

Codrin Codrea

Logică juridică
Curs universitar

Editura
Stamangiu
2023

2.3. Raportul dintre subiect și subiectul de drept

Plasarea dreptului într-un câmp exterior vieții, umanului, subiectului, ca reacție spontană sau dedusă rațional în urma anumitor curente ale pozitivismului juridic, este însăși șansa sau condiția necesară ca normativul juridic să nu asfixieze, din prea multă grijă, vanitate sau ambele, lumea vieții^[1]. Luarea în grijă a unor valori sociale din câmpuri care vizează în mod nemediat umanul, cel religios, moral sau cutumiar, cu consecința imediată a faptului că dreptul se raportează indirect, mediat la acele valori, ca recipient, decantor sau protector, plasează dreptul într-o poziție secundară față de câmpurile normative care încă se bucură de o aură aparte și pe care dreptul doar le ia în grijă^[2].

De asemenea, maniera în care dreptul se adresează din exterior subiectului în calitate de subiect de drept, faptul că îl pune în discuție ca întreg, însă doar ca tehnică de individualizare prin raportare la o conduită determinată, după ce îl constituie ca subiect de drept și destinatar al unei norme juridice, este o breșă de vitalitate pentru subiectul uman. Dreptul pozitiv rămâne extern acolo unde nu se caută normarea, guvernarea, algoritmizarea sau luarea în stăpânire, sub un pretext sau altul, a tot ce este interior subiectului, a însuși umanului, și această exterioritate a dreptului pozitiv este ceea ce, intuitiv, prețuim^[3]. Din acest motiv, deși nu poate spune nimic dimensiunea legală a vieții, această lipsă de sens a „vieții legale” are o valoare pozitivă. Cu cât prețuim mai mult distanța juridicului față de subiect, cu atât percepem ca nefirească marca juridicului asupra subiectului; cu cât dreptul este mai extern, cu atât preluarea externului ca marcă a ceea ce ar trebui să fie propriu, interior, câștigă în stridență, prin artificial și vacuitate.

De exemplu, nu ne raportăm la părinți ca la ascendenți în sensul legii civile, nu interpretăm faptul că suntem crescuți și ocrotiți de părinți în termenii executării unei obligații legale de întreținere până la vârsta majoratului, copiii nu ni-i înțelegem în calitatea lor juridică de succesori legali sau testamentari, nu ne căsătorim având în vedere procedura partajului etc., deși registrul legal subîntinde toate aceste relații sociale, cărora nu li se poate deforma semnificația proprie, ci doar imprima, din exterior, o semnificație juridică.

[1] A se vedea V.M. Ciucă, *Lecții de sociologia dreptului*, Ed. Polirom, Iași, 1998, pp. 228-236.

[2] A se vedea V.M. Ciucă, *Lecții de drept privat comparat. O introducere în hermeneutica organică a dreptului privat comparat, Vol. 1*, Ed. Fundației Axis, Iași, 2003, pp. 49-53.

[3] Într-o manieră similară, Simone Weil identifică în refluxul voluntar al puterii divine, în *retragerea* din lume a lui Dumnezeu, cu atributele absolute în dimensiune normativă – atotcreator, atotputernic, ultim legiuitor și judecător – însăși condiția ca altceva decât El să poată exista: omul, subiectul, subiectivitatea, într-o libertate neumbrită. „Religiile care au conceput această renunțare, această distanță voluntară, această ștergere de sine voluntară a lui Dumnezeu, absența sa aparentă și prezența lui secretă aici jos, aceste religii sunt religia adevărată, traducerea în limbaje diferite a Marii Revelații. Religiile care reprezintă divinitatea drept comandând pretutindeni unde are puterea să o facă sunt false” – în S. WEIL, *Forme de iubire implicită a lui Dumnezeu*, (tr.) Anca Manolescu, Ed. Humanitas, București, 2005, pp. 25-26.

De aici și rezerva în fața tentației de a naturaliza persoana fizică în opoziție cu persoana juridică, aceasta din urmă fiind apreciată în doctrina juridică tradițională ca artificială, un construct juridic lipsit de reflexele organice ale persoanei fizice care s-ar plia pe profilul real al subiectului^[1]. Înțelesul inițial al termenului de *persona* este cel de mască^[2], iar această imagine este ilustrativă pentru gradul de natural al celor două construcții juridice – prin simplul fapt că dreptul izolează socialul într-o serie de unități, atribuind fiecărui subiect individual, concret, figura persoanei fizice, existând, prin urmare, o corespondență în realitate între subiect și persoana fizică, o paritate între mască și personaj, nu face persoana fizică „mai reală” sau „mai naturală” decât persoana juridică. Ambele sunt ficțiuni și în egală măsură artificiale, fiind determinate din exterior de un complex de norme juridice prin care unui anumit decupaj din realitate, subiect sau grup de subiecți, îi sunt atribuite drepturi și obligații^[3].

Formal, cu cât distanța dintre subiect și subiectul de drept scade, cu atât interiorul, subiectivitatea, singularitatea sunt sacrificate. La limită, subiectul de drept este inuman^[4]. Immanuel Kant formulează o foarte suplă definiție a dreptului, analizând distincția dintre negarea unui predicat, sub forma **X nu este Y** și afirmarea unui predicat negativ, sub forma **X este non-Y**. Deși par similare, la capătul celor două procese nu întâlnim același rezultat: a nega un predicat, a spune că **X nu este om**, înseamnă a-l exclude pe **X** din sfera umanului, și a-l plasa în sfera animalelor, păsărilor, lucrurilor etc. Kant analizează ulterior afirmarea unui predicat negativ despre subiect, exprimând apartenența unei proprietăți negative la obiect, printr-o judecată indefinită, infinită sau limitativă^[5]. A afirma un predicat negativ, a spune că **X este inuman**, nu presupune excluderea subiectului din sfera umanului, din contră; înseamnă a afirma, înăuntrul umanității subiectului, un supliment, un surplus, care, fără a trece de limita predicatului negativ, excede totuși umanul. Tocmai acest exces pe care inumanitatea îl implică, dar care rămâne

[1] A se vedea M. VĂRNAV, „Literatura juridică franceză despre persoana morală” și L. DAMȘA, „Jurisprudența americană în legătură cu ficțiunea juridică a persoanei morale”, în V.M. CIUCĂ, *Lecții de drept privat comparat, Vol. 3, Instituții în dreptul privat comparat. Persoanele*, Ed. Fundației Academice AXIS, Iași, 2009, pp. 230-235.

[2] A se vedea V.M. CIUCĂ, „Condiția juridică a oamenilor (*status hominis*) în evoluția dreptului privat”, în V.M. CIUCĂ, *Lecții de drept privat comparat, Vol. 3, Instituții în dreptul privat comparat. Persoanele, op. cit.*, p. 17.

[3] Pentru dezvoltări, a se vedea M.J. HORWITZ, *Transformation of American Law, Vol. 1, 1780-1860, Vol. 2. The Crisis of Legal Orthodoxy, 1870-1960*, Oxford University Press, New York, 1992, *in integrum*; „Conceptul de persoană juridică”, în V.M. CIUCĂ, *Lecții de drept privat comparat, Vol. 3. Instituții în dreptul privat comparat. Persoanele, op. cit.*, pp. 229-235; H. KELSEN, *Doctrina pură a dreptului, op. cit.*, pp. 213-233.

[4] În același sens, pentru inedita idee a recunoașterii, a extinderii prin dreptul pozitiv a statutului de subiect de drept, rezervat exclusiv subiectului uman, și asupra unor entități non-umane, investindu-le în acest fel cu umanitate, dar numai pentru a fi titulare de obligații mai curând decât de drepturi, umanitatea confundându-se, astfel, prin calitatea de subiect de drept cu însăși condiția conformării, a disponibilului către prevalări utile, interesate, cu cea a unei resurse amorfe, a se vedea I.M. COSTEA, „Ultima umanizare – impunerea roboților”, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, seria Științe Juridice*, Vol. 65.2-bis, 2019, pp. 7-14.

[5] A se vedea *supra*, p. 141.

inerent umanității, este ceea ce dreptul vizează, proiectând din exterior în interiorul subiectului profilul subiectului de drept căruia i se adresează*.

Dacă obediența, conformarea față de normele dreptului pozitiv nu poate spune nimic despre subiect, dacă suprapunerea fără rest dintre subiect și subiectul de drept ar echivala cu o estompare a umanului, generând lipsa unui sens imediat al expresiei „viață legală”, neconformarea la normă și augmentarea distanței dintre subiect și subiectul de drept, deși poate fi reprobabilă prin raportare nu doar la câmpul juridic, ci și la cel moral sau religios, poate avea totuși relevanță pentru subiect, dobândind, în acest fel, semnificație. O astfel de semnificație este intuită de Franz Kafka într-un fragment din „Procesul”:

„În fața legii stă un păzitor. La acest păzitor, vine un om și cere voie să intre în lege. Dar păzitorul îi spune că acum nu-i poate permite să intre. Omul chibzuiește și apoi întrebă dacă va avea voie să intre mai târziu. «Tot ce se poate, spune paznicul, dar acum nu.» Întrucât poarta legii este deschisă ca întotdeauna, iar păzitorul se dă într-o parte, omul se apleacă pentru a privi pe ușă în interior. Când păzitorul observă asta, râde și spune: «Dacă te ispitește într-atât, încearcă să intri înăuntru, în ciuda interdicției mele. Bagă însă de seamă: am putere. Și nu sunt decât păzitorul cel mai de jos. La intrarea în fiecare sală stau, însă, alți păzitori, unul mai puternic decât altul. Pe al treilea nu mai pot nici măcar eu să-l privesc.» La asemenea dificultăți nu se așteptase omul; «că doar legea trebuie să fie totdeauna și oricui la îndemână», își zice el; dar (...) se hotărăște: totuși, mai bine să aștepte până ce i se va îngădui să intre. Păzitorul îi dă un scăunel și-i spuse să șadă lângă ușă.

Acolo stă zile și ani în șir. Mai face multe încercări de-a fi lăsat înăuntru și-l obosește pe păzitor cu insistențele sale. (...) Omul folosește totul, oricât ar fi fost de prețios, pentru a-l mitui pe portar. (...) De-a lungul nenumăraților ani, omul îl observă pe păzitor aproape fără întrerupere. Uită de ceilalți păzitori, și acesta, primul, îi apare ca singurul obstacol care-l împiedică să intre în lege. Dă tot mai mult în mintea copiilor și de-a lungul anilor a ajuns să-i cunoască păzitorului până și purecii din gulerul șubei. Într-un târziu, distinge prin întuneric o strălucire nestinsă care răzbate pe ușa legii. Numai că nu mai apucă să trăiască mult. În preajma morții îi face semn păzitorului să vină mai aproape, întrucât nu-și mai poate ridica în sus trupul. «(...) „Acu ce mai vrei să știi?» întrebă păzitorul, nu te mai saturi odată.» «Toți se străduiesc să afle ce-i legea, grăiește omul, cum se face atunci că, în atâta amar de ani, n-a mai cerut nimeni, în afară de mine, să intre înăuntru?» Păzitorul își dă seama că sfârșitul omului e aproape și, pentru a mai răzbi până la auzul lui care se stinge, răcnește la el: «Pe aici nu putea obține să intre nimeni altul, întrucât intrarea asta ți-era hărăzită doar ție. Acum mă duc s-o închid.»»^[1].

* Pentru dezvoltări, a se vedea C. CODREA, „The Externality of Law. Kelsen, Kant and Nietzsche in a Hermeneutical Circle”, în I. BOLDEA (ed.), *op. cit.*, pp. 368-375.

^[1] Adaptare după F. KAFKA, *Procesul*, Ed. RAO, București, 2013, pp. 236-237.

Întreaga lucrare, dar mai ales acest fragment, au generat o multitudine de interpretări^[1]. Fragmentul privit izolat este în mod particular sugestiv pentru raportul dintre individ și normă, în general, și pentru raportul dintre subiect și norma juridică, în mod special. Cheia de lectură constă în următoarele repere care derivă din textul lui Kafka:

1. distanța dintre norma juridică, cea care atribuie din exterior o anumită conduită, și subiect, destinatarul normei (subiectul se află toată viața la poarta „legii”, este vizat de norma juridică întreaga viață)
2. caracterul violabil al normei, subiectul având posibilitatea de a încălca „legea”, dat fiind că normele juridice funcționează după principiul atribuirii, și nu după cel al cauzalității („poarta legii este deschisă ca totdeauna, iar păzitorul se dă într-o parte”, sugerând că norma juridică poate fi oricând încălcată)
3. lipsa de valorizare din partea subiectului a conformării sale necondiționate la norma juridică și valorizarea simultană a fricii, a traducerii sancțiunii prevăzută de normă în planul realității (faptul că subiectul nu găsește singur o altă semnificație pentru respectarea legii decât sancțiunea, sugerată prin faptul că la „intrarea în lege” se află un paznic, ceea ce îl plasează pe subiect într-o permanentă postură interogativă față de paznic cu privire la „lege” și îl determină să aștepte și să se supună prescrierii paznicului; faptul că paznicul invocă puterea pe care o deține într-o ierarhie a paznicilor „legii”, primul paznic, sub forma sancțiunii „legii”, apărând ca unicul paznic; depășirea primul paznic presupune confruntarea cu alți paznici, ai conținutului „legii” – ai moralei, religiei etc.)
4. neînțelegerea de către subiect a faptului că supunerea față de norma juridică *trebuie* să aibă loc, indiferent dacă această conformare are sau nu are loc în realitate, *este* sau *nu este* (în text, subiectul se conformează toată viața „legii”, deși paznicul îl invită să „intre în lege”)
5. tentația de a încălca norma juridică generată de lipsa unei semnificații subiective atribuite normei juridice („a intra în lege” = a încălca „legea”) pentru a obține semnificația lui *trebuie* (paznicul îi spune „Dacă te ispitește într-atât, încearcă să intri înăuntru, în ciuda interdicției mele”)
6. lipsa unei semnificații subiective îl privește în mod individual pe subiect și nu pe subiectul de drept generic, pe orice subiect vizat de norma juridică („intrarea asta ți-era hărăzită doar ție”), întrucât norma juridică atribuie în mod obiectiv o semnificație juridică independent de poziția subiectivă a oricărui subiect – în text, subiectul nu înțelege această semnificație obiectivă, nu înțelege că, indiferent dacă se supune sau nu în mod real, există o semnificație pentru *trebuie*, semnificație care îi scapă; subiectul înțelege că *trebuie* să respecte „legea”, dar nu înțelege de ce („că doar legea trebuie să fie totdeauna și oricui la îndemână”)

[1] Pentru o interpretare distinctă orientată înspre un alt orizont al juridicului, a se vedea R. BERCEA, A. MERCESCU, *O scurtă introducere în drept, op. cit.*, pp. 15-17.

7. Kafka ilustrează lipsa unui sens imediat al „vieții legale”, al unei vieți trăite cu simpla respectare a „legii” (în text, subiectul ajunge să cunoască toată detaliile privitoare la sancțiune, la traducerea normei în realitate)
8. O cheie de lectură suplimentară extrem de fertilă poate surveni printr-o trimitere, sugerată de însăși structura textului lui Kafka, la parabola biblică a interdicției consumării mărului din mijlocul grădinii Edenului. Cele două ipoteze sunt asemănătoare și îi pun în oglindă pe subiectul din fragmentul lui Kafka, pe de o parte, și Adam și Eva, de cealaltă. O aceeași întrebare în ambele ipoteze, „de ce *trebuie?*”, dar un parcurs diferit: dacă subiectul lui Kafka se oprește la „poarta legii”, Adam și Eva încalcă interdicția, dobândind, în schimb, cunoașterea și devenind, astfel, angajați ireversibil pe parcursul a ceea ce este fundamental uman.

3. Subiectivitate, non-drept și anti-drept

Exterioritatea dreptului pozitiv față de subiectivitate, analizată anterior în dimensiunea conformării față de normativ, a legalității ca valoare și a raportului dintre subiect și subiectul de drept, deschide un câmp de interogație privitor la noțiuni derivate ale dreptului care nu sunt exterioare subiectivității, câmpuri în care subiectivitatea este acroșată direct și imersată *in integrum* într-o logică proprie – cel al non-dreptului și al anti-dreptului. Dacă non-dreptul este o noțiune cu valențe socio-antropologice în care subiectul nu este vizat de juridic, noțiunea de anti-drept surprinde subiectul antrenat în practici anti-judiciare sau extra-judiciare cu logici particulare distincte de logica dreptului.

3.1. Logica non-dreptului a lui Jean Carbonnier

Jean Carbonnier, cel care elaborează noțiunea de non-drept pe fundamente socio-antropologice și juridice, argumentează că există anumite domenii în care dreptul nu se aplică, deși are vocația de a governa acele domenii specifice – în dimensiunea spațială, precum spațiul privat al unei locuințe sau cel destinat asigurării exercițiului dreptului la azil, în dimensiunea temporală, în anumite momente precum noaptea în cazul unei percheziții prin mandat în cursul unei proceduri penale, sau în dimensiunea socială, a relațiilor, precum cele care presupun ajutorul extracontractual reciproc pe care părțile și-l acordă benevol în executarea contractului. Pe lângă aceste dimensiuni expres vizate de Jean Carbonnier, complexe relații de daruri, de asemenea, deși constituie obiectul reglementărilor de drept privat în materia donațiilor, aparțin domeniului non-dreptului în modul în care articulează Jean Carbonnier această noțiune. În această privință, antropologia culturală reliefează complicata funcționare a relațiilor de dar guvernate de reguli culturale implicite, cărora subiecții li se conformează de cele mai multe ori involuntar, și pe care dreptul doar încearcă să le governeze prin noțiuni juridice specifice de *don manuel*, dar manual, și de contract de donație, lăsând, însă, ca logica fundamentală a acestui tip de relație să fie supusă unor alte surse normative.

Aceste reguli culturale care guvernează darurile sunt cele care îl fac, în ciuda prevederilor legale care prevăd contrariul, reciproc și nu unilateral, interesat și nu gratuit, obligatoriu și nu voluntar*.

3.1.1. Ipoteza non-dreptului

Jean Carbonnier, în lucrarea sa din 1963 „*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*” („Dreptul flexibil. Pentru o sociologie a dreptului fără rigoare”), dezvoltă, în secțiunea „*L'hypothèse du non-droit*”^[1], („Ipoteza non-dreptului”), o distincție între abordarea dogmatică a dreptului și abordarea pe care o propune bazată pe sociologia dreptului.

Prin prima abordare a dreptului, cea dogmatică, înțelege acea perspectivă care consideră dreptul ca fiind omniprezent – există, în cuvintele sale, un „*panjurisme*”, un ideal al unui drept atotcuprinzător, care pretinde că nu există relații sociale care să nu fie sau să nu poată fi cuprinse și guvernate prin drept, prin firele normelor juridice. Cu alte cuvinte, dacă dreptul nu guvernează fiecare aspect al domeniului social, dreptul are, cel puțin, vocația la reglementarea universalității relațiilor sociale^[2].

Cea de-a doua abordare identificată de Carbonnier, cea a sociologiei juridice, a împărțită aceeași perspectivă asupra dreptului ca și abordarea dogmatică descrisă mai sus, susținând că dreptul, dacă nu o face deja, poate pătrunde în toate ungherele socialului. Cu toate acestea, susține Carbonnier, evoluțiile recente din domeniul sociologiei dreptului arată că ceea ce ținea de „*panjourisme*” în abordarea dogmatică nu este altceva decât o revendicare nejustificată a ubicuității divine a dreptului^[3]. Există anumite relații sociale între subiecți care scapă dreptului, iar această realitate probează că nu există o determinare strictă între drept și social și că acesta din urmă nu este un produs al celui dintâi^[4]. Această nuanțată perspectivă sociologică asupra dreptului sugerează că ar trebui acceptată ca o realitate de necontestat faptul că dreptul nu invadează toate aspectele vieții sociale și că aceste discontinuități în aplicarea universală a dreptului creează un spațiu insular, un *socios* fragmentar, pe care Jean Carbonnier îl denuște

* Secțiune adaptată și tradusă din C. CODREA, „An Application of *Non-Law Hypothesis* in the Fields of Gifts in Continental-European Legal Systems”, în C. CODREA, *Frusta et Fragmina. Essays on European Law*, op. cit., pp. 229-243, publicată în varianta inițială în *5th International Conference LUMEN 2014 Transdisciplinarity and Communicative Action*, Medimond, Bologna, Italia, 2015, pp. 189-193.

[1] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, pp. 25-47.

[2] *Ibidem*, p. 25.

[3] *Ibidem*, p. 25.

[4] Pentru a nu dilua în text descrierea teoriei non-dreptului a lui Jean Carbonnier, a se vedea congruența conceptuală între distincția dintre principiul atribuirii și principiul cauzalității elaborată de Hans Kelsen pe premisele gholitinei lui David Hume și a erorii naturaliste a lui George Edward Moore analizată în capitolul precedent, *supra*, „Cauzalitate și atribuire”, pp. 270 și urm.

printr-o noțiune logică negativă, non-drept. Non-dreptul este, așadar, domeniul acelor relații umane care scapă dreptului, deși dreptul are vocația de a le governa^[1].

După ce a identificat domeniul non-dreptului printr-o delimitare logică de cel al dreptului, Jean Carbonnier analizează o sumă de fenomene care ar putea intra sub cupola non-dreptului. În această sferă se încadrează două mari categorii: fenomene care țin de datul și realitatea socială, și cele constituite de alegerile individuale ale subiecților.

3.1.2. Fenomene de non-drept din realitatea socială

Prima categorie de fenomene de non-drept are trei surse generale – autolimitarea dreptului, autoneutralizarea dreptului și non-dreptul cauzat de rezistența realității sociale la drept.

Autolimitarea dreptului ca fenomen de non-drept poate fi analizată urmând trei dimensiuni – spațială, temporală și natura logică a dreptului în sine.

În ceea ce privește dimensiunea spațială, există anumite locuri ale non-dreptului, precum cel folosit în exercitarea dreptului de azil. Legea penală nu poate ajunge în astfel de spații concrete, în ciuda aplicării sale generale, întemeiate pe atributul fundamental al unui stat suveran^[2]. Un alt exemplu dat de Carbonnier este domiciliul, spațiul privat al locuinței, care, în general, nu este supus niciunei intervenții legale, sau cel puțin nu în același mod în care sunt supuse spațiile publice. Ori de câte ori normele juridice de drept penal impun anumite condiții de publicitate pentru o infracțiune, prin care fapta trebuie săvârșită în public, prin același imperativ normele juridice exclud logic de la aplicarea lor toate spațiile care sunt nepublice, lăsându-le în sfera non-dreptului^[3].

În ceea ce privește dimensiunea temporală a autolimitării dreptului, Carbonnier identifică epoci întregi de non-drept. Chiar și în dreptul roman existau *dies fasti* și *dies nefasti* – primele erau considerate a fi potrivite pentru procese, în timp ce ultimele erau zile în care procesele erau interzise^[4]. Revenind la dreptul contemporan, există anumite zile care au un statut similar cu noțiunea romană de *dies nefasti* – astfel de zile sunt cele rezervate anumitor sărbători publice sau religioase, sau weekend-urile, sau perioade precum noaptea în ceea ce privește desfășurarea anumitor proceduri penale. Un alt exemplu pe care îl dă Carbonnier, succesor al sărbătorii romane *Saturnalia*, este legat de carnavalul din Evul Mediu, timp în care normele penale erau suspendate, permițând indivizilor să se bucure de libertatea oferită de relațiile de non-drept^[5].

Autolimitarea care derivă din natura logică a dreptului este generată de modul rațional și abstract în care sunt formulate normele juridice – întrucât extinderea aplicării normei juridice prin analogie este interzisă^[6], există relații sociale concrete care nu se încadrează în categoriile juridice destinate lor. Asemenea asimetriei dintre social și

[1] J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 25.

[2] *Ibidem*, p. 28.

[3] *Ibidem*, pp. 28-29.

[4] V.M. CIUCĂ, *Lecții de drept roman. Vol. I*, Ed. Polirom, Iași, 1998, p. 36.

[5] J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 29.

[6] A se vedea *infra*, „3) *Argumentum a simili ad simile*”, pp. 537 și urm.

drept, ca surse pentru non-drept, se întemeiază chiar pe drept sau pe normele juridice însele – de exemplu, principiul legalității în materie de drept penal, care permite tot ceea ce nu a fost îngăduit în mod explicit de lege; cu alte cuvinte, tot ceea ce nu este strict interzis de lege aparține, în mod logic, non-dreptului^[1]. Concluzia pe care o formulează Carbonnier fundamentează relevanța logicii subiectului: totalitatea relațiilor sociale care nu se încadrează în obiectul legii, și care, prin urmare, constituie fenomene de non-drept, reprezintă, în mod aparent paradoxal, regula generală, dreptul fiind, din această perspectivă, excepția^[2].

Autoneutralizarea legii, care deschide un spațiu pentru non-drept, este determinată de anumite contradicții interne din dreptul propriu-zis. Carbonnier oferă ca exemplu inedit caracterul fundamental al probei nu pentru existența dreptului, ci pentru aplicarea lui: *per a contrario*, tot ceea ce nu poate fi dovedit rămâne în afara dreptului^[3]. Relațiile sociale referitoare la acest domeniu specific al non-dreptului sunt cele care au loc în cadrul operațiunilor juridice cotidiene, precum multitudinea de acte de cumpărare și vânzare care au loc în scopul general al consumului de zi cu zi sau promisiunile cotidiene care sunt ulterior încălcate, sau micile daruri manuale pe care cineva le oferă sau le primește^[4].

Rezistența realității sociale la drept presupune o retragere generală a interesului dreptului față de anumite fapte sociale pe care acesta ar trebui să le guverneze. Aceste fenomene specifice de non-drept nu derivă din defectuoasa funcționare a instituțiilor judiciare, din inaplicabilitatea normelor juridice de drept penal, din încălcarea normelor juridice de către subiecți sau din ineficacitatea normelor juridice. Carbonnier propune o dublă condiție pentru aceste fenomene de non-drept – pe de o parte, dreptul renunță la vizarea anumitor fapte, iar, pe de altă parte, această renunțare are un caracter general. Ca exemplu istoric pentru astfel de fenomene de non-drept, Carbonnier face trimitere la renunțarea dreptului la a-i urmări și a-i aduce în fața justiției pe nelegiuiții care s-au refugiat în pădure^[5].

3.1.3. Fenomene de non-drept din alegeri subiective

Capacitatea subiectivă de a alege este, în interpretarea lui Carbonnier, una dintre sursele non-dreptului. Voința personală a subiecților poate fi exprimată fie într-o manieră difuză, fie într-un mod organic.

În ceea ce privește alegerile difuze ale subiecților ca surse ale non-dreptului, Carbonnier susține că dreptul, *in integrum*, în ciuda pretenției sale de totalitate și

[1] *Ibidem*, p. 30 A se vedea, în același sens, analizele identice întreprinse de Hans Kelsen precum și cele din logicile a-teoretice privitoare la norme, *supra*, „Lacuna în drept”, pp. 65-66; *supra*, „Logica deontică sau normativă”, pp. 293 și urm; *supra*, „Teoria lui Alan Ross Anderson”, pp. 330 și urm.

[2] V.M. CIUCĂ, *Lecții de drept roman. Vol. I., op. cit.*, p. 229.

[3] J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 30-31.

[4] *Ibidem*, pp. 30-31.

[5] *Ibidem*, pp. 31-33; pentru exemple suplimentare, a se vedea E. HOBBSAWM, *Bandiții*, (tr.) Ciprian Șiulea, Ed. Cartier, Chișinău, 2017.

universalitate, este, de fapt, opțional. Există în această perspectivă a non-dreptului o influență a existențialismului sartrian care afirmă o libertate radicală a subiectului în fața oricărei situații date, ce nu poate decât aparent constrânge voința subiectivă^[1]. Decizia de conformare la drept este privită de Carbonnier într-o manieră similară – alegerea respectării normelor juridice obligatorii aparține subiectului, care, având în vedere o anumită situație juridică, poate alege să subscrie sau nu la comportamentul prevăzut juridic. Exemplul pentru acest tip de alegeri difuze este cel al reglementărilor din dreptul familiei, care, prin ele însele, nu își pot asigura funcționarea fără o infuzie externă din partea altor câmpuri normative precum morala sau religiosul, sau fără dimensiunea afectivă exterioară dreptului, cea care leagă, în fond, subiecți diferiți într-o familie^[2].

Alegerile organice ale subiecților ca surse de non-drept pot fi derivate fie din situații de fapt, fie din relații de prietenie, subscrise sferei *philiei*. Pentru situațiile de fapt ca surse de non-drept, Carbonnier dă exemplul conviețuirii *de facto* a două persoane care are loc în afara normelor juridice legate de căsătorie, sau al separărilor de fapt ale persoanelor căsătorite care pur și simplu aleg să ducă o viață separată și, prin urmare, aleg să nu respecte normele juridice ale căsătoriei, dar totodată aleg nici să nu apeleze la vreo procedură legală de divorț. Relațiile de prietenie, din sfera *philiei*, în viziunea lui Carbonnier, nu sunt doar surse de non-drept, ci pot constitui o veritabilă alternativă la drept, exemplul oferit fiind acela al sfătuirii benevole sau recomandărilor mutuale dintre prieteni, ceea ce nu are nimic de-a face cu dreptul. Același raționament se aplică și în ipotezele ajutorului extracontractual pe care părțile și-l acordă reciproc în executarea unui contract^[3].

3.1.4. Aplicații ale teoriei non-dreptului

În istoria dreptului european, darul a făcut obiectul unor reglementări civile încă din Antichitatea romană. Justinian, în perioada postclasică a dreptului roman, a fost cel care a recunoscut efecte depline convenției de donație (*pactum*)^[4], iar înțelesul pe care l-a conferit contractului de donație poate fi regăsit în toate sistemele juridice contemporane continental-europene – contractul de donație presupunea două condiții: în primul rând, existența lui *animus donandi*, a intenției subiective a donatorului de a gratifica fără a aștepta nimic în schimb și, în al doilea rând, acceptarea donatarului^[5]. Această noțiune juridică a donației poate fi regăsită în art. 894 C. civ. francez, care prevede că „*La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte*”, și în toate reglementările civile de inspirație franceză, precum Codul civil românesc actual, care prevede în articolul 985, într-o formulare similară, că „*Donația este contractul prin*

[1] J.-P. SARTRE, *Ființa și neantul*, Ed. Paralela 45, Pitești, 2004, pp. 589-651.

[2] J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 33-34.

[3] *Ibidem*, pp. 34-38.

[4] V.M. CIUCĂ, *Lecții de drept roman. Vol. III*, Ed. Polirom, Iași, 2000, pp. 879-880.

[5] *Digesta, Liber XXXIX, Titulus V, 14.*

care, cu intenția de a gratifica, o parte, numită donator, dispune în mod irevocabil de un bun în favoarea celeilalte părți, numită donatar”.

Semnificația juridică a darului este astăzi mediată prin această noțiune de inspirație romană de contract de donație, care presupune mai multe caracteristici juridice: este un contract voluntar, unilateral și gratuit. În primul rând, este un contract voluntar, liber, întrucât este o expresie a voinței subiectului și, așa cum prevede Codul civil al lui Napoleon în articolul 902, „*Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapable*”, ceea ce înseamnă că orice persoană poate, are capacitatea de a face sau de a primi o donație, cu excepția incapacabililor. În al doilea rând, este un contract unilateral, întrucât presupune obligații numai pentru donator^[1] și, în al treilea rând, este gratuit, întrucât transferul dreptului real are loc de la donator la donatar, fără ca cel dintâi să aștepte în schimb un beneficiu^[2].

Condițiile de validitate ale unui contract de donație sunt cele generale cerute pentru orice contract, cu privire la capacitatea părților, consimțământ, cauză și obiect. Cu toate acestea, în codurile civile franceze și române regulile care reglementează capacitatea de a dispune sau de a primi donații sunt mai stricte decât cele care se aplică altor contracte. De asemenea, există o condiție de formă pentru validitatea unui contract de donație – acesta trebuie făcut în formă solemnă, în fața unui notar. Nerespectarea tuturor acestor condiții antrenează nulitatea contractului. *Don manuel*, darul manual recunoscut de lege doar ca varietate a contractului de donație, este o excepție de la condiția solemnității, fiindu-i recunoscută valabilitatea prin simpla tradițiune, prin simpla remitere de la donator la donatar.

Discursul juridic care propune înțelegerea darului prin noțiunea de contract de donație, cu caracterele sale voluntar, unilateral și gratuit, a întâlnit un discurs concurent în domeniul antropologiei culturale. Marcel Mauss, în „*Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*” din 1923, a dezvoltat problematica darului dintr-o perspectivă exterioară dreptului, susținând că toate acele caractere juridice ale darului – caracterul voluntar, unilateral și gratuit – sunt simple aparențe. Sub această fragilă aparență a libertății, gratuității sau generozității se află o atitudine subiectivă diferită a donatorului – donatorul este obligat întotdeauna să ofere în dar, donatarul este obligat să accepte, iar donatorul așteaptă întotdeauna ceva în schimb. Această contradicție, acest caracter ambivalent al darului a fost tema centrală a operei lui Marcel Mauss – actele aparent libere și gratuite, cel puțin în discursul juridic, dar în același timp interesate și obligatorii din punct de vedere cultural, îmbracă întotdeauna forma darului, a oferirii voluntare cu generozitate, chiar și atunci când nu este altceva decât ficțiune, formalism și minciună socială, care maschează obligația și caracterul economic^[3].

[1] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Tome II*, éd. 9, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1923, p. 328.

[2] J. MAURY, *Successions et libéralités*, 6^e éd, Litec, Paris, 2007, p. 144.

[3] M. MAUSS, *Eseu despre dar*, (tr.) Silvia Lupescu, Ed. Institutul European, Iași, 1993, p. 38.