

Aurel BONCIOG

**CURS DE DREPT PRIVAT
COMPARAT**

Universul Juridic
București
-2010-

Editat de S.C. Universul Juridic S.R.L.

Copyright © 2010, S.C. Universul Juridic S.R.L.

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al

S.C. Universul Juridic S.R.L.

**NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI
COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOTIT DE SEMNĂTURA
AUTORULUI ȘI ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE
INTERIORUL ULTIMEI COPERTE.**

**Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
BONCIOG, AUREL**

**Curs de drept privat comparat / Aurel Bonciog. –
București : Universul Juridic, 2010**

Bibliogr.

ISBN 978-973-127-281-8

347(075.8)

REDACȚIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0732.320.665**
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL tel.: **021.314.93.15; 0733.673.555**
DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

**COMENZI ON-LINE,
CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%**

1. INTRODUCERE

Studierea dreptului privat comparat nu are o tradiție în România. Apariția științei dreptului comparat este recentă, chiar în statele cu vechi tradiții juridice. O abordare coerentă, științifică, a disciplinei de drept privat comparat, ca ramură juridică distinctă, a apărut în Europa prin anii 1900, dar și azi mai sunt discuții cu privire la conținutul noțiunii de familie de drept, care este obiectul studiului, ce metodă trebuie folosită. Facultățile de drept¹ nu au reușit elaborarea unei programe adecvate unui curs universitar, care, de regulă, se constituie ca studiu al unei științe deja conturate.

Lucrările în domeniu, apărute în străinătate, sunt fie tratate, care abordează teoretic știința dreptului privat comparat, fie se ocupă cu prezentarea științifică, riguroasă, a familiilor de drept, fie sunt studii separate, apărute în reviste de specialitate sau în monografii. O lucrare completă a apărut în Franța; René David – *Les grands systèmes de droit contemporains* – este de referință, tradusă în mai multe limbi și prelucrată în RFG de prof. dr. Günther Grasmann „*Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*”, ca să cităm doar câteva din lucrările recente.

În România, primul curs de drept comparat și singurul, de altfel, a apărut în anul 1997 al prof. univ. dr. Victor Dan Zlătescu.

Normele juridice sunt teritorial-statale, care nu pot fi obiect de studiu al științei dreptului privat comparat, căci aceasta ar fi o muncă fără sfârșit. Nici metoda, ca bază a disciplinei – de care s-a ocupat magistrul P. J. Constantinesco în trei volume, traduse recent și în România – nu poate constitui obiectul unui curs de drept universitar; ar fi prea multă teorie, care nu folosește decât cercetătorului, nu și unui student, care se inițiază acum.

Considerăm că obiect al studiului nostru trebuie să fie *famiile de drept*, și nu sistemele naționale ca atare, care sunt ordini de drept individuale, existente în fiecare stat; dar dacă aceste ordini juridice sunt similare și pe care știința dreptului comparat le consideră, pe anumite criterii, că fac parte din aceeași grupă, atunci va trebui să vedem care sunt trăsăturile lor comune.

Dar ce au comun familiile de drept? În primul rând, considerăm că ele au o istorie asemănătoare, căci o lege, creată independent sau prin influență, nu este folosită decât pentru condiții sociale asemănătoare – un sistem sclavagist nu poate fi ocrotit cu norme juridice capitaliste; deci, fără o incursiune într-un trecut comun nu se poate stabili asemănarea familiilor de drept și legătura comună ce unește, în sistem, diferitele ordini naționale de drept.

Famiile de drept sunt unite și prin anumite principii care fundamentează sistemul național component, printr-o tehnică de reglementare, prin legătura doctrinară cu școala care i-a creat pe autori etc. Nu se poate face abstracție nici de influențele dintre sistemele naționale,

¹ În anul 1892 a fost creată în Franța o catedră de drept civil aprofundat și comparat și o catedră de drept comercial comparat; în anul 1901 s-a înființat o catedră de legislație civilă comparată; în anul 1869 s-a înființat, la Oxford, o catedră de istorie a dreptului și de drept comparat; Bevilacqua era profesor de legislație comparată încă din anul 1893 la Recife, în Brazilia. Dar toate aceste catedre erau de „istorie și legislație comparată”, ceea ce este altceva decât dreptul comparat, cum vom vedea.

căci codul civil austriac, ca și codul civil francez s-au inspirat din *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, din 1794, al lui Friederich Wilhelm al II-lea; multe coduri din statele europene și din America Latină au ca model codul francez, cel elvețian, codul civil german a fost prelucrat în Japonia etc.

Lumea trăiește în interconexiuni de mult, de aceea adaptările legislațiilor străine nu pot fi un fenomen viabil decât dacă se are în vedere nu numai o bază socială economică asemănătoare, dar și valori comune la care se raportează, pe care cel puțin un grup de state le cunosc și le respectă; așa că modul cum au fost create sistemele interne de drept – unele pe calea exportului de legislație, cum este cazul coloniilor, cărora li s-a impus dreptul metropolei, altele prin import, sau chiar prin tratate internaționale, dacă ne referim la dreptul familiei, care a fost negociat prin acordurile cu Vaticanul - nu trebuie înțeles în sens exclusivist, căci niciun stat nu a tradus pur și simplu un model străin.

Analiza noastră nu se poate face prin comparații între patru sau cinci familii de drept deodată, astfel că singura metodă posibilă este nu atât descrierea sistemului național, cât analizarea familiilor de drept, evidențiind elementele care sunt comune printr-o caracterizare la început, apoi urmând dezvoltarea elementelor care pot sta la baza unei comparații.

Nicio idee, chiar fundamentală, nu s-a născut în mintea unui singur om și nu a fost aproape nimic izolat: popoarele nu au ignorat experiența socială a altora; până la urmă, legea celor 12 table nu s-a născut din ideile celor 10 autori – *decemviri* – și nu este opera nici a *comitia centuriata*, care a aprobat-o; ea este născută din practica socială de mulți, foarte mulți ani, care a reținut ceea ce s-a justificat social, ca norme obligatorii. De la legea celor 12 table și până la codul german sau francez, au trecut peste 20 de secole, în care au apărut idei, s-au scris sute de cărți, și, mai ales, nimeni nu are dreptul azi să spună că Evul Mediu a fost unul de ignoranță, în care nu s-a creat nimic. Cum a fost posibil ca o lege, scrisă pe 12 tăblițe /la început cerate, apoi de bronz / a putut să creeze sisteme cu care francezii și germanii se mândresc? Jurisconșulții romani clasici – ei înșiși funcționari la prefecturile de pretoriu, ca și Ranulf Glanvill, juristul regelui *Henric al II-lea*, la englezi, au declarat că se referă la legea celor 12 table, respectiv la practica judiciară engleză, dar în realitate ei au creat, pe baza principiilor atât de generale, fondate pe ideea de dreptate și echitate, adevărate norme de drept.

Dreptul roman, prezervat mai ales prin teorie, a intrat în anticul târziu prin codul lui Iustinian, pe care cercetătorii l-au numit ulterior *Corpus Iuris Civilis*, introducerea lui ca obiect de studiu în facultăți, după descoperirea lui în secolul al XII-lea, a avut ca rezultat crearea pe calea doctrinară, prin procesul numit *receptarea dreptului roman*, a unui drept comun (*ius commune*), proces care a început prin anii 1500; acesta și-a găsit locul în practica judiciară a vremii până la apariția, în Franța, a codificărilor napoleoniene – *Code Civil* 1804 –, dar și apariția altor coduri – în Austria, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* 1812, în Germania *Bürgerliches Gesetzbuch* din 1900 și în Elveția, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* din anul 1912.

Dar religiile? Să fi influențat religiile numai dreptul hindus, ebraic sau musulman?

Dreptul la romani era cunoscut și aplicat, inițial, *de pontifi*, care au renunțat cu greu la privilegiul lor; biserica creștină a preluat de la statul roman organizarea în sistem, ca apoi să influențeze statele în pronunțarea dreptului și apoi în crearea lui: inchiziția, cu

toate ororile ei, a influențat procesul penal punând la baza lui cercetarea, separându-l de *judicium Dei*, care era în afara dreptului, căci se baza pe hazard, justificat pe credință; practica *Ordinului templierilor* de a sprijini pelerinii care vizitau Sfântul Mormânt prin eliberarea în Orient a banilor depuși în Europa a influențat apariția sistemului CEC-ului la purtător; marii comentatori ai dreptului canonic, cum ar fi Grațian, au dezvoltat teoria contractului, căci biserica susținea că, prin căsătorie, soții încheie un contract etc.

Lucrarea va fi, deci, un tablou de idei juridice și politice, care poate fi privit pe detalii, dar și în ansamblu, astfel încât cine se apleacă asupra ei poate să constate că mișcarea ideilor și ordinea juridică a statelor din comunitatea internațională nu sunt lucruri atât de diferite.

Istoria statelor a lăsat amprenta pe sistemul de drept folosit. Apar și situații greu de explicat: Codul lui *Ur – Nammu*, probabil al regelui orașului cu același nume din civilizația sumeriană, scris prin anii 2112-2095 î.Hr., care precede, deci, codul lui *Hamurabi*, prevedea în art. 13: „dacă un om este acuzat de vrăjitorie, el trebuie să sufere proba cu *ordaliile cu apa*; dacă se constată că este nevinovat, cel care îl acuză va plăti 3 șekeli”.

De ce după 2.500 de ani se foloseau și în Europa ordaliile? Au fost ele preluate din orient de către triburile germanice și aduse în Europa? Mai trebuie observat că despozițiile orientale se caracterizau și prin elaborarea de către despoți a codurilor. *Ginghis Han* și-a început domnia cu elaborarea unui cod de legi – *iassa* – un cod politic și moral, care a fost mult timp referință aproape sacră pentru poporul mongol, deși nu se păstrează decât câteva fragmente din el. În occident era sistemul codificării cutumelor /a cuprins toată Europa secolelor X – XIV/, iar legile unor regi germanici sau saxoni nu erau decât cutume, sancționate de ei sau legiuri latine, readuse în viață. Aceste legiuri trebuie menționate și explicate sumar, căci ele au influențat practica socială mult mai largă decât grupul social la care se refereau.

Ubi societas, ibi ius.

Istoric, legea celor 12 table nu este cel mai vechi cod de legi, *sumerienii* aveau legile lor / statul – oraș *Ur sau Imperiul Babilonian* /; grecii, în Europa, aveau o lege mai veche decât legea romană – *Legile din Gortina* /secolul 5 î. Hr./; unii juriști preiau de la englezi ideea că *Manu* ar fi scris un cod de legi, când acesta nu era decât un *script religios*, cu scopul de a stabili ordinea convenabilă lumii întregi, nu un cod de legi pentru indieni. Trebuie afirmat cu pregnanță că, sistemele de drept, chiar profund diferite, cum este, de ex. dreptul musulman, care nu se aseamănă cu dreptul englez sau cu dreptul romano-germanic, au în ansamblul lor, un filon care le armonizează în ordinea mondială. Dar dacă nu se sesizează diferențele, atunci avocații vor pierde cu siguranță procesele, căci, cum vom vedea, *rule of precedent* în Common Law, nu este același lucru cu *rule of Law* din același sistem. Și cine acceptă transferul proceselor într-un alt sistem are de la început șansa de a pierde prin necunoaștere.

Lucrarea folosește foarte multe expresii străine, nu pentru a îngreuna lecturarea, ci pentru că nu se poate altfel: dreptul, ca orice știință, are terminologia sa, dar ceea ce îl deosebește de alte științe este faptul că mulți termeni au înțelesuri semantice diferite, chiar dacă se compară cu un termen curent din vorbire. Se întreabă, pe bună dreptate René David, cum am putea traduce denumirea unei plante dintr-un continent, dacă planta aceasta nu există la noi. Și constată că *Dictionary of English Law*, apărut în Franța în anul 1977, nu reușește să definească termenii din dreptul englez. Cum am putea traduce, ne

întrebăm la rândul nostru, *estoppel*, *bailment*, *trespass*, termeni care nu se regăesc în dicționarul englez-român? Cum am putea traduce instituția „trust”, din Common Law, care în limba română este o formă de organizare a unor unități de producție, pe când la englezi este altceva; sau un nejurist, care citește de legea anti-trust din SUA să își închipuie că acolo nu se dorește marea organizare a întreprinderilor prin această lege, care de fapt interzice mișcarea necontrolată a proprietății, cum o să vedem; pe de altă parte, noțiunea de contract există și în dreptul englez, cum există și equity, ca noțiune în vorbirea curentă și în drept, dar în engleză este altceva.

Ediția de față prezintă câteva anexe; în limbi străine. Le pot folosi cei interesați. Căci, cred că nu există student la drept care să nu se întrebe măcar odată: ce conținea legea celor 12 table, despre care s-a scris atât? Cei mai puțin aplecați spre cercetare vor putea înțelege că legea salică, chiar dacă este în limba latină, nu se ocupă cu succesiunea la tronurile regilor, cum se afirmă uneori, și nu este o lege exclusiv penală: ea este un cod, care cuprinde toate ramurile de drept – penal, civil, de procedură într-o anumită tehnică legislativă de reglementare, care exclude generalitatea. Cum afirmăm în prezentarea ei în lucrare, legea salică este un document specific feudalismului timpuriu, dar nu numai. Dacă legea celor 12 table, care cuprinde, practic, 12 articole, este comentată de jurisconsultii romani pe sute de pagini și ea s-a aplicat aproape un mileniu, ei bine, fără o modificare formală, Legea salică s-a aplicat cca. 5 secole, căci ea a fost preluată de mai mulți regi, care au urmat lui Clovis, și a fost impusă de Carol Cel Mare statelor pe care le-a cucerit; ei i s-au adus completări – *capitularii* – adaptând-o religiei care se impunea în societatea medievală, de Carol cel Mare; de aceea ea s-a păstrat în mai multe versiuni, inclusiv în limba latină; legea a fost dominantă secolelor V – XI.

În anexă am redat un model de *writ* din secolul al XIX-lea, pentru că oricât am descrie un fenomen, nu-l putem înțelege dacă nu se poate compara cu ceva. Cu ce să comparăm un writ? Numai cu el însuși. Căci Writ-ul n-a dispărut cu totul din practica statelor care au preluat sistemul Common Law-ului.

În cazul că, la sfârșit, cel care parcurge această lucrare, chiar pentru îmbogățirea orizontului său intelectual, rămâne cu sentimentul că a trăit o experiență unică a spiritului, trecând prin timp și spațiu pentru a-și forma un concept de care va beneficia în studiile sale viitoare sau în activitatea practică, atunci lucrarea și-a atins scopul pe care îl dorește autorul.

CAPITOLUL 1

APARIȚIA DREPTULUI COMPARAT CA ȘTIINȚĂ

1.1. Cunoașterea dreptului străin în vechime

Atât cât a permis circulația ideilor și a persoanelor, încă din vechime, au fost comparate legile străine cu propriile legi. Savanții sau politicienii din diferite timpuri au studiat ceea ce se întâmplă la alții pentru a construi ceva în țara lor, la fel sau mai bine. În acele timpuri nu s-a făcut o cercetare metodică a diferitelor forme de reglementare a relațiilor sociale. Ba mai mult, unii juriști antici erau interesați numai de dreptul propriu; deși, conform tradiției, autorii legii celor 12 table s-au interesat de dreptul grecesc, totuși Cicero, cu orgoliu și dispreț, afirma lipsa de importanță a dreptului grec singurul care trebuia studiat fiind dreptul roman¹.

În anticul târziu, au apărut comparații între dreptul ebraic / legile lui Moise / și dreptul roman, precum *Collatio legum mosaicarum et romanorum*², ș.a.; dar aceasta nu a reușit decât să se aducă în atenție publică dreptul roman înainte ca Iustinian să ofere timpului său și posterității opera sa legislativă. Obligațiile creștine – care își croiesc drum – erau extrase din scrisorile primilor creștini: scrisoarea către galatieni a apostolului Pavel, scrisă între anii 40-50 d.Hr.; scrisoarea către corintieni, scrisă de același Pavel, scrisorile lui Petru etc. Acestea erau invocate ca reguli de conduită creștinească și de apreciere a abaterilor, nu ca norme juridice. Cum o să vedem, și patristica, părerile părinților bisericii creștine, au fost invocate ca norme de conduită.

¹ Unii autori au susținut că legea celor 12 table a fost copiată de la greci, vezi P. Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 1954, p. 14. Legenda spune că *leges duodecim tabularum* a fost făcută de 10 oameni – cifra avea un conținut simbolic, căci dreptul era conceput ca o legătură cu divinitatea /la început, dreptul era interpretat și aplicat de sacerdoți /. Din comisia de redactare făceau parte: pretorul în funcție; doi consuli; trei persoane care au fost trimise în Grecia, spre documentare, și legenda spune că n-au ajuns la Atena, să studieze legile lui Solon, ci s-au oprit în sudul Italiei, unde erau colonii grecești. Ca să îndeplinească cifra de 10, au fost numiți alți 4 bărbați.

Chiar dacă este prea radical să se susțină că legea a fost copiată de la greci, se consideră, totuși, că au influențat-o legea lui Solon / 594 i.Hr./ precum și legile regelui Minos, din Creta; ea a redat, însă, și obiceiurile etrusce și vechile obiceiuri romane; cert este că *terminii juridici* și logica interpretării au fost influențate de filosofia grecească.

Un autor german, B. W. List, în anul 1884, a încercat să facă o comparație între dreptul grec și cel roman în lucrarea: „*Stammrecht und Stammverwandts Recht*”; încercare a eșuat, deoarece, a constatat el, vechiul drept grecesc nu este suficient cunoscut, nici suficient studiat. Așadar, nimeni nu a putut demonstra influențe străine majore.

² Lucrarea, cum o arată numele, era o culegere de legi evreiești și romane.

Dar religia creștină primitivă nu contrazicea dreptul roman, așa că nu avea de ce să-l raporteze cu legile creștine /canoane/. Sclavia, contestată de creștini, era o stare de fapt, nu un principiu juridic.

Unele încercări târzii¹ – bazate pe descoperirile unor legi din Egipt și Asia Mică – de a cerceta și alte sisteme de drept ale antichității au fost fie abandonate, în Germania, fie primite cu rezervă, în Italia, fie înconjurate cu tăcere în Franța.²

1.2. Etapele apariției științei dreptului comparat

Știința dreptului privat comparat s-a dezvoltat pe etape și ar fi normal să fie așa când înseși sistemele de drept au avut o dezvoltare în etape: după încetarea aplicării oficiale a dreptului roman – care a fost în vigoare din secolul al VI-lea î.e.n. și până la moartea lui Iustinian – s-a trecut, printr-un complicat proces de fermentare, de negații și căutări, cum vom vedea, până ca, în sec. XVI-XVII, să fie creat un nou tip de drept: dreptul romano germanic.

Dreptul englez s-a dezvoltat fără salturi, printr-o evoluție lentă, dar fermă a sistemului precedentelor, folosind tehnici procedurale inspirate din *legis actionis* romane, pe baza cutumelor normande, a celor anglo-saxonilor³, influențat de dreptul canonic, pe care biserica îl practica de mult în Europa și a fost acceptat în Anglia după creștinarea anglo-saxonilor, dar mai ales, după cucerirea normandă; dreptul musulman nu putea apărea mai devreme ca însăși baza lui doctrinară, care este Coranul, scris în timpul celui de-al 3-lea *calif*, *Uthman* / în anul 653/ la ceva timp după moartea profetului / 8 iunie 632/.

Sistemele tradiționale – dreptul hindus, dreptul ebraic – care își extrag comandamentele sociale din religii – precum și cutumele africane, care continuă tradițiile, unele ancestrale, au continuat să se aplice (cel puțin în raporturile familiale, de succesiuni și, cel mai adesea, de folosire a pământului) chiar dacă au apărut inițiative legislative de modernizare a structurilor de stat și sociale.

Știința dreptului comparat nu putea, așadar, să apară decât după consolidarea sistemelor naționale de drept, mai mult sau mai puțin originale, și după ce acestea au format obiect de studiu național; ea a parcurs o primă fază incipientă, cea a precursorilor, care cercetau dreptul străin mai mult ca justificare a tezilor filosofiei dreptului; în perioada 1800-1850 dreptul comparat este folosit ca o metodă, fără pretenție de universalitate, fiind doar conturată ideea unei discipline autonome; cea de a doua

¹ Vezi L. Mitteis, „Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs”, Leipzig, 1891.

² De menționat că, în perioada a III-a a dreptului roman – de la Cicero la Alexadru Sever/222-235/ – apare o lucrare de comparație a dreptului, *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*. Alte opere ca, *Vaticana Fragmenta Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, *Consultatio veteris Icti* ș.a., au readus în atenție dreptul roman, înainte de Iustinian. Tot acum apare ideea codificării constituțiilor imperiale: Teodosiu al II-lea /408-450/, ajutat de Antiochus, a publicat o culegere de edicte/constituții imperiale cu caracter general, spre deosebire de *mandata, decreta, rescripta*, care erau constituții personale; culegerea a fost preluată în vest de Valentinian al II-lea /425-455/

³ Unii susțin că și cutumele coranice – normanzii din sudul Italiei au fost în slujba arabilor – ar fi influențat common law.

perioadă, cuprinsă între 1850-1900, este caracterizată prin apariția codurilor, ca mijloace tehnice de a reglementa întreaga viață socială a unui stat; juriștii din această perioadă sunt preocupați mai mult de o legislație comparată, în scopuri practice de aplicare a legii sau de politică legislativă; a treia perioadă – cuprinsă între 1900-1950 – este etapa de naștere a științei dreptului privat comparat.

Simpla cunoaștere a dreptului străin nu este decât un început, dar până la elaborarea științei dreptului comparat, ca teorie încheată și bazată pe reguli precise, a fost nevoie de multe secole bune de cercetare.

1.3. Gândirea engleză a generat prima comparație între Common Law, dreptul francez și cel catolic

Asistăm, mai întâi, la o operă teoretică de examinare a dreptului străin numai cu scopul de a susține propriul drept. Astfel, lucrarea din 1463 a lui *Sir John Fortescues / 1394-1480 /*, *De laudibus legum Angliae*, aprecia Common Law fără să facă o comparație științifică cu dreptul francez¹; lucrarea lui *Cristofer Saint Germain* (1460 – 1540) *Doctor and Student*, scrisă în limba latină în anul 1523, compara numai doi termeni – dreptul canonic cu sistemul common law; rezultatul a dus la apariția sistemului englez equity, despre care vom vorbi la timpul potrivit; pe aceeași linie merge și *Wiliam Fulbeck*, care a comparat, sub forma unui dialog, în lucrarea „*Common Law*”, scrisă în anul 1692, dreptul roman cu dreptul canonic fără o metodă istorică sau analitică, cum aprecia Pollock; un pas mai departe face englezul *John Selden* (1584-1604), care examinează influența dreptului roman asupra dreptului englez în a sa „*Dissertatio ad Fletam*”, subliniind importanța studiilor comparative; el procedează la compararea dreptului oriental, în special a dreptului ebraic, cu dreptul occidental, fapt ce a determinat pe mulți autori englezi să-l considere părintele istoriei comparate a dreptului.

Lordul Mansfield /1705-1793/ introduce dreptul comercial european în Common Law-ul englez, care se conducea după *Lex mercatoria*, adică reguli și principii cutumiare medievale, pe când Europa se modernizase cu un drept comercial modern.

Gândirea juridică se dezvoltă, treptat, în sensul că dreptul nu mai poate fi cercetat izolat, el constituind o parte din justiția universală. Lucrări ca *Tractus de justiția universalis sive de fontibus juris* a lui *Francis Bacon* (1561-1626), este semnificativă în acest sens.

Așadar, juriștii, începând cu sec. XIV-XV, atrăgeau atenția asupra existenței și a altor sisteme de reglementare socială, în afara dreptului roman și eventual al dreptului național, inspirați tot mai mult de glasatorii inițiali care aduceau în fața științei dreptului un drept străin – dreptul roman – care urma să fie cercetat în comparație cu dreptul lombard, cu dreptul canonic.

¹ John Fortescue, în anul 1463, a însoțit, în exil, pe regina Margareta de Anjou, în Flandra, de unde a cunoscut dreptul francez, pe care l-a comparat cu cel englez. L-a influențat pe Montesquieu.

1.4. Glosatorii – primii exegeți străini ai dreptului roman

O studiere metodică a dreptului străin, dar cu un scop limitat, au făcut și glosatorii, care au readus, mai întâi, la Bologna, dreptul roman în preocuparea științei dreptului european¹. De aceea, putem considera că începe cu ei faza incipientă a dreptului privat comparat, căci, cum vom vedea, glosatorii și postglosatorii au început studierea unui drept străin – este adevărat, un drept din trecut, care era dreptul roman, care a fost comparat cu dreptul actual – care era format din dreptul lombard, dreptul canonic și dreptul cutumiar.

1.5. Comparația între sisteme începe cu o abordare filosofică generală

Următoarea fază se caracterizează prin abordări filosofice largi, în care este inclusă știința dreptului ca parte componentă. Juriștii din sec. XVI se întrebau care este fundamentul dreptului. Indiferent de școală, răspunsul era că dreptul are un fundament unitar: școala *dreptului natural*, descoperirea fundamentului dreptului în acel principiu imuabil, imanent ființei umane, determinat *de natura sa umană*; școala istorică, susținea că fundamentul este în acel *spirit popular / Volksgeist* /; religia, la rândul ei, fundamenta dreptul pe o teorie spirituală, nu neapărat divină.

Pentru a justifica unitatea dreptului, acești juriști trebuiau să o demonstreze prin cercetarea dreptului străin în paralel cu cel autohton, făcând astfel încă un pas pentru descoperirea dreptului comparat.

Astfel, ilustrul jurist olandez *Hugo Grotius* (1528-1645), autorul a nu mai puțin celebrei lucrări *De jure belii ac pacis*, creatorul științei dreptului internațional și a teoriei *dreptului natural*, recurge la un vast material, furnizat de dreptul străin, pentru a demonstra teoria sa; el susține că nici o autoritate nu este înzestrată cu puterea constrângerii pe plan internațional și, de aceea, a se respecta ordinea internațională, trebuie admis existența unui drept natural, care se impune tuturor. El admite, așadar, existența varietăților de sisteme naționale de drept, dar și unitatea lor – prin fundamentul dreptului, care este dreptul natural, imanent ființei umane sau statului, potrivit naturii acestora.

Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) are meritul de a fi creat cadrul doctrinar, în care urma să se dezvolte știința dreptului comparat. El concepe lumea ca o unitate culturală – în cadrul căreia dreptul capătă o dimensiune universală și istorică; el refuză să vadă în dreptul roman o singură sursă a dreptului; de aceea, el propune să fie adunate și examinate în paralel toate ramurile de drept ale tuturor popoarelor, propunându-și să scrie acea lucrare, nerealizată, *Theatrum legale*.²

Giovanni Batista Vico (1668-1714), contemporan cu Leibnitz, a dat științei istoriei o nouă dimensiune: a integrat fenomenul istoric parțial în ansamblul istoric, care se

¹ Spre deosebire de romaniștii de mai târziu – Th. Mommsen, Paul Kruger, R. Schöel, W. Kroll – care au interpretat Codex-ul lui Iustinian pentru a reconstitui dreptul roman, glosatorii, care au descoperit o copie a codexului, la Bologna, nu au privit în trecut, ci în viitor, punând la baza științei juridice europene doar paternitatea dreptului roman.

² Abia în 1928 John Henry Wigmore a scris *Panorama of the World's Legal System*, care examinează 16 sisteme de drept, trecute și actuale, în 3 volume.

dezvoltă în cicluri, pe baza acțiunii popoarelor, creatoare de istorie. La baza dezvoltării identice a fenomenelor parțiale stă bunul simț al umanității. În acest cadru, el consideră că *unita sostanziale del diritto* este Providența.

Charles Baron de Montesquieu (1689-1755), a transferat comparația din cadrul intern în cel extern; o comparație exista deja prin lucrările care priveau cutumele aplicabile în diferitele regiuni ale Franței – care aparțin lui *Charles Dumoulin*, *Robert Josef Pothier* ș.a. El introduce comparația complexă a instituțiilor juridice, mai ales cele din dreptul constituțional și stabilește și scopul ei – pentru a sugera reforme legislative și a descoperi sensuri istorice. De aceea, mulți autori l-au declarat pe el ca fiind adevăratul creator al științei dreptului comparat. Prin lucrările sale, mai ales prin *Lettres persanes* și *L'esprit des lois*, Montesquieu este în egală măsură politolog și sociolog, prin metoda sa el devine nu numai comparatist, dar și creator de știință juridică comparată. Leontin Jean Constantinesco aprecia: „El nu pregetă să compare diversele legi, regimuri și instituții politice. El nu folosește compararea ca o ilustrare a afirmațiilor sale, ci ca pe o sursă de experiență legislativă și juridică, ceea ce este ceva nou față de înaintașii săi”.¹

Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833) concepe dreptul comparat ca o știință universală a dreptului, menită să asigure o justă politică legislativă. De altfel, a și aplicat teoria sa: pe baza unor studii comparative a întocmit un *proiect de Cod penal bavarez*, în anul 1819, care a stat la baza multor coduri din Germania și din alte țări. El a lucrat și la un proiect de Cod civil bavarez, folosind critic codul francez, susținând că principiile lui nu corespund structurii sociale bavareze și legislației sale.²

Un alt german, discipol al lui Hegel, *Eduard Gans* (1798-1839), concepe dreptul comparat într-o viziune filosofico-istorică: dreptul din trecut și dreptul prezent trebuie să fie înțelese ca stadii de evoluție a spiritului, care se regăsește în istoria universală. Ideile lui combăteau, prin urmare, teoriile școlii istorice, susținute de *Friedrich Karl von Savigny* și *Albert Eichkorn*, care susțineau că dreptul actual este determinat de trecutul națiunii, ceea ce face indispensabil studiul istoriei și de prisos și păgubitoare orice codificare. Dreptul – susțineau ei – a fost elaborat în mod organic prin conștiința poporului, exprimându-se prin dreptul cutumiar și prin practica juridică”.³ Gans construiește o teorie interesantă: pornind de la ultimul element al oricărei științe (*Begriff*), trecând prin informația juridică (*Rechtskunde*) și erudiția juridică (*Rechtsgelehrtsamkeit*) se ajunge la o istorie universală a dreptului (*Universal- Rechtsgeschichte*).

Mai menționăm pe *Karl Salomo Zachariae* (1769-1843), profesor la Heidelberg, care susținea că scopul studierii sistemelor de drept străine este desprinderea unor principii de drept comune, obiectiv pe care a încercat să-l afirme prin înființarea unei reviste critice de drept străin, în 1829.⁴

¹ Leontin-Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat*, Editura All, 1997, vol. I, p. 57.

² Studiile sale privesc practica penală în dreptul islamic, „*Versuche einer Kriminaljurisprudenz des Koran*”. Feuerbach a început să redacteze o istorie a științei universale a dreptului, rămasă în proiect – a redactat mai multe capitole – în care a strâns un impunător material despre dreptul din Siberia, din Mongolia, din China, din India, din America și dreptul unor popoare primitive.

³ Leontin-Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat*, Ed. All, vol. I, p. 68.

⁴ Este vorba de *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Ausland*, pe care o conducea împreună cu un alt profesor de la Heidelberg, Karl Josef Anton Mittermaier. Revista a jucat un rol însemnat în cunoașterea dreptului englez și american. Zachariae a scris o lucrare despre dreptul francez –

Apariția *etnologiei juridice*, știință care își propune să descopere legile evoluției societății umane prin legile dezvoltării fenomenelor și instituțiilor juridice, reguli care au fost „descoperite”, mai ales, prin cercetările fenomenelor juridice din statele în curs de dezvoltare a dus la ideea că, de fapt, aceasta este sarcina dreptului comparat.

Juriștii englezi, mai practici, trebuiau să cerceteze cum *Privy Council* – un tribunal suprem al Imperiului Britanic, cum o să vedem – aplică legea străină în raport cu cea engleză. Acestei nevoi i-a răspuns *Wiliam Burge /1786-1849/*, care a scris lucrarea de referință în Anglia și SUA, *Commentaries on colonial and Foreign Laws*, apărută în anul 1839. Englezii sunt printre primii juriști care publică o lucrare de drept comercial *comparat* – este vorba de *Leone Levi*, economist englez, care a examinat teoria cu practica în politică și în negociere în lucrarea *Commercial Law, Its Principles and Administration*, apărută în 1850.¹ Lucrarea se fondează pe studierea legislațiilor și a practicii comerciale din 60 de state. A fost recomandată de arbitrajul comercial în lucrarea *On the state of the Law of Arbitrament and Proposed Tribunals of Commerce /1850/*

1.6. Comparații sectoriale

Perioada cuprinsă între 1850-1900 se caracterizează prin abordări comparative sectoriale, le-am putea spune – juriștii vremii compară dreptul de familie, dreptul comercial, dreptul administrativ etc.; tot acum, juriștii se concentrează asupra *științei* legislației comparate, înțeleasă ca o disciplină de sine stătătoare; ceea ce trebuie reținut este *metoda comparativă* și conceptul de evoluție istorică a instituțiilor analizate.

Asistăm, prin urmare, mai ales în Europa, la cercetări comparative sectoriale, în sensul că se compară, practic, *dreptul pozitiv* din mai multe state, stabilind asemănările sau deosebirile dintre acestea.

Astfel, germanul *Lorenz von Stein* (1815-1890) expune comparativ și sistematic știința dreptului administrativ din principalele țări europene; austriacul *Josef Ungler* (1828-1913) – cel mai mare jurist al țării sale din acel timp – cercetează căsătoria și dezvoltarea ei universală, folosind metoda istorico-filosofică a lui Hegel; francezul *Ernst Glasson*, compară instituția căsătoriei și divorțul din vechile legislații cu legile moderne; *Levin Goldschmidt* (1829-1897) – considerat întemeietorul *dreptului comercial* și maritim german – se ocupă și de dreptul comercial al altor state, înființând o revistă *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, care urmărește evoluția dreptului comercial în străinătate;² *Ernest Lehr* (1835-1890), elvețian, folosește o altă metodă, de juxtapunere a sistemelor juridice naționale ale diferitelor state, pentru a face o percepție sintetică a *dreptului civil* din diferite țări; el publică *Eléments de droit civil anglais; Elémentes de droit civil espagnol; Eléments de droit civil russe; Etudes sur le droit civil des Etates Unis d'America de Nord*.

Handbuch des französischen Rechts, care i-a depășit chiar pe francezi în metodă și profunzimea analizei; a fost tradusă în Franța în 4 ediții, ultima în 8 volume.⁴⁴

¹ Lucrarea se voia a fi o bază pentru codificarea dreptului comercial internațional, idee rămasă fără rezultat.

² *Levin Goldschmidt* a publicat, în anul 1891, și o lucrare *Handbuch des Handelsrechte*, care a apărut în mai multe ediții; lucrarea cuprinde, cum o arată subtitlul, o istorie universală a dreptului comercial.

1.7. Studiarea comparată a legislațiilor

O altă trăsătură a acestei perioade este încercarea de a defini dreptul comparat ca având obiect de studiu *legislația comparată*, analiza fiind nu numai a fenomenului pozitiv, legile ca atare, ci și anumite elemente de legătură, care se identifică în principii eterne, în condiții obiective de existență socială etc.

Astfel, italianul *Emerico Amari* (180-1870), studiind „obiectul” legislației comparate ajunge la ideea că prin studiul comparativ al legislațiilor se ajunge la o știință a legilor. După Amari, legile apar, se modifică și dispar determinate de factori obiectivi – climatul, religia, tradiția și economia politică. Comparând acești factori, se pot stabili constantele fizicii sociale, care hotărăsc destinul legislațiilor.

Așadar, după Amari, obiectul dreptului comparat este știința legilor legislațiilor.

Spaniolul *Gumersindo de Azcarate Menendez-Moran* /1840-1917/, gânditor, istoric, economist, fost profesor la Madrid – în lucrarea *Ensayo de una introducción al estudio de la legislación comparada y programa de esta asignatura*, Madrid, 1874 - este de părere că obiectul științei legislației comparate trebuie să fie judecarea *sistemelor* de drept după principiile eterne ale dreptului; scopul studierii legislației comparate ar fi reformarea acelor sisteme care nu corespund acestor principii și promovarea unei politici legislative conforme cu acestea.

Profesorul de legislație comparată de la Recife, Brazilia, *Clóvis Beviláqua*/1859-1944/, jurist, legiuitor și om politic¹, a publicat în 1897, lucrarea *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, în care face o descriere a metodei comparative, care trebuie folosită pentru a descoperi asemănări și deosebiri între instituțiile juridice ale diferitelor țări, căci dreptul, susține el, conține elemente generale sau universale, elemente naționale și elemente străine.

1.8. Cercetarea dreptului străin

O altă trăsătură a celei de a doua perioade este apariția unor societăți de cercetare și promovare a dreptului comparat, cât și apariția unor reviste de specialitate. Scopul apariției acestor *mijloace* este cunoașterea legislațiilor străine, devenind un complement al dreptului internațional privat.

Astfel, în 1869 se înființează, la Paris, *Societatea de legislație comparată*, cu scopul – cum îl arată și numele – de a face cunoscută legislația străină; societatea scoate un buletin, care publică, nu texte, ci studii despre dreptul străin. Legile, în traducere, se publicau în *Anuarul legislațiilor străine*.

Cam în același timp, în Belgia, ia naștere un periodic, *Revista de drept internațional și de legislație comparată*, revistă care are ca scop compararea legislațiilor străine, nu numai publicarea lor.

Mai târziu, dar cu un conținut mai exact, apar și în Germania reviste de comparare a „dreptului” – nu de comparare a legislațiilor cum se face în celelalte state – cum este cea apărută la Stuttgart, în 1878, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*; apar

¹ În 1899 a primit sarcina de la ministrul de justiție, *Epitacio Pessoa*, de a redacta un cod civil; proiectul lui a fost dezbătut în parlament timp de 15 ani; a intrat în vigoare în 1917.

societăți de popularizare a dreptului străin, cum este *Gessellschaft für vergleichende Rechts und Staatswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*; societatea fuzionează cu *Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, în anul 1926.

În Austria, există revista *Die Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, care apare anual. În România apare târziu, la 31 octombrie 2007, Revista de drept internațional privat și drept privat comparat, rod al colaborării dintre Institutul de Drept Comparat al Facultății de Drept UBB Cluj și Uniunea Națională a Notarilor Publici din România, Camera Notarilor Publici Cluj. Apare în limbile română, engleză și franceză. În 1884 se înființează la Madrid *Revista de derecho internacional, legislation y jurisprudencia comparada*. Italia nu este mai prejos, juriștii înființează, ca instrument de studiu al legislației comparate, *Rivisto di diritto internazionale e de legislazione comparada*.

În anul 1895 se înființează la Londra Society of Comparative Legislation, care publică *Journal of Society of Comparative Law*.

1.9. Istoria dreptului aduce noi elemente

O lucrare privind istoria supranațională a încercat să scrie *Heinrich Mitteis*, în anul 1891 – *Dreptul imperial și popular în provinciile răsăritene ale Imperiului Roman*. El a folosit izvoare din dreptul roman, dreptul grecesc, egiptean; lucrarea, deci, nu avea un caracter universal. Azi este tot mai conturată ideea că dreptul comparat este altceva decât *istoria universală* a dreptului, iar teoria *analogies frappantes* a școlii comparative franceze, nu identifică decât similitudinile dintre norme juridice, apărute în state diferite, uneori situate la mari distanțe. Sunt tot mai multe preocupări de a se studia istoria universală a dreptului; în unele state s-au creat catedre de studiere comparată a dreptului. Un institut, care și-a propus acest scop este *Institutul Max Plank*, din Frankfurt, care este un institut cu preocupări în multe domenii, dar care a creat recent un centru de studiu al dreptului european. La Florența este un *Centru de studii a istoriei gândirii juridice moderne*.

1.10. Codificările europene și cele din America Latină

Și, în sfârșit, trebuie menționată practica dată de unda codificărilor din secolul al XIX-lea a popoarelor europene și din America de Sud, care își descoperă existența lor națională, tăinuită de imperiile care le subjugau și care, în dorința de a-și construi independența prin autonomie juridică și modernizarea statului, au optat pentru codificări, luând ca modele codul prestigios al vremii – codul napoleonian. Este cazul cehilor, sârbilor, slovacilor, slovenilor, croaților, românilor ș.a.

Alte popoare – turcii, japonezii – au intrat în sec. al XIX-lea cu structuri social-politice medievale și închistări istorice; modernizarea cerea rapiditate, cerea reînnoirea statului, cerea adoptarea valorilor moderne în cultură și legislație; acest lucru s-a obținut prin preluarea codurilor franceze sau germane.

Codificarea a fost precedată de compararea dreptului și legislațiilor altor state – lucru ce s-a realizat prin *comisiile de codificare*, ca instituții de stat, dar și prin cercetări private ale juriștilor, implicați în codificare sau aplecați asupra obiectului de studiu din rațiuni științifice sau didactice.

1.11. Dreptul comparat după Congresul de la Paris din anul 1900

A treia perioadă începe din anul 1900, când, cu prilejul Expoziției Universale de la Paris – manifestare mondială inițiată în anul 1851 pentru a prezenta date despre știința și tehnica mondială – a avut loc *Congresul Internațional de Drept Comparat de la Paris*, care s-a ținut între 31 iulie – 3 august.

Congresul a dezbătut problematica dreptului comparat pe baza practicii și căutărilor de până atunci, organizatorul congresului, francezul *Reymond Saleilles*, a sintetizat obiectivele lui în *Rapport sur l'utilité, le but et le programme de Congrès*.

La congres au participat numeroși reprezentanți ai țărilor continentale și un singur reprezentant al Angliei, *Sir Fredeick Pollock*.

Congresul s-a terminat cu rezultate minore în privința dreptului comparat, pentru că scopul lui era să dezbată mai mult rolul dreptului comparat, bazat, de fapt, pe ideile organizatorului congresului, francezul *Saleilles*, care considera că dreptul comparat trebuie să contribuie la construirea unei societăți internaționale a secolului XX, în care toate statele civilizate să asigure o legislație unitară. Pentru a atinge acest scop, statele trebuiau să convină acorduri internaționale pentru a crea un drept comun internațional, din care statele individuale să preia norme obligatorii.

Congresul sublinia importanța studierii dreptului privat comparat în cadrul universităților, ca mijloc de educație juridică și de aprofundare a dreptului propriu.

În secțiunea a doua a congresului s-au dezbătut chestiuni privind definiția și metoda dreptului comparat.

Mesajul congresului a fost receptat diferit: Germania a înființat în anul 1916 *Institut für Rechtsvergleichung der Universität München*, primul institut din lume cu acest profil; alte state au înființat catedre de drept comparat – Franța, la *College de France* a introdus disciplina *Drept civil aprofundat și comparat*, în Elveția, dreptul comparat se preda la 3 universități, în Italia, s-au înființat catedre pentru dreptul comparat la *Cagliari, Genova, Torino*, în Belgia, la *Gand*, în Spania, la *Madrid*.

Orientarea diferită în privința modului cum s-a asigurat educația juridică s-a răsfrânt asupra rezultatelor: studierea în universități a dreptului comparat este o soluție benefică, de masă, de viitor – căci studenții sunt o categorie de care se leagă nu numai practicarea viitoare a unei meserii, dar și sămânța perenă a cercetării științifice viitoare, continuatorii de școli sau creatorii lor.

O altă consecință a Congresului este preluarea mesajului internațional: statele Antantei – Angliei, Franța, Rusia – au inițiat un program, în anul 1917, de unificare a ordinii lor juridice, gândire *internaționalistă*, care s-a materializat, după constituirea Ligii Societății Națiunilor Unite, în înființarea, la 20.04.1926, prin Acordul dintre Italia și Consiliul Societății Națiunilor Unite, la Roma, a *Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat – UNIDROIT*.¹

Inițiative au existat, între timp, și pe linia bilaterală: la o propunere franco-italiană de a elabora un proiect comun de *drept al obligațiilor* au participat și reprezentanți ai *jurisților români* și belgieni; proiectul a fost receptat de Albania, în anul 1938, și inclus în

¹ Institutul are 48 de state membre – inclusiv România – și are ca sarcină de a armoniza și coordona dreptul privat dintre state; el pregătește proiecte de legi uniforme și le prezintă la conferințele internaționale.

legislația sa internă, a fost folosit de mai multe țări din bazinul Mării Mediterane. UNIDROIT a pregătit conferințele care au aprobat convențiile de la Geneva, din anii 1930 și 1931, cu privire la unificarea unor reguli privind cecul și biletul la ordin¹ și Convențiile de la Haga și Viena din respectiv, 1964 și 1980, cu privire la dreptul internațional al vânzărilor de mărfuri².

Influența dreptului englez și american în ceea ce privește tratatele de pace din anul 1919, care au introdus în circuitul internațional noi termeni juridici precum și practicile bazate pe tradiția engleză și americană privind reglementarea unor probleme de comerț exterior, au adus și aduc noi evoluții în dreptul civil al popoarelor.

Apariția „lumii a treia”, prin dobândirea independenței statelor foste colonii sau sub mandat, ridică noi probleme dreptului comparat, căci un nou *theatrum legale mundi* a apărut.

1.12. Uniunea Europeană urmărește unificarea dreptului

Uniunea Europeană urmărește unificarea dreptului privat, care cuprinde, potrivit părerii comune, *dreptul de familie, dreptul succesoral, dreptul de proprietate și dreptul obligațiilor*. Mai departe, *dreptul obligațiilor include contractele, răspunderea delictuală / torts, în Common Law / și despăgubirile*.

Dreptul de familie și succesiunile sunt ancorate în cultura națională, astfel că ar fi greu de unificat. Cel mai sigur și eficient ar fi unificarea dreptului privind obligațiile și, în general, diferitele domenii ale dreptului privat să fie separat reglementate.³

Parlamentul European a început din anul 1982 și a revenit în 1989, 1994, 2000, lucrările pentru crearea unui *cod civil european*, în care scop s-a înființat Comisia Europeană de Drept al Contractelor / *Commission on European Contract Law* /, președinte fiind *Ole Lando*, de aici și denumirea de *comisia Lando*. Concomitent, UNIDROIT a început studiile pentru unificarea dreptului privat, reușind, în anul 1994 să publice *Principiile pentru Contractele Comerciale Internaționale / Principles for International Commercial Contracts /*; Comisia Lando a publicat *Principiile privind dreptul european al contractelor / PECL-Principles of European Contract Law /* prima parte în 1995, partea a doua în 1999 și partea a treia în anul 2003.

Comisia Europeană, în anul 2001, a relansat planul de armonizare a dreptului european în domeniul contractelor, prin crearea unui cadru valabil pentru toate statele, *CFR – Common Frame of Reference*, care a fost materializat în *European Contract Law and Revision of the Accuis*, cu recomandarea ca în 2010 să se unifice dreptul european în acest domeniu.

În anul 1997, când Olanda deținea președinția UE, s-a ținut o *conferință* pentru un cod civil european / *Towards a European Civil Code* /; conferința a apreciat că este

¹ Este vorba de Convenția din 19 martie 1931 privind uniformizarea regulilor asupra cecului și Convenția din 7 mai 1930 privind reglementarea unor conflicte de legi în materie de polițe și bilete la ordin. România nu este parte la aceste convenții.

² Institutul *Kaiser Wilhelm – azi Max Blanck Institut* – pentru drept străin și drept privat internațional a inițiat, în anul 1929, un dicționar de drept internațional privat, rămas neterminat din cauza războiului.

³ A existat părerea că *Dutch Burgerlijk Wetboek*, în vigoare din 1992 în Olanda, este un exemplu de cod european; el cuprinde, dreptul civil, dreptul comercial, dreptul consumatorului și dreptul muncii.

posibilă elaborarea unui cod civil european, drept care s-au constituit diferite grupe academice, care să studieze ramurile care ar putea fi unificate astfel: a/ *Comisia de drept european al familiei* – s-a constituit pe lângă universitatea din *Utrecht*; b/ *Grupul european al răspunderii delictuale, are sarcina de a colabora cu Centrul European al Delictelor și Asigurărilor – /European Centre of Tort and Insurance Law /*, din *Viena*; c/ sub președinția prof. *Christian von Bar*, de la Universitatea din *Osnabrück* se studiază elaborarea unui *cod civil european*; d./ o altă comisie la *Torina* –/ *Maura Bussani și Ugo Mattei /* – studiază esența dreptului privat european –/ *The Common Core European Private Law/*.

CAPITOLUL 2

NOȚIUNEA DE FAMILII DE DREPT SAU SISTEMELE DE DREPT PRIVAT COMPARAT

2.1. Elementele componente ale ordinii juridice statale: datul social și construitul juridic

Teoria dreptului operează, într-o măsură mai mare sau mai mică, cu două realități existente într-o societate organizată: *construitul juridic* – cum le-a denumit L. J. Constantinesco – și *cu datul social*. Unii autori consideră *construitul juridic* ca fiind singurul care poate fi obiect al cercetării științei dreptului. *Etnologii*, adepții *sociologiei juridice* și, mai recent, *antropologia juridică*, acordă *datului social* întreaga sa importanță.

Construitul juridic reprezintă rezultatul volitiv al societății – reprezentată prin stat sau adunări reprezentative ale poporului – prin care se stabilesc norme de conduită pentru toți membrii structurii sociale date. Datul social este realitatea de la care pornește voința de reglementare a comportamentelor umane, exprimată prin construitul juridic.

Datul social nu trebuie înțeles ca fiind de natură exclusiv materială.

Astfel, în societățile tradiționale asiatice condițiile de viață ale individului sunt concepute în cadrul unei armonii sociale, care este, la rândul ei, o prelungire a armoniei cosmice; dreptul intervine mai puțin în formarea și menținerea ordinii sociale, care este asigurată de morală, de cutumă, de religie, impusă în cadrul familiilor sau grupurilor sociale bazate pe principii de castă. Africa Neagră, la rândul ei, avea la bază microsocietăți – familiale sau tribale – care *asigurau* comportarea persoanei apelând la practicile rituale, bazate pe cultul strămoșilor și al zeilor animiști, și mai puțin prin intervenția coercitivă a statului.

Am avansat premisele doctrinare ale drepturilor tradiționale: dreptul hindus, dreptul african și a vechiului drept chinezesc.

2.2. Între datul social și construitul juridic nu există o determinare universală

Fiecare sistem juridic național, pe de altă parte, rezolvă o situație social-economică de o manieră juridică specifică, deși apar instituții juridice asemănătoare în toate sistemele de drept: căsătorii, divorțuri, vânzarea, cumpărarea – sunt tot atâtea instituții juridice comune în toate sistemele de drept.

Dar o situație socială dată, este rezolvată așa de diferit, încât cu greu se poate stabili o asemănare.

Astfel, pentru a nu lăsa rasa princiară să se înmulțească, o societate, numită *Arioi*, din Tahiti, înainte de apariția europenilor, cerea membrilor ei – căci erau admise numai femei – ca orice nou născut să fie omorât, sub sancțiunea de a fi exclusă din societate; în unele țări din Asia, în Evul Mediu, micii proprietari de pământ puteau omori noii născuți, pentru a nu diviza proprietatea asupra pământului, care le asigura existența.

În Europa, asemenea probleme se rezolvau cu asigurarea *dreptului de primogenitură*.

2.3. Construitul juridic este diferit de la stat la stat

Aceiași problemă juridică este soluționată identic, dar pe baze diferite. Un impostor, *Helmut Rohschild*, a fost chemat în judecată în mai multe țări, pentru că își proroga apartenența la contele, adevăratul Rotschild. Acțiunea a fost admisă în Franța pentru că impostorul a încălcat dreptul de marcă; în Anglia, soluția s-a bazat pe dobândirea unui beneficiu pe baza unor intrigi; în Elveția s-a încălcat dreptul individului la respectarea propriei personalități; în SUA impostorul a pierdut pentru că s-a folosit de concurență neloială.

Nu numai instanțele de judecată acționează diferit; dreptul pozitiv din fiecare țară, reglementează specific aceeași problemă. Astfel, dreptul bolivian face parte din familia romano germanică, ca și cel francez, spaniol etc.; dar prin legea din 15 aprilie 1932 statul bolivian a reglementat divorțul în sensul că el este admis dacă și statul în care s-a încheiat căsătoria îl cunoaște; se încearcă evitarea *cameleonismului juridic*, situație care desemnează statutul multiplu, creat voluntar de o persoană, care poate fi într-o țară căsătorită, în alta divorțată, în alta bigamă.

Se întâlnesc situații când același text de lege este interpretat diferit. În baza art. 1832 din Codul civil francez, practica judiciară a acestui stat recunoaște personalitatea juridică a *societăților civile*; potrivit unui text asemănător, preluat, cum o să vedem, chiar de la modelul francez, practica instanțelor belgiene este împotriva unei asemenea recunoașteri.

Un alt caz: Franța cunoaște separația de corp, ca act distinct de divorț, instituție care nu se regăsește în legislația multor state, adevărate ale aceluiași sistem juridic, inclusiv în legea română. Aceasta nu înseamnă că dreptul bolivian, cel francez, românesc etc. nu fac parte din aceeași familie.

Ordinea juridică a statelor federale, care diferită de la stat la stat, are influențe asupra dreptului civil și asupra procedurii judiciare: în SUA, Australia, RFG, competența statului federal este o excepție. Canada, dimpotrivă, folosește sistemul centralizat, așa cum era prevăzut în *Britisch Nord America Act din 1867*. Cu toate acestea, SUA, Canada, Australia fac parte din familia *de Common Law*, iar RFG, din familia dreptului *romano germanic*. Diferențe există și între SUA, RFG, Elveția, Mexic, Brazilia, Australia, Africa de Sud în ceea ce privește structura dreptului. În cadrul federațiilor există state care își au nu numai propria lor ordine juridică, ceea ce este normal, dar ceea ce este curios este că aceasta se fondează pe o altă familie: în *Quebec și Louisiana* se aplică dreptul *romano germanic*, pe când în restul statelor Americii de Nord și Canada se aplică *Common Law*; cantoanele elvețiene au mici diferențe de legislații, particularități găsim în anumite landuri din RFG – *Baden-Württemberg* sau *Renania de Nord-Westfalia* – care au păstrat anumite reguli din dreptul imperial german etc.

Rezultă că *nici forma de guvernare* și *nici structura de stat* nu sunt de esență diferențelor dintre familii de drept.

În statele unitare, centralizate, ca Franța, Spania, Grecia există particularități juridice în anumite regiuni: Alsacia și Lorena păstrează unele norme juridice din timpul când au aparținut de Germania, în Țara Bascilor, în Nordul Spaniei în Insulele Canare, se aplică *dreptul foral*, în Osthazia, din Grecia, se aplică *dreptul Schari'a*.

2.4. Elemente comune ordinilor sociale ale diferitelor state

O ordine juridică națională este formată din *norme obligatorii, principii, instituții și noțiuni juridice* aplicabile în interiorul unei societăți date. Luată ca elemente componente, acestea sunt *particule* elementare – cum le numește Leontin – Jean Constantinesco sau *Begriff*, după teoria lui Gans, inspirat de Hegel. „Dacă privim ordinea juridică ca un întreg – susține Constantinesco – particulele juridice elementare pot fi socotite celulele acestui organism”. Și mai departe, spune el, ar fi greșit să se considere că ordinea juridică națională este suma acestor particule elementare, privite ca *egale în valoare*.

De aceea, autorul citat împarte aceste particule în elemente determinante și elemente perisabile sau fungibile. Insistăm asupra acestei idei pentru că ea, după aprecierea noastră, dă fundamentul științei dreptului comparat. *Elementele determinante* au o semnificație ideologică și *teleologică*¹, ele se află în relație directă cu sistemul de valori care stă la baza ordinii juridice date; ele exprimă individual sau prin corelație, finalitatea ordinii juridice ce o compun. *Elementele perisabile* au o importanță secundară – deși sunt mai numeroase – rolul lor fiind de a completa profilul ordinii juridice date, fără a-l determina.

Sunt elemente determinante: a) *concepția* despre drept și rolul dreptului în cadrul ordinii juridice date; b) *ideologia* sau doctrina oficială, care influențează nu numai dreptul dar și raporturile lui cu puterea; c) al treilea element este *raportul* dintre ceea ce este dat și ceea ce este construit, adică gradul de acoperire legislativă a relațiilor sociale pe care le reglementează dreptul; d) un rol important în caracterizarea ordinii de drept este *structura economică* a societății, în cadrul căreia dreptul de proprietate este determinant, libertatea comerțului, a profesiei etc.; e) concepția asupra *rolului statului* joacă un rol important în asigurarea drepturilor fundamentale ale cetățenilor, în structura organelor statului – unitatea sau pluralitatea puterilor în stat etc.; f) *izvoarele* juridice și ierarhia lor determină, de asemenea, caracterul unei ordini juridice; g) și interpretarea legilor este un element determinant al ordinii juridice, căci ea afirmă rolul judecătorului în procesul aplicării legii; g) *noțiunile juridice* și categoriile juridice fundamentale diferă de la o familie la alta – sistemul european fiind bazat pe noțiuni, clasificări și categorii provenind din dreptul roman, sistemul anglo-american având propriile noțiuni și clasificări.

Elementele fungibile nu schimbă structura fundamentală a ordinii juridice date, ci doar completează profilul acelei ordini de drept, de regulă, aceste elemente se raportează la o normă sau la o instituție dată, nu la ansamblul ordinii juridice respective.

¹ *Teleologia* / de la grecescul *telos* – scop și *logos* – învățătură /este explicația filosofică a finalității unui obiect / ființă sau lucru/, scopul în care a fost creat.