

Plan și motivare

Ficțiunile fac parte din viața noastră. Ne-o înfrumusețează sau ne-o deformează. Unele ni le procurăm noi înșine, amăgitor și consolator sau cu speranță ori chiar cu optimism robust. Altele ne sunt procurate, pentru a «înțelege» lucruri de neînțeles sau pentru a nu înțelege ceea ce ni se pare lesne de înțeles.

Având o asemenea imanență, nu poate surprinde că ficțiunile au pătruns și în articulațiile dreptului, al celui elaborat și al celui profesat. Unii, mai rezervați și cu gândul la rostul ficțiunilor juridice, acceptându-le sau tolerându-le, le-au considerat, cel mult, «curiozități juridice»; alții, mai recalitranti și cu gândul la posibile substituențe – excepții, analogii, echivalențe, extrapolări, interpretări prin împrumut de normă etc. – respingându-le sau condamându-le, le-au considerat «monstruozități juridice».

Poate că, urmând sfatul Stagiritului, adevărul se află la linia mediană: unele ficțiuni juridice sunt necesare și utile; altele sunt doar invenții, inutile sau desuete, hrănind imaginația, cândva, în epocă, sau oferind «soluții» în situații considerate insolubile. Sperăm ca această constatare, comodă, dar reală, să străbată în cele din urmă prin propozițiile acestui demers.

*

Ficțiunea juridică este pe cât de accesibilă limbajului, pe atât de dificilă raționamentului, mai ales că, așa cum vom încerca să convingem, adeseori confuziile de concepte degenerază în confuzii de idei. Un prim capitol a fost deci rezervat *conotațiilor, interferențelor și delimitărilor*, îndeosebi între ficțiuni și prezumții juridice.

La modul cel mai general, în raport cu sursa lor, ficțiunile juridice pot fi grupate în două categorii: *ficțiuni juridice având ca sursă legea; ficțiuni juridice având o altă sursă decât legea (fic-*

țiuni juridice doctrinare, ficțiuni juridice create de către subiectele de drept, ficțiuni juridice jurisprudențiale sau pretoriene).

Încadrarea fiecărei ficțiuni juridice în una dintre aceste categorii presupune însă analiza ei, uneori chiar din perspectivă istorică, pentru a-i determina articulațiile, semnificațiile și implicațiile, întrucât, cum se va putea constata, o singură ficțiune juridică este calificată ca atare prin dispozițiile legii, deși, în realitate, tocmai aceasta nu este o adevărată ficțiune – reprezentarea succesorală. În cazul tuturor celorlalte ficțiuni, natura lor este dedusă din modul în care au fost elaborate și mai ales postulate, din «confruntarea» lor cu realitatea juridică.

În fine, «verificarea» atentă a unora dintre categoriile juridice considerate ficțiuni va demonstra faptul că nu sunt adevărate ficțiuni.

Acestea ar fi cele trei repere din perspectiva cărora vom dezvolta tema ficțiunilor juridice: *ficțiuni juridice legale; ficțiuni juridice având o altă sursă decât legea; ipotetice ficțiuni sau pseudoficțiuni juridice* (chiar dacă acest ultim termen – pseudoficțiuni – are rezonanțe pleonastice, el conservă totuși «puterea» de a evoca opusul la ceea ce se crede a fi).

Unele dintre dezvoltările preliminarilor la diversele ficțiuni sau ipotetice ficțiuni pot fi considerate excesive, nepertinente sau chiar fastidioase. Asumându-ne riscul unor asemenea calificări, am recurs totuși și la asemenea dezvoltări pentru a încerca să ne convingem pe noi înșine înainte de a încerca să convingem pe alții.

Tema ficțiunilor juridice, firește, nu putea fi sustrasă nici din ambianța normativă, jurisprudențială și doctrinară actuală, nici din cea proiectată. Se află – cum se știe – în procesul definitivării o lucrare pe cât de ambițioasă, pe atât de pretențioasă și complexă, mai ales pentru că și-a propus sinteza dintre constante și înnoire, coerența și durabilitatea: Codul civil. Deși noile propoziții normative se află încă în prelucrare, unele dintre ele stârnind chiar mirarea, am considerat util ca, uneori, să le evocăm pur și simplu, pentru a oferi și astfel câteva repere pentru – așa-zicând – «destinul istoric» al unora dintre ficțiunile juridice.

O mărturisire sau o remărturisire, în cele din urmă.

A fost și rămâne departe de noi gândul că în știință, și mai ales în cea juridică, pot fi pronunțate «sentințe științifice». Infaibilibii n-au existat și nu există. Doar fantomatic mai apar din propriul pat germinativ.

Orice demers științific este de fapt o invitație la colocviu. Totul sau aproape totul s-a mai spus și se mai spune. Doar viața juridică, mereu imprevizibilă, mai îndeamnă la cugetări în jurul unor teme inedite sau obligă la reconsiderări și remodelări.

Așa încât orice discuție este deschisă și binevenită.

Firește, nu sub voia primului impuls sau a improvizației insolente, ci animată de bune intenții și sprijinită pe cunoaștere.

Capitolul I

Ficțiunile și prezumțiile juridice – conotații, interferențe și delimitări

Secțiunea 1

Ficțiunile juridice

1. Repere retrospective asupra ficțiunilor în general și asupra celor juridice în special.¹ Sub influența unei concepții «estetice» și având conotații negative – „arta este un adevăr fals”, ea „imită natura” – concepție provenind din Antichitate, ficțiunea n-ar face altceva decât să imite lucrurile naturale – *fictio argo imitatur naturam; ergo fictio habet locum, ubi potest habere locum veritas*. Sub influența însă a canoniștilor, ficțiunea nu mai este valorizată doar ca procedeu de «imitare» a unui model din natură, ci și ca procedeu de a «crea». Etimologic, ambele sensuri pot fi acceptate: la început *fingere* semnifica doar «modelarea», dar apoi și «imaginarea», «inventarea», «disimularea». În ambele accepțiuni, ficțiunea a fost percepută ca artificiu prin care realitatea este ignorată. Ea ar fi deci un „artificiu de tehnică juridică”, o „minciună a legii”, constând în considerarea unui fapt sau a unei situații diferite de realitate ca fiind totuși reală, pentru ca astfel să producă efecte juridice². Ideea de „minciună a legii” nu doar că este peiorativă –

¹ Pe larg, împreună cu amplul și substanțialul aparat bibliografic, a se vedea A.-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995, p. 5 și urm.

² H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, 2^e éd., Presses Universitaire de France, 1990, termenul «fiction»; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E. Story-Scientia, Paris-Bruxelles, 1988, p. 157-160, împreună cu reperele doctrinare; G. Cornu, *Vocabulaire*

„disprețuitoare” în raport cu realitatea, considerată „laudativă”³ –, dar ea însăși ignoră sensul primar al ficțiunii – acela de «imitare» – și îndeamnă la condamnarea ficțiunilor în raport cu valorile morale, la înlăturarea lor din arsenalul juridic, pentru că sunt nu numai „inutile”, ci chiar „periculoase”. „Condamnarea însă generală a acestui procedeu este în contradicție totală cu importanța ficțiunilor juridice, procedeu universal, întrebuințat în toate sistemele juridice și în toate timpurile”⁴. Importanța ficțiunilor este confirmată de universalitatea lor⁵; ele sunt prezente în texte biblice, în dreptul oriental, ca și în dreptul occidental, sub semnul unor considerații sau filosofii foarte diferite. Omniprezența ficțiunilor se relevă și prin identificarea lor în toate ramurile dreptului.

Originile ficțiunilor sunt foarte îndepărtate. Ele erau întrebuințate în antichitatea greacă și orientală (exemple putând fi extrase din Codul Hammurabi), dar au cunoscut o formidabilă dezvoltare în dreptul roman, întrebuințate fiind ca tehnică pentru elaborarea de reguli printr-o judecată de genul «ca și cum»⁶; termenii *fictio*, *ingere*, *perinde ac si*, *quasi*, *pro habetur*, *quodammodo* etc. sunt frecvent întrebuințați, mai ales în demersurile pretoriene. Recursul pretorului la acțiunile fictive a fost mijlocul de adaptare a lui *Ius civile* la noile nevoi și, totodată, procedeul subtil de a înfrânge rigiditatea excesivă a acțiunilor din procedura formulară. Numeroase ficțiuni erau însă legale (*fictio legis*) sau jurisprudențiale, în sensul roman al termenului, precum: *qui in utero est*, *perinde ac si in rebus humanis est custoditur*; *pro non scripto habetur*; unele acuzații puteau fi aduse de un *peregrinus*, «ca și cum» el ar fi avut

juridique, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 1992, p. 355.

³ A. Laland, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13^e éd., 1980, termenul «réel» (adică „veritabil, autentic, sincer, solid”, apreciere a unui spirit „serios și normal”).

⁴ A.M. Leroyer, *op. cit.*, p. 7, 8.

⁵ Pe larg și cu exemplificări, a se vedea Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, vol. 29, p. 32 și urm.

⁶ A.M. Leroyer, *op. cit.*, nr. 8.

calitatea de *civis*; o persoană care a pierdut posesia înainte de *usucapio* completă era tratată «ca și cum» și-ar fi asigurat *usucapio*; un *capitis deminutio* era privit, în anumite cazuri, «ca și cum» n-ar fi suferit un *capitis deminutio*, ca și cum «moartea civilă» n-ar fi avut loc – *ac si capite minutus non esset* –, făcând posibilă urmărirea lui de către creditorii; *qui apud hostes morerentur, eorum testamenta perinde valerent, ac si civitate decessissent*, conferind astfel aceeași valoare testamentului «ca și cum» cel care a murit la dușmani ar fi decedat în cetate ș.a.⁷ Unele dintre *actiones utiles* erau tocmai acțiunile *ficticii* (de exemplu, acțiunea *Publiciana* sau acțiunea pentru aplicarea legii *Aquilia*).

În Evul Mediu s-a încercat elaborarea primei teorii generale a ficțiunilor, glosatorii determinându-le elementele constitutive și chiar clasificându-le în zece grupe: substanța, cantitatea, calitatea, relația, locul, timpul, poziția, posesiunea, acțiunea, pasiunea. În epoca postglosatorilor poate fi întâlnită chiar prima definiție a ficțiunii⁸: „*fictio est in re certa, contraria veritati, pro veritate assumptio*” – ficțiunea constă în considerarea unui fapt, care, în mod cert este contrar realității, ca fiind adevărat. Mai târziu, reluându-se definiția, s-au făcut alte două precizări, mai ales cu privire la efectele juridice ale ficțiunii și necesitatea ca ele să fie conforme echității: *fictio est in re certa, eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio; causa fictionis est aequitas*. S-a reconsiderat și clasificarea ficțiunilor, inspirată de Stagirit, grupându-le în doar trei categorii, sugestive de altfel pentru a descifra mecanismul ficțiunilor: «ficțiuni inductive» – conform cărora ceea ce nu este se consideră totuși că este; «ficțiuni privative» – conform cărora ceea ce este se consideră totuși

⁷ R. Dekkers, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, nr. 187 și urm.; Vl. Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 141, 286; M.V. Jakotă, *Drept roman*, I, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 139, 360, 361.

⁸ J.-J. Olivier, *Legal Fictions: an Analysis and Evaluation*, Leyde, 1973, p. 16, 17.

că nu este; «ficțiuni translative» – conform cărora ceea ce există într-un anumit mod poate exista și într-un alt mod⁹. În această epocă însă, Thomas din Aquino face o distincție categorică între «ficțiuni mincinoase», care trebuie prohibite, și ficțiuni ca «imagine a adevărului», care trebuie încurajate.

În dreptul cutumiar, ficțiunile au fost de asemenea întrebuințate, mai ales în privința bunurilor¹⁰.

Începând cu secolul al XVI-lea apar primele tratate consacrate ficțiunilor¹¹. În secolul al XVIII-lea, opoziția dintre ficțiune și adevăr este accentuată și, pe cale de consecință, condamnarea lor este globală, indistinctivă, ca fiind „cel mai pernicios mod și cea mai grosolană minciună” – cum spunea unul dintre exponenții școlii utilitariste a dreptului. Pothier, împărtășind părerea că ficțiunile nu pot fi întrebuințate decât pentru considerente de echitate, era adeptul admiterii lor, dar numai restrictiv: „*la fiction n’opère pas au-delà du cas fictif*” – „*fictio non operatur ultra casum fictum*”¹². Ihering, definind ficțiunea ca „minciună consacrată din necesitate”, le admitea doar sub titlu tranzitoriu.

Începând cu secolul XX, demersurile în jurul ficțiunilor se multiplică¹³, dar, în general, ele se află sub consemnul lui Ihering. Doi

⁹ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 9.

¹⁰ Articolul 90 al Cutumei din Paris consacra categoria imobilelor prin destinație (P. Gulphe, *L’immobilisations par destinations*, thèse, Paris, 1943, nr. 10 și urm.).

¹¹ Pentru exemplificări, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 11.

¹² *Traité de la communauté*, nr. 78, apud A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 11, 12.

¹³ Aducem în atenție doar câteva dintre lucrările dedicate temei, la care de altfel vom mai face trimitere: L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse, Paris, 1914; Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, 1921, nr. 240 și urm.; A.C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, thèse, Paris, 1930, p. 660 și urm.; J. Dabin, *La technique de l’élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Paris-Bruxelles, Sirey-Bruylant, 1935, p. 275 și urm.; R. Dekkers, op. cit.; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, p. 115 și urm.; G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l’analyse de l’acte juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris,

dintre doctrinarii arătați și sub autoritatea lor au învederat însă și «partea pozitivă» a ficțiunilor: Gény, în contextul analizei tehnicii juridice, și Perelman, în contextul logicii juridice, valorizată însă nu ca logică formală ori ca sistem de transpunere a logicii matematice în drept, ci ca logică a argumentării.

În doctrina germană a secolului XX, cu siguranță se detașează lucrarea lui H. Vaihinger¹⁴, căreia, între anii 1915-1925, i s-au dedicat nu mai puțin de 20 de opere, între care și mai ales studiul critic al lui Kelsen. Ficționalismul lui Vaihinger dezvăluie influența concepției lui Kant, după care intelectul își propune probleme pe care nu le poate rezolva, și a pesimismului lui Schopenhauer, în doctrina căruia „lucrul în sine” este identificat cu voința, întreaga rațiune și cunoaștere fiind subordonate acesteia. În concepția lui Vaihinger, gândirea înaintează prin întrebuintarea ficțiunilor sau a ideilor despre care se știe că sunt false. Bunăoară, contractul social este o idee „frumoasă, sugestivă și folositoare”, deși știm că nu are nici o aplicare în sfera realului. Doctrina lui Vaihinger seamănă cu pragmatismul – filosofia înțelesului și adevărului –, dar diferă prin aceea că el consideră și teoriile folositoare la fel de false¹⁵.

H. Vaihinger a realizat un studiu sistematic asupra influenței ficțiunilor în toate exercițiile intelectuale și în special în cele juridice. Este motivul pentru care, în cele ce urmează, stăruim aparte asupra demersului său, prezentându-i concepția, selectiv desigur, mai ales din perspectiva implicațiilor ei în studiul ficțiunilor juridice.

2. Conспект asupra filosofiei lui «ca și cum». Ficțiunea constituie probabil nucleul în jurul căruia gravitează filosofia lui «ca și

1997; A.-M. Leroyer, op. cit.; Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2^e éd, Dalloz, 1979, nr. 36, 75, 91; *Les présomptions et les fictions en droit*, Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1974, *passim*.

¹⁴ *Die Philosophie des Als Ob*, Berlin, Reutner und Reichard, 1911, citată în continuare în traducere: *Filosofia lui „ca și cum”*, Ed. „Nemira”, București, 2001, *passim*.

¹⁵ Oxford, *Dicționar de filozofie*, Ed. „Univers enciclopedic”, București, 1999, p. 413.

cum». În mod obișnuit, metoda gândirii are ca obiect principal „formarea acelor aperccepții specifice care au un caracter final și definitiv; și nu sunt create, la drept vorbind, decât acele constructe ideatice care pot fi dovedite că au un corespondent într-o formă anume de *realitate*”¹⁶ [s.n.]. Și totuși, uneori, constructele ideatice se abat de la realitate sau, mai mult chiar, se contrazic pe sine, precum conceptul de atom sau cel de *noumen*, termen derivat în special din opera lui Kant. Altfel zis, uneori considerăm că ceva există *ca și cum*, într-adevăr, ar exista, deși, în realitate, nu există; dimpotrivă, alteori considerăm că ceva nu există *ca și cum*, într-adevăr, nu ar exista, deși, în realitate, există.

Ficțiunea derivă, așadar, dintr-o aperccepție comparativă: *quasi, sicut, comme si, que si, als ob, wie wenn* etc. Nu este însă o simplă comparație și nici o analogie adevărată; ea se află la jumătatea drumului: între o comparație retorică și o echivalență reală¹⁷. Dacă ar fi o analogie¹⁸ sau un trop, simplul *ca și* ar fi suficient. Cum însă nu este nici una, nici alta, acestui *ca și* i s-a adăugat *cum*. S-a enunțat astfel o condiție și, totodată, o situație imposibilă. „În acest complex de elemente stă de fapt întregul proces al gândirii care caracterizează ficțiunea”¹⁹. Se afirmă ceva ireal sau imposibil. De ce procedăm astfel sau de ce trebuie să procedăm astfel? Pur și simplu și provizoriu pentru a «explica» ceea ce este inexplicabil sau pentru a accepta soluții la situații insolubile. În aceasta constă *utilitatea* ficțiunii. Ficțiunea este o eroare *conștientă, practică și utilă*. Ficțiunile sunt întrebuințate având clară conștiința non-adevărului lor; dar ele nu sunt simple minciuni, făcute în scopul înșelării, nici mituri, contrare adevărului și neverificabile; ele sunt instrumente utile în «teoria cunoașterii», întrucât o abatere de la adevăr nu poate fi conștientă decât prin luarea în considerare a realității cunoscute²⁰.

¹⁶ H. Vaihinger, op. cit., p. 64.

¹⁷ *Ibidem*, p. 163.

¹⁸ Pentru deosebiri în raport cu analogia, a se vedea *infra*, nr. 5.

¹⁹ H. Vaihinger, op. cit., p. 164.

²⁰ *Ibidem*, p. 32 și urm., p. 143 și urm.

Critica acestei concepții, din partea lui Kelsen, a fost virulentă²¹, zicându-se că numai o știință a dreptului total rătăcită de la drumul ei se poate servi de o ficțiune orientată spre cunoașterea realității²². Este imposibil – spunea Kelsen – să se aprecieze contrarietatea sau conformitatea unei reguli de drept cu realitatea, căci legea, înțeleasă ca act de voință, nu semnifică realitatea sau adevărul și ea nu poate fi apreciată așadar pe baza acestui criteriu²³.

O mare parte a doctrinei s-a atașat concepției kelseniene, zicându-se bunăoară că: ficțiunea nu are niciodată sensul abaterii de la realitate, ea fiind doar un mijloc tehnic de identificare normativă a două propoziții diferite; ficțiunea nu este decât o formă de trimitere ocultă; ea este un mijloc de asimilare a inegalului sau de disimulare a egalului, pentru a atinge un scop²⁴. Mai moderată poate fi considerată opinia lui Arthur Kaufmann, în sensul căreia ficțiunea constă în apropierea a două cazuri; ea este deci analogie și poate exprima astfel o parte de adevăr²⁵.

Perenitatea ficțiunilor, universalismul lor și frecvența lor întrebuințare contrazic – ele însele – încercarea de a le repudia.

Având ca reper cele câteva judecăți din ambianța filosofiei lui «ca și cum», caracteristicile generale ale ficțiunilor ar putea fi considerate următoarele²⁶:

a) Ficțiunile semnifică abaterea *arbitrară* de la realitate, atât prin premise – care nu sunt în concordanță cu faptele, legile și fenomenele cunoscute –, cât și prin concluzii, în contradicție cu realitatea imediată.

Unele constructe ideatice – cum s-a mai spus – sunt «ficțiuni autentice», întrucât nu numai că ele se află în contradicție cu reali-

²¹ A se vedea *H. Kelsen*, *Zur Theorie der juristischen Fiktionem*, în „*Annalen der Philosophie*”, vol. 1, Leipzig, 1919, p. 603 și urm.

²² *Ibidem*, p. 632.

²³ *Ibidem*, p. 638.

²⁴ În acest sens, lucrările lui *J. Esser*, *K. Larentz*, *D. Meuer* ș.a.

²⁵ *A. Kaufmann*, *Analogie und „Nature der Sache”*, Hasdelberg, 1982, p. 24.

²⁶ A se vedea *H. Vaihinger*, *op. cit.*, p. 171.

tatea, dar sunt în contradicție și cu ele însele. Ele sunt ficțiuni nu numai prin abateră *materială* de la realitate, dar și în sens *formal*, ignorând principiul formal al realității, legea identității și a contradicției.

Alte asemenea constructe sunt – convențional numindu-le și prin împrumut terminologic – «jumătăți de ficțiuni» sau «semificțiuni», ele contrazicând realitatea dată sau îndepărtându-se de ea, dar nu se contrazic pe sine. Sunt asemenea ficțiuni, bunăoară, clasificarea artificială și metoda abstractizării.

În contextul acestui demers vom stărui asupra acestei din urmă categorii de ficțiuni – «semificțiuni» – și numai izolat, în scop demonstrativ, vom evoca și unele «ficțiuni autentice», care, oricum, cel puțin din spațiul dreptului, ar trebui înlăturate.

b) Ficțiunile – de fapt, ideile forțate sau arbitrare – dispar, fie cu timpul, în cazul semificțiunilor, ele nemaifiind utile și necesare, fie printr-o operație logică, în cazul ficțiunilor autentice. Altfel spus, când există o contradicție cu realitatea, ficțiunea poate avea valoare numai dacă ea este folosită provizoriu, „până când experiența se îmbogățește sau până când metodele gândirii se perfecționează atât de mult, încât aceste metode provizorii pot fi înlocuite cu altele definitive”²⁷; înlăturarea ficțiunilor autentice pe parcursul unei operațiuni mentale date decurge în mod necesar din caracterul lor contradictoriu²⁸.

c) Conștiința expresă a faptului că ficțiunea nu este decât o ficțiune, conștiința deci a naturii ei ficționale și absența oricărei pretenții în realitate.

Ce e drept, într-o asemenea ambianță, confuziile cu *ipotezele* sunt nu numai posibile, dar poate și inerente: unele «ficțiuni» începând prin a fi considerate «ipoteze»; alte «ficțiuni» sfârșind prin a fi considerate «ipoteze».

Distincția între ficțiuni și ipoteze, anevoioasă uneori practic, este totuși relativ lesne posibilă teoretic:

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibidem.*