

Capitolul I. Introducere

Secțiunea 1. De ce transplantul constituțional?

Astăzi este o platitudine a susține că fundamentele ideologice și instituționale ale constituționalismului românesc au fost, aproape în întregime, construite prin intermediul transplantului constituțional, de-a lungul unei perioade ce acoperă primele șapte decenii ale secolului al XIX-lea. Pe de altă parte, este uimitor cât de sărac este discursul românesc despre acest fenomen. În literatura juridică românească, cel puțin, prezența lui este accidentală, și, atunci când există, este cu regularitate stereotipică. Utilizând idei și formule intelectuale împrumutate din filosofia culturii, etnopsihologie și istoria culturii, cei câțiva interesați de subiect sunt prizonierii unui determinism care e departe de a încuraja corecta înțelegere a fenomenului transplantului juridic sau constituțional. Teorii ca „sincronismul cultural” sau „convergența artificială”^[1] sunt relevante pentru a explica întâlnirea dintre cultura (constituțională) românească și cea vest-europeană, dar sunt insuficiente pentru a surprinde cauzele, mecanismele concrete și efectele transplantului constituțional. Mai mult, aceste perspective au fost, de regulă, utilizate pentru a explica doar originile și mecanismele construirii constituționalismului român modern ori ale dreptului constituțional. După transplantare, ideile și instituțiile erau considerate părți intrinseci ale sistemului juridic sau constituțional românesc și analizate ca atare, cu foarte puține referiri la originile lor. Într-un foarte puternic climat pozitivist, doctrinarii români au fost și mai sunt încă interesați mai mult de normativitatea formal-juridică decât de înțelegerea mecanismelor schimbării juridice și de rolul complex jucat de contextul cultural-juridic.

Accentul pus pe pozitivismul juridic a reprezentat și reprezintă o formulă de eludare, mai mult sau mai puțin voluntară, a „slăbiciunii” culturii juridice sau constituționale românești. Este mai avantajos, până la urmă, a considera că, în urma importului constituțional realizat, textul constituțional și constituționalismul formal românesc nu au fost cu nimic mai prejos de modelele lor, decât a le privi perpetuu ca structuri copiate din afară. Acest aspect însă, deși cel mai simplu

^[1] R. Carp, Responsabilitatea ministerială, Ed. All Beck, București, 2003, p. 192 și urm.

de demonstrat, nu a fost pe deplin convingător. În momentul în care discursul doctrinar a trebuit, totuși, să ia în calcul, explicativ, destinul dreptului importat în societatea românească, el a dobândit accente de orgoliu juridic. Întâlnirea singulară a doctrinarilor români cu problematica raportului dintre dreptul importat și cultura (constituțională) românească s-a soldat, de regulă, cu asimilarea ideilor și instituțiilor constituționale importate de către fondul românesc. Prin aplicarea strictă a rețetei lovinesciene a lui întâlnit – sincronizat – românizat, cei preocupați de problematică s-au reunit în a lansa ceea ce am numit „tradiția dreptului adaptat”^[1]. În acest moment, conta mai puțin faptul că dreptul (constituțional) românesc fusese importat cât faptul că fusese românizat printr-o adaptare originală a instituțiilor importate la fondul românesc. Din nefericire, acest aspect este relevat mai mult declarativ decât argumentativ. În alte luări de poziție este proclamată o interacțiune reciprocă între instituțiile importate și „fondul românesc”, dar tot pentru a scoate în evidență elementele de originalitate ale procesului de adaptare. Pentru a da doar un exemplu ilustrativ, facem referire la un text al Angelei Banciu:

Fundamentând concepția potrivit căreia transformarea instituțiilor țării după model occidental trebuia să joace un rol esențial în progresul economic și social, liberalismul juridic a creat România Mare, a organizat spațiul românesc din punct de vedere juridic și instituțional, compatibil cu cel european. Iar dacă este indubitabil faptul că modernizarea societății românești a fost sensibil influențată de formele juridice și instituționale europene, nu trebuie ignorat *fondul local, specific românesc*, care a conferit un conținut propriu modelului ales. Din această influență și interferare reciprocă și permanentă, care a dat naștere unor forme de „aculturație” juridică ce și-au pus amprenta pe unele instituții politico-juridice, a rezultat fondul original și specific românesc ce a caracterizat infrastructura juridică și instituțională a României moderne, care poate fi regăsită în forma și conținutul Constituției de la 1866^[2].

Ar mai fi rămas de evidențiat ce mare onoare au făcut românii dreptului occidental pentru că i-au permis să pună în valoare un fond românesc atât de aparte sau să se susțină că dreptul franco-belgian nu și-ar fi descoperit pe deplin utilitatea dacă n-ar fi fost importat în România epocii.

Acest tip de abordare istorică este, în opinia noastră, înșelătoare. Orgoliul juridic național, aflat în căutarea unor repere identitare, este, nu de puține ori, reducăționist. Pe de altă parte, atâta timp cât

^[1] M. Guțan, *Forme pe un alt fond: transplantul juridic comunitar și cultura juridică românească*, în P.R. nr. 5/2008, p. 18 și urm.

^[2] A. Banciu, *Istoria vieții instituționale din România (1866-1991)*, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1996, p. 42.

pozitivismul juridic neglijează contextualizarea, există șanse reduse de a înțelege corect provocările reale ale tradiției constituționale românești. Transplantul constituțional este situat în centrul acestei contextualizări, explicând pe deplin soarta tradiției constituționale românești peste decenii și semnificațiile sale actuale. Per ansamblu, detectarea cauzelor particulare ale transplantului constituțional este decisivă pentru a-i înțelege premisele și pentru a urmări soarta instituțiilor importate în societatea importatoare. Mecanismele transplantului constituțional sunt importante pentru a înțelege corelația dintre cultura (constituțională) a societății importatoare (România, în cazul nostru) și cultura (constituțională) a societății exportatoare. Studiarea efectelor transplantului juridic este crucială pentru a-i înțelege succesul sau eșecul. Nu în cele din urmă, detectarea actorilor transplantului constituțional este importantă pentru a înțelege efervescența intelectuală care i-a dat viață. Trebuie plecat, astfel, de la premiza că transplantul constituțional nu este un proces mecanic implacabil ce are loc dincolo de așteptările, speranțele, dorințele, angoasele sau complexele umane, dincolo de rațional sau iraționalul alegerilor și opțiunilor celor care stau în spatele schimbării juridice. Transplantul constituțional implică atât circulația ideilor, așa cum o demonstrează A. Watson^[1], precum și receptivitate pentru informația culturală ce există în afara tradiției juridice a cuiva, așa cum accentuează H.P. Glenn^[2] sau chiar rezistență la cultura juridică străină, așa cum corect precizează P. Legrand^[3].

În cazul românesc, transplantul constituțional a însemnat receptivitate pentru ideile juridice străine, cuplată cu o puternică schimbare de mentalitate în cazul elitei politice românești care, fiind actorul central al importului constituțional, a devenit atât susținătoarea ingineriei culturale prin intermediul instituțiilor importate, cât și iritotoarea insistentă a culturii (constituționale) românești. Mai presus de toate, istoria modernizării juridice la români a fost o chestiune de mentalități complexate sau angoasate, metamorfozate la nivelul elitei politice românești, care au urmărit să producă schimbare socială prin intermediul ingineriei culturale.

[1] A. Watson, *Comparative Law and Legal Change*, în *Cambridge Law Journal*, vol. 37/1978, p. 315.

[2] H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 13 și urm.

[3] P. Legrand, *The Impossibility of „Legal Transplants”*, în *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4/1997, p. 111-124.

Secțiunea a 2-a. Considerații metodologice

Pentru aceste rațiuni, în această lucrare ne propunem să mergem dincolo de tradiționala abordare a istoriografiei juridice românești în ceea ce privește modernizarea socială, politică și juridică a României în secolul al XIX-lea. Adevărata provocare a tradiției constituționale românești rezidă nu doar în modul în care ideile și instituțiile importate au fost încapsulate în normativitatea constituțională, ci și în modul în care ele au fost importate, înțelese, adaptate, au fost reproduse și au produs efecte în societatea românească.

§1. Obiectul cercetării

Structural, lucrarea va fi împărțită în trei mari direcții de abordare.

Într-o primă parte, vom face o succintă introducere în teoria transplantului juridic, așa cum a fost ea conturată de dezbaterile ce au avut loc, în ultimele decenii, în cadrul dreptului comparat și al unor discipline înrudite, e.g. sociologia juridică sau antropologia juridică. Acestea vor așeza cadrele generale ale analizei noastre. Pentru a înțelege ce este transplantul constituțional, trebuie foarte bine înțeles care sunt mecanismele generale ale transplantului juridic. Mai apoi, având în vedere că transplantul constituțional este o specie a transplantului juridic, trebuie înțeles corect care sunt datele problematicii contemporane ce-i conferă particularitate față de genul proxim. Mai apoi, fără a cădea într-o abordare anacronică, vom pleca de la problematica actuală a transplantului constituțional pentru a înțelege fenomenologia acestuia în România secolului al XIX-lea.

O a doua direcție de analiză va aborda modul efectiv în care s-a realizat transplantul constituțional și a luat naștere constituționalismul modern românesc în secolul al XIX-lea. Deși problematica transplantului constituțional este foarte vastă, acoperind aspecte ce vizează cauzele, actorii, modalitățile, modelele, obiectul, scopurile, și efectele, nu vom aborda în mod egal și sincron ic toate aceste aspecte, atât pentru motive care țin de logica inerentă a lucrării, cât și de dimensiunile acesteia. Analiza va fi dedicată, cu prioritate, modului în care elita politică românească, în baza modelelor externe asumate, a reușit să realizeze importul de principii, valori și instituții ale constituționalismului modern în diversele programe, proiecte constituționale, acte normative cu valoare constituțională ori constituții prezente în perioada 1802-1866. Acest aspect înseamnă că vom acorda o atenție sporită, în funcție de epocă, de tipul actului constituțional discutat și de

contextul socio-politic, cauzelor, actorilor, modelelor, modalităților, obiectului și scopurilor transplantului constituțional. Având în vedere că, în secolul al XIX-lea, constituționalismul se identifică profund cu existența unui act normativ scris dotat cu valoare supremă – constituția –, acest demers este pe deplin justificat. Vom acorda, prin urmare, întâietate valorii și coerenței expresiei instituționale a constituționalismului românesc modern și vom lăsa în plan secundar practicile constituționale.

Cu privire la acest din urmă aspect, trebuie făcută o precizare suplimentară: cercetarea noastră va scoate în evidență faptul că analiza efectelor transplantului juridic sau constituțional este importantă pentru înțelegerea complexă a rolului pe care transplantul respectiv l-a avut într-o societate dată. Perfect conștienți de acest aspect, nu vom ocoli analiza efectelor transplantului constituțional la nivelul diferitelor epoci și nu o vom neglija nici în contextul analizei culturii constituționale. Cu toate acestea, având în vedere dimensiunile impresionante ale unei cercetări elaborate a efectelor transplantului juridic la nivelul fiecărei epoci, dimensiuni care ar fi implicat elaborarea acestei monografii pe volume, ne-am mulțumit să facem observații de ordin general asupra acestei problematici. Pe de altă parte, trebuie reținut faptul că, marea majoritate a textelor constituționale discutate fiind memorii, programe de reformă ori proiecte constituționale, nu se pune problema efectelor lor asupra societății românești. Acolo unde a fost nu doar imperativ necesar, ci și posibil, e.g. aplicarea Constituției de la 1866, abordarea efectelor transplantului constituțional a fost, totuși, mai de substanță.

După cum se poate observa, vom fi interesați deopotrivă de idei și de expresia lor normativ-constituțională, de politograme și de dreptul pozitiv al epocii, de instituții și de practici. În ceea ce privește structurile normativ-constituționale, o precizare importantă trebuie să fie făcută: obiectul lucrării noastre este constituționalismul modern de factură liberală așa cum a fost el gândit, conceptualizat, instituționalizat și practicat în secolul al XIX-lea. El vizează un pachet restrâns de valori și principii, alături de expresia instituțional-normativă și praxiologică a acestora. Prin urmare, nu vom face o analiză exhaustivă a întregului conținut instituțional și principial al proiectelor de constituție și constituțiilor existente în această perioadă și nici analiza efectelor transplantului acestora asupra culturii (constituționale) românești. Principiile, valorile și instituțiile constituționalismului modern, e.g. limitarea puterii statale, drepturile și libertățile omului și

cetățeanului, suveranitatea națională, guvernământul reprezentativ, separația puterilor în stat, statul de drept, supremația și revizuirea constituției reprezintă miezul dur al oricărei constituții liberale în secolul al XIX-lea, însă nu acoperă întreaga problematică reglementată, în epocă, de complexitatea arhitecturii constituționale. Ca urmare, vom neglija aspecte ca organizarea pe verticală a puterii politice statale, organizarea administrativ-teritorială, organizarea judecătorească a armatei, a finanțelor etc., cu toate că au făcut, la rândul lor, obiectul transplantului constituțional și au produs efecte ca atare în societatea românească.

Alegerea perioadei 1802-1866 nu este una întâmplătoare. Astfel, se consideră că principiile și valorile constituționalismului modern au început să pătrundă cu intensitate în Principate în jurul anului 1800. La 1802, literatura de specialitate a plasat un proiect de republică aristocratică al lui Dimitrie I Sturdza care, în opinia unora, ar deschide șirul influențelor liberalismului vest-european. Mai apoi, trebuie reținut că procesul de transplant constituțional a cunoscut un crescendo care a culminat cu importul Constituției de la 1866 din Constituția belgiană de la 1831. Constituția de la 1866 poate fi considerată a fi apogeul construcției constituționalismului românesc modern prin intermediul transplantului constituțional. Ceea ce a urmat după aceea a fost o perioadă de tatonare, adaptare și corecție. Chiar dacă transplantul constituțional nu a dispărut complet din peisaj, anvergura sa a fost mult mai redusă și fără consecințe majore asupra datelor generale ale demersului importator românesc.

În cea de-a treia direcție de analiză vom încerca să înțelegem contribuția exactă a transplantului juridic sau constituțional la conturarea culturii constituționale românești. Modul în care elita politică românească a reușit, prin transplant constituțional, să dea un contur normativ constituționalismului românesc nu are deplină relevanță în ceea ce privește nașterea culturii constituționale românești moderne fără o analiză complexă a modului în care actorii transplantului constituțional au înțeles, gândit, conceptualizat, proiectat și pus în practică acest transplant. Prin urmare, vom avea în vedere rolul special al actorilor transplantului constituțional, vom face aprecieri asupra relevanței cauzelor importului constituțional în contextul socio-politic și economic românesc, vom face o analiză a magnitudinii importului irațional și vom face aprecieri de ordin general cu privire la efectele (succesul sau eșecul) transplantului constituțional.

§2. Metodologia cercetării

Având în vedere toate aceste aspecte, este evident că abordarea noastră nu va fi una pozitivist-juridică, în ciuda faptului că ne-am asumat o analiză prioritară a textelor constituționale. Ca urmare, nu vom privilegia interpretări de ordin sistemic, gramatical, logic sau literal specifice exegezei formal-juridice. Cu certitudine, ne vom îndepărta cu fermitate și de perspectiva descriptivă normativ-instituțională care marchează implacabil aproape orice demers de cercetare istorică în literatura juridică românească. Totodată, deși este cu siguranță o analiză de drept comparat, lucrarea nu se înscrie în coordonatele metodologice ale comparării juridice clasice. Ea nu presupune o investigație comparativ-descriptivă a modului în care diversele constituții liberale ale secolului al XIX-lea european, implicit cele românești, au reglementat instituțional-normativ valorile, principiile și mecanismele constituționalismului liberal.

Lucrarea de față este una de drept comparat, deoarece se încadrează într-una din direcțiile de abordare contemporane esențiale ale comparativismului juridic, i.e. transplantul juridic. Ca urmare, textele și instituțiile diverselor constituții europene liberale ale secolului al XIX-lea nu sunt abordate ca termeni ai unei comparări juridice în materie constituțională, ci ca modele de import constituțional. Acest aspect înseamnă că nu vom aborda normele și instituțiile constituționale franceze, belgiene sau engleze ca elemente statice ale unor sisteme constituționale distincte, ci ca elemente dinamice care, în anumite condiții, pot face obiectul circulației, transferului sau mobilității juridice între diverse sisteme constituționale. Plătind, totuși, un mic tribut și dreptului comparat clasic, vom încerca să creionăm, unde va fi cazul și în limitele necesităților argumentării, modul în care anumite sisteme constituționale europene sau extraeuropene s-au edificat la sfârșitul secolului al XVIII-lea și în secolul al XIX-lea. Acest demers nu va fi însă o simplă incursiune în decelarea „elementelor determinante” comune anumitor sisteme de drept / constituționale, ci se va realiza, cu prioritate, din perspectiva apelul sau non-apelului la transplantul juridic.

Având în vedere că nu este vorba despre o lucrare de drept comparat clasic, nu vom apela la instrumentarul metodologic al acestuia. Metoda funcționalistă, de exemplu, nu-și găsește aplicarea într-o abordare care nu are cum să plece de la o identitate a problemelor spre o pluralitate a soluțiilor juridice. Din perspectiva transplantului juridic sau constituțional, obiectul circulației juridice îl pot face atât

soluțiile, cât și problemele juridice sau constituționale. Ca urmare, metoda funcționalistă este inutilă.

Cu toate acestea, nu vom neglija abordarea contextualizată pe care metoda funcționalistă o recomandă cu insistență. Contextualizarea nu se va face în orizontul finalităților proprii al metodei funcționaliste, ci în orizontul nevoilor analizei transplantului juridic sau constituțional. Cu alte cuvinte, contextualizarea nu va urmări să decanteze și să explice, dincolo de textul normativ, problemele socio-politice comune unor anumite societăți, față de care diversele norme și instituții constituționale se constituie într-un răspuns juridic particularizat. De exemplu, nu vom încerca să descoperim cum și în ce măsură problema necesității distribuției puterilor în stat s-a născut în diverse societăți europene pentru ca de aici să ajungem la soluțiile juridice, adeseori diferite, consacrate în textele constituționale. Contextualizarea va urmări, dimpotrivă, să explice mecanismele complexe ale fenomenului transplantului juridic sau constituțional. Dacă a contextualiza înseamnă, în esență, a merge dincolo de normele și instituțiile constituționale, atunci pentru demersul nostru ea va însemna să scoatem în evidență cauzele, modalitățile, finalitățile pentru care o anumită problemă sau soluție constituțională a fost importată într-o anumită societate, precum și efectele acestora în societatea importatoare. Contextualizarea vizează aici atât modul în care s-a ajuns să se importe, alături de modul cum s-a realizat importul unor anumite instituții constituționale, precum și modul în care aceste instituții s-au adaptat la societatea importatoare. Ca să utilizăm exemplul de mai sus, contextualizarea va încerca să explice modul în care, în societatea românească a secolului al XIX-lea, s-a ajuns la nevoia importului problemei diviziunii puterilor în stat, modul în care s-a apelat la un model constituțional sau altul pentru a se oferi o soluție instituțională acestei probleme, consacrată în diversele texte constituționale, precum și modul în care, dincolo de texte, aceste instituții s-au integrat praxisului politic și constituțional, producând anumite efecte în societatea românească a epocii.

Prin acest demers, ne asumăm implicit abordările metodologice vizând necesitatea evaluării contextului ideologic, doctrinar și socio-politic în care se manifestă normele și instituțiile constituționale^[1]. Analiza noastră merge însă dincolo de acest unghi de lectură, în condițiile în care este interesată de un anumit mod în care ideile, instituțiile și praxisul constituțional se nasc într-o anumită societate. Nu suntem

[1] J.V. Suanzes-Carpegna, L'histoire constitutionnelle: quelques réflexions de méthode, în Revue française de droit constitutionnel nr. 68/2006, p. 675 și urm.

interesați, prin urmare, să analizăm nașterea constituționalismului românesc modern printr-un simplu balans între idei, instituții și practici constituționale, unde transplantul constituțional să reprezinte o simplă variabilă alături de altele. Având în vedere că, pentru societatea românească a secolului al XIX-lea, preluarea unor probleme și soluții constituționale din afară a fondat constituționalismul românesc, considerăm că ecuația idei – instituții – practici constituționale trebuie substanțial și primordial abordată prin prisma transplantului constituțional.

Analiza transplantului constituțional în scopul înțelegerii complexe a nașterii constituționalismului românesc, impune, în mod obligatoriu, apelul la idei, instituții și practici constituționale. Nu ne vom rezuma însă la a scoate în evidență doar modul în care valorile și principiile constituționalismului liberal au fost captate ideatic, redate instituțional și aplicate în societatea românească. Ne va interesa și conturarea unei imagini de ansamblu asupra a ceea ce a însemnat constituționalismul românesc al secolului al XIX-lea. Evident, acest tip de evaluare, realizându-se din perspectiva transplantului constituțional, va implica o analiză a anumitor idei, instituții și practici ca tendințe dominante în constituționalismul românesc. Acest demers ne va ajuta să înțelegem constituționalismul românesc în complexitatea determinărilor conferite de prezența transplantului constituțional, dar ne va ajuta și să înțelegem în ce anume acest constituționalism a fost cu adevărat românesc. În aceste condiții, contextualizarea va conduce la apropierea dintre perspectiva transplantului constituțional și cea a dreptului înțeles prin prisma culturii.

Prin urmare, trasarea conturilor generale ale tradiției sau culturii constituționale românești va constitui scopul final al abordării noastre. În această perspectivă vom scoate în evidență nu doar faptul că valorile și principiile constituționalismului liberal au stat la baza culturii constituționale românești în secolul al XIX-lea, dar și faptul că modul esențial prin care ele au fost preluate, filtrate și adaptate în societatea românească a fost transplantul constituțional. Acesta din urmă a fost nu doar un factor esențial care a determinat nașterea culturii constituționale românești, explicându-i conținutul și contururile, dar s-a integrat, în final, acesteia, devenindu-i o parte componentă esențială. Este, din nou, o banalitate a afirma că instrumentul prin intermediul căruia s-a născut și se naște constituționalismul românesc a fost și este în continuare transplantul constituțional.

În mod particular, abordarea noastră privind tradiția constituțională românească va pune un accent special, în ceea ce privește atitudinile ideatice, pe auto-percepția critică a românilor față de

procesul modernizării constituționale. Acest lucru înseamnă că vom exclude din start „pericolul confundării formei cu substanța”, o tendință intelectuală corect remarcată de K. Jowitt atunci când vorbește despre modernizarea în sud-estul Europei^[1]. Ingineria cultural-juridică, prin transplant constituțional, a dat naștere nu doar unei speranțe sincere că instituțiile importate vor forța o schimbare de mentalitate, dar și unei reacții critice împotriva ei. Cunoscută sub denumirea de „*teoria formelor fără fond*”, această auto-critică va fi abordată nu doar ca o dimensiune aparte a problematicii transplantului juridic sau constituțional românesc, ci și ca un element definitoriu al identității cultural-juridice românești. Modul în care elita intelectuală românească a epocii a reacționat la demersul transplantului juridic sau constituțional s-a constituit într-o trăsătură definitorie a modului în care românii au înțeles fenomenul schimbării juridice, anticipând prin varietatea și profunzimea ideilor unele din cele mai stringente problematice ale teoriei transplantului juridic în contemporaneitate^[2].

Această abordare „culturalistă” este utilă în contextul în care, așa cum se va arăta, constituționalismul nu mai este înțeles astăzi doar prin prisma textului constituțional, ci și din perspectiva culturii constituționale. Constituționalism înseamnă astăzi nu doar prezența unei constituții scrise care consacră anumite valori, principii și instituții, ci și asumarea și aplicarea efectivă a acestora. Constituționalismul face, prin urmare, trimitere la mentalități, așteptări, idealuri, sentimente, idei, ideologii, instituții, mecanisme, atitudini, practici prin intermediul cărora o anumită societate se manifestă în plan constituțional-politic. Fără a dori să eliminăm neapărat sinonimia dintre conceptele de tradiție și cultură, facem totuși precizarea că înțelegem conceptul de tradiție, în sensul lui H.P. Glenn, ca un cumul de idei și practici ce vin din trecut și se manifestă viu în prezent, datorită susținerii lor prin discurs continuu de către o anumită societate, în calitatea ei de comunitate interpretativă sau epistemologică^[3].

[1] K. Jowitt, *The Sociocultural Bases of National Dependency in Peasant Countries*, în K. Jowitt (ed.), *Social Change in Romania 1860-1940: A Debate on Development in a European Nation*, University of California Press, Berkeley 1978, p. 12.

[2] M. Guțan, *Dreptul comparat contemporan și actualitatea teoriei formelor fără fond*, în P.R. nr. 4/2009, p. 58 și urm.

[3] M. Guțan, *Forme pe un alt fond...*, p. 19-20.

Capitolul al II-lea. Introducere în teoria transplantului juridic

Secțiunea 1. Drept comparat și transplant juridic

Teoria contemporană a transplantului juridic s-a născut ca o reacție împotriva teoriei clasice a dreptului comparat. Dreptul comparat „tradițional” sau „clasic” abordează dreptul, în principal, în dimensiunea sa statică. Dreptul ce face obiectul demersului comparativ în această viziune este deja edictat, așezat, descoperit, aplicat. Există însă și o dimensiune dinamică a dreptului ce are la bază constatarea simplă că dreptul se schimbă în permanență, cunoaște mutații diverse. Una din aceste mutații se exprimă prin fenomenul complex al circulației modelelor juridice în lume. Această dinamică specifică a dreptului a fost lansată spre dezbateri și în cadrul Dreptului comparat, plecându-se de la sintagma generică de „transplant juridic”. Ideea fundamentală care stă la baza acestei viziuni este faptul că esența schimbării sau reformei dreptului constă în împrumut, transpunere și influență reciprocă^[1] între sistemele de drept.

Demers metodologic cunoscut în literatura de specialitate și sub denumirea de „*Drept comparat și istoria dreptului (Comparative Law and Legal History)*”^[2], analiza transplantului juridic a câștigat tot mai mult teren odată cu impactul pe care lucrările profesorului american (de origine scoțiană) Alan Watson l-au avut în rândul comparatiștilor.

Întregul demers teoretic al lui Watson se bazează pe ideea că dezvoltarea dreptului se explică, în principal, prin transplantul normelor juridice. În baza a numeroase studii de caz cu privire la evoluția istorică a unor sisteme de drept, în special a celor aflate în contact cu dreptul roman^[3], autorul scoate în evidență inutilitatea și inadecvarea abordării academice a unui drept comparat care să aibă drept obiect studiul dreptului străin, gruparea sistemelor de drept contemporane sau chiar compararea propriu-zisă, i.e. scoaterea în evidență a unor asemănări și deosebiri între norme juridice, instituții

[1] E. Örucü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, p. 93.

[2] E. Örucü, *Unde Venit, Quo Tendit Comparative Law*, în A. Harding, E. Örucü (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer Academic Publishers, Londra, 2002, p. 2-3.

[3] A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, The University of Georgia School of Law, Londra, 1991.

juridice sau ramuri de drept aparținând a două sau mai multe sisteme de drept^[1]. Adevărata cauză și adevărul înțeleș al asemănărilor și deosebirilor pot fi corect conturate doar în cadrul unui Drept comparat care are drept obiect analiza relațiilor istorice dintre sistemele de drept. Această abordare are menirea de a scoate în evidență faptul că dezvoltarea dreptului a avut și are loc, în cea mai mare parte a cazurilor, prin intermediul transplantului juridic^[2]. În acest sens,

(...) ca subiect de studiu practic, Dreptul comparat este studiul împrumuturilor sau transplanturilor legale care pot și trebuie să fie făcute; ca disciplină academică, Dreptul comparat (...) reprezintă investigarea transplanturilor juridice care au avut loc: cum, când, de ce și din care sistem de drept ele au fost făcute; circumstanțele în care ele au avut succes sau au eșuat; și impactul lor asupra noului lor context^[3].

Punând, inevitabil, prin această viziune, dreptul în relație cu societatea, Watson respinge validitatea universală a teoriei dreptului ca oglindă a societății. Oscilând între ceea ce W. Ewald numea „teza puternică a izolării” (dreptului de societate) și „teza slabă a izolării”^[4], Watson consideră că dezvoltarea dreptului poate fi explicată „fără a face referire la factorii sociali, politici și economici”:

Normele juridice, odată create, trăiesc mai departe. Ele sunt adesea străine de experiența și înțelegerea ne-juriștilor și sunt ținute în viață de factori ca absența unui mecanism efectiv al schimbării juridice, indiferența, fascinația juridică pentru tehnicitate și interesul propriu al juriștilor^[5].

Este evident că, prin abordarea sa metodologică bazată pe o analiză cazuistică, Watson nu dorește sau, cel puțin, nu poate să construiască o teorie generală a dreptului în raport cu societatea^[6]. El dorește doar să demonstreze cu argumente istorice că adesea sau uneori dreptul se dezvoltă independent de societate. Demersul său „distructiv” frustrează însă de dimensiunea generalității atât teoria

[1] A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens-Londra, 1993, p. 4-6.

[2] *Idem*, p. 7-9.

[3] R.B. Schlesinger, H.W. Baade, P.E. Herzog, E.M. Wise, *Comparative law: Cases-Text-Materials*, Foundation Press, New York, 1998, p. 309; A. Watson, *Comparative law...*, p. 316-318.

[4] W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, în *American Journal of Comparative Law*, vol. 43/1995, p. 500-501.

[5] A. Watson, *Comparative Law...*, p. 315. Pentru aceeași idee a se vedea A. Watson, *Law Out of Context*, în *Edinburgh Law Review*, vol. 4/2000, p. 147 și urm.

[6] W. Ewald, *op. cit.*, p. 506 și urm.

„dreptului oglindă a societății”, cât și propria viziune^[1]. Relativitatea acesteia este scoasă în evidență, pe de altă parte, și de faptul că exemplele utilizate de autor acoperă doar dimensiunea dreptului privat și se referă doar la dreptul occidental. Se poate spune, în concluzie, că pentru Watson dreptul evoluează adesea independent de societate, prin intermediul transplantului juridic, cât și, uneori, în strânsă legătură cu societatea, iar complexitatea dezvoltării dreptului trebuie evaluată de la caz la caz^[2]. Acest tip de concluzie permite, fără drept de apel, sociologilor dreptului să atragă atenția asupra ambiguității abordării lui Watson^[3].

Tocmai trimiterea la cazuistică a determinat comunitatea comparatiștilor să conștientizeze cât de dificilă e sarcina de a surprinde teoretic, conceptual, fenomenologia foarte diversă a transplantului juridic. Sintagma „transplant juridic” a fost utilizată ca punct de plecare în dezvoltarea unei adevărate mase conceptuale cu privire la ceea ce înseamnă mutarea dreptului dintr-o societate în alta. Dificultatea conceptualizării a determinat recursul la metafore, în încercarea de a surprinde cât mai bogat și mai sugestiv diversele aspecte survenite în practică. S-au utilizat, prin urmare, metafore mecanice, e.g. *copiere, relocare, penetrare, impact*, metafore *economico-juridice*, e.g. *circulație, transfer, import, export, împrumut, furt*, metafore discursive, e.g. *traducere*, metafore organice care fac fie trimitere la medicină, e.g. *transplant, virusare, contaminare*, fie la botanică ori horticultură, e.g. *dezrădăcinare, plantare, însămânțare, cultivare, fertilizare, polenizare* etc.^[4] Nu în cele din urmă, pot fi utilizate metafore ce fac trimitere la atitudini psihosomatice, e.g. *iritare juridică, implorare*. Am putea chiar aminti metafore care fac trimitere la modă sau îmbrăcăminte, e.g. *probare* sau celebra metaforă a „*hainelor prea largi*” utilizată la adresa Constituției românești de la 1866. Având în vedere diversitatea foarte mare a cazurilor și limitele semantice ale metaforelor, ar fi

[1] Se poate constata totuși, o tendință a lui Watson de a accentua perspectiva „puternică” a viziunii sale, ceea ce amplifică tendința de a o transforma într-o teorie generală a raportului între drept și societate. A se vedea *W. Ewald*, op. cit., p. 503-504.

[2] *W. Ewald*, op. cit., p. 504.

[3] *R.M.B. Cotterrell*, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, în *D. Nelken, J. Feest* (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, p. 78.

[4] *J.L. Nolan Jr.*, *Legal Accents, Legal Borrowing. The International Problem-Solving Court Movement*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2009, p. 27.

util ca un cercetător să evite utilizarea unei singure metafore pentru a surprinde întreaga fenomenologie a transplantului juridic. Așa cum s-a sugerat, metaforele pot fi înșelătoare, în condițiile în care, neputând realiza o echivalență deplină între concept și realitate, pot trimite cititorul într-o direcție greșită^[1]. Pe lângă neclaritatea semantică, metaforele se găsesc adesea în imposibilitatea de a cuprinde corect un complex de fenomene, prin urmare, utilizarea lor trebuie făcută cu atenție și cu conștiința limitelor existente. Tocmai de aceea, probabil, un comparatist ar trebui să utilizeze o gamă largă de metafore pentru a surprinde o gamă largă de fenomene. Același lucru îl vom face și noi în lucrarea de față, cu precizarea că vom utiliza sintagmele transplant juridic și import juridic, în mod echivalent, pentru a face referire la procesul general de mutare a dreptului dintr-o societate în alta.

Secțiunea a 2-a. E posibil să importăm? Posibilitatea transplantului juridic

Viziunea normativ-positivistă prezentată se remarcă însă prin irealism, naivitate, optimism excesiv și ineficiență dacă este evaluată dintr-o perspectivă „culturalistă”. Adepții dreptului înțeles prin prisma culturii^[2] neagă cu tărie posibilitatea ca două sau mai multe tradiții sau culturi juridice să devină convergente prin intermediul transplantului juridic. Acest tip de abordare are la bază ideea că dreptul este și trebuie să fie o oglindă a societății în care el se manifestă. Din această aserțiune rezultă cu necesitate o concluzie logică: transplantul juridic este imposibil.

Ideea „dreptului oglinda” nu este nici nouă și nici originală, dar ea nu se mai pune în cadrul mai vechilor dispute dintre, de exemplu, pozitivismul juridic voluntarist și „realismul” școlii lui F. Geny. Conceptul de drept nu mai este înțeles aici pur normativist. Tocmai de aceea, culturaliștii acceptă, teoretic, posibilitatea importului unor norme, instituții juridice, ramuri de drept dintr-un sistem de drept în

^[1] *D. Nelken*, Towards a Sociology of Legal Adaptation, în *D. Nelken, F. Feest* (eds.), op. cit., p. 16.

^[2] Conform lui P. Legrand, cultura are în vedere acel cadru de intangibile în care comunitățile umane interpretative operează și care are forță normativă pentru aceste comunități. A se vedea P. Legrand, European Legal Systems Are Not Converging, în *The International Comparative Law Quarterly*, vol. 45/1996, p. 56.

altul, dar contestă cu fermitate posibilitatea aplicării sau integrării acestora într-o societate străină de ele^[1].

Explicația acestei atitudini intelectuale se găsește în reconfigurarea semantică a conceptului „drept”. Pus în context cultural, dreptul nu mai reprezintă doar o totalitate de norme juridice, ci este parte a expresiei ontologice, epistemologice, gnoseologice a unei anumite societăți^[2]. În acest sens, cultura juridică este parte integrantă a culturii generale a respectivei societăți și nu poate fi înțeleasă în afara acestui context. Analiza contextualizată a dreptului poate fi făcută la nivelul unor sfere sociale mai largi sau mai restrânse, mergând de la „cultura juridică profană”, a mării mase a populației, la „cultura juridică internă”, aparținând actorilor profesioniști ai dreptului^[3].

Unul dintre cei mai cunoscuți juriști culturaliști de astăzi, P. Legrand, afirmă cu tărie faptul că nu se poate accepta așa numitul transplant juridic datorită granițelor culturale în care dreptul se dezvoltă. O instituție juridică, specifică unui anume sistem de drept, nu poate fi „mutată” într-un sistem de drept diferit din cauza semnificațiilor culturale inerente pe care le conține^[4]. Odată ce este transplantată, ea devine o instituție juridică diferită, datorită faptului că primește un înțeles cultural diferit^[5]. Actorii dreptului, cei care creează, interpretează și aplică dreptul, sunt ei înșiși determinați cultural astfel că nu s-ar putea raporta la un drept importat decât în baza datelor epistemologice cu care sunt în-formați^[6]. Prinși în această țesătură a „intangibilelor”^[7], actorilor dreptului li se refuză (de către Legrand) posibilitatea de a-și schimba coordonatele epistemologice^[8]. Orice problemă juridică li s-ar oferi spre dezbateră, orice instituție

[1] A se vedea P. Legrand, *The Impossibility...*, p. 120-121.

[2] P. Legrand, *European Legal Systems...*, p. 57-58; M. Cappelletti, J.H. Merryman, J.M. Perillo, *The Italian Legal System. An Introduction*, Stanford University Press, Standford, 1967, p. 165.

[3] J. Bell, *French Legal Cultures*, Butterworths, Londra-Edinburgh-Dublin, 2001, p. 12-14.

[4] P. Legrand, *The Impossibility...*, p. 115-116.

[5] *Idem*, p. 117-118.

[6] *Idem*, p. 114-115. Determinarea culturală este atât de riguroasă încât, de exemplu, „fiecare copil englez (...) este un jurist în devenire al common law chiar cu mult înainte să meargă la facultatea de drept”.

[7] Acestea ar fi, în viziunea lui Legrand: natura raționamentului juridic, semnificația sistematizării dreptului, caracterul normelor juridice, rolul faptelor, înțelesul drepturilor, „prezența trecutului”. A se vedea P. Legrand, *European Legal Systems...*, p. 64 și urm.

[8] *Idem*, p. 79; P. Legrand, *Are Civilians educable?*, în *Legal Studies*, vol. 18/1998, p. 216 și urm.