

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4 / 2018
octombrie – decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: asist. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Mircea Dan BOB

conf.dr. Sergiu BOGDAN

lect.dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

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

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

CUPRINS / TABLE OF CONTENTS

- » **Studii:** Dan Andrei POPESCU (trad.) Christian VON BAR: *Regimul real al trustului, fondului fiduciar și fiduciei. Drept englez în spațiul dreptului civil?/The true legal regime of trust, pool fiduciaire, and of fiducie. English law in the area of civil law?*5-34
- » **Studi:** Juanita GOICOVICI: *Multiple-party, multi-claim litigation and permissive joinder – perspectives on the Consumer Law*35-63
- » **Studii:** Cristina TOMULEȚ: *Caracteristici fundamentale ale interpretării judiciare/Fundamental characteristics of judicial interpretation*64-111
- » **Articole:** Paul POPA: *Perspectives on theory of legal interactionism/Perspective cu privire la teoria interacționismului legal*.....112-129

STUDII

REGIMUL REAL AL TRUSTULUI, FONDULUI FIDUCIAR ȘI FIDUCIEI. DREPT ENGLEZ ÎN SPAȚIUL DREPTULUI CIVIL?¹

THE TRUE LEGAL REGIME OF TRUST, POOL *FIDUCIAIRE*, AND OF *FIDUCIE*. ENGLISH LAW IN THE AREA OF CIVIL LAW?

DOI:10.24193/SUBBjur.63(2018).4.1

Published Online: 2018-12-31

Christian VON BAR (autor), Dan-Andrei POPESCU (trad.)*

Abstract:

Several continental European states tried to integrate the Anglo-Saxon legal institution of trust into their Civil law, although they share different perspectives, which often makes this legal transplant an artificial one. This study aims to illustrate the real rights regarding the assets placed into a trust. We analysed the *trust interno* in Italian law; the fiduciary fund in the Czech Republic, Lithuania and Hungary, the French *fiducie* and the transfer as warranty under the German law. The conclusion of this study is that the trust institution cannot be integrated into continental law systems, mainly due to equity, another legal institution, specific to the Anglo-Saxon law, which is absent in the analysed legal systems.

Rezumat:

Mai multe state europene au încercat să integreze instituția anglo-saxonă a *trustului* în dreptul lor civil, cu toate că există diferențe de perspectivă ce fac ca acest transplant legal să fie unul artificial. Acest studiu urmărește să ilustreze drepturile reale asupra bunurilor care compun *trustul*. Am analizat *trust interno* din dreptul italian, fondul fiduciar din Cehia, Lituania și Ungaria, *la fiducie* din Franța, și

transferul cu titlu de garanție din dreptul german. Concluzia a fost că instituția trustului nu poate fi integrată în sistemele de drept continental mai ales datorită faptului că acestea nu cunosc și instituția anglo-saxonă a *equity*, fără de care acesta nu poate funcționa.

Keywords: trust, fiduciary fond, *fiducia*, legal transplant, equity.

Cuvinte cheie: trust, fond fiduciar, fiducie, transplant legal, *equity*.

1 Fundamentele trustului

Subiectul acestui articol dedicat Domnului Dan Chirică, cu cele mai calde urări cu ocazia zilei sale de naștere, îl constituie drepturile reale asupra bunurilor din trustul reglementat de dreptul englez, pe care dorim să le prezentăm prin prisma încercărilor câtorva state membre continental-europene de a le integra în dreptul lor civil. „Un trust este o relație juridică în cadrul căreia un *trustee* este ținut să administreze sau să dispună de un bun sau de mai multe bunuri (*the trust fund*), potrivit condițiilor și termenilor care guvernează relația (*trust terms*), în folosul unui beneficiar sau în scopuri de interes public” (DCFR X.-1:201). Angajarea bunurilor în scop fiduciar este posibilă atât pe baza unui act juridic, cât și în baza dreptului obiectiv. În acest din urmă caz, avem de-a face fie cu un *resulting trust*, fie cu un *constructive trust*². Constituirea trustului nu necesită o anumită formă³. Acest aspect este evident, în mod deosebit, în cazurile în care fondatorul trustului, constitutorul (*settlor*), convertește bunurile sale proprii în bunuri ale trustului, declarându-se pe sine însuși *trustee* al propriilor drepturi. Însă totdeauna factorul decisiv este acela să reiasă în mod clar, neechivoc, voința separării acestor bunuri de celelalte bunuri ale fiduciarului (*trustee*)⁴.

În urma angajării juridice a bunurilor într-un *trust*, în temeiul legii, privind lucrurile din perspectivă numerică, ies în evidență relațiile dintre

două persoane. Persoana din patrimoniul căreia provin drepturile inițiale devine *ex lege* beneficiar (*beneficiary*). Totuși, și în cazul angajării bunurilor în *trust* în temeiul unui act juridic, nu rare sunt cazurile în care relația este între două persoane, deoarece constituitorul (*settler*) nu doar că se poate numi beneficiar, ci el poate, în egală măsură, să transfere bunuri către un terț, numind pe acesta *trustee*, iar pe sine beneficiar⁵. Însă frecvent relațiile sunt între trei persoane: constituitorul (*settler*) transferă drepturi de creanță sau drepturi reale către un *trustee*, pentru ca acesta să le exercite în interesul unui terț beneficiar. Dacă drepturile acestea sunt drepturi în virtutea legii (*at law*), transferul va respecta regulile de *common law*⁶. Printre elementele esențiale ale acestor aranjamente se numără tocmai faptul că *trustee-ul* devine titularul dreptului în discuție, în general el devenind proprietarul bunului sau bunurilor respective. Dreptul său de proprietate (în cazul terenurilor, *freehold estate*, proprietatea deplină) este unul autentic, nu doar „formal”, fiindcă *trustee-ul* trebuie să gestioneze bunurile. Or, acest lucru devine posibil, pentru a elimina orice îndoială, numai dacă el devine proprietar în temeiul legii (*at law*). Mai ales atunci când există ansambluri de bunuri (*Sachgesamtheiten*), printre drepturile și obligațiile *trustee-ului* se numără înstrăinarea din punct de vedere economic a unora dintre activele integralității, încasarea rezultatului înstrăinării și folosirea acestuia pentru dobândirea de alte bunuri și drepturi.

În prezent, *trusturile* care au la bază un act juridic prezintă o varietate de forme și moduri de aplicare greu de estimat. Acestea servesc și astăzi conservării și administrării patrimoniului familial de la o generație la alta. După stingerea pasivului succesoral și executarea celorlalte dispoziții ale testatorului, succesiunea sau alte obiecte succesoriale individuale sunt transferate de executori – care, la rândul lor, au o poziție similară *trustee-ului*

– către *trustee*, în favoarea moștenitorilor beneficiari finali. Atunci, în baza legii, va lua naștere ceea ce se numește trust imobiliar (*trust of land*) când mai multor persoane li se atribuie, alăturat, un *legal estate*. În temeiul legii (*at law*) ia astfel naștere o proprietate în indiviziune (*Gesamthandsgemeinschaft*). În același timp, participanții (coindivizarii) păstrează, pentru a elimina orice îndoială, această proprietate pentru ei; ei vor fi atât *trustees*, cât și *beneficiari* (*tenants in common*) ai trustului în părți egale⁷. În felul acesta este garantată posibilitatea ca partea ideală de teren aparținând fiecăruia să facă obiectul tranzacționării. În calitatea sa de beneficiar, fiecare coproprietar poate dispune de partea sa în mod independent, fără consimțământul celorlalți. În tranzacțiile comerciale trusturile sunt folosite, printre altele, pentru ca asociații pasivi să poată avea o influență asupra gestionării societății. Reglementări cuprinzătoare, *settlements* (precursorii trusturilor) sunt folosite în mod obișnuit și pentru atribuirea și gestionarea activelor unei societăți de persoane fără personalitate juridică proprie (*partnership*). Faptul că trusturile sunt folosite uneori și în scopuri abuzive și anticoncurențiale este demonstrat tocmai de apariția dreptului modern al concurenței ca drept antitrust (*anti-trust law*). Desigur, este vorba și despre epuizarea marjelor oferite de dreptul fiscal, precum și despre tentația de manipulare a obligațiilor în materie de asigurare socială prin intermediul trusturilor, pe mai multe niveluri⁸.

2 Repere de natură reală (*Sachenrechtsnahe Merkmale*) privind statutului juridic al beneficiarului

Din perspectivă reală se pune problema statutului juridic al beneficiarului. De fapt, aceasta este și singura particularitate a trustului, ea fiind, totodată, și cel mai greu de cuprins. Constituitorul (*settlor*) este considerat ieșit din joc, din perspectivă reală, dacă și în măsura în care acesta nu se numește pe sine beneficiar (sau dacă nu este considerat de lege ca având această calitate). În varianta de bază a trustului legal tripartit, constituitorul nu conservă vreun drept propriu asupra bunurilor trustului. *Trustee-ul*, pe de altă parte, devine proprietarul unic al dreptului respectiv, dispunând în nume propriu. Faptul că a acceptat față de constituitor să preia bunurile care fac obiectul trustului în interesul unui terț, nu are niciun efect juridic, din punct de vedere real, în ce privește raportul dintre constituitor și *trustee*; în lipsa lui *consideration*, între ei nu există nici măcar o obligație contractuală continuă⁹. Față de *trustee*, constituitorul se poate asigura numai rezervându-și dreptul de a-l demite în anumite condiții și de a-l înlocui cu un altul; ultimul dintre mijloace este cererea de demitere înaintată instanței (art. 41 Trustee Act 1925). În orice caz, obligația de respectare a angajamentelor legate de *trust* există numai față de beneficiar; numai el poate intenta o acțiune pentru abuz de încredere (*breach of trust*). Nici această plângere nu are însă o bază juridică întemeiată pe contract, nici chiar pe un contract în favoarea unui terț¹⁰. Este vorba, mai degrabă, despre o plângere aparte, care oscilează între natura de sarcină reală și cea de obligație contractuală¹¹. Aceasta este fondată în temeiul lui *equity*, neîncadrându-se în categoriile legale comune (*at law*).

În lipsa acestei plângeri, sub aspect real, *trustee-ul* nu s-ar deosebi cu nimic de ceilalți titulari ai unui drept de aceeași natură.

Statutul juridic al beneficiarului nu are legătură cu „proprietatea” în sensul dreptului continental. „Sciziunea” proprietății („*Gespaltenes, Eigentum*”) este o contradicție în termeni; tehnic vorbind, ea nu există nici de-o parte și nici de cealaltă a canalului (*weder auf der einen noch auf der anderen Seite des Kanals*). Beneficiarului nu îi aparțin nici măcar fructele bunurilor trustului *in specie*; nu îi revine decât un drept de plată după ce se scad toate cheltuielile necesare și onorariul *trustee-ului*. Oricum, există un mare număr de bunuri ale trustului, care, pur și simplu prin natura lor, nu pot constitui elemente de referință pentru bunurile civile. Aici intră nu doar creanțele și produsele lor (*trust of money*), ci și „valoarea” (fluctuantă) a bunurilor, cât și *equitable interests* însele. În cazul unui *sub-trust*, drepturile *dintr-un* trust sunt transferate în alt trust. Dacă dreptul unui beneficiar ar fi descris ca fiind un drept de „proprietate”, ne-am afla în situația unei „proprietăți asupra proprietății” („*Eigentum an Eigentum*”). Aceasta ar fi o construcție golită de sens pentru că proprietatea se caracterizează tocmai prin faptul că poate fi grevată de orice alt drept real, dar nu va putea niciodată să reprezinte o grevare a unui alt drept. Faptul că *equitable interest* (sau *beneficial*) al beneficiarului este considerat a fi un drept transferabil și grevabil¹², face ca acesta să se aproprie oarecum de natura unui drept real; cu toate acestea, și în sistemele de drept civil pot fi transferate (chiar dacă numai cu drepturi reale recunoscute de acele sisteme) și grevate drepturi pure de creanță izvorând dintr-un veritabil contract în favoarea unei terțe persoane. Natura de drept de real a acestui interes (*beneficial interest*) este însă greu de fixat, ea neputând decurge doar din caracterul său transferabil sau grevabil;

dimpotrivă, acestea din urmă trebuie supuse, la rândul lor, unor reguli specifice.

Împotriva caracterului real al *beneficial interest* există „regula” potrivit căreia beneficiarul nu poate, în principiu, să se apere împotriva ingerințelor terților în patrimoniul trustului¹³. În principiu, *trustee-ului* îi revine gestionarea și, deci, și protecția bunurilor trustului (*trust property*), deoarece el este titularul dreptului de proprietate după *common law* (*legal property right*) și, ca atare, el este singurul care poate exercita remediile și acțiunile din *common law*. În plus, în cazul acelor structuri de trust, care sunt mai puțin clare și au o multitudine de beneficiari, se dorește a fi avută în vedere problema extinderii necontrolate a răspunderii („*floodgates argument*”), care ar apărea în mod inevitabil, dacă și beneficiarii ar avea dreptul la acțiune în justiție. În realitate, situația juridică este mult mai complicată. Principiul potrivit căruia beneficiarul trebuie să pretindă *trustee-ului* adoptarea de măsuri împotriva terților care tulbură folosința a fost înfrânt de atât de multe excepții, încât este greu să se mai poată spune care este realmente regula și care este excepția. În orice caz, trebuie avut în vedere că beneficiarul poate fi și coproprietarul bunului, calitate în care poate deține un titlu de proprietate suficient (*possessory title*) pentru legitimarea sa activă în caz de intruziune (*trespass*) sau neglijență (*negligence*); în virtutea art. 12(1) din *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* (TLATA), beneficiarul are chiar dreptul, în anumite condiții, să ia în posesie *terenuri* care au legătură cu trustul¹⁴. De mult timp a fost recunoscut faptul că beneficiarul poate intenta acțiune împotriva autorului transformării, neglijenței, intruziunii și tulburării (*conversion, negligence, trespass and nuisance*) dacă *trustee-ul* nu ia măsuri sau este împiedicat să ia astfel de măsuri¹⁵. În această situație, există o acumulare obiectivă de acțiuni intentate.

Acțiunea față de *trustee*, pentru ca acesta să-și exercite obligația de protecție, este combinată cu o acțiune derivată din dreptul său (*derivative action*) față de autorul tulburării. *Trustee-ul* se va afla în litigiu alături de pârât. Recent, jurisprudența a făcut încă un pas important înainte, beneficiarul putând acum să-și protejeze propriul interes (*beneficial interest*), nu doar interesul existent al activelor trustului. În acest sens, poate intenta acțiune invocând neglijența (*negligence*), ceea ce este însă stupefiant pentru că aceasta este o acțiune din *common law* (nu din *equity*). Beneficiarul îl va menține în proces pe *trustee* (ca parte - *joiner of parties*)¹⁶, ceea ce va fi însă doar o simplă formalitate dacă trustul în cauză este un trust nud (*bare trust*). În cadrul unui *bare trust* beneficiarul poate să dea *trustee-ului* instrucțiuni de tot felul. De aceea, beneficiarul trebuie să poată fi în măsură să introducă acțiune în daune-interese direct împotriva lui *trustee*. El nu este condiționat de obligația de a cere plata către *trustee*¹⁷; în cadrul unui *bare trust* *trustee-ul* nu are, într-o oarecare măsură, „oricum nimic de spus”.

Printre caracteristicile asemănătoare celor de natură reală ale statutului juridic al *beneficiarului*, se numără și protecția contra insolvenței față de creditorii *trustee-ului*. Este unul dintre principiile structurale caracteristice ale *equitable interest*. În caz de insolvență a unei persoane, patrimoniul acesteia va trece, în baza legii, la administratorul insolvenței (tot un *trustee*, dar în acest caz un *trustee* al falimentului – *trustee in bankruptcy*) (art. 302, 305(2), 330 Insolvency Act 1986). Însă bunurile trustului (*trust property*) sunt, în mod expres, excluse de la o astfel de măsură (art. 283(3)(a) loc. cit.). Patrimoniul atribuit beneficiarului nu face parte din masa insolvenței *trustee-ului* (eventual va face parte din masa insolvenței beneficiarului). În cazul în care creditorii *trustee-ului* au acces la patrimoniul trustului, beneficiarul poate solicita instanței emiterea unei ordonanțe de

abținere – *Unterlassungsverfügung (injunction)* împotriva acestora, ceea ce, la rândul său, constituie un remediu în *equity (equitable remedy)*. Asemănător ca natură cu dreptul real este și dreptul beneficiarului de dizolvare și de transfer. În *bare trust* beneficiarul poate dispune de soarta bunurilor trustului (*trust property*) după bunul plac, el având mai ales posibilitatea să ceară, în orice moment, dizolvarea și transferul acestui patrimoniu către el. Probabil că acesta a fost tipul de *trust* care a alimentat ideea larg răspândită că am fi în prezența unei sciziuni a proprietății, într-una „formală” și o alta „economică”. Potrivit regulii din *Saunders c. Vautier*, în toate trusturile beneficiarul are dreptul să ceară dizolvarea acestora și obținerea *legal title* în măsura în care doar beneficiarul este major și are capacitate juridică, iar bunurile trustului îi revin exclusiv, conform obiectului acestuia¹⁸. Această creanță există de drept și nu poate face obiectul vreunei renunțări. Beneficiarul care, în acest sens, are drepturi depline, poate să îl înlăture în orice moment pe *trustee* din funcția sa, trecându-se pe sine titular al dreptului avut (înainte) în trust.

3 Subrogare în loc de pierderea drepturilor – privire specială

Cheia propriu zisă pentru înțelegerea componentelor de natură reală care se regăsesc în trustul din legea engleză este instrumentul subrogației reale. Interesul propriu al beneficiarului (*beneficial interests*) va continua să fie protejat de insolvență în patrimoniul *trustee-ului*, chiar dacă acesta a adoptat decizii care au condus la restructurarea acestui patrimoniu (*realiter*). Faptul că bunuri care au legătură cu trustul nu vor mai avea această legătură, devenind libere de *trust*, nu antrenează pierderea drepturilor beneficiarului.

Acestea vor fi, mai degrabă, „redirijate” spre active/assets (sau profituri/profits) pe care *trustee-ul* respectiv le-a obținut cu ajutorul lor. În locul bunului vechi trece cel nou, care va reînnoi legătura cu trustul (și este, într-adevăr, vorba despre un „bun” pentru că devine elementul de referință al unui interes similar, propriu al beneficiarului (*beneficial interest*). Acesta este mecanismul de înlocuire care, la nevoie, poate fi prelungit prin lanțuri de subrogații cu multe verigi, conferind definitiv statutului juridic de beneficiar o validitate față de terți; astfel se explică de ce cei mai mulți juriști englezi (și irlandezi) îi atestă astăzi o calitate similară celei ce ține de natura dreptului real¹⁹.

Potrivit regulii de bază, legătura cu trustul se stinge pentru lucrurile pe care *trustee-ul* le transferă în mod abuziv (*breach of trust*), cu titlu oneros, către terțul de bună-credință²⁰. În cazul abuzului de încredere (*breach of trust*), când *trustee-ul* dispune și își depășește astfel competențele, înseamnă că lezează *beneficial interest*. În cazul obișnuit, când trustul este constituit prin act juridic, va fi vorba despre o încălcare a dispozițiilor din actul trustului respectiv (*trust document*). Numai terțul care dobândește cu titlu gratuit și/sau cu rea-credință devine *ex lege* el însuși (*constructive*) *trustee*; el va fi tratat, în orice caz, ca *trustee-ul* bunului în cauză. Faptul că el poate să răspundă față de beneficiar și din alte motive de ordin juridic, nu prezintă relevanță pentru analiza din perspectiva regimului real (*sachenrechtliche Analyse*). În schimb, trebuie reținut că dobânditorul cu titlu gratuit este lipsit de protecție²¹. În cazul drepturilor imobiliare, acesta este oricum singurul criteriu de departajare. Buna-credință, respectiv reaua-credință nu contează în această situație; cine dobândește cu titlu oneros, dobândește liber de trust (*trustfree*). *Overreaching*, aceasta este denumirea pentru un astfel de exces. Cu alte cuvinte, protecția succesiunii (*Sukzessionsschutz*) este și mai mult

redușă în dreptul imobiliar. În timp ce *equitable interests* și *personal property* dispar numai în urma dobândirii de bună-credință și negrevate de sarcini, în dreptul imobiliar daunele se produc doar prin gratuitate, nu și prin rea-credință. *Equitable interests* din trustul imobiliar (*trust of land*), respectiv din *settlement* („precursor” al *trust of land*) nu pot face obiectul înregistrării. Dreptul beneficiarului, legat inițial de *teren*, este înlocuit prin subrogarea produsului, vărsat *trustee-ului* în urma înstrăinării (art. 2 și 27 Law of Property Act 1925). Caracterul negociabil al bunurilor mobile se menține prin regulile cu privire la dobândirea de bună-credință și liberă de sarcini, iar caracterul negociabil al *legal estates*, prin *overreaching*.

Pierderea legăturii bunului inițial cu trustul nu înseamnă însă, cum am spus, că se pierde *beneficial interest*. Acesta se menține prin alt element de referință: pierderea dreptului se compensează prin subrogația reală. *Equitable interests*, în special cele dintr-un trust imobiliar, sunt concepute ca grevări temporare, convertindu-se într-o poziție juridică în *trust of money*. Protecția terților în acest caz trece în mod evident în urma protecției terților așa cum este aceasta concepută de *common law*; totuși, se menține o protecție a terților „în funcție de valoare”. Această protecție se realizează în tehnicile de subrogare, denumite *tracing* și *following*. *Tracing* trebuie să fie o formă de „vindicare” a *property rights* în cazul deturnării patrimoniului trustului (*trust property*)²²; *following* se referă la identificarea patrimoniului trustului (*trust property*) în patrimoniul unui terț, care nu a dobândit *legal title* din lipsă de bună-credință sau pentru că dobândirea nu a fost una cu titlu oneros²³. Beneficiarul are și posibilitatea să aprobe o dispoziție nevalidă, pentru ca, în această manieră, să convertească dreptul său într-unul asupra *commodum ex re*²⁴. Astfel, el poate alege între propriul său *beneficial interest* din patrimoniul „vechiului” și „noului” *trustee* (care este acum *constructif*). O

importanță deosebită o are *tracingul*, în mod deosebit la plata de active ale trustului (*trust property*) pe conturi bancare.

4 Protecția terților în tranzacțiile fiduciare în virtutea dreptului civil

Fără *equity* nu există *trust*. De aceea, sunt necesare regulile, iar regulile au evoluat de-a lungul secolelor și au fost redefinite în mai multe etape. Deoarece sistemele de drept privat continentale nu au avut niciun motiv pentru dezvoltarea acestor reguli, ele nu conțin un drept al trustului, și mai ales nu conțin vreun drept subiectiv echivalent celor de natură reală în virtutea cărora unui beneficiar să îi fie atribuită această calitate. Sistemele de drept continentale se referă la tranzacții fiduciare, nu la *trusturi*; mai mult, ele nici nu se pot apropia de acestea din urmă. În ultimul timp, pe continent se înmulțesc încercările de experimentare a figurilor juridice cărora li se atribuie denumirea de „trust”. Motivul unui asemenea demers – atragerea de investitori în propria țară – nu poate să ascundă faptul că eticheta nu se potrivește conținutului.

4.1 „Trust interno” din dreptul italian

Nici măcar *trust interno* din dreptul italian nu este dincolo de orice îndoială din acest punct de vedere. Italia a aderat la *Convenția de la Haga din 1 iulie 1985 privind legea aplicabilă trusturilor și recunoașterea acestora*, intrată în vigoare în anul 2007, dar nu a formulat vreo rezervă în ceea ce privește art. 13 din Convenție. De aceea, se conchide, în general, că trustul poate fi instituit în Italia după legea altei țări, ca de exemplu după legea engleză (cu toate că încă nu există o confirmare din partea Curții de Casație),

dacă – făcând abstracție doar de alegerea legii aplicabile – este vorba despre un caz exclusiv după legea internă²⁵. În egală măsură, trustul instituit în virtutea unei jurisdicții de *common law* rămâne tot un trust „italian”, fiindcă nu se aduce atingere dreptului național imperativ (art. 15 și 18 din Convenție). Din această cauză, anumite trusturi de utilitate publică sunt supuse transcripției (*trascrizione*) în Registrul imobiliar (art. 2645 Cod civil italian) – astfel, constituitorul (*settlor*) și *trustee-ul* nu trebuie să fie una și aceeași persoană²⁶. Acesta este motivul pentru care jurisprudența (instanțelor) de până la acest moment insistă pe faptul că trustul poate fi folosit numai în scopuri care merită să fie protejate și numai dacă nu poate fi realizat în baza unei instituții juridice familiare dreptului italian autonom²⁷. *Trust interno* ar fi doar o simplă instituție juridică reziduală (*istituto giuridico residuale*).

4.2 Cehia și Lituania

Diferențele dintre trustul având ca reper legea engleză, pe de-o parte, și fondul fiduciar după legea cehă, lituaniană și maghiară, pe de altă parte, sunt și mai mari. Cu excepția versiunii lituaniene, acestea nu mai prezintă structuri specifice, în sens restrâns, de natură reală (*sachenrechtlichen Strukturen*). Fondul funciar după legea cehă aparține, din punct de vedere sistematic, dreptului privind administrarea patrimoniului altuia, fiind reglementat în special în materia drepturilor reale (*im Sachenrecht geregelt ist*) deși constituie, în esență, un raport juridic tripartit de natură pur obligațională. Potrivit § 1456 din Codul civil ceh, un „fiduciar” are dreptul „... la gestionarea integrală a activelor fondului fiduciar”. Acesta este înscris „în registrul public sau în alt registru (...) ca proprietar (...) cu mențiunea «fiduciar»”, cu toate că patrimoniul nu este proprietatea sa sub aspect

material²⁸. Se prezumă (*widerlegliche vermutung*) că administratorul acționează în numele proprietarului și pe cont propriu (§ 436 alin. (1) Cod civil ceh); aceasta nu exclude însă în mod necesar posibilitatea ca proprietarul, respectiv beneficiarul să continue să dispună de propria situație juridică. Aceasta este și situația de la care pornește dreptul lituanian (constituitorul rămâne proprietar: art. 6.953 alin. (2) lit. Cod civil), după care face un pas decisiv mai departe, sub aspect sistematic, pentru că îl califică pe fiduciar ca titular al unui drept real independent (*ius in re aliena*)²⁹. În acest fel, va putea să posede, folosească și dispună de patrimoniul fiduciar pe baza procedurii și condițiilor stabilite de constituitor (art. 4.106 alin. (1) lit. Cod civil), precum și să valorifice căile de atac asociate cu acesta (art. 6.963 alin. (3) loc. cit.). Creditorilor constituitorului le este retras patrimoniul fiduciar, cu excepția situației în care constituitorul devine insolubil (art. 6.961 alin. (2) loc. cit.). Atunci, fiducia încetează *ex lege*; patrimoniul separat este restituit constituitorului. Din tranzacții cu patrimoniul fiduciar, creditorii au dreptul să își realizeze drepturile prin executare în acest patrimoniu, cât și în patrimoniul constituitorului (art. 6.965 alin. (4) loc. cit.). Și aceasta este o soluție profund „ne-engleză”, dar măcar este o soluție și încă una care contribuie la prevenirea abuzului într-un sistem de drept civil. Durata fiduciei este de cel mult 20 de ani, cu posibilitatea de prelungire (art. 6.959 alin. (2) și alin. (3) loc. cit.). În cazul imobilelor este necesară legalizarea notarială și înscrierea în registrul imobiliar (art. 6.960 alin. (2) și alin. (3) loc. cit.).

Deosebirile fundamentale dintre trustul după legea engleză și fondul fiduciar de drept ceh sunt evidente și prin faptul că în cazul legislației cehe constituitorul și beneficiarul au practic drepturi identice față de fiduciar (*administrator*). Constituitorul numește și revocă fiduciarul (§§ 1455 alin. (1) coroborat cu art. 1441 Cod civil ceh). Constituitorul poate cere informații și

situația contabilă (§ 1465 alin. (2) Cod civil ceh), totodată, el poate solicita instanței, ca fiduciarului să i se stabilească sau interzică anumite acțiuni, precum și să declare nule anumite acte juridice ale fiduciarului, încheiate cu terți din afară, ceea ce nu va afecta însă terții de bună-credință (§ 1466 alin. (1) loc. cit.). Toate aceste drepturi și competențe îi revin și beneficiarului; dreptul de revocare, evident, îl va avea numai dacă rezultă din statut (1455 alin. (1) teza II, loc. cit.). Mecanismul de subrogare caracteristic trustului lipsește în acest caz. Nu contează nici măcar dacă un terț dobândește patrimoniul fiduciar în mod oneros sau cu titlu gratuit. Dacă fiduciarul își depășește competențele, beneficiarul trebuie să introducă acțiune în anulare. Dacă se finalizează cu anulare, aceasta are efect *ex tunc*, cu condiția ca terțul să fi fost de rea-credință.

Fondul fiduciar ia naștere numai prin act juridic (contract sau act pentru cauză de moarte), neexistând nici în acest caz un corespondent pentru *resulting trusts* sau *constructive trusts* din dreptul englez. Totodată, instituirea unui fond fiduciar necesită înregistrarea în registrul fondului fiduciar (§ 1451 alin. (2) și alin. (3) Cod civil ceh), pentru a putea produce efecte. „Fiecare fond funciar trebuie să aibă un statut” (§ 1452 Cod civil ceh), care, la rândul său, trebuie să îmbrace forma autentică (*öffentliche Urkunde* – § 567 loc. cit.). Ne apropiem astfel de normele care reglementează fundațiile. Bunurile transferate într-un fond fiduciar sunt calificate ca „bunurilor separate și independente” (§ 1448 alin. (2) loc. cit.), în ciuda faptului că este greu de înțeles acest lucru. Folosind exprimarea tradițională din materia drepturilor reale, avem aici un proprietar fără drepturi, un dobânditor de drepturi fără proprietate și o proprietate fără proprietar. Beneficiarul are doar o creanță față de fiduciar, nu și un drept real asupra bunurilor grevate. Faptul că bunurile deținute în fiducie nu intră în masa

debitoare în caz de insolvabilitate a constitutorului, fiduciarului sau beneficiarului, nu schimbă situația cu nimic; pentru datoriile fondului fiduciar răspunde numai el.

4.3 Ungaria

Și Ungaria și-a reglementat, între timp, un regim de administrare fiduciară a patrimoniului (*Bizalmi vagyonkezelés*). Contractul respectiv conferă administratorului dreptul de a gestiona, „în nume propriu”, bunurile și drepturile „transmise lui în proprietate”, în favoarea unui beneficiar sau în favoarea celui ce a transmis bunurile – *Vermögensgeber* (§ 6:310 alin. (1) Cod civil ungar). Până aici nimic de remarcat din punct de vedere al regimului real (*Sachenrechtlich*). Fiindcă, nu-i așa, de ce proprietarul nu și-ar „gestiona” bunurile sale în nume propriu? Cedentul își transferă proprietatea, dar nu stabilește doar beneficiarul, ci poate hotărî, în egală măsură, când și în ce condiții patrimoniul să-i revină înapoi, lui (cedentului), sau să poată fi transferat unui terț (§ 6:311 alin. (2) loc. cit.). Bunurile administrate rămân separate din punct de vedere juridic de restul bunurilor administratorului (§ 6:312 alin. (1) loc. cit.). De remarcat aici norma care prevede subrogația (*Surrogationsnorm*), (din § 6:312 alin. (3) loc. cit.), potrivit căreia „bunurile, sumele asigurate, sumele cuvenite drept despăgubiri sau alte valori, precum și fructele acestora preiau locul activelor respective, formând o parte a activelor administrate”, chiar dacă nu au fost înregistrate în registrul activelor, registru care trebuie creat la momentul instituirii fondului. Totuși, beneficiarul nu dispune de un drept de proprietate care să împiedice sau să stânjenească dreptul de dispoziție al administratorului; acțiunea în restituire (*Herausgabeanspruch*) având ca obiect fructele, precum și, dacă este prevăzut în contract, bunurile (§ 6:314 alin. (1) loc. cit.), nu va prevala asupra

dreptului de creanță izvorând dintr-un contract în favoarea terțului. Chiar dacă beneficiarul are un drept de control (§ 6:315 loc. cit.), el nu are dreptul de a da instrucțiuni (§ 6:316 loc. cit.). Ceea ce la o primă vedere pare a fi o chestiune de natură reală – acțiunea beneficiarului (dar și a constitutorului, care a transmis bunurile – *Vermögensgebers*) îndreptată, în temeiul § 6:318 alin. (3) loc. cit., împotriva dobânditorului de rea-credință sau a celui care a dobândit cu titlu gratuit, având ca obiect restituirea în patrimoniul administrat a bunurilor dobândite – se dovedește a fi, la o privire mai atentă, un remediu juridic de natură pur obligațională (*ein rein schuldrechtlicher Rechtsbehelf*). La urma urmei, terțul a dobândit de la cel îndreptățit. Administrarea fiduciară a bunurilor încetează, printre altele, atunci când administratorul acestora renunță la administrare (§ 6:326 alin. (1) lit. b) loc. cit.). În acest caz, bunurile rămase se transferă noului administrator sau, dacă un astfel de administrator nu există, transferul va opera înapoi la cel care a transmis bunurile (§ 6:328 alin. (1) loc. cit.); legea nu precizează dacă se mențin drepturile beneficiarului în ultima situație.

5 Fiducia și proprietatea transmisă cu titlu de garanție (*Sicherungseigentum*)

La Fiducie-sûreté, fiducia cu titlu de garanție din dreptul francez, român³⁰ și luxemburghez³¹, ca și cea întâlnită în numeroase alte sisteme de drept europene (mai ales cea sub forma cesiunii în garanție) nu fac parte decât sub aspect lingvistic din aceeași grupă de cuvinte (*Wortgruppe*) cu trustul („loialitate”, „încredere”). Sub aspect real (*Sachenrechtlich*) nu trebuie pus semnul egalității între acestea, deoarece ele dau naștere la interese de

securitate (drepturi de garanție, *Sicherungsrechte*) care se autodeservesc. Funcțiunea lor principală este aceea de a asigura protecția împrumutatului care a transferat bunuri sau un alte drepturi, pentru a și le putea recupera dacă și atât timp cât el însuși respectă termenii și condițiile contractului. Soluția este (dar numai în acest caz) asemănătoare celei din trust: acordarea de drepturi preferențiale pentru împrumutat și „constituitor” față de alți creditori ai creditorului și *trustee-ului*/fiduciarului în ipoteza insolvenței acestora din urmă. Însă, în situația în care constituitorul (și împrumutatul) devin insolvabili, trebuie clarificat dacă împrumutatului (și împrumutătorului) le revin realmente toate drepturile unui proprietar „autentic” ori dacă ar fi „retrogradați” pe poziția creditorului gajist în virtutea principiilor dreptului insolvenței. La urma urmei, ne aflăm, sub aspect economic, în imediata vecinătate a unui drept de gaj fără posesie, care, în plus, nu este nici înregistrat. Spre deosebire de trust, în cazul fiduciei nu se produce nicio modificare în privința regulilor statutului real (*bleibt unter einer Treuhand aber das private Sachenrecht völlig unverändert*). Din punct de vedere al dreptului privat, relațiile fiduciare au legătură regimul drepturilor reale numai dacă și în măsura în care se produce un transfer de drepturi către un fiduciar; cu alte cuvinte, în cazul fiduciei cu rol de garanție transferul se face către creditor. Restul ține de dreptul obligațiilor; spre deosebire de *beneficiar*, pentru constituitor nu se nasc drepturi specifice de natură reală. Drepturile sale decurg *exclusiv din acordul de fiducie*. În favoarea sa nu produce efecte nici mecanismul subrogației, nici protecția față de actele de dispoziție de natură reală: aceste drepturi aparțin „fiduciarului” desemnat ca titular al dreptului. Din raporturile de fiducie, constituitorul nu va putea porni acțiune directă împotriva partenerului contractual al fiduciarului. Faptul că constituentul ocupă o poziție particulară se dovedește abia din perspectiva

normelor privind executarea silită, dacă acestea din urmă sunt interpretate ca element codeterminant al statutului real obișnuit. În cazul simplei fiducii de administrare, respectiv *fiducie-gestion*, punctul de pornire va fi același. Desigur, este constituită în beneficiul unui terț, însă pentru înființare este necesar transferul dreptului în discuție asupra fiduciarului, ceea ce înseamnă că avem de-a face cu un veritabil drept real. Orice altceva se regăsește în adaptări ale dreptului insolvenței la o relație contractuală special configurată în temeiul dreptului obligațiilor, printre care mai ales puterea care revine constituitorului atunci când insolvența administratorului impune separarea. Este evidentă aici o slabă „protecție pentru terți”, corespunzând doar parțial celei din sfera drepturilor reale.

5.1 La Fiducie

Din 2007, art. 2011 Cod civil francez definește fiducia (*fiducie*) drept „operațiunea prin care unul sau mai mulți constituitori transferă bunuri, drepturi sau garanții ori un ansamblu de bunuri, drepturi sau garanții către unul sau mai mulți fiduciar (fiduciaires), care le separă pe acestea de propriile lor active, pentru a le ține la dispoziția unuia sau mai multor beneficiari, într-un scop determinat.” Așadar, suntem în situația unui contract *translativ de proprietate* prin care un fiduciant (*fiduciant*) - sau *constituant* - transferă patrimoniu fiduciar (*patrimoine fiduciaire*) către un fiduciar (*fiduciaire*) cu condiția ca beneficiile acestor active să fie transmise unei anumite persoane. Contractul de fiducie a fost inclus în Cartea a treia din Codul civil francez, „Despre diferitele moduri de dobândire a proprietății” („Des différentes manières dont on acquiert la propriété”), pentru a împiedica o „dublare a proprietății” („doublement de la propriété”) pentru beneficiari și fiduciar – această situație fiind interpretată în Franța drept o caracteristică a

trustului englez. Legea distinge între fiducia de gestiune (*la fiducie-gestion*, răspândită mai ales în tranzacțiile cu acțiuni și valori mobiliare) și fiducia de garanție (*la fiducie-sûreté*). În virtutea acestei legi, debitorul transferă dreptul în discuție asupra creditorului său, cu obligația retransferării după rambursarea debitului. Altfel, așa cum se formulează ocazional, creditorul „dobândește definitiv întreaga proprietate”, fără ca pentru aceasta să trebuiască să concureze cu alți creditori ai fiduciantului³². Fiduciantul nu se va putea numi pe sine însuși fiduciar, pentru că, în cazul acesta, nu ar exista contract (art. 2012 loc. cit.). Totuși, după cum se întâmplă în cele mai multe cazuri, constituitorul și beneficiarul sunt identici, la fel, fiduciarul și beneficiarul (art. 2016 loc. cit.). Fiducia nu presupune în mod necesar existența unei relații între trei persoane³³. Fiducia-garanție este considerată „regina garanțiilor”, deoarece activele fiduciei nu sunt accesibile nici celorlalți creditori ai constituitorului (care, de regulă, este și singurul beneficiar) și nici fiduciarului³⁴. Printre numeroasele diferențe față de trustul din dreptul englez se numără faptul că fiducia în scop de garanție nu poate fi instituită decât în favoarea unor instituții financiare, societăți de asigurări și avocați (art. 2015 Cod civil francez), cu toate că, între timp, după abrogarea art. 2014 Cod civil francez, oricine (inclusiv persoane fizice) poate să constituie o fiducie. Contractul necesită forma scrisă (art. 2018 op. cit.) și trebuie înscris în registrul fiscal de la administrația financiară competentă (art. 2019 alin. (1) loc. cit.); în caz contrar, contractul este lovit de nulitate. În egală măsură este nulă și *la fiducie-libéralité*, adică fiducia gratuită (art. 2013 Cod civil francez).

Fiduciile cu caracter imobiliar trebuie publicate în evidența imobiliară, *fichier immobilier* (art. 2021(2) Cod civil francez), ceea ce reprezintă o altă diferență evidentă față de reglementarea din dreptul englez. O altă deosebire ar fi aceea că, în absența unui acord contrar, creditorul

fiduciar va putea urmări nu numai activele fiduciei, dar și pe cele ale constituitorului (art. 2025 loc. cit.). Cu toate acestea, beneficiarul nu dobândește o protecție de natură reală (*sachenrechtlicher Schutz*) nici în cazul *fiducie-sûreté* și nici în cel al *fiducie-gestion*. Precum constituantul, el are dreptul să ceară darea de seamă (art. 2022 alin. (3) loc. cit.) și să ceară în instanță numirea unui administrator supleant dacă cel actual își încalcă obligațiile care-i revin sau devine insolubil (art. 2027 loc. cit.). Totodată, dacă va deveni terț la un moment dat, beneficiarul are posibilitatea, potrivit regulilor stipulației pentru altul (*stipulation pour autrui*), să solicite anularea dispozițiilor contrare ale fiduciarului. În cazul succesului acțiunii în anulare, bunurile în discuție se restituie *ex lege* patrimoniului fiduciar (*patrimoine fiduciaire*).

Doctrina franceză are dificultăți neobișnuit de mari cu fiducia. Proprietatea fiduciară trebuie să se distingă față de proprietatea „ordinară” (*„gewöhnlichem,, Eigentum*) prin faptul că fiduciarul nu culege avantajele economice ale proprietății³⁵, ceea ce pentru *la fiducie-gestion* este corect sub aspect descriptiv; din punct de vedere analitic însă, nu ne ajută mai departe, deoarece, oricum (*ohnehin*) proprietatea nu este constituită din avantajele economice ale unui bun (*nicht aus den wirtschaftlichen Vorteilen einer Sache konstituiert*). Un alt factor deranjant este faptul că fiducia poate dura cel mult 99 de ani (art. 2018 alin. (2) loc. cit.). În felul acesta, se conferă caracteristicile unei proprietăți limitate în timp³⁶. Desigur, obiecțiile sunt evidente, pentru că proprietatea este, fără excepție, „eternă”, în sensul că există atâta timp cât continuă să existe și elementul său de referință. După trecerea termenului de 99 de ani, acest element dispare; patrimoniul fiduciar nu mai există. De asemenea, se constată un conflict cu art. 544 Cod civil francez, care se referă la caracterul exclusiv al proprietății. Cel din urmă nu este garantat în cazul

fiduciei, deoarece fiduciarul și-ar putea pierde iarăși autoritatea sa legală, prin decizie a constitutorului³⁷. De aceea, „nu există vreo îndoială” că proprietatea fiduciară nu este „liberă”, ci doar o proprietate „grevată” (*une propriété avec charge* - proprietate cu sarcină)³⁸. Problema aici este că nu se întrevește vreun drept de natură reală care să poată fi atribuit fiduciantului. Se menține astfel regula generală, că proprietarul are puteri legale nelimitate atâta timp cât este proprietar. Alți autori doresc să înlăture ceea ce ei consideră a fi o problemă; teza lor este următoarea: fiduciarul are, în realitate, doar un drept real limitat asupra bunurilor altuia, acesta fiind fiduciantul (*droit réel sur la chose d'autrui*). Dar el nu este proprietarul în acest moment³⁹. În consecință, nici această teorie nu poate opera, fiindcă nu poate fi în concordanță cu art. 2011 Cod civil francez. Confuzia este considerabilă, dar inutilă, fiind cauzată de faptul că legea nu se concentrează pe statutul juridic al beneficiarului, ci pe relațiile dintre constitutor și fiduciar. Statutul juridic al beneficiarului a fost prea puțin luat în seamă de legiuitori: la o privire mai atentă, beneficiarul are doar un simplu drept de creanță, chiar dacă este protejat în mod special față de creditorii personali ai fiduciarului, prin imunizarea patrimoniului fiduciar în virtutea normelor privind executarea. Mai mult nu există. Beneficiarul nu este la adăpost, din perspectivă reală, de riscul ca fiduciarul, prin acțiune de rea-credință, să contopească bunurile sale private cu bunurile aduse în fiducie, astfel încât acestea să nu mai poată fi deosebite unele de altele; beneficiarul nu are nici măcar un drept de suită (*droit de suite*) față de un terț de rea-credință. În baza dreptului de suită, în virtutea art. 2025 alin. (1) Cod civil francez, numai creditorii constitutorului, deja garantați la momentul instituirii fiduciei, pot să adopte măsuri față de activele fiduciei; în plus, transferurile frauduloase de bunuri sunt fără efecte pentru ei.

5.2 Transferul cu titlu de garanție

Așa numitul transfer cu titlu de garanție este în prim planul interesului german. De la prima privire se observă că suntem în prezența unui alt act juridic, complet diferit de *trust*. Privind lucrurile din perspectivă reală, se ridică în cel mai bun caz întrebarea legată de statutul juridic al cedentului (al celui care transferă – constitutorul) – „*Treugebers*„ (*des Übereignenden*) – pentru că nici măcar nu există un „beneficiar” diferit de el. Transferul cu titlu de garanție, potrivit dreptului german, are legătură cu dreptul fiduciei numai în măsura în care creditorul garantat (de regulă o bancă, dar nu în mod necesar) dobândește o forță juridică care depășește nevoile sale de securitate. Va dobândi în mod formal titlul de proprietar numai dacă nu este posibilă constituirea unui drept de gaj, pentru că acela care constituie garanția trebuie să rămână în posesia (detenția) bunului. Contrar jurisprudenței din mai multe alte jurisdicții europene, instanțele germane întotdeauna au acceptat evitarea principiului gajului, prin care bunul este trecut „în mână” creditorului⁴⁰. Chiar și pornind de la modelul de bază, nu se mai poate vorbi despre o relație tridimensională între persoane organizate exclusiv în temeiul dreptului privat. Nu există alt beneficiar în afară de constitutor; iar proprietatea se denaturează, devenind brusc un drept de garanție al creditului. Creditorul nu urmărește vreun interes în favoarea altuia. De fapt, nici nu contează dacă se produce un transfer de *proprietate* cu titlu de garanție. În acest caz, orice drept transferabil poate fi transmis „în scop garanție”, (*sicherungshalber*), iar orice drept transferabil poate fi folosit în scop de garanție (ca un „drept de garantare” – *Sicherungsrecht*). *Transferul* în scop de garanție devine cel mai important exemplu de aplicare practică. Este o modalitate foarte răspândită de altfel, deoarece, în principiu (cu

excepția proprietății asupra terenurilor, § 925 alin. (2) Cod civil german), ea poate fi condiționată rezolutoriu, în sensul că înțelegerea dintre constitutor și dobânditor dispare *ex nunc*, astfel încât, la acest moment, se ajunge la revenirea „automată” a dreptului inițial. Jurisprudența germană a consolidat din punct de vedere real acest stadiu intermediar de revenire (latentă) – (*zwischenzeitliche (latente) Rückfallposition* –, ridicându-l la rangul unui drept de expectativă (*Anwartschaftsrecht*). Totuși, un astfel de drept de expectativă de natură reală (*als Sachenrecht ausgeflaggtes Anwartschaftsrecht*) poate exista numai în cazul transferului cu titlu de garanție, ceea ce explică poziția sa particulară. La cesiunea garanției lipsește un element, deoarece creanțele nu sunt obiecte fizice (§ 90 Cod civil german) și, deci, nu reprezintă nici elemente de referință valabile pentru dreptul de proprietate sau de expectativă. Iar în cazul în care un drept real limitat este folosit în scop de garanție – instituirea fiind condiționată rezolutoriu – împrumutatul rămâne, în general, cu o componentă juridică de proprietate asupra dreptului respectiv grevat, această componentă fiind suficientă pentru protecția sa.

Și în cazul transferului condiționat (rezolutoriu) al proprietății, cu titlu de garanție, se naște o relație fiduciară, de regulă de natură pur obligațională (*rein schuldrechtlich*). Cu toate acestea, constituentul nu se bucură de protecție împotriva terților. Poziția sa, din perspectivă reală, derivă mai degrabă din dreptul condițional și cel al posesiei (*Bedingungs- und dem Besitzrecht*), ceea ce înseamnă că nu mai este necesară adaptarea dreptului insolvenței (*keiner Anpassung des Insolvenzrechts*), deoarece corecțiile considerate necesare au fost deja efectuate în dreptul material. În schimb, în cazul transferului necondiționat cu titlu de garanție, când împrumutatul, din punct de vedere al dreptului privat, dispune de o acțiune retrocesionară (*rein*

schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch) de natură pur obligațională, corectura se impune, în primul rând, în dreptul executării silite (*Vollstreckungsrecht*). Jurisprudența germană este tot timpul conștientă de caracterul eludant (*Umgehungscharakters der Sicherungsübereignung*) pe care îl are acest transfer cu titlu de garanție îl reprezintă. Oricine acceptă acest fapt, trebuie să accepte rupturi în sistem, fie nemijlocit în cel al dreptului privat (ca în cazul transferului condiționat cu titlu de garanție), fie în dreptul executării silite (cazul cesiunii necondiționată cu titlu de garanție).

Din punct de vedere practic aceasta înseamnă că: în cazul fiduciei cu titlu de garanție condiționată rezolutoriu, sub forma transferului cu titlu de garanție, cedentul se poate apăra, în baza dreptului său de expectativă (*Anwartschaftsrecht*), față de pretențiile creditorilor cesionarului (creditor garantat) la bunurile care formează patrimoniul fiduciar, promovând acțiunea de intervenție împotriva terțului (*Drittwiderspruchsklage*) (§ 771 CPC german)⁴¹. Dreptul de expectativă este tratat ca și cum ar fi vorba despre un drept de proprietate⁴². În cazul în care creditorul garantat devine insolubil, garantul are posibilitatea să revoce condițiile convenite, plătind debitul restant și să „separe” (scoată) astfel bunul din masa credală în baza proprietății astfel recuperate (§ 47 Legea germană a insolvenței). Dacă plătește, în condițiile convenite debitul, dar nu înainte de termen, dreptul său de expectativă se menține față de partenerii contractuali ai administratorului judiciar. Invers (dacă cedentul are dificultăți în asigurarea plății), cesionarul (în calitate de proprietar) poate apela tot la cererea de intervenție pentru a se opune executării de către terți a bunului⁴³. Ceilalți creditori ai constitutorului vor avea dreptul să gajeze dreptul său de expectativă. Astfel, în virtutea § 267 din Cod civil german, ei vor putea opta să achite creanța restantă pentru a opri rapid revenirea proprietății la constitutor și a putea valorifica bunurile

fiduciei. În caz contrar, ei vor trebui să aștepte valorificarea de către cesionar ca să poată gaja eventualul excedent existent, care va fi vărsat constitutorului⁴⁴. Faptul că, „în realitate”, constitutorului trebuie să îi revină numai un drept de gaj fără posesie, produce efecte abia în cazul insolvenței constitutorului. În această situație, constitutorul este asimilat creditorului gajist, ceea ce înseamnă că (spre deosebire de proprietarul „real”) nu va putea cere desprinderea (extragerea) bunului din masa credală, el fiind obligat să accepte rezultatul înstrăinării corespunzător întinderii creanței sale rămasă încă neacoperită („satisfacere separată a creanțelor” (§ 51 nr. 1 Legea germană a insolvenței)).

În cazul unui transfer necondiționat, cu titlu de garanție, constitutorul garanției nu beneficiază de protecție împotriva terțului în cazul executării silite a beneficiarului garanției (*Sicherungsnehmer*), atâta timp cât împrumutul nu este rambursat. Constitutorul nu își poate urmări interesele nici prin cerere de intervenție, nici prin separare, nici prin satisfacere separată a creanței. Dacă, în schimb, și-a achitat datoria, el continuă să aibă numai un drept de retransferare obligatorie (*Rückübertragungsanspruch*)⁴⁵, însă, potrivit obiceiului, acesta este întărit printr-un drept de separare în caz de insolvență a fiduciarului (*ein Aussonderungsrecht in der Insolvenz des Treunehmers verstärkt*)⁴⁶. Dacă însă procedura de executare silită este inițiată de un terț împotriva constitutorului garanției, beneficiarul garanției (*Sicherungsnehmer*) are deschisă calea unei acțiuni în intervenție împotriva terțului (*Drittwiderspruchsklage*), în temeiul dreptului său de proprietate. Orice altă abordare ar însemna inconsecvență; poziția beneficiarului garanției nu este astfel slăbită prin acordul asupra unei condiții rezolutorii. Dacă începe procedura de insolvență împotriva constitutorului, beneficiarul garanției va avea, în baza creanței sale încă neacoperite, doar un drept la satisfacere

separată (*ein Recht auf abgesonderte Befriedigung*), nu și un drept de separare (*keine Aussonderungsbefugnis* – (§ 51 nr. 1 Legea insolvenței germane)).

6 Încheiere

Această privire generală a arătat că nu există loc în dreptul continental pentru instituția juridică a trustului. Dreptul civil gândește din perspectiva constituitorului, în vreme ce legea engleză, din punctul de vedere al beneficiarului. Orice încercare de a copia legea engleză este sortită eșecului, pentru că nu există trust fără *equity*. Oricine dorește să atragă investitori în țară prin instituții juridice asemănătoare unui trust, creează o lume iluzorie pentru aceștia. Vă sfătuim să nu cădeți în această capcană.

¹ Prezentul studiu, tradus și adaptat de conf. univ. Dr. Dan-Andrei POPESCU, a fost publicat în volumul omagial *In honorem Dan CHIRICĂ. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică*, Hamangiu, București, 2018, pp. 128-144. Acesta este republicat cu acordul autorului.

* Christian VON BAR: Profesor universitar și director executiv la European Legal Studies Institute din Osnabrück, FBA, MAE.

² *Constructive trusts* se nasc „whenever it would be unconsonable for the owner of property [...] to assert his own beneficial interest in the property and deny the beneficial interest of another„ („ori de câte ori pentru titularul unui drept de proprietate (...) devine indubitabil să-și asume exclusiv propriul său interes economic în acea proprietate, contestând interesul beneficiar al altuia„, –Paragon Finance plc v DB Thakerar & Co[1999] All ER 400, 408). Este vorba, printre altele, despre cazurile în care o parte este ținută de lege (*at law*), în temeiul contractului, să transfere un bun, transferul neefectuându-se încă (Chinn c. Collins[1981] AC 533 ; Neville c. Wilson[1997] Ch 144). Un *constructive trust* se poate naște și ca urmare a contestării unui contract pe motiv de dol (Lonrho c. Al Fayed (No 2)[1991] 4 All ER 961) sau în legătură cu altă formă de influență neadmisibilă (Barclays Bank c. O'Brien[1994] 1 AC 180 ; Royal Bank of Scotland c. Etridge (No 2)[2002] AC 773).

³ Jones v Lock (1865) 1 Ch App 25.

⁴ Thomas v. Times Book Co Ltd [1966] 1 WLR 911.

⁵ De exemplu: Grey v. IRC [1959] UKHL 2; [1960] A. C. 1.

⁶ În cazul în care contribuția constă în *equitable interest* – care, la rândul-i poate să conțină active în *trust* – transferul către fiduciar se realizează potrivit regulilor privind *equity*: art. 53(1)(c) Law on Property Act 1925.

⁷ Construcția este neobișnuit de complicată pentru că *tenancy in common*, ca și coproprietate ordinară (*Bruchteilsgemeinschaft*), este admisibilă numai în *equity*. În ceea ce privește terenurile și drepturile asupra terenurilor, „în virtutea legii, (at law) se admite doar forma de *joint tenancy* – (*Gesamthandsgemeinschaft* (sect. 1 alin. (6) și art. 34 alin. (2) LPA 1925). De aceea, îndreptățirea majoritară (*die mehrheitliche Berechtigung*) asupra unei *legal estate in land* conduce, de regulă, la un trust imobiliar – *trust of land* (GRAY and GRAY, *Elements of Land Law*, ed. a 5-a. Oxford 2009, 7.4.1).

⁸ Remarcabil: Murray Group Holdings Ltd v. Revenue and Customs Commissioners [2017] UKSC 45; [2017] 1 W. L.R. 2767 (Crearea unui sistem complex de onorarii, prin intermediul unor *sub-trusts*, pentru fotbaliștii profesioniști angajați de la Glasgow Rangers; prin aceasta, angajatorul a dorit să împiedice virarea impozitului pe salariu și, totodată, să ofere fotbaliștilor stimulente fiscale).

⁹ UNDERHILL and HAYTON (-Hayton/Matthews/Mitchell), *Law of Trusts and Trustees*, ed. a 19-a, London 2016, nr. 1.24; Lewin on Trusts (-Tucker/Le Poidevin/Brightwell), ed. a 19-a, London 2017, nr. 1-005.

¹⁰ Legea contractelor din 1999 (Rights of Third Parties – drepturile părților terțe) nu a adus vreo schimbare în sensul că instituirea unui *trust* nu s-ar face prin *contract* potrivit *common law*-ului; se creează astfel doar o *obligatie fiduciară* în privința activelor (*fiduciary obligation in equity*), aceasta fiind, evident, exclusiv față de beneficiar.

¹¹ Chiar dacă imaginea divizării proprietății în proprietate legală și a beneficiarului (*legal ownership* și *beneficial ownership*) este folosită încă frecvent pentru simplificarea structurii de bază a trustului (de exemplu Shell UK Ltd. v. Total UK Ltd [2010] EWCA Civ 180; [2011] Q. B. 86), o mare parte din literatura de specialitate este de acord astăzi că drepturile care se nasc dintr-un *trust* pentru *beneficiari* nu reprezintă veritabile drepturi de proprietate. ele sunt interpretate ca o formă specială a drepturilor reale limitate sau ca drepturi reprezentând o varietate în sine, care fluctuează între obligații și drepturi de natură reală (HANBURY et MARTIN[-MARTIN], *Modern Equity*, ed. a 18-a, Londres 2009, nr. 1-019 și VIRGO, *The Principles of Equity & Trusts*, ed. a 2-a, Oxford 2016, pp. 56-62).

¹² BELL, *Modern Law of Personal Property*, London 1989, p. 153.

¹³ *The Aliakmon* [1986] AC 785, 809 (Lord BRANDON) („pentru ca o persoană să fie în situația de a pretinde - din neglijență - un prejudiciu care i-a fost creat prin pierderea sau deteriorarea bunului, trebuie ca, la momentul pierderii sau deteriorării, să fi

deținut proprietatea legală sau un drept de proprietate asupra bunului în cauză, nefiind suficient să aibă doar drepturi contractuale asupra bunului, care să fie afectate de pierderea sau deteriorare...).

¹⁴ A se vedea *Creasey v Sole* [2013] EWHC 1410 (Ch) (Morgan J) [128-129].

¹⁵ Pentru detalii: *Lewin on Trusts* (-Tucker/Le Poidevin/Brightwell), ed. a 19-a, London 2017, nr. 43-006 până la 43-016.

¹⁶ *Roberts v Gill & Co.* [2010] UKSC 22; [2011] 1 A. C. 240 [62].

¹⁷ *Shell UK Ltd. v Total UK Ltd.* [2010] EWCA Civ 180; [2011] Q. B. 86.

¹⁸ *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beavan's Reports 115, 116; 41 E. R. 482 (Lord LANGDALE MR).

¹⁹ Foarte energică reacția lordului BROWNE-WILKINSON în *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington Borough Council* [1996] A. C. 669 (H. L.), [705F-G]: „Once a trust is established, as from the date of its establishment the beneficiary has, in equity, a proprietary interest in the trust property, which proprietary interest will be enforceable in equity against any subsequent holder of the property (whether the original property or substituted property into which it can be traced) other than a purchaser for value of the legal interest without notice...). Similar: Lord BROWNE-WILKINSON în: *Foskett v. McKeown* [2001] 1 A. C. 102 (H. L.), [109B-C].

²⁰ De rea-credință este acela care cunoaște sau ar fi trebuit să cunoască despre existența legăturii cu trustul, la fel și acela care din vina sa nu cunoaște sau nu cunoaște din culpă și este prepus (independent sau dependent): art. 199(1) LPA 1925.

²¹ Remarcabil: *The Federal Republic of Brazil v Durant International Corporation* [2015] UKPC 35; [2016] A. C. 297.

²² *Foskett v McKeown*, op.cit. [109A-D] (Lord BROWNE-WILKINSON), [127E-G], [132A-B] (Lord MILLETT).

²³ Lord MILLETT op.cit. [127C-D].

²⁴ Lord MILLETT op.cit. [127B-D].

²⁵ Trib. Trento 20. 7. 2004, nr. 127/2004, DVD Juris Data; Trib. Bologna 1. 10. 2003, Vita not. 2003 p. 1297, Rev. dr. int. priv. și proc. 2004 p. 294; Trib. Venezia 4. 1. 2005, DVD Juris Data; Trib. Firenze 2. 7. 2005, DVD Juris Data; Trib. Trieste 23. 9. 2005, Riv. not. 2006 p. 794; Trib. Genova 14. 3. 2006, Giur. merito 2006 p. 2644; Trib. Reggio Emilia 14. 3. 2007, Giur. merito 2008 p. 707; Trib. Milano 16. 6. 2009, Giur. comm. 2010, II, 887.

²⁶ Trib. Napoli 1. 10. 2003, Trusts e attività fiduciaria, 2004, p. 74, (confirmat de Curtea de Apel din Napoli 27. 5. 2004, nr. 520/03).

²⁷ Trib. Reggio Emilia 14. 3. 2011, Banca borsa tit. cred. 2013, 2, II, 160; de asem. Trib. Reggio Emilia 14. 3. 2007, Giur. merito 2008 p. 707.

²⁸ SPÁČIL (-PIHERA), *Občanský zákoník III (Codul civil III – n. tr.)*, Prag 2013, p. 1154.

²⁹ SMALIUKAS, *Property and Trust Law in Lithuania*, Alphen an den Rijn 2017, pp. 189-190.

³⁰ În ceea ce privește art. 773-791 Cod civil român, acesta reprezintă o traducere cvasi-fidelă („traduction quasi fidèle„) a textului de lege francez (STOICA, *Nouveau Code civil roumain*, Paris 2013, p. 173).

³¹ Introdus prin legea din 21. 7. 2003.

³² Bourassin/Brémond/Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, ed. a 4-a, Paris 2013, p. 369 nr. 1283.

³³ J. Cl. Civil Code (-Witz), art. 2011 à 2030, Fasc. 10, nr. 55 și 56.

³⁴ WITZ, loc. cit., nr. 40.

³⁵ WITZ, loc. cit., nr. 23.

³⁶ MALLET-BRICOUT, JCP E 2010, 1191, p. 15; RAYNOUARD und JOURDAIN-THOMAS, JCP N 2010, 1063, p. 46.

³⁷ MALAURIE et AYNÈS, *Les biens*, ed. a 5-a, Paris 2013, p. 136 nr. 456.

³⁸ MALLET-BRICOUT, op. cit. p. 15.

³⁹ MALLET-BRICOUT, op. cit.; RAYNOUARD und JOURDAIN-THOMAS, op. cit., p. 46.

⁴⁰ În principiu, deja din RG (Curtea imperială de justiție - n.tr.) 11. 3. 1904, RGZ (*Culegerea de hotărâri ale Curții de Justiție în materia civilă – n.tr.*) 57 p. 175.

⁴¹ În principiu este posibil: RG 20. 3. 1912, RGZ (*Culegerea de hotărâri ale instanței imperiale în materia civilă – n.tr.*) 79 p. 121 și RG 10. 10. 1917, RGZ 91 p. 12, 14.

⁴² BGH 28. 6. 1978, BGHZ (*Curtea Supremă a Germaniei - cauze civile – n.tr.*) 72 p. 141.

⁴³ BGH 4. 2. 1954, BGHZ 12 p. 232, 234; BGH 22. 2. 1956, BGHZ 20 S. 88; BGHZ 28. 6. 1978, BGHZ 72 p. 141, 164 și în alte locuri.

⁴⁴ BGH 14. 7. 1994, NJW (*Noul Săptămânal de Drept – revistă, n.tr.*) 1994 p. 2885.

⁴⁵ BGH 25. 2. 1987, BGHZ 100 p. 95, 105.

⁴⁶ GAUL, *Festschrift Serick*, Heidelberg 1992, p. 105, 130. Astfel urmează să fie împiedicată situația în care asiguratul profită de poziția sa juridică, care se perpetuează „doar formal„ față de creditorii săi (WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN [-WESTERMANN], *Sachenrecht*, ed. a 8-a, Heidelberg et al. 2011, § 44 nr. 23).

STUDII

MULTIPLE-PARTY, MULTI-CLAIM LITIGATION AND PERMISSIVE JOINDER – PERSPECTIVES ON THE CONSUMER LAW

DOI:10.24193/SUBBIur.63(2018).4.2
Published Online: 2018-12-31

Juanita GOICOVICI*

Abstract:

This study examines various forms of permissive joinder, multiple claims and non-compulsory counterclaim mechanisms available under Consumer Law, especially from the perspective of multi-party strict liability or multiple-party claims against professionals using unfair commercial terms or unfair commercial practices. The study underlines the voluntary aspects characterising the joinder of consumers as plaintiffs, as well as the admissibility of the opting-in – opting-out dichotomy depends on the type of redress sought by the consumer as a pursuant litigating party. The litigant consumers may be represented in pursuing the avoidance of unfair contractual terms by legal entities, which are not mentioned by Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts between the qualified entities. In these hypotheses, the permissive joinder system is characterized as an opting-in system, based on the features of the common interest mandate agreement described in the Civil Code general provisions on the mandate contract provisions are dealing with the problematic of multiple-claim redress actions in which several consumers plaintiffs are represented by the attorneys, based on the same source of litigation against the professionals. Another reason for using the third-party intervention mechanism in consumer complaints is that of allowing a third party or a subsequent party to join a lawsuit engaged between the originating parties (consumer vs professional); where the claim emanates from the express assent of the intervenient, the procedural intervention will be voluntary, and it has been used in jurisprudence in litigious procedures involving consumers and credit professionals and also in actions in

avoidance of unfair contractual provisions. Consumer associations who fulfil the legal representative requirements may introduce judicial claims supporting collective interests of consumers in the opting-out injunctive relief procedure, for instance in the field of unfair terms in consumer contracts; subsequently, after the judge had finally decided on the existence of unfair terms and ordered the professional to eliminate those unfair terms from the existing contracts, the pursuant consumers, who intend to compensate reciprocal payment obligations or to obtain redress for the past payments collected by the professional based on those unfair terms, may resort to individual actions in compensatory relief or to a voluntary joinder in the action introduced by other prejudiced consumers against the professionals.

Another aim of this study is to trace the metrical features of the consumer's right to procedural impleading; the consumer who justifies a legitimate interest may implead a third person, against the party could have introduced a separate claim on indemnity or warranty." (2) At its turn, the impleader may implead another person for the breach of warranty. Fundamentally, the impleader's claim and the main claim will be discussed simultaneously. Nevertheless, should the discussions on the impleader's claim unjustifiably delay the judgement on the main claim, the judge may decide on its disjunction in order to have the impleader's claim judged separately.

Keywords: multiple claims, permissive joinder, collective claims, consumer, joint intervenor.

1 Introductory notes

The subject of permissive joinder of defendants and multi-claim litigation under the provisions of Consumer Law continues to represent a significant topic in the attention of legal practitioners, especially from the angle of aggregate litigation. The Romanian legal system currently has some procedural mechanisms available to multiple claimants; only some of those operate on an opt-in basis, the claimants electing to join the proceedings in order to be considered a member of the class and to be entitled to any damages awarded. This mechanism is in clear contrast to the multiple claim redress mechanism which has been used in practice by plaintiffs such as non-profit consumer organisations or the National Authority for Consumer

Protection for unfair contractual terms claims, introducing an opt-out class action system based on unfair terms in consumers' contracts.

One of the main features of the subject of permissive joinder under Consumer Law is that, in what concerns the representative actions by qualified entities, articles 12-13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, enabled qualified entities designated by legal provisions to bring representative actions in the general interest of consumers, strictly in the field of unfair terms in consumer contracts. Under the modified legal text, these qualified entities would have to satisfy minimum reputational criteria set by articles 30 and 32 of the Governmental Ordinance no. 21/1992, modified by Law no. 157/2015 and by the Governmental Ordinance no. 37/2015 for the revise of certain provisions on consumer protection, lately modified by Law no. 51/2016 on consumer legal protection.¹ These associations must be legally established, pursuing non-profit purposes and having a legitimate interest in ensuring compliance with the relevant consumer protection law;² that approach can help to solve the doctrine's longstanding riddles. There are no express legal provisions in the Romanian legislation, in the field of compensatory redress actions,³ imposing on qualified entities the legal obligation to disclose to the courts or administrative authorities their financial capacity and the origin of their funds supporting the action.

This study encompasses practical perspectives on the provisions of article 12, paragraph (3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts,⁴ which introduced an opting-out redress action for injunctive relief of consumers, stating that the associations for consumer protection that fulfil the requirements set by articles 30 and 32 of the Governmental Ordinance no. 21/1992 on consumer legal protection, modified and republished, have the

right of judicial claim against any professional whose unilaterally elaborated contracts contain unfair terms, in order for the judge to deliberate on the existence of unfair terms and to order the professional to eliminate those unfair terms from all existing contracts containing obligations the pursuance of which is not completed.

As it results, from the following sections of the study, the admissibility of the opting-in – opting-out dichotomy depends on the type of redress sought by the consumer as a plaintiff; while it can be described as an opting-out mechanism regarding the injunctive relief instrument, it is describable an opting-in type of action when it comes to consumers' compensation actions. For instance, according to the provisions of article 12, paragraph (3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, the national legislator introduced an opting-out action, based on which, in the first stage, the 'qualified entities', e.g. associations for consumer protection that fulfil the requirements set by the Governmental Ordinance no. 21/1992, respectively or the Romanian National Authority for Consumer Protection, have the right to introduce judicial claims against unfair terms in consumer contracts. The study is structured in several sections absorbing some of the substantial issues of the multi-party litigation theme. In the second section, the emphasis is on the manner in which permissive joinder of consumer complaints treated under the provisions of domestic Consumer Law, while the third section addresses the problematic of the binding effects of judicial decisions in multi-claim litigation. More importantly, it tries to reflect a more pragmatic understanding of the permissive joinder and voluntary forms of third-party intervention in consumers' litigation, which hopefully would surreptitiously contribute to a better understanding of the multiple-claim problematic under Consumer Law provisions.

2 Two-stages mechanisms and the requirements of consumers' fair representation

2.1 The treatment of permissive joinder for consumer complaints under positive Consumer Law

Pursuant to the provisions of article 12, paragraph (3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, consumers are enabled to use an opting-out redress action, based on which in the first stage, the qualified entities, e.g. associations for consumer protection that fulfil the requirements set by the modified Governmental Ordinance no. 21/1992, respectively or the domestic National Authority for Consumer Protection, have the right to introduce judicial claims against unfair terms in consumer contracts.

It should be noticed that, in the second procedural stage, after the professional has been requested by the judge's final decision to remove certain clauses as being found to contain unfair terms from all contracts pending to be executed, all consumers who are interested in recovering the payments made on the bases of the unfair terms may use either an individual action in redress or compensation, either an opting-in action, as mentioned above. However, the two-stages mechanism is based on an opting-out system only in cases in which the consumers are represented by the qualified entities described by the cited legal provisions, such as associations for consumer protection or the National Authority for Consumer Protection.

Conversely, the litigant consumers may be represented in pursuing the avoidance of unfair contractual terms by legal entities, which are not mentioned by Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts⁵

between the qualified entities; in these hypotheses, the permissive joinder system is characterized as an opting-in system, based on the features of the common interest mandate agreement described in the Civil Code general provisions on the mandate contract provisions are dealing with the problematic of multiple-claim redress actions in which several consumers plaintiffs are represented by the attorneys, based on the same source of litigation against the professionals. Also, it is clear that the peremptory exceptions, which are touching the merits at the core of the professional's demand, if they are admitted by the court, are designed to block the admisal of the plaintiff's request against consumers. The qualification as a 'common interest mandate agreement' between the principal (attorney) and the represented plaintiffs generates, as usual, the applicability of specific rules on the revocability of the mandate agreement.⁶ For instance, in redress actions in compensation against banking creditors, based on the use of unfair banking terms in consumer credit contracts, consumers used common mandate contracts based on an opting-in system. The common interest mandate agreement remains revocable *ad nutum* by the principal, although the intemperate revocation generated the principal's duty to compensate the legal representative. Similarly, since the parties concluded a common interest mandate contract, the legal representative shares with the represented consumers a common interest in the action success, by stipulating a compensation clause, the amount of which is censurable by the court.

Among the other problems immediately apparent to an observer at the present state of consumer contracts law is the fact that, according to article 37 of the Code of Civil Procedure, 'In the cases and under the conditions set by legal provisions, the right of action is also available to natural persons or the legal persons, organisations, institutions or authorities who, without having a

personal interest in the success or dismissal of a claim, represent the legitimate interests of other persons or, upon the case, represent collective or general legitimate interests.’ Apart from that, article 59 of the Code of Civil Procedure mentions that ‘several persons may be jointly plaintiffs or defendants, should the rights or obligations subject to litigation have a common origin or be strongly connected by source.’

It is also worth noting that, according to articles 61-63 of the Romanian Civil Procedure Code, the natural or legal persons, other than the parties of the litigious procedures, may use the ‘voluntary intervention in civil litigation’. Another reason for using the third-party intervention mechanism in consumer complaints is that of allowing a third party or a subsequent party to join a lawsuit engaged between the originating parties (consumer vs professional); where the claim emanates from the express assent of the intervenient, the procedural intervention will be voluntary, and it has been used in jurisprudence in litigious procedures involving consumers and credit professionals and also in actions in avoidance of unfair contractual provisions.

Similarly, it is clear that the different legal mechanisms for consumers’ intervention have not always been appropriately adjusted to each other and that the repeated revisions of these legal texts have not always improved their quality. Gaps have opened up between different procedural mechanisms and thus new inconsistencies have arisen. In terms of voluntary intervention in pending litigation, also applicable to consumers and professionals as litigating parties, the text of article 61 of the Code of Civil Procedure states that other persons justifying a legitimate interest may intervene in a lawsuit engaged between the originating parties; therefore, the main intervention implies that the intervenient pretends to have direct or accessory rights

connected to the rights which form the object of the lawsuit between the originating parties, while the accessory intervention implies that the intervener intends to sustain the defence of one litigating parties.

This juxtaposition of two procedural mechanisms has its source in the text of article 62 of the Romanian Code of Civil Procedure, which mentions that the main intervention claims must be conceived in the form requested by the Civil Procedure Code provisions on the ordinary civil judicial claims. Another legal requirement is that the consumer's main intervention claim must be introduced before the closing of the substantial debates in first instance. Nonetheless, if the originating litigating parties give their consent, the main intervention claim is also admissible during the appeal proceedings. On the subject of accessory interventions, article 63 of the Romanian Code of Civil Procedure states that the claim for an accessory intervention must be introduced in writing, also stating that the claim for an accessory intervention may be introduced no later than the closing of the substantial debates, in front of the first instance, as well as during the ordinary and extraordinary procedures of revision (including the appeal in cassation procedures).

In our opinion, the admissibility of the opting-in – opting-out dichotomy depends on the type of redress sought by the consumer as a plaintiff; while it can be described as an opting-out mechanism regarding the injunctive relief instrument, it is describable an opting-in type of action when it comes to consumers' compensation actions. For instance, according to the provisions of article 12, paragraph (3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, the national legislator introduced an opting-out type of action, based on which in the first stage, the 'qualified entities', e.g. associations for consumer protection that fulfil the requirements set by the cited legal provisions, respectively or the representatives of the National

Authority for Consumer Protection, have the right to introduce judicial claims against unfair terms⁷ in consumer contracts.

2.2 Binding effects of judicial decisions in multi-claim litigation

According to article 60, paragraph (1) of the Romanian Civil Procedure Code on the multiple participation in civil litigation, where the claim is made by or against several persons with a common interest, 'the procedural acts performed by or against one of the persons with a common interest will neither benefit nor prejudice the others' subject to the provisions of article 60, paragraph (2), stating that 'Nevertheless, should the effects of the judicial redress, by virtue of the nature of the judicial relationship or the existence of certain express legal provisions, be opposable to all the plaintiffs or the defendants in that particular action, the procedural acts performed by some of these persons will benefit the others. In the cases in which the effects of some procedural acts are contrasting or incompatible to the procedural acts made by other participants, only the most favourable acts will be opposable to the other participants.'

In consequential terms, as stated in article 139 of the Romanian Civil Procedure Code on joinder and disjoinder of proceedings, '(1) The judge may, order the joinder of several proceedings pending before the court where there is a close relationship between the disputes such that it would be in the interest of justice to examine them together. (2) The judge's decision of joinder may be taken *sua sponte* or upon the request of the parties made no later than on the first term of appearance in from of the invested court. (3) Should the several courts had different degrees of material competence; the joinder will fall under the competence of the one court, the degree of competence of which is superior to the others.'

The multiple participants in civil litigation may also resort to a common mandate of procedural representation. According to article 202, of the Romanian Civil Procedure Code, on the legal representation and assistance in court of multiple co-participation in civil litigation, during the proceedings implying multiple plaintiffs or multiple defendants, under the provisions of article 59, the judge may decide by resolution on the empowering of a common representative, at the domicile or premises of which will be done the notification of all further procedural acts. The representatives may be selected from the natural or legal persons who fulfil the legal conditions for judicial representation. Quasi-exogenously regulated, according to article 72 of the Romanian Civil Procedure Code on the impleader procedures, in cases in which a third-party is partly responsible for the plaintiff's injuries in a manner that fundamentals the impleader on mechanisms such as indemnity, subrogation or breach of warranty, '(1) The party who justifies a legitimate interest may implead a third person, against the party could have introduced a separate claim on indemnity or warranty. (2) At its turn, the impleader may implead another person for the breach of warranty'. As a general rule, also mentioned in article 74, paragraph (4) of the Civil Procedure Code, the impleader's claim and the main claim will be discussed simultaneously. Nevertheless, should the discussions on the impleader's claim unjustifiably delay the judgement on the main claim, the judge may decide on its disjunction in order to have the impleader's claim judged separately? In my views, the answer is affirmative; in the latter case, the judgement on the impleader will usually be suspended until the judge decides on the main claim.

2.3 Cross-claim procedure in consumers vs professionals' litigation

Litigating parties may also resort on the cross-claim procedure, as a demand for relief made in civil litigation by one or several plaintiffs against another plaintiff or by one defendant against another defendant, in a personal injury or similar tort cases opposing consumers and professionals. As opposed to the counter-claims, in which a defendant demands relief from the plaintiff or, for instance, a compensation claim (each of the parties being simultaneously the debtor and the creditor of the other party), cross-claims imply the existence of multiple obligations of payment between the members of the group constituted as plaintiff (or having the procedural position of the defendant⁸). Should the parties disagree on the common representative nominalisation; the judge will appoint a special representative, who, under the provisions of article 58, paragraph (3), will represent the multiple participants, at the domicile or premises of which will be done the notification of all further procedural acts. The represented participants will remunerate the representative.⁹

It should be noticed that compulsory intervention in civil litigation is also possible in litigious procedures between consumers and professionals; for instance, according to article 75 of the Civil Procedure Code, the defendant who possesses movable or immovable goods, on behalf of the legal owner, may resort to the nominalisation of the legal owner, in the cases in the plaintiff pretend concurrent rights on those objects, no later than up to the first term of discussions in first instance. In the cases expressly nominated by legal provisions, as well as in the non-contentious procedures, the judge may decide *sua sponte* on the compulsory intervention of third persons, despite the eventual oppositions of these interveners. It should be noted that in contentious litigation, the judge will address the parties the necessity of

compulsory intervening of third persons. Neither party would formulate objections, the judge will draw up the resolution on the third person's intervention.

3 The judge's *sua sponte* decision on the compulsory intervention of third persons in consumers' complaints

Manifold procedural effects are pending from the above-mentioned legal texts on procedural conditions applicable to interveners. Thus, according to paragraph (4) of article 12, of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, modified, 'The provisions of the above paragraphs (1)-(3) have no effect on individual consumer's right to introduce a judicial claim in voidance or nullity against any professional whose unilaterally elaborated contracts contain unfair terms.' In my opinion, the opting-out mechanism is also supported by the provisions of article 14 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, modified, stating that the consumers, who can justify a right to compensation based on the existence of a prejudice generated by the use of unfair contractual terms under the conditions set by the above legal provisions, have the right to introduce judicial actions in accordance with the provisions of the Civil Procedure Code.

Thus, it can be argued that, for the compensatory relief actions, there are no express legal provisions allowing qualified entities to obtain financial compensation for their members or for individual consumers, only individual actions being admissible according to the cited article 14 of Law no. 193/2000.

Are consumers associations entitled to procedural intervention or are voluntary intervention in pending litigation only opened to individual

consumers? Consumer associations who fulfil the legal representative requirements may introduce judicial claims supporting collective interests of consumers in the opting-out injunctive relief procedure, for instance in the field of unfair terms in consumer contracts;¹⁰ subsequently, after the judge had finally decided on the existence of unfair terms and ordered the defendant/professional to eliminate those unfair terms from all existing contracts, individual consumers, who intend to compensate reciprocal payment obligations or to obtain redress for the past payments collected by the professional based on those unfair terms, must resort to individual actions in compensatory relief. Therefore, the judge may decide, in a multiple-party injunctive action introduced by a qualified entity such as an association for consumer protection, that the professional creditor has a duty to eliminate a certain clause in all banking credit contracts (requesting the debtor consumer to pay a fee based on non-transparent contractual terms). Should an individual consumer intend to obtain refund for the amount of payments made as an effect of that particular clause, the individuals must introduce a judicial claim for compensatory relief, since the judge's decision, when admitting the consumer association's action, had only effects on the professional's duty to eliminate further use of certain unfair contractual terms.

In my views, it is crucial to underline that, in order for the qualified entities/consumer associations to be admitted as representatives, or as interveners in an injunctive relief action based on article 12(3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, they must fulfil, on the one hand, the conditions mentioned in article 30 of the Governmental Ordinance no. 21/1992, modified, on consumer legal protection, referring to the non-profit purpose and the legal prohibition of simultaneously pursuing interests

other than their members or the general interest of consumers. On the other hand, each consumer association qualifies for being a representative in a litigious procedure based on the provisions of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, should have at least 3000 members, at national level, and local branches in at least 10 territorial divisions; at local or regional level, to have activated for at least 3 years in the field of consumer protection (as resulting from the text of article 32 of the Governmental Ordinance no. 21/1992, on consumer legal protection, re-published after being revised).

Curiously, the collective impact of provisions which are dealing with the problematic of multiple-claim redress actions is described in article 13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, as follows: 'Should the judge decide affirmatively on the existence of the alleged unfair terms, the court will order the defendant to eliminate the unfair terms respectively from all pending contracts concluded by consumers and to refrain from the further use of the contractual terms which have been found to be unfair.' The court's decision will benefit to all consumers having a contractual relationship with the defendant which implied the use of those unfair terms, regardless of the consumers expressed or unexpressed will to have their interests represented unless individual consumers decide to pursue separate individual requests, by exercising the opting-out rights.

Why, then, the main existing mechanisms which most closely resemble a class action mechanism, according to the above description (such as multiple representative actions, cross-claim procedures, impleader procedures, joinder procedures, voluntary and compulsory intervention as forms of multiple participation on civil litigation), are not used more often in consumers vs professionals' litigation? One reason, for this state of facts, might be that the cross-claim procedures, impleader procedures and joinder

procedures are not currently conceived as voluntary or compulsory forms of participation between litigating professionals and consumers. On the one hand, the national legislation contains no provisions on specific certification criteria for class actions, while in terms of the certifying of qualified entities, such as the representation through consumer associations, express legal provisions are incident in the field of collective injunctive relief actions based on article 12(3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts. In my views, there is a need for express legal provisions requirements on the testing the efficiency and representational quality of class actions in consumers vs professionals' litigation, regarding ascertainable criteria, cohesiveness and representational matters.

It should also be mentioned that ancillary matters, in opting-in actions against professionals, would depend on the ascertainable character of class actions, in terms of notification of individual consumers on the procedural acts, e.g. preclusion of procedures. Nevertheless, in opting-in actions, proof of impracticability of joinder would be far easier having identified those who expressly intended to be part of the multiple-claim litigation.

4 The Achille's tendon: multiple claimants and the use of procedural opting-out rights in consumers' litigation

There is widespread consensus that the provisions of article 12, paragraph (3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, introduced an opting-out action in avoidance of contractual unfair terms in non-negotiated agreements between consumers and professionals.¹¹ In the first stage, the qualified entities, e.g. associations for consumer protection that fulfil the requirements set by articles 30 and 32 of the Governmental

Ordinance no. 21/1992, modified, have the right to introduce judicial claims against a professional whose unilaterally elaborated contracts contain unfair terms. The judge's decision ordering the professional to eliminate those unfair terms from all existing contracts will benefit all current customers of the respective professional unless there are individual consumers who exercise their right to auto-exclusion from proceedings and who expressly prefer the remaining under the incidence of the original, unmodified contract.

The multi-claim consumer procedure is as sharply depicted, as it is ubiquitous in litigation pertaining to the avoidance of unfair contractual stipulations. After the professional has been requested by the judge's final decision to remove certain clauses as being found to contain unfair terms in consumers contracts, any consumer who wishes to recover the payments made on the bases of the unfair clauses may use either an individual action in redress or compensation, either an opting-in action in cases in which numerous consumers, who initially benefited from the admission of the opting-out collective action on voidance of unfair clauses, agree to a common mandate of representativeness. Let us note, however, that, as opposed to the opting-out collective action on unfair terms, which is expressly regulated in terms of articles 12-13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, there are no specific provisions on the subsequent opting-out action in compensatory relief, such as re-imbursement of previously paid sums based on unfair contractual clause). As mentioned above, the latter have been admitted by jurisprudence based on the use of consecrated, general procedural mechanisms such as the reciprocal mandate of procedural representation as mentioned in article 60, paragraph (1) of the Civil Procedure Code.¹²

Yet for all its practical importance and for its incidence in jurisprudential contexts, the admissibility of class actions against professionals remains a surprisingly mysterious topic. Especially in the field of strict liability, non-pending on the professionals' proved fault, an opt-in mechanism can approach satisfaction of certification requirements more easily than an opt-out group action.¹³ As an opt-out group, the personal-injury claimants could have difficulty meeting the ascertain requirements. Secondly, an opt-in option positively affects notice requirements in two essential ways: first, in order to apprise group members of their rights and the opportunity to participate in collective litigation, an opting-in mechanism¹⁴ makes notification of potential group members more reliable, taking into account that the opt-in process permits consumers to identify themselves as parties to the class action against the professionals and permit future communication to offspring.

Furthermore, pertaining to the preclusive effects of the court's decision in multi-claim consumers' litigation, in my views, the court's decision is preclusive of all claims that were or could have been asserted in the first proceeding, in terms of inadmissibility of future claims between the same parties, on the same objective factual grounds; nevertheless, preclusion should operate only against consumers and interveners who were formal parties to the first proceedings. By contrast to an opting-out mechanism, an affirmative expression to opt-in to group membership is a much clearer manifestation of informed consent, in terms of accepting the potential preclusive effects of introducing the class action. At the same time, this approach guides procedural settlement between consumers plaintiffs and professionals' defendants in litigious circumstances, such as the opting-in mechanisms, mainly since opt-in procedural mechanism suffers less from a

representativeness deficit than opt-out systemic approaches to third-party interventions in civil and commercial litigation.

Perhaps more troubling is the aspect of voluntary joinder of complaints, in the cases of multiple consumers' claims against the effects of unfair contractual terms, in injunctive procedures; the qualified entities, such as consumer associations may use an opting-out mechanism in order to obtain an injunction decision imposing the professional to cease the use of the respective unfair terms and to remove the respective clauses from all contracts, including those signed by consumers who did not express an explicit consent to be included, nor excluded (opting-out system). Subsequently, after the emission of the judge's decision in the opting-out injunctive procedure, individual consumers may use an opting-in collective mechanism for compensatory relief¹⁵ (not specifically regulated) aiming to obtain reimbursement of the payments made as an effect of the unfair contractual terms. The use of an opting-in compensatory relief mechanism is not necessarily subsequent to the admission of qualified entities' opting-out action. Therefore, in my views, opting-out mechanisms are more compatible with the injunctive procedures (the professional being ordered to cease the use of unfair terms in all future and present contracts, all consumers automatically benefiting from that measure, unless an auto-exclusion act is emitted); opting-in mechanisms are also useful in compensatory relief collective claims (the necessity of establishing individual/total amount of mass prejudice).¹⁶

Recognising that class actions are inexorably tied up with an opting-in class action in compensation is based on consumers' voluntarily consenting to be part of litigation and aiming to obtain reimbursement of the payments previously made as an effect of the unfair contractual terms the avoidance of

which has been previously obtained in court. The material/substantial sphere of incidence, for such class actions, would be limited, in my views, to consumer claims based on the avoidance of unfair contractual terms, while its subjective or personal sphere of incidence is limited to qualified entities representing the legitimate interests of consumers, such as associations for consumer protection. In my opinion, the judicial appeal in consumers' class actions should be expressly regulated,¹⁷ in terms of establishing who can be the appellant (e.g. reciprocal representatives, qualified consumer associations, compulsory interveners such as insurance companies), as well as the procedural terms of notification (for example, up to 45 days from the notification of intervening consumers on the judge's decision in first instance). Let us note, however, that there are no punitive effects of the mentioned procedural mechanism; thus, the professional defendant would not face an obligation to reimburse certain sums exceeding those effectively paid by the consumers' plaintiffs, as consequential effects of the avoidance of the unfair contractual terms. Obviously, between consumers and third-party interveners, the pre-litigation agreements and settlements are admissible in injunctive redress, as well as in compensatory class action.

Although it may seem counterintuitive at first, the joinder mechanism regulated by the revised version of articles 12-13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, is limited to injunctive relief, while compensatory relief of consumers' complaints is available by means of individual actions or by common mandate of procedural representation¹⁸ under the general provisions on multiple participation in civil and commercial litigation.

5 Problematic of multiple compensatory claims

It should be emphasised that the injunctive relief mechanism (on collective basis) available to consumer organisations is not limited to the sphere of actions in avoidance of unfair contractual provisions; instead, it is also applicable in the case of competitors whose legitimate interests have been affected by an unfair commercial practice of a concurrent professional, followed by a subsequent compensatory relief (on individual basis). The mentioned mechanisms are described in article 64, paragraphs (5) and (6) of Law no. 21/1996, re-published in February 29th, 2016 on fair competition,¹⁹ stating that '(5) Natural or legal persons who consider themselves to have been prejudiced by a commercial practice forbidden by legal provisions on competition, may introduce a subsidiary claim in compensation during the next two years from the date on which the decision of the Competition Committee remained final or has been confirmed by a court decision. (6) The compensatory claim may also be introduced by an organisation for consumer protection legally registered, as well as by a professional organisation representing the competitors whose legitimate interests have been affected by the anti-competition practice, based on their specific mandate of representation.'

When permissive joinder of professional defenders is concerned, if one or more consumers, as plaintiffs, have a pecuniary claim against multiple professional defendant, who are jointly liable for the prejudice caused,²⁰ either in terms of strict liability on objective premises, either in the form of liability based on professional's fault, these defendants may be jointly held as litigating parties. In my opinion, for this effect to be taken into account, the consumer's claims against the professional co-defendants must arise from a

series of similar circumstances or be based on a common causal act/omission to act imputable to the professionals.

Alternatively, the opting-out collective mechanism for qualified entities regulated by articles 12-13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts is limited to injunctive relief. Subsequently, after the emission of the judge's decision in the opting-out injunctive procedure, individual consumers may introduce claims for compensatory relief aiming to obtain reimbursement of the payments made as effect of the unfair contractual clauses.²¹ Amongst the intricacies of having compensatory mechanisms, it should be emphasised that the courts must respect, in our opinion, the principle that prejudice must be fully redressed and may not grant punitive damages; therefore, compensatory multi-party claims are likely to be more compatible with an opting-in system, especially in cases of multiple consumers being affected by the same culpable act or omission to act, as well as in the case of patrimonial loss recoverable on strict liability, in which case there is compulsory the establishing of the individual amount of prejudice based on individual claims of consumers.²² Nonetheless, the recovery of expenses in injunctive procedures for qualified entities regulated by articles 12-13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, allow the qualified entities, such as consumer associations, to recover all costs of publicity in respect of the class action; horizontally, a compensatory opting-in mechanism is necessary in order to permit multiple consumers to give their consent to a litigious procedure on compensatory grounds.²³

6 Distinguishing 'necessary' from 'indispensable' interveners in consumers' complaints

According to the above-mentioned legal provisions on voluntary intervention in civil and commercial litigation, the consumer associations can apply for an injunctive infringement,²⁴ yet not for compensation for individual damages on the ground of Law. 193/2000 on unfair terms in consumer contracts). Prejudiced consumers have a choice of introducing separate or joint claims in avoidance of unfair terms in non-negotiated contracts.²⁵ As a result, it might be virtually impossible to conclude settlements in injunctive proceedings initiated by qualified entities, such as associations of consumer protection.²⁶ To emphasise the consumer's prerogative of introducing, on an individual basis, a direct action in avoidance of unfair clauses, it should be mentioned the use of the reciprocal mandate of representation in the common interest of the multiple plaintiffs.²⁷

One notable feature, in what concerns the notification of the proceedings, is the problematic of formal procedural sequences of notification of parties; several requirements are worth mentioning, such as the obligation to adequately inform the intervening consumers on the stages of the proceedings on injunction orders, final decisions on measures eliminating continuing effects of the infringements, including final redress orders.²⁸ Legal practitioners experienced certain difficulties relying on the proper criteria for class action admissibility, such as the common cause, mass damage, similitude of members' prejudices,²⁹ non-sustainability of procedural joinder of claims or third parties as interveners in mass litigation.³⁰

The next landmark or specific difficulty lies with the facts that the criteria of compensating mass injury on are not legally set out, or the fact that

possible future legal provisions on consumers' class action should separate compensation for damages to identified prejudiced parties, under the general terms of strict liability and the determination of compensation for compulsory interveners, on the other hand.³¹ The quantum of the procedural deposit would be set by the court, taking into account the probable total costs to be incurred by the litigating party in multiple-claim litigation.³² However, the cited legal provisions establish no strict criteria for sharing global compensation between injured parties in class actions, nor does it set out the possibility of payment of *moratoria* damages³³ (for the professional defendant who was causing deliberate or negligent delay in the payment of compensatory sums as stated in the judge's decision) in line with the general rules of strict liability compensation.³⁴

7 Concluding remarks

The use of the third-party intervention mechanism in consumer complaints is based on the rationale of allowing a third party or a subsequent party to join a lawsuit engaged between the originating parties (consumer vs professional); where the claim emanates from the express assent of the intervenient, the procedural intervention will be voluntary, and it has been used in jurisprudence in litigious procedures involving consumers and credit professionals and also in actions in avoidance of unfair contractual provisions. Perhaps more significant is one of the main features of the subject of permissive joinder under Consumer Law that, in what concerns the representative actions by qualified entities, articles 12-13 of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, enabled qualified entities designated by legal provisions to bring representative actions in the general

interest of consumers, strictly in the field of unfair terms in consumer contracts. As results from the previous sections of the study, the admissibility of the voluntary joinder depends on the type of redress sought by the consumer as a plaintiff; while it can be described as an opting-out mechanism regarding the injunctive relief instrument, it is describable an opting-in type of action when it comes to consumers' compensation actions.

The following conclusions may be pointed out, based on the assertions made in the preceding sections of this study:

(a) under the provisions of article 12, paragraph (3) of Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, consumers are enabled to rely on the opting-out collective redress action, based on which the qualified entities, e.g. associations for consumer protection that fulfil the requirements set by the Governmental Ordinance no. 21/1992, respectively or the representatives of the National Authority for Consumer Protection, have the right to introduce judicial claims against unfair terms in consumer contracts;

(b) each consumer represented as litigant has the right to exclude himself/herself from the class action, if the consumer notifies the court prior to the date specified in the notice received; the consumer who, based on the mentioned opting-out mechanism, excludes himself or herself from the litigious action in compensation for the sums collected by the professionals based on void unfair terms, will not be bound by an adverse judgement and conversely, the consumer may not assert collateral peremptory exceptions;

(c) the prerequisites of typical litigious reasons in multiple-party litigation from the perspective of litigating consumers vs professionals would raise supplementary procedural obstacles, since not all incidental claims could have had the same proximate cause, nor would the same affirmative

defences be applicable (e.g. assumption of contractual risk, strict liability and breaches of contractual warranties);

(d) the inter-pleader procedural mechanism may be used in cases in which the professional, whose strict liability or liability based on professional fault is discussed by the court, may request the pursuant/the consumer, acting as plaintiff, to argue out the claims against a third party who is also jointly liable;

(e) in the cases in which the effects of some procedural acts are contrasting or incompatible to the procedural acts made by other participants, only the most favourable acts will be opposable to the other litigating consumers;

(f) the court's decision requesting the professional to eliminate certain unfair terms from all existing contracts will benefit multiple consumers in relation to the respective professional unless there are individual consumers who exercise their right to auto-exclusion from proceedings and who expressly prefer the remaining under the incidence of the original, unmodified contract;

(g) concerning the voluntary interveners in consumer vs professional litigation, the reciprocal mandates refer to the empowering of representatives with the conclusion of all procedural acts necessary for the discussing of the joint claims; similarly, the specific mandate should specify that it includes the mandate to agree to settlements or to introduce an action in revise of the court's decision.

* Lecturer, Faculty of Law, Babeş-Bolyai University Cluj-Napoca, juanitag@law.ubbcluj.ro.

¹The Governmental Ordinance no. 21/1992 on consumer protection was republished in the Official Monitor no. 1018 from December 21st, 2006 and was modified by Law

no. 157/2015 (published in the Official Monitor no. 449 from June 23rd 2015) and by the Governmental Ordinance no. 37/2015 for the revise of certain provisions on consumer protection (published in the Official Monitor no. 654 from August 28, 2015), lately modified by Law no. 51/2016 on the revise of certain legal provisions on consumer protection (Published in the Official Monitor no. 257 from April 6th, 2016).

² The problematics of minimum safeguards that might be inserted, touches the core of the debates on permissive joinder under the provisions of Consumer Law, concerning: (i) postulating the principle that no punitive damages may be inflicted upon the defendant, other than the compensatory damages for effective loss; (ii) setting the objective criteria for third party funding of collective actions; (iii) setting out adequate criteria for group/entities certification.

³ In recent jurisprudence, legal practitioners witnessed a trend towards a growing use of multiple-party redress mechanisms in the field of collective actions in avoidance of unfair banking terms in consumer credit contracts, favoured by the large number of consumer credit contracts in which the allegedly unfair terms were inserted; e.g., up to 400 clients of the same bank creditor opted in for a multiple compensatory claim and requesting the refund of the sums previously paid as the effect of unfair terms on onerous banking services. See our comment on actions in avoidance of unfair contractual terms, Juanita GOICOVICI, 'Elementele constitutive ale practicilor comerciale neloiale în relațiile cu consumatorii', *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Jurisprudentia*, 3/2016, note 12.

⁴ It should be mentioned that Law no. 193/2000, on unfair terms in consumer contracts, was republished in the Official Monitor no. 543 from August 3rd, 2012 and it has been modified by the Extraordinary Governmental Ordinance no. 34/2014 on consumers' rights in contracts concluded between consumers and professionals and for the revise of certain legal provisions on consumer protection (published in the Official Monitor no. 427 from June 11, 2014).

⁵ Romanian jurisprudence only made random usage of the mechanism of judicial avoidance of abusive clauses in the case of bank general provisions; a two-fold approach would appear to be emerging with regard to contractual obligations generated by general banking clauses, separating those which result from a referential clause and those terms which arise out of an express agreement between the creditor and the debtor/consumer.

⁶ For further details on common interest mandates, see Dan CHIRICĂ, *Contracte speciale*, 1st volume, C. H. Beck, Bucharest, 2015, pp. 211-214. For the topics of avoidance of unfair terms, see Lucian BERCEA, *Contractul de credit bancar*, Universul Juridic, Bucharest, 2014, pp. 96-104; Cristiana Dana ENACHE, *Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori. Practică judiciară*, Hamangiu, Bucharest, 2012, pp. 54-77; Dumitru FLORESCU, Adrian BORDEA, Roxana POPA, *Contractul de credit bancar*, Universul Juridic, Bucharest, 2013, pp. 44-71; Juanita GOICOVICI, *Dicționar de Dreptul consumului*, C. H. Beck, Bucharest, 2010, pp. 81-94; Juanita GOICOVICI, *Creditele pentru consum și de investiții imobiliare*, C.

H. Beck, Bucharest, 2014, pp. 67-89; Andrei PAP, *Clauzele abuzive și drepturile consumatorilor în legislația Uniunii Europene*, Universul Juridic, Bucharest, 2017, pp. 112-116; Adriana PENA, *Clauzele abuzive în contractele de credit. Practică judiciară*, Hamangiu, Bucharest, 2017, pp. 37-49; Gheorghe PIPEREA, *Protecția consumatorilor în contractele comerciale*, C. H. Beck, Bucharest, 2018, pp. 96-103; Viorel TERZEA, *Protecția consumatorilor – Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene*, Universul Juridic, Bucharest, 2016, pp. 29-71; Felix TUDORIU, Cristina Aurora POPIRȚAC, *Drepturile consumatorului. O provocare pentru afaceri*, Universul Juridic, Bucharest, 2013, pp. 79-83.

⁷ See Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9e édition, Dalloz, Paris, 2015, pp. 185-208; Yves PICOD, *Droit de la consommation*, 5e édition, Sirey, Paris, 2018, pp. 139-156; Delphine BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation*, Gualino, Paris, 2018, pp. 78-112; Jerome JULIEN, *Droit de la consommation*, L. G. D. J. , Paris, 2018, pp. 56-64; Sophie le GAC-PECH, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 96-111; Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, Paris, 2017, pp. 1118-134; Stephane PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2014, pp. 342-36.

⁸ See Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, op. cit., pp. 133-141.

⁹ Avoiding the artificial character of numerical standards for group admission is also crucial; for instance, requesting consumer groups to overpass a fixed number of consumers joining, up to a minimum of 600 members, might deter smaller groups to use collective redress mechanisms; nevertheless, the existence of a group would be considered starting from at least two persons the legitimate interests of whom have been prejudiced by a common event.

¹⁰ See Yves PICOD, *Droit de la consommation*, cit. supra, pp. 109-110.

¹¹ See Dumitru DOBREV, 'Examen de practică neunitară a instanțelor în materia clauzelor abuzive din unele contracte bancare', *Revista Română de Drept al Afacerilor*, 8/2015, pp. 105-110.

¹² Idem, p. 106.

¹³ Idem, p. 109.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ See Sophie le GAC-PECH, op. cit., pp. 97-102.

¹⁶ See Jerome JULIEN, op. cit., pp. 59-64.

¹⁷ See, for further details, Ioan ILIEȘ NEAMȚ, *Acțiunea colectivă ca mijloc de reparare a prejudiciilor în masă*, Universul Juridic, Bucharest, 2017, pp. 532-536; Elisabeta ROȘU, *Acțiunea civilă. Condiții de exercitare. Abuzul de drept*, C. H. Beck, Bucharest, 2010, pp. 214-217; Mihaela TĂBĂRCĂ, *Drept procesual civil*, 1st volume, Universul Juridic, Bucharest, 2013, pp. 278-281; Lucian BERCEA, 'Acțiunile colective în eliminarea clauzelor abuzive din contractele standard de consum. Cui prodest?', *Revista Română de Drept Privat*, 3/2013, pp. 24-36; Dumitru DOBREV, op. cit., pp. 105-110.

¹⁸ See Elisabeta ROȘU, op. cit., pp. 119-121.

¹⁹ Law no. 21/1996 on competition was republished in the Official Monitor no. 153/February 29th, 2016.

²⁰ See Ioan ILIEȘ NEAMȚ, op. cit., pp. 79-82.

²¹ See Jean-Denis PELLIER, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 93-108 for comments on avoidance of unfair contractual terms in contracts concluded between consumers and professionals.

²² See Delphine BAZIN-BEUST, op. cit., pp. 112-114.

²³ See Ioan ILIEȘ NEAMȚ, op. cit., pp. 96-98.

²⁴ See Dumitru DOBREV, op. cit., pp. 108-109.

²⁵ See Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, op. cit., pp. 207-209.

²⁶ See Felix TUDORIU, Cristina Aurora POPIRȚAC, op. cit., pp. 84-85.

²⁷ See Ioan ILIEȘ NEAMȚ, op. cit., pp. 96-101.

²⁸ The revised article 51, paragraph (5) of the Governmental Ordinance no. 21/1992 on consumer legal protection is incidental in these hypotheses.

²⁹ See, for further comments, Rachael MULHERON, *The class action in Common Law legal systems – A comparative perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 86-91; Robert KLONOFF, *Class Actions and other multi-party litigation in a nutshell*, West Academic Press, Minnesota, 2012, pp. 56-72.

³⁰ See, for details, Elisabeta ROȘU, op. cit., pp. 226-232; Florin MANGU, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Universul Juridic, Bucharest, 2015, pp. 78-83; Lucian BERCEA, 'Efectele erga omnes ale hotărârilor judecătorești pronunțate în acțiunile în eliminarea clauzelor abuzive din contractele standard de consum', *Revista Română de Drept al Afacerilor*, 7/2013, pp. 41-50; Bordan ȚENE, 'Clauze abuzive în contractele de credit, așa cum rezultă din practica judiciară', *Revista Română de Drept al Afacerilor*, 3/2016, pp. 26-32.

³¹ See Ioan ILIEȘ NEAMȚ, op. cit., pp. 81-95.

³² See Cyril NOBLOT, *Droit de la consommation*, L. G. D. J. , Paris, 2012, pp. 113-119, on the subject of professionals' strict liability.

³³ See Vincent THOMAS, *La médiation de la consommation*, LexisNexis, Paris, 2018, pp. 67-83, on the problematic of punitive and compensatory damages in consumers' complaints.

³⁴ See Lucian BERCEA, 'Acțiunile colective în eliminarea clauzelor abuzive din contractele standard de consum. Cui prodest?', cit. supra, pp. 26-27.

STUDII

CARACTERISTICI FUNDAMENTALE ALE INTERPRETĂRII JUDICIARE

FUNDAMENTAL CHARACTERISTICS OF JUDICIAL INTERPRETATION

DOI: 10.24193/SUBBiur.63(2018).4.3

Published Online: 2018-12-31

Cristina TOMULEȚ*

Abstract:

In the present study, I analyse three fundamental characteristics of judicial interpretation with the aim of highlighting its nature. To that end, I discuss interpretation as a rational and intuitive act, as a source of legal argumentation and as an act of volition.

Regarding the first characteristic of interpretation, I conclude that judicial interpretation can only be the result of intertwining reason and intuition, as a balanced solution to the extreme positions promoted by legal formalism and the free law movement. At the same time, I consider that the use of intuition in the context of judicial interpretation allows the integration of natural law in positive law systems. Concerning the second characteristic of interpretation, I consider that interpretation gives birth to legal argumentation due to the imprecise character of the legal language and also due to the various interests that may be protected via different interpretations of the same legal norm. Finally, I underline that judicial interpretation inevitably becomes an act of volition in the more controversial cases situated at the border of the intended scope of legal norms.

Rezumat:

În prezentul studiu au fost supuse analizei trei caracteristici esențiale ale interpretării judiciare în scopul evidențierii naturii acesteia. Pentru atingerea acestui scop, a fost pusă în discuție interpretarea ca act intuitiv și rațional, ca sursă a argumentării juridice și ca act de voință.

Cu privire la prima trăsătură a interpretării, am concluzionat că interpretarea judiciară nu se poate realiza decât prin împletirea rațiunii și a intuiției, ca soluție de echilibru față de pozițiile extreme promovate de formalismul legal și mișcarea dreptului liber. Totodată, am evidențiat că recurgerea la intuiție în contextul interpretării judiciare permite integrarea dreptului natural în sistemul de drept pozitiv. Cu privire la a doua trăsătură a interpretării, am subliniat că aceasta dă naștere argumentării juridice datorită naturii inexacte a limbajului juridic și datorită intereselor variate care pot fi protejate prin diverse interpretări ale normelor juridice. Nu în ultimul rând, am arătat că interpretarea judiciară reprezintă în mod inevitabil un act de voință în cazurile controversate care se află la frontiera sferei de aplicabilitate a normelor juridice.

Keywords: judicial interpretation; legal formalism; the free law movement; reason; intuition; natural law; positive law; characteristics of judicial interpretation.

Cuvinte cheie: interpretare judiciară; formalism legal; mișcarea dreptului liber; rațiune; intuiție; drept natural; drept pozitiv, caracteristici ale interpretării judiciare.

1 Introducere

În prezenta lucrare, vom aborda interpretarea judiciară din trei perspective distincte, în scopul clarificării naturii sale. În acest sens, vom analiza interpretarea *ca act intuitiv și rațional*, ca sursă a *argumentării juridice* și ca *act de voință*.

2 Interpretarea ca act intuitiv și rațional

2.1 Formalismul legal și mișcarea dreptului liber: două concepții extreme asupra interpretării judiciare

În această secțiune, ne propunem să demonstrăm că interpretarea judiciară este atât un act intuitiv, cât și unul rațional. Adoptând această opinie, respingem implicit poziția *formalismului legal*¹, potrivit căreia sistemul juridic poate fi conceput ca o structură exclusiv logică cuprinzând un set de reguli generale, complete și clare, pe baza cărora orice problemă apărută în practică poate fi rezolvată în mod deductiv². Într-un astfel de sistem, rolul judecătorului se reduce la aplicarea mecanică a unei legi, al cărei înțeles este clar și predeterminat, unei stări de fapt, soluția cauzei rezultând în mod necesar din suprapunerea logică a celor două planuri³. Este de la sine înțeles că o astfel de perspectivă asupra sistemului juridic exclude orice formă de intuiție sau decizie liberă a judecătorului⁴, acesta din urmă acționând ca un robot în aplicarea unui algoritm logic, exact.

Pe o poziție diametral opusă față de formalismul legal, se situează *curentul realismului legal*, apărut în America, respectiv *mișcarea dreptului liber*, apărută în Europa. Potrivit acestor curente, adevăratul fundament al hotărârii judecătorești nu este logica, ci intuiția sau sentimentul de justiție al judecătorului⁵. Cele două curente au urmărit eliberarea puterii judecătorești de orice teorii sau reguli de interpretare având ca scop subordonarea interpretării judiciare surselor formale ale dreptului⁶. În acest sens, potrivit unuia dintre promotorii mișcării dreptului liber, nu trebuie să se considere că prevederile legale instituie reguli având o aplicabilitate generală, ci ele trebuie analizate ca decizii specifice aplicabile doar cazurilor expres prevăzute în

textul legal. În celelalte cazuri, judecătorul este liber să decidă potrivit sentimentului său de justiție, format pe baza intuiției și a experienței sale de judecător⁷. Este evident că o astfel de perspectivă asupra interpretării judiciare, caracterizată de o supraaccentuare a intuiției și a libertății de decizie a judecătorului, pune în pericol ordinea și securitatea juridică⁸.

Poziția de echilibru între cele două curente de gândire opuse⁹ a fost identificată de H. L. A. Hart în urma evidențierii erorilor fundamentale specifice ambelor curente. Astfel, autorul a considerat că deși fiecare curent a descoperit trăsături importante ale interpretării judiciare, tendința acestora de a exagera anumite trăsături prin excluderea altor caracteristici esențiale ale interpretării a condus la vicierea lor iremediabilă¹⁰. Prin urmare, H. L. A. Hart a încercat să traseze o linie de echilibru în cadrul acestei dezbateri, afirmând importanța logicii, cu recunoașterea limitelor sale, dar admitând totodată și prezența intuiției, cu respingerea susținerii potrivit căreia judecătorii sunt liberi să soluționeze cauze potrivit intuiției lor fără nicio constrângere de ordin logic¹¹. În opinia autorului citat, atât logica, cât și intuiția joacă un rol important în soluționarea cauzelor de către instanțele judecătorești¹².

Cu privire la eroarea fundamentală a formalismului legal, H. L. A. Hart a considerat că activitatea de legiferare este viciată de o deficiență supremă, și anume de imposibilitatea de a prevedea toate combinațiile posibile de circumstanțe care pot apărea în practică. Prin urmare, legile sunt în mod inevitabil marcate de goluri, incertitudini și sfere de aplicabilitate nedeterminate. Această realitate practică subminează formalismul legal și evidențiază eroarea sa teoretică fundamentală. Ea constă în convingerea că noțiunile juridice sunt „fixe” sau „închise” în sensul că pot fi definite exhaustiv în așa fel încât orice caz real sau imaginar să poată fi încadrat sau exclus cu

ușurință din sfera de aplicabilitate a respectivei noțiuni. Cu alte cuvinte, potrivit formalismului legal, semnificația normelor juridice este clară și determinată *in abstracto*, înainte de a se analiza vreo problemă apărută cu ocazia aplicării lor *in concreto*¹³.

Totodată, în opinia lui H. L. A. Hart, legiuitorii au anumite situații în vedere atunci când creează norme generale. Aceste situații standard aparțin nucleului dur al semnificației normei și pot fi încadrate cu ușurință în sfera sa de aplicabilitate. În aceste cazuri, aplicarea normei nu ridică probleme și este automată, încadrându-se în metoda deductivă a formalismului legal. Cu toate acestea, există stări de fapt atipice, situate în afara nucleului dur al semnificației normei, care creează o zonă de penumbră a cazurilor discutabile sau controversate. La frontiera sferei de aplicabilitate a normei se regăsesc acele stări de fapt dificile care au doar anumite caracteristici în comun cu situația standard sau care posedă unele caracteristici suplimentare față de cele regăsite în situația standard.

În opinia lui H. L. A. Hart, o penumbră a nedeterminării înconjoară orice normă juridică, iar problemele apărute în această sferă nu pot fi soluționate doar prin deducții logice. Aplicarea normei juridice, în zona sa de penumbră, impune judecătorului să ia *decizii* (s.n.) care nu sunt dictate nici de formularea expresă a normei, nici de concluzii logice. În aceste cazuri, responsabilitatea de a decide sfera de aplicabilitate a normei îi revine exclusiv judecătorului, în urma unei cercetări de ordin practic care vizează scopul și obiectivele normei. Doar în lumina acestora, judecătorul poate decide dacă o stare de fapt atipică trebuie sau nu încadrată în sfera de aplicabilitate a normei¹⁴. În acest sens, subliniem că judecătorul are ocazia de a implementa principii de drept natural atunci când se confruntă cu zone de penumbră ale normelor juridice deoarece acestea îi oferă oportunitatea de a alege dintre mai

multe interpretări posibile. Astfel, prin identificarea scopului și obiectivelor normei interpretul va fi automat condus spre principiul de drept natural care se află la originea normei de drept pozitiv, care va fi util pentru interpretarea acesteia în cazurile controversate¹⁵.

Din cele prezentate mai sus, se poate observa că H. L. A. Hart recunoaște importanța deciziei judecătorului și, implicit, a intuiției care o precede, în limitele zonelor de penumbră ale normelor juridice. În acest sens, autorul subliniază că zonele de penumbră în discuție sunt consecința faptului că limbajul juridic are o structură „deschisă”.

În acest context, subliniem că există un clivaj major între realitate și limbaj, care ține de natura lor distinctă. Limbajul nu poate cuprinde, datorită naturii sale limitate, totalitatea stărilor de fapt în complexitatea lor. Prin urmare, din moment ce realitatea nu poate fi descrisă exhaustiv prin intermediul normelor juridice, tehnica optimă (dar imperfectă) de legiferare este utilizarea normelor cu caracter general. Nedeterminarea relativă a limbajului juridic (cauzată de caracterul flexibil sau polisemantic al unor termeni sau combinații de termeni) împreună cu caracterul general al normelor creează un spațiu de manevră al interpretării indispensabil pentru a face posibilă aplicarea efectivă¹⁶ a normelor juridice în practică. În acest context, precizăm că unirea aparent imposibilă dintre cele două planuri (realitate și limbaj) nu poate avea loc decât prin intermediul unei *decizii interpretative*.

În același sens, în opinia lui H. L. A. Hart, structura deschisă a dreptului presupune că în orice sistem juridic rămâne un domeniu larg pentru exercitarea unei aprecieri discreționare de către instanțe în procesul de a clarifica noțiuni vagi și incertitudini legale sau de a dezvolta și detalia reguli generale¹⁷. În această sferă, logica este insuficientă și trebuie complinită prin

decizii ale judecătorului, precedate de intuiții, cu privire la sfera de aplicabilitate a normelor. Aceste decizii sunt inspirate, *inter alia*, de scopul și obiectivele normei, care își au originea în principii de drept natural.

Totodată, H. L. A. Hart a criticat poziția realismului legal și a mișcării dreptului liber de respingere categorică a rolului logicii în practica judiciară și de supraaccentuare a intuiției, ca promovând o perspectivă obscură și confuză.

În acest sens, autorul a subliniat că eroarea fundamentală a formalismului legal nu este utilizarea logicii în procesul interpretării judiciare. Logica nu este decât o forță inertă care nu poate determina, în sine, interpretarea termenilor sau sfera de aplicabilitate a normelor juridice. Silogismul oferă doar un cadru pentru raționamente valide într-un sistem juridic considerat a fi complet.

Astfel, în opinia lui H. L. A. Hart, eroarea de bază a formalismului legal nu are de-a face cu logica, ci cu percepția asupra limbajului juridic. Acest curent reprezintă un pericol la adresa unei practici judiciare de calitate deoarece pleacă de la premisa că termenii juridici pot fi definiți aprioric în mod exhaustiv. O astfel de atitudine cu privire la modalitatea de definire a conceptelor se află la baza viciului formalismului legal de a încuraja prejudecata oarbă a problemelor juridice¹⁸. Acționând în conformitate cu preceptele formalismului legal, judecătorul nu va realiza, sau va alege să ignore, că norma poate primi mai multe interpretări plauzibile cu privire la care are o libertate de decizie necontrolată de convențiile interpretative acceptate¹⁹.

Supoziția că termenii juridici au o definiție exhaustivă, predeterminată, denaturează realitatea modului în care funcționează interpretarea judiciară. Astfel, considerând că semnificația termenilor juridici

rămâne fixă de-a lungul timpului, formalismul legal neagă caracterul inevitabil al deciziei interpretative atunci când apar dificultăți de interpretare în zonele de penumbră ale normelor juridice. Orice judecător care consideră modelul propus de formalismul legal ca fiind viabil se amăgește pe sine și, mai rău, pe justițiabilii care vor fi influențați de deciziile sale. Dacă un astfel de judecător adoptă orbește o definiție a unui termen juridic înainte de a lua în considerare starea de fapt specifică și consecințele sociale puse în discuție de cauza respectivă, acesta va comite eroarea prejudecății. Ea este, la rândul său, o decizie²⁰, chiar dacă uneori inconstientă.

Judecătorul decide astfel să ignore realitatea faptului că norma juridică este marcată de un anumit grad de nedeterminare, ceea ce implică responsabilitatea sa de a decide granițele sferei sale de aplicabilitate în cazurile atipice. Ignorarea realității în discuție îl va absolve pe judecător în ochii săi de responsabilitatea deciziei, fiind mult mai confortabilă poziția de a se considera pe sine ca fiind un simplu robot care urmează să aplice logic și mecanic un text clar *in abstracto*. Cu toate acestea, decizia judecătorului de a nu-și asuma în mod conștient responsabilitatea de a stabili sfera de aplicabilitate a normei în cazurile atipice va conduce la soluții rigide și inechitabile, care fac abstracție de obiectivele sociale urmărite prin legiferare. Aplicând o astfel de abordare, judecătorul va integra în mod artificial o anumită realitate într-un text legal sau va refuza să o facă deoarece se consideră ținut de o definiție predeterminată a unui termen sau concept juridic. În realitate, sensul autentic al normelor juridice nu poate fi identificat pe deplin decât în lumina stărilor de fapt care fac obiectul aplicării normelor în discuție, cu luarea în considerare a consecințelor sociale ale cauzelor în discuție.

În concluzie, considerăm că o practică judiciară de calitate depinde de recunoașterea adevărului că, în cazurile atipice sau controversate, destul de numeroase de altfel, judecătorului îi revine sarcina de a decide sfera de aplicabilitate a normelor juridice.

Apreciem astfel că atât formalismul legal, cât și curente din categoria opusă, contribuie la sublinierea unor trăsături aparent contradictorii ale interpretării judiciare. În acest context, vom încerca în cele ce urmează să detaliem modul în care, în realitate, intuiția și rațiunea se împletesc în procesul interpretării²¹.

2.2 Rolul rațiunii și al intuiției în actul interpretării judiciare

Astfel considerăm că omul are *minte* (sediul *rațiunii*), dar are și *inimă* (sediul *intuiției*²²). Atât rațiunea, cât și intuiția sunt mijloace de cunoaștere²³.

Rațiunea a fost definită ca fiind gândirea logică sau facultatea, proprie omului, de a cunoaște prin noțiuni, judecăți, raționamente²⁴. Prin intermediul rațiunii nu pot fi cunoscute decât realități exterioare (spre exemplu, elementele unei stări de fapt) sau realități intelectuale (concepte, noțiuni, idei, argumente etc.). În același timp, rațiunea are capacitatea de a crea realități intelectuale și de a le interconecta. Spre exemplu, în cadrul interpretării juridice, rațiunea este instrumentul care facilitează îmbinarea mai multor elemente (scopul normei, intenția legiuitorului, norme de drept natural, alte norme de drept pozitiv etc.) în scopul realizării unei interpretări adecvate.

Dar care este elementul care motivează rațiunea să funcționeze, conducând-o înspre un anumit rezultat? În opinia noastră, motorul rațiunii sau elementul care o pune în mișcare este *intuiția intelectuală*²⁵.

Deși acest concept este arareori pus în discuție în domeniul juridic²⁶, considerăm că intuiția intelectuală constituie o realitate a modului în care

funcționează rațiunea, inclusiv în domeniul dreptului. În absența intuiției, rațiunea rămâne o forță inertă, lipsită de direcție. Intuiția este sclipirea inițială care declanșează manifestarea rațiunii. Spre exemplu, adesea în momentul citirii unui text cuprinzând argumente juridice, juristul are un instinct inițial care îi arată că un anumit argument este valid sau nu, instinct care nu poate fi explicat decât ulterior prin argumente. De asemenea, într-un demers argumentativ dezinteresat, intuiția intelectuală îi dictează adesea de la bun început persoanei care argumentează poziția validă pe care trebuie să o apere. Ea este cea care indică persoanei de unde și cum să înceapă demersul argumentativ. În aceeași măsură, intuiția intelectuală inspiră alegerea și crearea argumentelor. Ea constituie liantul natural al argumentelor și cea care le îndreaptă înspre o anumită concluzie.

Având în vedere că interpretarea juridică constituie un demers argumentativ, este evident că intuiția intelectuală joacă un rol important și în acest context. Spre exemplu, este bine cunoscut faptul că nu există un algoritm rigid al interpretării care să impună ordinea în care trebuie aplicate metodele de interpretare. De multe ori, intuiția intelectuală a interpretului contribuie la alegerea metodelor de interpretare adecvate normei interpretate, precum și a ordinii lor²⁷.

În acest context, subliniem că intuiția intelectuală nu trebuie înțeleasă ca fiind un impuls orb și nelimitat care împinge automat interpretul înspre o anumită variantă de interpretare²⁸. Intuiția nu poate contraveni limitelor legitime ale interpretării decurgând dintr-o interpretare gramaticală rezonabilă a normei. De asemenea, ea nu poate fi separată de calitatea argumentelor utilizate de interpret în cadrul unui demers rațional. În acest sens, în doctrină s-a arătat că, potrivit studiilor din domeniul psihologiei, persoanele posedă două sisteme cognitive pentru a lua decizii: unul intuitiv și

unul deliberativ, cele două operând simultan²⁹. Sistemul intuitiv este caracterizat de spontaneitate, rapiditate și nu necesită multă atenție sau efort, în timp ce sistemul deliberativ implică operațiuni intelectuale care necesită timp, efort, concentrare și aplicarea unor reguli învățate anterior³⁰.

În opinia noastră, nu poate fi negată realitatea faptului că în practica judiciară ambele sisteme sunt utilizate de interpreți, ele fiind inerente oricărui proces decizional specific ființelor umane. Din moment ce sistemul intuitiv și cel deliberativ caracterizează în egală măsură structura psihologică a interpreților, considerăm că aptitudinea acestora de a opta radical între cele două sisteme este limitată. Astfel, un interpret poate decide să acorde mai multă importanță sistemului intuitiv sau celui deliberativ în demersul său interpretativ, dar nu se poate debarasa complet de unul din ele. În acest context, considerăm că interpretul trebuie să acorde, în măsura posibilității, o importanță egală celor două sisteme pentru a ajunge la interpretări judiciare adecvate, care să nu fie expresia vreunui exces de spirit sau de literă. Considerăm că atât o interpretare pur intuitivă, cât și una pur rațională se pot dovedi la fel de abuzive indiferent că acestea îmbracă forma arbitrariului sau a formalismului.

În acest sens, subliniem că necesitatea motivării hotărârii judecătorești constituie o garanție împotriva arbitrariului care ar putea fi produs de o exagerare a intuiției în interpretare. Astfel, cerința motivării hotărârii judecătorești impune recurgerea la sistemul deliberativ, care presupune justificarea intuiției interpretului prin argumente. În acest sens, s-a afirmat că intuiția are în mod invariabil un rol central în practica judiciară, dar ea este la rândul său dependentă de tehnici non-intuitive, mai ales în procesul de a justifica în mod public soluția interpretativă aleasă³¹. În același sens, în doctrina interbelică împletirea echilibrată a intuiției și a

rațiunii în interpretare a fost abordată în felul următor: „Fiindcă, în esența ei, intuiția este nedemonstrabilă, ar însemna ca judecătorii în special și juriștii în genere să nu dea seama de interpretările lor, știința dreptului și jurisprudența rămânând un șir de rezultate nemotivate. În realitate însă, cum în însăși spiritul omenesc nu există zone separate pentru intuiție și pentru raționament, ambele determinări amestecându-se și influențându-se una pe alta, ca pornite din aceleași insondabile adâncuri, se înțelege că nu este nefiresc ca intuiția să-și desfășoare rezultatul cunoașterii ei în cadrele raționamentului. Instinctul, e drept, nu cunoaște logică, dar intuiția, care în om este instinct luminat și dezinteresat, adică depășind funcționarea utilitară și automată, este compatibilă cu rațiunea. Intuiția este și ea gândire”³².

Pe lângă rațiune și intuiție intelectuală, omul are și inimă³³: sediul *intuiției originare* sau *pure*³⁴. Inima este partea cea mai profundă a persoanei³⁵, care există dincolo de filtrul rațiunii sale, având aptitudinea *de a percepe în mod nemijlocit valori, de a distinge între bine și rău, precum și de a empatiza cu alte persoane*.

Percepția prin intermediul inimii este diferită de cea rațională. Inima simte obiectul cunoașterii, nu îl gândește. Obiectul cunoașterii este revelat inimii în mod direct și natural. În acest sens, potrivit filosofului Andrei Pleșu „cunoașterea cu inima nu avansează în trepte, etapă cu etapă. E mai aproape de o reacție «imediată» (...). Seamănă mai mult cu gândirea intuitivă sau cu judecata de gust. Când vezi un obiect, nu cazi îndelung pe gânduri, ca să stabilești dacă îți place sau nu. Îți place sau nu din prima clipă. Abia după aia începi să elaborezi, să cauți explicații, argumente, «să construiești» o motivație plauzibilă a opțiunii tale. Dar opțiunea în sine e de tipul *aderenței* nereflectate”³⁶. În același timp, cunoașterea prin intermediul rațiunii e rece și

detașată, în timp ce cunoașterea prin intermediul inimii e caracterizată de compasiune și empatie³⁷.

Pentru a percepe obiectul cunoașterii, inima se folosește de intuiția originară sau pură. În doctrina interbelică, intuiția a fost definită ca fiind „un fel de cunoaștere prin instinct, nu prin rațiune a lucrurilor, (...) un fel de simț intim cu ajutorul căruia ființa noastră prinde adevărul, e o pătrundere mai mult sau mai puțin misterioasă în interiorul lucrurilor, simpatizând așa-zicând cu ele spre a le sesiza esența, este o cunoaștere pe dinăuntru, nu pe dinafară a realității (...)”³⁸. În același sens, un alt autor afirma că: „prin ea [intuiția] cunoașterea sosește repede la obiect. Intuiția ne dă nemijlocit obiectul, făcându-ne să coincidem spontan cu ceea ce el are intim și inexprimabil”³⁹.

Același autor a expus în doctrină caracteristicile intuiției. Potrivit lui V. V. Georgescu, *intuiția este complementară intelectului* și îl suplinește în fața neputinței sale, având în vedere că „intelectul e constrâns în marginile spațiului, în silnicia silogismului”⁴⁰. Totodată, intuiția este *spontană*, pornește de la sine. *Nimic nu îi este anterior*, nu o produce sau motivează. Acțiunile pornesc din ea. În același timp, *intuiția are continuitate* (ca viața) și este *eficace* – ne arată intimitatea obiectului. Ea este *adaptabilă*. În timp ce intelectul, prin concepte și categorii, tinde la unitate, intuiția merge spre *diversitate, variabilitate și evoluție*. Ea *inovează și creează*⁴¹.

Cu privire la obiectul cunoașterii intuitive, am afirmat anterior că prin intermediul intuiției originare sau pure pot fi percepute în mod nemijlocit valori. În acest sens, subliniem că valorile nu pot fi cunoscute în profunzime prin instrumentul rațiunii. Deși ele pot fi percepute la nivel intelectual în mod superficial, conținutul și importanța valorilor nu pot fi înțelese pe deplin decât prin intermediul inimii. Acest tip de cunoaștere constă în conștientizarea

importanței valorilor prin imaginarea consecințelor grave ale pierderii acestora. Spre exemplu, în cazul judecătorilor, o înțelegere pur intelectuală a libertății sau a respectului față de drepturile fundamentale riscă să rămână fără efecte în practică, în absența unui exercițiu de empatie prin care judecătorul să se pună în locul persoanei căreia urmează să i se aplice o măsură de restrângere a drepturilor sale fundamentale. Prin urmare, considerăm că doar judecătorii care sunt convingși de importanța acestor valori se vor asigura că ele sunt implementate în mod efectiv în practică.

Din cele expuse în paragraful precedent, se poate observa că am integrat în categoria valorilor anumite principii de drept natural. Subliniem astfel că deși prin intermediul intuiției pot fi percepute o varietate de valori non-juridice⁴², din perspectivă juridică, nu vom pune accent decât pe valorile care pot fi încadrate în noțiunea dreptului natural. Se poate astfel observa că principiile de drept natural, dincolo de faptul că se află la originea normelor de drept pozitiv, consacră totodată valori ale unui sistem juridic sănătos. Spre exemplu, principiul respectării drepturilor fundamentale consacră o valoare specifică sistemelor juridice aparținând statelor democratice, care se bazează pe libertatea individului, și nu pe dictatură.

Prin urmare, având în vedere că dreptul natural poate fi încadrat în sfera valorilor, subliniem că intuiția joacă un rol important în cunoașterea sa - atât a dreptului natural abstract⁴³, cât și a celui concret. Astfel, în ceea ce privește cunoașterea dreptului natural abstract, din moment ce principiile obiective de drept natural consacră valori primordiale și nedemonstrabile, identificarea lor, precum și conștientizarea faptului că ele merită protecție în calitate de valori, nici nu s-ar putea realiza altfel decât pe cale intuitivă. În consecință, în cadrul interpretării judiciare, intuiția este cea care îi permite interpretului să identifice principiul de drept natural abstract care se află la

originea normei de drept pozitiv pentru a putea oferi normei o interpretare care să transpună în realitate valorile dreptului natural, cu respectarea limitelor dreptului pozitiv.

În ceea ce privește cunoașterea dreptului natural concret⁴⁴ prin intermediul intuiției, vom aborda problema în discuție pornind de la analiza intuiției oricărei persoane cu privire la ceea ce este just sau echitabil. Exercițarea intuiției originare în acest context permite atât identificarea dreptății ca valoare în lumina unor circumstanțe concrete, cât și distingerea justiției de injustiție⁴⁵. În acest sens, subliniem că intuiția dreptății există în fiecare om din naștere, indiferent că este jurist sau nu. Cu privire la acest aspect, un autor a observat că ideea dreptății se dezvoltă foarte devreme la copii și este pusă în cuvinte până la vârsta de trei ani. Copiii afirmă adesea „nu este corect” sau utilizează expresii echivalente⁴⁶. Totodată, același autor, care este și psihanalist, a afirmat că aproximativ 90% din pacienții săi invocă teme legate de dreptate în cadrul ședințelor de psihanaliză. Autorul a concluzionat astfel că sentimentele legate de dreptate și nedreptate sunt caracteristice pacienților săi și, probabil, aproape fiecărui om⁴⁷.

Având în vedere că există o suprapunere importantă între categoria justului și a moralei, subliniem că distincția dintre moralitate și imoralitate se realizează tot pe cale intuitivă. Astfel, potrivit unui autor, intuiția de natură morală constă într-o judecată spontană, care nu este rezultatul vreunui raționament conștient⁴⁸. Acesta a mai precizat că este dificilă justificarea vreunei opinii de natură morală fără să se recurgă la intuiție⁴⁹. În același sens, un alt autor a arătat că persoanele care emit judecăți morale sau estetice recurg aproape exclusiv la o percepție de ordin intuitiv. Conform acestuia, persoanele au o experiență afectivă imediată ca reacție la întâmplări care implică judecăți de natură morală sau estetică. Reacția lor afectivă anticipează

opinia acestora cu privire la caracterul moral sau imoral al unui comportament, de-abia ulterior fiind avansate argumente într-un sens sau în altul⁵⁰.

În acest context, subliniem că diferențierea între just și injust se realizează în aceeași manieră intuitivă descrisă în paragraful precedent. În primă fază, caracterul just sau injust al unui comportament este calificat ca atare în mod spontan de către subiectul cunoașterii. De-abia ulterior, acesta își va justifica opinia prin diverse argumente.

Deși realizarea distincției între just și injust are loc în modalitatea intuitivă descrisă mai sus în cazul majorității persoanelor, în cazul persoanelor cu studii juridice, intuiția dreptății este adesea atrofiată. Din nefericire, majoritatea juriștilor lasă în urmă idealul dreptății care i-a motivat inițial să aleagă cariere juridice pe măsură ce avansează în educația lor. Aceștia sunt încurajați să procedeze astfel chiar în cadrul sistemului de educație juridică, fiindu-le adesea transmisă ideea că dreptul este un domeniu pur tehnic și rațional, care nu are de-a face cu intuiția sau dreptatea. Adoptând treptat un aer de superioritate datorită numeroaselor cunoștințe juridice dobândite, juriștii ajung să-și disprețuiască propria naivitate de a-și fi dorit cândva „să facă dreptate”. Chiar dacă dorința în discuție trebuie educată, având în vedere că există riscul ca ea să îmbrace forme arbitrare, considerăm că abandonarea idealului dreptății are un efect negativ asupra sistemului juridic. În primul rând, renunțarea la aspirația după dreptate îi transformă pe juriști în „roboți” insensibili, care acționează exclusiv pe baza rațiunii. Ei devin astfel incapabili să mai sesizeze realitatea din jurul lor în mod intuitiv și empatic. În al doilea rând, abordarea exclusiv rațională a problemelor juridice conduce adesea la multă absurditate. În numeroase cazuri, persoanele lipsite de educație juridică sunt mult mai capabile să

distingă justul de injust sau rezonabilul de nerezonabil decât juriștii. Aceștia din urmă nu mai au curajul de a afirma că ceva este alb sau negru. Totul este gri și posibil de argumentat într-un sens sau în altul, ceea ce produce adesea multă confuzie, mai ales pentru destinatarii dreptului care tânjesc după o formă de justiție substanțială.

În acest context, subliniem că rolul rațiunii nu este de a înăbuși intuiția⁵¹, ci de a o susține și completa. În opinia noastră, juriștii ar trebui să lupte pentru a-și recâștiga intuiția pierdută pentru că numai ea poate garanta existența unui sistem juridic uman. Precizăm astfel că intuiția dreptății poate fi în primul rând redescoperită *prin regăsirea propriei inimi*. Acest demers presupune concentrarea atenției asupra „vocii” interioare⁵² care transmite prin senzații lăuntrice, și nu prin cuvinte, convingerea că o anumită acțiune este justă sau injustă. În acest context, facem precizarea că termenul de acțiune este utilizat în sens larg. Distincția între just și injust este aplicabilă în egală măsură legilor, actelor administrative sau interpretărilor judiciare, care reprezintă dintr-o anumită perspectivă acțiuni ale autorităților publice. Precizăm totodată că stabilirea pe baza intuiției a caracterului injust al unui act care emană de la o autoritate publică poate constitui un indiciu puternic al neconstituționalității sau nelegalității lui⁵³, cu consecința posibilității desființării lui prin intermediul procedurilor existente. Spre exemplu, în practică, înainte de a considera că o anumită lege este neconstituțională, juriștii observă adesea în primă fază caracterul ei injust. Această constatare îi motivează să examineze compatibilitatea legii cu Constituția, verificând dacă o interpretare rezonabilă a textelor constituționale le permite să avanseze argumente în sensul neconstituționalității legii. De asemenea, în contextul interpretării judiciare, constatarea caracterului injust al unei posibile interpretări a legii îl poate motiva pe interpret să adopte o altă interpretare,

mai justă, dacă limitele respectivului textului legal permit o atare interpretare.

Nu în ultimul rând, regăsirea intuiției dreptății nu poate fi separată de dezvoltarea empatiei față de destinatarul actului de justiție. Astfel, intuiția justului poate fi dezvoltată prin identificarea cu nedreptatea suferită de alte persoane⁵⁴. Această identificare va da naștere unei reacții adverse de respingere a in justiției care va crește aspirația după dreptate a persoanei care o practică. Aspirația în discuție, la rândul său, va dezvolta receptivitatea persoanei față de soluția justă care are aptitudinea de a repara in justiția în discuție. Considerăm astfel că practicarea empatiei în sensul arătat anterior va inspira juristul, indiferent că este avocat, procuror sau judecător, să perceapă intuitiv soluția justă *in concreto*, motivându-l totodată să lupte pentru promovarea acesteia sau să o aplice. În același timp, în cazul persoanelor care au competența de a dispune diverse măsuri, soluția identificată ca justă poate fi testată tot prin intermediul empatiei. Astfel, persoana în discuție poate examina caracterul echitabil al măsurii, verificând dacă ar considera măsura la fel de justă în ipoteza în care ea însăși ar face obiectul acesteia⁵⁵.

În continuare, ne vom concentra asupra rolului intuiției în identificarea dreptului natural concret de către judecător. Subliniem astfel că pentru a ajunge la soluția interpretativă echitabilă *in concreto*, judecătorul trebuie să parcurgă mai multe etape. În primul rând, acesta trebuie să realizeze interpretarea abstractă a normei juridice⁵⁶. După cum am arătat anterior, intuiția originară îi permite judecătorului să identifice principiul de drept natural abstract care se află la originea normei de drept pozitiv pentru a-i putea oferi acesteia din urmă o interpretare care să transpună valorile dreptului natural în realitate. În al doilea rând, judecătorul trebuie să

realizeze interpretarea concretă a normei⁵⁷. În această etapă, intuiția îi permite judecătorului să identifice cea mai justă interpretare a normei, în limitele permise de textul legal, în urma analizării consecințelor diverselor interpretări posibile⁵⁸.

Nu în ultimul rând⁵⁹, judecătorul are responsabilitatea de a elucida starea de fapt, context în care intuiția originală joacă un rol important. Astfel, declarațiile orale care emană de la suspect, de la partea vătămată, precum și de la martori constituie adesea mijloace de probă decisive pentru dovedirea stării de fapt. În acest context, judecătorul are sarcina de a aprecia credibilitatea declarațiilor în discuție, interpretarea adecvată a stării de fapt depinzând de „interpretarea” persoanelor menționate. Evidențiem astfel că aprecierea credibilității unor declarații se realizează în mare măsură pe cale intuitivă. În contextul de față, intuiția originală îi oferă judecătorului capacitatea de a distinge adevărul de minciună⁶⁰.

Cu privire la modalitatea în care funcționează intuiția din acest punct de vedere, subliniem în primul rând că ea permite cunoașterea unor realități interioare, de natură psihologică. Precizăm în acest sens că adevărul și minciuna sunt realități care izvorăsc din interiorul persoanelor. Cu toate acestea, caracterul veridic sau fals al unor declarații emană dintr-o decizie internă a persoanei în discuție, care dacă rămâne nemanifestată nu poate fi sesizată de alte persoane nici măcar prin intermediul intuiției. Totuși, în momentul în care persoana începe să vorbească și să se exteriorizeze prin alte mijloace de comunicare non-verbală (mimică, gestică, limbajul trupului etc.), ea deschide o fereastră înspre interiorul său care poate fi accesată de judecător în mod intuitiv. Subliniem astfel că percepția intuitivă a interiorului persoanei nu poate fi separată de interpretarea modului în care aceasta se exteriorizează în timp ce dă declarații sau de interpretarea conținutului

acestora. În acest sens, este bine cunoscut faptul că există anumite semne care indică de regulă dacă o persoană minte sau spune adevărul. Spre exemplu, absența contactului vizual⁶¹, gesturi care denotă nervozitate⁶² sau lipsa de coerență a declarațiilor⁶³ pot indica faptul că o persoană minte. Cu toate acestea, în unele cazuri, semnele prezentate se pot datora altor cauze. Astfel, absența contactului vizual și gesturile care denotă nervozitate pot caracteriza o persoană timidă și emotivă, care se simte copleșită de sarcina de a da o declarație în fața unei instanțe. De asemenea, lipsa de coerență a declarațiilor se poate datora lipsei de educație sau unui nivel redus de inteligență.

Facem aceste precizări în încercarea de a arăta că dincolo de semnele exterioare care demonstrează de regulă caracterul veridic sau fals al unor declarații, convingerea că o persoană minte sau spune adevărul este determinată, în esență, de *senzația de adevăr sau de minciună* transmisă de *întreaga sa persoană* în timp ce vorbește. Senzația în discuție nu poate fi percepută decât intuitiv. Considerăm astfel că în examinarea credibilității unor declarații, judecătorul trebuie să acorde prioritate percepției sale intuitive prin intermediul căreia se conectează în mod direct cu persoana analizată și nu semnelor exterioare anterior menționate, având în vedere că ele, deși importante, pot induce în eroare dacă sunt luate în considerare făcându-se abstracție de senzația globală transmisă de persoana în discuție și de caracteristicile sale personale.

În ceea ce privește interpretarea stării de fapt în ansamblu, considerăm că intuiția originară călăuzește interpretul prin noianul de probe înspre adevărul factic. În acest sens, s-au afirmat următoarele: „Dar tot intuitivă este înțelegerea ei [a minorei]⁶⁴ și atunci când drumul către obiect (...) este mai lung în durată, el trebuind să străbată mărturisiri interesate ale părților, depuneri contradictorii de martori, clauze încâlcite din diferite

înscrișuri. Probațiunea minorei se face întotdeauna în mod intuitiv. Cum altfel, oare, am putea pătrunde sensul intențiunilor, ce se voiesc de multe ori ascunse, gesturile abia schițate, recunoașterile evazive, încleștările confuze de voințe, impulsurile interioare? Interpretii se găsesc de cele mai multe ori în fața unei semiobscurități a faptelor și a volițiunilor, în fața căreia rațiunea logică, armătura geometrică externă a cunoașterii, rămâne neputincioasă. (...) Numai intuiția, ca o firească prelungire a acestuia [a vitalului] în ordinea morală a acțiunii, se poate întoarce asupra vitalului, spre a coincide cu ceea ce el are inexprimabil pe cale deductivă”⁶⁵.

În lumina celor citate mai sus, considerăm că în interpretarea stării de fapt intuiția originară suplinește adesea incapacitatea intuiției intelectuale și a rațiunii de a conduce interpretul până la capăt pe drumul căutării adevărului faptic. Cu toate acestea, rolul celor două instrumente nu trebuie subestimat. Rațiunea și intuiția intelectuală contribuie la formarea unei succesiuni logice a evenimentelor și a unui scenariu plauzibil al stării de fapt. Totuși, în multe situații, simpla înlănțuire logică a unor elemente factuale nu reflectă în întregime realitatea stării de fapt. Prin intermediul intuiției, interpretul dobândește capacitatea de a vedea ce se află în spatele faptelor obiective, ajungând la esența situației factuale.

În acest sens, apreciem că intuiția originară joacă un rol important în sesizarea laturii subiective a stărilor de fapt. Chiar dacă în cunoașterea acestei laturi se pornește de la analiza unor elemente obiective⁶⁶, simpla analiză logică a acestora nu conduce întotdeauna la înțelegerea motivațiilor, intențiilor sau atitudinilor care caracterizează persoanele implicate într-o situație litigioasă. În acest context, precizăm că pot exista stări de fapt având o latură obiectivă identică, dar o latură subiectivă diferită. În astfel de situații, cunoașterea intuitivă devine crucială pentru sesizarea laturii subiective.

Pentru a clarifica cele afirmate vom prezenta un exemplu, făcând referire la cauza *M. C. c. Bulgaria*⁶⁷. În această cauză, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a sancționat statul bulgar pentru modalitatea de interpretare a infracțiunii de viol. În speță, reclamanta, în vârstă de 14 ani, a fost de acord să însoțească doi bărbați cu mașina la o discotecă dintr-un oraș apropiat. În timpul drumului de întoarcere, cei doi bărbați au oprit pentru a înota într-un bazin, în pofida obiecțiilor reclamantei, care a rămas în mașină. Unul dintre ei s-a întors singur în mașină și a întreținut relații sexuale cu aceasta împotriva voinței ei, în timp ce victima plângea. Ulterior, reclamanta a fost dusă la domiciliul unei cunoștințe a celor doi, unde al doilea bărbat a obligat-o să întrețină relații sexuale cu el. Semnele de violență identificate pe corpul reclamantei au fost minore, motiv pentru care parchetul a considerat că victima nu a opus rezistență și a dispus încetarea anchetei în discuție. Analizând evoluțiile din dreptul internațional penal, precum și din psihologie, potrivit cărora nu toate victimele violului au capacitatea psihologică de a reacționa violent la viol, Curtea a stabilit că abordarea din dreptul intern, care impunea proba rezistenței fizice a victimei în toate cazurile, risca să lase nesancționate anumite forme de viol. Curtea a observat că autoritățile naționale au transformat rezistența victimei într-un element definitoriu al infracțiunii, deși ancheta ar fi trebuit să se concentreze asupra lipsei consimțământului.

Se poate astfel observa că în această cauză, procurorul, concentrându-și atenția asupra unui element obiectiv, de suprafață al stării de fapt – absența rezistenței violente a victimei – a omis să depună eforturi pentru a cunoaște realitatea în profunzime și a descoperi, în acest caz, lipsa consimțământului victimei. Subliniem în acest sens că o cunoaștere profundă a realității nu poate avea loc decât prin disponibilitatea interpretului de a privi dincolo de

aparențe și de a sonda intuitiv persoanele implicate prin studierea lor atentă. De asemenea, pentru dezvoltarea cunoașterii intuitive în ceea ce privește interpretarea stării de fapt este necesară debarasarea de mentalități și prejudecăți, prin adoptarea unei atitudini neutre de deschidere față de realitatea exterioară. Este necesar astfel ca interpretul să dobândească aptitudinea de a-și concentra atenția din interior spre exterior pentru a sesiza realitatea așa cum este ea, și nu în forma denaturată de ideile sale preconcepute.

În acest context, precizăm că o abordare neutră a interpretării stării de fapt include analiza globală a elementelor factuale. În cauza *M. C. c. Bulgaria*, procurorul a omis să ia în considerare alte elemente care probau lipsa consimțământului victimei, cum ar fi vârsta sau trăsăturile psihologice ale acesteia, concentrându-se doar asupra absenței rezistenței sale violente. În acest sens, subliniem că înțelegerea intuitivă a stării de fapt se degajă pe fondul analizei probelor în ansamblu. Cunoașterea intuitivă nu poate fi contrară unei interpretări raționale a probelor, dacă aceasta se realizează de pe o poziție de neutralitate, avându-se în vedere întregul context factual. Dimpotrivă, intuiția este un instrument suplimentar față de rațiune care îi oferă interpretului capacitatea de a discerne detalii ce țin de structura interioară a persoanelor implicate, precum și o viziune unitară, de ansamblu asupra stării de fapt. În acest sens, precizăm că o analiză pur rațională a situației factuale riscă să conducă la o cunoaștere trunchiată a acesteia, având în vedere că rațiunea nu poate percepe direct aspectele de natură subiectivă, ci poate observa doar reflexia acestora în realitatea obiectivă. Pe de altă parte, rațiunea asistată de intuiție oferă o cunoaștere completă și profundă a stării de fapt, având în vedere că prin intermediul intuiției interpretul poate avea

acces direct la aspectele de natură subiectivă care caracterizează persoanele implicate în acea stare de fapt.

Importanța intuiției în cunoașterea situației factuale devine și mai evidentă dacă punem în discuție ipoteza în care există două stări de fapt similare sau identice din punct de vedere obiectiv, dar diferite din punct de vedere subiectiv. Astfel, în prima situație, să presupunem că o persoană se opune verbal unui act sexual, dar nu și fizic, datorită faptului că își dă seama că rezistența sa fizică nu are șanse de succes. În a doua situație, o altă persoană, aflată în aceeași circumstanță, se comportă identic, dar opoziția sa verbală față de actul sexual este formală. În măsura în care nu există alte probe care să demonstreze în mod indubitabil absența sau prezența consimțământului, considerăm că rolul intuiției în sesizarea laturii subiective care diferențiază cele două situații este esențial. Astfel, în acest context nu este suficient ca interpretul să analizeze exclusiv rațional comportamentul persoanelor implicate și declarațiile acestora, fiind necesară totodată o abordare intuitivă pentru identificarea adevărului faptic.

Nu în ultimul rând, subliniem că intuiția este cea care îi creează interpretului, la finalul demersului său interpretativ, *convingerea* că o anumită versiune a stării de fapt este cea reală. Rațiunea nu are aptitudinea de a crea convingeri interioare. Ea este instrumentul indispensabil care asistă interpretul pe drumul său în căutarea adevărului faptic, dar nu poate furniza decât versiuni plauzibile sau mai puțin plauzibile ale stării de fapt. Cu toate acestea, ulterior epuizării resurselor rațiunii, intervine intuiția ca factor suplimentar care creează interpretului o convingere cu privire la realitatea stării de fapt, întemeiată pe demersul său rațional anterior.

Am prezentat, în paragrafele precedente, rolul intuiției originare în cadrul celor trei etape care premerg identificarea soluției interpretative *in*

concreto de către judecător. Înainte de a arăta care este rolul intuiției originare în identificarea dreptului natural concret, urmează să analizăm structura procesului care conduce la stabilirea soluției interpretative *in concreto*.

Astfel, soluția în discuție este rezultatul interpretării concrete a normei juridice în lumina stării de fapt elucidate. Atingerea acestui rezultat presupune interpretarea prealabilă a stării de fapt, realizată separat de analiza oricăror elemente de drept, precum și interpretarea abstractă a normei juridice. În acest sens, subliniem că procesul de a ajunge la soluția interpretativă *in concreto* este unul complex, fiind format din numeroase decizii luate de judecător în cadrul fiecăreia dintre cele trei etape menționate anterior. Cu privire la acest aspect, H. L. A. Hart afirma că „situațiile factuale nu ne așteaptă împăturate și etichetate cu grijă; nici calificarea lor juridică nu este scrisă pe ele pentru a fi pur și simplu citită de judecător. Dimpotrivă, în aplicarea normelor juridice, cineva trebuie să-și asume responsabilitatea de a decide că anumite cuvinte acoperă sau nu o anumită situație, cu toate consecințele practice antrenate de decizia respectivă”⁶⁸.

În acest context, precizăm că fiecare etapă a interpretării judiciare oferă judecătorului o anumită marjă de apreciere care îi permite să ia decizii întemeiate pe intuiție și rațiune. Soluția interpretativă *in concreto* este *decizia finală* care, dintr-un anumit punct de vedere, cuprinde toate deciziile luate anterior în cadrul celorlalte etape ale interpretării judiciare.

În ceea ce privește rolul intuiției originare în identificarea dreptului natural concret, este evident că, pentru stabilirea soluției interpretative echitabile *in concreto*, este necesar ca judecătorul să recurgă la propria sa intuiție cu privire la ceea ce este just, aplicând-o în circumstanțele particulare ale cauzei, cu respectarea limitelor marjei sale de apreciere.

2.2.1 Intuiția intelectuală vs. intuiția originară

În continuare, înainte de aborda rolul conjugat al rațiunii, intuiției intelectuale și intuiției originare în cadrul etapelor interpretării judiciare, urmează să prezentăm câteva asemănări și deosebiri între intuiția intelectuală și cea originară.

Astfel, în ceea ce privește funcționarea lor, cele două tipuri de intuiție se aseamănă. Ambele sunt caracterizate de spontaneitate și de faptul că oferă direcție: gândirii, în cazul intuiției intelectuale, respectiv cunoașterii intuitive, în cazul intuiției originare. Cu toate acestea, spre deosebire de intuiția originară, cea intelectuală are o natură superficială, în sensul că, prin intermediul său, nu pot fi cunoscute în profunzime valorile dreptului natural sau aspectele subiective care caracterizează o persoană. Intuiția intelectuală nu poate conduce decât la o cunoaștere rațională a acestora, neoferind subiectului cunoașterii capacitatea de a le simți sau de a se identifica cu ele.

Deși cele două tipuri de intuiție există din naștere, în fiecare om, în formă potențială, este posibil ca una din ele sau ambele să fie atrofiate. În cazul juriștilor, după cum sugeram anterior, intuiția intelectuală este adesea mult mai dezvoltată decât cea originară. În acest sens, subliniem că o persoană cu o inteligență ridicată, dar cu o intuiție originară atrofiată nu are capacitatea de a simți importanța valorilor dreptului natural, de a discerne în concret justiția de injustiție, de a percepe intuitiv realitatea unei stări de fapt sau de a empatiza cu alte persoane. Din acest motiv, intuiția sa intelectuală riscă să rămână sterilă sau chiar să producă erori. Spre exemplu, în cauza *M. C. c. Bulgaria* analizată anterior, se poate observa că abordarea pur rațională a interpretării stării de fapt a produs un scenariu al situației factuale coerent din punct de vedere logic la un anumit nivel. Cu toate acestea, abordarea în discuție nu a avut capacitatea de a surprinde esența situației factuale, aflată

dincolo de faptele obiective. Dacă interpretul ar fi înțeles la nivelul inimii importanța voinței libere exercitate în domeniul vieții sexuale și ar fi empatizat cu victima în încercarea de a înțelege poziția sa subiectivă, acesta ar fi fost motivat să analizeze mai temeinic starea de fapt, ceea ce ar fi condus la o schimbare a perspectivei sale asupra modului în care trebuie interpretată noțiunea de absență a consimțământului în cazul violului.

În acest context, urmează să mai oferim un exemplu⁶⁹ în scopul de a arăta că o implicare exclusiv intelectuală a judecătorilor în activitatea lor jurisdicțională riscă să rămână sterilă din perspectiva impactului acestora asupra persoanelor cu care intră în contact. În acest sens, am observat în practică judecători care se implică inclusiv la nivelul inimii în activitatea pe care o desfășoară, respectiv judecători care se implică doar intelectual. Cei din prima categorie aleg, printre altele, să trateze persoanele acuzate cu respect, în pofida poziției lor vulnerabile din cadrul procesului penal, încercând totodată să le facă să-și asume responsabilitatea pentru propriile fapte. Această atitudine are un efect pozitiv asupra persoanelor acuzate în ceea ce privește îndreptarea lor încă din timpul procesului penal. Pe de altă parte, judecătorii din categoria opusă tratează persoanele acuzate ca pe niște obiecte în serie, transformând actul de justiție într-un eveniment mort și steril. Atitudinea în discuție lipsește procesul penal de orice impact pozitiv asupra persoanelor acuzate sau asupra celor care asistă la proces. În acest sens, considerăm că procesele penale conduse de judecători care își implică doar rațiunea în activitatea pe care o desfășoară scad încrederea persoanelor în justiție. Precizăm astfel că persoanele care intră în contact cu sistemul justiției penale au anumite așteptări rezonabile cu privire la modul său de desfășurare, întemeiate pe o aspirație după dreptate neviciată de excesele raționaliste specifice majorității persoanelor cu studii juridice. Drept urmare, persoanele

în discuție nu sunt satisfăcute de un act de justiție pur formal. Considerăm în acest sens că ceea ce poate conferi conținut justiției penale este tocmai implicarea personală a judecătorului în activitatea sa jurisdicțională. Dincolo de funcția sa, judecătorul rămâne om, iar o abordare umană a persoanelor cu care intră în contact în timpul exercitării funcției sale contribuie, în opinia noastră, la crearea unei justiții substanțiale.

2.2.2 Îmbinarea intuiției intelectuale, rațiunii și intuiției originare în cadrul interpretării judiciare

În continuare, urmează să analizăm modalitatea în care rațiunea, intuiția intelectuală și intuiția originară conlucrează în cadrul interpretării judiciare. În acest context, precizăm că omul este o ființă unitară, iar cele trei instrumente care îl caracterizează nu pot fi separate decât la nivel conceptual, în practică ele funcționând simultan.

În procesul interpretării abstracte și concrete a normei juridice, intuiția intelectuală este cea care îi oferă primul impuls interpretului, sugerându-i punctul din care să înceapă analiza rațională a normei. În acest sens, reiterăm că nu există un algoritm care să impună o ordine fixă a metodelor de interpretare, aspect care îi permite interpretului să se lase condus de intuiția sa intelectuală în alegerea metodelor în discuție și a ordinii acestora. Totodată, intuiția intelectuală a interpretului inspiră crearea de argumente în susținerea diverselor variante de interpretare ale textului legal. Pe de altă parte, rațiunea interpretului testează caracterul legitim⁷⁰ și rezonabil al diverselor variantelor de interpretare inspirate de intuiția intelectuală. Simultan, în fundalul activității intelectuale a interpretului, intuiția sa originară testează variantele de interpretare create din perspectiva caracterului lor just, căutând cu perseverență interpretarea care reflectă cel

mai fidel valorile dreptului natural. În acest sens, subliniem că, în cele mai multe cazuri, oscilația interpretului între diverse variante de interpretare ale normei se datorează căutării interpretării care corespunde în cea mai mare măsură intuiției sale cu privire la ceea ce este just.

În acest context, subliniem că dacă intuiția intelectuală și intuiția originară nu ar fi necesare în procesul interpretării normelor, algoritmul menționat anterior ar putea fi unul rigid⁷¹, iar judecătorii ar putea fi înlocuiți de roboți în întregime impasibili față de eventualele consecințe absurde⁷² sau injuste ale interpretării lor. Cu toate acestea, nicio persoană nu și-ar dori să fie judecată de un robot tocmai pentru că acesta nu are capacitatea de a sesiza și preveni, în măsura permisă de dreptul pozitiv, o interpretare absurdă sau injustă a legii⁷³. Prin urmare, caracterul imperfect al sistemului legislativ impune necesitatea existenței unei *persoane* care să creeze, cu respectarea limitelor dreptului pozitiv, interpretări juste și rezonabile ale normelor juridice.

Totodată, considerăm că realitatea modului în care se desfășoară interpretarea judiciară demonstrează că abordarea anterior prezentată, în cadrul căreia se acordă un rol important intuiției originare, este singura compatibilă cu natura umană. În acest sens, precizăm că în practică, dacă sunt posibile mai multe variante legitime de interpretare ale normei, majoritatea judecătorilor aleg interpretarea care corespunde în cea mai mare măsură intuiției personale cu privire la ceea ce este just. Această căutare a justei interpretări este ghidată de valorile sesizate și asimilate de judecător prin intermediul intuiției sale originare. În demersul său interpretativ, acesta nu poate fi separat de valorile care îl caracterizează. Fiind o creație a judecătorului, interpretarea sa va reflecta valorile în care crede. A-i impune astfel, în condițiile în care sunt posibile mai multe variante legitime de

interpretare, să nu o aleagă pe cea considerată ca fiind cea mai justă ar echivala cu transformarea sa într-un robot. Or, în opinia noastră, recurgerea la intuiția personală cu privire la ceea ce este just, cu respectarea limitelor dreptului pozitiv, nu trebuie evitată de judecători. Dimpotrivă, ea trebuie promovată deoarece contribuie la o creștere a calității interpretării judiciare, conducând la evitarea unor soluții interpretative injuste *in concreto*.

În ceea ce privește interpretarea stării de fapt, subliniem că la fundamentul acestui proces se află intuiția originară a judecătorului care îl motivează să caute adevărul faptic, conducându-l totodată în procesul analizării probelor spre realitatea situației factuale. Simultan, judecătorul este condus de intuiția sa intelectuală în demersul rațional de a înțelege starea de fapt și de a crea un scenariu al situației factuale plauzibil din punct de vedere logic. În cadrul acestui demers, intuiția originară joacă rolul de a-i deschide judecătorului perspectiva asupra laturii subiective a situației factuale, inaccesibilă pe cale exclusiv rațională. În acest context, precizăm că rațiunea și intuiția originară conlucrează inclusiv în ceea ce privește verificarea credibilității declarațiilor orale oferite de suspect, de partea vătămată, precum și de martori în cursul procesului penal. Astfel, după cum am afirmat anterior, intuiția originară îi oferă judecătorului o capacitate interioară suplimentară de a discerne adevărul de minciună printr-o conexiune imediată cu persoana care vorbește. În același timp, pe cale rațională acesta poate sesiza, de exemplu, diverse contradicții care demonstrează că persoana în discuție denaturează adevărul. Nu în ultimul rând, la finalul demersului interpretativ, intuiția originară îi creează judecătorului convingerea că o anumită variantă a stării de fapt este cea reală.

La finele acestei secțiuni, subliniem că intuiția originară este aproape în întregime neglijată în sistemul juridic românesc. Considerăm că această

situație se datorează caracterului predominant al formalismului legal, care promovează un model exclusiv rațional și mecanic al interpretării judiciare. Totodată, neglijarea rolului intuiției justului în cadrul interpretării judiciare se datorează preponderenței pozitivismului juridic, care nu are ca scop examinarea caracterului echitabil al normelor juridice sau al interpretării lor, ci doar aplicarea literală a acestora. În acest context, precizăm că pozitivismul juridic actual din România își are, în mare parte, originea în pozitivismul juridic radical specific fostelor state comuniste⁷⁴. Acest curent promova modelul judecătorului-pion, care nu avea dreptul de a pune sub semnul întrebării conținutul dreptului pozitiv pe care avea obligația să îl aplice. Modelul în discuție excludea automat, la nivel conceptual, recurgerea la intuiție, precum și libertatea judecătorului de a decide între mai multe variante legitime de interpretare. În acest sens, considerăm că mentalitatea specifică acestui model a redus la minim incidența intuiției și a libertății de decizie în cadrul interpretării judiciare, fără a le putea însă exclude complet, având în vedere că cele două instrumente menționate sunt indisolubil legate de modalitatea de funcționare a ființelor umane în orice domeniu, inclusiv în cel juridic.

Un exemplu care reflectă, din nefericire, modelul descris mai sus poate fi regăsit în Decizia Curții Constituționale nr. 171/2001⁷⁵. Autorul excepției de neconstituționalitate a considerat că dispozițiile art. 63 alin. (2) din Codul de procedură penală conform cărora „aprecierea fiecărei probe se face de organul de urmărire penală și de instanța de judecată potrivit *convingerii* lor, formată în urma examinării tuturor probelor administrate și conducându-se după *conștiința*⁷⁶ lor” contravin dispozițiilor art. 124 din Constituție conform cărora „justiția se înfăptuiește în numele legii” și „judecătorii sunt independenți și se supun numai legii”. Curtea a admis excepția,

fundamentându-și motivarea pe dezbaterile Adunării Constituante în cadrul cărora s-a respins, cu majoritate de voturi, completarea art. 124 alin. (3) cu sintagma „[...] și intimei lor convingeri”, exprimându-și în acest fel, în mod expres, voința ca judecătorii să se supună „numai legii”, iar nu și „intimei lor convingeri”.

Cu privire la decizia prezentată anterior, precizăm în primul rând că noțiunea de conștiință poate fi echivalată în acest context cu noțiunea de intuiție originară, care are rolul de a ghida organul judiciar în procesul căutării adevărului faptic. Totodată, după cum am arătat anterior, în cuprinsul acestei secțiuni, convingerea cu privire la realitatea stării de fapt este produsul intuiției, chiar dacă ea are la bază un demers rațional anterior care include examinarea tuturor probelor administrate.

Înainte de a analiza critic decizia Curții Constituționale, subliniem că ea reflectă o mentalitate privind funcția judecătorului existentă în egală măsură în ceea ce privește rolul său în interpretarea normelor, chiar dacă decizia în discuție se referă doar la aprecierea probelor, ca parte componentă a interpretării stării de fapt.

Astfel, observăm în primul rând că în opinia sa, instanța constituțională face totală abstracție de modalitatea naturală în care funcționează persoanele, negând realitatea faptului că orice demers uman, inclusiv cel interpretativ, implică o doză de intuiție și de convingere, ca elemente premergătoare luării unor decizii. Negarea în discuție, care simplifică și denaturează procesul interpretării judiciare, își are originea în temerea că noțiunile de intuiție și convingere vor fi utilizate ca justificări pentru interpretări arbitrare. În acest sens, apreciem că negarea unei realități prin eliminarea celor două noțiuni din textul de lege nu este cea mai bună cale pentru reducerea riscului arbitrariului în interpretare⁷⁷. În primul rând,

considerăm că majoritatea persoanelor predispuse spre a comite abuzuri în interpretare nu vor fi împiedicate de eliminarea expresiilor în discuție din textul de lege. Pe de altă parte, chiar dacă admitem că eliminarea celor două noțiuni ar descuraja într-o anumită măsură arbitrariul în interpretare, apreciem că o astfel de abordare care promovează modelul judecătorului-pion va produce la rândul său un risc de abuz concretizat în soluții interpretative formaliste și inechitabile *in concreto*.

În al doilea rând, considerăm că decizia Curții Constituționale este criticabilă mai ales prin prisma faptului că promovează modelul judecătorului-robot, lipsit de conștiință și convingeri, caracterizat doar de o rațiune mecanizată. În acest sens, instanța constituțională susține ideea judecătorului impersonal, exprimând astfel în mod implicit neîncrederea sa în *persoana* judecătorului, dotată nu doar cu rațiune, ci și cu conștiință, aptă de a ajunge la convingeri și de a lua decizii. Cu privire la acest aspect, considerăm, în sens contrar, că sistemul juridic ar trebui să aibă încredere în persoanele autorizate să devină judecători, din moment ce s-au calificat în acest sens, fără a face abstracție și fără a se teme de trăsăturile umane care le caracterizează. Reiterăm astfel că motivul pentru care judecătorii sunt preferabili roboților este tocmai acela că, în calitate de ființe umane, aceștia posedă rațiune practică, intuiție, precum și capacitatea de a dobândi convingeri și de a lua decizii în mod liber. Chiar dacă exercitarea acestor trăsături caracteristice ființelor umane dă naștere inclusiv erorilor – *errare humanum est*, varianta utilizării persoanelor în calitate de judecători rămâne preferabilă variantei utilizării roboților⁷⁸.

Pe de altă parte, spre deosebire de modelul interpretării judiciare promovat de pozitivismul juridic, curentul *iusnaturalist* se remarcă prin promovarea intuiției în interpretare, având în vedere că valorile dreptului

natural și soluțiile interpretative echitabile *in concreto* nu pot fi percepute decât intuitiv.

Un exemplu al acestei abordări poate fi întâlnit în lucrarea lui V. V. Georgescu⁷⁹: „*Obiect și metodă în interpretarea dreptului – studiu de metafizică și de logică a juridicității*”⁸⁰, publicat în perioada interbelică. În cuprinsul acestui studiu, se poate observa o perspectivă complet diferită asupra interpretării judiciare, neinfluențată de pozitivismul juridic comunist de origine sovietică, ce urma să acapareze sistemul juridic românesc după cel de-Al Doilea Război Mondial. Studiul în discuție demonstrează că autorii perioadei interbelice⁸¹ nu se temeau de rolul intuiției în interpretarea judiciară, ci o vedeau ca pe o sursă de viață în drept.

Astfel, în lucrarea precitată, V. V. Georgescu promovează o adevărată metodă intuitivă de interpretare a dreptului pe care o numește *metoda prezenței interpretului*⁸². Din dorința de a reda fidel cele expuse de autor, ne permitem să îl cităm *in extenso*:

„Raționalismul juridic în genere și cu deosebire metoda dogmatică au dus și duc încă pe alocuri o luptă înverșunată împotriva acestei prezențe. Nu i s-a permis interpretului multă vreme o altă rațiune, decât aceea impersonală, abstractă a legii și i s-a cerut să recurgă la legal chiar când acesta s-a dovedit neîndestulător în fața unor situații, pe care nu le prevăzuse. I s-a pretins interpretului să fie «obiectiv», adică să se înstrăineze de firea lui omenească, să se împingă singur dinăuntru în afară. S-a vrut astfel să se încredințeze opera de împărțire a dreptății unui om izolat de el însuși, adică desfăcut și de aproapele lui și de Dumnezeu. Metoda intuitivă readuce omenescul în mijlocul juridicității, făcând din ideea de umanitate centrul de interes și de acțiune al dreptului. Metoda prezenței smulge dreptul din repetiția rutinieră a rațiocinației, împingându-l pe drumul libertății și al creației. Ea coboară ce este mai esențial din juridicitate în inima judecătorului, mai cuprinzătoare și mai aproape ea de acțiune, de viață, de Obiect (...)»⁸³.

Cu privire la pasajul anterior citat, subliniem că el comprimă în mod exact ideea principală pe care am încercat să o transmitem în cuprinsul acestei secțiuni. Astfel, „prezența interpretului” presupune ca acesta să își implice persoana interioară prin intermediul intuiției în demersul interpretativ, fără a se eschiva printr-o abordare exclusiv rațională, de tip robotic, din fața asumării deciziilor de natură interpretativă.

Concluzionăm așadar, în același sens cu autorul citat, că intuiția are un rol foarte important în contextul interpretării judiciare. În primul rând, ea contribuie la formarea unui model al judecătorului fundamentat pe libertate, și nu pe supunere oarbă față de lege, înțeleasă în mod greșit, ca drept pozitiv separat de dreptul natural care i-a dat naștere⁸⁴. Astfel, un judecător care se lasă condus de intuiție în activitatea sa de interpretare va fi caracterizat de spontaneitate și originalitate în gândire, de curaj în ceea ce privește asumarea uneia dintre variantele legitime de interpretare ale unui text legal și de empatie față de justițiabili. În mod evident, formarea caracteristicilor enumerate anterior în persoana judecătorului va contribui la creșterea

calității interpretării sale judiciare. Pe de altă parte, dacă judecătorul se lasă condus doar de rațiune, aplicând dreptul pozitiv în mod mecanic, acesta va deveni un robot servil și ușor de manipulat, rigid în gândire și insensibil față de justițiabili⁸⁵, iar soluțiile sale interpretative vor fi formaliste și inechitabile *in concreto*.

La finalul acestei secțiuni, subliniem că rolul intuiției în interpretare poate fi recâștigat prin recunoașterea faptului că partea esențială (definitorie) a omului este inima sa, și nu rațiunea. Aceasta din urmă nu este decât un instrument util în asistarea cunoașterii intuitive, care trebuie să rămână subordonat inimii. În caz contrar, are loc „robotizarea” interpretului, cu consecințe negative în domeniul interpretării judiciare.

3 Interpretarea ca sursă a argumentării juridice

Este bine cunoscut faptul că interpretarea normelor constituie adesea⁸⁶ o sursă interminabilă a argumentării juridice.

Acest fapt se datorează în primul rând naturii limbajului juridic. Astfel, am arătat deja în cuprinsul secțiunii anterioare că limbajul nu poate cuprinde realitatea deoarece are o natură distinctă față de aceasta. Limbajul conține doar simboluri ale realului care trebuie recreate prin interpretare pentru a putea fi aplicate realității. În acest context, legiuitorul utilizează ca tehnică de reglementare formulări cu caracter general în scopul de a fi integrate, în urma interpretării, cât mai multe situații în sfera de aplicabilitate a normelor juridice în conformitate cu obiectivele sociale urmărite prin legiferare. Utilizarea normelor cu caracter general împreună cu nedeterminarea specifică limbajului (cauzată de caracterul flexibil sau polisemantic al unor termeni sau combinații de termeni) conduce la o

neclaritate inerentă normelor juridice⁸⁷, care devine evidentă mai ales în etapa interpretării concrete a normelor. Neclaritatea în discuție va conduce adesea la mai multe variante de interpretare ale normei, iar acestea vor fi susținute prin diverse argumente.

Cu privire la natura argumentelor în discuție, subliniem că interpretul va putea invoca argumente legate de aplicarea diverselor metode și reguli de interpretare⁸⁸, stimulat fiind în acest sens de absența unui algoritm rigid de interpretare, precum și argumente care țin de caracterul echitabil al interpretării sau de consecințele acesteia *in concreto*. În acest context, subliniem că argumentele create în procesul interpretării trebuie să respecte un cadru predeterminat, atât de limitele dreptului pozitiv, cât și de anumite limite acceptabile ale argumentării, care țin de calitatea argumentelor și de coerența lor logică⁸⁹. În limitele acestui cadru, considerăm că interpretul are obligația de a alege varianta de interpretare care transpune cel mai fidel în realitate valorile dreptului natural. Având în vedere limitele anterior menționate, precum și conformitatea interpretării cu dreptul natural, considerăm că în majoritatea cazurilor, se va putea ajunge la concluzia că una dintre variantele de interpretare este „mai corectă” decât celelalte⁹⁰. Subliniem astfel că natura argumentativă a procesului interpretativ nu trebuie privită ca o justificare pentru un relativism nelimitat de natură să aducă atingere securității juridice, ci ca un mod creativ de căutare a variantei optime de interpretare a normei.

În același timp, caracteristica interpretării de a da naștere argumentării juridice și de a fi, într-un sens, definită de aceasta demonstrează apropierea dintre noțiunea interpretării și conceptul de drept, înțeles în sens larg. Astfel, fenomenul juridic este caracterizat de libertatea de a argumenta diverse poziții în favoarea protejării anumitor interese, iar multe dintre

argumentele în discuție sunt legate, direct sau indirect, de probleme interpretative. Prin urmare, pe lângă motivul legat de natura limbajului juridic, interpretarea dă naștere argumentării juridice mai ales datorită faptului că prin intermediul diverselor variante de interpretare pot fi protejate tot atâtea categorii de interese. În realitate, variantele diferite de interpretare ale unei norme ascund adesea interese contradictorii ale interpreților.

În cele din urmă, subliniem că argumentarea în context interpretativ conduce la formarea conținutului normei juridice. Astfel, procesul interpretativ este precedat și inițiat de intuiție, care are totodată rolul de a ghida argumentarea în susținerea diverselor variante legitime de interpretare. La finalul demersului argumentativ, interpretul alege prin intermediul unei decizii interpretative una dintre variantele legitime de interpretare, iar aceasta devine norma juridică *in concreto*. Concluzionăm astfel că, deși interpretarea⁹¹ urmărește descoperirea unui sens unic al normei, în multe cazuri, obiectivul în discuție nu poate fi atins decât ulterior luării în considerare de către interpret a mai multor variante argumentate de interpretare ale normei.

4 Interpretarea ca act de voință

Având în vedere că în prima secțiune a acestui articol, am tratat deja problema interpretării ca act de voință, în continuare ne vom rezuma doar la detalierea unor aspecte deja menționate.

Astfel, am afirmat anterior că în numeroase cazuri, norma juridică poate primi mai multe interpretări legitime⁹², interpretul având responsabilitatea de a alege una din ele. În acest context, subliniem că decizia interpretativă este ultima etapă a procesului interpretării judiciare. El este

pus în mișcare de intuiție, continuă prin exercitarea intuiției și a rațiunii de către interpret, manifestată prin argumentarea mai multor variante de interpretare ale normei, și se finalizează prin alegerea de către interpret a unei singure variante de interpretare.

Cu toate acestea, interpretul nu își exercită libertatea de decizie doar la finalul procesului interpretativ prin alegerea uneia dintre interpretările legitime. Întreg procesul interpretativ se compune din decizii ale interpretului, care conduc la conturarea variantelor legitime de interpretare și, în final, la decizia definitivă cu privire la interpretarea aleasă.

În ceea ce privește conținutul libertății de decizie a interpretului, aceasta se compune în primul rând din libertatea de a alege metodele utilizate pentru interpretarea normei⁹³, având în vedere că nu există un algoritm rigid de interpretare impus de legiuitor⁹⁴. Desigur, aceasta nu înseamnă că libertatea în discuție este nelimitată⁹⁵. Spre exemplu, într-un stat de drept, interpretul nu ar trebui să facă, de regulă, abstracție de o interpretare literală evidentă a normei pentru a oferi prioritate unei interpretări teleologice, dacă scopul urmărit de legiuitor nu se poate deduce în niciun mod din textul normei juridice sau este contrazis de acesta⁹⁶. În acest context, precizăm că libertatea interpretului de a alege metodele utilizate pentru interpretarea normei implică automat obligația acestuia de a le alege pe cele *adequate*. Totodată, se poate observa că natura adecvată a metodelor alese presupune existența unor repere în raport de care acestea pot fi constatate ca atare. În acest sens, precizăm că reperele respective sunt întotdeauna exterioare textului normei și pot fi traduse prin intermediul mai multor exigențe. Astfel, metodele alese trebuie să conducă la o interpretare echitabilă *in concreto* care să garanteze în același timp securitatea juridică, efectivitatea normei, precum și implementarea obiectivelor sociale urmărite de legiuitor. Prin urmare, în

mod ideal, interpretarea aleasă ar trebui să satisfacă simultan toate exigențele enumerate. Cu toate acestea, într-un sistem de drept pozitiv, imperfect prin definiție, atingerea acestui deziderat în fiecare situație este imposibilă. Adesea, unele dintre exigențele enumerate sunt sacrificate pentru altele, cea mai frecvent întâlnită ipoteză fiind aceea în care echitabilitatea interpretării este sacrificială pentru garantarea securității juridice. Totuși, în pofida imposibilității menționate, considerăm că interpretul trebuie să depună toate diligențele pentru a reuși să găsească cea mai bună soluție interpretativă *in concreto* din perspectiva exigențelor enumerate.

Pe lângă libertatea interpretului de a alege metodele de interpretare, acesta mai beneficiază de o sumă de alte libertăți care pot fi exercitate în cadrul aplicării fiecărei metode. Astfel, în cadrul metodei literale, interpretul are libertatea de a decide sensul cuvintelor, precum și sensul întregii construcții gramaticale care compune norma juridică. În cadrul metodei logice, interpretul are libertatea de a alege tipurile de raționamente utilizate pentru interpretarea normei. În acest context, s-a observat, spre exemplu, că raționamentul *per a contrario* și cel analogic conduc la rezultate contrarii, fără a exista un criteriu pentru momentul în care unul sau altul trebuie să fie aplicat⁹⁷. În opinia noastră, constatarea anterioară demonstrează importanța libertății de decizie a interpretului, care trebuie exercitată în scopul identificării tipului de raționament care contribuie cel mai mult la satisfacerea exigențelor menționate în paragraful anterior. În cadrul metodei sistematice, interpretul decide ce alte prevederi din cadrul aceluiași act normativ sau ce alte acte normative din sistemul legislativ trebuie luate în considerare pentru decelarea sensului normei interpretate. În cadrul metodei istorice, interpretul alege elementele de istorie legislativă în lumina cărora va cerceta intenția legiuitorului, precum și autoritatea conferită fiecărui element în discuție.

Totodată, în urma analizării tuturor elementelor relevante, dacă persistă îndoieli cu privire la intenția reală a legiuitorului, interpretul va avea responsabilitatea de a alege cea mai plauzibilă variantă cu privire la intenția acestuia de la momentul adoptării normei. În cadrul metodei teleologice, interpretul poate descoperi mai multe obiective urmărite de legiuitor și poate alege căruia să îi acorde prioritate prin interpretarea aleasă sau poate decide dacă scopul normei se reflectă suficient în textul acesteia pentru a putea fi transpus în realitate prin interpretarea aleasă.

Astfel, având în vedere conținutul libertății de decizie a interpretului, subliniem că ea este manifestarea unei veritabile puteri discreționare. Numeroasele decizii luate de interpret în cursul procesului interpretării judiciare demonstrează că acesta beneficiază de o marjă de apreciere specifică interpretării tocmai pentru a putea satisface exigențele acesteia⁹⁸.

5 Concluzii

În studiul de față, ne-am propus să clarificăm natura interpretării judiciare ca *act intuitiv și rațional*, ca sursă a *argumentării juridice* și ca *act de voință*, în principal pentru a demonta o anumită mentalitate specifică spațiului juridic românesc, prin intermediul căreia interpretarea nu este percepută suficient ca sursă reală a dreptului. În acest sens, majoritatea persoanelor care funcționează în domeniul juridic au convingerea inconștientă că textul normei juridice este alfa și omega dreptului și că judecătorul este un simplu robot care aplică un drept preconfigurat de legiuitor.

Cu toate acestea, problema interpretării judiciare este mult mai complexă. Adevărul este că în multe cazuri judecătorul creează dreptul prin

interpretare (în mod legitim sau ilegitim) la fel de mult sau chiar mai mult decât legiuitorul.

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

¹ Curent de gândire juridică specific secolelor XIX și XX. În acest sens, a se vedea Douglas LIND, Logic, „Intuition and the Positivist Legacy of H. L.A. Hart”, SMU Law Review, Vol. 52, 1999, p. 136.

² Ibidem, p. 138.

³ Ibidem, p. 136, 138-139. Cu privire la formalismul legal a se vedea și Chris GUTHRIE, Andrew J. WISTRICH, Jeffrey J. RACHLINSKI, „Judicial Intuition”, disponibil la: https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf (data ultimei accesări: 15 decembrie 2018), p. 2.

⁴ În acest context, subliniem că intuiția este unul dintre elementele care precede decizia interpretativă a judecătorului. În acest sens, a se vedea Douglas LIND, op. cit., p. 160.

⁵ Douglas LIND, op. cit., pp. 136-137, Chris GUTHRIE, Andrew J. WISTRICH, Jeffrey J. RACHLINSKI, op. cit., p. 2.

⁶ Douglas LIND, op. cit., p. 140.

⁷ Ibidem, p. 141. Cu privire la mișcarea dreptului liber a se vedea și Traian POP, *Drept procesual penal. Partea introductivă*, Vol. I, Universul Juridic, 2010, p. 165, respectiv Alexandru OTETELIȘANU, „Este dreptul o știință sau o artă?”, Revista de Filosofie nr. 3-4, 1933, pp. 430-431, care a criticat mișcarea în discuție, caracterizând-o ca fiind o concepție anarhică în drept.

⁸ În acest sens, în doctrina interbelică s-a afirmat că „dreptul liber” este arbitrar, periculos și neconstituțional. A se vedea Vasile V. GEORGESCU, „Obiect și metodă în interpretarea dreptului – Studiu de metafizică și de logică a juridicității”, Pandectele Române, 1939, p. 64.

⁹ Pentru concizia exprimării, vom considera realismul legal și mișcarea dreptului liber ca aparținând, în sens larg, aceluiași curent.

¹⁰ Douglas LIND, op. cit., p. 137.

¹¹ Ibidem, p. 137.

¹² Ibidem, p. 148.

¹³ Ibidem, p. 149.

¹⁴ Douglas LIND, op. cit., pp. 150-151.

¹⁵ Ca exemplu de caz controversat aflat la frontiera sferei de aplicabilitate a normei juridice, a se vedea problema dacă sustragerea unui lăntșor de la gât prin ruperea acestuia constituie sau nu infracțiunea de tâlhărie (Sergiu BOGDAN, *Drept penal. Partea specială*, Universul Juridic, București, 2009, pp. 245-246). Este evident că această ipoteză nu se încadrează în situațiile standard care pot fi incluse cu ușurință în sfera de aplicabilitate a infracțiunii de tâlhărie, fiind utilă recurgerea la obiectivul

normei pentru soluționarea controverselor. Astfel, ipoteza analizată nu poate fi încadrată fără nicio discuție nici în sfera infracțiunii de furt, nici în sfera infracțiunii de tâlhărie deoarece acțiunea de smulgere are prin natura sa un caracter brutal, fără a produce totuși, de regulă, suferințe fizice în sensul art. 193 din Codul penal. În această situație, judecătorul are responsabilitatea de a decide sfera de aplicabilitate a normei prin recurgerea la obiectivul acesteia. Astfel, având în vedere că obiectivul normei care incriminează tâlhăria este sancționarea mai severă a furtului comis prin întrebuițarea de violențe, considerăm că gradul de violență al acțiunii de smulgere este esențial pentru stabilirea sferei de aplicabilitate a normei. În opinia noastră, având în vedere că, de regulă, acțiunea de smulgere nu prezintă un caracter suficient de violent pentru a atrage reținerea infracțiunii de loviri sau alte violențe, fapta ar trebui încadrată în sfera infracțiunii de furt. În același timp, considerăm că modul de comitere a infracțiunii (prin surprinderea victimei) ar trebui avut în vedere de judecător ca factor care să atragă aplicarea unei sancțiuni mai severe.

¹⁶ Ne referim la aplicarea normelor în cât mai multe situații care ar trebui integrate în sfera lor de aplicabilitate pentru atingerea obiectivelor sociale urmărite prin legiferare.

¹⁷ Douglas LIND, op. cit., p. 152.

¹⁸ Ibidem, pp. 153-154.

¹⁹ Ibidem, p. 155.

²⁰ Ibidem, pp. 156-157.

²¹ R. George WRIGHT, „The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking”, *Houston Law Review*, No. 42, 2006, p. 1398.

²² În acest context, ne referim la intuiția originară, concept pe care îl vom detalia în prezenta secțiune. Facem această precizare pentru a evita orice confuzie între intuiția originară și cea intelectuală, noțiune care are de-a face exclusiv cu rațiunea și care va fi de asemenea explicată în această secțiune.

²³ Chris GUTHRIE, Andrew J. WISTRICH, Jeffrey J. RACHLINSKI, op. cit., p. 5.

²⁴ Disponibil la: <https://dexonline.ro/definitie/ra%C8%9Biune> (data ultimei accesări: 12 decembrie 2018).

²⁵ În acest sens, în doctrina interbelică s-a afirmat că intuiția dezlănțuie gândirea, dându-i o direcție către obiect. Ea precede rațiunea și o îndrumă. A se vedea Vasile V. GEORGESCU, op. cit., pp. 63-64.

²⁶ Probabil pentru că rolul intuiției în practica judiciară este controversat, considerându-se că o abordare intuitivă a problemelor juridice creează un risc de arbitrar. În acest sens, a se vedea R. George WRIGHT, op. cit., p. 1382.

²⁷ R. George WRIGHT, op. cit., p. 1401.

²⁸ Astfel de impulsuri automate și arbitrarie pot fi întâlnite, spre exemplu, atunci când interpretul este influențat de mentalități sau de prejudecăți. În acest sens, a se vedea R. George WRIGHT, op. cit., p. 1390.

²⁹ Chris GUTHRIE, Andrew J. WISTRICH, Jeffrey J. RACHLINSKI, op. cit., p. 1.

³⁰ Ibidem, p. 6.

³¹ R. George WRIGHT, op. cit., p. 1384, p. 1424.

³² Vasile V. GEORGESCU, op. cit., p. 57.

³³ A se vedea Andrei PLEȘU, *Despre inimă și alte eseuri*, Humanitas, București, 2017, p. 26. Potrivit autorului „avem, pe de o parte, rațiunea – asimilabilă spiritului de geometrie, gândirii discursive - și, pe de alta, inima – spiritul de finețe, gândirea intuitivă”.

³⁴ Am ales denumirea în discuție deoarece intuiția originară există din naștere în orice om într-o formă nealterată, chiar dacă de-a lungul vieții sale ea poate suferi diverse distorsionări din varii motive (mentalități, prejudecăți, decizii de a nu asculta de propria conștiință, compromisuri etc.).

³⁵ Ibidem, pp. 20-21.

³⁶ Ibidem, p. 29. Sublinierea îi aparține autorului.

³⁷ Ibidem, p. 27. Potrivit autorului „înțelepciunea dobândită prin cunoașterea inimii e un amestec de lumină și căldură, spre deosebire de adevărurile strict «intelectuale», care sunt lumină fără căldură”.

³⁸ Ilie N. LUNGULESCU, „Arta de a judeca și arta de a interpreta. Exegeza textelor de lege. Greutățile ei. Nevoia unei ermeneutice juridice ca știință de sine stătătoare”, *Pandectele Române*, 1931, p. 207.

³⁹ Vasile V. GEORGESCU, op. cit., p. 63. În același sens, A. Pleșu, op. cit., p. 25.

⁴⁰ Vasile V. GEORGESCU, op. cit., p. 64.

⁴¹ Ibidem, p. 64. Sublinierile ne aparțin.

⁴² Spre exemplu, iubirea sau prietenia.

⁴³ Dreptul natural abstract este compus dintr-o sumă de principii cu un grad foarte ridicat de generalitate, a căror valoare nu poate fi demonstrată sau contestată, și care reprezintă fundamentul legitim al dreptului pozitiv. Printre principiile dreptului natural abstract se numără: protecția drepturilor individuale, principiul libertății de voință, principiul alegerii binelui și evitării răului, principiul responsabilității, principiul încrederii și principiul echității.

⁴⁴ Dreptul natural concret poate fi definit ca fiind soluția interpretativă echitabilă identificată de judecător *in concreto*.

⁴⁵ Astfel, am precizat deja că intuiția originară oferă persoanelor capacitatea de a identifica valori, respectiv de a distinge între bine și rău. În contextul de față, justiția e o formă a binelui, iar in justiția o manifestare a răului.

⁴⁶ Eric RAYNER, „The Intuition of Justice: Its Processing in Psychoanalytic Therapy and Elsewhere”, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 83, 1995, pp. 85-86.

⁴⁷ Eric RAYNER, op. cit., p. 85.

⁴⁸ R. George WRIGHT, op. cit., p. 1391.

⁴⁹ Walter SINNOTT-ARMSTRONG, „Moral Relativity and Intuitionism”, *Philosophical Issues*, No. 12, 2002, pp. 305-306 apud R. George WRIGHT, op. cit., pp. 1395-1396.

⁵⁰ Chris GUTHRIE, Andrew J. WISTRICH, Jeffrey J. RACHLINSKI, op. cit., p. 8.

⁵¹ Vasile V. GEORGESCU, op. cit., p. 63.

⁵² Care poate fi denumită și vocea conștiinței.

⁵³ Desigur că nu este obligatoriu ca actul respectiv să fie neconstituțional sau nelegal, având în vedere că dreptul pozitiv poate fi contrar dreptului natural. Cu toate acestea, în sistemele juridice legitime, există de regulă mecanisme efective de a contesta normele de drept pozitiv contrare dreptului natural, cel puțin prin intermediul procedurilor care se desfășoară în fața instanțelor constituționale.

⁵⁴ În acest sens, a se vedea Douglas LIND, op. cit., pp. 141-142.

⁵⁵ În acest sens, a se vedea Eric RAYNER, op. cit., p. 87.

⁵⁶ Acest tip de interpretare se realizează doar la nivel teoretic, lansându-se diverse variante de interpretare, fără a se pune în discuție probleme de interpretare suplimentare legate de aplicarea normei *in concreto*.

⁵⁷ Acest tip de interpretare se realizează în lumina stării de fapt.

⁵⁸ Precizăm că analiza consecințelor unei anumite interpretări asupra justițiabililor constituie un indiciu important pentru stabilirea caracterului just sau injust al acesteia.

⁵⁹ Etapele interpretării judiciare menționate nu sunt prezentate într-o ordine cronologică, ci într-o ordine cvasialeatorie, pornind de la interpretarea normelor juridice înspre interpretarea stării de fapt. Bineînțeles că din punct de vedere cronologic, se impune o interpretare inițială și superficială a stării de fapt pentru a se distinge posibilele norme juridice aplicabile. De asemenea, este important ca după ce a fost identificată norma juridică aplicabilă, aceasta să fie interpretată din punct de vedere abstract separat de interpretarea stării de fapt. De-abia ulterior, va urma interpretarea concretă a normei, după ce sensul abstract al normei și starea de fapt au fost clarificate. Cu toate acestea, în plan real, etapele interpretării judiciare se întrepătrund și se influențează reciproc, existând posibilitatea revenirii la o etapă a interpretării judiciare deja parcursă în cursul soluționării cauzei.

⁶⁰ Reamintim în acest sens cele afirmate anterior, și anume că intuiția originară permite realizarea distincției între bine și rău. În acest caz, adevărul poate fi integrat în categoria binelui, în timp ce minciuna poate fi integrată în categoria răului.

⁶¹ James P. TIMONY, „Demeanor Credibility”, *Catholic University Law Review*, Vol. 49, 2000, p. 921.

⁶² Mark G. FRANK, Melissa A. MENASCO, Maureen O’SULLIVAN, „Human Behavior and Deception Detection”, *Handbook of Science and Technology for Homeland Security*, Vol. 5, J. G. Voeller (ed.), John Wiley & Sons, Inc., 2008, disponibil la: <https://www.cl.cam.ac.uk/~rja14/shb10/frank2.pdf>, (data ultimei accesări: 15 decembrie 2018), p. 3.

⁶³ Ibidem, p. 3.

⁶⁴ Autorul se referă la premisa minoră a silogismului judiciar, constând în starea de fapt stabilită de judecător. Premisa majoră este reprezentată de norma de drept care urmează să se aplice stării de fapt, iar concluzia este reprezentată de soluția interpretativă *in concreto* pronunțată de judecător prin intermediul hotărârii judecătorești.

⁶⁵ Vasile V. GEORGESCU, op. cit., p. 56.

⁶⁶ Potrivit adagiului *dolus ex re*.

⁶⁷ Disponibil

la:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22m.c.%20v.%20bulgaria%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61521%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22m.c.%20v.%20bulgaria%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61521%22]}), (data ultimei accesări: 12 decembrie 2018).

⁶⁸ Herbert Lionel Adolphus HART, „Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, 1958, p. 607.

⁶⁹ Deși nu este direct legat de problema interpretării judiciare.

⁷⁰ Spre exemplu, din perspectiva respectării principiului separației puterilor în stat.

⁷¹ Se poate astfel observa că natura flexibilă a algoritmului interpretării oferă un spațiu de manifestare atât intuiției intelectuale, cât și intuiției originare.

⁷² În acest sens, subliniem că doar prin intermediul intuiției intelectuale poate fi sesizat caracterul absurd al unei interpretări din perspectiva consecințelor sale practice „Rațiunea” mecanizată a unui robot nu ar putea observa un astfel de aspect.

⁷³ În acest sens, a se vedea Tamara CĂPETA, „Of Judges and Robots” în Marko ILEȘIĆ, *Challenges of Law in Life Reality*, Litteralis, Ljubljana, 2017, pp. 129-142..

⁷⁴ În acest sens, a se vedea Rafał MAŃKO, „Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome”, *Pólemos - Journal of Law, Literature and Culture*, Vol. 7, Issue 2, 2013, disponibil la: <http://ssrn.com/abstract=2277857>, (data ultimei accesări: 15 decembrie 2018), p. 218.

⁷⁵ Publicată în M.Of. 387 din 16 iulie 2001.

⁷⁶ Sublinierile ne aparțin.

⁷⁷ Apreciem că acest risc este redus în mod suficient prin obligația judecătorului de a-și motiva hotărârile, precum și prin remediile de natură disciplinară existente în sistemul juridic.

⁷⁸ Pentru detalii, a se vedea Tamara CĂPETA, op. cit., pp. 129-142.

⁷⁹ Printre publicațiile sale se numără și *Drept și viață. Note pentru o concepție vitalistă asupra dreptului*, Fundația pentru Literatură și Artă „Regele Carol II”, București, 1936.

⁸⁰ A se vedea: Vasile V. GEORGESCU, „Obiect și metodă în interpretarea dreptului. Studiu de metafizică și de logică a juridicității”, *Pandectele Române*, 1939.

⁸¹ Alți autori ai perioadei interbelice care promovează rolul intuiției în drept sunt: Alexandru OTETELIȘANU „Este dreptul o știință sau o artă?”, *Revista de Filosofie* nr. 3-4, 1933, p. 445) și Ilie N. LUNGULESCU *Drept și dreptate*, Fundația pentru Literatură și Artă „Regele Carol II”, București, 1938, pp. 15-16).

⁸² Vasile V. GEORGESCU, op. cit., p. 71. Sublinierea îi aparține autorului.

⁸³ *Ibidem*, p. 71.

⁸⁴ Autoritatea legii derivă din conținutul său conform cu dreptul natural. Prin urmare, obligația judecătorului de a se supune legii trebuie înțeleasă ca îndatorirea acestuia de a interpreta dreptul pozitiv în lumina dreptului natural, în măsura permisă de

dreptul pozitiv, în condițiile în care este vorba despre un sistem juridic legitim, care oferă mecanisme efective de contestare a dreptului pozitiv contrar dreptului natural.

⁸⁵ Astfel de judecători pot fi întâlniți în statele totalitare.

⁸⁶ Cu excepția situațiilor în care norma juridică este ușor de interpretat și aplicat. Un exemplu de astfel de normă ar fi, spre exemplu „publicarea hotărârii definitive de condamnare se face pe cheltuiala persoanei condamnate, fără a se dezvălui identitatea altor persoane” (art. 70 alin. 3 din Codul penal). În acest sens, subliniem că normele care au o natură procedurală sunt, de regulă, mult mai ușor de interpretat și aplicat decât cele care cuprind incriminări, deoarece infracțiunile constituie realități complexe din punct de vedere faptic și juridic, imposibil de redat pe deplin prin intermediul limbajului juridic.

⁸⁷ Neclaritatea în discuție nu trebuie confundată cu lipsa de previzibilitate a normelor juridice. În acest sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului trasează o distincție clară între cele două concepte. Potrivit Curții, faptul că formularea legilor nu este întotdeauna precisă constituie o consecință logică a faptului că legile sunt de aplicare generală. Necesitatea de a evita rigiditatea excesivă și de a ține pasul cu schimbările sociale conduce adesea la formulări legale care cuprind în mod inevitabil termeni mai mult sau mai puțin vagi, a căror interpretare și aplicare depinde de practica judiciară. De asemenea, Curtea a adăugat că indiferent cât de clară este o prevedere legală, aplicarea sa implică un element inevitabil de interpretare judiciară, din moment ce întotdeauna va fi nevoie de clarificarea unor incertitudini și de adaptarea legii la circumstanțe particulare. O marjă de incertitudine cu privire la aplicabilitatea normei sau faptul că o normă poate primi mai multe interpretări nu atrag automat lipsa de previzibilitate a acesteia. Rolul puterii judiciare este tocmai acela de a risipi astfel de dubii interpretative, luând în considerare evoluțiile din viața de zi cu zi. Pe de altă parte, cerința previzibilității impune ca norma să fie formulată cu suficientă precizie pentru a permite persoanei să își adapteze comportamentul în consecință. Persoana trebuie să poată anticipa, într-o măsură rezonabilă având în vedere circumstanțele date, consecințele pe care le poate avea o anumită acțiune. Cu toate acestea, consecințele în discuție nu trebuie să fie previzibile în mod absolut: experiența a arătat că acest lucru este imposibil. Astfel, din jurisprudența Curții se deduce că lipsa de previzibilitate a unei norme implică un grad de imprecizie mai ridicat decât acela inherent formulării normei și trebuie stabilită *in concreto* în funcție de conținutul normei, de domeniul său de reglementare și de statutul destinatarilor săi. Pentru o trecere în revistă a jurisprudenței Curții cu privire la problema previzibilității normelor, a se vedea hotărârea *Maestri c. Italia*, disponibilă la: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22maestri%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61638%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22maestri%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61638%22]}), (data ultimei accesări: 17 decembrie 2018) §§ 19-32.

⁸⁸ În acest sens, s-a afirmat că regulile de interpretare trebuie privite ca unelte ale argumentării, esența interpretării juridice fiind construirea de argumente. A se vedea

James HOLLAND, Julian WEBB, *Learning Legal Rules. A Students' Guide to Legal Method and Reasoning*, Oxford University Press, 2010, pp. 253-255. Subliniem astfel că interpretarea nu este numai o sursă a argumentării juridice, ci se poate chiar considera că procesul interpretării constituie o formă de argumentare, având în vedere că variantele de interpretare avansate de interpret nu pot fi separate de argumentele care le susțin.

⁸⁹ Ibidem, p. 148.

⁹⁰ Ibidem, p. 148. Autorii ajung la această concluzie fără a lua în considerare ca reper conformitatea interpretării cu dreptul natural.

⁹¹ În acest context, ne referim la interpretarea concretă.

⁹² În acest sens, a se vedea Hans KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 80-81.

⁹³ James HOLLAND, Julian WEBB, op. cit., pp. 144-145.

⁹⁴ Cu privire la acest aspect, s-a afirmat în doctrină că legile pozitive rareori prescriu rânduiești privitoare la operațiunea interpretării. A se vedea Vintilă DONGOROZ, *Drept penal*, Societății Tempus & Asociația română de științe penale, București, 2000, p. 81.

⁹⁵ Deși o atare ordine nu este impusă de legiuitor, ea poate fi impusă de necesitatea respectării principiului statului de drept sau de anumite exigențe de natură logică.

⁹⁶ Prin excepție, s-a considerat în doctrină că în cazul unor erori evidente de redactare a textului care conduc la absurdități sau anihilează scopul legii, metoda literală nu va avea prioritate față de metoda teleologică. A se vedea Florin STRETEANU, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Vol. I, C. H. Beck, București, 2008, p. 66, James HOLLAND, Julian WEBB, op. cit., p. 259 și William ESKRIDGE, *Legislation and Statutory Interpretation*, Foundation Press, New York, 2006, pp. 266-267.

⁹⁷ Hans KELSEN, *Doctrina pură a dreptului*, Humanitas, București, 2000, pp. 408-409.

⁹⁸ În acest sens, s-a arătat că determinarea între o normă superioară și actul prin care ea este aplicată nu este niciodată completă și că întotdeauna rămâne un spațiu de apreciere liberă specific interpretării. A se vedea H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, (precit.), p. 405.

ARTICOLE

PERSPECTIVES ON THEORY OF LEGAL INTERACTIONISM

DOI: 10.24193/SUBBiur.63(2018).4.4

Published Online: 2018-12-31

Paul POPA*

Abstract:

To clarify the nature and existence of the norm, we need to be aware of the domains through which it can be analysed. Wibren van der Burg, through the theory of legal interactionism, considers that the study of the norm, construction and its effects must be achieved through three main areas: legal sociology, legal philosophy and as a measure of completion and uniformity, the legal doctrine.¹ An interdisciplinary approach leads to the best conclusions;² otherwise four debates have emerged between the three disciplines in the understanding and interpretation of the norm. First of all, the distinction between the norm written (institutional) and the norm practised (interactive). Philosophers and lawyers support institutional norm theory, while sociologists embrace the interactive norm.³

Rezumat:

Pentru a clarifica natura și existența normei, trebuie să fim conștienți de domeniile prin care poate fi analizată. Wibren van der Burg, prin teoria interacționismului legal, consideră că studiul normei, construcției și efectelor sale trebuie realizat prin trei domenii principale: sociologie juridică, filozofie juridică și ca măsură de completare și uniformizare, doctrina juridică. O abordare interdisciplinară conduce la cele mai bune concluzii, altfel au apărut patru dezbateri între cele trei discipline în înțelegerea și interpretarea normei. În primul rând, distincția dintre norma scrisă (instituțională) și norma practică (interactivă). Filosofi și juriști sprijină teoria normelor instituționale, în timp ce sociologii îmbrățișează norma interactivă.

Keywords: rule of law, legal philosophy, legal sociology, legal interactionism

Cuvinte cheie: statul de drept, filosofia juridică, sociologia juridică, interacționismul legal

1 General aspects

Legal Interactionism involves addressing and analysing issues of the rule of law, legal pluralism, and other concepts and theories found in many specialised doctrines, both French and German or Anglo-American. However, in this article I would like to present a general overview of the theory of legal interactionism as found in the Dutch doctrine, through its representatives, Wibren van der Burg and Sanne Taekema, that is only a part of a more complex personal research. Thus, in this paper, I will analyse the oppositions between legal philosophy, legal sociology and legal doctrine regarding the interpretation and analysis of the role of the norm. These objections primarily address the perception of the three areas in relation to written norms (or the norm adopted by legislators or by courts, supported by legal philosophy and legal doctrine) and the practical norm (the norm or custom, sustained by legal sociology). The second opposition is between monism supported by philosophers and jurists (analysis of the role of the norms through the role of the state) and pluralism (acceptance of several systems and actors as normative creators supported by legal sociology). Legal scholars and philosophers see the norm as a static phenomenon and sociologists as a flexible concept that is constantly adaptable. Also, the instrumentalist view, supported by some philosophers, jurists and sociologists see the norm as an instrument to achieve the goals, and some of them are non-instrumentalists who perceive the norm as a guarantor of values.

2 Theory of legal interactionism

The theory of legal interactionism considers, first of all, the distinction made between philosophers, sociologists and legal scholars, between the adopted (state) norm and the non-state norm based on interaction. In order to be able to perform the best analysis and to apply it contextually, offering the best interpretations and solutions, legal interactionism offers a theoretical approach to both the adopted norm and to the interactive norm. The theory of legal interactionism accepts the role of both variants, which allows for an interdisciplinary, complete and precise analysis. I will first discuss the approach and the arguments of legal interactionism theory, as presented by Wibren van der Burg, in relation to the two types of norms: adopted and interactive. Later on, I will present the position of legal interactionism and relative pluralism presented according to the theory. What Wibren van der Burg argues, is a theoretical approach that transcends ‘non-productive oppositions between the norm adopted and the interactive norm’.⁴ The supportive arguments for the legal interactionism theory are built on Lon Fuller's principles from his *Anatomy of Law* in which he ‘attempted to combat the opposition between natural law and legal positivism’ and to identify the common elements between them in order to obtain a symbiotic formula. In his analysis, Lon Fuller makes a distinction between the ‘made’ norm and the ‘default’ norm, that is, between the customary⁵ and the legislative.⁶

According to the theory of legal interactionism, the adopted norm⁷ is carried out as a result of a procedural process of legislating and adopting by an authority, legislator or judge. In addition to this, there would be other legislating entities that are involved in drafting regulations, decisions etc.,

such as university senates, forums, conventions, etc. In modern societies, van der Burg argues, the norm adopted takes the form of a 'black letter' containing a set of rules. Under the doctrine of the rule of law, the adopted norm is explicitly done by the authorities and results, as I have mentioned, from a vertical relationship between the legislator and the recipient(citizen). Of course, this position of verticality can be stressed by demonstrating the indirect influence that the recipients have on the construction norms based on the electoral vote granted for the governance program, implications in debates, etc. However, the basic idea is that this legislative authority, which deals with the adoption procedure, is designated, and once the norm is adopted, it is offered to citizens with a binding character, without leaving opportunity for negotiations. This suggests the *hartian* concept of a 'union between primary and secondary norms'⁸ or an institutionalised system of authority.⁹ However, in order to understand the adopted norm, its mechanism must also be considered outside the positivist framework.¹⁰ The rule of law or the positivist approach has evolved, thus, in well-consolidated democracies, this verticality tends to become one of horizontally. Fuller promoted the idea that the adopted norm has come to be built through 'the interaction of citizens, legal scholars and other officials.' Creating this horizontal relationship urges and forces us to see its results, that is, what the interactive norm means.¹¹

Sanne Taekema and Wibren van der Burg propose the existence of a 'gradual process of interactions' in which a 'behaviour is seen as creating obligations'. This process determines the creation of the interactive norm, and this can only be based on the existence of a 'predictability of actions of individuals or the state'. This predictability imposes a certain pattern to follow in our behaviour and allows us to reach a goal.¹² Social interaction implies

‘relative and stable mutual behavioural expectations’¹³ that stem from time to time from a ‘common process of accommodating and adjusting expectations and action from interacting agents.’¹⁴ It is the continual practice that determines the interactional norm, having an implicit character at the beginning, then being explicit by their formulation and materialization in written form.¹⁵

The theory of legal interactionism states that the norm has a social character, is determined by common understanding. Mark Antaki argues that the rule of law is the result of these understandings, supporting the idea of a ‘community of practices’ in which the ‘link between norm and shared agreements’ is established.¹⁶ Interaction and reciprocity in a community of practices leads to the emergence of the interactive norm.¹⁷ Interactive normative analysis can not only be done practically, as it remains strongly anchored in the practice of its origin; therefore a theorisation of it is necessary in order to make a clear separation between the implicit and explicit norm.¹⁸ Through this interactive approach, we no longer focus on the procedures, implementation and legal formalities, but it is intended to promote ‘inclusive processes’ and ‘cultivate the preconditions for legitimate law-making’.¹⁹

3 Major oppositions

Four oppositions are to be considered between legal philosophy, legal sociology and legal doctrine, and pass them through the filter of legal interactionism. Wibren van der Burg first overrides the need to analyse both the *interactive norm* and the *adopted norm* but also any other source that can be considered as creating rights, obligations, and values. Legal interactionism theory is intended to analyse both types of norms since the

norm is both the 'interaction between legal actors and practices' from which it may result, but also the 'legal doctrine resulting from these practices.' The binding force of the interactive norm results from the interactive pattern in which it is formed, a pattern in which an adopted norm should be imposed. Therefore, before being adopted, consideration should be given to the interactivity of the norm. This does not mean that the mandatory force of the adopted norm is reduced to one of an interactive norm, since 'both can generate a binding force once adopted'. Taekema and van der Burg do not promote that legal interactionism can be the only basis for the adopted norm, but they consider the binding force of the two when establishing a connection between the interactive norm and the 'black letter' characteristic of the adopted norm.²⁰

However, the adopted norm must be found in the form of interactive practice, so the legal system can not reflect the realities that have been built. The adopted norm does not have such legal force if it is not related to the interactive norm. This is why we can say that the interactive norm has a 'primary character' because it is the first to manifest itself.²¹ For the adopted norm, procedural implications that can not be found in interaction are needed. There are different ways of adopting, so, first of all, it takes interaction and then procedures, regardless of whether we look at them vertically or horizontally. There can not be a norm adopted without interaction. Even though both types may develop different and parallel legal orders in which there may be a congruence or conflict.²²

The second position in the relationship between philosophers, legal scholars and sociologists is that of the existence of monism and dualism/pluralism. These differences are specific to theoretical debates, especially in Europe.²³ From the point of view of legal interactionism,

pluralism must be analysed by recognising a wide range of conflicts and the interaction between several legal systems (official or unofficial). Pluralism must not disregard the fact that in most systems most of the norms adopted are by the legislator. These legislative authorities are important for both interactive and adopted rules, as they play a role for publicity and opposition. However, as the state plays an increasingly smaller role, these mechanisms become clumsy and more difficult to respect. More and more *actors* have the opportunity to set their own rules without taking into consideration state's authority.²⁴ The important thing is that once we accept other sources of norms, pluralism seems to be inevitable. The greater the interaction between the agents, the more the interactive norm can appear gradually. The example given by the authors is that of *lex mercatoria*, the international norm, but also all the interactive norm that have emerged outside the state order. They propose, that in a globalised dynamic, online exchanges, properties, cryptocurrency etc. can be the subject of such interactive norms.²⁵ That is why legal interactionism, in accordance with Lon Fuller, accepts a wide variety of legal orders.²⁶

Although legal pluralism is recognised and spread, it is rather relative. The reason for this relativity is that there is no autonomy of the legal orders, despite the interaction between them and the forms of collaboration/completion or contradiction between them. Being retrieved and incorporated into a legal network, they can only have a relative character, precisely because they are relatively autonomous by their partial opening to other orders. If there is a continuous addition, permanent transformation, then they can only have a *relative* character, because 'their autonomy or openness may vary'. For example, the authors support the relationship between the EU and the Member States can be considered as a 'semi-

autonomous network of legal orders' embedded in the 'community legal order'.²⁷ Relative pluralism promoted by legal interactionism has the advantage of an opportunity to be open to the changes that take place in the legal order, without getting withhold down in theorisations. Relative pluralism fosters a broad analysis of pluralism and openness to new legal orders and or competing transformations. Juggling between these orders can give more attention to the philosophical and legal debates and put them in touch with practice. Thus, relative pluralism allows us to 'accommodate the great variability of legal orders'.²⁸

Concerning the third opposition between the three areas, regarding the static or flexible nature of the norm, the theory of legal interactionism introduces 'variability and dynamics' without disregarding the general characteristics of a norm. Legal interactionism combines the analysis of 'legal orders (legal pluralism) with the understanding of the concept of law (conceptual pluralism).' Interactionism argues that norms should be investigated by opening up to change or to 'the wealth of legal phenomena,' rather than focusing on its properties. If we choose to perform all legal phenomena according to the properties of the norm, they can not be analysed in their complexity. The construction of the norm does not mean just abstract concepts, so we have to consider the changes that take place in its formation and transformation. Interdisciplinary, comparative, historical analysis, etc., can provide us with specific features. That is why the emergence of new types of interactions may lead to the emergence of new types of norms. That is why legal orders can be changed, constitutional law is replaced by international law, or other types of norms created virtually that diminish or remove bureaucratic rules and regulations. The legal interactionism does not provide a clear concept of the norm but rather opens the way to a theory that wants to

activate the theoretical rigidity according to practice. Thus, there is a general set of features, very dynamic and contextual. We can not delimit a norm according to legal interactionism, but on the contrary, we want to avoid a clear delimitation precisely because one could not justify one of the most important traits and features of the norm: its gradual understanding of ‘underlying the emergence or decline of a legal order.’ Accepting the variation of the norm allows us to achieve its best variant. Selznick said that the norm is a ‘normative practice aimed at the ideal of legality, ideal justice, or simply and ideally, like democracy.’²⁹

However, what happens to the authority by which the norm is adopted or at least fined, respected, sanctioned, etc.? Anyone could say that there must be these mechanisms by which ‘the content of the norm is determined’ because everywhere the norm will have to be in ‘black letters’ irrespective of the type of regulation, public or not. However, legal interactionism does not insist that these state implementation mechanisms guarantee the phenomenon of the norm. The theory, however, argues that there must be secondary mechanisms of recognition of the norm, which denotes that there is no need for a connection with the state. The norm being a ‘normative order embedded in a practice of legality’ has its mechanisms of sanction, or these can be absent if they are out of the norm. If we do not have an explicit model for formulating and forming the norm, we do not need to have any sanction. Thus, everything is arbitrary when it comes to the interaction norm seen through the theory of legal interactionism. Even if we do not define the norm, its purpose and context can be clear.³⁰ Interactionism allows the inclusion of opinion of all values, principles and definitions of comparative and interdisciplinary models. What can be called definitions and features are general but can not be considered universal. Sanne Taekema and Wibren van

der Burg argue that the norms are currently general, in nature, allowing some interference or change, but they must be carried out on a regular basis. The main feature of the norm must be its continuous remodelling. It is true that there is currently a tendency to build the norm with a timeless or non-static character, but these are just 'temporal and functional sketches' that put 'these changes in brackets.' We must recognise 'the possibilities of unexpected change of the norm' to understand 'its variable phenomena'.³¹

For the fourth opposition to instrumental or non-instrumental character, I stated that it is specific to each of the three areas of a norm analysis. Philosophers, sociologists or legal scholars can be both instrumental and non-instrumental. To evaluate how both variants are accepted, the authors start from those mentioned by R. Cotterrell who argue that 'the instrumental approach of law researchers has been involved in legal sociology projects.' Cotterrell criticises legal sociology as 'too worried to appreciate the social (and legal) aspects of it, exploring it in diversity.'³² B. Tamanaha expands this critique of socio-legal studies claiming that in legal theories it is assumed that the norm is a 'tool for extra-legal purposes' (political, economic, etc.).³³ This instrumental approach subordinates 'legal order to external purposes' and the norm is evaluated according to these purposes. Invoking legal in different areas allows juggling with principles in agent behaviours. Or the norm should not have this role, because from its perspective 'any kind of purpose that is served by norm is generated out of the norm.' Instrumentalism is easy to argue from the outside perspective of a norm, although these things look different from within. In this sense, Dworkin argues that legal norms and political morality must be interpreted as an integral whole,³⁴ and Fuller speaks of the internal morality of the norm,³⁵ which denotes that the norm 'serves first and foremost then the external ". That is why it manages to

provide external stability and guarantees. The legal interactionism embraces both variants, thus evoking a pragmatism that leads to ‘scientific research, systematic examination of conditions and consequences; problem-solving, goal orientation, flow, change and adaptability.’ Pragmatism, unlike instrumentalism, is focused on identifying goals and reaching them. A purpose somewhere can become a means elsewhere. Therefore, the purpose of the norm is contextual, because the norm may be a means at a given moment. This involves criticism and evaluation, so pragmatism does not agree that ‘the result should be accepted as it is, but the consequences of adopting that goal should be taken into account.’³⁶ For the theory of legal interactionism, the norm ‘is not an instrument for independently determined purposes’, but a ‘tool that serves a variety of purposes.’³⁷ The pragmatism of the theory offers the possibility of critical assessment given their contextual practicality rather than the rigidity of the theoretical abstraction.³⁸

Variations and changes are essential, and pragmatist theory, according to Selznick, states that goals and means are instrumental, both of which are valuable in themselves, and ‘the determination of a goal depends on an assessment of the means necessary to achieve it.’³⁹ Norm through pragmatism filter is instrument and purpose, and interaction allows for a variety of agents. Instrumentalism sees the norm as strictly at the expense of the politics, but pragmatism finds that anyone can use the norm as means and purpose. It is a democratic perspective that the norm is used by all, and thus allows a description of the ways to create and use interactional norms.⁴⁰ The norm must be a social instrument, because interactions are primary, being oriented towards the various objectives of the agents ‘as it links social goals to legal values.’⁴¹

Proposals made by the theory of legal interactionism would suggest that debates on the definition and nature of the norm might be endless. However, it is precisely the interactionism that does not claim that there must be a consensus. It is precisely the contextuality character of interaction that allows for consensus to be achieved on certain precise points, even if it does not constitute unanimity. Satisfaction with all parties involved is a political issue. The theory of legal interactionism, in relation to the certainty and predictability of the norm, analyses this aspect from two points of view: ‘epistemic or certain doctrine’ which presupposes knowledge of the text of the norm and which comes at the expense of legal interactionism. Theorists support the idea that this is a form of the second dimension: ‘practical legal certainty’ which refers to the predictability of the behaviour of officials and citizens. However, this is already determined by existing practices, so there is no need for these traits.⁴²

The theory of legal interactionism attempts to overwhelm the four major oppositions in the field of study of the norm, to respond to the challenges faced by the two great legal theories, the rule of law and legal pluralism. Even though it may be seen that there is a greater openness to the principles of pluralism, interactionism theory does not remove the rule of law, but, on the contrary, argues that it is necessary for certain areas.

4 Conclusion

What remains to be said is that these functionalities of the norm are found to be determined by the interaction between agents and leading to the ‘ideal of legality’. The norm has its autonomy, and in a network of practices, they inevitably influence one another. By this trend, the norm ‘contributes to

the quality of morality.’ The legal interactionism argues that the norm is not in a ‘societal vacuum’ and therefore stands against the West European *rule of law*.⁴³ Certainly the *rule of law* can bring criticism to the theory of legal interactionism by supporting the elements of constitutionality and other organizational features of the state, but what is proposed by the legal interactionism is not to limit ourselves to the analysis of the norm only by reference to the actions of the state or state arbitrage, because normative dynamics may have new valences if we allow it. This also means that the rule of law is no longer what it was, and in transnational transactions, the rigid model of the rule of law ‘finds its applicability increasingly difficult’. Just because legal interactionism does not require permanent consensus, it leaves room for later development of the norm.⁴⁴

Regarding the legitimacy ideal that agents want to achieve, Philip Selznick said he is conditioned by this reduction in arbitration, which allows other types of non-state norms to have influence in the social reality. The first advantage of interaction is that it allows the norm to be the exact reflection of social realities. The rule of law establishes out sets whose main objectives are to adopt norms ‘to regulate actions and to lead to a situation of normative certainty.’ The feature of the rule of law is that once these norms are adopted, the debate is closed and the outcome must be accepted by all participants, even if some of them disagree. Legal interactionism theory promotes that these debates not be concluded once the norm, or law, has been adopted, but rather continue so that there is a ‘gradual development of the norm’. As I have shown in the above, ethics and ethical norms support and complement the positive rule in the rule of law. However, if ethics completes this does not mean that it offers unanimity, so there are many cases where the positive norm, supplemented by the ethical norm, implies conditions or conduct that

may be of a general nature but can not be of a universal character in the sense that they may be cases in which the recipients disagree with the prerogatives of those norms or laws. In this sense, the most important aspect of the legal interactionism theory is the ideal, which after the continuous debate has the possibility to develop, to take the form of norms by constantly adapting to the 'contextual needs and aspirations'.⁴⁵

Ideals are essential, especially as normative architectures are anchored in culture. The dynamics of social, business, domestic or international affairs, the activity of NGOs, etc., determines the 'continuous interpretation and reconstruction of the norm'. Another important feature of legal interactionism is its contextual nature. It can be argued by analysts and researchers that some social and political constructions would not allow for the development of the norm in the dynamic presented by the legal interactionism. However, the theory of interactionism does not 'give rise to claims of universality', being 'exclusively contextual' may be of a general nature and applicability in a space-time framework, in a certain socio-political architecture. This contextual character of the norm is conferred precisely on its relation to morality, which, as we have seen, can be 'tangential and variable'. The ideals on which the norm is built represent and actually promote the 'reflection of the moral quality of it'.⁴⁶ The authors, Wibren van der Burg and Sanne Taekema in the debate in *The Importance of Ideals: Debating Their Relevance in Law, Morality, and Politics* argue that ideals are not the 'source of pluralism.' Historical development, specific characteristics, socio-political traits represent the sources of pluralism; in this relationship, the ideal 'provides only a part of the explanations.' The representation, description and design of ideals outline the 'normative and moral dimension of a system'.⁴⁷

If in the case of the rule of law, the norm supported the positivist norm in the organization and functioning of the state, and in the case of pluralist theories we find that the norm is supported by the positivist norms, in the case of the legal interactionism we find that the evolution proposed by this theory would be that interacting, in the way it is formed and imposed, is and remains in the form of an ethical norm. This ethic-based approach means that ethics remains the only true variable in creating the norm.

* Paul POPA, PhD Candidate, Doctoral School of International relations and Security Studies, Faculty of History and Philosophy, Babeş-Bolyai University, Cluj-Napoca, Romania.

¹ The importance of the legal doctrine specializing in civil systems, considered as sources of the norm, was well defensible. The legal doctrine is very important as it creates the legal vocabulary and the ideas that the legislator uses later. The doctrine sets out how the norm should be interpreted and understood. Often, the legislator offers the expression and effect of tendencies developed in doctrine or adopted norms that were created by theorists in Rene DAVID, John E. C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today*. For example, in the People's Republic of China, the doctrine is not considered the source of law. More details see in Jiangyu WANG, *Corporate Law in China. Regulation of Business Organizations in a Socialist Market Economy*, University of Singapore, Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

² Saane TAEKEMA and Bart VAN KLINK, *On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research* in Saane TAEKEMA and Bart VAN KLINK (eds), *Law and Method Interdisciplinary Research into Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 8-9; Also see Douglas W. VICK, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, 31(2) *Journal of Law and Society*, 2004, pp. 163-93 quoted by Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, *Towards a Fruitfull cooperation between legal philosophy, legal sociology and Doctrinal Research: How Legal Interactionsim may Bridge Unproductive Oppositions, Law, Society and Community. Socio Legal Essays in Honour of Roger Cotterell*, Edited by Richard NOBLES and David SCHIFF, Ashgate Pub., London, 2014, p.131.

³ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit. p. 131

⁴ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 132. The difference of formulation used by VAN DER BURG (a norm adopted and an interactional norm) as opposed to Fuller (norm made/made and implicit norm), consists in that the term used by Fuller, that of 'norm implied', would in fact suggest that the other type of norm is explicit. However, given that all norms are made/accomplished by individuals, the suggestion that the custom would not be the norm made or

accomplished is inappropriate. Also, FULLER, quoted by VAN DER BURG, uses the term 'interactive rule' in his book Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 2nd Edition, New Haven, 1964/1969, pp. 211-237, but also 'adopted norm' or 'rule declared by authority' in the book Lon FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon. L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1981/2001, p. 232.

⁵ Custom is a 'set of informal agreements, as a set of practices and social coordination that stem from informal understandings, without being imposed by a rule adopted by a legislative authority. Most of the times, customary habits are associated with natural instincts because they work sponge, automatic and tacit. *Cutuma* is a kind of second nature of man because it operates instinctively, only in the social context. Thus, the custom must be analysed through two distinct notions: custom and convention. James Bernard MURPHY, *Habit and Convention at the Foundation of Custom*, in Amanda PEREAU-SAUSSINE, James B. MURPHY(EDTS) *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, New York and London, pp. 54-55.

⁶ Lon FULLER, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968, pp. 43-84 quoted in Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 132.

⁷ Unlike the analogy used in common law, the adopted rule is deductible in Steven J. BURTON, *An introduction to law and legal reasoning*, Third Edition, Aspen Publishers, New York, 2007. Also, in Chapter 4: Both common law and enacted law are designed to facilitate legally opposed, inflexible and intolerant legal structures.

⁸ Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961/1994, p.65-74 .

⁹ Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 60-83.

¹⁰ Gerald J. POSTEMA, *Implicit Law*, 1999 quoted W. VAN DER BURG and Willem Johannes WITTEVEEN (eds), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 260.

¹¹ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 132.

¹² Ibidem.

¹³ Gerald J. POSTEMA, op. cit, in W. VAN DER BURG and Willem Johannes WITTEVEEN (eds), op. cit, 257.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 134.

¹⁶ Mark ANTAKI, *Un-standing Law*, in Shauna VAN PRAAGH, Lionel SMITH and Helge DEDEK (eds), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline*, Ashgate, Burlington 2015, pp. 34-75.

¹⁷ Lee JING, *Preservations of Ecosystems of International Watercourses and the Integration of relevant rules. An interpretative Mechanism to Address the Fragmentation of International Law*, Leiden, Netherlands, 2014, p. 200.

¹⁸ Jutta BRUNNEE and Stephen J. TOOPE, *International Law and Constructivism: Elements of an interactional Theory of International Law*, 39 column J.

TRANSNAT'L, 2000, p. 19 quoted by Malgosia FITZMAURICE& Olufemi ELIAS, *Methods of expressions of consent to be bound by a treaty*, Eleven International Publishing, 2005, p. 269.

¹⁹Ibidem.

²⁰ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 132.

²¹ Lon FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon. L. Fuller*. Duke University Press, Durham, 1981/2001, pp. 45-78.

²² Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 132.

²³ About legal pluralism in relation to the European Union, the Council of Europe or international law see Andre NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 10-15; Nico KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 10.

²⁴ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit. 133.

²⁵ For more details on cyber-space interaction, see Robert J. BECK (editor) *Law and Disciplinarity*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

²⁶ Lon FULLER, *The Morality of Law*, 2nd Edition, Yale University Press, New Haven, 1964/1969, p. 125 quoted by Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, *South California Law Review*, no. 80, 2007, p. 172.

²⁷ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit. p. 134

²⁸ Ibidem.

²⁹ Saane TAEKEMA, *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Kluwer Law International, Hague, 2003, p. 190.

³⁰ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit. 135.

³¹ Ibidem.

³² Roger COTTERELL, *Living Law: Studies in Legal and Social Theory*, Routledge, London, 2008, .p. 21.

³³ Brian TAMANAHA, *On the Instrumental View of Law in American Legal Culture* in Francis MOOTZ III (ed.), *On Philosophy in American Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 27-34.

³⁴ Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, 1986, pp. 46-71

³⁵ Lon FULLER, *The morality of law*, op. cit. p. 125.

³⁶ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit. 136.

³⁷ John DEWEY, *Reconstruction in Philosophy*, in Jo Ann BOYDSTON (ed.), *The Middle Works, 1899-1924*, Volume 12, Carbondale and Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1988 (orig: 1920), pp. 146-174.

³⁸ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit., p. 142.

³⁹ Philip SELZNICK, *The Moral Commonwealth*, University of California Press, Berkeley, 1992, p. 328.

⁴⁰ Jeremy WEBBER, *Legal Pluralism and Human Agency*, Osgoode Hall Law Journal, no. 44, 2006, p. 177

⁴¹ Sanne TAEKEMA and Wibren VAN DER BURG, op. cit. p. 137

⁴² Wibren VAN DER BURG, *The Emerging Interactionist Paradigm and the Ideals of Democracy and Rule of Law*, in Bart VAN KLINK, Britta VAN BEERS, Lonneke POORT (Editors), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Springer International Publishing, Switzerland 2016, pp. 8-51.

⁴³ Idem, *The dynamics of Law and morality(...)*, op. cit. pp. 155-176.

⁴⁴ Wibren VAN DER BURG, *The Emerging (...)* op. cit., pp. 37-44.

⁴⁵ Ibidem, pp. 8-51.

⁴⁶ Wibren VAN DER BURG, *The dynamics (...)* op. cit., pp. 155-176.

⁴⁷ Wibren VAN DER BURG and Sanne TAEKEMA, *The Importance of Ideals: Debating their Relevance in Law, Morality, and Politics*, Presses Interuniversitaires Europeennes, Brussels, 2004, pp. 17-22.