress, and economic Liberty" 1943 *Columbia LR* 621f.
- ³⁰ Collins (note 20 above) 6.
- ³¹ Collins (note 20 above) 6.
- ³² See the provisions protecting the indigent consumer in the consumer legislation of the past years eg the South African Consumer Protection Act 68 of 2008 in general, but especially sec 52; Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union on a Common European Sales Law 11 October 2011, COM (2011) 635 final at <http://bit.ly/1eZPRJB> (on 1-4-2015).
- ³³ Hawthorne 1995 *THRHR* (note 20 above) 157ff.
- ³⁴ L Hawthorne "Concretising the open norm of public policy: inequality of bargaining power and exploitation 2014 *THRHR* 407.
- ³⁵ L Hawthorne "Materialisation and differentiation of contract law: can solidarity maintain the thread of principle which links the classical ideal of freedom of contract with modern corrective intervention" 2008 *THRHR* 438.
- ³⁶ Constitution Section 9.
- 1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.
 - 2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.
 - 3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

5) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

6) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

³⁷ Constitution Sec 1 The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: (a) human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.

Sec 7(1) The Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.

³⁸ 2014 ZACC 11.

³⁹ 2014 ZACC 11 para 40.

⁴⁰ Note 5 above.

⁴¹ This essay relies mainly on the chapter "Contract law" (note 4 above) and the articles "The moral foundations of private law" 2002 *The American Journal of Jurisprudence* 1-23; "Equality in exchange" 1981 *California LR* 1587-1656. For a full list of professor Gordley's work consult www.law.tulane.edu/uploadedFiles/Faculty_and_Admin/CVs/jgordley_cv.pdf (at 20-7-2015).

⁴² Bio-bibliographical information on these authors from the scholastic school (period ca 1500 to 1800 is available on Jacob Schmutz's (Université Paris-IV Sorbonne) website: www.scholasticon.fr; Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 69ff; W Decock and J Hallebeek "Precontractual duties to inform in early modern scholasticism" 2010 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 91.

⁴³ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 30ff.

⁴⁴ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 12; and 73ff.

⁴⁵ Gordley "Equality in exchange" (note 4 above) 286.

⁴⁶ Liebenberg 2015 *SALJ* 427 refers to Nancy Fraser's theory of 'parity of participation'. Liebenberg at 427 states that the standard of participatory parity is more demanding than formal equality because it requires the creation of conditions for people to participate in society as equals. Also Hawthorne 2011 2 (note 4 above), who supports Martha Nussbaum's "capabilities theory" to prevent enforcement of contracts which deny a contract party a minimum standard of existence and so compromises the individual's human dignity.

⁴⁷ Gordley "Contract law" (note 4 above) 298-309.

⁴⁸ Decock and Hallebeek (note 42 above) 93; Gordley "Contract law" (note 4 above) 307.

⁴⁹ Gordley "Contract law" (note 4 above) 310ff; Decock and Hallebeek (note 42 above) at 92 point out that the idea of justice in voluntary transactions as being commutative justice comes from Aquinas in his *Summa Theologiae*.

⁵⁰ Gordley "Contract law" (note 4 above) 311; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 89.

⁵¹ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1589.

⁵² Gordley "Contract law" (note 4 above) 309.

⁵³ Hawthorne 2011 2 (note 4 above).

⁵⁴ Gordley "Contract law" (note 4 above) 309; Liebenberg 2015 *SALJ* 411ff; Hawthorne 2011 2 (note 4 above).

- ⁵⁵ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 69-111; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1587ff.
- ⁵⁶ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 69ff; Gordley "Contract law" (note 4 above) 265ff.
- ⁵⁷ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 50; 82ff; Decock and Hallebeek (note 42 above) 92ff.
- ⁵⁸ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 10.
- ⁵⁹ The theology faculty of the University of Salamanca was the centre of academic excellence on the Iberian peninsula. Cf J Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 3f.
- ⁶⁰ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 6.
- ⁶¹ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 6ff.
- ⁶² Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 40.
- ⁶³ Aristotle *Nicomachean Ethics* V in R McKeon *The basic works of Aristotle* (1941) 927.
- ⁶⁴ C 4 44 2 Emperors Diocletian and Maximian to Aurelius Lupus. If you or your father sold property for less than its value, it is just that you should receive it back, through the authority of the judge upon restoring the price, or that the purchaser, at his election, should pay you what is lacking of the just price (and keep the property). A price is considered too little if one half of the true value is not paid. (Promulgated October 28 285). C 4 44 8 The same Emperors and the Caesars to Aurelia Euodia. If your son sold your land with your consent, fraud of the purchase through cunning and trickery should be shown, or fear of death or imminent bodily harm, in order to avoid the sale. The fact that you state that the land was sold for a little less than its value, is not alone sufficient to invalidate the sale. For if you consider the nature of purchase and sale, that when the parties are intending to enter into such contract, the purchase wants to purchase for less, the seller wants to sell for more, and that it is with difficulty and after many contentions, the seller gradually receding from what he asked, the purchase adding to what he offered, that they finally (the possibilities for political participation should be equally distributed; all citizens have the same claim to participation in forming public opinion, and in the distribution, control, and exercise of political power), consent to a definite price, you surely must see that neither good faith, which protects the contract of purchase and sale, nor any other reason, permits that the contract, completed by consent, either immediately or after discussion of the price, should be rescinded on that account, unless less than half of the value of the property at the time of the sale was given, and in such case the purchaser has the right of election already extended to him (to pay the remainder of the just price). Given December 1 293).
- ⁶⁵ Grotius (1583-1645) one of the fathers of modern natural law and international law on account of his *De Jure Belli ac Pacis* published in 1625 at www.britannica.com/biography/Hugo-Grotius (on 1-7-2015).
- ⁶⁶ Samuel Pufendorf (1632-1694) another founder of modern natural law at plato.stanford.edu/entries/pufendorf-moral (on 15-6-2015); Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 75 and 75 n 23.
- ⁶⁷ Jean Barbeyrac (1674-1744) translated Grotius and Pufendorf but made own contribution as well at www.biographybase.com/biography/Barbeyrac_Jean.html (on 1-7-2015).
- ⁶⁸ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 71-75.
- ⁶⁹ Jean Domat (1625-1695) 17th century systematiser of Roman law and a such a distant source of the Code Civil. at www.universalis.fr/encyclopedie/jean-domat (on 1-7-2015); AA Roberts *A South African legal bibliography* (1942) 107; RC van Caenegem *An historial introduction to private law* (1992) 6.
- ⁷⁰ Robert Joseph Pothier (1699-1772) whose *Traité des obligations* (1761-1764) had a decisive influence on the Code Civil; Van Caenegem (note 69 above) 7; Roberts (note 69 above) 242.

- ⁷¹ The Prussian Civil Code promulgated in 1794, a product of the Enlightenment at www.brittanica.com/topic/Prussian-Civil-Code (on 11-6-2015); Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1592.
- ⁷² Code Civil Livre III Titre III Des contrats ou des obligations conventionnelles en general (gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517 at 17-7-2015) (Book III Title III artt 1101-1369-11 Of contracts and conventional obligations in general at www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/.../Code_22pdf (on 17-7-2015); Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1593f.
- ⁷³ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 7; JB Schneewind *The invention of autonomy: A History of modern moral philosophy* (1998) 73ff 96 102 122 139 141 157f 247 257.
- ⁷⁴ Gradually it came to be recognized that making a contract at law and in politics was not "an exercise of the virtue of liberality by which one enriched another, or of the virtue of commutative justice by which one exchanged things of equal value." Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 7.
- ⁷⁵ AWB Simpson "Innovation in nineteenth century contract law" (1975) *Law Quarterly Review* 266; Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 7f.
- ⁷⁶ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 8.
- ⁷⁷ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 4ff; R Feenstra "Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel" in R Feenstra (ed) *The world of Hugo Grotius* (1984) 65-81 and 78-80; B Tierney *The idea of natural rights* (1997) 317-329.
- ⁷⁸ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 6ff.
- ⁷⁹ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 7f.
- ⁸⁰ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 8ff. By the nineteenth century, contract scholars were shedding the conventional explanations of the doctrinal structure: those explanations, presupposing as they did an Aristotelian framework of thought, seemed unintelligible. Increasing reliance was placed on the will of the parties as the basis of all contractual principles.
- ⁸¹ C Fried *Contract as promise* (1981), *passim*; M J Radin *Boilerplate The fine print, vanishing rights, and the rule of law* (2013) ch 4; MJ Trebilcock *The limits of freedom of contract* (1993) ch 1; R A Posner *Economic analysis of law* (2011) *passim*; HB Schäfer and C Ott *The economic analysis of the civil law* (2004) *passim*.
- ⁸² Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 224.
- ⁸³ RA Posner *Economic analysis of law* (1973) 126; For an introduction into this paradigm L Kornhauser "The economic analysis of law" *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition) EN Zalta (ed) at <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/legal-econanalysis> (on 28-7-2015).
- ⁸⁴ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 7f; *id* "Moral foundations" (note 41 above) 1ff.
- ⁸⁵ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 10ff refers to Aristotle *Nicomachean Ethics* V 2.
- ⁸⁶ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 10ff refers to Thomas Aquinas *Summa theologiae* II-II, qv. 88, art 3; qv 110, art 3 ad 3; Also Gordley "Good faith in the medieval *Ius Commune*" in R Zimmermann and S Whittaker (eds) *Good Faith in European contract law* (2000) 93-117 at 107.
- ⁸⁷ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 10 ; *id* "Contract law" (note 4 above) 265ff; *id* "Moral foundations" (note 41 above) 1-23; *id* "Equality in exchange" (note 41 above) 1587-1656.
- ⁸⁸ Radin (note 81 above) 67.
- ⁸⁹ Gordley *Philosophical origins* 72f; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1623; JB Murphy "Equality in exchange" 2002 *American Journal of Jurisprudence* 85.
- ⁹⁰ Gordley "Contract law" (note 4 above) 286.

- ⁹¹ Gordley "Moral foundations" (note 41 above) 1.
- ⁹² Gordley "Contract law" (note 4 above) 309; Radin (note 81 above) 67.
- ⁹³ Gordley "Contract law" (note 4 above) 333; Radin (note 81 above) 68.
- ⁹⁴ Gordley "Contract law" (note 4 above) 333; According to Gordley the distinction between distributive and commutative justice was initially presented by Aristotle in the fifth book of the *Nichomachean Ethics*. McKeon (note 63 above) 927.
- ⁹⁵ Gordley "Contract law" (note 4 above) 286; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1589.
- ⁹⁶ Gordley "Contract law" (note 4 above) 265, and 313.
- ⁹⁷ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1589f; Murphy (note 89 above) 86.
- ⁹⁸ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1590. R Feenstra in "Grotius' doctrine of unjust enrichment as a source of obligation: Its origin and its influence on Roman-Dutch law" in E Schrage ed *Unjust enrichment* (1995) 197.
- ⁹⁹ Feenstra (note 98 above) 197; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 4.
- ¹⁰⁰ Gordley "Moral foundations" (note 41 above) 5.
- ¹⁰¹ Involuntary commutative justice involved acts of theft, adultery, assault, imprisonment, murder robbery, mutilation, abuse and insult. Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1590 refers to Aristotle *Nichomachean Ethics* in McKeon (note 63 above) 1131a. In this essay the accent falls on Aristotle's understanding of contractual commutative justice and that of delict will not be dealt with.
- ¹⁰² Gordley in "Equality in exchange" (note 41 above) 1590 refers to Aristotle *Nichomachean Ethics* in McKeon (note 63 above) 1131a.
- ¹⁰³ Gordley in "Equality in exchange" (note 41 above) 1590 refers to Aristotle *Nichomachean Ethics* in McKeon (note 63 above) 1132a-32.
- ¹⁰⁴ Gordley "Contract law" (note 4 above) 309.
- ¹⁰⁵ Gordley "Equality and exchange" (note 41 above) 1590 refers to Aquinas *Summa Theologica* II-II, q 77, a. 1 (Biblioteca de Autores Cristianos 1961).
- ¹⁰⁶ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 69.
- ¹⁰⁷ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 94ff.
- ¹⁰⁸ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 17.
- ¹⁰⁹ Murphy (note 89 above) 87.
- ¹¹⁰ Gordley *Philosophical origins* 94. For this opinion Gordley relies on Lessius *De iustitia et iure* (1628) lib 2 cap 17 dub 1; Molina *De iustitia et iure tractatus* (1614) disp 252.
- ¹¹¹ Gordley "Contract law" (note 4 above) 312; Murphy (note 89 above) 87.
- ¹¹² Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 94.
- ¹¹³ Gordley "Contract law" (note 4 above) 312; Murphy (note 89 above) 87.
- ¹¹⁴ Gordley "Moral foundations" (note 41 above) 17.
- ¹¹⁵ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on Covarruvius *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum libri quatuor* (1568) II, iii no 5.
- ¹¹⁶ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on De Castro *In Primam Codicem partem Commentaria* (1495) 4 44 2 no 4.
- ¹¹⁷ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on Molina *De iustitia et iure* (1614) II disp 348 no 3.
- ¹¹⁸ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on De Soto *Libri decem de iustitia et iure* (1553) VI q 2, a 3.

- ¹¹⁹ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on Grotius *De iure belli ac pacis libri tres* (1680) II xii, 14.
- ¹²⁰ Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on Pufendorf *De jure naturae et gentium libri octo* (1672) VI 6.
- ¹²¹ O Langholm *Price and value in the Aristotelian tradition* (1979) 61-143; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605; Murphy (note 89 above) 87.
- ¹²² Langholm (note 121 above) 28-31 and 61-143; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605; Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 94-102; Gordley "Moral foundations" (note 41 above) 3; Gordley "Equality in exchange" (note 41 above) 1605 relies on De Soto (note 118 above), Molina (note 117 above). Thomas Aquinas took the same factors into consideration in *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio* lib 5 lec 9 and *Summa theologica* II 2 Q 77 a 3 ad 4.
- ¹²³ J Noonan *The scholastic analysis of usury* (1957) 82-88.
- ¹²⁴ R De Roover "The concept of the just price and economic policy" 1958 *Journal of economic history* 410.
- ¹²⁵ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 96.
- ¹²⁶ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 97 refers to: De Soto (note 118 above), Molina (note 117 above). Also Thomas Aquinas (note 122 above). Langholm (note 121 above) 61-143 mentions that this argumentation by the late scholastics was not original since the medieval commentaries to Aristotle's *Ethics* had repeatedly reiterated this point. Langholm also views St Thomas Aquinas *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio* lib 5 lec 9 as a foundational text.
- ¹²⁷ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 98.
- ¹²⁸ Langholm (note 121 above) 34.
- ¹²⁹ Langholm (note 121 above) 34.
- ¹³⁰ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 99.
- ¹³¹ *Ibid.*
- ¹³² See note 6 above.
- ¹³³ Gordley *Philosophical origins* (note 5 above) 69-112.
- ¹³⁴ De Kock and Hallebeek (note 42 above) 91.
- ¹³⁵ The possibilities for political participation should be equally distributed; all citizens have the same claim to participation in forming public opinion, and in the distribution, control, and exercise of political power.
- ¹³⁶ J Habermas "Discourse ethics: notes on a program of philosophical justification" in J Habermas *Moral consciousness and communicative action* (translated by C Lenhardt, S Weber Nicholsen) (1990) 43-115.
- ¹³⁷ Decock and Hallebeek (note 42 above) 104.

ARTICOLE

ROMÂNIA – STAT DE DREPT SAU STAT FISCAL?

Septimiu Ioan PUȚ*

Abstract. Romania – Rule of Law or Rule of Taxation? *The rule of law claims a cult of law, great trust in justice and marks the symbols of power. Fundamental rights are guaranteed and respected.*

In the rule of taxation, fundamental rights are proclaimed, but unsecured, institutional powers are set by law, but they are violated, the hierarchy of laws is constitutional established, but is not respected.

The rule of law involve a value system benefiting from a legislative consecration and a state guarantee mechanism.

The rule of law automatically means a certain standard politico-legal. The rule of taxation means abdication from this standard. Taxation becomes the main purpose of government.

Keywords: *rule of law, non-retroactivity of the law, legal order, right, taxation.*

Cuvinte cheie: *stat de drept, neretroactivitatea legii, ordine juridică, drept subiectiv, fiscalitate*

1. Despre statul de drept

În perioada contemporană, în diverse medii și mai ales în discursul public, conceptele de democrație și stat de drept sunt prezentate drept intangibile. Nu este o afirmație peiorativă, pentru că acestea sunt câștiguri incomensurabile ale societății românești, doar că în realitatea politico-juridică se observă multe mentalități, concepții, proceduri, acțiuni care subminează intangibilitatea proclamată.

Raporturile pe care statul le întreține cu dreptul sunt complexe și dificil de explicat din cauza faptului că, pe de o parte, statul este cel care creează dreptul și, pe de altă parte, ar trebui să fie el însuși supus acestui drept creat pentru ca acțiunile sale să nu devină arbitrar. Caracterul suveran al statului face aproape incomprehensibilă supunerea sa față de drept. Teoria statului de drept încearcă mai întâi să justifice rațional această supunere a statului față de dreptul pe care chiar el îl “produce” și mai apoi să construiască mijloacele care să asigure această supunere în vederea garantării libertății individuale, imprimând dreptului anumite calități care îl fac susceptibil să asigure securitatea juridică a indivizilor în condițiile unei etatizări

din ce în ce mai accentuate a societății. Astăzi, etatizarea devine un concept expandabil care se desăvârșește prin intermediul legiferării. Dezvoltarea raporturilor sociale impune transformarea acestora în raporturi juridice, pentru a exista reguli clare care să le guverneze devenirea și, mai mult, pentru a nu ieși dintr-o zonă pe care statul modern și-o dorește controlabilă.

Sub aspect terminologic, termenul “stat de drept” este traducerea literală a cuvântului *Rechtstaat*¹. Fiind aproape la fel de greu de definit precum conceptele de: “putere a statului”, “suveranitate”, “legitimitate”, “ordine juridică”, “democrație”², statul de drept nu poate fi explicat și rezumat printr-o definiție unică, inflexibilă. Noțiunea de “stat de drept” este ambiguă la fel ca și celelalte concepte din același registru, mai ales din cauza faptului că există mai multe moduri de înțelegere a fundamentului relației de supunere a statului față de drept. Denumirea “stat de drept” “vrea să sugereze ideea că statul nu este absolut independent în activitatea sa, ci este îngădit de autoritatea dreptului”³. Aceasta pentru că “într-o organizație juridică pozitivă dată, Statul – subiect al voinței impuse de această organizație – e *centrul de iradiație al normelor* care o compun”⁴. Din această perspectivă, trebuie să recunoaștem că teoria statului de drept s-a cristalizat ca o necesitate de fundamentare și justificare a principiilor dreptului public.

Din punct de vedere teoretic, statul de drept presupune supremația legii, domnia acesteia care ar trebui să conducă la echilibrarea raporturilor dintre aceasta⁵ și stat, cu același fundament pe care teza funciară a separației puterilor în stat îl propunea și anume: prezervarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Din punct de vedere practic, ideea statului de drept are implicații și consecințe dintre cele mai importante în ceea ce privește raporturile dintre funcțiile statului, dar și garantarea efectivă, nu doar proclamativă a drepturilor și libertăților fundamentale.

Este greu de identificat istoricește momentul la care acest concept se cristalizează. Este cert însă că teoria statului de drept s-a conturat și acumulat în timp, pornindu-se de la tezele dreptului natural peste care s-au suprapus ideile liberalismului și ale democrației. Acesta este “un stat în care se profesează cultul dreptului. Statul de drept se reîntoarce deci la concepția idealizării dreptului. Esența statului de drept este normativismul”⁶.

Se impune să evităm confuzia între statul de drept și ordinea juridică care reprezintă într-o formulă expeditivă totalitatea regulilor de organizare a vieții oamenilor dintr-o societate. Totuși, ordinea juridică este mai mult, “atât pentru spiritul care încearcă a cunoaște, cât și pentru corpul care întreprinde a lucra și care se manifestă în acțiuni asupra lumii din afară, ordinea în care porcede este singura cheazășie a unei cunoștințe exacte sau a unei acțiuni izbutite”⁷.

Prin urmare, statul de drept este un apărător al ordinii juridice cu tot ce reprezintă ea, supunere sau rigoare. S-a spus că “toate societățile, chiar și cele ce par imobile, sunt obsedate de sentimentul vulnerabilității lor”⁸. Statul de drept urmărește să elimine această vulnerabilitate, imprevizibilitate, să mențină ordinea juridică. În statul de drept, vulnerabilitatea este limitată, este adusă la un stadiu acceptabil, se creează, altfel spus, sentimentul siguranței, o valoare în sine, dar și premisă a altor valori.

De fapt, statul de drept este un promotor al valorilor. El este un concept axiologic dintr-o perspectivă dublă: este bazat pe niște valori și, totodată, promovează anumite valori, garantând preluarea acestora prin normele juridice care au ca scop crearea unor garanții reale

pentru subiectele de drept destinate. “Certitudinea dreptului implică mai întâi accesibilitatea regulii juridice, ceea ce impune caracterul public al regulii ca pe un element intrinsec al juridicității sale și claritatea exprimării regulii, care să o facă inteligibilă pentru toți și, mai apoi, implică neretroactivitatea normelor juridice și caracterul previzibil al schimbărilor normative. Pe de altă parte, dreptul statului de drept trebuie să fie bazat pe anumite valori care sunt inerente individului uman, democrației și liberalismului. El este un stat de drept substanțial, nu doar formal, bazat pe demnitatea umană, pe libertatea inerentă tuturor ființelor umane, pe participarea reală a cetățenilor la constituirea și exercițiul puterilor publice și pe o limitare a intervenției statale la acele acțiuni care sunt necesare și proporționale cu scopul vizat”⁹.

Așa cum arătam, miza principală a “construirii” statului de drept a fost și rămâne aceea a protejării drepturilor subiective naturale. “Kant considera că statul legitim (statul de drept – n.n.) este cel care are ca scop apărarea drepturilor inalienabile ale omului și în care politica este subordonată moralei”¹⁰.

Pare tautologică asocierea “stat de drept”, în considerarea ideii că statul însuși ca și construcție politică implică o juridificare indiscutabilă, dar această sintagmă s-a încetățenit și acumulat conceptual ca atare. Terminologia marchează simbolismul. Interdependența dintre stat și drept este sugerată cu precizie și concizie prin această expresie. Cele două elemente care până la acest moment au fost privite separat, formează o asociere inedită ce vrea să sugereze că dreptului îi este indispensabil statul, pentru crearea regulilor juridice, întărirea sistemului juridic și asigurarea constrângerii juridice, în timp ce statului îi este indispensabil dreptul, pentru a exprima și legitima puterea, dar și pentru a crea modele comportamentale generale și imperative, destinate membrilor societății. Din acest unghi, statul de drept “poartă în el o *simbolică a puterii*, care constituie un puternic vector de legitimare a exercițiului său”¹¹.

Sigur că marea majoritate a normelor juridice sunt elaborate de către statul pe teritoriul căruia urmează a fi aplicate. Statul este cel care elaborează aceste norme juridice, ținând cont de o paletă largă de factori reprezentativi. Cristalizarea normei juridice se face prin raportare la factorul istoric, geografic, economic, cultural, internațional, la mentalități chiar, sau la religie. Sigur că în centrul acestor izvoare reale ale dreptului se situează omul¹². Normele juridice care nu sunt elaborate de către stat, dobândesc forța juridică specifică doar printr-o formalizare a statului, adică printr-o recunoaștere a acestuia, care le “îmbracă” cu forța sa imperativă și de constrângere.

2. Elementele dreptului statului de drept

Având în vedere că a existat o reticență sau cel puțin o sensibilitate din partea doctrinei în a defini acest concept printr-o formulă concisă și precisă, se impune să apelăm la elementele care conturează caracteristicile de bază ale statului de drept.

Astfel, în acord cu teoria susținută de către belgianul François Rigaux, particularitățile statului de drept constau în: subordonarea puterii față de drept; o structură piramidală a puterii și difuzarea ei unui număr mare de organisme; garantarea drepturilor și libertăților fundamentale; participarea cetățenilor la exercitarea puterii prin: a) controlul jurisdicțional al

respectării dreptului de către organele statului prin recursul jurisdicțional și b). controlul de natură politică, exercitat prin adunări alese; limitarea fiecăreia dintre cele trei puteri: legislativă, executivă și judecătorească de către celelalte două; ierarhizarea puterii executive și a puterii judecătorești care să permită controlul între autoritățile existente în sistemul aceleiași puteri¹³.

Apoi, într-o altă opinie, trăsăturile definitorii ale statului de drept ar fi: autonomia dreptului, previzibilitatea, separația puterilor, regimul constituțional și promovarea drepturilor omului¹⁴.

În același sens, au mai fost evidențiate și alte două cerințe fundamentale: dreptul statului de drept trebuie să fie cert, cu tot ceea ce implică certitudinea normei de drept și dreptul statului de drept trebuie să se bazeze pe anumite valori neechivoce¹⁵.

Practic, toate cele trei opinii conturează același cadru.

Certitudinea dreptului pozitiv implică mai multe chestiuni.

Mai întâi, pentru a ajunge la subiectul destinat căruia i se pretinde o conduită din partea statului¹⁶, norma juridică trebuie să fie publică. Publicitatea normei se realizează în mod diferit, în funcție de natura actului normativ care conține acea regulă de drept. De la publicarea în Monitorul Oficial, pentru legi, ordonanțe de Guvern simple sau de urgență, hotărâri ale Guvernului, până la afișarea sau publicarea într-un cotidian a unor acte normative elaborate de către autoritățile publice locale.

Norma juridică înseamnă caracter general, impersonal și imperativ. În această formulă abstractă, tipică, regula de drept trebuie să se prezinte în fața destinatarului ei pentru a putea fi numită o "normă juridică activă". "O normă care nu este publică nu este juridică. Acest caracter public al normei juridice cuprinde însă mai multe aspecte. Mai întâi norma trebuie să fie o creație a spațiului public, adică trebuie să fie creată în acel spațiu rezultat din uzajul public pe care subiecții îl fac rațiunii lor. Este exclus ca dreptul statului de drept să fie un drept al grupurilor: el este un drept al cetățenilor, adică al indivizilor care acționează în spațiul public pentru binele comun, detașați de afilierea lor grupale particulare. Mai apoi, norma, pentru a fi juridică, trebuie să fie adusă la cunoștința publicului printr-un mijloc adecvat, de obicei prin publicarea într-un jurnal oficial. O normă care nu poate fi cunoscută pentru că nu este publică, ci secretă, nu este normă juridică"¹⁷.

Pe lângă asigurarea publicității, se impune și asigurarea accesibilității normelor dreptului etatizat. Statul trebuie să se preocupe de instituirea unui sistem de publicitate a normelor juridice care să fie accesibil subiecților de drept destinate care sunt cele interesate în a se conforma dispozițiilor normative imperative, tocmai pentru a nu fi predispuși aplicării unor sancțiuni ca urmare a nerespectării conduitelor impuse.

În al doilea rând, norma juridică trebuie să fie clară, comprehensibilă și riguroasă. Ea nu trebuie să poarte amprenta impreciziei și pripelii sub aspectul legiferării, așa cum putem observa uneori în practica parlamentară și administrativă. Norma de drept trebuie să fie precisă, pentru ca subiectul de drept¹⁸ căruia i se adresează să o poată înțelege și, mai mult, să i se poată conforma. Tocmai de aceea se impune ca termenii tehnici utilizați să fie mai întâi definiți pentru a asigura această cerință de precizie¹⁹.

În al treilea rând, se impune consacrarea și asigurarea de către stat a principiului elementar al neretroactivității normelor juridice.

Retroactivitatea normei de drept înseamnă aplicarea ei unor fapte sau acte juridice care au fost săvârșite sau încheiate înainte de intrarea acesteia în vigoare, adică înainte ca ea să fie publică și activă, să producă efecte juridice. Constituția României prohibește în mod expres retroactivitatea normelor juridice, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile, prevederea conținută în art. 15 alin. 2 fiind clară: “Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”²⁰.

Astfel, deși doctrina teoriei dreptului a rămas tributară unei vechi concepții care identifica existența a trei excepții ale principiului neretroactivității normelor juridice²¹, textul constituțional și realitatea ne conving că există o singură excepție, aceea a legii penale sau contravenționale mai favorabile pentru subiectul de drept interesat, personajul central al unui dosar: inculpatul sau contravenientul, cel care se situează pe poziția cea mai ingrată.

Ceea ce impune existența unei singure excepții de la principiul neretroactivității normei de drept este securitatea juridică. Totodată, este firesc ca statul să nu devină absurd și să pretindă din partea cetățenilor ca aceștia să se formalizeze preventiv general, pentru a evita o posibilă incriminare a comportamentelor lor anterioare, în ideea că, la un moment dat, dintr-un comportament licit statul să facă un comportament ilicit cu putere retroactivă.

Apoi, este cert că rigorile menționate, de claritate, publicitate, comprehensibilitate nu pot fi asigurate prin apelarea la retroactivitatea normei juridice, cu depășirea prevederii textului constituțional, indiferent de considerentele preferate.

Așadar, nicio lege, indiferent de natura sa, nu poate deroga de la acest principiu, singura excepție fiind cea a legilor penale sau contravenționale mai favorabile.

În al patrulea rând, trimitem la previzibilitatea normei juridice. Chiar dacă această previzibilitate are un caracter subsidiar în raport cu primele trei elemente menționate²², ea induce ideea de continuitate, de consecvență din partea autorităților legislative a statului în ideea de a se ajunge la realizarea politicilor stabilite. “Modificarea pentru viitor a regimurilor juridice trebuie să nu afecteze excesiv stabilitatea normativă printr-o prea deasă modificare care ar deveni imprezvizibilă. Căci statul de drept presupune previzibilitatea constrângerii nu doar prin încadrarea legală a acțiunii administrațiilor, ci și prin previzibilitatea schimbării dreptului, adică prin temperarea activității normative a statului. Astfel nu doar o lege retroactivă este contrară statului de drept, ci și o lege intempestivă”²³.

Dintr-o perspectivă tehnică, în opinia lui Hans Kelsen, norma juridică prezintă “cinci elemente: imperativul ipotetic, constrângerea, validitatea²⁴, înlănțuirea și eficacitatea”²⁵. Potrivit aceleiași opinii, statul și dreptul coincid: “Statul este ca subiect, ca subiect de drept, ca persoană, numai personificarea ordinii juridice”²⁶. Mai mult, în acord cu teoria kelseniană, statul este celălalt nume al ordinii juridice, astfel că expresia “stat de drept” nu poate fi decât un pleonasm.

Dar, din perspectiva arhitecturii statului constituțional se observă că statul și dreptul nu coincid, nu pot fi reduse la “personificarea ordinii juridice”. “Structurarea ordinii juridice se realizează într-un dublu sens: a) Diferențierea normelor juridice și articularea lor conform principiului ierarhiei și al subordonării; b) Instituirea unui control jurisdicțional vizând garantarea și stabilitatea acestui aranjament piramidal”²⁷.

Nu este vorba doar de o simplă structurare a normelor juridice, plecându-se de sus în jos de la norma constituțională și până la ultima normă a ierarhiei, ci mai mult, de o raționalizare a întregului sistem normativ statal. “Cum se poate evita criza de raționalitate a sistemului normativ juridic? Fie considerat, *ius latum*, ca drept obiectiv, fie *ius strictum*, ca drept pozitiv, *dreptul este ordine*, în sensul înțelegerii acesteia ca un sistem de norme a căror unitate este dată de faptul că validitatea oricăreia dintre normele considerate, ca și a întregului sistem, rezidă în și decurge din norma fundamentală. Altfel spus, validitatea fiecărei norme considerate, normă aparținând sistemului, decurge din validitatea - atribut, predicat deplin a normei fundamentale. O normă dată este o normă juridică dacă și numai dacă o astfel de normă aparține sistemului și dacă validitatea sa decurge din cea a normei fundamentale a întregului sistem”²⁸.

Despre raționalitate, socialitate și obligativitate vorbește și E. Speranția când definea dreptul ca fiind: “un sistem de norme de acțiune socială, rațional armonizate și impuse de societate”²⁹.

Apoi, dreptul statului de drept trebuie să fie puternic încărcat axiologic³⁰.

Prima valoare pe care dreptul trebuie să-o recepteze și să-o proclame este valoarea umană. “Demnitatea omului este valoarea supremă a statului de drept, ceea ce înseamnă că acest tip de stat pune persoana umană în centrul edificiului statal și juridic. Proclamarea demnității umane ca bază a sistemului juridic creează premisele înțelegerii omului ca ființă universală, debarasată de prejudecățile credinței, rasei, etniei, condiției sau poziției sociale”³¹.

În contemporaneitate, orice derapaj discriminatoriu din partea statului, indiferent de considerentul avut în vedere sau de criteriul mai mult sau mai puțin cosmetizat este impardonabil.

Apoi, libertatea individuală este și trebuie să rămână valoarea supremă a statului de drept³².

Se impune ca drepturile și libertățile fundamentale să beneficieze astăzi de mijloace efective și specifice de protecție, cu atât mai mult cu cât sunt aduse ca pretext de nenumărate ori în discursurile publice și în numele lor se ajunge la comiterea de atrocități. Și pentru că juristii consideră că libertățile recunoscute sau proclamate fără garanții țin mai mult de filosofie decât de drept, pe de o parte au *construit* diverse garanții, iar pe de altă parte, au descifrat unele pornind de la texte incidente preexistente. Prin urmare, se discută despre două mari tipuri de garanții: de fond și de procedură³³.

Având în vedere importanța colosală și actualitatea poziției lor în sistemele de drept contemporane, au fost create diverse instrumente de protecție juridică a drepturilor omului, considerate chiar supraconstituționale în legislația statelor semnatare, cum ar fi Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Pactul Internațional privind drepturile economice, sociale și culturale, Pactul Internațional privind drepturile civile și politice ș.a.m.d.³⁴

În al treilea rând, egalitatea în fața legii și a justiției, dreptul procesual la apărare, prezumția legală de nevinovăție și particularitățile acesteia în procesul penal și chiar civil, independența și imparțialitatea funcției jurisdicționale, sunt toate valori pe care statul de drept le promovează.

Dar, statul de drept a uzat și uzează de un instrument definitoriu: *nemo censetur ignorare legem*.

La o privire secvențială, evolutivă, constatăm trei momente posibile de transformare: *nemo censetur ignorare legem – rule of law*³⁵ – stat de drept³⁶.

Actualmente însă, principiul este dilatat forțat. Subiectul de drept obișnuit nu are cum să cunoască toate dispozițiile legale ale dreptului pozitiv. Dinamica deosebită a legiuitorului care creează o inflație legislativă³⁷, coroborată cu “legiferarea” consistentă din partea Guvernului, cu dezvoltarea raporturilor juridice din diverse ramuri de drept, face acest principiu cvasi-desuet. Sigur că principiul rămâne un mijloc de protecție, de siguranță pentru stat, tocmai ca individul să nu escaladeze prin această scuză permeabilitatea sistemului de drept și să ridice în fața forței coercitive a statului excepția ignoranței normative.

Principiul acesta își găsea justificarea și utilitatea naturală în momentul în care funcția legislativă era statică și se limita la elaborarea unui număr redus de legi, realitatea specifică unei epoci în care raporturile sociale erau puțin numeroase. În sistemul nostru de drept, prezumția legală a cunoașterii legii, ea însăși o ficțiune juridică, este de-a dreptul utopică.

Pe lângă cerințele de claritate, comprehensibilitate, publicitate și valorile vehiculate, statul de drept mai trebuie să însemne proceduri clare: procedura legislativă, procedura de vot, procedura de judecată, procedura de declanșare și judecată în căile de atac ș.a. Toate aceste proceduri pot fi traduse în garanțiile pe care indivizii le așteaptă de la stat în diverse situații care le pot afecta poziția juridică³⁸. Astfel, statul de drept este opus hazardului, este riguros, ordonat și neechivoc.

Așa-zisa separație a “puterilor statului” rămâne însă premisa statului de drept. Statul de drept urmărește consolidarea unui mecanism de limitare și juridicare a puterii.

Se consideră că există cel puțin trei direcții pe care statul de drept se axează: “1). consacrarea și garantarea efectivă a drepturilor fundamentale ale omului; 2). stricta subordonare a autorităților statale, a statului (înțeles ca sistem organizațional ce realizează conducerea politică a societății) față de regulile de drept (naționale și internaționale, în situația ratificării tratatelor din care aceste reguli fac parte) și 3). separația puterilor în stat, existența unui control reciproc între acestea”³⁹.

S-a mai afirmat despre statul de drept că este un “principiu de amenajare și de limitare a puterilor publice”⁴⁰. Sigur că din punct de vedere teoretico-juridic, statul de drept reprezintă o construcție solidă, dar, totuși rămâne o construcție doctrinară. Aceasta pentru că sunt numeroase pericole care amenință și pun în discuție pe un ton grav însăși existența statului de drept. Dintre acestea, se impune să amintim: hemoragia legislativă, activitatea discreționară și chiar vexatorie a organelor administrației publice, reacția disproporționată a organelor etatice la manifestări publice spontane sau organizate implicând chiar utilizarea armelor de foc sau excesul de independență al funcției judecătorești și de statut al judecătorilor⁴¹.

Totuși, concluzia nu poate fi alta decât că trebuie redusă “distanța dintre statul de drept imposibil și statul de drept inevitabil al zilelor noastre”⁴², care este o realitate puternică, o certitudine.

3. Situația statului de drept român. Problematizarea chestiunii fiscale

Fixarea ideologică a pilonilor statului de drept, face necesară verificarea rezistenței pozitive a acestora în dreptul intern, printr-o modalitate facilă și elocventă: detectarea excepțiilor de la principiile descrise mai sus prin reliefaarea influențelor fiscale, atât pe palierul normativ, cât și pe cel administrativ sau jurisprudențial⁴³.

Arătăm că, în înțelegerea contemporană, democrația apare ca un concept axiologic indispensabil. Însă, realitatea politico-juridico-socială din România ne face să ne întrebăm dacă aceasta este veritabila democrație sau, în lamentările noastre nu observăm că este o “dictatură” *de facto* neînțeleasă? Un guvern care, în spatele cortinei politice își creează și menține o majoritate parlamentară liniștitoare, dictând politicile naționale, care abuzează de ordonanțele de urgență, deși funcția sa “naturală” nu este aceasta, care nu doar că nu ține seama de vocea minorității parlamentare, dar nici nu o aude și care ajunge să lezeze în anumite situații însăși interesele și drepturile subiective ale propriilor cetățeni – titular ai suveranității, poate fi calificat cel puțin ca un guvern care a abdicat de la principiile democratice.

Suveranitatea aparține poporului și este definită ca “puterea supremă într-o ierarhie politico-legală, fiind cel mai important element din această ierarhie”⁴⁴. Este deja de notorietate că suveranitatea implică două componente interdependente: *supremația puterii* care reprezintă dreptul puterii etatice de a decide, fără nicio imixtiune din partea celorlalte puteri sociale, în problematica guvernării și *independența puterii* care reprezintă dreptul puterii etatice de a decide, fără nicio imixtiune din partea celorlalte state, în problemele ce aparțin dreptului public internațional.

Din perspectivă fiscală, suveranitatea, privită ca supremație a puterii, se caracterizează prin următoarele: “a) impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege; b) impozitele și taxele locale se stabilesc de consiliile locale sau județene, în limitele și condițiile legii; c) formarea, administrarea, întreținerea și controlul resurselor financiare ale statului, ale unităților administrativ-teritoriale și ale instituțiilor publice sunt reglementate prin lege; d) obligația fundamentală a cetățenilor de a contribui, prin taxe și impozite la cheltuielile publice; e) sistemul legal de impuneri trebuie să asigure așezarea justă a sarcinilor fiscale; f) orice alte prestații sunt interzise în afara celor stabilite prin lege, în situații excepționale”⁴⁵. Evident că privind contextual, sensul clasic al suveranității gândit de Hugo Grotius nu-și mai are acoperire astăzi în realitatea românească și nu numai, însăși Curtea Constituțională a României propunând sintagma “relativizarea a suveranității” pentru a exprima, în contextul obligațiilor euro-atlantice, limitările aduse atributelor de suveranitate⁴⁶. Cu atât mai mult în domeniul finanțelor publice, imixtiunile sau influențele exterioare sunt mai vizibile și mai stringente, sugerând un anumit simbolism de tipul comandă-reacție.

Finanțele publice sunt într-o relație de dependență certă cu nivelul de dezvoltare economică al unei țări. În măsura în care veniturile realizate de către persoanele fizice și juridice sunt însemnate și colectarea la buget a impozitelor, taxelor și contribuțiilor va fi consistentă. Evident că apatia agenților economici influențează și capacitatea de colectare a impozitelor și taxelor de către autoritățile etatice și chiar posibilitatea asigurării nevoilor generale ale societății⁴⁷.

Deși nu are o conotație doctrinară proprie recunoscută, sintagma “stat fiscal” marchează un simbolism și un profil politico-juridic aparte. Statul fiscal este statul în care întreg mecanismul etatic este pus în slujba asigurării fiscalității și, implicit, împovărării cetățenilor. Acesta este un stat fără viziune, fără orizont, în care politica fiscală acaparează întreaga energie, se constituie în preocuparea sa centrală. Legiferarea financiară devine mobilul care pune în mișcare aproape întreg angrenajul etatic. Supremația legii în raport cu puterea executivă proclamată de către statul de drept devine o lozincă.

Spre deosebire de statul de drept care implică, atât simbolic, cât și substanțial, subordonarea administrației față de lege și subordonarea legii față de Constituție, statul fiscal este un stat în care administrația supune legislativul și direcționează discreționar practica fiscală. Dreptul devine un concept expandabil și instrumental, pe care administrația îl dirijează, fără a fi ținută să respecte normele juridice superioare imperative.

Din punct de vedere legislativ, în materie fiscală, în dreptul nostru pozitiv, se observă facil tendința de împovărare fiscală a contribuabilului. Astfel, pe lângă Codul fiscal care este modificat sau completat cel puțin anual, este în vigoare Codul de procedură fiscală⁴⁸, există norme metodologice pentru fiecare dintre cele două legi amintite, avem ordine ale Ministrului de Finanțe, decizii ale Comisiei Fiscale Centrale ș.a.⁴⁹ Pe lângă acestea, nu trebuie să oțitem și alte acte normative direct aplicabile în dreptul intern. Este superfluu să subliniem că în contextul actual, România nu este un stat izolat din niciun punct de vedere și mai ales în ce privește izvoarele dreptului pozitiv. Dreptul european, atât în plan normativ, cât și în plan jurisprudențial, trebuie înțeles ca parte a ordinii juridice interne.

Astfel, dincolo de dreptul european aplicabil, se impune valorizarea/ reaprecierea jurisprudenței europene pentru că realitatea este aceea că hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene și cele ale Curții Europene a Drepturilor Omului sunt neobservate de *praxis*-ul administrativ și de cel judiciar, ultra-tradiționaliste, în sensul negativ, neproductiv al sintagmei⁵⁰.

Dar, ultrafiscalitatea este evidentă și la un al doilea nivel: contenciosul fiscal care apare a fi impregnat de nevoile și poverile guvernării. Or, contenciosul fiscal reprezintă resortul ultim de salvagardare a drepturilor și intereselor legitime ale subiectului de drept care se situează într-o poziție periferică și ingrată în raportul de drept fiscal, preocuparea instanțelor de contencios administrativ-fiscal de a fi asigurată legalitatea funcționării aparatului administrativ-fiscal trebuind să fie doar subsidiară în raport cu protejarea drepturilor subiective.

Aceasta pentru că judecătorul deține “un rol hotărâtor în statul de drept, deoarece acesta nu poate funcționa cu adevărat decât sub controlul unui judecător, ceea ce implică faptul ca el să-și poată impune puterea de control în raport nu numai cu cetățenii, ci și cu celelalte puteri.

Paradoxul judecătorului constă în faptul că el depinde de stat, de celelalte puteri, dar trebuie să le și controleze; el reprezintă atât Puterea, cât și Contraputerea; el întruchipează dualitatea drept/forță⁵¹. Libertatea decizională a organelor etatice este încorsetată în imperativul dreptului pozitiv, a cărui respectare este asigurată de un judecător independent și imparțial. În măsura în care judecătorul constată că organele etatice nesocotesc principiile elementare ale statului de drept: securitatea juridică, neretroactivitatea legii, garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ș.a., trebuie să fie primul care reacționează în sensul restabilirii regulilor jocului, a legalității.

Guvernanții nu sunt mai presus de drept, ei exercitând o funcție încadrată și guvernată de drept⁵². Aceasta este perspectiva funcțională a guvernării. Însă, din perspectiva celor guvernați, lucrurile nu sunt atât de simple, mai ales că acțiunile celor care guvernează pot atenta la demnitatea, libertatea sau onoarea persoanei, ceea ce este inadmisibil⁵³.

Prin comparația stat de drept – stat fiscal, propunem câteva binoame inedite: securitate juridică-insecuritate fiscală, prezervarea interesului privat⁵⁴-exacerbarea interesului public⁵⁵, supunerea statului față de drept-plasarea dreptului în plan secund în fața mobilului fiscal, sistematizare legislativă-degradarea producției normativ-juridice.

În statul de drept există un cult al dreptului, o încredere mare în drept și justiție, o ponderabilitate și o simbolică a puterii, încadrate într-un ermetism monumental. Drepturile fundamentale: cele naturale și cele fundamentale legiferate sunt garantate și securizate de stat.

În statul fiscal, drepturile fundamentale sunt proclamate, dar nerespectate, competențele instituționale sunt stabilite legislativ, dar ele sunt încălcate prin delegări și “derogări” de competență, ierarhia actelor normative este consacrată constituțional, dar printr-o pervertire artificială acestea tind să se egalizeze.

Distincțiile nu sunt pur teoretice. Implicațiile practice sunt multiple. Una este să beneficiazi de un anumit statut legal fiscal și alta este să fii expus permanent unor tendințe de fiscalizare excesivă⁵⁶.

Statul de drept implică adeviziunea la un sistem axiologic care beneficiază de o consacrare legislativă și de un mecanism etatic de garantare, de protecție. Sintagma “stat de drept” implică automat un anumit *standard* politico-juridic. Sintagma stat fiscal este sinonima abdicării de la acest standard. Fiscalitatea prevalează asupra dreptului chiar dacă superioritatea dreptului este consacrată legislativ.

Potrivit dispozițiilor alin. 1 al art. 139 din Constituția României: “Impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului de stat și ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege”. În continuarea ideii, normând un domeniu aflat la un nivel inferior, alin. 2 al art. 139 din Constituția României prevede că: “Impozitele și taxele locale se stabilesc de consiliile locale sau județene, în limitele și în condițiile legii”. Astfel, instituirea taxelor și impozitelor este apanajul Parlamentului, doar cu titlu subsidiar autoritățile locale având prerogativa de a reglementa prin actele normative specifice taxe și impozite locale și doar în continuarea și în limitele reglementării primare.

Cele două dispoziții normative citate, colaționate cu prevederile constituționale cuprinse în art. 56 din Constituție⁵⁷ configurează principiul legalității în materie fiscală. Doar că, așa cum s-a arătat în doctrină, practica a consemnat numeroase încălcări. “În condițiile textelor constituționale mai sus arătate a fost posibil ca timp de 3 ani (1992-1994) să se perceapă impozit pe profit în baza unui act administrativ (H.G. nr. 804/1991) care a modificat fundamental Legea nr. 12/1991”⁵⁸.

În aceeași idee a conturării profilului juridic al statului fiscal român, sunt reprezentative alte câteva exemple, fără pretenția exhaustivității.

Mai întâi, problematica taxelor judiciare de timbru, aceeași, indiferent de actele normative succesive în timp care au reglementat acest domeniu⁵⁹. Instituirea unor taxe judiciare exorbitante lezează accesul la justiție astfel cum este consacrat de art. 6 al Convenției. Exemplul cel mai

elocvent în acest sens, care nici nu mai trebuie comentat, este dat de Cauza Weissman c. România⁶⁰ în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului face o radiografie parțială, dar fidelă a sistemului fiscal-judiciar de drept român.

Apoi, cu încălcarea principiului neretroactivității legii, organele administrativ-fiscale au realizat inspecții fiscale și au emis decizii de impunere în ceea ce privește persoanele fizice care au desfășurat o activitate economică cu caracter de continuitate care a constat în construirea și vânzarea unor imobile, deși legea fiscală nu reglementa în această manieră această activitate la momentul derulării acesteia în perioada 2007-2009⁶¹! Una dintre soluțiile posibile previzibile cu privire încasarea suplimentară de taxe și impozite era majorarea impozitului privind transferul dreptului de proprietate, nu încercarea retroactivă de recuperare a unor sume de mult cheltuite.

Aplicarea retroactivă a dispozițiilor fiscale de către organele ANAF este periculoasă. Menținută de către instanțele de judecată, devine instituționalizată.

Principiul neretroactivității legii fiscale trebuie relaționat cu principiul securității juridice.

Principiul securității juridice a fost configurat pe cale jurisprudențială de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene și de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În Hotărârea Marckx c. Belgia din 13 iunie 1979, Curtea Europeană îl definește ca fiind “un principiu inerent dreptului european al drepturilor omului și dreptului comunitar”. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a plasat principiul în ordinea juridică comunitară, alături de celelalte principii fundamentale și acte normative care o compun, subliniind și necesitatea respectării acestuia de către instituțiile comunitare și statele membre⁶².

Securitatea juridică înseamnă, în esență, ca “soluția definitivă a unei instanțe într-un litigiu să nu poată fi pusă în discuție”⁶³. Dincolo de aceste aspect, securitatea juridică comportă diverse implicații: presupunând accesul la drept, ea implică ameliorarea calității producției juridice și protecția contra instabilității regulilor⁶⁴. Aceasta înseamnă accesibilitate, comprehensibilitate, drept preexistent raportului juridic, apelarea la măsuri de favorizare a cunoașterii dreptului pozitiv ș.a.

Răspunzând unei întrebări preliminare transmise de către Curtea de Apel Cluj, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat, prin hotărârea pronunțată în cauza *C-183/14 Salomie și Oltean*, următoarele: “1). Principiile securității juridice și protecției încrederii legitime nu se opun, în împrejurări precum cele din litigiul principal, ca o administrație fiscală națională să decidă, în urma unui control fiscal, să supună anumite operațiuni taxei pe valoarea adăugată și să impună plata unor majorări, cu condiția ca această decizie să se întemeieze pe reguli clare și precise, iar practica acestei administrații să nu fi fost de natură să creeze în percepția unui operator economic prudent și avizat o încredere rezonabilă în neaplicarea acestei taxe unor astfel de operațiuni, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere. Majorările aplicate în astfel de împrejurări trebuie să respecte principiul proporționalității; 2). Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată se opune, în împrejurări precum cele în discuție în litigiul principal, unei reglementări naționale în temeiul căreia dreptul de deducere a taxei pe valoarea adăugată

datorate sau achitate în amonte pentru bunuri și servicii utilizate în cadrul operațiunilor taxate îi este refuzat persoanei impozabile, care trebuie în schimb să achite taxa pe care ar fi trebuit să o perceapă, pentru simplul motiv că nu era înregistrată în scopuri de taxă pe valoarea adăugată atunci când a efectuat aceste operațiuni, și aceasta atât timp cât nu este înregistrată în mod legal în scopuri de taxă pe valoarea adăugată și nu a fost depus decontul taxei datorate”⁶⁵. Astfel, Curtea a constatat că organele fiscale nu au recunoscut dreptul subiectiv de deducere persoanelor care au desfășurat presupusa activitate economică și cu caracter de continuitate, că în România accesoriile fiscale nu respectă principiul proporționalității și că acestea sunt calculate după un algoritm care are la baza un fel de prezumție de culpa obiectivă ce nu poate fi acceptată, neavând legătură cu realitatea și cu percepția subiectivă a contribuabilului⁶⁶ și că instanțele naționale trebuie să analizeze în concret fiecare stare de fapt în parte din perspectiva convingerii pe care autoritatea fiscală i-a creat-o persoanei fizice la momentul derulării activității propriu-zise.

În fine, ne limităm la a face o scurtă trimitere la maniera în care statul român a înțeles să preleveze, sub diferite forme, formule și pretexte, în mod vădit nelegal, diferite taxe instituite pentru înmatricularea autoturismelor *second-hand* achiziționate din spațiul comunitar⁶⁷. Atât instanțele naționale investite cu cereri de restituire a taxelor prelevate în mod nelegal sau de înmatriculare fără plata acestor taxe, cât și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, au constatat caracterul nelegal al percepției acestora⁶⁸. Restituirea eșalonată, pe o perioadă de cinci ani a taxelor de primă înmatriculare, poluare, mediu, cu privire la care au fost obținute hotărâri judecătorești definitive și irevocabile sau definitive, potrivit dispozițiilor Noului Cod de Procedură Civilă, reprezintă ea însăși o acțiune vexatorie care prejudiciază drepturile subiective ale contribuabililor.

Astfel, conclusiv, valorizând direcțiile dezvoltate anterior, ne întrebăm aparent retoric: statul fiscal este unul dintre noile modele de stat de drept, o specie a statului jandarm⁶⁹ sau un model de non-stat de drept?

Din observarea principiilor care guvernează statul de drept și mai ales din constatarea cu stupoare a manierei în care acestea sunt încălcate în raporturile dintre funcțiile etatice și în practica administrativă, pentru că statul pozitiv român preferă: supremația administrației și a practicilor acesteia, insecuritatea legislativă și cel puțin în cazuri particulare cu puternic impact financiar, retroactivitatea legii fiscale, inasimilabilă arhitecturii statului de drept, putem conchide că, din perspectivă fiscală, dar cu consecințe la nivelul întregului sistem al dreptului, statul de drept este subminat.

* *Avocat, Baroul Cluj; septimiuput@yahoo.com.*

¹ Acesta ar fi fost introdus de “O. Bahr, în 1884. El dobândește semnificația unui concept și apoi a unei doctrine mai ales prin dezvoltările făcute de R. von Mohl, F.J. Stahl și Gneist, pentru a limita absolutismul puterii etatice. Mai exact, pentru subordonarea puterii executive față de lege. Și aceasta, îndeosebi, prin asigurarea supremației legii și a respectului ei, prin controlul judecătoresc al actelor autorităților administrative și prin consacrarea și efectivitatea responsabilității statului”. I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 74 și doctrina acolo citată.

- ² Din cauza complexității conceptuale, semnificațiilor și ambiguității lor.
- ³ Gh. Boboș, *Teoria Generală a Statului și Dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, 1983, p. 50.
- ⁴ G. del Vecchio, *Lecții de Filosofie Juridică*, Tipografia Fed, București, 1998, 282.
- ⁵ *Lato sensu*.
- ⁶ I. Deleanu, *op.cit.*, p. 74.
- ⁷ I. Micescu, *Curs de drept civil*, Ed. All Beck București, 2000, p. 56.
- ⁸ G. Balandier, *Antropologie politică*, traducere de D. Lică, Ed. Amarcord Timișoara 1998, p. 131.
- ⁹ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice. Volumul I. Teoria generală*, Ed. Sitech, Craiova 2006, p. 178. S-a afirmat că “două caractere esențiale definesc legea în concepția liberală: generalitatea și neretroactivitatea”. A se vedea J. Rivero, *Les libertés publiques*, Les droits de l’homme, Presses Universitaires de France, 1974, p. 147.
- ¹⁰ N. Popa, M.C. Eremia, S. Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ediția 2, Ed. All Beck, București, 2005, p. 81.
- ¹¹ J. Chevallier, *Statul de drept*, Universul Juridic, Universitaria, Craiova, 2012, p.63.
- ¹² Particularitățile unui drept pozitiv oarecare “decurg dintr-un complex de factori externi lui – ceea ce îi este dat, cu interacțiunile elementelor acestui dat – care condiționează instituirea normelor juridice (crearea, modificarea, adaptarea și abrogarea lor)”. A se vedea Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Teoria izvoarelor dreptului obiectiv*, Vol. III, Ed. All Beck, București 2004, p. 63 și urm.
- ¹³ Fr. Rigaux *apud* I. Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, All Beck, București, 2001, p. 157.
- ¹⁴ S. Popescu, *Statul de drept în debaterile contemporane*, Ed. Academiei Române, București, 1998, p. 78-107.
- ¹⁵ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C. H. Beck, București, 2006, p. 97-104.
- ¹⁶ Care poate fi onerativă, prohibitivă, permisivă, supletivă, recomandată sau de stimulare.
- ¹⁷ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *op.cit.*, p. 98.
- ¹⁸ Înțelegând un subiect de drept comun, fără vreo pregătire juridică și fără abilități intelectuale deosebite, dar capabil să deslușească sensul primar, autentic al normei, dar și consecințele nerespectării acesteia.
- ¹⁹ Cu atât mai mult în dreptul penal unde există principii care acționează puternic, precum principiul legalității incriminării și pedepsei și care trebuie relaționat cu cerințele de claritate expuse mai sus.
- ²⁰ *Constituția României și 2 legi uzuale*, Ed. Hamangiu, București 2010, p. 9.
- ²¹ A se vedea A. Sida, D. Berlingher, *Teoria Generală a Dreptului*, Vasile Goldiș University Press, Arad 2006, p. 151, unde sunt indicate pe lângă legea penală sau contravențională mai favorabilă și legea interpretativă, respectiv prevederea expresă a legii, deși ele nu mai sunt excepții veritabile în sistemul nostru de drept actual.
- ²² Pentru că uneori trebuie să acceptăm că realitatea este dinamică. Dinamismul vieții sociale îl forțează adesea pe legiuitor să normeze pentru a ține pasul cu ceea ce se întâmplă în societate.
- ²³ D.C. Dănișor, *op.cit.*, p. 181.
- ²⁴ Analizând norma de drept ca “realitate” și ca “idealitate” observăm: “ca entitate *reală*, norma juridică este existență produsă de către subiectul autor al normei juridice, în timp ce, ca *idealitate*, norma juridică este existență gândită de către destinatar, este semnificație juridică de ordin secund referitor la semnificația juridică de ordin prim dată de către autorul normei juridice”. G. E. Moroianu, *Actualitatea normativismului kelsian*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 63.

- ²⁵ “Validitatea unei norme juridice depinde de relația sa cu alte norme juridice («*metanorma di validita*») și în ultimă instanță cu norma fundamentală”. M. Jori, A. Pintore, *Teoria Generale del Diritto*, G. Giappicheelli Editore, Torino, 1995, p. 279.
- ²⁶ H. Kelsen, *Teoria generală a statului*, Ed. Tiparul Oltenia, București, 1928, p. 21. Nu putem fi de acord cu această teză, pentru că statul nu se suprapune perfect, fidel peste drept, existând numeroase diferențe care infirmă această susținere, însă pentru formula “stat de drept” poate fi sugestivă.
- ²⁷ I. Deleanu, *op.cit.*, p. 75.
- ²⁸ G. E. Moroianu, *op.cit.*, p. 86 și doctrina citată acolo.
- ²⁹ E. Speranția, *Principii fundamentale de filosofie juridică*, Institutul de Arte Grafice, Cluj, 1936, p.8. Sigur că “rațiunea din care decurge orice sistem juridic este rațiunea omenească”.
- ³⁰ S-a stabilit în doctrina juridică faptul că dreptul “însuși” are o puternică triadă axiologică cuprinzând justiția, securitatea și progresul social. A se vedea J.L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1989, p. 28 și 33.
- ³¹ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *op.cit.*, p. 100.
- ³² “Socul unui stat de drept îl reprezintă instituirea și garantarea drepturilor și libertăților fundamentale”. A se vedea D. Cornean, *Considerații privind necesitatea trecerii de la dreptul statului la statul de drept*, în volumul “Pentru o teorie generală a statului și dreptului”, Simpozion *in memoriam* prof. Ioan Ceterchi, Cluj-Napoca, 2003, p. 145.
- ³³ Prima categorie vizează de regulă aplicabilitatea directă a textelor constituționale privitoare la drepturile fundamentale (art. 18 din Constituția Portugaliei, art. 53 alin. 3 din Constituția Spaniei), garantarea conținutului esențial și efectiv al drepturilor sau libertăților (art. 18 din Constituția Portugaliei, art. 53 din Constituția Spaniei, art. 152 alin. 2 din Constituția României), caracterul cu totul excepțional al măsurilor de limitare a exercițiului unora dintre drepturile sau libertățile individuale (art. 19 din Constituția Portugaliei, art. 55 din Constituția Spaniei). A doua categorie, cu un pronunțat caracter formal, vizează mecanismele prin care se poate ajunge la valorificarea reală a garanțiilor de fond, reprezentând un fel de arhitectură formală de protecție. Dintre acestea putea aminti: controlul constituționalității legilor, controlul jurisdicțional și cel politic sau controlul administrativ. A se vedea, I. Deleanu, *op.cit.*, p.149-150.
- ³⁴ Pentru o prezentare a acestor instrumente a se vedea I. Vida, *Drepturile omului în reglementări internaționale*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 22-26.
- ³⁵ Domnia legii.
- ³⁶ Conceptul cristalizat.
- ³⁷ Juridificarea excesivă este periculoasă și denotă incertitudine.
- ³⁸ În situația în care legiuitorul urmărește modificarea dreptului pozitiv, în situația în care se organizează alegeri, dacă subiectul de drept este parte într-un proces, trebuie să cunoască în toate aceste împrejurări care sunt etapele de urmat, dar și prerogativele sau posibilitățile sale.
- ³⁹ G. Vrabie, *Organizarea politico-etatică a României*, Institutul European, Iași, 2004, p. 38.
- ⁴⁰ *Idem*, p. 37.
- ⁴¹ I. Craiovan, *op.cit.*, p. 160-161: “previziunile pesimiste cu privire la perspectivele statului de drept remarcă aspecte ca: normativismul este esența statului de drept care nu înseamnă guvernarea oamenilor, ci domnia normelor; organul de aplicare rămâne întotdeauna marea breșă a statului de drept (V. Leisner); un stat subordonat dreptului este pur și simplu imposibil, cel mult putem concepe statul ca stat care acționează prin intermediul dreptului (M. Troper); are loc o înlocuire treptată a dreptului, cu mecanisme științifice și tehnologice de asigurare a ordinii sociale și de control social, dreptul devenind din ce în ce mai subordonat controlului științific administrativ”.

- ⁴² M. Troper, *La théorie du droit le droit l'état*, Presse Universitaires de France, Paris 2001, p. 268.
- ⁴³ Jurisprudența C.J.U.E. și cea a C.E.D.O. au dovedit că nu există un stat de drept ideal, însă realitatea politico-juridică românească excede cu mult tiparelor acceptabile.
- ⁴⁴ V. Rebreanu, *Constanțele statului*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 2004, p. 233.
- ⁴⁵ M.-I. Niculeasa, *Summa fiscalis. Tratat de drept fiscal și financiar public. Drept pozitiv român și comunitar. Raportul juridic. Teoria legii fiscale. Teoria sarcinilor fiscale. Impozitul pe venit. Impozitul pe profit. Taxa pe valoare adăugată*. Ediția a III-a, revăzută și adăugită, Universul juridic, București 2014, p.74.
- ⁴⁶ Decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003, publicată în M.Of. nr. 317 din 12 mai 2003.
- ⁴⁷ A se vedea pentru dezvoltări C.F. Costaș, M.Șt. Minea, *Drept financiar. Curs universitar*, Universul juridic, București 2015, p. 20.
- ⁴⁸ Care consacră proceduri, termene, garanții ce sunt decriptate în chei diferite de către organul fiscal și contribuabili.
- ⁴⁹ Nu de puține ori aceste norme de drept se resping într-un magnetism inexplicabil, punându-se în discuție legea aplicabilă.
- ⁵⁰ Un exemplu elocvent este cel legat de maniera de determinare a TVA-ului imobiliar în condițiile în care părțile contractante nu au prevăzut nimic în legătură cu acest aspect. Astfel, deși C.J.U.E. s-a pronunțat la data de 7 noiembrie 2013 în cauzele conexe C-249/12 și C-250/12, statuând, în esență, că prețul trebuie considerat “ca incluzând deja taxa pe valoarea adăugată”, dacă “furnizorul nu are posibilitatea de a recupera de la dobânditor taxa pe valoarea adăugată solicitată de administrația fiscală”, practica administrativ-fiscală și-a modificat optica abia la sfârșitul anului 2014, când a intrat în vigoare **Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 1.820/2014** privind aprobarea Deciziei Comisiei fiscale centrale nr. 6/2014, care a modificat Decizia Comisiei fiscale centrale nr. 2/2011!
- ⁵¹ V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, Vol. I. Teoria generală*, Ed. Național, p. 17. Este oarecum ingrată misiunea judecătorului care, spre exemplu, în materia contenciosului administrativ-fiscal, fiind el însuși plătit din bani publici, trebuie să anuleze o Decizie de impunere care stabilește obligații de plată calculate fără respectarea dispozițiilor legale. Statul trebuie să se preocupe pentru a-i conferi judecătorului confortul psihic și pentru a-l proteja de presiuni politice, tocmai pentru că această separație fină a funcțiilor este atât de importantă pentru menținerea democrației și a statului de drept.
- ⁵² J. Chevallier, *op.cit.*, p. 148.
- ⁵³ Astfel, dezavantajele guvernării pot fi sintetizate în câteva cuvinte: “A fi guvernat înseamnă a fi urmărit, inspectat, spionat, dirijat, mânat de lege, numărat, înregimentat, înrolat, îndoctrinat, moralizat, controlat, verificat, apreciat, evaluat, cenzurat, comandat de creaturi care nu au nici dreptul, nici înțelepciunea, nici virtutea să facă asta. A fi guvernat înseamnă a fi la fiecare operațiune, la fiecare mișcare notat, înregistrat, pus la socoteală, taxat, șampilat, măsurat, numărat, evaluat, autorizat, muștrat, avertizat, supus interdicțiilor, îndreptat, corectat, pedepsit. Sub pretextul folosului public și în numele interesului general ești pus să contribui, ești muștruluit, jecmănit, exploatat, monopolizat, extorcat, storcoșit, tras pe sfoară, jefuit; apoi, la cea mai mica rezistență, la primul cuvânt de împotrivire, ești reprimat, amendat, umilit, hărțuit, vânat până în pânzele albe, supus abuzurilor, bătut, dezarmat, legat, zugrumat, închis, judecat, consamnat, împușcat, deportat, sacrificat, vândut, trădat; și ca să se pună capac la toate, batjocorit, zeflemisit, ridiculizat, ultragiati, dezonorat. Asta este guvernarea; asta este justiția ei; asta este moralitatea ei”. P.J. Proudhon, *Idee generale de la Revolution au XIX-e siècle*, Paris, Librairie des Sciences politiques et sociales Marcel Riviere, 1923, p. 344.

- ⁵⁴ Limita reală a statului de drept este dreptul subiectiv.
- ⁵⁵ Jocul este același încă din dreptul roman: pe de o parte dreptul obiectiv – *lex*, pe de altă parte dreptul subiectiv – *jus*, primul susținut de interesul public, cel de-al doilea de interesul privat!
- ⁵⁶ Un exemplu banal îl constituie deja celebra “taxă pe stâlp” prin care Guvernul a urmărit impozitarea construcțiilor speciale: stâlpi, rampe, platforme industriale ș.a. care nu făceau obiectul impozitului pe clădiri prevăzut de art. 249 și următoarele din Codul fiscal.
- ⁵⁷ Alin. 1 al art. 56 din Constituție prevede: “Cetățenii au obligația să contribuie, prin impozite și prin taxe, la cheltuielile publice”. Textul consacră principiul egalității în materie fiscală.
- ⁵⁸ R. Bufan, M.Șt. Minea – coord., *Codul fiscal comentat*, Wolters Kluwer, București, 2008, p. 18.
- ⁵⁹ Nici O.U.G. nr. 80/2013 publicată în M.Of. nr. 392 din 29.06.2013 nu conține prevederi mai puțin împovărătoare în privința justițiabililor și aceasta rămâne o chintesență a concepției politico-juridice a legiuitorului pozitiv insensibil la doctrinele liberale și la jurisprudența europeană.
- ⁶⁰ “În speța dată, Curtea reține că neplata sumei de 323.264 EUR cu titlu de taxă de timbru pentru introducerea acțiunii a condus la anularea acesteia. Curtea apreciază, de asemenea, că suma în cauză, care este, fără îndoială, foarte ridicată pentru orice justițiabil obișnuit, nu era justificată nici prin circumstanțele particulare ale cauzei, nici prin situația financiară a reclamanților, ci reprezenta un procent fix, stabilit de lege, din suma reprezentând obiectul litigiului. Deși suma solicitată de reclamanți cu titlu de despăgubiri pentru lipsirea de foloasele rezultate din chiria percepută de stat a fost importantă, Curtea apreciază, ținând cont de valoarea imobilului, că ea nu a fost nici abuzivă, nici lipsită de fundament.
- Pe de altă parte, Curtea apreciază că suma cerută reclamanților pentru introducerea acțiunii lor a fost excesivă. În consecință, reclamanții au fost obligați să renunțe la acțiune, ceea ce i-a lipsit pe aceștia de dreptul lor ca o instanță să le examineze cererea. (...)
- În consecință, Curtea apreciază că statul nu a păstrat un echilibru just între, pe de o parte, interesul său în a recupera cheltuielile de judecată, iar pe de alta parte, interesul reclamanților ca o instanță să le examineze cererea. Așadar, a avut loc încălcarea art. 6 alin. 1 din Convenție”. A se vedea: http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2006_05_86_ENG_822324.pdf.
- ⁶¹ Aceasta cu toate că Directiva a șasea în materie de TVA nu era tradusă în limba română!
- ⁶² A se vedea R. Bufan, M.Șt. Minea – coord., *op.cit.*, p. 110 și hotărârile acolo indicate.
- ⁶³ C.F. Costăș, *Dreptul la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil*, Universul Juridic, București 2014. p.44.
- ⁶⁴ J. Chevallier, *op.cit.*, p. 101.
- ⁶⁵ A se vedea [38](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&jur=C,T,F&num=c-183/14&td=ALL, unde poate fi accesată hotărârea in extenso.</p><p>⁶⁶ În același sens este și Decizia nr. 1147/2009 a Î.C.C.J. din dos.nr. 3188/2/2006 în care se arată că majorările de întârziere nu pot fi imputate în lipsa certitudinii impunerii.</p><p>⁶⁷ Doctrina de specialitate a tratat în detaliu această problematică, sens în care se pot lectura cel puțin următoarele titluri: C.F. Costăș, <i>Taxa de primă înmatriculare. Reglementare legală și remedii juridice</i>, în “Curierul fiscal” nr. 3/2007, p. 9-12 și C.F. Costăș, <i>Efectele juridice ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2008 privind taxa de poluare pentru autovehicule</i>, în “Curierul fiscal” nr. 7/2008, p. 15-16.</p><p>⁶⁸ Este doar o chestiune de timp până ce C.J.U.E. se va pronunța și în privința încălcării <i>principiilor dreptului comunitar</i> prin reglementarea națională a așa-zisului “timbru de mediu”. Faptul că astăzi statul român a reglementat posibilitatea restituirii pe cale administrativă a sumelor prelevate cu titlu de taxă de primă</p></div><div data-bbox=)

înmatriculare sau de poluare, nu marchează o schimbare de optică a politicii fiscale din moment ce rațiunile măsurii țin, în esență, de numărul mare de cauze pierdute de către statul român și oricum, restituirea administrativă se va face tot eșalonat pe un termen de cinci ani.

⁶⁹ Statul jandarm insista obsesiv pe fortificarea funcției de poliție și a celei de apărare, dar supremația legii și setul primar de principii ale statului de drept clasic nu erau nicidecum negociabile.

LEARNING AS A SOCIAL GRACE

Rena VAN DEN BERGH*

Abstract. *In this paper I shall discuss, against the background of the basic education Romans received, a number of elements that contributed to their further intellectual development and eventually led to their becoming truly learned. Roman booksellers, copiers and bookshops made a huge contribution towards Roman education and further learning; private and public libraries had a large influence on the literary culture of the Empire; public baths with libraries and lecture halls also contributed towards the enlightenment of the Romans; scholarship and continuing studies encouraged intellectual discussion among learned people; and both travelling and relaxation added to and enriched their knowledge and insight. In this discussion it will become apparent that educated Romans had a strong desire to further their education and gain more knowledge and that they made use of their many opportunities to do so.*

Key words: *Education; learning; social graces; booksellers, copiers and bookshops; private and public libraries; recitations; public thermae; scholarship; relaxation; travelling.*

Cuvinte cheie: *educație; învățare; distribuitori de cărți, copiatori și librării; biblioteci publice și private; recitări; băi publice; bursă; relaxare; călătorii.*

1 Introduction

When one is asked to talk about “Roman education”, the first thing that comes to mind is the formal education Roman children and more advanced students received. There were, however, many other ways, that will also be discussed in this paper, of furthering mental growth. Aulus Gellius, for example, states that the main purpose of his *Noctes Atticae* was to encourage people to dedicate all their free time to the pursuit of learning.¹ His own life serves as a model: he devoted every spare hour he could steal from his daily business to study,² and undertook to do so for the rest of his life.³ He depicts the activities of an *otium litteratum*, such as private reading or educated conversation, not only as dignified and worthwhile, but also as an enjoyable means of occupying leisure time. One of the stated objects of his book is to suggest to his readers appropriate spare-time pursuits for gentlemen.

In this paper, I shall discuss a number of topics associated with lifelong learning. I shall refer to the following: Roman booksellers, copiers and bookshops, in whose absence there would have been very little learning. In addition, I shall focus on the places that promoted and disseminated learning, namely private and public libraries and the Roman baths. In addition, I shall discuss scholarship, travelling and relaxation.

2 Roman scribes, books, booksellers and bookshops

The earliest booksellers in Rome were scribes who copied books at the request of purchasers. The same people were simultaneously booksellers and copyists, who could use one skill to supplement another. Soon, however, booksellers⁴ employed professional copyists.⁵ As time went by and requests for books from private libraries increased, more copiers were needed and it soon became apparent that some were much better than others. Books in private libraries were also of a markedly better quality than those in public bookstores.

The dissemination of works of Latin prose was still in its infancy during Cicero's time. Most prose works were composed by senatorial writers, who were wealthy and important enough to circulate their work to a select group.⁶ However, commercial copying and bookselling were necessary so that manuals such as that by Columella on agriculture, Vegetius on military tactics or Celsus on medicine, were available to members of the public.⁷ There were also pirated copies: Quintilian, for example, entrusted his *Institutio Oratoria* to Trypho for publication since, he says, two pirated copies were already being circulated in his name.⁸ The existence of pirated copies suggests that there was profit to be made from such copying, and people who wished to read certain books apparently had no scruples about buying or commissioning pirated copies. In addition, in Tacitus' *Dialogus* and Gellius' accounts of the book trade we learn that there may have been an antiquarian market from which affluent collectors could obtain the books of famous Roman authors.⁹ If someone wanted a copy of a literary text, he had two choices: he could search for it in a private or public library, or he could instruct an educated slave to copy it from the original manuscript, since no copyright existed at that time and books could be reproduced without the authors' permission.¹⁰ This obviously added to the corruption of manuscripts that already existed. In addition, authors probably received no payment for their books, although it seems that they did sometimes sell books personally.¹¹ A buyer could also commission a bookseller to search for a book and have it copied.¹²

Atticus, Cicero's friend, had Cicero's works copied and distributed. He owned Athenian slaves, who were specially trained to copy manuscripts, which ensured that their copies of the Greek classics were accurate. Atticus had books copied and offered to his Roman friends merely as a pastime and for the love of books; but this was undoubtedly much appreciated by his friends, since in those times authors often complained that their books had been inaccurately copied and were full of errors.¹³

By the beginning of the Empire, the publication and sale of books were well established. Highly esteemed booksellers (such as the Sosii) were located close to the Forum, and had shops in or near the Argiletum.¹⁴ The names and prices of available books were inscribed on pillars beside the doors at the shop entrances.¹⁵ By the second century, however, the *vicus Sandalarius* and the *Sigillaria* had become renowned for its booksellers.¹⁶ It was situated close to the *Horrea Chartaria*, paper suppliers, which was convenient for copyists and booksellers. Books came to be regarded as luxury items when the upper classes started collecting them for their private libraries, thus demonstrating that they were educated people

with status and money. In Rome, luxury trade was conducted around the centre of the city, and the *vicus Tuscus* became famous for selling luxury goods, *inter alia* books.¹⁷ Since booksellers catered to the tastes of a select and specialised group of people, books were initially not readily available to the public.

Some book dealers became specialists in their field and travelled widely, visiting famous bookstores in search of scarce manuscripts for serious collectors and scholars. In this way they, too, contributed to the dissemination of learning. Their business expanded as Roman citizens became more interested in literature. Successful and resourceful publishers had a high standing in society and are mentioned by important authors such as Cicero and Horace,¹⁸ who also refer to the copying of manuscripts by their cultured slaves.¹⁹ Booksellers had to produce each copy of a text individually, and much work was probably done to order. There were, however, often complaints (for example by Cicero) about careless copying and translating and about mistakes.²⁰ In addition, booksellers also sold books, and by the late first century, they probably concentrated more on selling books than on copying them. Books were often copied and distributed for profit,²¹ so that literature spread to every city of the Empire. However, since some of the available books were of poor quality, many people had their own copies made. If they were fortunate enough to have a master copy, they could employ their own scribes to copy new texts.

Interestingly, second-hand books were also traded in Rome. High value seems to have attached to original copies of famous books. For example, Aulus Gellius, who may be described as a bibliophile, relates that Fidus Optatus, a famous grammarian in Rome, showed him an exceptionally old version of the second book of the *Aeneid* (which may once have belonged to Virgil himself) that he had bought in a bookshop in the *Sigillaria*.²² Such books were valued highly, not only because they were old, but also for their literary merit.

As stated earlier, when toward the end of the Republic it became fashionable to have one's own private library, the book trade flourished. Many Romans, whether scholars, students or others, browsed in bookshops, saw which books were available and bought those they wanted for their private libraries. They also spent much time in bookstores studying and discussing literary matters with friends and other interested parties. These shops gradually became popular meeting places, especially for the cultured elite during the late Republic. We read that Catullus would go *ad librarium* at dawn,²³ and, searching for Camerius, he would look in all the bookshops (*in omnibus libellis*).²⁴

Not all books were obtained from bookshops: many were circulated privately among a small and interconnected library elite.²⁵ People who were known to be avid readers received books as gifts, and sometimes friends would lend them books they wished to read so that they might make their own copies. The private availability of books obviously affected the bookselling trade adversely, but modest and highly specialised shops continued to sell expensive items.²⁶

Wishing to add to his knowledge, Gellius visited the bookshops of the *vicus Sandalarius* where he found many books for sale.²⁷ The number of Greek and Latin books had increased to such an extent that it was no longer possible to read everything,²⁸ even if copies were available.²⁹ Because educated Romans were expected to have some literary knowledge,

however superficial, summaries and selections from books were welcomed. To them, someone like Aulus Gellius was an invaluable source of knowledge. Although Gellius refers to detailed encyclopaedic compilations such as that of Pliny, his *Noctes Atticae* does not claim to be exhaustive although it contains selective and concise information and discussions on a wide variety of topics. This type of literature was popular during his time.

Note that not all books were copied: when Varro's library was plundered during the proscriptions, quite a number (*aliquam multos*) of the 490 "books" that he had written, disappeared.³⁰ This suggests that not all authors took the trouble to distribute copies of their books. The most important method of distributing books was not by trade, but through gifts and loans among friends.³¹ If, therefore, an author wished to give copies of a book to friends, he had to have them copied in advance, since in Rome an author was expected to give his own work to chosen recipients. Cicero, for example, was very privileged: he could simply commission his friend Atticus to supply copies of his new works, since he was one of the few people in Rome who employed professional scribes and could produce multiple copies of a text for himself or his friends.³² Crassus, too, had well-trained copyists, mainly for business purposes, but they could also copy Latin manuscripts. Cicero could gain access to Greek and Latin books in various ways: he made use of his friends' private libraries and his own growing library. He also borrowed and copied texts owned by friends or arranged to have texts copied.³³

It was common practice for Roman authors seeking to draw attention to their works to arrange a public reading or *recitatio*. During the imperial age, learned people familiarised themselves with recent literature not only by reading, but also by attending public recitations which became quite fashionable. These were well attended and were popular as a means of publicising literature during the reigns of the Flavian emperors.³⁴ The recitations could take place either in public, in the great baths or forums, which were open to all, or in private houses to invited audiences.³⁵

Asinius Pollio, who built Rome's first public library, was also, according to the elder Seneca, the first person in Rome to invite the public to recitations of his own work. Since he had funded the library in the Hall of Liberty, he probably held his readings there.

Libraries played an important role in the literary education of both readers and writers, and constituted important venues for both private and public recitations and literary discussions.³⁶ With the development of formal education and the increase in private libraries, we may assume that there was a reading public drawn from the upper classes during Cicero's time. Most works dating from this period would therefore have had an instant audience and only afterwards have become available for reading.³⁷ These recitations therefore constituted a large part of the education of younger Romans as well as the cultural formation of their seniors. Poetry, for example, most likely had three phases, of which the first was recitation, the second the distribution of private copies of the printed work to privileged people, and the third the ensuing publication of the work for a wider reading public.³⁸ A number of important writers of the second century gave extensive accounts of the cultural milieu of their time, from which it appears that performance continued to be as important a means of disseminating books as reading.

3 Private and public libraries

Rome's conquests in the East had an enormous influence on its culture,³⁹ since victorious Roman generals seized libraries in Greece and Asia Minor and took the books home when they returned.⁴⁰ These books constituted the first private libraries. A few examples will suffice: Lucius Aemilius Paullus, victor at the Battle of Pydna in 168 BC, took the books of the Macedonian king Perseus as spoils of war, and Lucius Licinius Lucullus collected many books while conquering Asia Minor. The owners then opened these private libraries to everyone who wanted to consult the books which dealt with various topics, mainly relating to philosophy, history and literature, but also to agriculture, the art of war, medicine and engineering.

Since education was highly esteemed in early Rome, books were considered to be of great value, not only for the scientific knowledge they imparted, but also from a cultural point of view. Reading gave much pleasure, and the private libraries of many affluent Romans enhanced their status. These private libraries were usually housed in the owners' country villas. Although some owners of private libraries merely wished to display their books, not really to read them, a private library was nevertheless a necessity for any educated person who wished to continue his studies during the first century AD.⁴¹

Although the first private libraries were not designed and built specifically for books, provision was made for their storage and for seating. However, since they saw books as a source of ongoing education and knowledge, their owners started to build special rooms in their houses to serve as libraries. These libraries were also embellished so that the owners and their friends who visited and used the libraries would be edified by their surroundings. By the middle of the first century, private libraries had become so common that Seneca declared a library to be a necessity in a home. This induced Vitruvius to start designing libraries for private homes.

Lucius Lucullus, a learned man who contributed large sums of money to the arts and sciences, conquered Armenia and over time built up an impressive collection of books that were famous for the quality of their texts. He returned from the wars in the east with a vast treasure: booty he had captured during his wars in the East. He then built libraries, cloisters and study-rooms on his estate in Tusculum. It was probably the most important and best private Roman libraries, highly rated for the number of its books and their quality.⁴² He opened his library to all interested scholars and philosophers.⁴³ This evoked praise from Plutarch,⁴⁴ who said that Lucullus had collected many well-written books, which were being put to good use by Lucullus himself, who spent much time in the library, and by many others. Cicero, for example, made use of this collection. Once when he went to Lucullus' library in search of some *Notebooks* of Aristotle to read during his holiday, he met Cato who enquired why Cicero had come to Lucullus' library when he himself had such a good private library.⁴⁵

The Hellenistic kings set a laudable example when they founded the illustrious public libraries of Alexandria and Pergamon, an example the Romans followed only much later. Julius Caesar first conceived of the idea of building public libraries in Rome.⁴⁶ Having seen such libraries in important literary centres in Asia Minor, Egypt and Greece, he envisaged the

benefits they could bring to his own people and planned two libraries – one Greek and one Latin – and asked M. Terentius Varro to build them. However, nothing came of this,⁴⁷ and Caesar's dream was eventually only realised by Augustus.⁴⁸

Augustus valued literature and culture highly and soon started fulfilling Caesar's dreams of building public libraries.⁴⁹ This became quite a common imperial habit. Augustus supported and inspired C. Asinius Pollio who, at some time after 39 B.C., had inaugurated the first library in Rome to be dedicated to the interests of the public.⁵⁰ Booty obtained during the Parthian War was used and then, for the first time, scholarly writings became public property.⁵¹ Greek and Latin libraries were created in the magnificent atrium that was constructed from the spoils of war. Busts of various writers, including Varro, were also placed in the atrium. Thus Asinius Pollio became the first Roman to decorate a library, which started a new fashion of using various types of art, such as statues, busts and inscriptions, for decoration.⁵² The Romans approved this fashion and so, together with the books, these items became standard in public libraries.⁵³

In 28 B.C., Augustus founded his famous Palatine library that housed Greek and Latin books separately.⁵⁴ The library consisted of two buildings attached to the Temple of Apollo. Many of the books came from the East, constituting part of the booty taken in the wars. C. Julius Hyginus, a freedman of Augustus and a learned scholar, was appointed librarian of the Palatine library (*praepositus bibliothecae*).⁵⁵

After Augustus' death Livia, Tiberius and Caligula erected a temple in honour of Augustus, which also contained a public library. More public libraries were later founded by other emperors. By the middle of the first century both private and public libraries had become so numerous that Seneca sharply criticised the pretentious hoarding of books which, he said, were collected not for learning but for display.⁵⁶

In A.D. 75, Vespasian built the Bibliotheca Pacis, and later the Bibliotheca Ulpia, adjoining the Forum of Trajan, was opened. This library was famous for its collection of historical archives.⁵⁷ Another library was that of Trajan on the Forum Trajanus.⁵⁸ The library was apparently housed in an impressive building, and Ammianus Marcellinus describes emperor Constantius' admiration for it when he first entered it.⁵⁹ It was in this very same library that the edict of the ancient praetors one day "just happened to fall" into the hands of Aulus Gellius.⁶⁰ From Gellius we obtain a picture of a "library lifestyle" that made legal books available to interested readers, and which set learned and curious people apart from the rest.

Very little survived of all these libraries, but note that all imperial public libraries were built not only to impress visitors, but also to afford them an attractive and comfortable place in which to study and work.

In many towns in Italy and the provinces wealthy citizens followed the admirable example set by the emperors and started building public libraries.⁶¹ Pliny the Younger built a library at a cost of 1,000,000 sesterces for his native town of Comum and bequeathed 400,000 for its maintenance. Another example is that of Ti. Julius Aquila Polemaeanus who, after having built a library, left an amount of 25,000 *dinarii* to the city to provide for the library's maintenance and for the addition of books to the collection.⁶²

There is evidence of seven public libraries in Italy, six in Greece, and five in Asia Minor. These libraries were given to the cities by wealthy inhabitants, or were built by the municipalities. Large amounts of money were required for their construction, and a trust fund or other financial support needed for their subsequent upkeep, for the purchase of new books, and for salaries and repairs.⁶³

That Roman citizens raised public buildings and especially libraries, partly or entirely at their own expense, demonstrates their generosity.⁶⁴ Inscriptions on these memorials indicate various reasons for all this giving. The benefactors were motivated not so much by philanthropy, a desire to benefit their fellow citizens, as by a wish to preserve their names for posterity in the form of some conspicuous and imperishable monument.

Books could be taken out of these libraries and people visited them to look at these books at their leisure, or because they were seeking a particular book.⁶⁵ The librarian would occasionally take new books to a well-known reader, such as Aulus Gellius; and sometimes regular visitors would find a valuable and unexpected book in a library: as we have seen, Aulus Gellius, for example, found a book containing the praetors' edicts in Trajan's library.⁶⁶

Ancient libraries were not silent: the visitors read aloud to themselves, and besides, nobody really expected them to be quiet. Thus Gellius reports that when he and a friend went to a library, they had an animated conversation about certain books they had read.⁶⁷

There was a close relationship between books and art: "everywhere many books, many statues, many portraits, which he not only possessed, but even hallowed – Virgil's, in preference to all others".⁶⁸ It is interesting to note that private libraries followed this trend and in large measure duplicated the features of the public library.⁶⁹

The content of libraries is concerned was determined by the needs of the public. For example, a great variety of books was to be found in the library of the Atrium Libertatis, as well as huge collections of documents and poetry.⁷⁰ In addition, both old and newly published works by many authors were continually added to the existing books. According to Juvenal, works on civil law as well as on general culture were available in the Palatine library.⁷¹ In this library, the Sibylline Books, deposited for safekeeping, were stored under the pedestal of the statue of Apollo.⁷² The fact that they were consulted at appropriate intervals only by the Committee of Quindecimviri⁷³ is indeed evidence of their value and of their importance to the library.

On the subject of the management of libraries, we are indebted to many inscriptions, both Greek and Latin, for information on what seems to have been a well-organised system of administration of public libraries: the officials employed, the rank accorded them, the duties performed and other details.⁷⁴

One may well ask what motivated the emperors and citizens of Rome to expand their knowledge and literary culture during the Principate. Why did they build and maintain public libraries? At the end of the Republic there was a noticeable intellectual revival in Rome.⁷⁵ The Romans seem to have been inspired by the amazing libraries in Alexandria and Pergamum, which gave eminent scholars the opportunity to further their erudition and scholarship.⁷⁶ After all the wars, the Romans could now devote themselves to intellectual affairs.

Why was it necessary to have libraries in Rome? Various reasons were cited, such as (1) the preservation of books and records; (2) public education; and (3) the exercise of cultural influences.⁷⁷ Caesar planned his libraries very enthusiastically, stating that he wanted people (1) to use libraries as reading rooms;⁷⁸ (2) to do research in them and use them as places of reference; and (3) to take out books to read at home.⁷⁹ Students interested in various subjects, such as literature, grammar and history benefited from working in these libraries.⁸⁰ In addition, libraries had a beneficial cultural influence on people reading the books and other documents, since the beautiful and calming surroundings had a civilising influence on them.

It was common practice for Roman authors seeking to publicise their books to arrange a public reading or *recitatio*. During the imperial age, learned people familiarised themselves with recent literature not only by reading but also by attending public recitations that consequently became quite fashionable. During the reign of the Flavian emperors these well-attended events were a popular means of obtaining publicity.⁸¹

Asinius Pollio who built Rome's first public library was also, according to the elder Seneca, the first man in Rome to invite the public to recitations of his own work. Since he had funded the library in the Hall of Liberty, and since literary gatherings were held in libraries, one may assume that he gave his readings in that library.

Thus libraries were an important element in the literary education of readers and writers, and accommodated both public and private recitations and literary discussions. The development of formal education and the increasing number of private libraries ensured that a reading public had emerged in the upper classes during Cicero's time. Most works dating from this period would therefore have had an immediate audience, so that it was only at a later stage that they were available to the public. These recitations formed an important part of the education of young Romans and of the culture of older people. Poetry, for example, probably experienced three phases. Firstly, it was recited, then private copies of the printed work were distributed to privileged people, and finally the books were published for a wider reading public.⁸² A number of important writers of the second century gave extensive accounts of the cultural milieu of their time, showing that performance remained as important as reading in the promotion of books.

4 Roman baths

During the first two centuries A.D., the emperors did all they could to make life convenient and agreeable for the inhabitants of the city.⁸³ Augustus established a reputation for munificence on an imperial scale, not only in Rome but also in Italy and the provinces. He was among the emperors and magistrates who erected public buildings including large public *thermae* or baths in Roman cities and towns, a favorite gift to the people⁸⁴ that provided citizens with "recreation in the full and best sense of the word".⁸⁵

Roman baths were a very characteristic and widely distributed type of building in the Roman world. By the first century A.D., public baths were a normal feature of Roman cities. The *thermae* of ancient Rome thus fostered both intellectual life and recreation. As we have

seen, libraries were sometimes on the same premises as public baths.⁸⁶ Vopiscus, for example, speaks of consulting books in the Ulpian library, which in his time had been removed to the *thermae* Diocletianae.⁸⁷ In addition, recent discoveries in Rome revealed, among the excavated ruins of the *thermae* of Caracalla, an apartment clearly used as a library. Niches in the walls gave clear evidence of the use of shelves and reading desks.

Trajan's baths in Rome were magnificent complexes, comprising gardens, lecture halls, libraries and other cultural facilities.⁸⁸ "Bathing" consequently formed an important part of everyday social life. Friends would meet at the baths, where they could talk, attend lectures and read. The facilities provided were sufficiently impressive to attract educated and learned people, but also provided cultural opportunities to the lower classes. The baths included art galleries and various assembly rooms in which people could, for example, attend recitals.⁸⁹

5 Scholarship⁹⁰

Various people helped to place literary scholarship on a firm footing. According to Suetonius, the first Romans to become renowned scholars were Lucius Aelius and Servius Clodius (Roman knights and wealthy men of leisure). Fields of scholarship included antiquarian research and linguistic enquiries.⁹¹ Julius Caesar wrote about grammatical analogy and the morphological regularity of language while campaigning in Gaul. Senator Nigidius Figulus wrote on grammar, science and technology and Atticus composed a chronological summary of the history of Rome and the "world" in general. Varro wrote widely on almost everything, such as the liberal arts, divine and human antiquities, and the Latin language; Verrius Flaccus compiled a voluminous dictionary, and Messala Corvinus, a prominent military man, public figure and literary patron, wrote a monograph on the letter "s". The emperor Tiberius, of a later generation, enjoyed the company of scholars and liked to test them by asking them particularly challenging questions.⁹² Claudius took matters further: besides writing a monograph on the need for additional letters in the alphabet, he used his influence to see that the letters were actually used in imperial documents and inscriptions.⁹³

This kind of scholarship was highly esteemed and made a large contribution to Roman civilisation and erudition.⁹⁴ Although many of these works are lost to us, extracts from them have fortunately been included in the works of authors writing at a later time. Aulus Gellius usually stresses the edifying function of these writings. Earlier works of scholarship, consulted by Gellius and his contemporaries, probably also expressed similar ideas.⁹⁵ Works of Roman scholarship generally seem to reflect the belief that readers would benefit from them, which confidence seems to have been appropriate.⁹⁶

Interestingly we learn from Suetonius' *Lives* that many teachers and scholars were slaves who had originally come from the eastern Mediterranean, Gaul, Spain, Illyria and even parts of Italy. Although some had been educated before being enslaved and others after enslavement, their learning always benefited their masters. During the first century B.C., scholarship and devotion to learning promoted social exchanges among the upper classes, with the ready availability of books playing an important role here.⁹⁷ An excellent example was

Lucius Lucullus who opened his impressive library to his friends and anyone else who wished to make use of it.⁹⁸ This library attracted intellectuals and continued to do so even after Lucullus' death. Cicero's active acquisition and construction of libraries⁹⁹ demonstrates the same connection between scholarly and social relationships.¹⁰⁰

Scholarship and learning also came to feature in everyday discussions and letters. For example, the Emperor Tiberius' dinnertime conversation, which attested to his erudition, forced some of his dinner companions to try to find out what he had read recently so as to prepare for intellectual discussions with him.¹⁰¹ Later on, in the time of Aulus Gellius, such learned conversations had become commonplace not only at dinner,¹⁰² but also while people were out walking across the Field of Agrippa near the Campus Martius,¹⁰³ or when they happened to meet people on the way to the palace.¹⁰⁴ Such encounters, and many others, often led to highly intellectual discussions.

In the meantime, not only the upper classes but also freedmen added to their general knowledge through education. A fairly high level of literary education thus became the norm, and throughout the Empire the Roman elite came to be known for their literary learning.¹⁰⁵ Although the Roman Empire encompassed a large part of the known world, a fairly homogenous culture had arisen, since the same texts were usually read in all parts of the Roman Empire to which Latin scholarship extended.¹⁰⁶ This was probably thanks to the classical education that Roman children received in schools.¹⁰⁷

By now, the upper classes were learned, and the nouveau riche generally well educated. During this period, attention was focussed on collect existing texts rather than acquiring new knowledge. Original research gave way to the writing of textbooks that would help members of the upper classes impress their friends on social occasions. The *Noctes Atticae* by Aulus Gellius is an excellent example: it did not claim to be complete or original, but contained many interesting facts and also discussions of a number of topics that would appeal to readers.¹⁰⁸ Gellius had read widely, and carefully chose those topics that would enable his readers to acquire some honourable erudition (*honestae eruditionis*) and not appear ignorant.¹⁰⁹ Gellius believed that it was important for men of good social standing to know something about the law,¹¹⁰ anatomy,¹¹¹ and chronology. In the *Noctes Atticae* Gellius discusses a variety of topics (grammar, mathematics, rhetoric, philosophy and law) with the apparent aim of showing his readers why education is worth having, namely that it is enjoyable, social, useful and moral.¹¹²

Early in the Principate there was such intense pressure on people to demonstrate familiarity with literature that even poorly educated men attempted to conform to the trend.¹¹³ It was expected of an educated adult to continue to read and to attend recitals by important Greek and Roman poets, so that he could acquire the social grace of quoting literary texts, which would add to his status. Seneca recounts the story of Calvisius Sabinus who longed to be educated, but unfortunately had a poor memory. He tried to solve the problem by buying learned slaves who could recite Greek poetry by heart. When he attended dinner parties, they had to assist him, prodding him when he wanted to quote Homer or Hesiod, for example. Another well-known story about ignorance was the one about Trimalchius who bought libraries in bulk.¹¹⁴

Pliny was a famous Roman scholar, who was intensely interested in scholarship: not necessarily original information, since he preferred leaving a huge legacy of invaluable work rather than merely providing enjoyment to his readers.¹¹⁵ During his lifetime he collected basic information and details on “Hellenistic and Roman knowledge of cosmology, astronomy, anthropology, zoology, botany, medicine, and metallurgy, not to mention a history of human culture and inventions ... and the fullest surviving account of Greek and Roman art and artists known or represented at Rome in the first century”.¹¹⁶ He was an unassuming man, and spent much time at home in his Laurentine villa studying, reading, writing, consulting his books and cultivating his mind.¹¹⁷

Suetonius, too, was a learned man. Early in his life, he dedicated himself to scholarship, as is evidenced by his many literary works. Later, however, he gave up his private studies to become an imperial official.¹¹⁸ This post claimed much of his time.¹¹⁹ He was probably appointed in recognition of his scholarly work and as an encouragement to continue it.

6 Relaxation

Educated men everywhere generally found reading to be pleasurable and relaxing. A desire always to know or learn more, characteristic of an educated mind,¹²⁰ was evident in the scholarly society of the late Republic and the educated world of the Empire. Learned conversations, according to Gellius, could take place almost everywhere: at dinners, in public libraries and bookshops, at the bedside of an ill friend, on board ship, in classrooms and theatres or simply on leisurely walks.¹²¹ Busy people had many opportunities to engage in intellectual discussions. In their free time they could enjoy the pleasure of short, learned conversations and at the same time fulfil their social duties. This recalls Gellius’ description of his acquiring knowledge *per omnia semper negotiorum intervalla, in quibus furari otium potui*.¹²² He believed that intellectual pursuits were the only admissible ones for a learned man’s free time.¹²³ Gellius was often to be found at work in a library or browsing through libraries, or in a bookshop.¹²⁴ Grammar and geometry, he stated, were the basics of an education, while philosophy and law constituted the higher classical education of wealthy Romans.¹²⁵

Cicero, however, held his dialogues during times of *otium*, for example on public holidays, whilst the younger Pliny and Fronto dedicated much of their free time to reading, writing and learned conversation.

7 Travelling

Travelling, one of the ways in which a learned man could add to his knowledge, will now be discussed briefly.

Amongst the upper social classes, travel was considered part of a young man’s education.¹²⁶ A Roman youth seeking to pursue his studies or complete them would attend highly respected universities in other parts of the Empire. This was costly, but considered worthwhile since in this way students learned much.¹²⁷ We read that Aulus Gellius and a

few other Roman students in Athens had dinner together on the Saturnalia, and one may assume that studying in Athens would also have provided many opportunities of visiting other Greek lands.¹²⁸

Upper-class young Romans could also extend their education by either accompanying their fathers as they travelled through the Roman Empire, or by holding administrative posts as *comites* in the provinces.¹²⁹ Learned and civilised Romans were fond of travelling, since they were familiar with Roman history and wished to extend their knowledge. An excellent example of a “famous” traveller was Germanicus, who was sent to the East at the end of AD 17. His journey may have been regarded partly as a pleasure tour, but he undoubtedly also learned much from it: on his way to Syria he visited Nicopolis, the site of the battle of Actium; Athens; a number of Greek islands; the Bosphorus; the site of Troy; and Colophonon. During the next winter he went to Egypt from Syria to see its famous monuments (“*cognoscendae antiquitatis*”). There he visited Alexandria; sailed up the Nile; and saw Memphis and the pyramids.

8 Conclusion

From the above discussion a number of conclusions may be drawn. The first is that, as from the time of the late Republic, educated Romans very much wished to further their education and gain more knowledge. They could do so in various ways and at various places that constituted influential elements in the intellectual life of Rome. In this paper, the following elements were discussed: books, booksellers and book copiers; private and public libraries as well as literary recitals; Roman baths; scholarship; relaxation; and travelling.

Books, scribes and booksellers made a huge contribution to Roman education and continued learning. Roman authors, for example historians and poets, wrote in Latin, while learned Greek slaves copied Greek books. Booksellers gradually gained in importance, having their own scribes. They eventually had bookshops in the centre of Rome, books by then being regarded as luxury items. Clearly, since every book had to be copied by hand, books would have been costly. As scholarship developed and private libraries increased in number, the demand for books grew. In time, some booksellers started specialising in specific fields, travelling widely in search of rare manuscripts, and thus added to the spread of learning. By the end of the Republic, bookshops were flourishing; some had their own professional copiers and often made books to order. These shops became popular meeting places where bibliophiles spent much time, studying and discussing literary matters with other interested parties.

Their education gave the Romans a lifelong interest in literature. As keen students, they retained their literary and scholarly interests long after they had left school.

Did the rise of private and public libraries throughout the Roman Empire have any effect on the education and culture of Roman citizens? Yes, they undoubtedly had a huge influence on the literary culture of the Empire. Public libraries, in particular, made an enormous

contribution by promoting literature in the Empire and providing material for cultural upliftment and research.¹³⁰

What inspired emperors and magistrates to undertake such large building projects as public baths? Vitruvius, addressing Augustus, may give us some guidance in this regard: "Furthermore, with respect to the future, you have such regard to public and private buildings, that *they will correspond to the grandeur of our history, and will be a memorial to future ages.*"¹³¹ From Vitruvius' remarks one may deduce that emperors built grandiose buildings not only to fulfil existing public needs, but also to enhance the glory of the Empire and their own status, and because they wished to be remembered by future generations. It should be added that in building public baths containing libraries and lecture halls, emperors, magistrates and private individuals made a large contribution to the growth of literary culture and to intellectual development in the Roman Empire.¹³²

From fairly early on, Roman literary scholarship was placed on a firm footing by people from different classes and backgrounds: emperors, upper classes, slaves and freed slaves. The fact that slaves and freedmen were also educated, contributed to a rather high general level of literary learning.¹³³ Although much was written on a large variety of difficult subjects, thus furthering Roman civilization and erudition, very little of this writing has survived. Fortunately, extracts do appear in the works of later authors. During the first century, intellectual conversations formed part of social life among learned people, and the availability of books played a large part in this phenomenon. Learned exchanges became the norm for everyday discussions, writing and intellectual conversations, for example, when people were out walking in the fields or accidentally met friends on the way somewhere. Characteristic of this later period is that scholars were more interested in collecting existing learned works than in doing original research. Aulus Gellius's *Noctes Atticae*, discussing a large variety of subjects, serves as an excellent example of such scholarship of the second/third century A.D. Another famous Roman scholar was Pliny, who left an enormous legacy of invaluable works on a wide variety of topics.

Educated and learned Romans found reading a perfect way to relax. However, from Gellius we learn that education could be furthered in many other ways too: by attending recitals in various places, such as libraries and at the baths; by having a learned discussion while visiting an ill friend; or while having a relaxing walk. Intellectual activities, wherever and of whatever kind, were considered an acceptable form of occupation for the free time of a learned man.

Travelling was considered to be an inherent part of a learned man's education. Whether it was formal education at a foreign university; holding administrative posts in the provinces; or merely travelling to various Greek lands to add to one's geographical and historical knowledge, travelling was never regarded as time wasted. It broadened knowledge and insight, and enriched scholars.

In conclusion: generally Romans of the upper classes, and also others who were climbing the social ladder, were anxious to extend their knowledge. For educated Romans, there were many opportunities to do so, to become learned, and to be regarded as scholars.

Everything was available: books, libraries, educated friends, recitals, opportunities for travelling and relaxation. From this paper, one may deduce that the Romans often made enthusiastic use of all such opportunities. They valued literature and were willing to try hard to know more of it. It was a period in history when people went out of their way to become learned, and made a conscious effort to add to the knowledge and skills they had through experience and education. They made full use of their opportunities to do so.

* Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa; Vdberh@unisa.ac.za. This article is based on research financially supported by the National Research Foundation (NRF) of South Africa. I would like to thank Professor Lesbury van Zyl for editing the article.

- ¹ *Noctes Atticae* pr. 12. See, also, Amiel Vardi "Genre, Conventions, and Cultural Programme in Gellius' *Noctes Atticae*" in Leofranc Holford-Strevens & Amiel Vardi (eds.) *The Worlds of Aulus Gellius* (Oxford, 2004) at 182.
- ² Gellius pr. 12.
- ³ Gellius pr. 23.
- ⁴ Cicero compiled lists of various professions from which, interestingly, it may be deduced that shopkeepers did not enjoy high status, although one may assume that bookshop owners were educated people. See, however, J.P.V.D. Balsoon *Life and Leisure in Ancient Rome* (London, 1969) who states, at 135, that "shopkeepers of every kind" are amongst the few occupations not proudly recorded in existing epitaphs.
- ⁵ A *librarius*, according to C.T. Lewis & C. Short (*A Latin Dictionary*, Oxford, 1966 at 1061) was either (1) a transcriber of books, a copyist, a scribe (cf. Cicero *Att.* 12.40.1; Seneca *Contr.* 1.7.18; or (2) a bookseller (cf. Seneca *Ben.* 7.6.1; Gellius 5.4.2 and 18.4.1). *Bibliopola* is the common name for the retail trader (cf. Plinius *Ep.* 1,2 *fin.*; 9.11.2; Martialis 4.72).
- ⁶ E. Fantham *Roman Literary Culture from Cicero to Apuleius* (Baltimore, 1996) at 14.
- ⁷ Fantham (n. 6) at 15.
- ⁸ Fantham (n. 6) at 15.
- ⁹ Fantham (n. 6) at 15.
- ¹⁰ See Fantham (n. 6) at 15, 37; C. Holleran *Shopping in Ancient Rome. The Retail Trade in the Late Republic and the Principate* (Oxford, 2012) at 48.
- ¹¹ H.S. Stuart Jones *Companion to Roman History* (Oxford, 1912) at 337.
- ¹² Fantham (n. 6) at 15.
- ¹³ Stuart Jones (n. 11) at 337.
- ¹⁴ Holleran (n. 10) at 246.
- ¹⁵ See Martialis 4.72.2; 13.3.4; Pliny *Ep.* 1.2.6. See, also, Frederic G. Kenyon *Books and Readers in Ancient Greece and Rome* 2 ed. (Folcroft Library Editions, 1971) at 84.
- ¹⁶ Holleran (n. 10) at 55. See Suetonius *Aug.* 57.1; Gellius 18.4.1; CIL VI 448; 761; CIL X 3981.
- ¹⁷ Holleran (n. 10) at 246.
- ¹⁸ See, eg., Cicero's friend Atticus (*Att.* 12.6); the Sosii brothers, well-known through Horace (*ArsP.* 345, 346) and Ovid; and Dorus, referred to by Seneca (*Ben.* 7.6).
- ¹⁹ See, eg., Pliny *Ep.* 4.7; Martial *Ep.* 2.8.

- ²⁰ See Cicero *Q.Fr.* 3.4.5 and 3.5.6; Strabo, who mentions poor quality copying by Apellicon of Teos (13.1.54); and Seneca *Ira* 2.26.2.
- ²¹ William V. Harris *Ancient Literacy* (London, 1989) at 224.
- ²² See Gellius 2.3.5; 5.4.1; 18.9.5.
- ²³ *Librarius* has a dual meaning: *bibliopola*, however, only denotes bookseller, while *librarius* can mean either a copyist or a bookseller.
- ²⁴ Cf. Catullus 55.3-4.
- ²⁵ Cf. Holleran (n. 10) at 248.
- ²⁶ See Cicero *Phil.* 2.21on *tabernae literariae*. Cf., too, Horatius *Sat.* 1.4.71; Martialis 1.3.1 and 1.117.10.
- ²⁷ Gellius 18.4: *variam et miscellam et quasi confusaneam doctrinam*. Cf., too, Gellius *pr.* 5-9.
- ²⁸ Cf. Quintilianus 1.8.18-21; Seneca *Ep.* 88.37.
- ²⁹ See Leofranc Holford-Strevens *Aulus Gellius* (London, 1988) at 21.
- ³⁰ Gellius 3.10.17.
- ³¹ Harris (n. 21) at 225.
- ³² Cf. Fantham (n. 6) at 36.
- ³³ Fantham (n. 6) at 37.
- ³⁴ Kenyon (n. 15) at 85.
- ³⁵ See Gellius 18.5.11. Cf., too, Kenyon (n. 15) at 85; Fantham (n. 6) at 71.
- ³⁶ Fantham (n. 6) at 14.
- ³⁷ Fantham (n. 6) at 8.
- ³⁸ Fantham (n. 6) at 16. During the second century, some of the important authors provided a good description of their cultural milieu, and it is clear that reading was as important as oral performances were.
- ³⁹ The term “culture”, used in a narrow sense, indicates the fields of learning, education, habits and taste: see Averil Cameron *The Later Roman Empire AD 284 - 430* (London, 1993) at 151.
- ⁴⁰ Fantham (n. 6) at 34.
- ⁴¹ Frederic Kenyon *Libraries and Museums* (London, 1930) at 11-12.
- ⁴² See Plutarch *Luc.* 42. Cf. Kenyon (n. 15) at 81.
- ⁴³ See Plutarch *Luc.* 42.
- ⁴⁴ Plutarch *Luc.* 41.1.
- ⁴⁵ See Cicero *Fin.* 3.2.7.
- ⁴⁶ See Suetonius *Caes.* 44: “To open to the public the greatest possible libraries of Greek and Latin books.”
- ⁴⁷ Stuart Jones (n. 11) at 138.
- ⁴⁸ Clarence Eugene Boyd *Public Libraries and Literary Culture in Ancient Rome* (Chicago, Illinois, 1915) at 1.
- ⁴⁹ Boyd (n. 48) 2.
- ⁵⁰ See Pliny *HN.* 35.2.9.
- ⁵¹ See Pliny *HN.* 35.2. 9; Suetonius *Aug.* 29.
- ⁵² See, further, Boyd (n. 48) at 24.
- ⁵³ Pliny *HN.* 35.2.9.
- ⁵⁴ See Stuart Jones (n. 11) at 139; Pierre Grimal *The Civilization of Rome* (London, 1963) at 274. Cf., too, Dio Cassius 53.1; Suetonius *Aug.* 29; Ovid *Tristia* 3.1.59-72.
- ⁵⁵ See Suetonius *Gram.* 20. His writings, covering an impressively wide field of scholarship, have been lost. He wrote a treatise on agriculture, a commentary on Virgil, and historical, archaeological and (possibly) religious works. He was a teacher and apparently had time for research and teaching. See, also, Donald Dudley *Roman Society* (Harmondsworth, 1970) at 171-172.

- ⁵⁶ Kenyon (n. 15) at 82. Many owners of private libraries collected thousands of books that were never read. Such libraries served only as adornments to the owners' houses: see Seneca *De Tranquillitate animi* c. 9.
- ⁵⁷ Stuart Jones (n. 11) at 139.
- ⁵⁸ Grimal (n. 54) at 273.
- ⁵⁹ Ammianus *Res Gestae* 16.10.15-16.
- ⁶⁰ Joseph A. Howly "Why Read the Jurists? Aulus Gellius on Reading Across Disciplines" in Paul J. du Plessis (ed.) *New Frontiers. Law and Society in the Roman World* (Edinburgh, 2013) at 28-29.
- ⁶¹ Stuart Jones (n. 11) at 139.
- ⁶² Stuart Jones (n. 11) at 141.
- ⁶³ Balsdon (n. 4) at 148-149.
- ⁶⁴ F.F. Abbott *The Common People of Ancient Rome. Studies of Roman Life and Literature* (New York, 1965) at 180-181.
- ⁶⁵ See Cicero *Fin.* 3.2.7-10.
- ⁶⁶ Balsdon (n. 4) at 149.
- ⁶⁷ Gellius 5.21.9; 11.17.1f; 13.20.1; 16.8.1f.
- ⁶⁸ See Pliny *Ep.* 1.16.8 (to Silius Italicus).
- ⁶⁹ Cf. Juvenal *Sat.* 2.4-7.
- ⁷⁰ See Ovid *Tristia* 1.59-72.
- ⁷¹ *Satira* 1.128.
- ⁷² See Suetonius *Aug.* 31. Cf., too, Ammianus 23.3.3.
- ⁷³ Tacitus *Ann.* 6.12.
- ⁷⁴ See Boyd (n. 48) at 41-51.
- ⁷⁵ See Cicero *Pro Archia* 5.
- ⁷⁶ When the library of Pergamum came into the hands of the Romans Antony thereupon presented it to Cleopatra: 200,000 volumes!
- ⁷⁷ See Boyd (n. 48) at 53. At 54-57 he also gives a complete list of all the categories of books etc. to be found in the libraries.
- ⁷⁸ See Ovid *Tr.* 3.1.63-64; Gellius 13.20.17.
- ⁷⁹ Boyd (n. 48) at 57-58. See, further, Cicero *Fin.* 3.2.7-10.
- ⁸⁰ See Horace *Epist.* 1.3.16-17; Gellius 16.8.2.
- ⁸¹ Kenyon (n. 15) at 85.
- ⁸² Fantham (n. 6) at 16.
- ⁸³ M. Rostovtzeff, *Rome* (London, 1967) at 251.
- ⁸⁴ Rostovtzeff (n. 84) at 250.
- ⁸⁵ J. Carcopino *Daily Life in Ancient Rome. The People and the City at the Height of the Empire* (London, 1967) at 277. See, also, A.R. Hands *Charities and Social Aid in Greece and Rome* (London, 1968) at 141, 143; Balsdon (n. 4) at 27-28. Further SHA *Severus Alexander* 39.3-4.
- ⁸⁶ Boyd (n. 48) at 63.
- ⁸⁷ Vopiscus *Probus* 2.1.
- ⁸⁸ Janet DeLaine "Baths" in *The Oxford Classical Dictionary* 4th ed Simon Hornblower, Antony Spawforth & Esther Eidinow (eds.) (Oxford, 2012) at 226. See, also Balsdon J.P.V.D. (ed.) *The Romans* (London, 1965) at 276
- ⁸⁹ Martialis 3.44.12.

- ⁹⁰ See Robert A. Kaster “Scholarship” in Alessandro Barchiesi & Walter Scheidel (eds) *The Oxford Handbook of Roman Studies* (Oxford, 2010) at 492 according to whom “scholarship” may be described as “writings meant to preserve or elucidate Roman cultural memory in non-narrative, non-mimetic form with a commitment to the truth”.
- ⁹¹ Kaster (n. 90) at 494.
- ⁹² See Suetonius *Tib.* 70.3.
- ⁹³ See Suetonius *Claud.* 41.3; Tacitus *Ann.* 11.13.3 and 11.14.5.
- ⁹⁴ Kaster (n. 90) at 497.
- ⁹⁵ Kaster (n. 90) at 497. See, also, Gellius *pr.* 12.
- ⁹⁶ For example, without Atticus’ *Liber Annalis* supplying many missing chronological details, Cicero’s *Brutus* would not have achieved such a synthesis of Roman oratorical history.
- ⁹⁷ Kaster (n. 90) at 498-499.
- ⁹⁸ Plutarch *Luc.* 42.1-2.
- ⁹⁹ In 60 B.C., through the good offices of his friend Papirius Paetus, Cicero acquired the library of one of Paetus’ relatives who happened to be the Servius Clodius whom Suetonius considers to be one of the two founders of literary scholarship. Cicero brought the library safely to Rome from Greece with the help of another friend, Atticus. See Cicero *Att.* 1.20.7; 2.1.12.
- ¹⁰⁰ Kaster (n. 90) at 499.
- ¹⁰¹ See Suetonius *Tib.* 56.
- ¹⁰² Gellius 2.22.
- ¹⁰³ Gellius 14.5.
- ¹⁰⁴ Gellius 19.13.
- ¹⁰⁵ Kaster (n. 90) at 501.
- ¹⁰⁶ Kaster (n. 90) at 501.
- ¹⁰⁷ Vergil and Terence dominated poetry and Sallust and Cicero prose.
- ¹⁰⁸ Holford Strevens (n. 29) at 21. This corresponded with the tastes of the times as is shown by the miscellanies of Plutarch, Aelian and Athenaeus.
- ¹⁰⁹ Holford Strevens (n. 29) at 27.
- ¹¹⁰ Gellius 20.10.6.
- ¹¹¹ Gellius 18.10.8.
- ¹¹² Teresa Morgan “Educational values” in Holford Strevens & Vardi (n. 1) at 191.
- ¹¹³ Fantham (n.6) at 143-144.
- ¹¹⁴ Fantham (n. 6) at 144-145.
- ¹¹⁵ Pliny *HN. pr.* 12-16.
- ¹¹⁶ Fantham (n. 6) at 188.
- ¹¹⁷ Cf. Pliny *HN.* 1.9.
- ¹¹⁸ He was, at different times, the emperor’s director of research (*a studiis*) and of libraries (*a bibliothecis*) under Trajan.
- ¹¹⁹ Fantham (n. 6) at 190
- ¹²⁰ Balsdon (n. 4) at 148.
- ¹²¹ Amiel Vardi “Genre, Conventions, Cultural Programme in Gellius’ *Noctes Atticae* in Vardi & Holford Strevens (n. 1) at 182.
- ¹²² Gellius *pr.* 12.
- ¹²³ Vardi (n. 122) at 183.

¹²⁴ See Gellius 7.17; 9.14.3; 11.17; 13.20; 16.8.2; 19.5.4. For bookshops see Gellius 5.4; 13.31; 18.4.

¹²⁵ Gellius *pr.* 13. See, further, Teresa Morgan (n. 112) at 190.

¹²⁶ Balsdon (n. 4) at 233.

¹²⁷ Balsdon (n. 4) at 234-235.

¹²⁸ See Cicero *Att.* 1.4.3; *Att.* 1.20.1; 2.1.11.

¹²⁹ Balsdon (n. 4) at 235.

¹³⁰ Boyd (n. 48) at 69.

¹³¹ Vitruvius *De Architectura* vol. 1 *pr.* 3. The translation is by Frank Granger in the Loeb edition (my emphasis).

¹³² See W.W. Fowler *Rome* (London, 1967) at 98. In Rome, there was another relevant factor: in terms of Roman culture, possessing wealth may have created a sense of obligation. This was undoubtedly also one of the original motives for men to make donations, since the spirit of devotion to the state and the community was a characteristic of Romans in the Republican period. Even during the Empire it was still possible, in the municipalities, “to depend upon the deeply ingrained republican feeling that a gentleman’s business was public service, and that the greatest rewards of life came from public esteem”.

¹³³ Among the upper classes, nouveaux riches and slaves.

JURIDICITATEA OBLIGAȚIEI NATURALE

Adina BUCIUMAN*

Résumé. Juridicité de l'obligation naturelle. L'étude se propose une démonstration de la substance éminemment juridique de l'obligation naturelle, souvent présentée par la doctrine et la pratique comme une obligation morale, située en dehors du droit, qui lie le débiteur seulement dans la conscience individuelle. Dans ce but, il a fallu reconnaître l'impossibilité de détacher le droit d'un système de valeurs qui le transcendent, tout en assurant sa force vitale et en justifiant son existence. Les bénéfices de la soi-disant neutralité du droit face aux valeurs morales sont une chimère attrayante, dont la fausseté doit être dévoilée. L'étude mène le lecteur vers la dialectique de la détermination philosophique du concept de droit qui oppose les courants du positivisme juridique aux théories du droit naturel.

La thèse fondamentale de cet article est une plaidoirie en faveur de l'idée que tout l'échafaudage juridique est soutenu et orienté en même temps par le concept de justice, développé dans la philosophie du droit naturel. L'obligation, soit civile, soit naturelle, est un devoir qui obéit à un impératif de justice, déterminé selon les célèbres formules d'Aristote, justice correctrice ou commutative et justice distributive. Plus exactement, l'obligation naturelle, de même que celle civile, est un devoir de justice correctrice, qui impose au débiteur d'éliminer un déséquilibre injuste du type patrimonial. Sans aucun rapport avec sa consécration par la norme positive, l'obligation naturelle s'impose au débiteur par la force de l'impératif de justice naturelle. Le refus de l'identification du droit avec l'ensemble des normes positives ou des décisions judiciaires empêche l'adoption de la célèbre construction du non-droit de Jean Carbonnier: l'obligation naturelle ne se situe ni en dehors du droit, ni en opposition avec celui-ci, mais au cœur même de celui-ci, constitué des règles du droit naturel. Ceux qui vivent et agissent en harmonie avec les règles de la justice ne se situent pas en dehors du droit, mais à son apogée. Cela parce que droit signifie en premier lieu justice, art de ce qui est bon et équitable.

La conclusion de l'étude va ainsi contre la conception subjective, moralisante du Jaques Ripert sur l'obligation naturelle. Celle-ci a une existence abstraite objective. C'est la quête du juste milieu entre perte et surplus. Ayant la même essence que l'obligation civile, l'obligation naturelle se distingue de celle-ci par son manque de consécration positive, soit par la loi étatique, soit par la volonté individuelle créatrice de normes. Son imperfection se reflète non pas au niveau de l'intensité avec laquelle la prestation est due, mais à celui de la protection du créateur dans le cas de non-exécution volontaire. Ainsi, l'obligation naturelle n'est pas le simple produit de la conscience individuelle, subjective. Cette dernière intervient seulement pour stimuler l'exécution, dans les conditions où le droit positif la laisse de côté.

Mots-clés: *droit et morale, morale subjective – morale objective, règle morale – règle juridique, conscience individuelle – conscience collective, positivisme juridique, droit naturel classique, jusnaturalisme modern, théorie du droit – philosophie du droit, concept de justice, justice corrective – justice distributive, la théorie du non-droit, obligation civile – obligation naturelle.*

Cuvinte-cheie: *morală și drept, morală subiectivă - morală obiectivă, regulă morală - regulă juridică, conștiință individuală - conștiință colectivă, pozitivism juridic, drept natural clasic, iusnaturalism modern, teoria dreptului - filosofia dreptului, conceptul de justiție, justiție corectivă - justiție distributivă, teoria non-dreptului, obligație civilă – obligație naturală.*

Legată indisolubil de dificultatea de a defini dreptul și de a preciza elementele esențiale ale regulii de drept, dezbateră doctrinară asupra caracterului juridic al obligațiilor naturale se dezvoltă la periferia unor vechi întrebări care reunesc interesele juristului dogmatic cu ale filosofului sau sociologului dreptului. Fără a ne propune epuizarea problematicii, presupunând că un asemenea demers ar fi posibil, vom aborda în cele ce urmează, în special sub aspectele care ar putea influența conturarea noțiunii de obligație naturală, raporturile dintre drept și morală (1), precum și fundamentul regulii juridice (2).

1. Refuzul alterității instituționale: între juridic și etic

Morala și dreptul, iată un cuplu deloc neobișnuit în lumea ideilor! Filosofi și juriști l-au analizat de-a lungul epocilor, concluziile având un parcurs sinuos, în pas cu evoluția, spre desăvârșire sau mutație, după caz, atât a instituțiilor juridice, cât și a concepțiilor morale. La o primă vedere epuizată, problema pare să fi primit o soluție aproape unanimă: un acord intim unește dreptul și morală¹, astfel încât orice edificiu menit să le impună o severă separare și autonomie este condamnat unei rapide demolări². Justificarea acestei uniuni și explicarea resorturilor sale interne sunt însă departe de a face obiectul unei viziuni unitare.

1.1. Între etică și morală

În ciuda utilizării sintagmei la forma de singular, „morala” nu este una singură. Aspectele morale țin de discursul asupra ceea ce este bine sau rău. Ele reprezintă obiectul de studiu al eticii, „disciplină care investighează pe baze raționale pure și fără referire la nicio autoritate sau tradiție, probleme cum sunt cele despre natura dreptății sau a nedreptății, despre bine și rău, despre virtute și viciu”³. Dintre direcțiile posibile înspre care poate fi orientată reflexia morală, putem enunța, de exemplu, *morala cu vocație socială*, înțeleasă în sensul de ordine fondată pe coeziunea socială, fiind deci destinată să organizeze raporturile oamenilor cu grupul, elaborată cu participarea individului, și nu independent de acesta. În

acest context, morala socială trebuie privită ca alternativă a *moralelor transcendentului*, care ilustrează o realitate independentă umanității, care trebuie doar descoperită, și nu inventată, pentru că ea preexistă reflexiei omului, fiind impusă de o ordine superioară universală. În același timp, morala socială se opune *moralelor științifice*, cuprinzând ansamblul legilor care guvernează lumea, în baza unui strict determinism natural, care a creat în mod întâmplător un echilibru superficial ce creează aparența unui sistem organizat⁴. Alături, din perspectivă sociologică, se vorbește despre morala cutumiară și morala principiilor, a valorilor abstracte⁵.

Așa cum vom vedea în capitolul următor, sistemele moderne ale dreptului civil continental, fie de inspirație napoleoniană, fie de inspirație germană, sunt reflexul transfigurării în plan laic a moralei creștine, realizate de Grotius și Pufendorf. În ce privește problema juridicității obligației naturale însă, invocarea moralei ca fundament al acesteia se face pentru a marca subiectivismul ei, dependența exclusivă de conștiința debitorului, prin contrast cu regula juridică, normă obiectivă, edictată din exterior. Prin urmare, credem că se impune să abordăm morala sub acest aspect, al dihotomiei subiectiv-obiectiv.

Dacă privim morala în accepțiunea sa subiectivă, linia de demarcație dintre aceasta și drept este ușor de trasat. Știința a sufletului, morala subiectivă se distinge astfel de drept, ca știință socială. Scopul moralei este perfecționarea individuală, în vreme ce scopul dreptului este acela de a asigura ordinea socială. Obligația morală tinde astfel spre realizarea binelui personal al individului, pe când obligația juridică vizează binele comun, binele social. Din perspectiva moralei, acțiunile persoanei sunt apreciate în raport cu ea însăși, cu ce trebuia sau nu avea voie să facă, în timp ce aprecierea juridică a acțiunilor individuale se face în raport cu alții, mai precis determinându-se valoarea acestor acțiuni pentru ceilalți. În această viziune, elementul intern al acțiunii omului, mobilul, intenția sunt de domeniul moralei, iar dreptul este interesat doar de actul extern, de manifestările exterioare, fiind doar excepțional sensibil la sentimente și aprecieri subiective⁶. Obligația morală guvernează deci forul interior al oamenilor, dreptul intervenind asupra forului exterior al acestora⁷.

O viziune preponderent subiectivă asupra moralei face ca aceasta să nu fie altceva decât „elan”, „autodepășire”, „autenticitate”, „sinceritate”, „puritate”⁸, o știință a virtuților, fără îndoială, dar lipsită de o structură solidă care să îi dea susținere și sens, fapt care o expune riscului de cădea într-un relativism neavenit. În această postură, datoria morală este mai ușor de comparat și de diferențiat de regula de drept; seducătoare la nivel filosofic, ea nu mai prezintă însă pentru jurist decât un interes extrem de redus.

Trebuie admis însă că, nici chiar strict din punct de vedere moral, elementul subiectiv intențional nu își este suficient sie însuși, una din îndatoririle subiective fiind aceea de a căuta și un bine obiectiv⁹. Omul este în același timp ființă singulară și ființă socială, cele două aspecte ale sale fiind complementare: nu pot fi nici net separate, dar nici nu se poate susține absorbția uneia de către cealaltă. Scopul său ideal individual nu poate fi atins decât acceptându-și sociabilitatea, necesitatea solidarității cu ceilalți. Totodată, finalitatea dreptului, starea de bine a societății, nu poate fi realizată decât dacă membrii săi ating binele individual. Binele social reprezintă scopul imediat al regulii juridice, în vreme ce binele personal este vizat în mod direct de regula morală, dar fiecare din cele două reguli au ca finalitate mediată, indirectă scopul final al celeilalte¹⁰.

Se deschide astfel calea spre o concepție obiectivă asupra moralei, în care morala personală, internă, adesea insondabilă este cantonată în conștiința individuală, în vreme ce câștigă teren morala socială, dedusă din credința sau conștiința colectivă, care vizează un bine întotdeauna obiectiv.

Scopul ideal al moralei ajunge să se confunde astfel cu idealul dreptului. Imperativul juridic are aceeași natură cu imperativul moral, întrucât își extrage forța din aceeași noțiune superioară a moralei sociale: ideea de justiție, de justă măsură, de proporție echilibrată între două excese. Care este însă impactul acestei obiectivizări a moralei asupra raporturilor acesteia cu dreptul? Este suprapunerea finalității lor ultime suficientă pentru a deduce o identificare a domeniilor lor de aplicare și, mai ales, care din cele două ordini are prioritate în caz de conflict cu privire la căile de urmat pentru atingerea acestui scop ideal?

1.2. Dreptul – executorul regulii moralei?

Într-una din concepțiile consacrate, dreptul este văzut ca agentul de executare a moralei. Printr-un proces curios¹¹, obligația morală devine prioritară. Morala fondează obligația pe care se sprijină dreptul. Obligația joacă astfel rol de pod între morală și drept. Rezultă o subordonare directă și verticală a legiuitorului față de moralist, a dreptului pozitiv față de morală. Care este în această viziune specificitatea dreptului? În vreme ce morala conferă societății doar un anumit număr de principii și reguli generale, dreptul le asigură aplicarea în situațiile diverse ale vieții sociale, stabilind obligațiile concrete de urmat și procedurile tehnice de aplicat, ținând seama de datele politice, culturale și economice ale momentului. Astfel, dreptul are ca obiect propriu organizarea societății în funcție de regulile morale, amenajarea ei astfel încât să fie conformă justiției. În același timp, în vederea eficientizării sale, dreptul își asortează regulile stabilite cu sancțiunile necesare. Sancțiunea nu face decât să însoțească regula de drept, conferindu-i o perfecțiune, de altfel necesară, dar nu este de esența acesteia. „Substanța internă, miezul nutritiv al regulii de drept pozitiv, este regula morală, preceptul de justiție pe care cea dintâi se mulțumește să îl determine în contact cu condițiile istorice ale vremii”¹².

Construcția tradițională este fragilă sub mai multe aspecte¹³. Întâi, nu toate regulile ordinii juridice manifestă aceeași legătură de filiație directă și evidentă cu regulile moralei, chiar dacă pot fi înconjurate de un context de moralitate. În același timp, nu toate regulile moralei sunt consacrate de regula juridică. Rezultă că cele două domenii nu se suprapun perfect: dreptul nu acoperă în întregime morala, iar pe alocuri o debordează. Dacă regula morală nu justifică imperativul juridic în toate situațiile, care este fundamentul, cu valoare de generalitate, al caracterului său obligatoriu? Apoi, cantonarea rolului moralei la edictarea unor principii generale este artificială: nu mai puțin decât dreptul, și morala este o doctrină a acțiunii, și ea urmărește individul în aspectele vieții lui cotidiene. Astfel, ideea subordonării dreptului față de morală își trădează slăbiciunea. Ceea ce se mai poate susține este mai degrabă un fenomen de absorbție, de fuziune insuficient precizată între drept și morală. Numai că, dacă și dreptul, și morala stabilesc deopotrivă comandamente în sarcina individului, pentru realizarea aceluiași

obiectiv, fără a se putea reține ierarhizarea competențelor celor două ordini, rezultatul poate fi unul pernicios. Așa cum dreptul poate servi moralei, se poate ajunge la situația indezirabilă și de-a dreptul periculoasă ca și morala să fie utilizată în serviciul dreptului pozitiv. Pe această cale, statul devine moralist și, prin intermediul regulii juridice, dictează conștiințelor. Între juridic și moral, se creează o morală de stat¹⁴. Se ajunge astfel la o răsturnare de paradigmă: valorile morale nu mai sunt țelul și motorul dreptului, ci emanația legii¹⁵.

Observând această falie în sistemul care vede în drept executorul moralei, un autor¹⁶ argumentează în sensul că eroarea provine din necunoașterea adevăratei naturi a societății. Scopul acesteia din urmă nu coincide cu cel al moralei, nu vizează orientarea indivizilor spre realizarea unui ideal personal. Finalitatea imediată și directă a societății este aceea de a asigura, prin efectul legilor, un ansamblu obiectiv de condiții (referitoare la educație, la morală, la securitate, la posibilitățile de muncă etc.), necesare dezvoltării și desăvârșirii personale căreia omul îi este destinat prin natura sa și spre care morala îl obligă să tindă. Binele comun rezultă din reunirea acestor condiții. Rezultatul vizat de regula de drept este de a stabili o ordine, o coexistență pașnică, o concordanță între diferite elemente ale societății: economice, politice, culturale, morale. Ordine care la nivel static asigură respectul drepturilor tuturor, iar din punct de vedere dinamic, furnizează repartitia corespunzătoare a valorilor vieții umane, atât a celor materiale, cât și a celor spirituale. Din acest unghi, regulile de drept se înfățișează ca osatura societății, ansamblul dreptului reprezentând scheletul care o formează și o susține în același timp.

Imperativul juridic descrie astfel superioritatea *formală* a societății asupra indivizilor care o compun. Vorbim de o superioritate rezultată care nu este impusă prin forță, ci este văzută ca un fapt natural, ca necesitate a subordonării interesului individual față de binele comun. La nivel *esențial*, individul, ca persoană inteligentă, liberă și responsabilă, este și rămâne superior societății. El reprezintă valoarea absolută a lumii concrete și lui îi este subordonată întreaga operă a civilizației. Un singur individ poate să atingă perfecțiunea valorilor spirituale ale umanității, fără a fi nevoie de multiplicarea sa numerică. Însă, același individ nu este decât o fracțiune a umanității. Iar umanitatea și valorile sale privesc întreaga specie, ansamblul format din totalitatea elementelor componente. Necesitatea grupului și a regulilor sale intervine pe acest palier, pentru a asigura posibilitatea abstractă ca *toți* membrii lui, și nu doar *unul* singur, să își atingă finalitatea supremă. Sociabilitatea naturală a omului îi impune să se plieze după normele menite bunăstării speciei sale. Prioritatea valorilor colective față de cele personale descrie subordonarea *formală* a individului față de grup, recunoașterea autorității regulilor corpului social, atâta vreme cât binele comun pe care acestea îl vizează este într-adevăr în serviciul persoanei umane.

Din perspectiva axiologiei juridice¹⁷, această viziune găsește un punct intermediar, o poziție de stabilitate, deși nu la distanțe perfect egale, față de enunțurile antagoniste cu privire la principiile care ar trebui să guverneze conținutul dreptului. Cu toate că, în mod evident, rămâne mai apropiată de spiritul individualist al filosofiei moderne, conform căruia valoarea supremă este libertatea omului, o asemenea concepție face câțiva pași spre concilierea cu regula superiorității cetății, a umanității, a poporului asupra individului, promovată de gândirea lui Platon și apoi de pozitivismul lui Auguste Comte, fără însă a permite deraierea spre extreme precum cele care au caracterizat regimurile hitlerist și sovietic.

Câteva consecințe derivă din aceste observații. Cum regula de drept vizează binele comun, ca mediu de reacție necesar perfecționării individuale impuse de morală, rezultă că imperativul celei dintâi are el însuși caracter moral. Respectarea autorității legii poate fi prin ea însăși o valoare morală. Chiar cea mai tehnică regulă de drept trebuie să vizeze realizarea a ceea ce este bun; astfel privit, tot dreptul este moral¹⁸. Cu o precizare însă: superioritatea societății asupra individului, exprimată în forța regulii de drept, este în mod intrinsec morală numai atâta vreme cât tinde spre binele comun, principiul unic din care decurge atât imperativul moral, cât și cel juridic. Cu alte cuvinte, dacă în principiu moralistul avertizează conștiințele individuale că existența regulii de drept implică obligația morală a respectării ei, același moralist previne asupra situațiilor în care legea pozitivă nu acoperă decât un neant de autoritate, un vid din punctul de vedere al finalității dreptului, pentru a elibera indivizii de obligația morală de a se supune. În acest sens, se poate susține că dreptul este subordonat moralei, autoritatea lui fiind condiționată de legitimitatea sa morală.

În plan *substanțial* însă, nu este exact să spunem că dreptul se mulțumește doar să își preleveze materia din domeniul moralei¹⁹, asortându-i regulile cu tehnici, proceduri și sancțiuni adecvate. Elementul comun care atrage coincidența unei importante părți a comandamentelor dreptului și moralei este noțiunea de bine comun. Suntem în prezența unei subordonări simultane a dreptului și moralei față de binele comun. Desăvârșirea spirituală personală implică dependența individului de grup, comuniunea de idealuri cu aproapele său²⁰, dar și adeziunea la o ordine socială menită să le protejeze. Binele comun, punctul de plecare atât al dreptului, cât și al moralei, devine astfel o noțiune cu valențe atât metafizice, abstracte – obiect de studiu al filosofilor -, cât și concrete, reificându-se în starea de echilibru dinamic, de coeziune între diferitele elemente culturale, economice, istorice, spirituale ale societății.

1.3. *Obligațiile naturale – datorii morale?*

Teoria moralistă asupra obligației naturale susține că aceasta este *doar* o datorie morală, fără semnificație juridică anterioară executării. Devenirea sa juridică este legată de actul îndeplinirii ei²¹. Cu alte cuvinte, obligația naturală este o datorie morală care devine (și) juridică în funcție de conștiința individuală a celui obligat moral.

Această viziune prezintă în primul rând inconvenientul aplicării unui criteriu exclusiv subiectiv, și prin aceasta incert, pentru determinarea cazurilor obligației naturale. În această direcție, se creează o adevărată „condiție a spontaneității”, plata făcută “voluntar” sau “de bună-voie” însemnând plata făcută “în cunoștință de cauză”, debitorul trebuind deci să fi știut că se achită de o datorie la îndeplinirea căreia nu putea fi constrâns juridic. De aici decurge una din dificultățile majore în materie, aceea de a determina raporturile obligației naturale cu noțiunea de liberalitate, care, din același punct de vedere, este de asemenea un act spontan²². Sondarea *post factum* a conștiinței individuale a lui *solvens* este cu atât mai dificilă cu cât instanțele sunt mai rar în situația de a se pronunța asupra conștiinței infailibile (a celui care plătește obligația naturală, fără a se răzgândi) sau asupra lipsei complete de scrupule (a celui care nici nu plătește, nici nu își manifestă intenția în acest sens); cel mai adesea, jurisprudența analizează un al treilea tip, cel care achită datoria, dar apoi regretă și apelează la mecanisme juridice care să îi deschidă calea spre restituirea prestației.

Dreptul intervine aici ca un blocaj al regresivității actului moral, o reprimare a regretului. Justificarea poate fi oferită de o analogie cu autoritatea lucrului judecat: îndeplinirea datoriei arată că debitorul s-a judecat singur și a stabilit că este dator, prin urmare nu mai poate reveni asupra deciziei²³. Răzgândirea suferă în acest caz de o prezumție de imoralitate, motiv pentru care ordinea juridică o respinge.

În concepția moralistă, domeniul dreptului se determină, cel puțin în cazul obligațiilor naturale, în baza moralei individuale, emanație a subiectivismului persoanei debitorului. Consacrarea juridică a obligației s-ar întemeia astfel pe presiunea creată la nivelul conștiinței individuale de datoria morală. Or, după cum am văzut deja, oricât de bine ar fi construită și argumentată, o teorie morală pur subiectivă nu poate fi utilă în definirea conceptului de drept și, cu atât mai puțin poate furniza criterii pentru determinarea ariei sale de acțiune. Binele individual nu poate fi relevant juridic decât dacă se înscrie în aria binelui comun.

Astfel, îndatorirea izvorâtă doar din conștiința personală nu este suficientă pentru a legitima comportamentul individual, respectiv pentru existența obligației naturale. Vocea unei singure conștiințe nu poate fi suficientă dacă nu coincide cu regula morală (obiectivă)²⁴. Chiar îndeplinind cerințele obiective trasate de teoria neo-clasică (existența unui creditor, obiect determinat sau determinabil), datoria trebuie să se bucure de confirmarea obiectivă a unei aprobări sociale, mai precis să se înscrie într-un concept general de justiție. S-a susținut astfel că, în cazul obligațiilor naturale, la fel ca în cazul cutumei, *opinio juris* emanat de corpul social are un rol esențial²⁵. Nu trebuie să se înțeleagă că punem semnul egalității între rolul concret al necesității regulii juridice resimțite la nivel social în mecanismul nașterii cutumei și funcția pe care o joacă același element în recunoașterea unei obligații naturale. Dacă în primul caz voința colectivă joacă un rol în însăși crearea regulii de drept, în ce privește obligațiile naturale, conștiința socială are doar un rol revelator al regulii juridice preexistente. Astfel, scrupulul de conștiință trece dintr-un plan pur subiectiv în unul obiectiv și se așează printre obligațiile, imperfecte fără îndoială, dar cu caracter juridic²⁶.

Mai mult, relevanța conștiinței individuale pentru nașterea obligației naturale este cel puțin discutabilă²⁷. Jurisprudența recurge la tehnica obligației naturale în numeroase cazuri în care o cercetare efectivă a mobilului subiectiv al debitorului ar putea conduce la descoperiri dezamăgitoare. Revelator în acest sens este exemplul așa-numitelor “cadouri de despărțire”, întâlnite frecvent la momentul rupturii relației de concubinaj și considerate de către instanțe drept angajamente destinate să asigure executarea unei obligații naturale, corespunzând unui puternic sentiment de recunoștință pentru persoana care și-a dedicat o importantă perioadă a vieții relației care acum se desface fără a fi fost vreodată oficializată prin căsătorie. În realitate, departe de a se supune exigențelor unei conștiințe individuale a debitorului, aceste prestații par mai degrabă să acopere “prețul uitării”²⁸ sau “al tăcerii”, fiind făcute sub impulsul temerii cauzate de amenințarea unui scandal public generat de darea în vileag a imoralității relației trecute. Împingând lucrurile la extrem, se poate susține că, în unele cazuri, suntem de-a dreptul în prezența unor “afaceri vulgare”, în care libertatea sau pacea domestică sunt practic “prețuite” și “cumpărate” pe o veritabilă “piață”²⁹. Ceea ce dovedește că nu mobilul real al debitorului conduce raționamentul instanței în sensul menținerii prestației executate: în multe cazuri, obligația naturală nu este decât o acoperire abilă de către judecător a unei soluții pe care o consideră conformă cu echitatea³⁰.

Odată revelată datoria obiectivă și constatată executarea sau promisiunea în acest sens, recursul la conștiința individuală în motivarea soluției se întemeiază de fapt pe o prezumție, din interiorul ordinii morale, iar nu juridice, a adevărului conștiinței individuale la regula reflectată în conștiința colectivă.

În plus, chiar făcând abstracție de celelalte probleme de ordin tehnic juridic pe care viziunea subiectivă (moralizantă) asupra obligațiilor naturale le ridică³¹, vom observa că, din punct de vedere logic, indiferent pe ce baze am așeza raporturile dintre drept și morală, o teorie care stabilește valoarea juridică a unei norme de comportament în funcție de îndeplinirea sau neîndeplinirea sa nu poate fi primită. Răspunsul la chestiunea valorii morale a comportamentului lui *solvens*, respectiv asupra naturii juridice sau a-juridice a normei pe care acesta s-a mulat trebuie să fie același, indiferent de conduita concretă a persoanei vizate de normă. Chiar dacă judecata asupra naturii obligației care a stat la baza efectuării prestației de către debitor se emite în acest caz *post factum*, ea trebuie să privească *ființa*³² obligației sub aspectul său static, constitutiv, și nu cu considerarea atitudinii ulterioare a debitorului. Or, plata obligației stă la baza unei manifestări ulterioare nașterii acesteia, și anume a stingerii ei, ceea ce o exclude din sfera criteriilor categoriale ale obligației.

În încercarea de a explicita raportul dintre subiectiv și obiectiv în obligația naturală, respectând totodată distincția necesară între existența obligației și executarea ei, s-a susținut că voința unilaterală a debitorului ar fi nu elementul creator al obligației juridice, ci criteriul de determinare a domeniului de aplicare a regulii de drept ce consacră obligația naturală³³. Aceasta din urmă este văzută ca normă juridică obiectivă, prezentând particularitatea că este aplicabilă numai unei anumite categorii de subiecți, reuniți într-o „elită morală”, pentru care datoria de conștiință este și va fi întotdeauna atât de intensă, încât este socotită ca obligație juridică perfectă. Astfel se ajunge la un sistem în care existența normei de drept generatoare de obligație naturală nu este condiționată de conștiință, dar cei cărora li se adresează nu vor fi cunoscuți până la manifestarea conformă a acestei conștiințe.

Formula „elită morală”, utilizată de autorii menționați mai sus, nu poate fi luată *ad litteram*, întrucât este destinată să îi reprezinte și pe cei care, deși se manifestă în sensul satisfacerii regulii morale, ajung să se răzgândească. Or, este adevărat că nu toți dintre cei care se plasează pe poziția unui debitor ținut la respectarea unei obligații naturale inspiră admirație pentru moralitatea care îi caracterizează. Mobilul care îi determină să intre în cercul celor obligați nu este întotdeauna de o puritate care justifică ridicarea la rangul de „elită”³⁴. Termenul este așadar doar o comoditate de limbaj, menit să îi distingă pe cei care, printr-un gest sau altul, din varii motive, intră sub incidența normei juridice, care le va governa comportamentul, indiferent de voința lor ulterioară, de cei care rămân întotdeauna în afara ei. Aceasta pentru că, din punctul de vedere al regulii morale în cauză, există totuși o diferență între cei care, prin inerția lor, profită de situația ce le permite să se sustragă datoriei, și cei care, dintr-un motiv sau altul, părăsesc adăpostul ce îi ferea de forța de constrângere³⁵. Regula juridică există, dar se aplică numai celor care au ales să fie guvernați de ea. Pentru ceilalți norma nu are valoare juridică.

Interesantă, o asemenea explicație sugerează o oarecare analogie cu regimul normelor supletive, prin aplicabilitatea regulii doar în situația în care subiecții cărora li se adresează au aderat implicit la ea. La rigoare însă, mecanismul normelor supletive nu se regăsește în aplicarea regulii de comportament cuprinse în obligația naturală. În situația primelor, norma de conduită suplinește o lacună în exprimarea voinței părților, atunci când această voință are competența (sau libertatea) de a edicta ea însăși reguli de comportament, adică în cazul contractelor³⁶. Situația este diferită pentru obligația naturală: existența și conținutul regulii nu sunt rodul voinței lui *solvens*; libertatea acestuia se rezumă la executare, în lipsa unui sistem coercitiv în acest sens. În plus, aplicarea regulii juridice generatoare a obligației naturale intervine nu în absența unei manifestări de voință a subiectului, ci tocmai când aceasta s-a produs.

Cu toate că nu aduce clarificări asupra raportul drept - morală în obligația naturală, ideea identificării acesteia cu o normă juridică de comportament cu aplicabilitate limitată pornește de la constatarea că datoria de care s-a simțit ținut debitorul avea de la început *ceva juridic*, întrucât vocația de a produce efecte de drept era deja inclusă în obligația naturală anterior angajamentului sau executării voluntare³⁷.

Concluzia care se impune este aceea că juridicul însuși determină datoriile de conștiință acceptabile și constitutive de obligații naturale³⁸. Voința nu își creează aici legea *ex nihilo*, ci aduce un *tertium quid* unei obligații latente³⁹.

*

Dificultatea de a trasa domeniul juridic al obligațiilor naturale nu trebuie să conducă la concluzia excluderii acesteia din sfera juridicului. Ea derivă din imposibilitatea găsirii unei definiții a dreptului care să întrunească adeziunea tuturor. Situația obligațiilor naturale în zona de graniță a teritoriilor dreptului va face ca determinarea apartenenței lor să fie extrem de dificilă, în condițiile în care aceste granițe sunt obiectul unor permanente dispute. Situația este cu atât mai complicată cu cât delimitarea drept – morală nu se supune doar principiilor geometriei plane, o viziune mai mult decât bidimensională fiind necesară⁴⁰. Concluzia poate fi dezamăgitoare pentru spiritele „tehnice” din lumea dreptului, obișnuite cu cadrele fixe și mecanismele precis determinabile. Cu toate acestea, ea este necesară atât pentru a înțelege dezordinea aparentă a doctrinei⁴¹, cât și pentru a identifica repere în vederea unei construcții teoretice coerente.

După cum am putut observa, discursul asupra raportului dreptului cu morala utilizează, alternativ, două accepțiuni ale noțiunii de drept: uneori, dreptul pozitiv – emanația voinței etatice – este reperul ales; alteori, raportarea se face la un concept general, în care dreptul este privit ca ansamblu de reguli de comportament, în care exprimarea sa formală este indiferentă, în schimb devine esențială justificarea sa substanțială, scopul vizat. Devine astfel evident că problema raportului drept – morală, și, automat, a juridicității obligației naturale, se articulează pe chestiunea fundamentului regulii de drept.

2. Fundamentul regulii juridice

Plurivalent până la vertij⁴², dreptul se încadrează în categoria, destul de largă de altfel, a conceptelor care nu sunt clare decât privite de departe. Formularea unei definiții a acestuia este asemănată cu aventurile căutării Sfântului Graal⁴³. Una din metodele de asigurare a succesului unei căutări este aceea de a schimba obiectul căutat. Astfel, nesiguri pe terenul alunecos al dialecticii dreptului natural, adepții teoriilor pozitivistice au promovat o viziune reduționistă asupra dreptului, pe care au încercat să îl protejeze de orice dispută de tip axiologic (a). Odată respinsă o asemenea abordare, se impune precizarea conceptului strict de justiție, ca fundament al dreptului (b). În vederea evitării unei definiții eronate, ca urmare a unui raționament *per a contrario*, va fi analizată și teoria non-dreptului, care, pledând pentru existența unor limite ale juridicului, riscă să influențeze definirea acestuia (c).

2.1. Ontologie și metodologie juridică. Pozitivism versus iusnaturalism

La baza oricărei abordări științifice a dreptului stă o concepție mai mult sau mai puțin conștientă cu privire la esența acestuia. Două orientări principale au canalizat gândirea în ceea ce privește esența dreptului: pozitivismul și iusnaturalismul⁴⁴.

Pozitivismul juridic privește dreptul ca pe un *fact* sau ansamblu de fapte realizate. *Pozitivitatea* în acest context cunoaște două sensuri complementare⁴⁵. În primul rând, este pozitiv ceea ce este accesibil simțurilor, fiind ușor sesizabil. Textele legilor, regulamentelor, hotărârilor judecătorești, redactate în scris, o soluție judiciară pronunțată oral sau un act obligatoriu manifestat printr-un gest al autorității, chiar și adagiile și dictoanele, transmise din generație în generație, ca expresie a unei înțelepciuni imemorale sunt susceptibile de o asemenea percepție. Astfel, pozitivismul juridic operează o ruptură între ceea ce poate fi simțit sau atins și ceea ce rămâne ascuns, inaccesibil simțurilor. În al doilea rând, în plan mai profund, este pozitiv tot ceea ce este rezultatul voinței celui înzestrat cu puterea de a emana dreptul, legiuitorul sau judecătorul, și, în situații mult mai rare, corpul social (pentru cazul cutumelor).

Dreptul este reprezentat, în această concepție, de totalitatea legilor stabilite de autoritățile politice (normativism juridic), respectiv de ansamblul hotărârilor judecătorești (realismul american), cu excluderea deci a moralei și a existenței unui drept natural. Știința dreptului, în abordarea pozitivistă, construită după modelul științelor naturii, presupune cercetarea empirică a unui obiect exterior sieși, pe care se rezumă să îl trateze descriptiv, conform postulatului neutralității axiologice (*Wertfreiheit*), deci fără a emite asupra lui judecăți de valoare⁴⁶. Tema comună a ideilor, adesea discordante, ale teoreticienilor pozitiviști ai dreptului este separarea dreptului de morală. Dreptul se autogenerază, nu își extrage seva din altă parte; sursa lui este endogenă, și nu exogenă, ca în iusnaturalism. Astfel, conceptul de drept nu poate fi definit prin raportare la morală, ci doar la autoritatea celui care îl emite sau la eficacitatea sa⁴⁷.

În viziunea iusnaturalistă, dreptul este conceput, nu ca un fapt pozitiv, ci ca o *valoare*, un ideal abstract, o finalitate. Nu orice finalitate va integra teoria în cadrul viziunilor iusnaturaliste. Se impune, deci, o distincție, între concepția iusnaturalistă, în care dreptul are ca finalitate justiția, el identificându-se cu ceea ce este just, și utilitarism, pentru care dreptul vizează maximizarea plăcerilor în interiorul grupului social. Întrucât dreptul nu se traduce printr-o realitate pozitivă, ci este o valoare de căutat, un ideal de atins, termenul de *știință* pentru studiul său este oarecum inadecvat, mai potrivit fiind acela de *artă* juridică⁴⁸.

O asimetrie caracterizează raportul dintre cele două mari doctrine. Pe de o parte, pozitivității nu recunosc existența unui drept natural, întrucât neagă posibilitatea cunoașterii valorilor, a finalității, a idealului. Hume⁴⁹ de pildă denunță *paralogismul naturalist*, arătând că, în majoritatea doctrinelor naturaliste, la un moment dat, discursul glisează imperceptibil din registrul constatărilor de fapt în unul abstract, al idealului. Hume susține că nu se poate deduce o normă dintr-un enunț descriptiv, o prescripție dintr-o propoziție; ceea ce *este (is)* nu ne va spune niciodată logic ceea ce *ar trebui (ought)*, prin urmare ontologia sau căutarea naturii esențiale a lucrurilor nu va putea fonda vreodată un sistem de reguli de conduită. Distincția inconciliabilă în plan logic dintre *a fi (sein)* și *a trebui (sollen)* este preluată de Kant și generalizată în privința cunoașterii. Întreg edificiul lui Kelsen, atât de apreciat de altfel în lumea juridică, este construit pornind de la opoziția *sein - sollen*, pe care o suprapune dualismului *realitate - valoare*. Știința nu poate decât să emită propoziții, prin ipoteză neutre din punct de vedere axiologic, asupra realității⁵⁰. Trecerea de la *sein* la *sollen* nu se poate face decât prin intermediul unor judecăți de valoare, deci ieșind din sfera științei.

Insistând asupra necesității distincției între știință și politică, adepții pozitivismului juridic susțin că intenționează să salveze știința dreptului de un sincretism nefast cu metodele altor discipline, precum etica, politica, sociologia sau psihologia, aflate fără îndoială în legătură cu dreptul, dar distincte de acesta⁵¹. Natura speculativă a dreptului natural îl descalifică astfel din obiectul de studiu al juriștilor. Dezideratul unei științe „pure” a dreptului modifică însuși conturul acestuia, îngustându-l semnificativ. Indiferent că vorbim de concept, metodă sau ideologie pozitivistă, dreptul se reduce la legi, hotărâri judecătorești, cronologii istorice sau date sociale.

Pe de altă parte, adepții teoriei dreptului natural admit existența dreptului pozitiv alături de dreptul natural, dar susțin o ierarhizare a celor două, în sensul că dreptul natural este situat deasupra dreptului pozitiv, acesta din urmă fiind obligat să se conformeze. Astfel, dreptul pozitiv este văzut ca un *complement* al dreptului natural clasic, îndeplinind în primul rând o funcție de *cunoaștere* a acestuia, iar, în al doilea rând, una de *determinare* a lui. Mai precis, o parte din normele pozitive reiau întocmai, dezvoltându-le, reguli ale dreptului natural⁵². Apoi, aspect de altfel mult mai important decât primul, dreptul pozitiv realizează determinarea concretă a ceea ce este just. De pildă, este natural ca, după atingerea vârstei adulte, copilul să iasă de sub puterea părintească, dar legea etică va fi cea care va determina exact care este această vârstă. Apoi, regula echivalenței prestațiilor într-un schimb, înțeles în sens larg, ține de dreptul natural, dar va fi nevoie de exteriorizarea voinței părților prin consimțământul contractual pentru determinarea exactă a întinderii acestor prestații, astfel

încât echilibrul să fie păstrat. Rezultă că, în această viziune, dreptul natural prezintă o anumită imprecizie, aceasta nefiind însă deloc deranjantă, întrucât revine dreptului pozitiv rolul de a stabili măsura exactă pe care comportamentul just trebuie să o îmbrace. Ca un arhitect, cel care face legea va exercita în multe domenii o măsură considerabilă de libertate creativă, pornind de la o serie de principii practice de bază⁵³. În același timp, dreptul natural reprezintă *fundamentul* dreptului pozitiv, o lege pozitivă injustă nemaifiind drept. Necesitatea legitimității dreptului pozitiv exprimă o limită a sferei de autonomie a acestuia, dar și ideea justiției ca finalitate, ca scop ideal spre care trebuie să tindă. În acest ultim sens, nu este suficient ca dreptul pozitiv să nu fie injust, ci, mai mult, el trebuie să reflecte căutarea, mereu deschisă, spre soluția cea mai justă, pentru că „în interiorul unui sistem de drept pozitiv care nu conține injustiție, există totodată loc pentru o evoluție a dreptului spre reguli și mai juste”⁵⁴.

Viziunea diferită asupra conceptului de drept promovată de adepții dreptului natural este dublată de o diferență esențială de metodă. Mai mult, așa cum am anticipat deja, în cazul pozitivismului, atașamentul față de o anumită metodă de studiu este cel care conduce la modificarea a însuși conceptului supus cercetării. Din acest motiv, metodologia cunoașterii dreptului merită o sporită atenție.

În viziunea clasică, dreptul este văzut ca arta a ceea ce e just și bun, *ars aequi et boni*, acesta fiind obiectul interesului filosofilor și juriștilor deopotrivă. Cunoașterea dreptului se dobândește prin practicarea unei metode dialectice, în sensul primar, etimologic, al cuvântului, acela de artă a discuției bine organizate. Viziunea universală despre drept se formează din confruntarea concepțiilor individuale. Aflat într-o relație fuzională cu filosofia, conceptul de drept se construiește astfel pe controversele purtate asupra lui.

Doi factori concurează la schimbarea radicală de abordare: pozitivismul legalist, sub influența teoriei lui Kant asupra cunoașterii, și pozitivismul științific, inițiat de Auguste Comte⁵⁵. Trebuie remarcat, totuși, că, pentru Kant, reflexia asupra justiției este indispensabilă definiției dreptului, o știință pur empirică asupra acestuia fiind asemănată capului de lemn din fabula lui Fedru – frumos, dar lipsit de creier. Însă, din perspectivă epistemologică, în viziunea lui Kant, juriștii trebuie să se rezume la studiul legilor emise de autoritatea statală, revenind filosofilor să analizeze critic, prin intermediul rațiunii, justețea acestora. Ideea acestei separări a domeniilor celor două discipline a avut și are în continuare un succes considerabil. Dar, ceea ce este mai important, din ceea ce ar fi trebuit să rămână o banală diviziune a muncii, o simplă chestiune de metodă, a rezultat o schimbare substanțială. Dreptul nu mai corespunde căutării a ceea ce este just, ci se transformă într-un ansamblu de reguli însoțite de constrângere, în vreme ce jurisprudența devine știința legilor, iar juristul tehnicianul lor. Această transformare răspunde imperativelor impuse de pozitivismul științific, în mare vogă la mijlocul secolului al XIX-lea, care obligă științele cu iz moral să se alinieze științelor experimentale, devenite, prin metodele utilizate, etalon al cunoașterii, sub amenințarea de a se disipa în caz contrar în fumul metafizicii. Pentru a putea sta la baza unei științe „veritabile”, dreptul a trebuit să se reducă la fapt perceptibil și să dezavueze valoarea și finalitatea, nesusceptibile de cunoaștere prin observație experimentală. Sursele ideale ale dreptului natural sunt înlocuite exclusiv cu surse factuale⁵⁶. După apologia legii etatice, văzută într-o primă fază ca izvor suveran și exclusiv al

dreptului, sursele pozitivistice de drept au câștigat în subtilitate, prin elaborarea unor metode mai libere, fie sub influența școlii de drept liber, promovată de François Génys⁵⁷, fie a școlii sociologice⁵⁸, fără însă a debarasa dreptul de ideea neutralității sale morale.

Ruptura provocată de pozitivism în planul epistemologiei juridice se oglindește și în limbajul utilizat pentru desemnarea științei dreptului. Astfel, pentru a exclude orice preocupare reflexivă și axiologică din studiul dreptului, rezultatul cercetării științifice a acestuia se va numi *teoria* dreptului, care va fi opusă *filosofiei* dreptului, considerată inseparabilă de o viziune iusnaturalistă. Se promovează ideea că alegerea între filosofia și teoria dreptului înseamnă automat o opțiune metodologică deliberată⁵⁹. „Expresia *teoria dreptului* devine astfel drapelul adversarilor dreptului natural”⁶⁰.

De-a lungul anilor, discursul asupra dreptului s-a construit în jurul acestei opoziții între filosofie și teorie pură, între iusnaturalism și pozitivism juridic, adesea având ca punct de plecare un reducționism deformant al teoriei taberei adverse, pentru a facilita demolarea ei. În realitate, discuția este mult mai amplă decât imposibila opțiune între vederea criticată ca fiind „prea limitată” a pozitivismului și caracterul „prea vag”, incognoscibil al dreptului natural. Fiecare teorie, indiferent că o putem clasa printre cele pozitivistice sau naturaliste, trebuie analizată în complexitatea sa pentru a-i putea analiza critic și constructiv aportul la cunoașterea conceptului de drept.

În ce ne privește, vom puncta câteva aspecte, pe care le considerăm esențiale în orice demers științific în domeniul dreptului. Discursul juridic nu este și nici nu poate fi vidat de judecăți de valoare. În primul rând, mult căutata neutralitate axiologică nu este altceva decât o himeră. Aceasta pentru că însăși postularea acestui principiu înseamnă promovarea neutralității ca valoare⁶¹. Trebuie observat că transformarea științei dreptului în una pur descriptivă nu se poate face decât prin crearea unei meta-științe ideologizate, o știință asupra științei, care dictează dezinteresul față de valoare, care *prescrie* obligația de a *descrie*⁶². Apoi, dacă dreptul e un ansamblu de norme, precum în viziunea kelseniană⁶³, descrierea lor presupune automat un exercițiu rațional, o apreciere asupra conținutului lor prescriptiv, deci implicit asupra valorilor pe care le protejează. Regula non-cognitivismului etic, ca avatar al separației kantiene a dreptului de morală, poate fi conservată numai dacă normele sunt văzute exclusiv sub aspectul rezultatului emisiunii de voință a autorității, susceptibil de cunoaștere empirică, adică legile adoptate, promulgate și publicate și hotărârile judecătorești pronunțate de instanțe, cum postulează teoriile inspirate din realismul scandinav⁶⁴ și, într-o oarecare măsură, cel american⁶⁵. Efectul se obține însă contra unui preț prea mare: reducționismul excesiv al domeniului cercetării juridice, care devine astfel interesată numai de existența, limbajul și forma normelor. Sesizând acest inconvenient, aceiași autori se văd nevoiți să recunoască existența unei dogmatici juridice⁶⁶, care, fără a fi străină de practica politică și de alegeri axiologice, influențează conținutul normelor și interpretarea lor de către instanțe⁶⁷.

Însă, că o numim filosofie sau teorie generală, reflexia asupra dreptului nu poate fi cu adevărat fructuoasă fără să se intereseze de dreptul însuși, adică în special (și) de conținutul său. Or, analiza conținutului dreptului nu se poate face fără interpretare, fără judecată apreciativă. Materia juridică este, prin esența, sa axiologică⁶⁸. Este prin aceasta discursul

asupra dreptului cantonat definitiv în subiectivism? A ajunge la o asemenea concluzie ar însemna să cădem într-un scepticism situat la cealaltă extremă față de indiferența morală a formalismului, situație la fel de periculoasă prin arbitrariul la care este supusă decizia de justiție⁶⁹. O cale de mijloc trebuie căutată. Important este să reținem că dreptul este o materie dialectică, prin urmare, studiul său nu poate atinge certitudinea absolută⁷⁰. În același timp însă nu se poate susține că această certitudine lipsește cu desăvârșire. Soluția juridică se construiește din confruntarea și discutarea răspunsurilor probabile la problemele formulate⁷¹, ceea ce implică și cântărirea valorilor protejate de normele tehnice. Nu este vorba nici de o știință susceptibilă de silogism demonstrativ, în sens aristotelian, dar nici de un dogmatism subiectiv și arbitrar. Fiecare știință cu gradul său de certitudine.

În al doilea rând, dreptul nu trebuie văzut ca fiind construit pe un discurs pur speculativ, ci unul pragmatic. Dreptul nu este o știință a valorilor absolute, ci una orientată spre acțiune. Juristul nu trebuie să caute adevărul primar suprem, ci calea prudentă, maniera cea mai bună de a acționa, respectiv de a echilibra balanța intereselor contrare în joc. De aceea, „prin natura sa, regula juridică implică excepția: dreptul, ca artă a generalității, dar și a umanului posibil, nu poate funcționa altfel”⁷².

În căutarea soluției juste, legea etică este un instrument util, un argument printre altele, dar nu decisiv⁷³. Cunoașterea tehnică a legii este esențială atitudinii reflexive, dar complet steapă intelectual în lipsa judecăților de valoare. Justiția, ca scop și fundament al regulii de aplicat, este ancorată iremediabil în valorile umane fundamentale.

2.2. Justiția – tropism eponim al normei de drept. Obligația naturală ca obligație juridică

În efortul de a explica refuzul restituirii prestației efectuate în temeiul unei obligații naturale, doctrina și practica apelează adesea la conceptul de datorie de justiție: debitorul natural și-a îndeplinit datoria de a restabili echilibrul între interesele sale și ale lui *accipiens*, pentru a înlătura o bulversare a situației juste anterioare, care nu a fost reparată în planul dreptului. Deși comună atât partizanilor teoriei obiective asupra obligației naturale, care îi recunosc acesteia incluziunea în lumea juridicului, cât și adeptilor concepției moralizante, noțiunea este exploatată mai ales de cei din urmă: dacă obligația naturală este o datorie morală nejuridică, devine necesară distincția dintre datorii morale de justiție, a căror îndeplinire corespunde unei obligații naturale, și datorii morale de caritate, mai puțin intense și mai difuze, care stau la baza intenției liberale.

Lăsând la o parte deocamdată dificultatea de a admite organizarea datorii morale în clasificări cu consecințe juridice, vom remarca doar incongruența dintre calificarea obligației naturale ca datorie de justiție și excluderea sa din domeniul juridic. Credem că sunt doar două ipoteze în care cele două idei nu s-ar contrazice. Le vom respinge pe amândouă, întrucât fiecare pornește de la o viziune mult prea strâmtă fie asupra conceptului de drept, fie asupra celui de justiție.

Prima ar presupune aderarea la pozitivismul legalist: limitând sfera dreptului la lege, la ceea ce ea creează sau permite în mod expres, o asemenea teorie refuză să admită juridicitatea unei datorii neprevăzute legal sau care nu reprezintă emanația voinței căreia legea îi recunoaște efect creator de drept (pentru obligația contractuală, de pildă). Ideea de justiție, ca valoare-ghid a activității umane, rămâne, în această concepție, în sfera de lucru a filosofiilor morale. În ce ne privește, am expus mai sus argumentele pentru care respingem categoric o asemenea abordare a conceptului de drept, astfel că nu vom reveni asupra lor.

A doua ipoteză în care datoria de justiție s-ar putea situa în afara dreptului implică ignorarea complexității noțiunii de justiție și vizualizarea sa exclusiv ca virtute morală. În realitate, problematizarea justiției dezvăluie un concept dominat de polimorfism și echivocitate, în care componenta juridică nu poate fi neglijată.

Mitologia greacă ne-o prezintă pe Dice (sau Dike), zeița justiției, ca soră a Aletheei, zeița adevărului, și fiică a lui Zeus și Themis, aceasta din urmă fiind gardianul ordinii lumii, al echilibrului tuturor lucrurilor. Dacă Themis arată zeilor calea prudentă de a-și soluționa disputele, Dice este mai degrabă interesată de diferențele dintre oameni. Observația nu este lipsită de interes pentru concluzia la care vom ajunge în ceea ce privește conceptul supus analizei: justiția este destinată oamenilor, ceea ce o obligă la pragmatism și îi explică în același timp lipsa certitudinii neclintite, caracteristice doar zeilor.

Problema care ne interesează aici, legată de juridicitatea obligației naturale, este valoarea ideii de justiție în definirea dreptului. Poate fi justiția considerată o categorie juridică, pentru a se putea susține că stă la baza dreptului (precum în doctrinele iusnaturaliste), sau rămâne ea înglobată iremediabil într-o exigență etică generală, irelevantă pentru drept (ca în pozitivism)?⁷⁴

Cel care a dezvăluit mai întâi, în semantica noțiunii de justiție, o pluralitate de registre distincte a fost Aristotel. În sa Etică nicomahică⁷⁵, îndeosebi în cartea a V-a, el se îndepărtează de idealismul politic al lui Platon⁷⁶ și arată că, departe de a fi o noțiune monolitică, justiția se manifestă sub forme diferite corespunzând celor trei dimensiuni paralele în care acționează: morală, juridică și social-politică.

Mai întâi, mergând pe filonul concepției platoniciene, justiția este privită ca cea mai înaltă și mai pură virtute morală, care în același timp guvernează și alimentează toate celelalte virtuți. Este calea pe care omul poate să acceadă la scopul pe care natura i l-a atribuit. Justiția descrie aici o stare ideală a spiritului uman care ignoră orice germen al răului, reprezentând totodată și o exigență de comportament. În acest context, justiția este principiul activ al gândirii și al acțiunii, pivotul oricărei teorii a binelui uman.

Aristotel numește această virtute, exprimând în general ideea de moralitate, *justiție generală*, pentru a o distinge de *justiția particulară*, justiția în sensul său strict, concept fundamental juridic, distinct la nivel esențial de simpla calitate morală prin conotația sa socială care îl înscrie în registrul juridicității. Astfel apare cea de-a doua accepțiune a noțiunii: justiția - categorie fundamentală a dreptului. Aristotel folosește un substantiv neutru, mai precis un adjectiv substantivizat, pentru a o desemna: *to dikaion*⁷⁷. Sub această denumire, dreptul reprezintă în primul rând o *relație socială*, un fenomen social, conduita justă fiind apreciată

prin raportare la consecințele sale față de *celălalt*. *Alteritatea* este deci condiția dar și premisa justiției – categorie juridică. În al doilea rând, justiția este *proporție (analogon)* sau *egalitate (ison)*, așa cum era aceasta concepută în matematica vremii, nu ca echivalență între două cantități, ci mai degrabă ca armonie, ca justă măsură între două extreme.

La fel ca în formula tradițională a lui Platon, justiția își propune atribuirea fiecăruia a ceea ce îi aparține – *suum cuique tribuere*. Ceea ce dezvăluie geniul construcției aristoteliene, care a inspirat de-a lungul secolelor filosofi și juriști deopotrivă⁷⁸, este descrierea acestei egalități generatoare de armonie socială, prin identificarea și explicarea celor două tipuri de operațiuni în care se manifestă justiția: distribuțiile, care descriu ajustări în raporturile verticale dintre om și corpul social din care face parte, unde vorbim de *justiția distributivă*, și schimburile în sens de raporturi private orizontale, între cetățeni, voluntare sau involuntare, guvernate de *justiția comutativă* sau *corectivă*. Mai precis, Stagiritul vorbește de două modalități diferite de asigurare a egalității în cadrul celor două specii de acte: *egalitate geometrică*, în cazul distribuțiilor, respectiv *egalitate aritmetică*, pentru schimburile de bunuri⁷⁹. În ambele cazuri, egalitatea reprezintă un termen mediu, aflat între două extreme (plusul și minusul), însă ea se va determina în mod diferit. Dacă in justiția înseamnă inegalitate, rezultă logic că egalitatea înseamnă justiție. Rămâne deci să stabilim semnificația egalității, iar pentru aceasta, trebuie să distingem între cele două tipuri de operațiuni deja amintite.

Distribuțiile se referă la repartizarea de la vârful comunității a unui bun comun între membrii acesteia: împărțirea moștenirilor între erezi, a premiilor între candidații dintr-o competiție, a beneficiilor între asociații dintr-o întreprindere. Criteriul distribuirii îl reprezintă adesea *meritul* fiecăruia⁸⁰, preponderența locului pe care îl ocupă în comunitatea de referință, a rolului îndeplinit în atingerea scopului comun. Respectarea criteriului relevă o egalitate între raporturi, care presupune patru termeni: raportul între bunurile de distribuit trebuie să fie egal cu raportul dintre meritele persoanelor între care se face distribuția. Egalitatea în acest caz este de fapt o *proporție geometrică*, în care "totalul se află față de total în același raport ca fiecare termen față de alt termen"⁸¹.

Schimburile de bunuri (synallagma) acoperă situațiile în care o persoană, cu voia sau fără voia sa, este lipsită de un bun sau de o valoare patrimonială în beneficiul alteia. Sunt vizate, deci, două ipoteze. Mai întâi, cea a schimburilor involuntare, în care pierderea este cauzată contra voinței celui care o suferă. Apoi, cea a schimburilor voluntare, a contractelor, în care părțile convin să modifice ele însele echilibrul anterior, printr-o nouă repartitie reciprocă de bunuri; în cazul în care doar una dintre ele efectuează prestația promisă, echilibrul vizat nu mai este atins. Se produce astfel o ruptură a armoniei anterioare, o inegalitate care impune o ajustare, o corecție, în lipsa căreia situația survenită este percepută ca injustă, nedreaptă. Astfel se naște datoria de justiție corectivă sau comutativă, care va fi măsurată după regulile *echivalenței sau egalității aritmetice*. Pierderea și câștigul trebuie să se neutralizeze, prin reîntoarcerea la zero, la echilibrul inițial. Justiția corectivă impune obligația juridică de a realinia talerele balanței celor două patrimonii.

Distribuțiile au caracter *constitutiv* de ordine juridică⁸², pentru că criteriul folosit – scopul comun al grupului social - pe de o parte este anterior distribuirii, pe de alta este de factură eminentemente politică, fiind strâns legat de modul de organizare socială. Justa distribuție

realizează ordinea juridică sub aspect *static*, fiind conceptul care stă la baza dreptului constituțional (sau politic). Schimburile au un caracter *modificator* al ordinii juridice deja stabilite. Ele îi perturbă stabilitatea anterioară, realizând aspectul său *dinamic*. Justiția comutativă sau corectivă veghează corectitudinea acestora, oferind criteriul pentru a restabili echilibrul pierdut, egalitatea ca punct intermediar între pierdere și câștig, și impunând în același timp această ajustare. Ceea ce este cu totul remarcabil în cazul justiției comutative este că ea nu se rezumă la o formulă de determinare a măsurii ajustării necesare, ci creează obligații juridice. Ea este pivotul relațiilor juridice private și, în același timp, instrumentul de soluționare de către instanțe a litigiilor dintre particulari⁸³.

Formula propusă de Aristotel, deși expusă în puține pagini, s-a dovedit extrem de fecundă. Ea se regăsește în numeroase definiții generale ale dreptului roman, stă la baza diviziunilor canonice ale justiției, dar, ceea ce este mai important, fixează definitiv finalitatea dreptului (*suum cuique tribuere*) și determină cadrele în care acesta trebuie să se înscrie. Dacă ne raportăm doar la dreptul privat actual, putem spune că noțiunea aristoteliană de justiție corectivă⁸⁴ guvernează larga majoritate a instituțiilor sale-cheie: cauza contractului și toate mecanismele fundamentate pe aceasta, răspunderea civilă, îmbogățirea fără justă cauză⁸⁵.

Obligația naturală este astfel o datorie de justiție corectivă și se mulează pe formula echivalenței propuse de Aristotel. Existența sa juridică se explică prin aceea că ea intervine ca o măsură de ajustare a dezechilibrului rezultat în urma unei deplasări patrimoniale care, dacă ar fi menținută, ar fi injustă, în sensul că ar distruge acel *statu quo* stabilit anterior conform justiției distributive. În calitatea sa de datorie de justiție, obligația naturală interzice debitorului să păstreze ceea ce nu i se cuvine. În conținutul ei se va regăsi întotdeauna restituirea unui câștig injust dobândit în detrimentul altuia sau acoperirea unei pierderi nejustificate.

Astfel, obligația naturală și obligația civilă au același fundament. Ele răspund esențial aceluiași imperativ de justiție. Însă, în vreme ce obligația civilă își găsește sursa formală, pozitivă, fie în legea etatică, fie în legea părților, rezultat al voinței nomothete, obligația naturală apare dintr-un neant, din perspectiva dreptului pozitiv. Rămâne să stabilim care este raportul dintre justiție, în accepțiunea sa juridică aristoteliană, și lege. Este domeniul justiției acoperit în întregime de lege în sens larg înțeleasă? În cazul unui răspuns negativ, care mai sunt valențele justiției „reziduale”, cea pe care legea o ignoră? Rămâne justiția lui Aristotel – în formele sale, distributivă și comutativă - un concept juridic efectiv aplicabil sau, în lipsa consacrării legale, se disipează ea în pură axiologie morală? În această etapă, răspunsurile sunt mai ușor de găsit, pentru că, Stagiritul însuși nu se mulțumește cu un construct teoretic, ci trebuie să îi și verifice eficacitatea, iar acest demers se face prin intermediul celui de-al treilea aspect al justiției, cel politico-social.

Ultimul registru al justiției lui Aristotel, cel socio-politic, se află în strânsă legătură cu cel juridic, întrucât fixează domeniul în care acesta din urmă se manifestă. Justiția particulară privește oamenii în raporturile dintre ei, prin urmare ea capătă sens numai în cadrul comunității, în interiorul cetății, între indivizi liberi și egali. Aceasta presupune existența unor legi care să reglementeze raporturile între cetățeni și a unor instanțe care să vegheze și să asigure corecta lor aplicare în situații diverse. Legile însă nu influențează natura sau valoarea justiției, ci, dimpotrivă, trebuie să își găsească fundamentul în ideea de just. Ele devin astfel

instrumente de realizare a justiției, fără ca aceasta să însemne o substituie de rol sau o suprapunere perfectă a domeniilor acestora. Justiția în interiorul comunității, „justiția în cetate”, rămâne să guverneze toate raporturile juridice dintre oameni, indiferent că ele fac sau nu obiectul unei legiferări, pentru că ea este forma concretă a noțiunii de justiție, care astfel depășește statutul unui ideal intangibil, al unui absolut pur⁸⁶.

În concluzie, deși adesea criticată ca noțiune pompoasă și confuză⁸⁷, justiția nu se reduce la o înaltă valoare morală, care să guverneze viața internă a individului, ci este o categorie situată chiar în esența dreptului. Justiția este măsura legii, și nu invers. Justiția este fie consacrată de lege, fie în așteptarea unei legiferări; „dreptul este sau înaintea, sau în spatele legii”⁸⁸.

Această concluzie se verifică și în cazul obligației naturale, răspunzând criticilor formulate contra naturii sale juridice. Ca datorie impusă de justiție, obligația naturală are caracter juridic, deși legea nu o prevede sau nu îi atașează o sancțiune, și chiar dacă nu este rezultatul voinței creatoare de efecte juridice a părților contractante. Graficul descrescător în timp al frecvenței litigiilor având ca obiect obligații naturale, precum și dispariția completă a unora dintre ipotezele sale clasice se explică adesea prin consacrarea legală a vechii datorii de justiție care stătea la baza efectuării prestației calificată ca executare a unei obligații naturale. Nu de puține ori, obligația naturală a fost reținută în ipoteze pe care legea sau jurisprudența le-au consacrat ulterior ca generatoare de obligații civile, fapt ce l-a determinat pe Jean Carbonnier să spună că „poate ar trebui să definim obligația naturală ca obligația conform legii unui secol viitor”⁸⁹. Este exemplul îmbogățirii fără justă cauză, recunoscut mai întâi jurisprudențial și apoi prevăzută de Codul civil 2009, al obligației de întreținere față de copilul născut în afara căsătoriei (art. 86 C.fam. 1954 astăzi abrogat), al obligației de întreținere a copilului minor al celui alt soț (art. 517 N.C.civ.), al compensării unor prestații neremunerate efectuate de un soț în timpul căsătoriei în beneficiul activității profesionale a celui alt (art. 328 N.C.civ.), al restituirii de către nudul proprietar a cheltuielilor cu reparațiile mari asumate de uzufructuar în cursul uzufructului (art. 730 al. 2 N.C.civ.) etc. În fiecare caz, instanțele au subliniat, prin recursul la obligația naturală, existența unei justiții mai rafinate, neglijate de dreptul pozitiv.

Cum se va împăca totuși lipsa criteriilor legale de determinare precisă a cazuisticii obligațiilor naturale, a conținutului lor juridic, cu senzația de unitate pe care o dă ideea de datorie de justiție, unde justiția este înțeleasă în accepțiunea sa juridică dezvoltată după modelul doctrinei lui Aristotel? Dacă noțiunea de justiție furnizează fără îndoială fundamentul obligațiilor naturale, aceasta nu face să dispară complet incertitudinile cu privire la domeniul acestora și la regimul lor juridic, însă ar putea avea capacitatea de a le explica. Conceptul de justiție poate să ofere pârgii valoroase în decriptarea instituțiilor și mecanismelor juridice consacrate de normele legale sau de origine privată, însă nu la fel de ușor de utilizat este el în cazul acestor datorii impuse de o justiție pe care legea o lasă la o parte. Ca dovadă, dificultatea de a trasa un tipar general al obligației naturale, după care aceasta să poată fi identificată anterior executării declarate eficiente de legea civilă.

Chiar dacă nu furnizează tipare dogmatice (lucru de care, de altfel, ar trebui chiar să se ferească), teoretizarea filosofică a conceptului de justiție oferă justificare pentru doza de incertitudine a obligației naturale. Aceasta pentru că aspectul indubitabil juridic al justiției nu îi

furnizează acesteia în mod automat claritatea sau precizia. Indiferent că e privită din unghi moral, juridic sau politico-social, discuția cu privire la natura sa rămâne deschisă. Este justiția un dat natural sau o construcție rațională? Genialitatea doctrinei aristoteliene constă aici în aceea că își propune să depășească distincția între lumea sensibilă și lumea inteligibilă, fără a identifica totuși justiția cu legea. Riscul idealismului inoperant sau al cinismului extrem, spre care ar putea împinge atașamentul față de ideea unei valori abstracte și universale sunt neutralizate prin reacția rezultată în urma combinării în același creuzet, numit justiție politică, a justiției naturale și a justiției legale. În cadrul cetății noțiunea de justiție își găsește eficiența maximă, devine efectivă. Astfel, legea este mediatorul care mijlocește ajustările impuse de justiția distributivă sau de cea corectivă, echilibrul între diferitele componente ale comunității. Aristotel arată că dreptul natural nu este în dezacord fundamental cu cerințele unei societăți politice, întrucât, pe de o parte, este natural ca omul să trăiască în societate, deci cetatea este o comunitate naturală, iar, pe de alta, dreptul natural se desăvârșește în cadrul cetății. Justiția naturală furnizează „prudența” care ne asigură că soluția dată de legiuitor sau de instanță disputelor între interese contrare „nu se îndepărtează de ordinea naturală în care se desfășoară contingenta lucrurilor”⁹⁰. Astfel, justiția socio-politică se naște din întrepătrunderea armonică a legii și a dreptului natural, a ordinii ideilor și a ordinii lucrurilor.

Însă, de-a lungul istoriei, componenta naturală a justiției lui Aristotel a suferit numeroase mutații. Fără a intra în detalii, vom observa doar că, sub influența umanismului raționalist, doctrinele iusnaturaliste moderne au deplasat discuțiile privind esența dreptului de la natura lucrurilor la natura omului⁹¹. Pe această cale, precizarea conceptului de justiție se lovește nu doar de pluralismul și conflictualitatea elementelor sale esențiale, dar și de limitele raționalității umane. Echilibrul dintre parametrii multipli care pot fi identificați în substanța noțiunii de justiție (moral, politic, istoric, juridic, social, cutumiar, religios), adesea situați pe poziții de contradictorialitate, nu poate fi atins în baza unui raționament demonstrativ riguros; el are întotdeauna o doză de irațional sau cel puțin situată la limita raționalității. De aceea, analiza fundamentelor profunde ale noțiunilor juridice ține de o filosofie practică, în care se întrepătrund în mod necesar ambiția raționalității, marcă a naturii umane, și partea de non-raționalitate care se insinuează în alegerea valorilor sale⁹².

Dreptul înseamnă în același timp a ști și a crede. Aderarea la conceptul de justiție naturală se întemeiază pe o dublă credință: în soliditatea valorilor, pe de o parte, și în capacitatea de evoluție a opiniei despre drept⁹³, pe de alta, o credință în trecut, în pre-existența dreptului, anterioară oricărei conștiințe umane, dar, în același timp, o credință în viitor, în vocația teoretică a justiției de a deveni fondul comun al tuturor societăților în măsura în care acestea ar ajunge la cel mai înalt grad de evoluție posibil⁹⁴. Această imutabilitate a valorilor se întemeiază în mod evident și pe un act de credință, dar pe care o găsim mult mai puțin absurdă decât credința scientistă în inevitabila lor perimare⁹⁵.

Incertitudinea nu este deci păcatul propriu al noțiunii juridice a obligației naturale, ci este consecința factorului uman al justiției, noțiune care o fundamentează situând-o fără îndoială în domeniul dreptului. Teoria obligației naturale oferă un exemplu care are virtutea de a demonstra că dreptul natural și dreptul pozitiv nu sunt inamici, că trecerea dintr-un domeniu în altul este practic posibilă.

2.3. Teoria non-dreptului și obligația naturală

Argumentele expuse mai sus ar putea fi suficiente pentru justificarea substanței juridice a obligației naturale. Cu toate acestea, credem că un studiu asupra juridicității obligației naturale nu poate ignora forța de atracție a teoriei non-dreptului⁹⁶, cu atât mai mult cu cât a fost elaborată de un mare jurist, Jean Carbonnier, ceea ce, pe de o parte, o face mai accesibilă juriștilor decât studiile de filosofie, iar, pe de alta, îi conferă autoritatea notorietății autorului său⁹⁷.

În esență, non-dreptul lui Jean Carbonnier⁹⁸ este reprezentat de zone din care dreptul s-a retras sau în care se manifestă abstențiunea acestuia, deși ar fi avut vocația teoretică de a fi prezent. La o privire superficială, obligația naturală s-ar mula pe același model: o obligație căreia dreptul îi retrage sancțiunea sau omite să i-o confere sugerează același mecanism. Astfel, juristul ar putea fi tentat să apeleze la această noțiune-metaforă pentru a justifica excluderea obligației naturale din sfera dreptului. Similitudinea nu este decât aparentă. De îndată ce plonjăm în adâncimea teoriei, foarte sagace construită de altfel, realizăm că răspunsul la problema juridicității obligației naturale nu se află aici.

În primul rând, trebuie observat că non-dreptul este o noțiune definită prin referire la conceptul de drept. Or, aceasta presupune automat o poziție deja fermă asupra obiectului de referință. Fără a se confunda cu încălcarea dreptului (deși, în mod accesoriu, un asemenea comportament poate intra în fenomenul de non-drept), cu anti-dreptul (dreptul injust impus de regimurile totalitare), sub-dreptul (sau raporturile infrajuridice, așa-numitele *folkways*, maniere social obligatorii care nu sunt impuse de autoritățile publice) sau cu dreptul necontencios, noțiunea de non-drept este determinată prin prisma a doi parametri. Mai întâi, un transfer de competență dinspre drept către non-drept, menit să combată postulatul panjurismului, care domină credințele juriștilor dogmatici, apoi o viziune sociologică despre drept, redus la dreptul „oficial”, caracterizat prin două constante, care devin astfel criteriile ale juridicului: constrângerea (înțeleasă ca putere de a impune, posibilitate de executare forțată sau violență legalizată) și *eventus iudicii* (potențialul respectivului raport social de a fi supus, în orice formă, judecării livrate de magistrat)⁹⁹. De la început putem observa că teoria non-dreptului ia ca reper o concepție pozitivistă asupra dreptului, fără a fi vorba însă de un pozitivism legalist. Dreptul este un instrument al timpurilor, axat pe constrângere, folosit pentru a impune unei lumi corupte o ordine politică minimală.

În acest context, ipotezele de non-drept sunt fie date obiective ale societății, fie alegeri subiective ale individului.

În primul caz, fenomenele de non-drept apar ca puncte de ruptură necesare pentru a asigura însăși eficiența dreptului în al său *continuum* de control social. Dreptul-constrângere generator de ordine socială are nevoie de spații verzi și timp de repaus pentru a asigura și pacea socială, întrucât ordinea impusă cu orice preț este adesea preludiul dezordinii. Astfel, non-dreptul poate apărea mai întâi ca fenomen de *auto-limitare* a dreptului, justificat de ideea că „vacanțele dreptului sunt o necesitate de igienă socială”¹⁰⁰. Auto-limitarea *materială* presupune reducerea sau chiar lipsa căilor de executare prin forță, căreia îi corespunde o

relaxare a presiunii sociale și o augmentare a autonomiei individuale (dreptul la azil, în toate formele sale de-a lungul istoriei, inviolabilitatea de principiu a domiciliului, Saturnaliile din antichitate, când sclavii se considerau egali cu stăpânii lor, imposibilitatea evacuării în timpul iernii, ca regulă a dreptului execuțional civil etc.). Auto-limitarea dreptului poate fi, în al doilea rând, *intelectuală*, acoperind situațiile care, în prezența lacunelor dreptului și ale interdicției analogiei, nu sunt luate în considerare de drept (de pildă, ca urmare a aplicării principiului de drept penal al legalității infracțiunilor și pedepselor).

Dacă situațiile anterioare relevă un mecanism *voluntar*¹⁰¹ de retragere a dreptului, există și ipoteze în care acesta din urmă suportă, de o manieră *involutară*, o restrângere a ariei sale de acțiune. Sunt astfel cazurile de *auto-neutralizare* a dreptului, când paralizia juridicului este rezultatul neașteptat al interacțiunii propriilor sale reguli. Fenomenul este de cele mai multe ori consecința generalității normelor juridice, a vocației lor de a governa toate raporturile sociale. Alteori, neutralizarea juridicului rezultă din exterioritatea regulii de drept. Cerința probării raportului dedus judecării lasă în afara dreptului tot ceea ce nu poate fi probat: *idem est non esse aut non probari*. Nu în ultimul rând, realizarea dreptului nu este automată, ci implică exigența intervenției omului, care acționează în funcție de interes. Aici, costul sau lentoarea aparatului judiciar pot limita apelul justițiabilului la drept. Există așadar, în opinia susținătorului teoriei non-dreptului, o serie de praguri juridice pe care marea majoritate a relațiilor sociale nu le depășesc¹⁰², unele dintre ele fiind fixate chiar de regula juridică (a se vedea, de exemplu, gradele dolului, *dolus bonus* nefiind tratat ca viciu de consimțământ). Tot involutare sunt ipotezele în care non-dreptul este rezultatul *rezistenței faptului în fața dreptului*, de regulă față de caracterul limitat al eficienței sale, pentru care trebuie întrunite cumulativ două condiții: ca dreptul să fi renunțat să urmărească respectivele fapte și ca această renunțare să aibă caracter de generalitate (de exemplu, încălcări ale unui drept prea sever, ce duc la dezvoltarea unei economii de subteran, într-un stat cu un aparat sancționator devenit ineficient față de amploarea fenomenului).

A doua ipostază a non-dreptului este cea în care reculul dreptului este efectul unei *alegeri a individului*. Opțiunea pentru non-drept se manifestă uneori în mod *difuz*, ca preferință marcată zi de zi pentru soluția de non-drept în interiorul unei situații de drept (de exemplu, în raporturile de familie, non-dreptul, ca reflex al relațiilor afective dintre cei implicați, reprezintă esența, iar recursul la drept accidentul¹⁰³; substanța vieții cotidiene în familie ține de non-drept). Alteori, suntem în prezența unei opțiuni *organice*, clare și structurate, când individul refuză angajamentul în situația de drept caracterizată prin puterea de a pretinde sprijinul coerciției etatice și alege situația de non-drept, care e un fel de umbră a instituției juridice ce ar fi guvernat în mod normal raportul social respectiv. Autorul include aici mai întâi *situațiile de fapt* în stare pură, lipsite de la început de orice intenționalitate juridică a individului și considerate în amonte față de orice legislație specială care le-ar putea conferi în mod artificial anumite efecte juridice¹⁰⁴ (de pildă, concubinajul). Trebuie observat însă că opțiunea individului pentru situația de fapt nu este atât un refuz al conținutului regulii de drept, cât al constrângerii care i se atașează. Alegerea concubinajului nu este o revoltă contra drepturilor și obligațiilor implicate în construcția juridică a căsătoriei, ci, de multe ori, sublinierea ideii că

principiile care guvernează familia formată pe această cale derivă din conștiința celor implicați, și nu din puterea exterioară a legii căreia i se supun. În fine, tot ipostaze ale non-dreptului legate de voința individului sunt *relațiile de prietenie și gesturile de bunăvoință*. Prietenia și dreptul se află pe poziții antinomice. Dreptul nu acoperă prietenia și bunăvoința pentru că astfel le-ar aneantiza. Jurisprudența a avut ocazia să se pronunțe, în câteva astfel de cazuri, în sensul refuzului aplicării regulilor juridice sau al restrângerii acesteia la ipoteze în care practic amicitia nu se mai regăsește (răspunderea pentru consilierea între prieteni este redusă la cazurile de dol sau culpă gravă, când grija prietenească nu a fost decât o fațadă¹⁰⁵; transportul benevol poate antrena doar o răspundere delictuală, pactul *ex amicitii* nefiind un contract; dispozițiile testamentare precative, cu valoare de rugămintă, recomandare, întemeiate pe credința lui *de cuius* în afecțiunea apropiaților săi, nu generează obligații la îndeplinirea cărora moștenitorii ar putea fi constrânși). Lipsa intenției de a produce efecte juridice descalifică actul în unul nejuridic, situat în afara rigorilor dreptului.

Cazuistica non-dreptului și justificarea ei dezvăluie o concepție pozitivistă despre drept, în care constrângerea exterioară este esențială. Non-dreptul, izvorât din analiza sociologică, se raportează evident simetric la un concept de drept determinat tot din punct de vedere sociologic sau, mai precis, socio-politic. Astfel, non-dreptul lui Jean Carbonnier nu rămâne la statutul de teorie, ci devine un principiu pragmatic de politică juridică, pe care profesorul nu a ezitat să îl promoveze în întreaga sa operă¹⁰⁶: „*l'amour du droit est réductible en cas d'excès*”. El pornește de la concepția teologică despre drept a autorului. „*Orice lege este în sine un rău*”¹⁰⁷, afirmă acesta, susținând că legea este legată de natura păcătoasă a omului. Non-dreptul devine astfel compatibil cu starea de grație în care legea, înțeleasă ca rigoare și violență, nu este necesară.

În enunțarea non-dreptului ca principiu de politică juridică, autorul pornește de la o redefinire a raporturilor dintre stat și societate, pentru a ajunge la o percepție diferită asupra dreptului. Astfel, se promovează ideea unei societăți mai puțin etatizate, statul nemaifiind agentul principal de unificare a societății formate din indivizi dispași, ci doar una dintre articulațiile ordinii sociale (alături de moravuri, morală, convenții sociale etc.). Non-dreptul reprezintă revendicarea, în stadiu embrionar, a independenței societății față de un drept care nu este decât expresia puterii etatice¹⁰⁸. Departate de a fi vid, haos, revoltă, dezordine sau anarhie, non-dreptul este un fenomen pozitiv, care de multe ori are drept model însuși dreptul și care urmărește același deziderat de ordine, armonie și pace socială. De aceea, recunoașterea non-dreptului ar putea fi, în opinia profesorului Carbonnier, cheia unei strategii legislative. Politica non-dreptului este cea a unei dezangajări juridice.

Această retragere a dreptului poate fi formală sau substanțială. Retragerea *formală* se prezintă uneori ca *abstențiune*, de a legifera pur și simplu (după formula *nimic*) ori de a impune o soluție din pluralitatea de modele propuse de lege (în varianta *tot*¹⁰⁹). Alteori, este o formă de *delegare*, care fie acordă instanței puterea de a aprecia liber anumite instituții sau măcar mai puțin rigid, prin fixarea unor criterii extrem de suplă (precum interesul superior al copilului, egalitatea între soți etc.), fie îi cantonează competența la a lua act de voința părților (exercitarea autorității părintești). Retragerea *substanțială* a dreptului răspunde imperativului

său de neutralitate morală din viziunea pozitivistă. Ea implică recunoașterea autonomiei în cadrul societății a altor sisteme normative dotate cu o putere de constrângere proprie, la rândul ei exterioară individului (morală, etică, religia etc.), dar lipsită de *eventus iudicii*, de posibilitatea de a compărea în fața puterii judiciare, element caracteristic doar constrângerii juridice.

Corespunzător celor două modele de dezangajare juridică, utilizarea politică a noțiunii de non-drept stă la baza pluralismului juridic¹¹⁰, respectiv a pluralismului normativ, noțiuni de un succes considerabil printre juriștii moderni. Pluralismul legislativ pornește de la o premisă reală: pluralitatea de comportamente și opinii diferite în cadrul societății. Furnizând mai multe tipare juridice dintre care individul are puterea de a alege, pluralismul juridic are rolul de a umaniza dreptul, facilitând îndeosebi reformarea dreptului familiei, îndepărtarea sa de construcția tradițională¹¹¹. Însă dacă, în anumite domenii pluralismul juridic poate fi o opțiune de politică legislativă viabilă, nu credem că el poate fi generalizat pentru a schimba conceptul de drept, mai precis pentru a nega natura sa unitară. Din pluralitatea modelelor sociale, ca dat obiectiv, nu se poate deduce nimic în legătură cu raportul care trebuie să existe între această diversitate socială și regula de drept. Neutralitatea dreptului vizată de pluralism nu corespunde nici funcției, nici obiectului regulii de drept¹¹².

Pluralismul normativ are meritul de a demonstra că acțiunea umană poate fi angrenată și de forța de constrângere a altor norme decât cele legale, care guvernează în comunitate: morale, religioase, cutumiare etc. Pluralitatea de sisteme normative nu exclude fenomenele de internormativism: reguli din surse diferite pot conviețui pașnic (formalitatea încheierii căsătoriei civile impusă de lege și purtarea de către soție a numelui de familie al soțului, normă cutumiară) sau pot intra în conflict (cazul obiectivelor de conștiință). După cum am arătat deja, în ce ne privește, ipotezele de abstențiune a dreptului etatic nu înseamnă automat lipsa dreptului. Regulile juridice, care veghează ca fiecare să aibă ceea ce i se cuvine, nici mai mult, nici mai puțin, cu alte cuvinte regulile de justiție, pot fi de origine etatică, morală, cutumiară, religioasă etc. Juridicitatea se află în conținut, nu în ambalajul care îl îmbracă¹¹³. Teoria non-dreptului devine astfel o teorie a non-legii, formă sub care poate constitui un principiu de politică legislativă util, dacă este aplicat cu înțelepciune¹¹⁴.

De altfel, marea majoritate a ipotezelor de non-drept propuse vizează regula *oficială*, mai precis regula de drept edictată de legiuitor și efectiv aplicată de autorități, și nu regula *substanțială* de drept. Ideea că „*oamenii fericiți trăiesc ca și cum dreptul nu ar exista*” nu înseamnă că ei sunt în afara unei situații de drept, ci doar că trăiesc în armonie cu regulile de justiție. Apelul la instanță sau intervenția autorităților nu sunt decât manifestări patologice ale vieții juridice, nu viața însăși. Contractele de mică valoare sau cele păstrate secrete de părți nu sunt mai puțin juridice doar pentru că nu sunt aduse în fața instanței – importantă este intenția părților de a produce efecte de drept¹¹⁵, adică o modificare a ordinii juridice preexistente. Existența mai multor praguri de juridicitate este reală, însă ele nu sunt neapărat criterii de departajare a juridicului de non-juridic. Juridicul este prezent și dacă, din punctul de vedere al autorităților, această prezență rămâne latentă, nu iese la lumină¹¹⁶. Obligațiile de respect, fidelitate, sprijin moral și material între soți nu s-au născut o dată cu consacrarea lor legală¹¹⁷ și nici nu sunt condiționate de existența unui contencios asupra lor.

Mai interesante, din perspectiva preocupărilor noastre, sunt ipotezele în care termenul de non-drept este folosit pentru a desemna lipsa regulii de drept în *substanța* sa, adică lipsa efectivă a dreptului. În majoritatea exemplelor, înlăturarea regulii de drept se explică prin incidența unei alte reguli, de asemenea cu caracter juridic, cu care prima intră în conflict și în fața căreia pierde, întrucât cea de-a doua este mai adaptată circumstanțelor. Astfel, interdicția evacuării dintr-un imobil locuință în perioada 1 decembrie și 1 martie, în procedura predării silite a bunurilor imobile¹¹⁸, deși dă impresia unui „somn al dreptului”, nu instituie un sezon de non-juridic, ci reprezintă soluția conflictului dintre regula executării silite a debitorului rău platnic și aceea, considerată superioară, care se opune aruncării în stradă a unei persoane care nu se poate apăra de frig¹¹⁹. Principiul *idem est non esse aut non probari*¹²⁰ reprezintă soluția confruntării normei conform căreia judecătorul trebuie să poată tranșa orice litigiu cu regula de prudență elementară care impune că nu se poate statua asupra unor fapte cu privire la care nu avem mijloace care să asigure o cunoaștere suficientă. Astfel, adagiul instituie o prezumție irefragabilă¹²¹ de inexistență a faptelor care nu au fost probate, ceea ce înseamnă nu că existența lor este negată, ci doar imposibilitatea cunoașterii lor. Obligația rezultată din actul juridic care nu poate fi probat nu își încetează existența juridică, ci își pierde doar eficiența în sens de regulă înzestrată cu constrângere statală.

Exemplul în care admitem fără rezerve că dreptul lipsește, în sens de regulă de justiție, este cel al relațiilor amicale, de prietenie, de bunăvoință reciprocă. Justificarea profesorului Carbonnier propune vizualizarea autonomiei de voință ca o medalie cu două fețe: una care exprimă puterea de a crea efecte juridice și alta care permite rămânerea în afara dreptului. În ce ne privește, credem că explicația depășește cadrul autonomiei de voință și al libertății contractuale. Prietenia este prin definiție opusă dreptului. În vreme ce dreptul înseamnă măsură, moderație (*mensura mensurata*), determinare justă a locului de mijloc, prietenia se referă la iubire, care se caracterizează prin lipsa oricărei măsurii (*mensura non mensurata*). Relația de prietenie nu este una de tip rațional, în sensul că părțile nu caută un avantaj cuantificabil și reciproc, nu are cauză obiectivă. Ea se caracterizează prin absența oricărei obligații ori măsuri prestabilite sau prin depășirea lor. Actul de bunăvoință față de altul presupune că *justiția*, ca fundament al dreptului, nu îi impunea autorului nicio obligație, nici civilă, nici naturală¹²². În plus, gestul amical în sine nu bulversează justul echilibru anterior existent, astfel că nu generează vreo obligație de justiție comutativă.

Indiferent de negarea viziunii asupra juridicului promovate de teoria non-dreptului, credem că aceasta nu poate fi valorificată pentru clarificarea naturii obligației naturale. Din perspectiva pluralismului normativ dedus din teoria non-dreptului, textul art. 1235 din Codul Napoleon, preluat în art. 1092 al. 2 C.civ. român 1864, respectiv în 1471 C.civ. român 2009, care exclude restituirea în cazul obligațiilor naturale executate de bunăvoie, devine o regulă internormativă, care tranșează conflictul dintre cele două ordini reglatoare (cea morală – care dictează plata – și, respectiv, cea de drept – care îl dispensează pe debitor de plată), repartizându-le competențele: normei juridice aceea de a governa (mai precis de a paraliza) acțiunea vizând obligarea la plata datoriei, normei morale de a governa (mai exact de a bloca) acțiunea privind restituirea ca nedatorată a plății efectuate¹²³.

Trebuie observat că explicația nu oferă nici o informație asupra ordinii normative căreia îi aparține obligația naturală însăși, anterior oricărei executări voluntare. Dacă o analizăm prin prisma criteriilor de juridicitate propuse de teoria non-dreptului, obligația naturală nu reușește să iasă din zona intermediară, populată cu calificări de genul „incomplet”, „imperfect”, „parțial”¹²⁴. Astfel, deși lipsită de posibilitatea de a face obiectul unei executări forțate, obligația naturală este materie justițiabilă, în sensul de *eventus iudicii*, produce efecte recunoscute și protejate la nevoie în instanță. Plata efectuată spontan este datorată, deci refuzul cererii de restituire nu reprezintă reflexia abstențiunii dreptului față de un domeniu care nu îl interesează, ci soluția juridică dată unei probleme juridice. Obligația naturală apare ca având eficacitate parțială, deci nu poate fi exilată în afara juridicului, dar nici nu întrunește în întregime cele două condiții de juridicitate (*eventus iudicii* și constrângerea, ca putere de executare silită), formulate de autorului teoriei non-dreptului.

Apoi, separarea celor două planuri, moral și juridic, sugerată de ideea regulii internormative, nu este deloc clară: dacă se insistă asupra ideii că norma juridică respinge acțiunea în obligarea la plată, trebuie admis că și excluderea restituirii este dictată tot de regula juridică, fiind prevăzută expres de lege. În acest caz, regula morală ar continua să impună plata, și, în același timp, s-ar opune la rândul ei restituirii. Așadar, presupusul conflict internormativ nu este soluționat. Ilogismul aparține în continuare ordinii juridice, care, pe de o parte, scutește de plată, pe de alta, impune conservarea situației create de efectuarea plății. Explicația e simplă: în primul rând, cele două reguli nu sunt într-un veritabil conflict, pentru că acționează în registre diferite, și anume, cel privind recunoașterea existenței unei datorii de justiție, și cel referitor la forța de constrângere juridică; în al doilea rând, regula juridică există independent de constrângere. Regula privind dispensa de plată nu epuizează atitudinea juridicului față de executarea unei obligații naturale. Pe lângă reglementarea formală a accesului la constrângerea etatică, există drept, ca ordine substanțială care impune obligații, fundamentându-se pe regulile justiției. Acest drept, zis și natural, impune datorii naturale, care, la nivel de mecanism, vor intra sub incidența art. 1471 N.C.civ.; între obligația naturală și datoria morală referitoare la același obiect nu există conflict. Dreptul pozitiv creează mecanisme în vederea determinării și asigurării eficienței acestora.

3. Concluzii

Răspunsul la chestiunea caracterului juridic al obligației naturale este legat de problematica deloc facilă a conceptului de drept. Limitarea acestuia la ordinea pozitivă a legilor, faptelor sau deciziilor judiciare este, pe cât de comodă, pe atât de inadecvată. Oricât s-ar strădui adepții pozitivismului juridic, dreptul nu poate fi imunizat față de contaminarea cu un sistem de valori. Problema nu se pune *dacă* aceste valori animă dreptul sau nu, ci *care* ar fi sursa lor. Rațiuni de ordin istoric arată că morala creștină se situează într-o poziție dominantă a ideilor axiologice care orientează juridicul. Însă, comandamentele acesteia vizează în primul rând perfecțiunea spirituală individuală și abia în subsidiar poate da tonul armoniei sociale, vizate de drept.

Obligațiile naturale corespund adesea unor îndatoriri morale, dar nu se identifică cu acestea. Mai degrabă, încălcarea unei îndatoriri morale poate avea ca *efect* nașterea unei datorii juridice, de multe ori sub forma răspunderii civile. Între ele se stabilește în primul rând o diferență de la general la particular. Îndatorirea morală dictează un comportament virtuos în relația atât cu sinele, dar și cu altul, fără a identifica întotdeauna subiecții sau mijloacele concrete de realizarea a acestuia. Obligația juridică, pe lângă că poate fi atașată unei valori, concretizează un raport de alteritate, impunând o limită comportamentului general al omului. Astfel, ea este în același timp, un mecanism de realizare a dreptului.

Obligația naturală la care se referă art. 1471 N.C.civ. nu este o îndatorire generală nesanționată juridic, ci o datorie care obligă debitorul la efectuarea unei prestații concrete față de creditor.

Care este forța ce o insuflă, în lipsa consacrării sale legale? Aceeași care eficientizează întregul eșafodaj juridic: conceptul de justiție, de justă măsură a lucrurilor, în sensul explicitat de Aristotel și care, situat la baza construcției dreptului roman, reprezintă motivul perenității modelelor sale substanțiale.

Obligația naturală este o datorie de justiție comutativă, neconsacrată de dreptul pozitiv și deci nesanționată ca atare, care impune plata a ceea ce, într-o circumstanță concretă, ar fi injust ca debitorul să păstreze. Criteriile determinării existenței sale, fără a avea un contur abstract precis, sunt deci obiective, și nu subiective, cum sugerează adepții concepției lui Ripert. Sursa obligației naturale este dreptul natural înțeles în sens aristotelian, ca artă a binelui și justiției, *ars aequi et boni*, în care soluțiile sunt determinabile în baza metodei dialectice, a luptei de idei pentru găsirea justului mijloc între două extreme. Ca datorie de justiție comutativă, obligația naturală are întotdeauna semnificație patrimonială, în sensul că tinde la înlăturarea unui dezechilibru survenit între sferele patrimoniale a două persoane. Nu vizăm aici patrimoniul în accepțiunea sa tehnică, văzut ca universalitate juridică, cuprinzând activ și pasiv, obligația naturală nefiind un element al activului patrimonial. Semnificația patrimonială a obligației naturale ține în primul rând de potențialul său de evaluare pecuniară și de acela de instrument de reechilibrare a stării anterioare a averilor creditorului și debitorului.

Măsura sa se va determina după regulile egalității aritmetice, în care, în principiu, prestația trebuie să șteargă pierderea în măsura echivalentă câștigului injust. Dacă obligația naturală are întotdeauna semnificație patrimonială, nu trebuie înțeles că ea va fi condiționată întotdeauna de determinarea unei însărăciri și a unei îmbogățiri patrimoniale corelative (după modelul îmbogățirii fără justă cauză). Dezechilibrul injust, care se impune înlăturat, poate rezulta și din alte împrejurări, precum: conceperea unui copil în afara căsătoriei, privându-l de sprijinul material firesc acordat de părinți copiilor lor, natural incapabili să se întrețină singuri (situație considerată ca dând naștere unei obligații naturale, anterior recunoașterii egalității de tratament juridic între copiii născuți din afara căsătoriei cu cei din căsătorie), ruperea unei relații îndelungate de concubinaj, dezechilibrul rezultat la divorț din faptul că un soț a prestat muncă în timpul căsătoriei în întreprinderea celuilalt soț, în detrimentul creșterii averii proprii (v. obligația civilă din art. 328 N.C.civ.), cauzarea cu vinovăție a disoluției mariajului, ceea ce

atrage schimbarea nivelului de trai al celuilalt soț (obligație care devine civilă în condițiile art. 390 N.C.civ.), executarea de moștenitorii legali a patrimoniale dorite de *decuius* dar exprimate doar verbal. Nu trebuie să surprindă că multe dintre ipotezele anterioare de obligații naturale se regăsesc în cadrul relațiilor familiale, care, fiind esențialmente fundamentate pe iubire, care înseamnă totodată lipsă de măsură, de contraechivalent, nu au nevoie în principiu de justiție, care e măsură, de comandamente juridice. Acestea din urmă devin necesare însă mai ales în punctele de fractură a familiei, când iubirea, deși posibilă, nu mai poate fi luată în considerare ca o ipoteză probabilă. Deși îndeplinirea acestor comandamente a fost multă vreme lăsată la latitudinea conștiinței fiecăruia, se pare că apetitul pentru legiferare dublat poate de constatarea degradării valorilor tradiționale în practica socială conduc la reglementarea acestora ca obligații juridice civile.

Obligațiile naturale au astfel aceeași natură cu cele civile, diferența fiind la nivelul sancțiunii lor. Dacă executarea obligațiilor civile poate fi impusă la nevoie cu ajutorul forței de constrângere a statului, obligațiile naturale devin eficace numai prin executare voluntară sau prin pozitivizarea lor, adică prin includerea lor în dreptul pozitiv, fie pe calea reglementării lor legale, ca obligații însoțite de forță coercitivă, fie pe calea unui angajament juridic de executare din partea debitorului, de natură să producă același efect. Nu orice modificare a sancțiunii neexecutării unei obligații civile¹²⁵ conduce însă la transformarea sa în una naturală. Vor fi susceptibile să atragă calificarea de obligație naturală doar cele care lipsesc creditorul de dreptul de a pretinde executarea¹²⁶.

* Avocat, Baroul Cluj; adinabuciuman@yahoo.com.

¹ Nu aceeași era atitudinea juriștilor în zorii Codului civil francez: virtutea nu mai era la modă în acea perioadă; rămânea ca legea să joace rol de unic reper. A se vedea, în acest sens, J. Carbonnier, *Morale et droit*, în *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., L.G.D.J., Paris, 1995, p. 84.

² Parcursul relației drept – morală pare a fi diferit, după cum aceasta s-a aflat în atenția filosofilor sau juriștilor dogmatici. Dacă pentru juriștii de astăzi, în marea lor majoritate axați pe aplicarea dreptului pozitiv, recunoașterea efectului regulii morale asupra acestuia este un stadiu evolutiv aparent superior, pentru filosofi, preocupați de găsirea fundamentelor dreptului și, prin aceasta inclinați spre suprapunerea celor două ordini normative, dimpotrivă, revelarea existenței unei anumite autonomii dreptului față de morală, în termeni aristotelieni, a lui *to dikaion* față de *dikaios*, este văzut ca o cucerire remarcabilă (a se vedea M. Villey, *Philosophie du droit. Definitions et fins du droit. Les moyens du droit*, rééd. par F. Terré, Dalloz, Paris, 2001, în spec. §38-42, p. 54-57, și *idem*, *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. prés. par St. Rials et É. Desmons, P.U.F., Paris, 2003, în spec. p. 84 și urm.).

³ (***) Instituto geografico De Agostini, *Enciclopedia de filozofie și științe umane*, All Educational, București, 2004

⁴ St. Darmaşin, *Le contrat moral*, L.G.D.J., Paris, 2000, §19 și urm., p. 24 și urm.

⁵ J. Carbonnier, *Morale et droit*, op. cit., p. 86 și urm.

⁶ A se vedea și G. Cornu, *Du sentiment en droit civil*, în *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., Paris, 1998, p. 71 și urm.

- ⁷ Distincția dintre obligațiile impuse în *forul interior*, al conștiinței și cele care ni se impun în *forul exterior* reprezintă de altfel cheia de interpretare a viziunii despre drept a lui Pothier, "firul Ariadnei" capabil să ne ghideze în labirintul întregii sale opere. A se vedea în acest sens, J.-L. Souriaux, *Pothier ou le Sphinx d'Orléans*, Droits (revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques), t. 39, 2004, p. 69 și urm.
- ⁸ L. de Naurois, *Obligation juridique et obligation morale*, Mélanges Louis Falletti, Dalloz, Paris, 1971, p. 431.
- ⁹ În sensul că binele este întotdeauna obiectiv, nu numai în plan social, dar și în dimensiunea sa individuală, a se vedea A. Sériaux, *Le droit: une introduction*, Ellipses, Paris, 1997, §54, p. 40-41. Definind binele individual ca justă măsură în reglarea pasiunilor proprii, a apetitului concupiscent și irascibil, autorul argumentează că, dacă prin absurd ar exista două persoane perfect identice, măsura valabilă pentru temperarea pasiunilor uneia dintre ele ar fi identică cu cea necesară pentru a obține același rezultat la cealaltă.
- ¹⁰ L. de Naurois, *op. cit.*, p. 426.
- ¹¹ M. Villey, *Métamorphoses de l'obligation*, Archives de Philosophie du Droit, t. XV, *Philosophies du Droit Anglaises et Américaines et divers essais*, CNRS, Sirey, Paris, 1970, p. 294.
- ¹² A se vedea, pentru prezentarea acestei viziuni, J. T. Delos, *Le problème des rapports du droit et de la morale*, Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1933, *Droit et morale*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 86.
- ¹³ Pentru detalii, în acest sens, a se vedea *ibidem*, p. 87-89.
- ¹⁴ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, P.U.F., Paris, 2004, p. 306.
- ¹⁵ Pentru ilustrarea acestui fenomen, cu privire la dreptul consumației, a se vedea P. Vasilescu, *Un chip al postmodernismului recent: dreptul consumatorului*, în P. Vasilescu (coord.), *Consumerismul contractual. Reper pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 1 și urm., unde ni se amintește că moralizarea prin lege a individului a fost una din tarele regimurilor totalitare.
- ¹⁶ J. T. Delos, *op. cit.*, p. 89 și urm. Teoria acestui autor o vom prezenta în cele ce urmează.
- ¹⁷ Axiologia este teoria valorilor. Dacă admitem că rolul dreptului este acela de a arbitra între mai multe valori concurente, trebuie să recunoaștem și că deciziile noastre juridice sunt fundamentate, chiar inconștient, pe principii de axiologie a căror explicitare ține de filozofie. A se vedea, în acest sens, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 52.
- ¹⁸ A se vedea și A. Sériaux, *Le droit: une introduction*, Ellipses, Paris, 1997, §54, p. 41.
- ¹⁹ În același sens, a se vedea și Ph. Jestaz, *L'avenir du droit naturel ou le droit de second nature*, RTDciv.1983.233, în spec. p. 243-244.
- ²⁰ Astfel, teoria rămâne valabilă, indiferent dacă vedem izvorul moralei în legea creștină, care îndeamnă la iubirea față de aproapele nostru, sau în raționalitatea omului, care îl conduce spre respectarea naturii sale de ființă socială.
- ²¹ Sau al asumării sale juridice, dacă admitem eficacitatea angajamentului unilateral de a achita o obligație naturală.
- ²² Pentru problema compatibilității obligației naturale cu intenția liberală, a se vedea *infra*,
- ²³ J. Carbonnier, *Morale et droit*, *op. cit.*, p. 90-91. De remarcat că justificarea vine din partea unui susținător al caracterului juridic al obligației naturale. Partizanii teoriilor moraliste se preocupă mai puțin de explicitarea mecanismului care stă la baza devenirii juridice a datoriei morale de conștiință.
- ²⁴ Pentru analiza rolului conștiinței în existența obligațiilor naturale, a se vedea D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, éd. L.G.D.J., Paris, 1993, §131-193, p. 78-128.

- ²⁵ *Ibidem*, loc. cit. supra, G. Marty, art. precit., p. 52, B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 538-540.
- ²⁶ G. Marty, loc. cit. supra.
- ²⁷ Pentru o poziție radicală, contrară necesității conștiinței individuale în existența obligației naturale, a se vedea D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience...*, loc. cit. supra.
- ²⁸ Ph. Malaurie, note Cass. civ., 6 oct. 1959, Recueil Dalloz 1960.515.
- ²⁹ Pentru o penetrantă analiză a jurisprudenței în acest sens, a se vedea D. Laszlo-Fenouillet, op. cit., §152-174, p. 90-113.
- ³⁰ *Ibidem*, §158, p. 96, nota 443. Invocarea în acest caz a conștiinței individuale ca sursă a obligației naturale echivalează, pentru autoarea menționată, cu "travestirea realității" sau o "minciună judiciară".
- ³¹ Ele au fost deja semnalate de promotorul concepției neoclasice a obligațiilor naturale: imposibilitatea de a găsi criterii coerente de departajare a executării obligațiilor naturale de liberalități, dificultatea de a explica inopozabilitatea plății obligației naturale față de creditorii civili ai lui *solvens* etc. Asupra acestora ne vom opri ulterior, pe parcursul lucrării. A se vedea, în special, *infra*, *Relația dintre obligația naturală și liberalități*.
- ³² Termenul îl împrumutăm de la profesorul Liviu Pop, care denumește astfel în mod sugestiv problematica regulului general al obligațiilor. A se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. I, *Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor*, Ed. C. H. Beck, București, 2006.
- ³³ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction...*, op. cit., §742-744, p. 724-727.
- ³⁴ Pentru o critică acerbă contra utilizării acestei sintagme, a se vedea, D. Laszlo-Fenouillet, op. cit., în spec. §155, p. 92, nota 427.
- ³⁵ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction...*, op. cit., §743, p. 726. Explicația a fost oferită de autori ca răspuns la criticile dure formulate de D. Laszlo-Fenouillet (v. supra, nota anterioară).
- ³⁶ În sensul că normele supletive sunt specifice domeniului contractual, în vreme ce cele permissive vizează cu precădere actele unilaterale, a se vedea I. Reghini, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ed. a 2-a, Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 23, text și nota 3.
- ³⁷ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction...*, op. cit., §742, p. 724.
- ³⁸ D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, op. cit., §147, p. 87.
- ³⁹ G. Cornu, note, Cass. civ., 30 janv. 1958, Recueil Dalloz 1958.691.
- ⁴⁰ Referindu-se la caracterul inadecvat al ideii creării unui pod între drept și morală, datorită faptului că cele două sisteme normative nu pot fi situate în același plan, J. Carbonnier afirma misterios: «*le droit est tout autre*» (în *Sociologie...*, op. cit., p. 305 și urm.).
- ⁴¹ După cum s-a putut deja observa, mărl discordiei dintre teoriile asupra obligației naturale se referă la recunoașterea caracterului său juridic, la admiterea sa în planul dreptului, în faza anterioară executării sau recunoașterii sale de către cel îndatorat. Trecând peste acest aspect, s-ar putea susține că dacă teoria clasică a conturat noțiunea, identificându-i primele ipostazieri, meritul autorilor moderni a fost acela de a-i da obligației naturale un suflet, în vreme ce teoria neo-clasică ar corespunde vârstei de maturitate a acestei instituții. Cu alte cuvinte, toate cele trei teorii au contribuit la înțelegerea obligației naturale, însă fiecare pe alt palier. În acest sens, H. Ferkh, *Le rapport des obligations naturelles à la morale ou La tendance objective de la jurisprudence*, Gaz. Pal. 7 janv. 1997, Doctr., p. 20.
- ⁴² S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, P.U.F., Paris, 1992, p. 1 cit. după J. Ghestin, *Les données positives du droit*, RTDciv. 2002, p. 11, nota 1.
- ⁴³ A. Hoebel, *The law of primitive man*, 1974, p. 18, cit. după J. Carbonnier, *Sociologie...*, op. cit., p. 328.
- ⁴⁴ Clasificarea autorilor în pozitivști și naturaliști poate fi uneori dificilă, din cauza diferitelor nuanțe care pot fi date celor doi termeni și a multiplelor criterii care pot fi utilizate. Din acest motiv, M. Troper (*La philosophie du droit*, P.U.F., Paris, 2003, p. 15-16) consideră că ar fi mai exact să vorbim despre fiecare din cele două viziuni la plural, să înlocuim pozitivismul cu construcțiile pozitivistice, respectiv iusnaturalismul cu concepțiile iusnaturaliste.

Astfel, se pot distinge, în cadrul doctrinelor pozitivistice (cf. C. Grzegorzczuk, în C. Grzegorzczuk, F. Michaut, M. Troper, *Le positivisme juridique*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 34 și urm.), voluntarismul juridic (Hobbes, Scot, Austin, Bentham, Carré de Malberg), școala exegetică franceză, normativismul lui Kelsen, curentele sociologice (Duguit, Cardozo, Pound, Ehrlich, Gurvitch), teoria analitică a dreptului (Hart, Bobbio, Guastini), realismul american (Holmes, Bingham, Frank, Llewellyn, Cohen), realismul scandinav (Ross, Olivecrona, Hägerström) și instituționalismul (Hauriou, MacCormick, Weinberger, Santi Romano). Clasificarea este simplificatoare și conține o importantă doză de arbitrar, întrucât unii dintre autori susțin idei specifice mai multor curente, iar în interiorul aceluiași curent putem regăsi autori între care s-a stabilit o puternică opoziție. În același timp, separarea de doctrinele iusnaturaliste nu este întotdeauna netă, de pildă, în cazul lui Norberto Bobbio, care se proclamă pozitivist ca metodă, dar iusnaturalist din punct de vedere ideologic, sau al lui Kelsen, care admite că dreptul elaborează norme de conduită, justificate prin subordonarea față de o normă superioară, ceea ce îl face pe Alf Ross (un alt pozitivist) să îl acuze de a se fi redus la un cvasi-pozitivism.

Varietatea caracterizează și doctrinele iusnaturaliste. Dreptului natural clasic, din gândirea lui Aristotel și Toma d'Aquino, i se adaugă iusnaturalismul modern (Grotius, Pufendorf, Wolf, Burlamaqui etc.), dar și teoriile dreptului natural cu conținut variabil, inspirate de neo-kantism (Stammler, Del Vecchio și, într-o oarecare măsură, Gényn) și viziunile neo-thomiste (Dabin). A se vedea M. Villey, *La formation de la pensée...*, *op. cit.*, *passim*.

Pentru o altă prezentare a raporturilor între diferitele forme ale pozitivismului și dreptul natural, a se vedea R. Martin, *Aller et retour de Kelsen à Aristote*, RTDciv. 1997, p. 387-392.

⁴⁵ A. Sériaux, *Le droit naturel*, P.U.F., 2^e éd., Paris, 1999, p. 55-57, *idem*, *Le droit: une introduction*, Ellipses, Paris, 1997, §81-82, p. 62-63.

⁴⁶ Astfel, *Teoria pură a dreptului* a lui Hans Kelsen sugerează nu puritatea dreptului însuși, ci a teoriei autorului asupra dreptului, teorie care este purificată prin eliminarea oricărei judecăți de valoare.

⁴⁷ Unii autori atrag atenția asupra distincției necesare între viziunea pozitivistă asupra conceptului de drept, unde irelevanța moralei se răsfrânge doar asupra criteriilor de juridicitate, și ideologia pozitivistă, care îndeamnă la respectarea dreptului, indiferent de valoarea sa morală, de caracterul său just sau injust (M. Troper, *op. cit.*, p. 21-22). Asemenea nuanțe au fost căutate în vederea salvării curentului pozitivist de sub tirul asprelor critici legate de subordonarea necondiționată față de puterea etatică.

⁴⁸ În acest sens, a se vedea M. Villey, *La formation de la pensée...*, *op. cit.*, p. 51. Primul care a conceput analiza dreptului ca artă a fost Cicero, însă la acea epocă arta nu era altceva decât maniera rațională de a defini termenii, de a-i clasa în genuri și specii, în funcție de caracterele lor comune, cu alte cuvinte după metodele științelor naturii. Știința era deci sinonimă cu arta, ele fiind opuse practicii, prin caracterul metodic al cunoașterii, absent în cazul celei din urmă. Nimic nu impunea distanțarea juristului de obiectul său de studiu, nimic nu împiedica știința dreptului să urmărească idealul de justiție al acestuia.

Distincția actuală, între știința dreptului și arta dreptului (sau filosofia dreptului), urmărește, așa cum vom vedea în această secțiune, organizarea cunoașterii dreptului sub forma unor propoziții întotdeauna verificabile, după metodele științelor naturii. Rămâne însă să ne întrebăm dacă dreptul este susceptibil de o asemenea cunoaștere, respectiv dacă, aplicând strict această metodă, nu ajungem la mutilarea conceptului de drept, reducându-l forțat, ca pe un pat al lui Procust, pentru a-l face să încapă în cadrul strâmt al cunoașterii științifice „veritabile”.

⁴⁹ D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, reprinted L. A. Selby-Bigge M.A., Oxford, Clarendon Press, 1896, p. 245.

- ⁵⁰ Teoria lui Kelsen (H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Humanitas, București, 2000, trad. I. Constantin, după ediția a 2-a, revizuită și lărgită, 1960, retipărită Österreichische Staatsdruckerei, 1992) nu se pliază întocmai pe modelul științelor naturii, pentru că nu are ca obiect *fapte* pure. „Realitatea” pe care o analizează Kelsen constă în *norme*, iar normele nu sunt străine de ideea de valoare. Spre deosebire însă de iusnaturaliști, Kelsen consideră că norma întemeiază valoarea, și nu valoarea stă la baza normei. „O normă valabilă din punct de vedere obiectiv, care stabilește că un anumit comportament este obligatoriu, constituie o valoare negativă sau pozitivă. Comportamentul care corespunde normei are valoare pozitivă, în timp ce comportamentul care contrazice norma are valoare negativă” (p. 32). Judecata la care procedează instanțele nu este o judecată de valoare; ea apreciază doar complianța comportamentului față de normă și față de valoarea stabilită de aceasta. Așadar, după Kelsen, dreptul nu este o finalitate, ci devine un simplu instrument de stabilire a valorilor, de organizare socială.
- ⁵¹ A se vedea, de pildă, pledoaria pentru „puritate” a lui Kelsen, plasată chiar în debutul lucrării sale (H. Kelsen, *Doctrina pură...*, *op. cit.*, p. 13-14).
- ⁵² Afirmția este valabilă atât pentru dreptul pozitiv uman, cât și pentru cel divin, ne atrage atenția A. Sériaux (*Le droit naturel*, *op. cit.*, p. 58), Cele zece porunci nefiind altceva decât reamintirea de către Dumnezeu poporului ales a conținutului preceptelor celor mai elementare ale dreptului natural.
- ⁵³ R. P. George, *Natural Law*, Harvard Journal of Law & Public Policy, Winter 2008, vol. 31, no. 1, p. 189.
- ⁵⁴ A. Sériaux, *Le droit naturel*, *op. cit.*, p. 64.
- ⁵⁵ Pentru detalii, a se vedea J.-P. Chazal, *Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique*, Archives de philosophie du droit, t. 45, 2001, p. 303.
- ⁵⁶ Pentru clasificarea surselor dreptului în ideale și factuale și reflectarea lor în doctrinele naturaliste, respectiv pozitivistice, a se vedea M. Villey, *Philosophie du droit...*, *op. cit.*, p. 219-242.
- ⁵⁷ Pentru detalii, a se vedea B. Frydman, *Le projet scientifique de François Génys*, în *François Génys, mythe et réalités: 1899-1999. Centenaire de Methode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Blais-Dalloz-Bruylant, 2000, p. 213 și urm.
- ⁵⁸ Pentru o comparație asupra celor două metode care au revoluționat pozitivismul legalist, a se vedea J.-P. Chazal, *Léon Duguit et François Génys, Controverse sur la rénovation de la science juridique*, Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques, 2000, vol. 65, p. 85 și urm. Pe larg, despre mișcarea sociologică în drept, a se vedea J. Carbonnier, *Sociologie...*, *op. cit.*, în spec. p. 13-152.
- ⁵⁹ Totuși, pentru o opinie contrară, într-o construcție pozitivistă, a se vedea M. Troper, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 12, care consideră că cei doi termeni ar trebui să fie considerați sinonimi, însă, în același timp, distinge între *filosofia dreptului elaborată de filosofi* și *filosofia dreptului elaborată de juriști*, ajungând practic la același rezultat.
- ⁶⁰ J.-P. Chazal, *Philosophie du droit et théorie du droit...*, *op. cit.*, p. 314. Autorul identifică ruptura definitivă dintre drept și filozofie, marcată de momentul de la care sintagma *teoria dreptului* desemnează o abordare a juridicului exclusiv tehnică, vidată de orice reflexie filosofică, cu crearea, în 1926, de către Hans Kelsen, a Revistei internaționale de teoria dreptului, printre scopurile căreia se situa și contrapunerea față de filosofia dreptului, considerată atașată metodei naturaliste. Impactul acestei opoziții este atât de puternic, încât mulți autori continuatori ai *tratatelor dreptului naturii și al oamenilor*, aflate în mare vogă în secolele anterioare, aleg să nu păstreze vechiul titlu, din cauza conotației peiorative pe care dreptul natural o dobândește în mediul juridic.
- ⁶¹ „Gândirea lui Kelsen nu este neutră, ci militantă” (J. P. Chazal, *Philosophie du droit et théorie du droit...*, *op. cit.*, p. 320).

- ⁶² N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, (trad. fr.), pref. R. Guastini, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 185, cit. după M. Troper, *op. cit.*, p. 33.
- ⁶³ Este vorba despre așa-numita viziune „hiletică” (de la gr. *hylé*, care înseamnă *materie*) asupra normelor, opusă concepției „expresive”. Norma este astfel văzută ca prescripție, și nu ca fapt empiric, simplu act de voință al legiuitorului.
- ⁶⁴ De pildă, A. Ross, *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2004 (reed.).
- ⁶⁵ De exemplu, în continuarea teoriilor lui Oliver Wendell Holmes, R. A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard Law Review, vol. 111, May 1998, no. 7, p. 1638-1710.
- ⁶⁶ În semantica acestei teorii, dogmatica juridică ar avea rolul de a identifica și interpreta norma juridică aplicabilă. Ea ar fi rezultatul muncii avocaților, judecătorilor și doctrinei, situându-se în același timp în afara științei dreptului, care trebuie să răspundă în continuare dezideratului neutralității axiologice. Din păcate, o astfel de știință a dreptului devine aproape inutilă, pe de o parte, fiind prea restrânsă ca arie de lucru, dar, mai ales, pe de alta, fiind în disonanță cu însuși obiectul pe care îl descrie. Dacă dreptul are nevoie de dogmatică înseamnă că valoarea îi este intrinsecă, deci o știință vidată de aprecierea asupra valorilor nu este susceptibilă să ofere o imagine asupra dreptului.
- ⁶⁷ A. Ross (*op. cit.*, p. 300) observă că „faptele în sine sunt indiferente. Ele dobândesc relevanță numai plasate în relație cu un interes sau o atitudine care este independentă de ele” (trad. ns., A.B.).
- ⁶⁸ J.-P. Chazal, *Philosophie du droit et théorie du droit...*, *op. cit.*, p. 325.
- ⁶⁹ H.L.A. Hart arăta că „formalismul și atitudinea sceptică față de norme sunt Scilla și Caribda ale teoriei juridice. Ele sunt exagerări mari, salutare în momentele în care se corectează reciproc, iar adevărul se află la mijloc între ele.” (în Conceptul de drept, Sigma, Chișinău, 1999, trad. după *The concept of law*, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 148).
- ⁷⁰ „Toate regulile au o zonă crepusculară, în care judecătorul trebuie să opteze între câteva alternative” (H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 24).
- ⁷¹ Pentru fundamentarea conceptului de drept pe natura sa aporetică, a se vedea C. Atias, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 341-362.
- ⁷² Ph. Jestaz, *L’avenir du droit naturel ou le droit de second nature*, RTDciv.1983.233, p. 235.
- ⁷³ „Ce n’est pas tant la potestas de la loi qui emporte la conviction, que son autoritas.” (J.-P. Chazal, *Philosophie du droit et théorie du droit...*, *op. cit.*, p. 332).
- ⁷⁴ Pentru analiza detaliată a conceptului de justiție, sub aspectele sale moral, juridic și social-politic, a se vedea S. Goyard-Fabre, *La justice. Une problématique embarrassée*, în *Philopsis: Revue numérique*, Delagrave Éditions 2002, <http://www.philopsis.fr> (cit. la 31.03.2013).
- ⁷⁵ Aristotel, *Etica Nicomahică*, Editura Iri, București, 1998 (trad. S. Petecel, ed. a II-a), în spec. p. 103-124.
- ⁷⁶ Platon (*Republica*), deși pornește și el de la ideea că justiția reprezintă virtutea care asigură atribuirea către fiecare a părții care i se cuvine (*suum cuique tribuere*), consideră că aceasta trebuie să guverneze atât viața interioară a individului (unde *justiția* e o calitate care trebuie scrisă cu literă mică), cât și a cetății (unde vorbim de *Justiție* cu majusculă), cele două dimensiuni fiind indisolubil legate. Așadar, ni se propune o concepție largă despre justiție și drept, un drept nediferențiat de morală, în care legea, având primordial o funcție educativă, se va ocupa nu doar de proprietate, de succesiuni sau de contracte, ci și de aspecte ce țin de morală individuală (pietatea, moravurile etc.) și de educație (gimnastica, muzica, geometria, dialectica, spectacolele). Astfel, se dezvăluie idealismul doctrinei lui Platon: în viziunea sa, dominată de primatul speculației înțeleptului față de munca claselor productive, justiția este opera filosofului; el este cel care dictează legile, pe care cetățenii sunt ținuți să le respecte, sub amenințarea constrângerii. “Eșuând într-un fel de pozitivism juridic grosier”, concepția este criticabilă, întrucât deschide calea regimurilor totalitare. A se vedea M. Villey, *La formation de la pensée...*, *op. cit.*, p. 65-77.

- ⁷⁷ Justiția particulară, obiectivă, se distinge astfel și la nivelul limbajului utilizat, de calitatea, generală și subiectivă, de a fi just, a omului, fie el bărbat sau femeie. Aceasta întrucât, în greaca veche, forma neutră nu coincide cu cea masculină, la singular, respectiv feminină, la plural, ceea ce a permis ca, în opera lui Aristotel, prin abstractizare, două cuvinte cu aceeași rădăcină să desemneze două realități diferite: *dikaiois*, ca virtute a persoanei, și *dikaion*, ca justă măsură a raporturilor sociale.
- ⁷⁸ Pentru o sinteză, a se vedea P. Kayser, *Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2001-1, p. 15-56.
- ⁷⁹ M. Villey (*Philosophie du droit...*, op. cit., p. 58) critică termenii *justiție distributivă* și *justiție comutativă*, pe care îi consideră rezultatul unei traduceri eronate a operei lui Aristotel. Cele două sintagme creează confuzie: rolul justiției nu este acela de a distribui sau de a realiza schimburile de bunuri, ci de a verifica și veghea corectitudinea lor. Textele sale vorbesc mai puțin despre două tipuri de justiție, cât despre două formule de determinare a egalității, în specii diferite de operațiuni juridice.
- ⁸⁰ Aristotel, *Etica Nicomahică*, cartea a V-a, cap. III, 25. Totuși, trebuie subliniat că Aristotel lasă liberă problema criteriului distribuțiilor, prin urmare critica teoriei sale sub acuzația de a fi o doctrină aristocratică nu poate fi primită.
- ⁸¹ *Ibidem*, cartea a V-a, cap. III, 15.
- ⁸² A. Sériaux, *Le droit naturel*, op. cit., p. 26.
- ⁸³ Sub acest aspect, se consideră pe bună dreptate că Aristotel a sugerat distincția între dreptul public și dreptul privat. A se vedea P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 17.
- ⁸⁴ Termenul de justiție comutativă este folosit mai ales în scrierile lui Toma d'Aquino, în vreme ce Aristotel o folosește mai degrabă sintagma justiție corectivă. În acest sens, A. Sériaux, *Le droit naturel*, op. cit., p. 27.
- ⁸⁵ Pentru mai multe detalii privind aplicațiile justiției corective și distributive în dreptul actual, a se vedea P. Kayser, *Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, op. cit., p. 18 și urm.
- ⁸⁶ S. Goyard-Fabre, *La justice...*, op. cit., <http://www.philopsis.fr> (cit. la 31.03.2013).
- ⁸⁷ Critica provine, așa cum este ușor de bănuț, din taberele doctrinelor pozitivistice și se sprijină mai ales pe echivocul generat de aventurile conceptului de justiție în cadrul filosofiilor dreptului natural: receptarea sa magistrală în dreptul roman, "creștinarea" sa de către filosofia thomistă, nuanțele diversificate din curentele iusnaturaliste și reformulările la care recurg autorii contemporani sunt probe atât ale bogăției de sensuri, dar și ale echivocului noțiunii de justiție. În acest sens, S. Goyard-Fabre, *La justice...*, op. cit., <http://philopsis.fr> (cit. la 31.03.2013), precum și Ph. Jestaz, *L'avenir du droit naturel et le droit de second nature*, RTDciv.1983.233.
- ⁸⁸ S. Goyard-Fabre, *La justice...*, op. cit., <http://philopsis.fr> (cit. la 31.03.2013).
- ⁸⁹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1957, p. 295.
- ⁹⁰ S. Goyard-Fabre, *La justice...*, op. cit., loc cit. supra.
- ⁹¹ O contribuție importantă la această mutație a avut-o dezvoltarea, de la sfârșitul secolului al XVIII-lea, a mașinismului. Triumful industrialismului a avut ca efect o amplificare fără precedent a sentimentului puterii umane. Tabloul imaginativ al lumii este de acum dominat de o nouă credință în putere: puterea omului asupra naturii, dar și puterea autorităților asupra masei oamenilor care nu participă la guvernare, a căror mentalitate poate fi influențată și controlată prin propagandă științifică, prin educație. Ideea de fixitate naturală se diminuează considerabil față de credința că nu este nimic care să nu poată fi schimbat, în timp ce concepte mai vechi privind limitele puterii umane (adevăr, Dumnezeu) se golesc treptat de sens. A se vedea B. Russell, *Istoria filosofiei occidentale*, vol. II, Humanitas, București, 2005, p. 240-241.

- ⁹² S. Goyard-Fabre, *La justice...*, *op. cit.*, *loc. cit. supra.*, care consideră că problematizarea justiției este legată de dificultatea de a răspunde la întrebarea „*ce este omul?*” și că, prin urmare, ambiguitatea primeia este consecința naturii umane măcinate de contradicții și instabilitate, care îi imprimă caracterul enigmatic. Această stare a lucrurilor este însă naturală; nebunia ar consta în a pretinde omului unitatea substanțială a unui zeu.
- ⁹³ Apelăm aici la noțiunea de *opinio juris* valorificată îndeosebi de Léon Duguit, fără să aderăm la elementele pozitivistice ale concepției sale despre drept. În ce ne privește, opinia corpului social nu stă la baza dreptului (ca la Duguit), ci poate îngloba și asimila reguli de justiție naturală, consolidându-le, astfel că, dacă una din valorile naturale a intrat în conștiința socială, o lege nouă nu are șanse să o contrazică decât pe căi foarte ocolite.
- Amintim aici, deși conștienți de existența mai multor explicații ale fenomenului, reacțiile virulente ale opiniei publice de la noi contra presupuselor încălcări din Codul civil 2009 ale libertății cuvântului, față de apatia cu privire la coerența mecanismelor juridice și a instituțiilor tradiționale fundamentale ale dreptului privat, obiect al aceleiași legi.
- ⁹⁴ Evoluția spre justiție a societății o vizualizăm nu sub aspect *cantitativ*, producând o diminuare a numărului de acte de injustiție, ci *calitativ*, ca scădere a toleranței corpului social față de acte sau legi pozitive contrare principiilor justiției.
- ⁹⁵ În același sens, a se vedea Ph. Jestaz, *L'avenir du droit naturel...*, *op. cit.*, în spec. p. 236-248.
- ⁹⁶ Teoria non-dreptului a fost prezentată pentru prima dată la un seminar de filosofia dreptului din 1962 și a făcut senzație. A fost inițial publicată în Archives de philosophie du droit, 1963, Sirey, apoi inclusă în J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Noi vom face trimitere la această ultimă lucrare, ediția a 8-a, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 7-47 (*Droit et non-droit*). Pentru discuții pe marginea teoriei non-dreptului, a se vedea M. Douchy, *La notion de non-droit*, R.R.J. Droit prospectif, 1992, p. 433-476.
- ⁹⁷ De altfel, în doctrina franceză, teoria a devenit un reper incontestabil, numeroși autori simțind nevoia de a raporta noțiunile studiate la conceptul de non-drept al profesorului Carbonnier. A se vedea, de exemplu, L. Leveneur, *Situations de fait en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1990, A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.
- ⁹⁸ De fapt, termenul a fost utilizat, cu mult timp înainte, de R. Demogue, în *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, reed. Éditions la Mémoire du Droit, Paris 2001, p. 9, însă în sensul de opoziție față de drept.
- ⁹⁹ J. Carbonnier, *Sociologie...*, *op. cit.*, p. 318-330.
- ¹⁰⁰ *Idem*, *Droit et non-droit*, *op. cit.*, p. 26.
- ¹⁰¹ M. Douchy, *La notion de non-droit*, *op. cit.*, p. 438.
- ¹⁰² J. Carbonnier, *Droit et non-droit*, *op. cit.*, p. 28-29.
- ¹⁰³ *Ibidem*, p. 31.
- ¹⁰⁴ Nu vor fi ipoteze de non-drept situațiile în care cel puțin o parte a dorit producerea efectelor juridice, împiedicate însă de un obstacol juridic, precum cazul societății de fapt, a posesiei de bună-credință, refuzul locatarului de a părăsi imobilul după expirarea preavizului dat de locator etc. Pentru detalii cu privire la aceste situații juridice, denumite de juriști situații de fapt, a se vedea L. Leveneur, *Situations de fait*, *op. cit.*, *passim.*, despre care autorul afirmă că se află într-o zonă intermediară între drept și non-drept (*ibidem*, §3).
- ¹⁰⁵ Idee care se regăsește și în art. 1354 C.civ. 2009.

- ¹⁰⁶ A se vedea, pe lângă lucrările deja citate, și J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, Paris, 1995, precum și *idem*, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, Paris, 1996.
- ¹⁰⁷ *Idem*, *Essai sur les lois*, *op. cit.*, p. 228. O asemenea concepție despre legea juridică rezultă din luarea legii divine ca etalon: „Chiar prin trăsăturile sale cele mai inocente, ca urmare tehnicității lor, lucrarea legii este marca unui meșter mult prea uman. Întrucât este forțată obligatorie și executare forțată, legea înseamnă rigoare și violență, în timp de Evanghelia face apel la caritate și iertare. Întrucât se ambiționează să fie universală și perpetuă, ea este lipsă de măsură și orgoliu, când de fapt ar trebui să știe că tot ce face omul este fragmentar și perisabil. Întrucât se crede în posesia adevăratei dreptăți, ea distribuie și recompensează după merite, când totul ar trebui acordat prin grație. Da, regatul legii, domnia legii, de această lume ține!” (*Ibidem*, p. 296). A se vedea și *idem*, *La religion, fondement du droit?*, Archives de la philosophie du droit, t. 38, *Droit et religion*, Dalloz, Paris, 1994, p. 17 și urm.
- ¹⁰⁸ M. Douchy, *La notion de non-droit*, *op. cit.*, p. 447.
- ¹⁰⁹ Termenii clasificării îi aparțin lui A. Sériaux, *Question controversée: la théorie du non-droit*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1995.1.13, în spec. p. 25-27.
- ¹¹⁰ Pentru detalii referitoare la pluralismul juridic, a se vedea C. Atias, *Le mythe du pluralisme civil en legislation*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1982, p. 249, *idem*, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, §69-71, p. 272-289, A. Sériaux, *Pluralisme juridique et droit naturel*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1993.2.585.
- ¹¹¹ „Ne fais pas de lois contre la femme que tu n’aimes plus! Et c’est Napoléon qui est visé, Napoléon et son Code”, insinuează J. Carbonnier, în *Essai sur les lois*, *op. cit.*, p. 225.
- ¹¹² C. Atias, *Le mythe du pluralisme civil...*, *op. cit.*, p. 249, *idem*, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, §70, p. 281.
- ¹¹³ A. Sériaux, *Question controversée...*, *op. cit.*, p. 28.
- ¹¹⁴ Astfel se poate justifica retragerea intervenției etatice, pentru a lăsa loc altor autorități care să formuleze dreptul, pornind de la familie, ca mic grup social, și continuând cu asociațiile profesionale, asociațiile constituite între proprietari după criteriul vecinătății imobilelor, asociațiile de consumatori etc. Recunoașterea autonomiei reglatoare a grupului, ca submulțime coerentă a corpului social, are avantajul de a cointeresa cetățenii în elaborarea dreptului și de a asigura eficiența acestuia. Desigur, se impune aici un just echilibru între prerogativele publice și prerogativele private. Pentru detalii, a se vedea M. Douchy, *La notion de non-droit*, *op. cit.*, în spec. p. 468-476.
- ¹¹⁵ A se vedea, *infra*, *Datoria de joc*, precum și A. Buciuman, *Contractul de joc sau joaca de-a contractul (Privire asupra convențiilor de joc și pariu)*, S.U.B.B. nr. 1/2007, p. 23-65. Pentru actele non-juridice, a se vedea P. Vasilescu, *Manifestări de voință non-juridice*, Pandectele Române – 140 de ani de la nașterea lui Constantin Hamangiu (1863-1932). Culegere de studii, Supliment la nr. 1/2003, p. 239, și *idem*, *Drept civil. Obligații*, Hamangiu, București, 2012, p. 235-238, K. Zweigert, *Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n’obligent pas*, Revue internationale de droit comparé, 1964, p. 33-44.
- ¹¹⁶ A. Sériaux, *Question controversée...*, *op. cit.*, p. 17.
- ¹¹⁷ Actualmente, aceste obligații sunt prevăzute în art. 309 al. 1 și 325 C.civ.
- ¹¹⁸ Art. 895 C.proc.civ. De altfel, chiar anterior reglementării acestei interdicții (prin art. I pct. 38 din Legea nr. 202/2010), instanțele recurgeau la diverse artificii (suspendări ale executării silite admise mai ușor, urmate de amânări ale judecării în contestația la executare, pentru a împiedica să se procedeze la evacuare pe timpul iernii).

- ¹¹⁹ De altfel, excepțiile legale de la această interdicție sugerează același efort al legiuitorului de a surprinde regula cea mai adecvată în funcție de circumstanțe: evacuarea este posibilă totuși dacă însuși creditorul nu are unde să locuiască, respectiv dacă evacuarea privește persoane care au ocupat abuziv, pe căi de fapt, fără nici un titlu, o locuință sau dacă ea este motivată de încălcarea unei reguli de ordine publică de către cei evacuați.
- ¹²⁰ I. Deleanu, S. Deleanu, *Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 2000, p. 143-144.
- ¹²¹ Pentru detalii privind prezumțiile, dar și pentru relația lor cu ficțiunile și teoria adevărului, a se vedea I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, All Beck, București, 2005, §19 și urm., p. 80 și urm.
- ¹²² În același sens, A. Sériaux, *Question controversée...*, *op. cit.*, p. 20-21.
- ¹²³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 318.
- ¹²⁴ De altfel, pornind de la ideea că obligația naturală produce un efect garantat de stat și de instanțe, chiar dacă acesta nu este complet, chiar autorul teoriei non-dreptului susține în contextul teoriei generale a obligațiilor că „*obligația naturală are o veritabilă existență juridică*” (J. Carbonnier, *Droit civil. 4. Les obligations*, P.U.F., Paris, 1956, p. 19).
- ¹²⁵ Cu privire la valențele sancțiunii neexecutării obligației civile, a se vedea J. Kocsis, *Sanctiunea neexecutării obligațiilor civile contractuale*, teză de doctorat, Cluj-Napoca, 2003, în spec. p. 11-26, care, susținând că sancțiunea nu este de esența regulii de drept, propune înlocuirea termenului pentru cazul obligațiilor civile cu acela de *remedii* ale neexecutării.
- ¹²⁶ Astfel, în mod eronat s-a încercat calificarea ca obligații naturale a celor cu privire la care părțile au prevăzut soluționarea litigiilor pe cale arbitrală (J. Goicovici, *Compensația, obiect al judecării arbitrale*, Dreptul nr. 9/2005, 129-130) sau a celor cu privire la care părțile au renunțat definitiv la dreptul de a cere rezoluțiunea, în măsura în care lasă creditorul fără nicio cale de satisfacție contractuală (I.-F. Popa, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în Noul Cod civil*, Universul juridic, București, 2012). În acest ultim caz, ideea trebuie nuanțată: nu ipotetica renunțare la rezoluțiune atrage transformarea obligației civile în obligație naturală, ci mijlocul prin care a dispărut remediul constând în obținerea executării forțate a obligației.

ARTICOLE

REGIMUL JURIDIC AL CONTROLULUI ACTIVITĂȚII OPERATORILOR DE TRANSPORT RUTIER CONFORM LEGISLAȚIEI REPUBLICII MOLDOVA

Iurie MIHALACHE *

Abstract. Legal Status of Control Activities Road Transport Operators under the Law of the Republic of Moldova. State organ responsible for implementing public policies and controller of road transport operators in Republic of Moldova is the Administrative Authority „National Road Transport Agency” (A.A. „NRTA”). Unfortunately, activity A.A. „NRTA” focuses on implementing transport policies and lacks adequate legal levers to exercise the right of control. European practice proves that public policy, implementation and control of their achievement should be performed 3 different public authorities. For example, in Romania there are State Inspectorate for Control in Road Transport, which ensures the control of the road transport, the Ministry of Transport with the role of transport policy and Romanian Road Agency – the role of transport policy implementation. The conclusion is that in Moldova the control of the road transport operators can not be carried out by A.A. „NRTA”. It is necessary to create a control structure, such as „Road Transport Inspectorate”.

Keywords: road transport, contravention fine, transport inspectorate, road transport ticket, roadmap, registration certificate.

Cuvinte-cheie: transport rutier, amendă contravențională, inspecție de transport, bilet de călătorie în transportul rutier, foaie de parcurs, certificat de înmatriculare.

Îmbunătățirea performanțelor sectorului public este o prioritate imediată pentru Republica Moldova. Experiența Uniunii Europene dovedește că separarea instituțională a proceselor de elaborare a politicilor publice de cele de implementare a lor acordă o relativă autonomie managerială și autonomie de implementare a politicilor în raport cu instituțiile care le elaborează, astfel încât sporește gradul de credibilitate și eficiență a sectorului public. Crearea unei autorități de implementare a politicilor publice separată instituțional de cea de elaborare a politicilor este în conformitate cu conceptul de „agențificare” a teoriei „New Public Management”, definită ca platformă de reformare a sistemului de management public și apărută ca o critică a birocrăției și principiilor existente de organizare a sistemului public¹.

Implementarea conceptului de „agentificare” vine să reformeze mecanismele complexe de ierarhizare a sistemului public și luare a deciziilor de sus în jos, astfel încât să se producă o descentralizare a managementului public pentru a oferi o mai mare eficiență procesului de implementare și pentru al aduce cât mai aproape de așteptările populației².

Menționăm faptul că în Republica Moldova principiul separării autorităților publice care elaborează politici publice de cele care se ocupă de implementarea lor se aplică deja în domeniile: telecomunicațiilor (Agenția Națională pentru Reglementarea în Comunicații Electronice și Tehnologia Informației), audiovizualului (Consiliul Coordonator al Audiovizualului), energiei (Agenția Națională pentru Reglementarea în Energetică), dar și transportului aerian (Autoritatea Aeronautică Civilă). În acest context reforma în domeniul transporturilor rutiere prin implementarea anumitor agenții cu funcții de control este promovată intens de Uniunea Europeană, Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional. Aducem exemple că „agentificarea” drept concept de reformă a managementului de stat în domeniul transportului rutier este o practică larg răspândită nu doar în țările industrializate, precum Marea Britanie, Germania, Franța, Italia etc., dar și în țări în curs de dezvoltare, precum România, Ungaria, Polonia etc.³ Cu această ocazie, ediția din anul 2014 a proiectului Codului transporturilor rutiere prevedea crearea Autorității Naționale Rutiere a Republicii Moldova, ca instituție cu autofinanțare, împuternicită cu funcții de licențiere, autorizare, supraveghere și control⁴, însă recomandările au fost excluse din varianta finală a proiectului.

Libertatea activității de întreprinzător nu trebuia înțeleasă ca fiind absolută. Anumite limitări sunt impuse de către autoritățile publice abilitate cu dreptul de a efectua controlul de stat asupra activității de întreprinzător. Conform Legii privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător nr.131/2012⁵ se consideră control orice formă de verificare, revizie, audit, evaluare și/sau analiză exercitată de către un organ de control la fața locului și/sau prin solicitare directă de la persoana controlată a documentației și a altei informații prin poștă, inclusiv prin poșta electronică, sau prin telefon, informație pe care aceasta, în virtutea legii, nu este obligată să o ofere periodic (art.4). Într-o altă definiție, controlul reprezintă totalitatea acțiunilor de verificare a respectării de către persoanele supuse controlului a prevederilor legislației, realizate de către Agenția Națională Transport Auto în calitatea sa de organ abilitat cu funcții de control, în corespundere cu prevederile titlului VIII al Codului transporturilor rutiere, sau de un grup de instituții similare⁶. Efectuarea controlului se admite doar în cazul când sunt întrunite cumulativ cerințele prevăzute expres de lege privind: a) dreptul organului de control de a efectua controlul; b) cazurile, limitele și durata controlului.

Autoritatea de control este în drept să efectueze controlul doar în privința aspectelor ce țin de competența sa exclusivă și care nu sunt supuse controlului de alte organe de control. În conformitate cu art.14 alin.(1) al Legii nr.131/2012, se interzice suprapunerea domeniilor de control între organele de control, iar unul și același organ de control nu este în drept să exercite controlul asupra uneia și aceleiași persoane mai mult decât o dată într-un an calendaristic. Cheltuielile ce țin de efectuarea controalelor urmează a fi suportate de organele de control. Până la finele trimestrului de gestiune, organul de control aprobă graficul controalelor pentru trimestrul următor și îl publică pe pagina sa electronică (art.15 alin.(2) și (3)).

Codul transporturilor rutiere al Republicii Moldova⁷ prevede că organul abilitat cu funcții de implementare a politicilor publice și de control a activității operatorilor de transport rutier pe teritoriul Republicii Moldova este Autoritatea Administrativă „Agenția Națională Transport Auto” (în continuare – A.A. „ANTA”), creată prin Hotărârea Guvernului R.M. nr.539 din 23.04.2008⁸ (art.9 alin.(1) lit.(a)). Din punct de vedere structural, A.A. „ANTA” se află în subordinea Ministerului Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor al Republicii Moldova (în continuare – MTID), are statut de persoană juridică și un efectiv de 107 unități de personal. Autoritatea este condusă de un director și doi vicedirectori numiți în funcție și eliberați din funcție prin ordinul ministrului. Finanțarea autorității este asigurată din contul veniturilor acumulate din taxele pentru eliberarea actelor permise.

În pofida faptului că a fost singura autoritate publică specializată în domeniul transporturilor rutiere, până în anul 2014 A.A. „ANTA” s-a axat pe implementarea politicilor de transport, fiind lipsită de pârghii juridice adecvate pentru exercitarea dreptului de control. Situația gravă se datora și reorganizărilor instituționale efectuate pe parcursul anilor precedenți. Astfel, în anul 2005 a fost lichidat Inspectoratul Transporturilor de Mărfuri și Călători, iar în 2008 a fost lichidată Agenția Moldovei Trafic Auto Internațional, ca instituții specializate de control. Drept urmare, în traficul național a dispărut controlul specializat, iar de la vamă au fost retrași colaboratorii specializați ai instituțiilor subordonate MTID⁹. Lipsa unei instituții funcționale investită cu funcții de supraveghere și control specializat în domeniul transporturilor rutiere a generat sporirea traficului ilicit de călători¹⁰.

Consolidarea competențelor de control ale A.A. „ANTA” s-a realizat odată cu adoptarea Codului transporturilor rutiere și modificarea pct.8 din Hotărârea Guvernului R.M. nr.539/2008 prin care autorității i-au fost conferite o serie de drepturi și obligații de control: să elibereze, să suspende, să retragă, parțial sau total, autorizații, permise de activitate pe rută și certificate, conform legii; să emită prescripții privind înlăturarea încălcărilor depistate în urma controalelor efectuate; să controleze îndeplinirea de către agenții transportatori străini pe teritoriul Republicii Moldova și a transportatorilor autohtoni care efectuează transporturi internaționale, a condițiilor acordurilor internaționale AETR (Acordul european privind activitatea echipajelor vehiculelor care efectuează transporturi internaționale pe șosele) și INTERBUS (Acordul privind transportul internațional ocazional de călători cu autocarul și autobuzul).

Controlul activității de transport rutier poate fi efectuat în trafic și/sau la sediile operatorilor de transport rutier, în conformitate cu Legea privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător, de către inspectorii împuterniciți în acest scop prin decizii de control ale A.A. „ANTA”. Decizia de control va conține: a) denumirea (numele) persoanei supuse controlului; b) tipul controlului și scopul acestuia; c) temeiul efectuării controlului, în cazul controalelor inopinate; d) aspectele ce urmează a fi examinate în cadrul controlului; e) numele complet al controlorului; f) termenul de efectuare a controlului; g) perioada de activitate supusă controlului. Majoritatea controalelor efectuate de A.A. „ANTA” poartă caracter planificat, fiind realizate conform unui grafic publicat trimestrial pe site-ul autorității de control¹¹.

A.A. „ANTA” este în drept de a efectua și controale inopinate, cu aplicarea de sancțiuni contravenționale, în limitele competențelor sale (art.9 alin.(2) lit.(a) din Codul transporturilor rutiere). Controalele inopinate nu pot fi desfășurate în baza informațiilor neverificate, provenite

dintr-o sursă anonimă, precum și în cazul când organul de control are și alte modalități directe sau indirecte de obținere a informației necesare. Despre efectuarea controalelor inopinate organul de control este obligat să notifice autoritatea de monitorizare a controalelor (Cancelaria de Stat) în maximum 5 zile lucrătoare după desfășurarea controlului. La notificare se vor anexa toate documentele și probele necesare pentru ca Cancelaria de Stat să poată monitoriza întrunirea condițiilor stabilite de lege.

Asemeni colaboratorilor de poliție, inspectorii A.A. „ANTA” au dreptul să oprească vehiculele care execută activități de transport rutier. În acest scop, inspectorii trebuie să fie echipați și plasați astfel încât să poată fi observați și recunoscuți cu ușurință de către participanții la trafic. Pe timpul zilei, semnalele de oprire se execută cu brațul sau cu bastonul reflectorizant, iar pe timpul nopții – numai cu bastoane iluminate sau reflectorizante, similare cu cele din dotarea polițiștilor rutieri. Neoprirea la semnalul inspectorului în trafic și sustragerea de la efectuarea controlului se sancționează în conformitate cu prevederile Codului contravențional (art.150).

Legea nr.131/2012 prevede că inspectorii pot începe controlul doar în cazul când sunt întrunite cumulativ anumite condiții de procedură: a) prezentarea legitimației și a deciziei de control; b) înmânarea exemplarului delegației de control; c) existența probelor care demonstrează prezența temeiurilor prevăzute de lege, în cazul controalelor inopinate; d) expirarea termenului de notificare, în cazul controalelor planificate; e) completarea condicii de înregistrare a controalelor. În cazul când nu se respectă condițiile respective, persoana supusă controlului este în drept: a) să interzică accesul în incintă și să refuze orice cooperare cu persoana care pretinde a fi controlor; b) să apeleze la suportul organelor de poliție pentru evacuarea din incintă a persoanei care pretinde a fi controlor (art.21).

Procedura de control se încheie prin întocmirea de către controlor (controlori) a unui act de control: în termen de cel mult 10 zile lucrătoare de la data încheierii controlului – în cazul controalelor planificate, și de cel mult 3 zile lucrătoare de la data încheierii controlului – în cazul controalelor inopinate (art.28 din Legea nr.131/2012). În scopul asigurării cadrului legal de aplicare a dispozițiilor legale cu privire la control, prin ordinul ministrului transporturilor a fost aprobat formularul-tip al procesului-verbal de constatare a contravențiilor din transportul rutier¹². De facto, ordinul respectiv a abrogat un ordin mai vechi cu privire la instituirea formularului-tip de procese-verbale¹³. La stabilirea încălcărilor ce conțin indici ai unei infracțiuni, organul de control este obligat să expedieze organelor de urmărire penală o notificare despre săvârșirea infracțiunii.

Discuții contradictorii există în legătură cu abilitarea A.A. „ANTA” cu drept de sancționare contravențională a operatorilor de transport rutier. Conform art.407 alin.(1) din Codul contravențional al Republicii Moldova¹⁴, contravențiile prevăzute la art.198-200, 204, 206, 207 se constată de organele de specialitate ale administrației publice în domeniul transportului auto. Procesele-verbale cu privire la contravenții se remit spre examinare în fond instanței de judecată competente (art.407 alin.(3)). Anumite relatări cu privire la abilitarea A.A. „ANTA” cu drept de aplicare a sancțiunilor sunt prevăzute în Codul transporturilor rutiere și în Hotărârea Guvernului nr.539/2008 cu privire la aprobarea Regulamentului A.A. „ANTA”. Problema rezidă

în faptul că Codul contravențional nu prevede sancțiunea sub formă de suspendare a dreptului la utilizarea plăcilor de înmatriculare și a certificatelor de înmatriculare. Mai mult decât atât, unii experți recomandă de a stabili drept atribuție pentru A.A. „ANTA” nu aplicarea sancțiunilor contravenționale, dar constatarea contravențiilor din domeniul transportului rutier, cu remiterea materialelor organului de poliție¹⁵.

Constatăm faptul că excesul de formalism în accesul la profesie este o piedică în dezvoltarea normală a domeniului transporturilor rutiere. Modalitatea de inițiere și desfășurare a afacerii în domeniul transporturilor rutiere din Republica Moldova este una extrem de complexă¹⁶. Problema dată a fost reliefată pe larg în literatura de specialitate autohtonă de cercetătorii Academiei de Transporturi, Informatică și Comunicații – Gh.Ceban, N.Garștea¹⁷, B.Corețchi, O.Sârbu¹⁸ și M.Cucereanu¹⁹. Autorii descriu că licența de transport se obține la Camera de Licențiere, dreptul de deservire a rutelor regulate se obține la MTID, iar permisul de activitate pe rută la A.A. „ANTA”²⁰. Prin urmare, pentru a desfășura activitatea de transport rutier de călători pe rute regulate sunt necesare 3 acte administrative permissive, obținute la trei instituții publice diferite, cu proceduri de eliberare și retragere a acestora diferite²¹. Ca soluție, se propune simplificarea procesului birocratic de acces la profesie prin concentrarea procedurilor de eliberare a actelor permissive în cadrul A.A. „ANTA”.

Anumite reglementări cu referire la controlul operatorilor de transport rutier sunt prevăzute în Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje nr.854/2006²². Problema este că actul normativ nominalizat face trimitere la sintagma „controlul activității”, dar nu aduce detalii cu privire la tipul de control. De exemplu, pct.80 stabilește că controlul activității transportului auto de călători este exercitat de angajații organelor abilitate, care dispun de legitimație pentru dreptul de control. Controlul respectării pe traseu a prevederilor actelor normative în vigoare este exercitat de către grupele mobile mixte ale organelor abilitate cu acest drept (pct.81). Pot fi antrenați în acțiunile de control și reprezentanții agenților transportatori ce activează în această direcție (pct.82).

Persoana care efectuează controlul trebuie să aibă documentația de strictă evidență (formulare de acte și procese-verbale), să fie echipat cu uniformă specială, să aibă la loc vizibil ecuson cu fotografia și numele, și să respecte cerințele cu privire la staționarea vehiculelor fără a cauza prejudiciu traficului asigurat (pct.80). De asemenea, înainte de efectuarea controlului persoana cu funcții de control este obligată să prezinte șoferului sau taxatorului legitimația pentru dreptul de control. Șoferul și taxatorul sunt obligați să prezinte toate documentele solicitate pentru control, să acorde ajutor la efectuarea controlului, să îndeplinească toate indicațiile ce țin de competența persoanelor cu funcții de control. Dacă în autovehiculul ce transportă pasageri lipsește documentația necesară, controlorul purcede la întocmirea procesului-verbal care se expediază organelor abilitate în scopul aplicării sancțiunilor prevăzute de legislație.

Dacă în autobuzul care transportă pasageri pe rute regulate au fost depistați pasageri fără bilete, cu bilete nevalabile ori persoane care nu beneficiază de dreptul de a călători gratuit, șoferului sau taxatorului i se aplică o amendă în cuantumul stabilit de legislație sau se întocmește un proces-verbal, călătorul procură biletul, iar șoferul sau taxatorul vinovat de transportarea pasagerului fără bilet în scopul însușirii încasărilor este tras la răspundere contravențională

(pct.83). În situația în care pasagerul contravenient nu are bani, precum și în cazul în care refuză să achite amenda sau plata pentru călătorie, se întocmește un proces-verbal, care urmează a fi expediat organelor judecătorești, iar pasagerul este obligat să părăsească unitatea de transport auto. Procesul-verbal trebuie să fie semnat de persoana care l-a întocmit și de către contravenient. Dacă acesta refuză să semneze procesul-verbal, refuzul trebuie să fie confirmat în procesul-verbal de către martori (pct.84).

Una dintre obligațiile de bază ale A.A. „ANTA” constă în efectuarea **controlului respectării perioadelor de conducere și de odihnă ale conducătorilor auto**. În acest sens Codul transporturilor rutiere stabilește că operatorii de transport rutier trebuie să organizeze activitatea conducătorilor auto astfel încât aceștia să se conformeze duratelor de conducere, pauzelor și perioadelor de repaus (art.143). Problema este că până în prezent, în Republica Moldova nu există obligativitatea dotării autovehiculelor cu tahografe pentru calcularea duratei de conducere și odihnă a conducătorilor auto. Situația dată contravine Regulamentului nr.165/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 04.02.2014 privind tahografele în transportul rutier²³, care stabilește că fiecare stat trebuie să prevadă prin lege introducerea obligatorie a tahografelor (pct.12). Din motiv că Republica Moldova nu s-a conformat acestor reguli, ca soluție de alternativă, în art.144 din Codul transporturilor rutiere s-a stabilit că până la intrarea în vigoare a prevederilor privind obligativitatea dotării vehiculelor rutiere cu tahografe, evidența timpului de muncă și odihnă urmează a fi efectuată de fiecare membru al echipajului în scris, pe foaia de parcurs, cu folosirea simbolurilor grafice adecvate și cu indicarea perioadelor de conducere și de repaus.

Codul transporturilor rutiere prevede că durata de conducere zilnică nu trebuie să depășească 9 ore. Această durată poate fi prelungită până la cel mult 10 ore, dar nu mai mult de două ori pe parcursul săptămânii. În total, durata de conducere săptămânală nu trebuie să depășească 56 de ore. După o perioadă de 4 ore și jumătate de conducere, conducătorul auto trebuie să facă o pauză neîntreruptă de cel puțin 45 de minute (art.139). Membrii echipajului trebuie să aibă mereu la ei și să poată prezenta la control foile de înregistrare pentru săptămâna în curs și pentru ultima zi a săptămânii precedente în care a condus. Foile de înregistrare completate se păstrează la sediul operatorului de transport pe o perioadă de cel puțin 12 luni consecutive de la data ultimei înscrieri și se prezintă, la cerere, agenților de control (art.141).

Altă atribuție principală a A.A. „ANTA” ține de **controlul aplicării procedurilor de evaluare a conformității și de certificare a sistemelor de management** (art.9 alin.(2) lit.(j)). Certificatul de conformitate, numit și certificatul sistemului de management, se eliberează de organisme de evaluare a conformității și atestă faptul că operatorul de transport rutier a implementat și menține un sistem de management al calității. În acest context, Codul transporturilor rutiere prevede că întreprinderile care efectuează transport rutier prin servicii regulate, transport rutier ocazional și în regim de taxi au obligația, pe toată durata transportului, să dețină la bordul vehiculului rutier copia autenticată a certificatului de conformitate (art.70 lit.(g), art.72 lit.(f), art.76 alin.(2) lit.(e), art.83 lit.(d)). Deși obligativitatea procedurii de evaluare a conformității și de certificare a sistemelor de management în domeniul transporturilor rutiere este reglementată de Codul transporturilor rutiere, aceasta urmează a fi pusă în aplicare începând cu data de

01 ianuarie 2016 (art.153 alin.(1) lit.(h)). Problema este că în practică, prezența certificatelor de conformitate este dublată de alt document asemănător, numit raportul de verificare tehnică a vehiculului, motiv din care suntem de părerea că certificatele de conformitate sunt inutile și necesită a fi excluse.

Anumite competențe de control în domeniul transportului rutier au **autorităților publice locale**. Conform Legii cu privire la transporturi nr.1194/1997²⁴, în componența organelor administrației publice locale se creează comisii specializate pentru coordonarea funcționării transporturilor din cadrul unității teritorial-administrative. Activitatea lor trebuie să fie de așa natură, încât să nu influențeze libertatea comercială și cea de conducere a organizațiilor de transport, deoarece legea interzice amestecul autorităților administrației publice locale în activitatea economică a întreprinderilor de transport (art.4 și 5). În acest context Codul transporturilor rutiere prevede o serie de competențe pentru autoritățile publice locale în raporturile cu operatorii de transport rutier care prestează servicii contra cost în trafic local, municipal sau raional: a) să convoace ședințe cu operatorii de transport rutier în vederea stabilirii măsurilor necesare pentru soluționarea problemelor apărute; b) să monitorizeze periodic modul de prestare a serviciilor de transport rutier contra cost de persoane în trafic local, municipal și raional, după competență; c) în cazul constatării unor încălcări, să sesizeze A.A. „ANTA” în vederea retragerii autorizațiilor acordate; d) să solicite motivat organelor competente anularea regimului de licențiere sau notificare (art.15).

Concluzii și recomandări. 1. Una din condițiile integrării Republicii Moldova la Uniunea Europeană constă în armonizarea legislației naționale la regulamentele europene din domeniul transporturilor rutiere, precum: Regulamentul CE nr.1071/2009 de stabilire a unor norme comune privind condițiile ocupației de operator de transport rutiere, Regulamentul CE nr.1073/2009 privind normele comune pentru accesul la piața internațională a serviciilor de transport cu autocarul și autobuzul, Regulamentul nr.561/2006 privind armonizarea anumitor dispoziții ale legislației sociale în domeniul transporturilor etc. Ținând cont de faptul că în Republica Moldova nu a existat o instituție funcțională investită cu funcții de control în domeniul transporturilor rutiere, după modelul țărilor Uniunii Europene, dar și a țărilor din Europa de Est (de exemplu, Ространснадзор – Federația Rusă, ASMAP – Ucraina, Транспортная инспекция – Republica Belarusi etc.), armonizarea legislației naționale la acquis-ul european este o misiune cu șanse reduse de realizare.

Nu este clar de ce Codul transporturilor rutiere, în vigoare din 15 septembrie 2014, nu a fost examinat minuțios în cadrul procedurii legislative cu respectarea tuturor exigențelor cadrului legal pentru asigurarea elaborării și adoptării unor acte legislative de calitate, garantarea transparenței procesului decizional, precum și necesitatea asigurării compatibilității cu legislația comunitară prin procedura de armonizare, în vederea evitării situațiilor de amendare a legislației imediat după adoptare.

Practica europeană dovedește că elaborarea politicilor publice, implementarea și controlul îndeplinirii acestora trebuie realizate de 3 autorități publice diferite. De exemplu, în România există Inspectoratul de Stat pentru Controlul în Transportul Rutier, care asigură controlul activității

transporturilor rutiere, Ministerul Transporturilor cu rol de elaborare a politicilor de transport și Agenția Rutieră Română – cu rol de implementare a politicilor de transport²⁵. Inspecții de stat pentru controlul în transportul rutier, ca autorități publice distincte, există în Polonia, Bulgaria, Lituania, Letonia, Estonia, Ungaria, Slovenia etc. Cu regret, A.A. „ANTA” din Republica Moldova asigură concomitent atât implementarea setului de politici publice, cât și controlul activității transportului rutier. Luând în considerație ipostaza dublă ce revine A.A. „ANTA”, aceasta nu deține împuterniciri depline de control a situației din transportul rutier. Mai mult ca atât, grație actualei forme de organizare a A.A. „ANTA” (efectiv redus de personal, salarii foarte mici și lipsa structurilor teritoriale), aceasta nici nu ar putea organiza un sistem complex de control asupra respectării legislației din domeniul transporturilor.

Pornind de la aceste realități, ajungem la concluzia că în Republica Moldova controlul traficului rutier de persoane, a activității operatorilor de transport rutier, precum și a activităților conexe nu poate fi efectuat tot de A.A. „ANTA”, fapt ce impune necesitatea creării unei structuri de control, cum ar fi „Inspectoratul Rutier de Transport”. Din punct de vedere structural, Inspectoratul Rutier în Transport urmează a fi un organism tehnic permanent specializat în subordinea MTID, care să asigure la nivel național inspecția și controlul respectării reglementărilor naționale și internaționale în domeniul transporturilor rutiere. Crearea Inspectoratului Rutier în Transport ca instituție specializată de control va diminua semnificativ traficul ilicit de călători, va contribui la responsabilizarea operatorilor de transport rutier și la creșterea calității serviciilor prestate. Pentru mai multă eficiență, propunem ca Inspectoratul să aibă subdiviziuni teritoriale la Edineț, Bălți, Orhei, Ungheni, Cahul și Comrat.

2. Legislația națională nu definește noțiunea „activitate de transport ilicită”, motiv din care recomandăm completarea alineatului (1) al articolului 5 din Codul transporturilor rutiere cu prevederea: *„activitate de transport ilicită” – efectuarea unei operațiuni de transport rutier fără a deține licența de transport rutier, copia conformă a licenței de transport rutier, autorizația de transport rutier de persoane prin servicii regulate valabilă pe itinerarul de rută în care se efectuează controlul unde a fost staționat, carnetul INTERBUS, autorizația pentru serviciul ocazional neliberalizat, contractul încheiat cu beneficiarul de transport rutier de persoane prin servicii ocazionale, după caz, desfășurarea unei activități conexe transportului rutier fără a deține autorizația pentru activitatea conexă transportului rutier sau în cazul efectuării transportului rutier de persoane, cu încălcarea regulilor de efectuare a transportului în regim de taxi, în afara localității unde este înregistrată întreprinderea.*

3. Recomandăm modificarea prevederilor din Codul transporturilor rutiere și Codul contravențional prin atribuirea A.A. „ANTA” a calității de agent constatat, în special prin conferirea dreptului de aplicare în privința operatorilor de transport rutier a sancțiunilor exprimate prin interzicerea temporară, persoanei fizice și/sau persoanei juridice, de a utiliza o anumită unitate de transport prin reținerea plăcuțelor de înmatriculare și a certificatului de înmatriculare. În vederea consolidării atribuțiilor de control ale A.A. „ANTA”, recomandăm completarea articolului 148 din Codul transporturilor rutiere cu alineatele (4)-(6) care vor avea următorul conținut:

(4) *Controalele Agenției vizează: a) activitatea de întreprinzător în transportul rutier și activități conexe transportului rutier; b) combaterea, în cooperare cu organele ministerului afacerilor interne și fiscale, a fenomenelor de activitate ilicită în aceste domenii.*

(5) *În cazul controlului activității de întreprinzător în transportul rutier și activități conexe transportului rutier, decizia de control a Agenției va cuprinde expres temeiul, durata, subiectul controlului și nu se extinde, sub sancțiunea nulității, asupra altor circumstanțe și subiecți care nu sunt obiectul deciziei de control.*

(6) *În cazul întreprinderii acțiunilor de combatere a fenomenului de activitate ilicită în transportul rutier și activități conexe transportului rutier, decizia de control a Agenției va cuprinde expres obiectul combaterii activităților ilicite. În cadrul acțiunilor de control având ca bază o decizie de combatere a activităților ilicite, inspectorii Agenției nu au dreptul să extindă acțiunea deciziei de control pentru documentarea unei contravenții care nu face obiectul noțiunii de activitate ilicită, conform prezentului cod.*

4. *În scopul formării unui mecanism juridic eficient de aplicare a normelor stabilite la art.148 alin.(4)-(6) din Codul transporturilor rutiere, recomandăm completarea Capitolul IV din Codul contravențional cu un nou articol 36¹ care va avea următorul conținut:*

Articolul 36¹. Suspendarea dreptului de a utiliza unitatea de transport:

(1) *Suspendarea dreptului de a utiliza unitatea de transport constă în interzicerea temporară, persoanei fizice și /sau persoanei juridice, de a utiliza o anumită unitate de transport prin reținerea plăcuțelor de înmatriculare și a certificatului de înmatriculare.*

(2) *Suspendarea dreptului de a utiliza unitatea de transport este aplicată doar de către agentul constatator, pe un termen de 6 luni, iar plăcuțele cu numărul de înmatriculare și certificatul de înmatriculare se restituie, la cerere, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: a) au trecut cel puțin 30 de zile de la data înmânării sau a comunicării procesului-verbal de reținere; b) se prezintă dovada achitării amenzii contravenționale.*

(3) *La aplicarea suspendării dreptului de a utiliza unitatea de transport se întocmește un proces-verbal de reținere a plăcuțelor cu numărul de înmatriculare și a certificatului de înmatriculare, în două exemplare, dintre care un exemplar se înmânează sau se comunică conducătorului unității de transport, în cazul în care acesta refuză primirea și/sau posesorului unității de transport.*

(4) *Agentul constatator informează contravenientul și organul competent responsabil de eliberarea plăcuțelor cu numărul de înmatriculare și a certificatelor de înmatriculare despre măsura de suspendare, în termen de 3 zile, de la data înmânării sau comunicării procesului-verbal de reținere.*

5. *În scopul eficientizării activității de combatere a traficului ilicit de călători, recomandăm formarea grupurilor mobile mixte în componența: colaboratorilor din cadrul A.A. „ANTA”, Inspectoratului Național de Investigare, Inspectoratului Național de Patrulare, Departamentului Poliției de Frontieră și Inspectoratului Fiscal Principal de Stat. Grupurilor mobile mixte necesită a fi antrenate pe traseele locale, naționale și internaționale, precum și pe străzile adiacente ale gărilor și stațiilor auto din țară, în scopul documentării situațiilor de transport ilicit și sancționării operatorilor de transport rutier.*

Șefii subdiviziunilor mobile disconcentrate ale Inspectoratului Național de Patrulare, șefii Secțiilor de Investigare a Fraudelor Economice, colaboratorii A.A. „ANTA”, Inspectoratului Fiscal teritorial și reprezentanții administrației publice locale de nivelul doi (după caz), urmează a institui în fiecare raion grupuri mobile de control pentru combaterea transportului ilicit de călători cu generalizarea informației și prezentarea lunară în adresa A.A. „ANTA” a raportului privind măsurile întreprinse. Totodată, în scopul evitării conflictului de competență între organele statului cu atribuții de control, considerăm necesară delimitarea și concretizarea atribuțiilor de control și sancționare a agenților constatatori – A.A. „ANTA”, Serviciul Vamal și organele poliției.

Suplimentar, recomandăm organizarea controalelor în comun cu Camera de Licențiere (după caz), la sediile operatorilor de transport rutier care efectuează transporturi de persoane în folos public, precum și a întreprinderilor prin intermediul cărora se practică activitatea ilicită de transportare pasagerilor.

6. Legislația în vigoare nu prevede un termen de exploatare a mijloacelor de transport utilizate pentru transportul de pasageri. În consecință, unii operatori de transport antrenează autovehicule cu vechime de 25-30. Ținând cont de gradul de uzură a acestor autovehicule, pasagerii sunt expuși riscului sporit de accidente în perioada de transportare. Anume în scopul asigurării nivelului înalt de securitate a pasagerilor, recomandăm fixarea unui termen maxim de exploatare de 12 ani pentru mijloacele de transport antrenate în transportul rutier de pasageri. Unitățile de transport care depășesc termenul sus-menționat, să nu fie admise la transportul de pasageri. Responsabilitatea verificării termenului de exploatare a autovehiculelor să revină Camerei de Licențiere și A.A. „ANTA”.

7. Propunem ca legitimațiile de conducător auto în trafic internațional să fie eliberate conducătorilor auto care posedă un stagiu de muncă în domeniul transporturilor rutiere de pasageri în trafic național de cel puțin 3 ani. Termenul de valabilitate a certificatelor de manager în transport și a legitimațiilor de conducător auto să fie de 5 ani.

8. Pornind de la faptul că prezența certificatelor de conformitate este dublată de alt document asemănător, numit raportul de verificare tehnică a vehiculului, recomandăm modificarea art.70, art.72, art.76 și art.83 din Codul transporturilor rutiere prin excluderea normelor ce țin de obligativitatea prezenței certificatelor de conformitate la operatorii de transport rutier.

* *Doctor în drept, conferențiar universitar, Decanul Facultății de Drept, Universitatea de Studii Politice și Economice Europene „Constantin Stere”, Republica Moldova; mihalacheiurie@yahoo.com.*

¹ Weisel F., Modell S. *From New Public Management to New Public Governance? Hybridization and Implications for Public Sector Consumerism* // Financial Accountability & Management (Suedia), 2014, Volume 30, Issue 2, p.175-176.

² Răuță E. *A Decision-making Model for Public Management. The Existence of a Policy Framework for Performance in Romania* // International Review of Social Research (România), 2014, Volume 4, Issue 1, p.58-59.

- ³ Thaller C. *Managing public transport in developing countries* // Commercial Transport: Proceedings of the 2nd Interdisciplinary Conference on Production Logistics and Traffic 2015. – Berlin: Springer International, 2015, p.315.
- ⁴ *Nota informativă din 02.03.2012 elaborată de Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor la Proiectul Codului transporturilor rutiere*, <http://particip.gov.md/proiectview.php?l=ro&idd=234> (vizitat 15.07.2015).
- ⁵ *Legea privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător*, nr.131 din 08.06.2012 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2012, nr.181-184.
- ⁶ Portalul oficial al A.A. “ANTA”, <http://anta.gov.md/content/control> (vizitat 21.07.2015).
- ⁷ *Codul transporturilor rutiere al Republicii Moldova*, aprobat prin Legea nr.150 din 17.07.2014 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2014, nr.247-248.
- ⁸ Hotărârea Guvernului R.M. nr.539 din 23.04.2008 cu privire la crearea Instituției publice “Agenția Națională Transport Auto” // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2008, nr.82.
- ⁹ Mihalache I. *Noul Proiect al Codului transporturilor rutiere și impactul lui asupra legislației din transport* // „Annual Congress of the American Romanian Academy of Arts and Sciences (ARA): The University of European Political and Economic Studies „Constantin Stere”, June 04-09, 2013: Proceedings. – Chișinău: Tipografia Centrală, 2013, p.81.
- ¹⁰ *Declarația de poziție a Congresului extraordinar al Asociației Patronale Uniunea Transportatorilor și Drumarilor din Republica Moldova cu privire la situația din ramura transportului rutier (22 aprilie 2015, mun. Chișinău)*, <http://aita.md/index.php/ro/component/content/article/11-noutati/481-congresului-extraordinar-al-asociației-patronale-uniunea-transportatorilor-si-drumarilor-din-republica-moldova> (vizitat 20.07.2015).
- ¹¹ Portalul oficial al A.A. “ANTA”, <http://anta.gov.md/content/graficul-controalelor> (vizitat 20.07.2015).
- ¹² Ordinul ministrului transporturilor nr.25 din 04.03.2015 „Cu privire la aprobarea formularelor de tip nou ale Procesului-verbal de constatare a contravenției și aprobarea formularelor de tip nou ale Procesului-verbal de reținere a plăcuțelor cu numărul de înmatriculare și a certificatului de înmatriculare” // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2015, nr.74-77.
- ¹³ Ordinul ministrului transporturilor nr.69 din 17.04.2014 „Cu privire la aprobarea formularelor Procesului-verbal de constatare a contravenției și Procesului-verbal cu privire la controlul sarcinii pe osie” // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2014, nr.103 (abrogat).
- ¹⁴ *Codul contravențional al Republicii Moldova*, aprobat prin Legea nr.218 din 24.10.2008 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr.3-6.
- ¹⁵ Raport de expertiză anticorupție asupra nivelului coruptibilității proiectului hotărârii Guvernului cu privire la modificarea și completarea unor hotărâri ale Guvernului (H.G. 539/2008; H.G. 357/2009; H.G. 1108/2006), elaborat la 25.10.2013 // Pagina oficială a Centrului Național Anticorupție, http://www.cna.md/sites/default/files/raport_expertiza/raport-nr.-838-m-13.pdf (vizitat 20.07.2015).
- ¹⁶ *Raport de expertiză la proiectul Legii pentru modificarea și completarea unor acte legislative (Codul rutier, Codul contravențional, Legea privind reglementarea prin licențiere a activității de întreprinzător)*, cu numărul 57.2015 din 06 martie 2015, elaborat de Centrul de Analiză și Prevenire a Corupției, <http://capc.md/ro/expertise/avize/> (vizitat 20.07.2015).
- ¹⁷ Garștea N., Guber I. *Administrarea publică în sistemul de transport* // Materialele Conferinței Științifice Internaționale „Sisteme de Transport și Logistică”, Ediția a II-a, mun.Chișinău, 25-26 octombrie 2007. – Chișinău: Evrica, 2008, p.55-56.

- ¹⁸ Corețchi B., Sârbu O. *Impactul transportului asupra comerțului extern al Republicii Moldova* // Materialele Conferinței Științifice Internaționale „Sisteme de Transport și Logistică”, Ediția a IV-a, mun. Chișinău, 9-11 decembrie 2011. – Chișinău: Evrica, 2012, p.40-41.
- ¹⁹ Cucereanu M. *Particularitățile dezvoltării business-ului mic în ramura transporturilor din Republica Moldova* // Materialele Conferinței Științifice Internaționale „Sisteme de Transport și Logistică”, Ediția a III-a, mun. Chișinău, 22-23 octombrie 2009. – Chișinău: Evrica, 2010, p.32-33.
- ²⁰ Ceban Gh., Garștea N. *Analiza lacunelor existente în legislația transporturilor din Republica Moldova* // Materialele Conferinței Științifice Internaționale „Sisteme de Transport și Logistică”, Ediția a V-a, mun. Chișinău, 11-13 decembrie 2013. – Chișinău: Evrica, 2013, p.58-59.
- ²¹ Mihalache I. *Legislația națională din domeniul transportului în fața noilor exigențe de reglementare: probleme și soluții* // Materialele Conferinței științifice cu participare internațională „Dreptul privat ca factor în dezvoltarea relațiilor economice. Tradiții, actualitate și perspective”: dedicată aniversării a 80 de ani de la nașterea profesorului Victor Volcinschi. – Chișinău: CEP USM, 2014, p.102.
- ²² *Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje*, nr.854 din 28.07.2006 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2006, nr.124-125.
- ²³ Regulamentul (UE) nr.165/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 04.02.2014 privind tahografele în transportul rutier // Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 2014, nr.60/1.
- ²⁴ *Legea cu privire la transporturi*, nr.1194 din 21.05.1997 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1997, nr.67.
- ²⁵ Portalul oficial al Inspectoratului de Stat pentru Controlul în Transportul Rutier din România, http://www.isctr-mt.ro/isctr-mt-ro_doc_42_organizare-si-funcionare_pg_0.htm (vizitat 21.07.2015).

ALEXANDRU COSTIN

Mihai-Bogdan IONESCU-LUPEANU*

Abstract. Alexandru Costin. *The study intends to present the life and work of Alexandru Costin (1884 – 1970), member of the Romanian Academy, judge of the High Court of Cassation of Romania, legal publicist, professor of international law, civil law and civil procedure, general secretary and vicepresident of the Romanian Social Institute, vicepresident of the International Congress of Comparative Law (Hague, 1931), member of the Team for ancient romanian law.*

Key words: *Alexandru Costin; legal author; judge High Court of Cassation of Romania; Romanian Academy*

Cuvinte cheie: *Alexandru Costin; autor juridic; Înalta Curte de Casație; Academia Română drept românesc.*

Alexandru A. Costin s-a născut în localitatea Crevedia Mare din fostul județ Vlașca, la data de 2 martie 1884¹. A absolvit² liceul Sf. Sava din București, dându-și bacalaureatul în anul 1901, după care a urmat cursurile Facultății de Drept a Universității din București, licențiat în sesiunea ianuarie – aprilie 1905, reușind performanța de a promova *examenul al V-lea (teza)* [n.n. - intitulată „*Culpa în dreptul roman cu aplicare la contracte și quasi-contracte. Unitatea Culpei*”³.] *cu unanimitatea bilelor albe*⁴. Pornește spre Franța, nu înainte de a-și rezolva situația stagiului militar⁵, și își ia doctoratul în drept la Paris, în anul 1907⁶.

Întors în țară se dedică carierei de magistrat⁷. La 13 august 1907 este numit ajutor de judecător la ocolul Dorohoi, pentru ca la 1 mai 1908 să devină magistrat-stagiar la aceeași instanță.

Până la data de 1 septembrie 1913 când devine supleant în cadrul Tribunalului Ilfov, va activa ca magistrat-asistent în cadrul Judecătoriei Urbane Pitești, la ocolul VI, la ocolul III București, iar mai apoi la parchetul Tribunalului Ilfov. La 24 decembrie 1913 este numit procuror de secție la Tribunalul Ilfov, iar la 19 octombrie 1915 judecător de ședință la Tribunalul Ilfov.

La 1 aprilie 1924 este procuror la Curtea de Apel București, iar la 2 noiembrie 1925 este consilier la aceeași instanță. Din data de 21 octombrie 1931 este președintele Secției a V-a a Curții de apel.

Din anul 1937, cariera de magistrat a lui Alexandru Costin își atinge apogeul prin avansarea la Înalta Curte de Casație. Momentul este surprins de presa de specialitate⁸ care-l caracterizează ca fiind: „*judcătorul cult, adâncitor al problemelor juridice și sociale, spirit de înaltă elevațiune, exemplar de rară probitate sufletească – de cealaltă nici nu vorbim – este de multă vreme, pentru toți închinătorii Themisei, predestinat jilțului suprem, locului unde juvaerul jurisprudențial trebuie să capete cea din urmă șlefuire.*”

Începutul anului 1938 îl găsește în poziția de consilier în cadrul Secției a II-a a Înaltei Curți de Casație⁹, în 1940 este în componerea secției I a Înaltei Curți de Casație al cărei prim președinte este Andrei Rădulescu¹⁰.

În paralel cu activitatea de magistrat, Alexandru Costin desfășoară o intensă activitate didactică, publicistică și științifică.

Începând cu anul 1920 este profesor de drept internațional, iar din 1922 de procedură civilă la Școala Superioară de Științe de Stat și profesor de drept civil și procedură civilă la Școala Superioară de Război¹¹, secția Intendență¹².

Este, vreme de aproape două decenii, secretar general al Institutului Social Român; anul 1948 îl găsește în poziția de vice-președinte al acestei instituții¹³.

În calitate de secretar general al Institutului Social Român îl însoțește pe Dimitrie Gusti, la data de 21 mai 1932, în sala de festivități a Prefecturii Județului Timiș – Torontal, la Adunarea Generală de Constituire a Institutului Social Banat – Crișana, eveniment relatat în „*Revista Institutului Social Banat – Crișana*”¹⁴, iar mai târziu, în octombrie 1937, va rosti¹⁵, în absența lui D. Gusti aflat la Pavilionul României din cadrul Expoziției Internaționale de la Paris, discursul la banchetul organizat de Institutul Social Român în cinstea partenerilor străini din cadrul Grupului Juridic Polono – Român.

Manifestăm unele rezerve față de aserțiunile unor autori¹⁶ cu privire la activitatea de sociolog și participarea sa la campaniile monografice Goicea Mare (1925), Rușeț (1926), Nerej (1927) și Fundul Moldovei (1928). Alexandru Costin nu se regăsește, în mod oficial, printre participanți. Din bibliografia consultată de către noi rezultă că la respectivele acțiuni a participat un student pe nume I. Costin¹⁷.

„*A fost consilier temporar la Consiliul Legislativ, unde a colaborat la Codul de procedură civilă și codul civil*”¹⁸.

Potrivit unor autori a fost director general al Institutului de Drept Privat și Comparat, „*în această calitate și ca o recunoaștere a meritelor sale pe plan internațional, a fost ales vicepreședinte al Congresului Internațional de Drept Comparat de la Haga din 1931*”¹⁹.

La Congresul Internațional de Drept Comparat de la Haga din 4 – 10 august 1932²⁰ prezintă comunicările *Les jugements declaratifs* și *La documentation juridique internationale*. Este ales de către Biroul Academiei de drept comparat, încă din ședința Biroului din 23 martie 1932, ca raportor general în ceea ce privește documentația juridică internațională.

În 1938, participă la Congresul Comitetului Internațional Juridic pentru Aviație ținut la București²¹.

În anul 1935, îl găsim consilier în Consiliul de Administrație al Societății „*Liga Amicilor Franței*”²². Se numără, la 7 aprilie 1936, printre membrii-fondatori ai Grupului Juridic Polono – Român²³, va fi membru al consiliului grupului Polono-Român cu sediul în București²⁴. Este ales, la 26 octombrie 1937 vice-președinte al Secțiunii Române²⁵. În anul 1938²⁶ putem confirma calitatea sa de vice-președinte al Grupului Juridic Italo – Român, grup înființat în anul 1936.

Istoria consemnează²⁷ calitățile sale de membru titular al Academiei de Științe Morale și Politice, membru al Comisiei de procedură civilă care s-a ocupat și de unificare a legislației din teritoriile unite cu țara-mamă, precum și pe cele de²⁸ colaborator la *Academie internationale de droit compare (Academia Internațională de drept comparat)* din Haga și la *Institut international pour l'unification du droit prive* (Institutului internațional pentru unificarea dreptului privat), membru în *Societe de legislation comparee* (Societatea de legislație comparată) și în *Societe d'etudes legislatives* (Societatea de studii legislative) din Paris, numit, la 9 octombrie 1933, de către Ministerul Justiției din Franța, *correspondant etrangere de l'Office de legislation etrangere et de droit internationale* (corespondent străin al Oficiului de legislație străină și drept internațional), titlatură reconfirmată în anul 1936, după transformarea acestei instituții în *Comite de legislation etrangere et de droit international* (Comitetul de legislație străină și drept internațional).

Actul de înființare al *Institutului Român de Drept Privat*, autentificat la 21 noiembrie 1938 la Tribunalul Ilfov²⁹, îl reține ca președinte al Institutului Român de Drept Privat.

În anul 1938, se numără printre colaboratorii primului volum (*Statul*) din cele patru apărute ale Enciclopediei României, proiectată în șase volume, coordonată de Dimitrie Gusti. Mai precis, Alexandru Costin va colabora la elaborarea capitolelor IV³⁰, VI³¹ și XI³².

Ca publicist în domeniul juridic, Alexandru Costin, evoluează, printre altele, în paginile revistelor „*Tribuna Juridică*”, „*Dreptul*”, „*Curierul Judiciar*”, „*Arhiva pentru drept și politică*”, „*Arhiva pentru științe și reformă socială*”, „*Forme*”, „*Revista de drept comercial și studii economice*”, „*Pandectele Române*” (în anul 1923, se numără printre redactorii acestei publicații).

Calitatea scrierilor sale era apreciată de contemporani, unul dintre aceștia consemnând³³: „*Era îndată după războiu. Apărea „Tribuna Juridică” a avocatului Ardeleanu. Plăpânda publicațiune înfățișa un singur lucru de seamă: erau studiile viguroase semnate Al. Costin, oază de reconfort și de nădejde pe pustiul publicisticii juridice de atunci.*”

Sușține numeroase conferințe, printre altele, în cadrul Institutului Social Român, la Baroul de Ilfov, la Universitatea Liberă. Participă activ la viața socială și juridică, națională și internațională, am putea spune că se risipește în orălități și în paginile unor periodice, că refuză cu obstinație să debuteze editorial într-un volum de autor. Preferă să rămână prins între copertile unor volume colective sau în fascicule. Face comunicări științifice ori de câte ori are ocazia. Enumerăm în cadrul studiului nostru și în anexele sale ceea ce reprezintă, în mod vădit, doar o parte a activității sale. Pe măsură ce am avansat pe teritoriul personalității fascinante a lui Alexandru Costin ne-am văzut nevoiți să abandonăm orice speranță de a putea lista, în mod exhaustiv, produsele activității sale intelectuale și de ale clasifica:

Partea contributivă a jurisprudenței în elaborarea dreptului privat actual, conferință la Baroul de Ilfov, susținută în sala secției a II-a Comercială a Tribunalului Ilfov (Palatul de Justiție din București), la 12 martie 1921, reprodusă în *Curierul Judiciar*³⁴ și rezumată în *Dreptul*³⁵;

*Reforma legislației imobiliare și ipotecare*³⁶ (*Reforma legislației imobiliare*, conferință la Baroul Ilfov, octombrie 1921, potrivit altei surse³⁷);

Tendențe sociale noi în drept (conferință la Universitatea Liberă, martie 1922)³⁸;

Concepțiile actuale asupra proprietății și Constituția, Institutul Social Român, conferință susținută în Amfiteatrul Fundației Carol, duminică, 2 aprilie 1922, rezumată de Vintilă Al. Ardeleanu în revista *Tribuna Juridică*³⁹ și publicată ulterior într-un volum colectiv⁴⁰;

Noțiunea clasică a contractului și noile tendințe de interpretare judiciară (conferință, Baroul Ilfov, 11 noiembrie 1922 rezumată în *Dreptul*⁴¹, mai înainte lucrarea fusese prezentată în cadrul ședințelor secției juridice a Institutului Social Român din 10 și 24 iunie 1922⁴²);

Wilson (conferință, Universitatea Liberă, decembrie 1922)⁴³;

Ideea de națiune (conferință, Universitatea Liberă și Societatea Astra – Săliște, 1923)⁴⁴;

Despre pragmatism (conferință, Universitatea Liberă, 1923)⁴⁵;

Tendențe sociale în dreptul civil (Institutul Social Român, conferință susținută în Amfiteatrul Fundației Carol, în ciclul de prelegeri publice *Viața socială a României după Războiu*, 1925)⁴⁶;

Problema metodei în unificarea internațională a dreptului (Institutul Social Român, Secția juridică – Unificarea internațională a Dreptului, conferință susținută în Amfiteatrul Fundației Carol, 7 februarie 1929)⁴⁷;

Institutele juridice internaționale și problema unificării dreptului (Institutul Social Român, secția juridică – Unificarea internațională a Dreptului, conferință susținută în Amfiteatrul Fundației Carol, după unele surse pe data de 6 iunie 1929⁴⁸, iar după altele pe 30 mai (joi seara, orele 9)⁴⁹;

Comparație între proiectul de cod civil român și ultimul proiect de cod civil italian (conferință susținută în limba italiană, la Roma, la 14 decembrie 1938)⁵⁰;

Privire asupra Proiectului Codului de procedură civilă Român (n.n. - practic o comparație între proiectele codurilor de procedură civilă român și italian) (conferință susținută la Roma, mai 1939, în limba italiană, intitulată *Sguardo sul Progetto Romano di procedura civile*, a fost publicată, în totalitate, în presa de specialitate⁵¹);

Transformarea dogmelor de drept public (Institutul Social Român, prelegere publică în ciclul *Reorganizarea statului și viața socială*, susținută la 3 februarie 1935)⁵²;

Aperçu sur les travaux l'unification en droit prive roumain (Propositions concernant la documentation juridique internationale) (conferință susținută la Universitatea din Cracovia, octombrie 1936, publicată în revista *Tribuna Avocaților*⁵³).

Studii, articole publicate în volume colective / fascicole:

*Les proces entre particuliers (Elements de procedure civile et commerciale)*⁵⁴;

*L'interpretation du Droit civil, d'après la jurisprudence roumaine*⁵⁵;

*La documentation juridique internationale. Rapport general*⁵⁶ [Lucrare rezumată și menționată în *Tulane Law Review (Tulane University, U.S.A.)* și *Rivista Internazionale di diritto (Roma, 1938)*⁵⁷];

La legislation de la femme mariee. Rapport. (lucrare prezentată la Conferința a III – Balcanică, București, 1932 și publicată în documentele conferinței⁵⁸).

Alte scrieri (studii și articole)⁵⁹:

L'execution des jugements etrangeres (trimis Conferinței a IV-a Balcanice, Salonic, 1933);

Esquisse sur les principes et les dispositions essentielles du project roumain du code de procedure civile, 1936;

L'Institut Social Roumain, publicat în volumul *Recueil d'etudes en l'honneur d' Edouard Lambert, 1938, vol.I, pg.278;*

Revue de la jurisprudence agricole de la Cour de cassation, publicat în *Bulletin internationale de droit agricole, nr.2/ 1940, pg.153.*

A devenit membru corespondent al Secțiunii Istorice a Academiei Române, la 24 mai 1945. În calitate de membru corespondent al Academiei a prezentat două comunicări: *Răspunderea civilă după jurisprudența română actuală* (ședința publică din 23 noiembrie 1945)⁶⁰ (publicată⁶¹) și *Organizarea păcii pe baza Chartei Națiunilor Unite* (ședința publică din 2 mai 1947)⁶².

Nu a înșelat așteptările exprimate de D. Gusti în discursul de primire ca membru corespondent⁶³, dovadă fiind implicarea sa, de-a lungul anului 1946, în problemele de natură juridică ale Academiei Române. În speță, a prezentat în nume propriu⁶⁴ sau în numele comisiei juridice⁶⁵ din care făcea parte referate cu privire la propunerile de tranzacții înaintate de părți adverse, iar la 23 mai 1946, a fost delegat să studieze sarcinile succesiunilor ce ar fi putut fi acceptate de Academie și să depună rapoarte cu privire la acestea⁶⁶.

La 27 mai 1948 este ales ca membru activ al Academiei Române, în locul lui A. C. Cuza, cu 25 de voturi pentru și 7 împotriva⁶⁷.

Nu s-a bucurat prea mult de calitatea de membru activ al Academiei Române dată fiind publicarea în Monitorul Oficial nr.132 bis din 9 iunie 1948 a Decretului nr.76 pentru transformarea Academiei Române în Academia Republicii Populare Române⁶⁸, „*academie*” în care nu s-a mai regăsit. A fost repus în drepturi ca membru titular la 11 mai 1994⁶⁹.

În ultima ședință a corpului profesoral al Școlii Superioare de Științe de Stat, la 18 august 1948, membrii acestuia iau act de legea pentru reforma învățământului și-l mandatează pe Alexandru Costin, în calitatea sa de director al instituției, să regleze situația școlii în concordanță cu noile modificări legislative. Școala avea să fie desființată.⁷⁰

Pentru o vreme, urmele lui Alexandru Costin se pierd. Sursele consultate de către noi⁷¹, cu o excepție⁷², consemnează, în mod eronat, moartea sa în anul 1948.

Este *recuperat* de Andrei Rădulescu, în Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc. Numele său se regăsește pe toate cele șapte volume ale colecției *Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris*, apărute în perioada 1955 – 1962:

Legiuirea lui Caragea (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1955, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris I;

Pravilniceasca condică 1780 (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1957, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris II;

Codul Calimach (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1958, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris III;

Sobornicescul hrisov, 1785, 1835, 1839 (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1958, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris IV;

Manualul juridic a lui Andronache Donici (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1959, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris V;

Carte românească de învățătură 1646 (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1961, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris VI;

Îndreptarea legii 1652 (ediție critică), Editura Academiei Republicii Populare Române, 1962, col. Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris VII.

După moartea lui Andrei Rădulescu, în anul 1959, colectivul va sfârși prin a fi transferat din cadrul Institutului de Studii Juridice în cel al Institutului de Istorie „Nicolae Iorga”, conducător al colectivului fiind numit Alexandru Costin⁷³.

Alexandru Costin trece în eternitate în prima jumătate a lunii iunie a anului 1970. Nu se bucură de un necrolog în publicațiile de specialitate juridică, însă anunțul decesului publicat de familie într-un cotidian central nu lasă nici cea mai mică umbră de îndoială asupra identității defunctului, motiv pentru care înțelegem să îl redăm în totalitate:

*Matilda Costin soție, Matei Costin, Sandu Costin, Gabriela și Orațiu Jalea, Anina Scobaiu, copii și familiile înrudite, au durerea de a anunța încetarea din viață a lui ALEXANDRU COSTIN, fost consilier la Înalta Curte de casație, fost membru activ al Academiei Române.
Slujba religioasă va avea loc la biserica Lucaci, duminică 14 iunie 1970, ora 16.
Înhumarea la cimitirul Belu. (15330)⁷⁴*

* avocat, Baroul București, e-mail: contact@avocatlupeanu.ro

- ¹ *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*, edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției, "Cartea Românească" S.A., București, pg.173;
- ² Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Alexandru Costin – specialist de renume în domeniul procedurii civile*, revista „Palatul de Justiție”, serie nouă, anul XXVI, nr.3/2015, pg.6;
Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *A treia carte cu personalități ale Consiliului Legislativ de-a lungul timpului*, ed. Lumina Lex, București, 2011, *Alexandru Costin*, pg.96 – 98;
Notă: Trimiterile din notele de subsol ale prezentului material „Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*” fac referire la articolul publicat în paginile revistei „Palatul de Justiție”.
- ³ București, Institutul de Arte Grafice „Eminescu”, 1905, 72 pg. (Facultatea de drept din București);
- ⁴ *Anuarul Universității din București pe anul școlar 1904 – 1905*, al XIII-lea anuar publicat de secretariatul Universității, București, Inst.de Arte Grafice „Carol Gobl”, *Doctorii și Licențiații din anul școlar 1904 – 1905, Licențiații în drept sesiunea ianuarie – aprilie 1905*, pg.59, poz.139: Costin A. Alexandru ;
Notă: Arătăm că subiectul lucrării noastre, Costin A. Alexandru, ar putea fi confundat cu tizul său, Costin Alexandru, licențiat al Facultății de Drept a Universității din București, sesiunea aprilie 1904 (*Anuarul Universității din București pe anul școlar 1903 – 1904*, al XII-lea anuar publicat de secretariatul Universității, București, Inst.de Arte Grafice „Carol Gobl”, *Doctorii și Licențiații din anul școlar 1904 – 1905, Licențiații în drept sesiunea aprilie 1904*, pg.58, poz.105), căruia îi aparține, cel mai probabil, lucrarea: *Mandatul în dreptul roman și român, Teză pentru licență de Alexandru Costin, Februarie 1904*, București, Institutul de Arte Grafice Eminescu, 1904, 47 pg.(Facultatea de drept din București);
- ⁵ *Anuarul Magistraturii 1 octombrie 1911*, „Minerva” București, 1912 îl reține cu gradul de sublocotenent în rezervă în Regimentul 10 Artilerie, în *Anuarul armatei române pe anul 1908 - cuprinzând mutațiile ofițerilor până la 1 iulie 1908 (inclusiv)*, București, Tipografia Curții Regale F. Gobl, Fil, 1908, pg.264, poz.358 îl găsim ca sublocotenent în Reg. 1 Artilerie „R. Carol”, vechime în grad: 1 ian.1907, iar *Anuarul Ofițerilor de rezervă ai armatei române pe anul 1925*, București, Tipografia Militară „Ministerul de Războiu”, 1925, pg.430, poz.185, îl consemnează în rândul căpitanilor de artilerie, vechimea în grad : 1 septembrie 1917, urmând a face parte, în caz de chemare la arme, din corpul Justiției Militare.
- ⁶ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*;
- ⁷ *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*, edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției, "Cartea Românească" S.A., București, pg.173;
- ⁸ F. - *Trei avansări la Înalta Curte*, revista „Tribuna Avocaților”, nr.6 – 7 / 1937, pg.2;
- ⁹ *Compunerea instanțelor de judecată în vigoare la 1 ianuarie 1938*, revista „Curierul judiciar”, an XLVII, nr.1, sâmbătă, 1 ianuarie 1938;
- ¹⁰ *Compunerea Înaltei Curți de Casație, a Curților de Apel, a Tribunalelor precum și a Judecătorilor din Ilfov valabilă până la 15 septembrie 1940*, „Gazeta Tribunalelor”, an XIX, nr.2, 20 februarie 1939, pg.8, col.1;
- ¹¹ *Analele Academiei Române, Dezbaterele, Tomul LXVII, 1947 – 1948*, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.334;
- ¹² Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*;
- ¹³ *Analele Academiei Române, Dezbaterele, Tomul LXVII, 1947 – 1948*, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.334;
- ¹⁴ *Înființarea Institutului social Banat – Crișana*, Timișoara, an 1, nr.1, ianuarie – februarie 1933, pg.30;
- ¹⁵ *Discurs de M. Alexandre Costin*, revista „Tribuna Avocaților”, nr. V, nr.11, noiembrie 1937, pg. 24;
- ¹⁶ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*;

- ¹⁷ H. H. Stahl – *Școala monografiei sociologice în volumul D. Gusti și școala sociologică dela București* de Mircea Vulcănescu, Tr. Herseni, G. Vlădescu – Răcoasa, Em. Bucuța, Ion Zamfirescu, H.H. Stahl, Apostol D. Culea, O. Neamtu, Institutul Social Român, 1937, pg. 179 – 191;
- ¹⁸ *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVII, 1947 – 1948, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.334;*
- ¹⁹ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*;
- ²⁰ *Raportul delegaților români la Congresul de drept comparat de la Haga(4 – 10 august 1932)*, revista *Curierul judiciar*, an XLI, nr. 35, duminică, 23 octombrie 1932, pg. 546, col.2;
- ²¹ *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVII, 1947 – 1948, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.335;*
- ²² Revista „*Tribuna Avocaților*”, an II, nr.10, octombrie 1935, pg.22;
- ²³ *Proces-verbal de la Seance de Constitution du Groupement des Juristes Polono – Roumains*, revista *Tribuna Avocaților*, an. III, nr.4 – 5, aprilie – mai 1936, pg.12;
- ²⁴ *Proces – verbal de la seance solonnelle de constitution du groupement general de collaboration juridique polono – roumaine*, revista „*Tribuna Avocaților*”, an III, nr.10, octombrie 1936, pg.13;
- ²⁵ *Seance solonnelle de cloture des travaux . Protocole annuel du Groupement de Collaboration Juridique Polono – Roumaine*, revista „*Tribuna Avocaților*”, an V, nr.11, noiembrie 1937, pg.28;
- ²⁶ Revista „*Tribuna Avocaților*”, an VI, nr.11 – 12 / 1938, pg.20 - 21, se găsește și o fotografie a lui Alexandru Costin;
- ²⁷ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op. cit.*;
- ²⁸ *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVII, 1947 – 1948, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.335;*
- ²⁹ Revista „*Forme*”, an I, nr.2, ianuarie 1939, pg.46 – 47;
- ³⁰ Subcapitolul *Consiliul Legislativ*, pg.265 – 270;
- ³¹ Subcapitolul *Organizarea judecătorească în România*(pg.327 – 347) (coautori I. C. Filitti și Eug. Decusară), aportul lui Alexandru Costin o constituie *Introducerea* (pg.327) și *Organizația actuală* (pg.343 – 347);
- ³² Subcapitolul *Armata Română* (pg.665 – 715) (coautori G-ral Gr. Constandache, Lt. - col. N. Oprescu), aportul efectiv al lui Alexandru Costin îl constituie *Justiția militară* (pg.710 – 715);
- ³³ F. - *Medalioane: Alexandru Costin*, revista „*Tribuna Avocaților*”, an II, nr.11 / 1935, pg.2;
- ³⁴ An XXVIII, nr.13, duminică, 3 aprilie 1921, pg.192 – 199;
- ³⁵ an XLVIII, nr.15, duminică, 17 aprilie 1921, pg.113 – 114;
- ³⁶ *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVII, 1947 – 1948, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.335;*
- ³⁷ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*;
- ³⁸ Idem.
- ³⁹ nr.16 – 17 din 30 aprilie 1922, partea a III-a Doctrina, pg.39 – 40;
- ⁴⁰ *Noua Constituție a României în 23 de prelegeri publice organizate de Institutul Social Român cu o anexă cuprinzând Nouile Constituții Europene*, Tiparul Cultura Națională, București, pg.251 – 267;
- ⁴¹ An L, nr.37, 19 noiembrie 1922, pg.294 – 295;
- ⁴² *Buletinul Institutului Social Român – Dare de seamă asupra activității secției juridice*, revista *Arhiva pentru știință și reformă socială*, an IV (1922), nr.3, pg.412, col.2;
- ⁴³ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.*;
- ⁴⁴ Idem.
- ⁴⁵ Idem.

- ⁴⁶ *Institutul Social Roman :1918 – 1928*, Ramuri, Craiova, pg.37;
- ⁴⁷ *Institutul Social Roman :1918 – 1928*, Ramuri, Craiova, pg.52;
- ⁴⁸ Idem.
- ⁴⁹ *Buletinul Institutului*, in revista „*Arhiva pentru știință și reformă socială*”, anul VIII, nr.4, 1929, pg.738, col.1;
- ⁵⁰ *Le groupement juridique roumano – italien – La tournée de conférences de la delegation du groupement juridique Italo-roumain, en Italie*, revista „*Tribuna avocaților*”, an VI, nr.11 – 12 / 1938, pg.20;
- ⁵¹ Revista „*Tribuna avocaților*”, an VII, nr.5 – 6, mai – iunie 1939, pg.31 – 34 ;
- ⁵² *Buletinul Institutului Social Român*, în revista „*Arhiva pentru știință și reformă socială*”, anul XII, nr.3 – 4, 1935, pg.619;
- ⁵³ An III, nr.10, octombrie 1936, pg.28 – 30 ;
- ⁵⁴ În vol. IV – *Roumanie* (colectiv) din seria *La vie juridique des peuples (Biblioteque de droit contemporain)*, apărute sub direcțiunea lui H. Levy – Ullmann și B. Mirkine – Guetzevich, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pg.358 – 387;
- ⁵⁵ În volumul colectiv *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit, en l'honneur de Francois Geny*, Tome II (Les sources generales des systemes juridique actuels, Titre V (La jurisprudence), chapitre I, pg.303 - 313;
- ⁵⁶ *Memoires de l'Academie Internationale de Droit Compare - La documentation juridique internationale. Rapport general de M. Alexandre Costin,...*, Tome II. Deuxieme partie, Paris, Recueil Sirey, 1934, pg.69 – 78;
- ⁵⁷ *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVII, 1947 – 1948*, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.335;
- ⁵⁸ *Documents de la III-eme Conference Balkanique. Nr.32. Commission de la politique sociale et d'hygiene. Rapport presente par Alex. Costin president a la Cour d'Appel de Bucarest, secretaire general de l'Institut Social Roumain, Bucarest, 22 – 29 octobre 1932*, Moniteur Officiel et Imprimeries de l'Etat, Imprimerie Centrale, Bucarest, 1932, 7 pg;
- ⁵⁹ Apud *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVII, 1947 – 1948*, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.336;
- ⁶⁰ *Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LXV, 1945 – 1946*, Tipografia I. E. Torouțiu, București, pg.169;
- ⁶¹ *Analele Academiei Române. Memoriile Secțiunii Istorice. Seria III. Tomul XXIX, Mem.15*, București, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, 1947, 20 pg.;
- ⁶² *Analele Academiei Române, Dezbaterile, Tomul LXVI, 1946 – 1947*, ed. Academiei Române, București, 2000, pg. 193;
- ⁶³ „*Prin alegerea d-sale, Academia și-a asociat un eminent jurist și – fără îndoială – un devotat colaborator la rezolvirea chestiunilor noastre juridice curente, din ce în ce mai grele și mai numeroase. Ne place să credem că d-sa va da un permanent și efectiv ajutor colegului nostru d-lui Andrei Rădulescu, în greaua și mișaloasă operă a Contenciosului Academiei.*” (*Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LXIV, 1943 – 1945*, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, București, 1946, pg.471);
- ⁶⁴ *Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LXV, 1945 – 1946*, Tipografia „*Bucovina*” I.E. Toroutiu, București, 1947, Ședința din 8 iunie 1946, pg.381;
- ⁶⁵ *Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LXV, 1945 – 1946*, Tipografia „*Bucovina*” I.E. Toroutiu, București, 1947, Ședința din 1 iunie 1946, pg.327;
- ⁶⁶ *Analele Academiei Române, Desbaterile, Tomul LXV, 1945 – 1946*, Tipografia „*Bucovina*” I.E. Toroutiu, București, 1947, pg.272;

- ⁶⁷ *Analele Academiei Române, Dezbaterele, Tomul LXVII, 1947 – 1948*, ed. Academiei Române, București, 2000, Raportul de activitate al d-lui Alex. Costin prezentat de Andrei Rădulescu, pg.337;
- ⁶⁸ Petru Popescu Gogan – *Memento!*, revista *Memoria (revista gândirii arestate)* (http://revista.memoria.ro/?location=view_article&id=351 site consultat la data de 18.04.2015)
- ⁶⁹ Alexandru Costin (http://www.crispedia.ro/Alexandru_Costin - site consultat la data de 18.04.2015);
- ⁷⁰ Andrei Florin Sora – *Avatarurile unei instituții de învățământ particular: Școala Superioară de Științe de Stat, 1871 – 1948*, Anuarul Institutului de Istorie George Barițiu din Cluj-Napoca, tom LIII, 2014, pg.83 (<http://www.historica-cluj.ro/anuare/AnuarHistorica2014/05.pdf> site consultat la data de 18.04.2015);
- ⁷¹ *Spre exemplu:*
Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu – *Op.cit.; Detaliu personalitate Alexandru Costin* (http://www.dreptonline.ro/personalitati/detaliu_personalitate.php?id_personalitate=15 site consultat la data de 18.04.2015);
Academia Romana – membrii din 1866 pana in prezent (<http://www.acad.ro/bdar/armembriLit.php?vidT=C> - site consultat la data de 18.04.2015)
Alexandru Costin (http://www.crispedia.ro/Alexandru_Costin - site consultat la data de 18.04.2015);
Tribuna juridica – Despre revista (<http://www.tribunajuridica.eu/> - site consultat la data de 18.04.2015);
- Notă: pe site-ul Academiei Române și pe [crispedia.ro](http://www.crispedia.ro) nu numai anul morții este eronat dar și cel al nașterii, care apare ca fiind 1880. O posibilă explicație a acestei erori o găsim în biografia tizului despre care am făcut vorbire în nota de subsol nr.2.
Alexandru Costin, la rândul său magistrat, s-a născut la București, în anul 1880. (*Anuarul Magistraturii 1 octombrie 1911, "Minerva" București, 1912, pg.159;*
- ⁷² Petru Popescu Gogan – *Op.cit.*;
- ⁷³ Irina Rădulescu – Vasaloglu – *Colectivul pentru vechiul drept românesc al Academiei Române*, revista „Palatul de Justiție”, nr.5/1998, pg.11, col.3;
- ⁷⁴ Ziarul „România liberă”, an XXVIII, nr.7975, sâmbătă, 13 iunie 1970, rubrica *Decese*, pg.4, col.8;

REFORMA ADMINISTRĂRII JUDICIARE IN UNGARIA

Sándor MÓRÉ*

Abstract. *The present study aims at presenting the main objectives of the legislative changes and the basic elements of the new administrative system of the Hungarian courts. The legislators sought to introduce an efficient and transparent court administration scheme based on individual decision-making and the individual accountability of the decision-maker.*

According to the Venice Commission's opinion the main problem of the judicial reforms is the concentration of power in the hands of one person: President of the National Office for the Judiciary. Although States enjoy a wide discretion in designing a system for the administration of justice, no other member state of the Council of Europe has such important powers concentrated in the hand of one single person.

Keywords: *judicial administration, reform, President of the National Office for the Judiciary, judicial bodies, Fundamental Law, Constitutional Court, Venice Commission.*

Cuvinte cheie: *administrare judiciară, reformă, președintele Oficiului Judiciar Național, colegiile judecătorilor, Legea Fundamentală, Curtea Constituțională, Comisia de la Veneția.*

1. Introducere

Cu adoptarea noii constituții numită „Legea Fundamentală a Ungariei”¹ a început un nou capitol în remanierea organizării dreptului comun ungar deoarece, în scopul umplerii cu conținut a dispozițiilor constituționale a fost nevoie de crearea mai multor legi cardinale. În șirul acestor legi se integrează și cele două acte normative care au creat noul fundament al sistemului de organizare judiciară: legea nr. CLXI/2011 privind organizarea și administrarea judiciară, respectiv legea nr. CLXII/2011 privind statutul juridic și salarizarea judecătorilor. Ambele acte normative, împreună cu Legea Fundamentală, au intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 2012.

În acest studiu ne-am angajat să prezentăm cele mai importante obiective, respectiv bazele noului sistem de administrare a instanțelor judecătorești din Ungaria. Nu constituie subiectul acestui eseu prezentarea noului sistem ungar de organizare judiciară, reținem doar că

dispozițiile legii nr. CLXI/2011 nu au înfăptuit modificări semnificative în acest sistem. S-a păstrat judecarea pe patru nivele, însă parțial, cu noi denumiri: în locul judecătorilor locale vor exista judecătorii de raion, în locul judecătorilor de județ vor exista tribunale, în locul Curții Supreme de Justiție va funcționa Curia, curțile de apel își desfășoară activitatea sub același denumire.² Legea reglementează comasarea instanțelor administrative și de muncă care au început activitatea în data de 1 ianuarie 2013, instanțe, care până la această dată erau separate.³

2. Necesitatea modificării sistemului de administrare judiciară

În perioada de pregătire a Legii Fundamentale respectiv a legii privind statutul juridic și salarizarea judecătorilor, Asociația Judecătorilor din Ungaria a fost organul care a participat din partea instanțelor de judecată, și în colaborare cu Ministerul Administrației Publice și al Justiției și-a elaborat propria concepție cu privire la reînnoirea sistemului judiciar.⁴ În această concepție a ocupat un loc important necesitatea modificării sistemului de administrare a instanțelor, deoarece în cei 13 ani de funcționare a Consiliului Superior al Magistraturii⁵, acesta nu și-a îndeplinit sarcinile care i-ar fi revenit în conformitate cu așteptările preliminare formulate.⁶ Asociația Judecătorilor din Ungaria în lucrarea realizată a făcut referire la faptul că, în Consiliului Superior al Magistraturii, conducătorii tribunalelor județene⁷ sunt în majoritate și poate acesta este motivul pentru care problemele care reprezintă cel mai mare interes din partea celor interesați, în mod special repartizarea echilibrată a posturilor de judecători, nu au fost tratate corespunzător. Cea mai spectaculoasă consecință a acestei situații neschimbate a fost că s-a ajuns în anul 2011 la mari diferențe între volumul de lucru al judecătorilor respectiv al tribunalelor. Au fost afectate în mod special Judecătoria Capitalei respectiv Tribunalul Județului Pest, în pofida faptului că tocmai aceste judecătoria au avut pe rol cele mai multe procese civile și penale față de care exista un mare interes din partea societății. O consecință normală a acestei situații a fost târăgănarea mult prea lungă a proceselor la aceste două instanțe, față de procesele de la celelalte tribunale județene.⁸

Un alt punct cardinal al materialului realizat a fost accentuarea jurisdicției administrative, în sensul ca judecătorii să exercite un control mai mare și mai larg asupra activității administrațiilor locale respectiv al autorităților.⁹ În prezent, este încă în vigoare capitolul XX. din legea nr. III/1952 privind procedura civilă, potrivit căruia judecătorii în procesele administrative exercită controlul legalității hotărârilor organelor administrative. Aceasta este o atribuție foarte limitată, în Europa de Vest, în țările membre ale Uniunii Europene judecătorii au competențe mult mai largi în verificarea activității organelor administrative.¹⁰

La începutul lunii februarie 2015, Guvernul Ungariei respectiv ministrul justiției a hotărât despre înființarea Comitetului de codificare pentru procedura contenciosului administrativ al cărui funcționare se bazează pe Hotărârea Guvernului nr. 1352/2015 (VI. 2). Noua lege a contenciosului administrativ va avea rolul de a contura o structură nou, astfel va avea impact asupra judecătorilor atât în privința alegerii și formării lor, cât și în privința efectivului. Această reglementare va modifica și modelul sistemului căilor de atac în materia contenciosului administrativ.

3. Schimbările cu privire la corpul judecătorilor

Implementarea noului sistem ungar de administrare judiciară s-a efectuat în două direcții: una conține mult mai multe argumente politice – în privința componenței corpului judecătorilor – iar cealaltă direcție are la bază și argumente profesionale – acesta se referă la reforma sistemului de administrare a judecătorilor și a celorlalte instanțe. Până în prezent Guvernul Ungar ne este dator cu explicarea punctelor de vedere în baza cărora a intenționat „selectarea” corpului judecătorilor, și aproape exclusiv jurnaliștii sunt cei care intră în deducții cu privire la motivele selectării, dintre care, cele mai îndepărtate supoziții susțin că judecătorii care au fost numiți înainte de schimbarea regimului sunt comuniști, ai căror demisie nu s-a realizat în 1990, în consecință acest lucru trebuie efectuat cu această ocazie.¹¹

În baza legii nr. LXVII/1997 privind statutul și remunerația judecătorilor, judecătorii își pot păstra postul până la împlinirea vârstei de 70 de ani.¹² Acest lucru a fost modificat prin Legea Fundamentală¹³ în sensul că raportul juridic de muncă al judecătorilor persistă până la atingerea vârstei de pensionare pentru limită de vârstă¹⁴, cu excepția președintelui Curiei. Parlamentul Ungar a decis ca această modificare să nu se realizeze treptat, doar pentru viitor, ci să se aplice pentru actualul corp al judecătorilor, astfel desființându-se raportul juridic de muncă al judecătorilor care au atins vârsta de pensionare. În acest sens dispozițiile tranzitorii din alin. (1) art. 12 al Legii Fundamentale a dispus că raportul juridic de muncă al judecătorilor care au împlinit vârsta de pensionare pentru limită de vârstă înainte de data de 1 ianuarie 2012, se desființează cu data de 30 iunie 2012. Dacă judecătorul împlinește vârsta de pensionare pentru limită de vârstă între 1 ianuarie 2012 și 31 decembrie 2012 raportul juridic de muncă se desființează cu data de 31 decembrie 2012. Acest lucru a fost precizat de legea nr. LXVII/1997 prin art. 230, care nu a făcut referire la vârsta generală de pensionare pentru limită de vârstă – ce diferă de la individ la individ – ci a statuat concret că judecătorii care au împlinit vârsta de 62 de ani înainte de data de 1 ianuarie 2012 își pierd funcția de judecător la data de 30 iunie 2012, pe când acelor judecători care împlinesc vârsta de 62 de ani în perioada 1 ianuarie 2012 și 31 decembrie 2012 li se desființează funcția de judecător începând cu data de 31 decembrie 2012. Potrivit acestei prevederi, punctul ha) din art. 90 din legea nr. LXVII/1997 dispune că judecătorul trebuie eliberat din postul de judecător dacă a împlinit această vârstă.

Curtea Constituțională prin hotărârea nr. 33/2013 (17. VII.) a constatat că dispozițiile art. 90 punctul ha) respectiv art. 230 din legea privind statutul juridic și salarizarea judecătorilor sunt contrare Legii Fundamentale și le-a desființat cu efect retroactiv. Sinteza motivării este că vârsta maximă privind raportul juridic de muncă al judecătorilor poate fi relativ liber determinată de puterea constituantă sau în lipsa acesteia de legea cardinală. Legea Fundamentală nu stabilește o vârstă concretă, dar din aceste dispoziții rezultă că în cazul introducerii unei noi limite de vârstă, dacă această limită de vârstă este scăzută, și nu se mărește limita de vârstă, atunci aceasta trebuie implementată treptat, asigurându-se timp suficient pentru introducere, fără a se leza principiul inamovibilității judecătorilor.

Referitor la aceeași reglementare, Comisia Europeană a analizat compatibilitatea acesteia cu legislația Uniunii Europene, motiv pentru care în baza art. 260 din contractul privind funcționarea Uniunii Europene a demarat procedura de neîndeplinirea unor obligații față de Ungaria, după care în 7 iunie 2012 a depus la Curtea de Justiție a Uniunii Europene o cerere de chemare în instanță. Corpul judecătorilor din Luxemburg, prin hotărârea din 6 noiembrie 2012 pronunțată în cauza C-286/2012, a constatat că, prin adoptarea unui regim național care impune încetarea activității profesionale a judecătorilor, a procurorilor și a notarilor care au împlinit vârsta de 62 de ani, determinând astfel o diferență de tratament pe motive de vârstă nejustificată de obiective legitime și fără caracter necesar în raport cu obiectivele urmărite, Ungaria nu și-a îndeplinit obligațiile care îi revin în temeiul articolului 2 și al articolului 6 alineatul (1) din Directiva 2000/78/CE a Consiliului din 27 noiembrie 2000 pentru crearea unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă.

Raportul juridic de conducător al predecesorului Curiei, adică al președintelui Curții Supreme de Justiție s-a desființat prin modificarea legislației: în baza dispozițiilor tranzitorii din alin. (2) al art. 11 din Legea Fundamentală „mandatul președintelui Curții Supreme de Justiție încetează la data intrării în vigoare a Legii Fundamentale”.

Fostul Președinte al Curții Supreme de Justiție s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului, care a pronunțat în prima instanță că autoritățile ungare i-au încălcat libertatea de exprimare și de opinie. Fostul președinte, domnul Andras Baka, a invocat că a fost demis din funcție din cauza opiniei sale exprimate referitoare la legea care ar încălca principiul independenței justiției. În concepția Curții de la Strasbourg demiterea înainte de termen a lui Baka încalcă și drepturile omului. Fostul președinte a fost demis pe motiv că o dată cu intrarea în vigoare a noii Legi Fundamentale Curtea Supremă de Justiție nu mai există, locul acesteia fiind preluat de Curie, iar Baka nu a îndeplinit criteriile legale pentru a deveni președintele Curiei. Legislația cu putere constituțională nu i-a oferit lui Andras Baka nicio cale de atac în fața instanțelor naționale.¹⁵ Momentan cauza se află în fața Marii Camerei (CEDO).¹⁶

4. Elementele sistemului de administrare judiciară ungară

Legea Fundamentală, respectiv cele două legi referitoare la judecători, au preluat foarte multe dintre sugestiile formulate de către Asociația Judecătorilor din Ungaria. Fără îndoială, cea mai mare schimbare s-a realizat în sistemul de administrare, Consiliul Superior al Magistraturii a fost schimbat cu Oficiul Judiciar Național care deja nu mai ia decizii ca și corp, ci președintele acesteia decide unipersonal aproape în toate chestiunile care anterior erau în competența Consiliului Superior al Magistraturii. Deciziile președintelui sunt supravegheate de către cei 15 judecători care alcătuiesc Consiliul Național al Judecătorilor, corp către care președintele Oficiului Judiciar Național are obligația de a prezenta raport în scris despre deciziile personale sau alte decizii. Acest nou model de administrare a separat în două sarcinile deținute de președintele Curții Supreme de Justiție și cele ale președintelui Consiliului Superior al Magistraturii, astfel începând cu data de 1 ianuarie 2012 președintele Oficiului Judiciar Național diferă și în persoană de

președintele Curiei, instituție care a primit din nou vechea denumire istorică. În baza Legii Fundamentale, cei doi judecători conducători sunt aleși de către Parlament pe o perioadă de 9 ani, prin votul calificat de 2/3 al parlamentarilor.

4.1. Președintele Oficiului Judiciar Național

Sarcinile președintelui Oficiului Judiciar Național sunt foarte diversificate: efectuează administrarea centrală generală a judecătorilor, conduce Oficiul Judiciar Național, execută sarcinile legate de bugetul judecătorilor, de adunare a datelor statistice, realizează sarcinile referitoare la împărțirea cauzelor și cele cu privire la monitorizarea volumului de muncă, decide în privința problemelor de personal, pe lângă acestea execută și sarcinile legate de instruirea profesională a judecătorilor.¹⁷ Dintre aceste atribuții cele referitoare la personal par a fi cele mai importante și mai accentuate. Astfel președintele Oficiului Judiciar Național are dreptul de a scoate unipersonal la concurs posturile de judecător, de a propune Președintelui Republicii numirea și eliberarea din post a judecătorilor în și din funcție, de a repartiza la instanțe judecătorești desemnați câștigători ai concursurilor pentru posturile de judecător, de a desemna judecătorii care judecă în procesele penale cu minorii, respectiv – la propunerea președintelui tribunalului – desemnarea judecătorilor care vor delibera în cauzele administrative și de muncă din cadrul tribunalelor, de a desemna judecătorii de la Curie, de la Oficiul Judiciar Național, respectiv judecătorii delegați la ministerul condus de ministrul responsabil de justiție, de a lua decizii în privința transferării judecătorilor, de a decide în privința delegării judecătorilor la un alt loc de muncă, respectiv de a decide despre detașarea pe termen lung a judecătorilor. Dacă jurisdicția, respectiv competența teritorială a unei judecătorești scade în așa măsură încât menținerea postului judecătorului nu se poate justifica, ia decizie în acest sens, respectiv poate hotărî ca perioada de demisie de trei luni a judecătorilor să fie mai scurtă. Președintele Oficiului Judiciar Național este îndreptățit unipersonal să numească și să elibereze din funcție și judecătorii conducători ai instanțelor determinate în legea privind organizarea și administrarea judiciară. Nu în aceasta lege ci în dispozițiile tranzitorii ale Legii Fundamentale alin. (3) din art. 11, apare mandatul președintelui Oficiului Judiciar Național de a putea desemna pentru judecarea oricărei cauze judecătorești care au aceeași competență materială, ca și judecătoria competentă teritorial în mod general, în scopul realizării dreptului fundamental, potrivit căreia fiecare persoană are dreptul la o hotărâre pronunțată de instanțe într-un timp rezonabil, drept asigurat de alin. (1) al art. XXVIII din Legea Fundamentală.

Ținând seama de criticile formulate de către Comisia de la Veneția și Comisia Uniunii Europene legiuitorul a modificat¹⁸ competența președintelui Oficiului Judiciar Național și a mărit sarcinile Consiliului Național al Judecătorilor, care până atunci exercita doar atribuția de verificare, în sensul că o parte dintre sarcinile administrative ale președintelui Oficiului Judiciar Național au fost transferate în competența Consiliului Național al Judecătorilor. Ca rezultat al modificării, Consiliul Național al Judecătorilor – în cazul demisiei judecătorului – poate să decidă ca termenul de demisie de 3 luni să fie mai scurt, respectiv pe perioada demisiei sau pentru un anumit interval al acestei perioade poate decide scutirea judecătorului de obligațiile de muncă; în cazul pensionării sau atingerii vârstei superioare, decide asupra perioadei scutirii judecătorului de la obligațiile de muncă; în cazuri excepționale poate decide judecarea extraordinară a unor

cauze deosebit de importante care au efect asupra unei mase largi a societății sau reprezintă o cauză de un deosebit interes public. Deasemenea unele atribute deținute de către președintele Oficiului Judiciar Național pot fi exercitate doar în baza principiilor definite de către Consiliul Național al Judecătorilor. Acest lucru prevalează, de exemplu, în cazul în care președintele Oficiului Judiciar Național dorește să se abată de la clasamentul realizat de către consiliul judecătorilor în cursul procesului analizei și deliberării asupra rezultatelor concursurilor pentru posturile de judecător, sau dacă desemnează o altă instanță în locul instanței supraîncărcate. În ultimul rând legea conferă Consiliului Național al Judecătorilor dreptul de a-și da acordul atât în cazul numirii judecătorilor conducători, cât și în cazul deliberării în cazul concursurilor pentru posturile de judecători, dacă președintele Oficiului Judiciar Național dorește să numească un candidat care nu este patronat de către consiliul judecătorilor, respectiv dacă dorește să se abată de la ierarhia stabilită de consiliul judecătorilor.

4.2. Colegiile judecătorilor

Colegiile judecătorilor care colaborează în administrarea judiciară: plenul complet al Curiei, conferința tuturor judecătorilor curții de apel și a tribunalelor, colegiul, consiliul regional administrativ și de muncă, și consiliul judecătorilor Curiei, ai curții de apel respectiv ai tribunalelor.

Participanții la conferința tuturor judecătorilor: judecătorii încadrați la Curie, la curtea de apel, în cazul tribunalelor cei încadrați la tribunal și la judecătoriile de raion care funcționează pe teritoriul tribunalului, respectiv cei încadrați la judecătoria administrativă și a litigiilor de muncă. Sarcina conferinței tuturor judecătorilor: își prezintă opinia cu privire la lucrările sosite în cazul scoaterii la concurs a unor posturi de judecători conducători și decide cu privire la demararea procedurii de verificare a judecătorilor conducători; alege delegat pentru alegerea membrilor Consiliului Național al Judecătorilor; alege consiliul judecătorilor și cel puțin o dată pe an solicită raport cu privire la funcționarea consiliului; decide cu privire la eliberarea din funcție a membrilor consiliului judecătorilor și hotărăște asupra declanșării procedurii de eliberare din funcție a judecătorilor conducători numiți de către președintele Oficiului Judiciar Național.

Corpul judecătorilor de la o anumită secție formează colegiul, care este condus de conducătorul colegiului. Membrii colegiului Curiei sunt judecătorii de la Curie și conducătorii colegiilor similare de la Curțile de Apel. Membrii colegiului Curților de Apel sunt judecătorii care își desfășoară activitatea la secția respectivă a Curții de Apel, respectiv judecătorii de la colegiile acelorași secții ai tribunalelor din raza de activitate a Curții de Apel, aleși de aceștia pe un timp de 6 ani, respectiv conducătorii colegiilor acelorași secții de la tribunalele din raza de activitate a Curții de Apel. La tribunale, membrii colegiilor sunt judecătorii de la o anumită secție, respectiv judecătorii aleși de aceștia pe un timp de 6 ani dintre judecătorii de la judecătoriile de raion și judecătoriile de contencios administrativ și de muncă din raza de activitate a tribunalului. Colegiul își exprimă opinia cu privire la scoaterea la concurs a posturilor vacante de judecători – cu excepția candidaturilor depuse pentru posturile de judecători la judecătoriile de raion, de contencios administrativ și de muncă; ia parte la evaluarea profesională a activității judecătorilor; opinează asupra planului de repartizare a cauzelor; își prezintă părerea despre unele candidaturi pentru posturi de conducători și poate solicita începerea verificării judecătorilor conducători sau începerea procedurii de eliberare a lor din funcție.

Consiliul judecătorilor are 5-15 membri și 3-13 membri supleanți aleși de către conferința tuturor judecătorilor pe o perioadă de 6 ani. Consiliul judecătorilor își prezintă opiniile cu privire la numirea, încadrarea, detașarea judecătorilor și transferarea fără acordul judecătorului, respectiv în cazul eliberării din funcție a judecătorilor; poate solicita începerea verificării judecătorilor de la judecătoriile de raion, respectiv de la judecătoriile de contencios administrativ și de muncă, având funcția de președinte, vicepreședinte, conducător de secție, locțiitor conducător de secție, sau începerea procedurii de eliberare a lor din funcție, opinează asupra planului bugetului anual al instanței și execuția bugetului aprobat și își prezintă opinia cu privire la regulamentul de organizare și funcționare al instanței și cu privire la planul de repartizare a cauzelor. Ține ședință când este necesar, dar de cel puțin de patru ori pe an.

5. Criticile formulate de către Comisia de la Veneția și Comisia Uniunii Europene – efectele lor asupra reformei administrării judiciare

Reforma administrării judiciare nu a fost lipsită de dezbateri politice, iar adoptarea ei rapidă a determinat Comisia Europeană și Consiliul Europei să înceapă analiza reglementărilor referitoare la realizarea noului model administrativ.

Comisia Europeană a semnalat Guvernului Ungariei că în general are rețineri cu privire la independența justiției din Ungaria, în concret cu privire la două chestiuni de bază: (i) referitor la competența președintelui Oficiului Judiciar Național de a desemna o instanță pentru judecarea unei cauze concrete, (ii) posibilitatea delegării judecătorilor – fără acordul lor. În motivare, Comisia a precizat că luarea acestor măsuri pot afecta aplicarea eficace a legislației unionale în Ungaria, respectiv asigurarea dreptului fundamental garantat în baza articolului 47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene care – în cauzele referitoare la legislația comunitară – se referă la dreptul la o cale de atac eficientă exercitată de o instanță independentă.¹⁹

În cadrul disputelor cu privire la noul model de administrare judiciară, la inițiativa Guvernului Ungar și Comisia Europeană a acceptat ca baza dezbaterilor profesionale să fie raportul Comisiei de la Veneția, ca și corp de specialitate al Consiliului Europei. În fine, Comisia de la Veneția în ședința plenară din 16-17 martie 2012 a acceptat punctul de vedere nr. 663/2012 referitor la legea privind statutul juridic și salarizarea judecătorilor respectiv legea privind organizarea și administrarea judiciară.²⁰ Prin aceasta a constatat că: adoptarea Legii Fundamentale precum și adoptarea legii nr. CLXI/2011 și CLXII/2011 au adus o schimbare radicală sistemului de administrare judiciară.

Comisia acceptă faptul era necesară îmbunătățirea eficienței sistemului anterior. În timp ce Comisia a identificat o serie de prevederi pozitive în cele două legi, acesta a constatat, de asemenea, numeroase elemente care s-au dovedit problematice. Chiar dacă ar fi posibilă justificarea unora dintre aceste elemente în cadrul tradiției ungare, reforma în ansamblul său amenință independența sistemului judiciar. Ea introduce un sistem unic de administrare judiciară, care nu există în nicio altă țară europeană.

Problema principală este concentrația de putere în mâinile unei singure persoane, și anume președintele Oficiului Judiciar Național. Deși statele se bucură de o marjă largă de apreciere în proiectarea unui sistem de administrare a justiției, în nici un alt stat membru al Consiliului Europei, nu există astfel de puteri concentrate, inclusiv puterea de a selecta judecătorii și

deținătorii de seniori de birou, care să fie conferite unei singure persoane. Nici modul în care președintele Oficiului Judiciar Național este desemnat, nici modul în care exercitarea atribuțiilor sale este controlat, nu poate liniști Comisia de la Veneția.²¹ Președintele este într-adevăr factorul esențial de decizie, practic al fiecărui aspect al organizării sistemului judiciar, de asemenea președintele are puteri largi discreționare, care nu sunt în mare parte sub controlul judiciar. Președintele este ales fără consultarea membrilor sistemului judiciar și nu răspunde într-un mod semnificativ pentru nimeni, cu excepția cazurilor de încălcare a legii. Termenul foarte lung de desemnare în această funcție (nouă ani), se adaugă la aceste preocupări. Deasemenea Comisia a criticat: reglementarea unui număr de chestiuni organizatorice privind nivelul de legi cardinale; componența exclusivă a judecătorilor în Oficiul Judiciar Național, fără participarea altor actori (avocați, societatea civilă); regulamentul privind pensionarea anticipată a judecătorilor; posibilitatea președintelui Oficiului Judiciar Național de a iniția procedura de uniformizare, care contrazice rolul său administrativ; absența obligației președintelui de a-și motiva toate deciziile; transferul cazurilor de către președintele Oficiului Judiciar Național la o altă instanță, dar mai ales lipsa unor criterii obiective de selecție a cazurilor de transfer precum și instanțele unde ajung acestea.

Comisia concluzionează că elementele esențiale ale reformei – în cazul în care acestea au rămas neschimbate – nu sunt în contradicție numai cu standardele europene de organizare a sistemului judiciar, în special independența, dar sunt, de asemenea, problematice în ceea ce privește dreptul la un proces echitabil în conformitate cu articolul 6 din CEDO. Prezentul aviz încearcă să indice modul în care aceste probleme ar putea fi depășite prin modificări ale normelor adoptate recent.

În urma părerii Comisiei de la Veneția ministrul administrației publice și a justiției în data de 13 octombrie 2012, în numele guvernului ungar – a inițiat procedura de control normativ ulterior la Curtea Constituțională a prevederilor reclamate din legea privind statutul juridic și salarizarea judecătorilor și legea privind organizarea și administrarea judiciară solicitând verificarea lor din punct de vedere al constituționalității lor.

Curtea Constituțională prin hotărârea nr. 13/2013 (VI. 17.) a desființat acele prevederi ale celor două legi, care au definit unele reglementări tranzitorii, precum și unele care subliniază armonizarea normelor cu dreptul comunitar, ca fiind cardinale. În urma hotărârii, aceste prevederi nu vor fi scoase din textul legii, însă încetează caracterul lor cardinal, ceea ce înseamnă că se pot modifica cu majoritatea simplă a parlamentarilor.

Analizând acele prevederi care îi conferă președintelui Oficiului Judiciar Național și președintelui Curiei dreptul de a declara discreționar nul rezultatul concursului pentru postul de judecător, Curtea Constituțională a stabilit neconstituționalitatea acestuia. Potrivit Curții în descrierea procedurii de concurs nu au fost definite – în conformitate cu principiul securității juridice – motivele pentru care rezultatul concursului se poate anula în cazul unui post pentru care s-au depus mai multe candidaturi.

În legătură cu absența obligației președintelui Oficiului Judiciar Național de a-și motiva toate deciziile, Curtea Constituțională a stabilit – ca un criteriu constituțional – că președintele are obligația de a motiva acele hotărâri care se referă la măsuri privind personalul judiciar și împotriva cărora există căi de atac cu precizarea acestor căi de atac și sublinierea dreptului la acestea.

Curtea Constituțională – după o analiză detaliată – a respins celelalte propuneri cu privire la prevederile celor două legi.

În urma revizuirii Legii Fundamentale din 26 septembrie 2013 se scoate din Legea Fundamentală aceea prevedere care se referă la competența președintelui Oficiului Judiciar Național de a desemna o instanță pentru judecarea unei cauze concrete. Parlamentul Ungariei, înainte de adoptarea Legii Fundamentale revizuite, a scos deja din vigoare această prevedere atât din codul de procedură civilă și codul de procedură penală cât și din legea privind organizarea și administrarea judiciară. De asemenea, conform acestui pachet legislativ, președintele Oficiului Judiciar Național nu mai poate fi reales.

Potrivit planurilor Guvernului soluția nouă pentru evitarea suprasolicitării tribunalelor ar fi, ca o parte a cauzelor să fie transferate către judecătorii din raioane. În același timp se plănuiește suplimentarea bugetului convenit organelor judiciare cu suma de șase miliarde de HUF (douăzeci de milioane de euro) în termen de cinci ani.²²

6. Concluzii

Se poate considera drept o modificare crucială schimbarea sistemului de administrare judiciară, în sensul că în locul deciziilor luate în colectiv s-a înființat responsabilitatea unipersonală. De la intrarea în vigoare a acestor noi reglementări nu s-a scurs un timp suficient pentru a ne putea formula o părere întemeiată cu privire la aplicabilitatea în practică a acestor norme juridice și pentru a putea decide dacă aceste noi cadre legislative sunt mai potrivite pentru ca instanțele judecătorești să-și îndeplinească rolul în societate.

Prin urmare transformarea sistemului de administrare judiciară încă nu este completă, dar direcția și așteptările politicii judiciare sunt clare: justiție mai eficientă – al cărui element determinant îl reprezintă accelerarea proceselor și al procedurilor. Iar unul dintre cele mai importante mijloace în realizarea acesteia este înființarea administrării judiciare bazată pe responsabilitatea eficientă, transparentă, unipersonală cu privire la deciziile luate.

* *Lector univ. dr., Facultatea de Drept a Universității Reformate Károli Gáspár din Budapesta;*
more.sandor@kre.hu.

¹ Parlamentul Ungariei a adoptat Legea Fundamentală în ședința din data de 18 aprilie 2011.

² Modificările apărute în denumiri oferă posibilitatea, ca teritoriile de competență ale unor judecătorii să nu se limiteze strict la granițele unui oraș sau județ, ci – luând în considerare punctele de vedere ale administrației, eficienței – să se extindă peste aceste limite. Deci, s-a lăsat un spațiu de apreciere organului legislativ pentru crearea acestora, respectiv în cazul în care volumul de muncă al instanțelor se modifică, poate urmări tendințele și poate face modificările necesare.

³ A se vedea: András Osztoivits: *The New Organizational System of the Hungarian Courts*. In: Smuk Péter (ed.): *The Transformation of the Hungarian Legal System 2010-2013*, CompLex Wolters Kluwer, Budapest, 2013. pp. 136-138.

⁴ A. Osztoivits, op. cit. p. 131.

- ⁵ Consiliul Superior al Magistraturii a fost înființat prin legea nr. LXVI/1997, lege diferită față de modelul anterior, unde judecătoriile, din punct de vedere al organizării, au aparținut Ministerului Justiției. Dintre cei 15 membri ai Consiliului Superior al Magistraturii, 10 au fost judecători, președinte fiind președintele actual al Curiei. Prin această modificare s-a realizat separarea din punct de vedere al organizării față de Ministerul Justiției, astfel că judecătoriile au devenit complet independente față de ramura administrativă. Acest model este comparat pe plan internațional de către Béla Pokol: *A bírói hatalom [Puterea judecătorească]*, Századvég, Budapest, 2003. pp. 125-165.
- ⁶ Ádám Rixer: *Features of the Hungarian Legal System After 2010*. Patrocínium, Budapest, 2012. pp. 83-86; András Tamás: *Bíróságok igazgatása [Administrarea judecătorilor]*. In: Balázs Schanda – András Zs. Varga (ed.): *Látletel közjogunk elmúlt évtizedéről [Analiza aprofundată a dreptului comun din ultimul deceniu]*. PPKÉ JÁK, Budapest, 2010. pp. 192-193.
- ⁷ O parte a reformei sistemului de justiție din anul 1997 a fost și faptul că sistemul de justiție realizat până atunci pe trei nivele s-a extins pe patru nivele: după judecătoriile locale respectiv după tribunale au apărut ca și un nou nivel curțile de apel, iar în vârful ierarhiei a rămas Curia. Președinții curților de apel, din punct de vedere al organizației, se situau deasupra președinților tribunalelor, în schimb jurisdicția administrativă a rămas aproape în totalitate la președinții tribunalelor județene. [A. Osztovits, op. cit. p. 132.]
- ⁸ A. Osztovits, op. cit. p. 132.
- ⁹ Legea nr. CLXI/2011 a înființat consiliul administrației locale în cadrul Curiei – începând cu data de 1 ianuarie 2012 – modificare care a preluat din sfera de acțiune a Curții Constituționale și a transpus-o Curiei: deciziile cu privire la desființarea și stabilirea ilegalității deciziilor administrației locale, respectiv constatarea omiterii obligației de legiferare a administrației locale bazată pe lege. A rămas în competența Curții Constituționale verificarea și desființarea acestor norme juridice, dacă sunt contrare cu Legea Fundamentală.
- ¹⁰ András Patyi: *Közigazgatási bíráskodásunk modelljei [Modelele jurisdicției administrative]*. Logod Bt., Budapest, 2002. pp. 125-126.
- ¹¹ A. Osztovits, op. cit. p. 133.
- ¹² Alin. (2) din art. 57 al legii LXVII/1997.
- ¹³ Alin. (2) din art. 26 al Legii Fundamentale.
- ¹⁴ Vârsta pentru obținerea pensiei de bătrânețe este reglementată de către legea nr. LXXXI/1997 privind sistemul unitar de pensii publice, în baza căreia – în funcție de anul nașterii – această limită de vârstă se atinge prin împlinirea vârstei de 62-65 de ani.
- ¹⁵ Case of Baka v. Hungary (application no. 20261/12).
- ¹⁶ Referral to the Grand Chamber 15/12/2014.
- ¹⁷ Punctul 23 din legea nr. CLXI/2011.
- ¹⁸ Legea nr. CXI/2012.
- ¹⁹ Comisia Europeană: comunicat de presă nr. IP/12/395. [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-395_hu.htm]
- ²⁰ <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad%282012%29001-e> (9 iunie 2015)
- ²¹ A. Osztovits, op. cit. p. 142.
- ²² <http://www.jogiforum.hu/hirek/29869> (3 iulie 2015)

ARTICOLE

UNELE ASPECTE CU PRIVIRE LA CLAUZELE ABUZIVE IN CONTRACTELE DE CREDIT BANCAR INCHEIATE IN ROMANIA*

Ioana RAȚIU*

Abstract. *Some Aspects Relating to Unfair Terms in Loan Contracts Concluded in Romania.* Given that the problem of abusive clauses in loan contracts is currently at the forefront of public debate in Romania, as well as in other European States, I believe it is a subject of interest to analyse the conduct of the banks in Romania who have abusive clauses. My analysis is based on the decisions of the European Court of Justice in this matter, and the interpretation of the European rules in this situation. Consumer protection is integrated among the principles that define the default action of the European and the subsidiarity principle, so that a minimal harmonization of the legal system, providing a high level of protection for consumers will reduce the differences between all European legal system. The second part of this article is dedicated to European Court of Justice jurisprudence in cases. The final section contain the decision of European Court of Justice to the preliminary question advanced by Cluj Court.

Keywords: *loan contract, abusive clause, consumer, bank, European Court of Justice, Directive 93/13/CEE, interest rate, risk fee, management fee.*

Cuvinte cheie: *contract de credit, clauză abuzivă, consumator, banca, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Directiva 93/13/CEE, dobândă, comision de risc, comision de administrare.*

Preliminarii

Dat fiind faptul că problema clauzelor abuzive este una de actualitate în România, dar și în celelalte state membre ale UE, considerăm că este de interes să analizăm comportamentul adoptat de băncile din România ce au inserat în contractele bancare clauze abuzive. Am avut în vedere deciziile instanțelor naționale în această materie și deciziile Curții de Justiție a Uniunii Europene. Protecția consumatorului se integrează explicit printre principiile care definesc acțiunea Uniunii¹. Armonizarea la nivelul Uniunii a legislațiilor statelor creează premisele unei protecții mai ridicate a consumatorilor.

Venind în întâmpinarea problemelor privind clauzele abuzive, legiuitorul european a încercat armonizarea la nivelul Uniunii a legislațiilor statelor membre², stabilind criterii directe și indirecte de determinare a situațiilor în care drepturile consumatorului se consideră a fi încălcate³. De asemenea, Uniunea a luat măsuri în scopul creșterii gradului de transparență, prevăzând în acest sens un set de informații pe care creditorii trebuie să le furnizeze consumatorului. Aceste informații precontractuale de referă în principal la: durata contractului de credit, rata dobânzii aferente creditului, dobânda anuală efectivă, costul total al creditului, cheltuielile legate sau impuse de contract, drepturile consumatorilor, consecințele întârzierii plății, valoarea, numărul și periodicitatea plăților⁴.

Principalele reglementări în domeniu sunt: Directiva 1993/13/CEE a Consiliului privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, transpusă în legislația românească prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori; Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori, transpusă prin OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori și Directiva 17/2014 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale. Această ultimă directivă trebuie transpusă în legislația națională până la data de 21 martie 2016. În acest context, credem că este relevant să menționăm și Legea nr. 296/2013 privind organizarea judiciară, prin care s-a creat cadrul pentru înființarea unor tribunale specializate să judece anumite litigii, inclusiv cele care au legătură cu protecția consumatorului.

Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii prevede încă de la art.1 alin.1) că scopul acesteia constă în apropierea actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre privind clauzele abuzive în contractele încheiate între un vânzător sau furnizor și un consumator. Directiva definește clauza abuzivă ca fiind acea clauză care nu a fost negociată direct cu consumatorul și care, prin ea sau împreună cu alte prevederi, creează în detrimentul consumatorului și contrar bunei-credințe un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile consumatorului. O clauză nu a fost negociată atunci când a fost redactată în prealabil, iar din acest motiv consumatorul nu a avut posibilitatea de a influența conținutul clauzei, în special în cazul unui contract de adeziune⁵.

Plecând de la această definiție, observăm că cele mai frecvente probleme în contractele de credit bancar se referă la: majorarea dobânzilor, comisionul de risc și de administrare perceput de bănci fără vreo contraprestație către consumator⁶, schimbarea unilaterală a ratei lunare, precum și modificarea unilaterală a nivelului comisioanelor⁷. Majoritatea acțiunilor în justiție sunt individuale, însă a apărut de curând *class action*-ul (acțiunea colectivă), ultima fiind considerată de către instanță discutabilă sub aspectul garanțiilor procedurale, având în vedere că aici se administrează, de regulă, doar proba cu înscrisul (contractul de credit) pentru a stabili circumstanțele speței, în timp ce în acțiunile individuale se administrează, de regulă, și proba interogatoriului, ceea ce dă posibilitatea instanței de a-și forma convingerea inclusiv în baza răspunsurilor primite, extrem de valoroase într-un asemenea litigiu. Cea mai mare problemă a consumatorului este faptul că, până la urmă, banca decide când survine dezechilibrul financiar pe piață și modifică clauzele contractuale fără o negociere reală între părți. Mai mult, dacă consumatorii nu sunt de acord cu valoarea dobânzii, banca îi înștiințează ca în termen de 30 de zile de la primirea notificării să ramburseze anticipat suma primită⁸.

Contractul de credit bancar este contractul prin care o bancă sau o instituție similară, denumită împrumutător, se obligă să pună la dispoziția unei persoane fizice sau juridice, denumite împrumutat, o sumă de bani (creditul) pe o perioadă de timp convenită sau își asumă un angajament bănesc prin aval (cambie, bilet la ordin etc.) sau printr-o scrisoare de garanție în interesul acelei persoane, în schimbul unei remunerații. Părțile contractului sunt împrumutătorul (instituția bancară) și împrumutatul (persoana fizică sau juridică)⁹.

Din punct de vedere bancar, creditul reprezintă orice angajament de plată a unei sume de bani în schimbul dreptului la rambursarea sumei plătite, dar și plata unor dobânzi sau a altor cheltuieli legate de această sumă. În scopul asigurării unei protecții adecvate a consumatorilor, OG nr.21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată, prevede, în cadrul art.10, o serie de drepturi ale consumatorilor la încheierea contractelor. Este interzisă inserarea în contracte a unor clauze abuzive, vătămătoare pentru consumator. Astfel o clauză care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Respectarea dispozițiilor Legii nr.193/2000 se asigură de către reprezentanții împuterniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor, precum și de specialiști autorizați ai altor organe ale administrației publice. Soluțiile aflate la dispoziția instanței sunt următoarele: aplicarea unei amenzi contravenționale însoțită de eliminarea clauzelor abuzive din contract, desființarea contractului sau, în cazul în care fapta instituției bancare constituie infracțiune, sesizarea organelor de urmărire penală¹⁰.

Pornind de la soluțiile instanțelor de judecată naționale consultate, observăm că, după ce au fost chemate în judecată de debitor, băncile propun diminuarea dobânzii de la 10-12% la 4-5%, condiționată însă de renunțarea la judecată. Această ofertă este văzută de către profesorul Gheorghe Piperea ca un „dar otrăvit”, deoarece băncile pot recurge din nou la modificarea unilaterală a contractului, actul adițional semnat de debitor prevăzând încetarea contractului în cazul în care debitorul acționează banca în instanță¹¹. Instanțele române, prin numeroasele hotărâri din ultima perioadă, constată caracterul abuziv al clauzelor care instituie dreptul băncii să revizuiască rata dobânzii, în cazul unor schimbări semnificative pe piața monetară¹², precum și al clauzelor care instituie comisionul de risc sau administrare¹³. Într-o cauză recentă soluționată de CJUE¹⁴, ce avea ca obiect constatarea caracterului abuziv al contractului încheiat în CHF și prin care se solicita înghețarea cursului valutar în raport cu data încheierii contractului, CJUE a subliniat că la încheierea unui contract de consum, consumatorii trebuie să poată evalua consecințele economice în cazul împrumutului în valută, astfel că instanța națională poate elimina clauza abuzivă din contract și să restabilească echilibrul între părți. Legiuitorul național și cel european au urmărit în anumite ipoteze atenuarea principiului *pacta sunt servanda*, dând instanțelor naționale posibilitatea să oblige banca să modifice clauzele din contractele de consum sau să le anuleze dacă le consideră abuzive¹⁵.

În altă ordine de idei, jurisprudența CJUE se bazează pe ideea că un consumator se găsește într-o situație de inferioritate față de un furnizor/vânzător în ceea ce privește atât puterea de negociere cât și nivelul de informare, situație care îl conduce la adeziunea la

condițiile redactate în prealabil de furnizor/vânzător¹⁶. Curtea Supremă Germană a reținut în mod remarcabil în spețele ce i-au fost supuse atenției că un indiciu al caracterului abuziv al unei clauze standardizate constă în posibilitatea instituției bancare de a modifica clauzele contractuale în favoarea sa în mod unilateral¹⁷. În Croația, instanțele naționale au decis ca băncile să transforme creditele ipotecare acordate în franci elvețieni în împrumuturi în moneda națională¹⁸.

Cel mai adesea, băncile, în expunerea lor de motive, se referă la faptul că instanța națională nu ar avea competența să modifice prețul unui produs, preț ce este exprimat ca o cifră și care a fost acceptată de către consumatori; faptul că prin semnarea contractului clientul l-a asumat împreună cu toate clauzele sale, precum și faptul că perceperea comisionului de risc constituie un element din costul total al creditului aferent componentei de risc a activității bancare, astfel că existența unui cost al riscului, indiferent sub ce formă se percepe, își are temeiul în reglementările legale din domeniul bancar¹⁹.

Cu toate acestea, instanțele de judecată naționale conturează în ultima perioadă o jurisprudență ce tinde a apăra consumatorul, aceasta și prin prisma hotărârilor date de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, care asigură consumatorului un nivel de protecție ridicat²⁰, subliniind că nu creează obligații pentru consumator clauzele abuzive inserate într-un contract încheiat cu un consumator, deoarece astfel de clauze vin în contradicție cu cerința bunei-credințe și provoacă un dezechilibru între drepturile și obligațiile părților, în detrimentul consumatorului.

Clauze abuzive identificate de noi pe baza examinării dosarelor aflate în fața instanțelor de judecată clujene sunt: clauzele ce dau dreptul băncii să modifice unilateral clauzele contractului fără un motiv întemeiat; clauzele care obligă consumatorul să își îndeplinească obligațiile contractuale chiar și în situațiile în care banca nu le-a îndeplinit pe ale sale; clauzele care dau dreptul băncilor să modifice fără acordul consumatorului stipulațiile privind caracteristicile produselor și serviciilor care urmează să fie furnizate; cele ce obligă consumatorul să se supună unor condiții contractuale despre care nu a putut lua cunoștință în mod real la data semnării contractului; cele ce dau băncii dreptul exclusiv să interpreteze stipulațiile contractuale; clauzele care înlătură sau restrâng dreptul consumatorului să pretindă despăgubiri, precum și cele prin care instituția bancară obligă consumatorul la plata unor sume disproporționat de mari în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către acesta²¹.

1. Clauzele care suscită discuții din punct de vedere al caracterului lor abuziv sau nu

a) *Clauza ce prevede perceperea unui comision de risc.* Cu privire la această clauză, am remarcat că scopul pentru care băncile percep comisionul de risc, așa cum susțin în expunerile lor de motive²², vizează situația în care consumatorul nu și-ar achita datoria. Argumentul băncii este discutabil, deoarece, după cum se poate reține din practica instanțelor judecătorești, instituția bancară, are, de regulă, o ipotecă, în cazul bunurilor imobile, sau un privilegiu, în cazul bunurilor mobile, astfel că, dacă consumatorul nu își îndeplinește obligația, banca poate

executa silit bunul acestuia. Așa fiind, perceperea unui comision de risc nu este justificată, întrucât riscul nu există, clauza fiind una abuzivă. Dezechilibrul nu există în condițiile în care riscul contractului a fost acoperit prin constituirea unei garanții reale imobiliare, precum și prin încheierea unei polițe de asigurare cesionate în favoarea băncii;

b) *Clauza privind dobânda variabilă în conformitate cu politica băncii.* Această clauză conferă băncii dreptul de a modifica dobânda în mod arbitrar. Astfel, modificarea este imprevizibilă pentru consumator, acesta neavând o modalitate în care să calculeze dobânda²³. În prezent, Ordonanța de urgență nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, stipulează la art. 37, că, în contractele de credit cu dobândă variabilă, dobânda va fi compusă dintr-un indice de referință EURIBOR/ROBOR/LIBOR²⁴ la o anumită perioadă sau din rata dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, în funcție de valuta creditului, la care creditorul adaugă o anumită marjă fixă pe toată perioada derulării contractului. De asemenea, aceeași ordonanță prevede, la art. 36, care sunt comisioanele ce pot fi percepute de creditor: comision de analiză dosar, comision de administrare credit sau comision de administrare cont curent, compensație în cazul rambursării anticipate, costuri aferente asigurărilor, dobândă penalizatoare, alte costuri percepute de terți, precum și un comision unic pentru servicii prestate la cererea consumatorului. Problema este că aceste dispoziții legale se aplică numai pentru viitor, adică doar contractelor încheiate după data de 30 decembrie 2010. În cazul contractelor încheiate înainte de această dată sau aflate în curs de executare, clauzele abuzive vor fi înlăturate de instanțele de judecată sau părțile convin rezoluționarea contractului de credit;

c) *Clauza care permite băncii să reevalueze garanția consumatorului.* Această clauză permite băncii să decidă în mod discreționar o nouă evaluare a bunului adus ca și garanție (de regulă, este vorba despre o garanție imobiliară)²⁵. Clauza a apărut în contextul crizei economice. La momentul constituirii garanției și implicit a evaluării bunului, acesta avea o anumită valoare care însă, dată fiind criza financiară, a scăzut semnificativ, la momentul noii evaluări. Clauza permite băncilor ca, în urma reevaluării bunului, să oblige consumatorul să aducă o nouă garanție (de regulă, tot imobiliară), pentru acoperirea riscului. În privința clauzei care prevede perceperea unui comision de administrare, tendința dominantă în practica judiciară clujeană a fost de a nu considera această clauză ca fiind una abuzivă. Argumentele ar putea consta în existența, în concret, a unei contraprestații din partea băncii, cum ar fi: verificarea contului, bonificarea clientului, deducerea din cont etc.²⁶. Pe de altă parte, instanțele de judecată bucureștene consideră aceste clauze abuzive și le sancționează cu nulitate absolută. Instanțele bucureștene au considerat că există un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, nefiind indicate în contract toate elementele necesare pentru perceperea acestui comision, pentru că nu există practic o definire a activităților pe care banca le prestează în schimbul comisionului. În consecință, s-a apreciat că drepturile consumatorului sunt vătămate²⁷;

d) *Clauza privind riscul valutar.* Prin această clauză se ia în considerare posibilitatea de a fi înregistrate pierderi, ca urmare a modificării cursului de schimb al valutei, în perioada dintre încheierea contractului și scadența acestuia. Acest tip de clauză a format obiectul hotărârii pronunțată de CJUE, în 30 aprilie 2014, în cauza Kasler c. OTP Bank. Instanța europeană a statuat că, în cadrul art.4 din Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele de

credit încheiate cu consumatorii, termenii „obiect principal al contractului” nu acoperă clauza cuprinsă într-un contract de împrumut încheiat în monedă străină între un vânzător și un consumator și care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale. Concret, OTP avea o practică abuzivă deoarece banca acorda majoritatea creditelor în franci sau în euro, dobânda fluctua în funcție de EURIBOR sau LIBOR, iar dacă scădea EURIBOR sau LIBOR, banca nu scădea dobânda, însă dacă aceasta creștea, creștea și dobânda. Reclamanții au solicitat înghețarea cursului valutar la cursul de schimb al monedei creditului la data încheierii contractului²⁸. Având ca reper hotărârea instanței europene, instanțele de judecată naționale au trebuit să aprecieze de la caz la caz dacă acordarea creditului în franci elvețieni, respectiv rambursarea creditului în franci, în cazul suportării riscului de către consumator este sau nu esențială. În același sens, Directiva 17/2014 prevede că împrumutatul suportă riscul valutar, dar obligă statele membre să adopte o reglementare specială, derogatorie, de natură să asigure protecția consumatorilor, cu aplicabilitate numai pentru viitor²⁹. În cauza Volksbank, Tribunalul Galați a reținut că posibilitatea băncii de a converti francii elvețieni în lei trebuie recunoscută și în favoarea consumatorului, nu doar în beneficiul băncii³⁰.

Precizăm că în dosarele studiate, deciziile instanțelor de judecată sunt favorabile consumatorilor, instanțele obligând banca la eliminarea clauzelor abuzive și restituirea către consumatori a taxelor percepute ilegal. De exemplu, prin sentința Judecătoriei Târgu Jiu nr.7477 din 28 noiembrie 2014, instanța a constatat că o clauza contractuală prin care se stipula efectuarea oricăror plăți în moneda creditului și suportarea de către consumator a diferențelor de curs valutar era abuzivă. S-a reținut că, la momentul încheierii convențiilor, raportat la circumstanțele economice din anul 2008, posibilitatea de a cunoaște efectele unor astfel de credite nu era posibilă. Nu există nici posibilitatea de a cunoaște în concret implicațiile clauzelor pe termen lung, întrucât creditul în franci elvețieni apărea ca fiind mai avantajos față de alte oferte de creditare în lei sau în euro. Instanța a reținut că, în condițiile în care creditul în franci elvețieni era un produs nou pe piață și în lipsa unor informații corespunzătoare cu privire la moneda în care reclamantul a contractat împrumuturile, respectiv, având în vedere istoricul evoluției francului elvețian, consumatorul s-a obligat să returneze sumele împrumutate la termenele și în cuantumurile menționate în contracte, având ca premisă cursul de schimb valutar CHF - leu din perioada respectivă. Francul elvețian s-a apreciat într-un mod rapid, astfel că, raportat la moneda națională, valoarea acestuia s-a dublat. Așadar, s-a produs o schimbare fundamentală a condițiilor de contractare, astfel că împrumutații au fost obligați la prestații vădit disproportionale față de cele în considerarea cărora s-a manifestat voința lor de a contracta. Prin urmare, ar avea caracter abuziv clauzele contractuale prin care se stipulează efectuarea oricărei plăți în moneda creditului cu suportarea de către consumator a diferențelor de curs valutar³¹. Se poate observa însă că în jurisprudența clujeană nu este adoptată această linie de gândire. Instanțele clujene apreciază că nu există o bază legală pentru care o instanță judecătorească să înghețe cursul valutar al francului elvețian. Așa fiind, în astfel de cauze, instanțele clujene invită părțile să renegocieze contractul, să convină o reeșalonare a plăților sau să rezoluționeze contractul.

În acțiunile în justiție reclamanții invocă cel mai adesea faptul că aceste clauze sunt abuzive, întrucât creează un dezechilibru contrar bunei-credințe și faptul că aceste clauze nu au fost negociate cu consumatorul. De regulă, clauzele utilizate sunt de tip standard preformulate,

consumatorul neavând posibilitatea de a negocia asemenea clauze. Având în vedere acest aspect, practica a demonstrat că cele mai multe clauze abuzive sunt stipulate în contractele de azeziune. Dezechilibrul dintre consumator și instituția bancară ce oferă creditul este ușor vizibilă. Acest dezechilibru este în primul rând unul economic, neavând importanță dacă s-au produs sau nu efecte în patrimoniul reclamanților. În acest sens s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a Civilă prin decizia civilă nr. 686 din data de 21.02.2013, menționând expres că în aprecierea echilibrului /dezechilibrului contractual s-a avut în vedere faptul că echivalența prestațiilor presupune ca drepturile și obligațiile reciproce să aibă, dacă nu valoare identică, măcar una apropiată³².

După cum am observat, instanțele de judecată clujene constată caracterul abuziv al clauzelor ce privesc perceperea unui comision de risc, al clauzelor de modificare a dobânzii, al clauzelor privind dreptul băncii de a reevalua garanția inițială și, nu în ultimul rând, al clauzelor privind riscul valutar. În consecință, instanțele clujene anulează aceste clauze. De asemenea, instanțele dispun obligarea instituțiilor bancare la precizarea și actualizarea contractului de credit prin semnarea unui act adițional la acesta, cuprinzând următoarele clauze minimale: 1) precizarea și definirea elementelor componente ale dobânzii și a cuantumului acesteia: marja fixă a băncii de la momentul contractării + indicele Libor CHF pe 3 pe luni; 2) modalitatea de modificare a dobânzii exclusiv în funcție de indicele de referință Libor, în virtutea clauzei de indexare cuprinsă în contract, cu mențiunea că marja băncii este fixă, neputând fi modificată decât prin acordul scris al părților, modificarea dobânzii urmând a se produce atât în sens crescător, cât și în sens descrescător, în funcție de variațiile indicelui de referință Libor, la recalcularea pe viitor a nivelului dobânzii percepute în temeiul contractului luându-se în considerare următoarea formulă: marja fixă a băncii de la momentul contractării (x%) + valoarea indicelui de referință Libor CHF 3 pe luni și obligarea părții la restituirea sumelor prelevate ilegal prin creșterea abuzivă a nivelului dobânzii, sume prelevate în ultimii 3 ani de la data introducerii acțiunii³³.

În raport cu cele arătate mai sus, considerăm relevante mai multe aspecte. Instanțele clujene consideră clauza privind comisionul de risc ca fiind o clauză abuzivă. În urma anulării acestei clauze, instanțele obligă unitatea bancară la despăgubiri constând în suma plătită cu titlu de comision de risc, precum și la dobânda legală asupra fiecărei sume plătite cu titlu de comision de risc. Alte clauze des întâlnite în dosarele studiate se referă la: comisionul lunar de administrare, comisionul de administrare garanției, comisionul de rezervă minimă obligatorie, condiții speciale privitoare la comisionul de rambursare în avans, clauze privind declanșarea scadenței anticipate a creditului, comisionul de gestiune, precum și clauza privind costurile suplimentare. Cu privire la comisionul de risc, consumatorii consideră respectiva prevedere contractuală ca una abuzivă, contrară bunelor moravuri și bunei-credințe, având în vedere că și-au asumat o serie de obligații contractuale de garantare a restituirii sumei împrumutate care sunt mai mult decât suficiente pentru a asigura creditoarea de recuperarea împrumutului acordat.

De remarcat că în acord cu prevederile contractuale, valoarea creditului acordat nu poate depăși mai mult de 75% din valoarea bunurilor ce fac obiectul ipotecii. De asemenea, banca are dreptul de a debita orice cont de disponibilități sau depozit al consumatorilor cu sumele reprezentând polițele de asigurare pentru a efectua plata lor, precum și de a reînnoi

polița în numele consumatorilor, la societatea de asigurare aleasă de bancă. O altă clauză contractuală se referă la asumarea de către părți a nemodificării naturii juridice a obligațiilor, în eventualitatea intervenirii unui divorț sau partaj. O altă stipulație contractuală se referă la clauza privind suplimentarea garanțiilor din partea împrumutătorilor în situația în care, ca urmare a unor modificări pe piață, acestea ar fi considerate neîdestulătoare pentru oferirea garanției de rambursare. O altă prevedere se referă la suportarea de către împrumutat a riscului valutar și a riscului de dobândă. De asemenea, există prevederi contractuale ce stipulează posibilitatea potestativă a băncii de a declanșa scadența anticipat³⁴.

2. Hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia clauzelor abuzive

În această parte ne propunem să analizăm cele mai relevante hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene în acest domeniu și efectele pe care acestea le-au avut la nivelul Uniunii.

Prima hotărâre pe care o supunem atenției este hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza 484/08, *Caja de Ahorros Y Moșe de Piedad de Madrid*³⁵ în care Curtea de Justiție subliniază dreptul statelor de a acorda o protecție mult mai mare consumatorilor și astfel permite instanțelor naționale să constate caracterul abuziv al clauzelor contractuale care privesc definirea obiectului principal al contractului și caracterul adecvat sau nu al prețului sau remunerației în comparație cu bunurile și serviciile furnizate de acestea, chiar și în cazul în care aceste clauze sunt consemnate clar și inteligibil.

O altă hotărâre pe care o menționăm este cea pronunțată în cauza C- 241/98, *Salvat Editores S A v Jose M. Sanchez Alcon Prades*³⁶, în cadrul căreia Curtea recunoaște judecătorului dreptul de a declara din oficiu nulitatea clauzelor abuzive dintr-un contract, această prerogativă încadrându-se în contextul general al protecției speciale pe care Directiva 93/13/CEE tinde să o recunoască în interesul colectivității. Prin urmare, se observă existența unui interes public ca aceste clauze prejudiciabile pentru consumator să fie înlăturate.

Hotărârea pronunțată în cauza *Kasler* prezintă, și ea, relevanță deosebită. În cauza *Kasler* a fost vorba despre un contract de credit încheiat de domnul *Kasler* și doamna *Kaslerne Rabai* în anul 2008 cu o bancă din Ungaria. Cei doi au contractat un credit de aproximativ 14.400.000 HUF. Contractul prevedea ca determinarea în franci elvețieni a împrumutului făcut să se realizeze la cursul de schimb la cumpărare a acestei valute aplicat de bancă, astfel că împrumutul a fost convertit în franci elvețieni ajungând la 94.240,84 CHF. Potrivit clauzelor contractuale, valoarea în forinți a fiecăreia dintre ratele lunare datorate se stabilea pe baza cursului de schimb la vânzare a francului, în ziua anterioară scadenței. Având în vedere aceste aspecte, soții *Kasler* au sesizat instanțele maghiare și au contestat clauza care prevedea posibilitatea băncii să calculeze ratele lunare pe baza cursului de schimb la vânzare al francului elvețian. În cadrul acțiunii preliminare, Curtea Supremă din Ungaria a sesizat Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Prin hotărârea sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că revine instanței naționale să verifice dacă un consumator informat și suficient de atent ar putea, pe

baza publicității și a informațiilor furnizate de împrumutător în cadrul negocierii contractului, nu numai să cunoască existența unei diferențe între cursul de schimb la cumpărare și cursul de schimb la vânzare ale unei monede străine, ci și să evalueze efectele aplicării acestui din urmă curs cu privire la calcularea ratelor și costul total al împrumutului. În consecință, instanța națională putea să înlocuiască clauza abuzivă cu o dispoziție de drept național cu caracter supletiv. În speță, CJUE a considerat că diferența de curs nu face parte din preț și de aceea instanțele naționale pot constata, dacă toate celelalte condiții sunt îndeplinite, că această clauză este abuzivă:

„ –termenii „obiectul principal al contractului” nu acoperă o clauză, cuprinsă într-un contract de împrumut încheiat în monedă străină între un vânzător sau un furnizor și un consumator și care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale, în temeiul căreia pentru calcularea ratelor împrumutului se aplică cursul de schimb la vânzare al acestei valute, decât în cazul în care se constată – ceea ce revine în sarcina instanței de trimitere să verifice având în vedere natura, economia generală și prevederile contractului, precum și contextul său juridic și factual – că respectiva clauză stabilește o prestație esențială a acestui contract care, ca atare, îl caracterizează; – o astfel de clauză, în măsura în care cuprinde o obligație pecuniară a consumatorului de a plăti, în cadrul ratelor împrumutului, sumele care rezultă din diferența dintre cursul de schimb la vânzare și cursul de schimb la cumpărare ale monedei străine, nu poate fi considerată ca cuprinzând o „remunerație” al cărei caracter adecvat în calitate de contrapartidă a unei prestații efectuate de împrumutător să nu poată face obiectul unei aprecieri pentru a se stabili dacă este abuzivă în temeiul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13. Articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că, cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie redactată în mod clar și inteligibil trebuie înțeleasă ca impunând nu numai ca respectiva clauză să fie inteligibilă pentru consumator din punct de vedere gramatical, ci și ca contractul să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului de schimb al monedei străine la care se referă clauza respectivă, precum și relația dintre acest mecanism și cel prevăzut prin alte clauze referitoare la deblocarea împrumutului, astfel încât acest consumator să poată să evalueze, pe baza unor criterii clare și inteligibile, consecințele economice care rezultă din aceasta în ceea ce îl privește. Articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că, într-o situație în care un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor și un consumator nu poate continua să existe după eliminarea unei clauze abuzive, această dispoziție nu se opune unei norme de drept național care permite instanței naționale să remedieze nulitatea clauzei respective prin înlocuirea acesteia cu o dispoziție de drept național cu caracter supletiv”³⁷.

O altă hotărâre asupra căreia dorim să ne îndreptăm atenția este cea pronunțată în cauza C-618/10, Calderon Camino³⁸. În speță, domnul Calderon a încheiat un contract de împrumut pentru suma de 30.000 de euro în vederea achiziționării unui autoturism. Contractul prevedea o rată a dobânzii de 7.95% DAE și o rată a dobânzii moratorii de 29%. Interesant de menționat este că legislația spaniolă nu prevedea posibilitatea instanțelor naționale sesizate cu o cerere de somație de plată să declare din oficiu nulitatea clauzelor abuzive, decât dacă consumatorul se opunea plății. În speță, Curtea a constatat că instanța națională este obligată

să analizeze din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale dintr-un contract încheiat cu consumatorii, de îndată ce dispune de elementele de drept și de fapt necesare în acest sens. Legislația spaniolă nepermițând ca instanța să aprecieze caracterul abuziv, în cazul în care e sesizată cu o somație, Curtea a constatat că o asemenea prevedere aduce atingere efectivității protecției pe care directiva privind clauzele abuzive a intenționat să o confere consumatorilor. Conchidem prin a sublinia că în cazul în care se constată existența unei clauze abuzive, instanțele naționale au numai obligația de a înlătura aplicarea unei astfel de clauze, pentru ca aceasta să nu producă efecte obligatorii în ceea ce privește consumatorul, fără a avea însă posibilitatea să modifice conținutul acesteia.

Cu privire la noțiunea de dezechilibru semnificativ în detrimentul consumatorului, s-a pronunțat Curtea de Justiție a Uniunii Europene cu prilejul pronunțării hotărârii din 14 martie 2013, în afacerea C-415/11, Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)³⁹. CJUE a subliniat că aceste clauze trebuie apreciate prin intermediul unei analize a normelor naționale aplicabile în lipsa unui acord între părți, pentru a evalua dacă și, eventual, în ce măsură contractul îl plasează pe consumator într-o situație juridică mai puțin favorabilă în raport cu cea prevăzută de dreptul național în vigoare. Pentru a ști dacă dezechilibrul este creat în contradicție cu exigențele de bune credințe, va fi important să se verifice dacă vânzătorul sau furnizorul, acționând în mod corect și echitabil față de consumator, putea să se aștepte în mod rezonabil ca acesta din urmă să accepte clauza în discuție în cadrul unei negocieri individuale.

Cu prilejul judecării cauzei C-472/11, Banif Plus Bank Zrt vs. Csaba Csipai și Victória Csipai Curtea de Justiție a Uniunii Europene a menționat că „pentru a efectua o apreciere cu privire la caracterul eventual abuziv al clauzei contractuale pe care se întemeiază cererea cu care este sesizată, instanța națională trebuie să țină seama de toate celelalte clauze din contract”⁴⁰.

În cauza C-76/10 Krajski sud vs. Presove Slovacia, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a precizat că "dată fiind natura și importanța interesului public pe care se întemeiază protecția pe care Directiva nr. 93/13/CEE o asigură consumatorilor, art. 6 din aceasta trebuie să fie considerat ca o normă echivalentă cu normele naționale, care ocupă, în cadrul ordinii interne, rangul de ordine publică"⁴¹.

În cauza C-342/13, Sebestyen, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că:

„ - Articolul 3 alineatele (1) și (3) din Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, precum și punctul 1 litera (q) din anexa la această directivă trebuie interpretate în sensul că este de competența instanței naționale în cauză să stabilească dacă o clauză cuprinsă într-un contract de împrumut ipotecar încheiat între o bancă și un consumator prin care se atribuie unui tribunal arbitral permanent, ale cărui hotărâri nu pot face obiectul unei căi de atac de drept intern, competența exclusivă de a soluționa orice litigiu născut în legătură cu acest contract trebuie, având în vedere toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului menționat, să fie considerată abuzivă în sensul acestor dispoziții. În cadrul acestei aprecieri, instanța națională în cauză trebuie printre altele: - să verifice dacă clauza în discuție are ca obiect sau ca efect excluderea sau obstrucționarea dreptului consumatorului de a introduce acțiuni în justiție sau de a exercita orice altă cale de atac și - să țină seama de

faptul că comunicarea către consumator, înainte de încheierea contractului în cauză, a unor informații generale cu privire la diferențele care există între procedura arbitrală și procedura jurisdicțională ordinară nu poate permite, în sine, excluderea caracterului abuziv al acestei clauze. În cazul unui răspuns afirmativ, revine instanței menționate sarcina de a stabili toate consecințele care decurg din această constatare potrivit dreptului național pentru a se asigura că respectiva clauză nu creează obligații pentru consumator⁴².

O altă hotărâre pe care o aducem în atenție este cea pronunțată în cauza C-280/13, Barclays Bank. În această hotărâre, instanța europeană a subliniat că Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii și principiile dreptului Uniunii referitoare la protecția consumatorilor și la echilibrul contractual trebuie interpretate în sensul că sunt excluse din domeniul lor de aplicare acte cu putere de lege și norme administrative ale unui stat membru, precum cele în discuție în litigiul principal, în lipsa unei clauze contractuale de modificare a conținutului sau a domeniului de aplicare al acestora⁴³.

Tribunalul Specializat Cluj a adresat o întrebare preliminară Curții de Justiție a Uniunii Europene care a avut în vedere interpretarea art. 4 alin.2 din Directiva 93/13/ CEE privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii. Mai precis, având în vedere că aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu se poate raporta, nici la definirea obiectului contractului și nici la caracterul adecvat al prețului sau remunerației față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, s-a dorit să se clarifice dacă, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod inteligibil, noțiunea de „cost total” al creditului pentru consumator include și comisioanele pe care trebuie să le suporte consumatorul într-un contract garantat cu ipotecă⁴⁴.

Întrebarea viza dacă noțiunile de „obiect și/sau preț” al contractului din cuprinsul art.4 alin. 2) din Directiva 93/13/CEE cuprinde sau nu printre elementele ce formează contraprestia instituției de credit, garantat cu ipotecă, dobânda anuală efectivă (DAE), formată în special din dobânda fixă sau variabilă, comisioane bancare, precum și alte costuri definite în contractul de credit.

Curtea de Justiția a Uniunii Europene a subliniat că obiectul contractului nu acoperă, în principiu, tipuri de clauze care figurează în contracte de credit încheiate între vânzător/furnizor și consumatori, precum cele în discuție în speță, care permit parte modificarea unilaterală a dobânzii⁴⁵. În alte cuvinte, în speță s-a pus problema de a ști dacă în noțiunea de obiect principal al contractului (aspect care, potrivit Directivei 93/13 CEE, nu poate face obiectul analizei aprecierii caracterului său abuziv sau nu) sunt incluse și diferitele comisioane (de risc, de administrare) inserate în contractele de credit bancar. Potrivit expunerii de motive a instituției bancare (în speță, Volksbank), comisionul de risc este o componentă a prețului, fiind inclus în DAE (dobânda anuală efectivă). Conform Directivei 93/13/CE, caracterul abuziv al contractului nu poate privi prețul. Instituția bancară, pe de altă parte, a subliniat că suma împrumutată împreună cu dobânda și celelalte comisioane nu sunt altceva decât costul total al creditului. Prețul este elementul central al concurenței libere, astfel că instanța de judecată nu ar putea aduce atingere prețului din contract, neputându-se pune problema caracterului abuziv. Așadar, comisionul de risc este defalcat în cadrul DAE din rațiuni de transparență pentru a indica clientului care este destinația sumelor pe care le plătește. În ceea ce privește

caracterul adecvat al prețului sau remunerației, instanțele clujene conturează o jurisprudență în care remarcă că, pe de o parte, serviciile, iar, pe de altă parte, bunurile furnizate în schimbul acestora, nu acoperă tipuri de clauze care figurează în contractele de credit încheiate între furnizori și consumatori. Acest fapt se datorează puterii creditorului de a modifica în mod unilateral aceste comisioane. În plus, instanțele au mai subliniat caracterul accesoriu al unor astfel de clauze (comision de risc, comision de administrare), ele neputând fi incluse în obiectul contractului⁴⁶.

În opinia noastră, clauzele abuzive din contractele de credit bancar ar trebui eliminate întru totul, chiar și în cazurile în care clienții nu sunt în proces cu banca respectivă, deoarece, pe lângă dezechilibrul contractual pe care îl generează între părți, inegalitatea economică fiind evidentă, lipsa de previzibilitate a consumatorului este, de asemenea, grav afectată de inserarea acestor clauze. În majoritatea cauzelor, instituțiile bancare aduc în atenție faptul că, prin semnarea contractului, consumatorul își asumă cele consemnate în contract. Prin urmare, intervenția instanței și anularea clauzelor abuzive nu ar trebui permisă. Se poate însă observa că, în contractele de adeziune consumatorul nu are multe opțiuni; el semnează sau nu contractul de credit, nefiind posibilă negocierea clauzelor acestuia. În concluzie, apare ca fiind necesară eliminarea comisionului de risc/administrare, deoarece, în realitate ne aflăm în prezența unor dobânzi ascunse, plătite pentru o prestație pentru care deja se plătește dobândă. Totodată, apreciem că dobândă trebuie să fie și să rămână fixă pe tot parcursul contractului; nu fixă, iar mai apoi variabilă, întrucât ar lipsi consumatorul de previzibilitate cu privire la contractul pe care urmează să îl încheie.

* În cadrul prezentului studiu am avut în vedere doctrina și jurisprudența existente până la data de 15.07.2015.

* *Student, master "Dreptul european și dreptul național al afacerilor", UBB Cluj-Napoca; ioana_ratiu@yahoo.com.*

¹ A se vedea, art.4 lit. f), art.12, art.169 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și art. 38 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

² A se vedea, Directiva 2011/83/UE privind drepturile consumatorilor, Directiva 2014/17 (2008/48/CE) privind contractele de credit pentru consumatori, Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii, precum și J. Goicovici, *Dreptul consumației*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2006, pg. 71.

³ G.Howells, N.Reich, *The current limits of European harmonization in consumer contract law* [www.europarl.europa.eu].

⁴ A se vedea, Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori, art. 4, alin.2 lit. a)-f). [www.eur-lex.europa.eu], precum și D. C. Enache, „Clauze abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori : practică judiciară”, Ed. Hamangiu, București, 2012, p.56.

⁵ A se vedea, art.3 alin. 1) și 2) din Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii.

⁶ Sentința civilă a Judecătoriei Motru, din 9 octombrie 2013 [www.juridice.ro]. În această speță instanța națională constată caracterul abuziv al clauzei ce prevede perceperea comisionului de administrare.

- ⁷ Gheorghe Piperea, „Am înfrânt BCR. Într-un proces colectiv contra abuzului de putere economică” [www.curieruljudiciar.ro].
- ⁸ Gheorghe Piperea, „Executarea silită asupra locuinței familiale a consumatorului. Cauza Kušionová. Dreptul la locuința familială”. În cauză, ca urmare a neacceptării clauzelor de modificare, banca a început executarea silită asupra locuinței familiale. Curtea face trimitere la deciziile CEDO în materie de protecție a dreptului la locuință a debitorului, subliniind că executarea silită a unei locuințe familiale nu poate fi făcută în orice condiții, ci doar respectând principiul proporționalității [eubusinesslaw.wordpress.com].
- ⁹ A. Dumitru, P. Florescu, A. Bordea, R. Popa, „Contractul de credit bancar”, Ed. Universul Juridic, 2013, p.8.
- ¹⁰ Art. 16 alin. 1) și 2) din Legea nr. 193/2000 prevede aplicarea unei amenzi contravenționale de la 200 lei la 1.000 lei, în măsura în care fapta nu constituie infracțiune.
- ¹¹ Gheorghe Piperea, „Metoda mea de luptă judiciară contra clauzelor abuzive. Pro bono” [www.piperea.ro].
- ¹² Decizia civilă a Tribunalului Galați nr. 230/R/2014 din de 27 iunie 2014. Speța are ca obiect convertirea creditului din franci elvețieni în lei. În speță, instanța argumentează că un consumator mediu și normal informat nu avea cum să prevadă o modificare dramatică a cursului de schimb valutar pentru francul elvețian. De asemenea, a se vedea, decizia civilă a Tribunalului Sălaj nr. 309 din 21 aprilie 2011 [www.clientivb.files.wordpress.com], sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr.165 din 29 ianuarie 2014 (nepublicată), sentința civilă a Curții de Apel Cluj nr.966 din 6 februarie 2013 (nepublicată).
- ¹³ Sentința civilă a Tribunalului Brașov nr.204 din 23 aprilie 2012, decizia civilă a Curții de Apel Brașov nr.178/Ap din 4 decembrie 2012, decizia civilă a Tribunalului Bihor nr.393/R/COM din 1 iulie 2013, cf. Gheorghe. Piperea – publicate pe www.facebook.com, precum și decizia nr. 2186 a ICCJ, din 12 iunie 2014 [www.juridice.ro]
- ¹⁴ Pentru mai multe detalii, a se vedea, hotărârea CJUE din 30 aprilie 2014, în cauza C-26/13 Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai împotriva OTP Jelzálogbank Zrt.
- ¹⁵ În acest sens, hotărârea CJUE din 27 iunie 2000, în cauza C-240/98, Oceane Editorial SA c. Rocio Murciano Quintero. În cadrul hotărârii, Curtea a subliniat dreptul instanțelor naționale de a aprecia din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale.
- ¹⁶ A se vedea, hotărârea CJUE din 16 noiembrie 2010, în cauza C-76/10 Pohotovost' s. r. o. împotriva Iveta Korčková.
- ¹⁷ M. Băniță, „Lecție pentru România: Sute de mii de cetățeni europeni scapă de clauzele abuzive din contracte” [www.economica.net].
- ¹⁸ Croația a introdus curs fix pentru francul elvețian [www.economie.hotnews.ro].
- ¹⁹ A se vedea notele de subsol [12] și [13]. A se vedea și acțiunile împotriva Volksbank, BCR, Raiffeisen Bank și BCR având ca obiect contractele ce prevedeau comisioane de risc, de administrare precum și posibilitatea băncii de a modifica unilateral contractul [https://clientivb.wordpress.com].
- ²⁰ A se vedea hotărârea CJUE din 15 martie 2012, în cauza C-453/10, Jana Pereničová și Vladislav Perenič împotriva SOS financ spol. s r. o.
- ²¹ Sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr. 3138 din 13 noiembrie 2014 (nepublicată), sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr. 271 din 3 martie 2012 (nepublicată), precum cele de la notele de subsol [12] și [13].
- ²² Sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr.966 din 6 februarie 2013 (nepublicată), decizia ICCJ nr. 2896 din 6 octombrie 2014 [www.avocatalinpaidiu.ro]. A se vedea și [www.bancherul.ro] „Șeful Volksbank, Benoit Catel, explica, pe înțelesul tuturor, de ce este justificat comisionul de risc aferent unui credit: trei contra-argumente care demontează deciziile judecătorilor”.

- ²³ C. Costăș „Clauze abuzive OTP Bank. Perspectiva clujeană” [www.costas-negru.ro].
- ²⁴ EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) este rata la care o bancă de prim ordin oferă altei bănci de prim ordin depozite în zona euro. EURIBOR este rata de referință pentru piața monetară în EURO. ROBOR (Romanian Interbank Offer Rate) reprezintă rata medie a dobânzii pentru creditele în lei acordate pe piața interbancară și este stabilită de către Banca Națională a României. LIBOR (London Interbank Offered Rate) reprezintă rata dobânzii practică pe piața londoneză de către băncile de prim rang care oferă fonduri, respectiv, rata dobânzii pe care o percepe pentru acordarea de împrumuturi bănești [https://ro.wikipedia.org].
- ²⁵ Sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr.165 din 29 ianuarie 2014 (nepublicată).
- ²⁶ Decizia Tribunalului Specializat Cluj nr. 564 din 23 aprilie 2014 (nepublicată).
- ²⁷ Decizia ICCJ nr. 302 din 30 ianuarie 2014 [www.avocatalinpaidiu.ro].
- ²⁸ Hotărârea pronunțată în cauza Kasler este una neutră, întrucât Curtea explică noțiunile de obiect al contractului din Directiva 1993/13CEE, stabilind criteriile care să orienteze instanțele naționale. Din hotărâre reiese că face parte din sfera obiectului principal al contractului orice clauza care este considerată esențială.
- ²⁹ Marieta Avram, „ Clauzele abuzive în contractele de credit – o temă incandescentă în dreptul național și cel European” [www.juridice.ro].
- ³⁰ Elena Voinea, „Un client al Volksbank a obținut convertirea creditului la cursul istoric. Tribunalul Galați a respins cererea de revizuire a băncii” [www.avocatnet.ro].
- ³¹ Mihăiță Călin, „Judecătoria Tg. Jiu., speța Mareș-Medar vs Raiffaisen: De ce trebuie denumit creditul CHF [www.paginadebanci.ro].
- ³² Decizia ICCJ, nr. 686/2013, din 21 februarie 2013, [www.legeaz.net].
- ³³ Sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr.11665 din 29.08.2013 (nepublicată).
- ³⁴ Sentința civilă a Tribunalului Specializat Cluj nr. 165 din 29.01.2014 (nepublicată). A se vedea, de asemenea, sentințele și deciziile la care am trimis în cadrul notelor de subsol [12], [13], [26], [26], [27] și [33].
- ³⁵ A se vedea, pe larg, hotărârea pronunțată în cauza, C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid împotriva Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) din 3 iunie 2010, [www.europa.eu].
- ³⁶ A se vedea, pentru mai multe detalii, hotărârile pronunțate în cauzele Océano Grupo Editorial SA împotriva Roció Murciano Quintero (C-240/98), Salvat Editores SA împotriva José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) și Emilio Viñas Feliú (C-244/98) (cauze conexate) [www.europa.eu].
- ³⁷ A se vedea, hotărârea pronunțată în cauza C-26/13 Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai împotriva OTP Jelzálogbank Zrt, pct.36-59, 73-75 și 77-85 [www.europa.eu].
- ³⁸ A se vedea, hotărârea pronunțată în cauza C-618/10 Banco Español de Crédito SA împotriva Joaquín Calderón Camino [www.europa.eu].
- ³⁹ A se vedea, hotărârea pronunțată în cauza C-415/11 Mohamed Aziz împotriva Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) [www.europa.eu].
- ⁴⁰ A se vedea, hotărârea pronunțată în cauza C-472/11 Banif Plus Bank Zrt împotriva Csaba Csipai și Viktória Csipai, pct. 17-36 și 38-41 [www.europa.eu].
- ⁴¹ A se vedea, hotărârea pronunțată în cauza C-76/10 Pohotovost’ s. r. o. împotriva Iveta Korčková, pct.50 [www.europa.eu].

- ⁴² A se vedea hotărârea pronunțată în cauza C-342/13 Katalin Sebestyén împotriva Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt, pct. 27-36 [www.europa.eu].
- ⁴³ A se vedea, hotărârea pronunțată în cauza C-280/12 Barclays Bank SA împotriva Sara Sánchez García și Alejandro Chacón Barrera, [europa.eu].
- ⁴⁴ A se vedea art.2 alin.1 lit.a , precum și art.3 lit.g din Directiva 2008/48/CE.
- ⁴⁵ A se vedea, cauza C-143/13 Bogdan Matei and Ioana Ofelia Matei v SC Volksbank România SA [www.europa.eu].
- ⁴⁶ A se vedea notele de subsol [12], [13], [21], [25], [26], [27], [33] și [34].

INFO

**„DREPTUL GARANȚIILOR: PRIVIRI COMPARATIVE”
ÎNTÂLNIRE FRANCO-JAPONEZĂ ORGANIZATĂ DE ASOCIAȚIA HENRI CAPITANT
A PRIETENILOR CULTURII JURIDICE FRANCEZE, Paris 7-8.IX.2015**

Flavius Alexandru Boar*

În zilele de 7 și 8 septembrie 2015 a avut loc, la Institutul de Cercetare Juridică a Sorbonei (IRJS) „André Tunc”, o întâlnire științifică franco-japoneză cu tema ”Dreptul garanțiilor. Priviri comparative”. Evenimentul a fost organizat de Asociația Henri Capitant a prietenilor culturii juridice franceze, în parteneriat cu Institutul de Cercetări în Dreptul Afacerilor (IRDA) al Universității Paris 13. Am fost deosebit de încântat, în calitate de membru în grupul român al Asociației, de posibilitatea să asist, alături de alți doctoranzi a căror activitate este legată de materia colocviului, la lucrările acestei întâlniri, moderate de către d-nii. Philippe DUPICHOT (secretar general al Asociației Capitant, profesor la Universitatea Paris 1 Panteon-Sorbona) și Naoki KANAYAMA (Universitatea din Keio).

Atelierul științific s-a desfășurat într-o perspectivă de drept privat transnațional oferită de vastele cercetări comparative ale intervenienților, cu toții cadre didactice universitare, și favorizată de amplele influențe exercitate de dreptul francez și, respectiv, german, asupra conținutului Codului Civil japonez (Minpō) de la 1896. În cadrul lucrărilor au fost abordate chestiuni a căror pronunțată finețe teoretică s-a dovedit, de fiecare dată, a corespunde unei actualități practice adesea surprinzător de recente.

Astfel, în ziua de luni, discuțiile au început în jurul conflictului care se manifestă constant, în viziunea atât a legiuitorului cât și a interpretului, între obiectivele cărora le sunt destinate a răspunde garanțiile reale, pe de o parte, și procedurile colective de recuperare a creanțelor, pe de altă parte. După ce au subliniat pe scurt cadrul juridic pertinent pentru aceste chestiuni în dreptul japonez, și, respectiv, în cel francez, dl. Kazushi SUGIMOTO (Universitatea din Chiba), alături de dl. Charles GIJSBERS (Universitatea din Rouen) au ajuns la ideea comună a unei dificultăți inerente mecanismelor juridice implicate în rezolvarea problemelor economice ale debitorului falit, anume caracterul esențialmente limitat al activelor acestuia raportat la datoriile asumate. Prin urmare, indiferent de meritele sale, orice soluție adusă antinomiei conceptuale dintre ideea de preferință, specifică garanțiilor reale și obiectivul menținerii egalității dintre creditorii ce rezultă din chiar denumirea procedurii ca fiind colectivă, nu ar putea funcționa altminteri decât prin sacrificarea intereselor vreunui din creditorii implicați. Sub acest aspect, concluzia celor doi profesori, formulată sub forma unei interogații retorice, a fost aceea de a ști,

la nivel principial, dacă simpla voință a debitorului, acceptată ca atare de vreunul din creditorii săi, reprezintă un temei suficient pentru a discrimina, în ochii juristului, situația beneficiarului unei garanții convenționale de cea a celorlalți creditori.

Această idee a realizat tranziția necesară pentru intervențiile care au urmat. Ele au dezvoltat problema legitimității și cea a efectelor juridice ale transferurilor de drepturi, în special a cesiunilor de creanță, care vor fi fost încheiate de cedent nu în schimbul unui preț, ci exclusiv cu titlu de garanție a executării obligațiilor asumate de vreun debitor. În acest context, d-nii. Dai SHIRAISHI (Universitatea din Waseda) și Pierre Crocq (Universitatea Paris 2 Panteon-Assas) au analizat valabilitatea unei asemenea operațiuni translativă din punct de vedere al principiilor care guvernează fiecare din sistemele lor de drept, precum și al celor mai recente jurisprudențe conturate în materie. În acest context, a fost dezbătută principala dificultate în delimitarea unui regim juridic specific pentru asemenea acte juridice, anume identitatea cauzală care le-ar lega de operațiuni care nu reprezintă decât simple afecțiuni ipotecare. Odată natura pignorativă a transferului dovedită, devine într-adevăr dificilă legitimarea unui tratament juridic special în favoarea creditorului cesionar, în care acesta s-ar prevala de calitatea sa de proprietar definitiv ori de titular nemijlocit al dreptului cedat, aidoma unui cumpărător, deoarece scopul părților a fost ca transferul proprietății să intervină exclusiv cu titlu de garanție.

Partea finală a primei zile de lucru a fost animată de o dezbateră asupra conținutului juridic al obligației specifice asumate de fideiუსori față de creditorii beneficiari ai garanției. D-nii. Naoki KANAYAMA (Universitatea din Keio) și Vincent MAZEAUD (Universitatea din Clermont-Ferrand) au confirmat, prin intervențiile lor, posibilitatea unei dezbateri în acest sens care transcende particularităților sistemelor naționale de drept, mai ales că această problemă constituie chiar obiectul cercetărilor academice întreprinse de ambii profesori intervenienți. Aceștia au ajuns, astfel, la concluzia existenței unei singure obligații care reflectă angajamentul asumat de cauțiunea personală, al cărei conținut își modifică însă natura și ajunge să presupună efectiv plata unei sume de bani numai la momentul manifestării riscului garantat, cel al insolvenței debitorului principal. O asemenea perspectivă, pe care dl. Naoki KANAYAMA o tratează și ca rezultat al unei condiții suspensive de care atâră obligația garantului, nu explică doar regimul fideiusiunii, ci și pe cel al oricăror alte situații în care o persoană o garantează pe alta împotriva realizării unor evenimente defavorabile pentru aceasta, de exemplu, contra viciilor ascunse ale bunului vândut. Ea permite, de asemenea, izolarea raporturilor juridice care se stabilesc între creditor și proprietarul bunului care va fi fost ipotecat în garanția datoriei unei terțe persoane.

Ziua de marți a fost dedicată cercetărilor mai de detaliu asupra regimului juridic al garanțiilor. În această privință, dna. Megumi HARA (Universitatea din Gakushuin) și dl. Romain BOFFA (Universitatea Paris Créteil) au dezbătut măsura în care sistemele de drept ar trebui să valideze afectarea în garanție nu doar a unui bun determinat, ci și a unui ansamblu de bunuri, în scopul executării unor creanțe. Dincolo de cazurile speciale recunoscute ca atare de lege, de exemplu, fondurile de comerț, agricole sau cele ale profesiilor liberale, s-a ajuns la concluzia că grevarea pe cale convențională a unui ansamblu de bunuri ar ridica dificultăți raportat la principiul specialității sarcinilor ipotecare. O asemenea afectare a bunurilor ar crea, de asemenea, premisele unei veritabile indisponibilizări, cel puțin în sens economic, a unei porțiuni consistente din

patrimoniul garantului, începând chiar cu primul credit contractat de debitor. Aceasta, deoarece alți creditori ar deveni reticenți în primirea unei garanții care nu ar obține decât un rang subsecvent în cazul executării silite a bunurilor. Această concluzie s-a apreciat a fi pertinentă și în ce privește "floating charge"-ul din *common law*, ale cărui avantaje economice s-a estimat oricum că ar putea fi atinse și pe alte căi, de exemplu, prin validarea posibilității de a fi ipotecate bunuri viitoare.

În continuare, discuția dintre d-nii. Yusuke ABE (Universitatea din Tohoku) și Christophe VERNIERES (Universitatea Paris 8 Vincennes-Saint-Denis) s-a concentrat asupra conținutului juridic al dreptului de urmărire, înțeles ca prerogativă esențială a dreptului real ipotecar. Discuția este necesară, deoarece știința juridică franceză a manifestat, de-a lungul timpului, tendința de a nega existența vreunei prerogative nemijlocite pe care titularul acestei garanții reale ar putea-o revendica asupra bunului grevat. O asemenea negare a părut necesară pentru conturarea unei soluții raționale în anumite situații cărora le este specifică disocierea efectelor creanței garantate de cele ale ipotecii. Totuși, această concluzie ridică probleme deosebite, dacă este să rămână în picioare ideea că ipoteca trebuie concepută ca un drept subiectiv și, cu atât mai mult, ca un drept real asupra bunului altuia. Asemenea dificultăți s-au manifestat chiar în practica recentă a instanțelor franceze, care au ajuns, de exemplu, la concluzia că acțiunea ipotecară ar trebui să supraviețuiască prescripției extinctive a creanței garantate. Această soluție, expres prevăzută, de exemplu, în noul Cod Civil român, a fost însă primită cu reticență în doctrina franceză, care și-a concentrat criticile inclusiv pe definirea obiectului acțiunii ipotecare. Amplele cercetări istorice întreprinse de dl. Yusuke ABE au surprins, totuși, elementele necesare în delimitarea raportului nemijlocit, specific drepturilor reale, dintre ipotecă și valoarea economică rezultată din executarea bunului grevat, precum și anumite nuanțe de exprimare normativă care sugerează ideea unei obligații a fiecărui proprietar al activelor ipotecate de a dezinteresa titularii sarcinilor reale.

Intervențiile finale ale atelierului au dezvoltat necesitatea definirii condițiilor de opozabilitate a garanțiilor reale. Concluzia dezbaterilor dintre dna. Keiko YOSHI (Universitatea din Meiji) și dl. Dominique LEGEAIS (Universitatea Paris 5 René Descartes) a constat în necesitatea de a fi abordate mai rațional meritele variilor registre de publicitate a drepturilor și situațiilor juridice. O analiză economică atentă s-a apreciat a fi de natură a nuanța entuziasmul tot mai accentuat al sistemelor de drept în direcția implementării unor registre atotcuprinzătoare, indiferente față de natura bunurilor implicate și intolerante față de posibilitatea ca existența anumitor sarcini, chiar dacă, aparent, oculte, să poată fi verificată și altfel decât prin consultarea înscrisurilor pertinente. De altfel, în practica franceză, s-a arătat că devine tot mai clară reticența agenților economici bancari față de asemenea sisteme de publicitate obligatorie, deoarece au fost dezvoltate mecanisme mai flexibile și mai puțin costisitoare de atingere a acelorași rezultate, de exemplu, în cazul anumitor cesiuni de creanță încheiate în scop de garanție. Într-o altă privință, am avut chiar surpriza să constat că juriștii japonezi întâmpină și ei, asemenea omologilor lor români anterior intrării în vigoare a noului Cod Civil, dificultăți în îmbinarea unei teorii negative a opozabilității drepturilor imobiliare, specifice concepției franceze, cu o procedură a acțiunilor de carte funciară și o organizare materială corespunzătoare, inspirate însă din sistemul german de publicitate imobiliară.

Închiderea lucrărilor a fost realizată de dl. Philippe DUPICHOT (Universitatea Paris 1 Panteon-Sorbona), care a organizat cu o deosebită atenție, alături de dl. Mustapha MEKKI (Universitatea Paris 13) și de dl. Naoki KANAYAMA (Universitatea din Keyo), primirea participanților și derularea atelierului științific. Lucrările acestuia vor fi publicate în volum, sub egida Asociației Henri Capitant a prietenilor culturii juridice franceze, dar și pe site-ul acestei asociații (www.henricapitant.org), de unde vor putea fi descărcate în mod gratuit.

* *Doctorand, Universitatea Paris 1 Panteon-Sorbona și Universitatea din București;*
boarflavius@yahoo.com.