

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

1/2022

ianuarie-martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf.univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist.univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect.univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB

prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf.univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

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

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

CUPRINS

- » **Studii:** Paul VASILESCU: *Bunele moravuri – o confuziune etică de-drept*..... 9-105

- » **Studii:** Juanita GOICOVICI: *Matricea răspunderii civile extracontractuale pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte de manufacturare, între testul riscuri - beneficii și testul așteptărilor legitime ale consumatorului*.....106-185

- » **Studii:** Anna NYILAS: *Procedural routes and allocation of cases in Hungarian Civil Courts*186-209

- » **Comentarii de jurisprudență:** Oana BUGNAR-COLDEA: *Amnistia fiscală și dosarele penale având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală. Aplicabilitate și efecte. zDecizia nr. 203/A/2022 a Curții de Apel Cluj*210-226

LISTA ABREVIERILOR

Observație: pentru explicațiile aferente regulilor de compunere a abrevierilor utilizate, modul corect de întrebuintare dar și clasificarea în funcție de provenința și uzul acestora, a se consulta „Ghidul abrevierilor” redacției Studia UBB Iurisprudentia¹.

a.c.	-----	anul curent;
ABGB	-----	Codul civil austriac (<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>);
acad.	-----	academician;
AEGRM	-----	Arhiva electronică de garanții reale mobiliare;
alin.	-----	alineat;
anon.	-----	<i>anonymus</i> (fără autor);
arh.	-----	arhitect;
art.	-----	articol;
B2B	-----	<i>business to business</i> (relații);
B2C	-----	<i>business to consumer</i> (relații);
B.of.:	-----	„Buletinul Oficial al R.S.R.”, partea I nr.;
BGB	-----	Codul civil german (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>);
c.	-----	contra;
C.adm.	-----	Codul administrativ;
C.cass.	-----	Curtea de Casație franceză;
C.civ.	-----	Codul civil 2009: Legea 287/2009, M.of. 511 din 24 iulie 2009, republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 în M.Of. 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;
C.civ.fr.	-----	Codul civil francez (<i>Code civil des Français</i>);
C.civ.it.	-----	Codul civil italian (<i>Codice civile italiano</i>);
C.civ.Q.	-----	Codul civil Québec;
C.civ.v.	-----	Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011.;
C.com.	-----	Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ.2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009.
C.cons.	-----	Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
C.fam.	-----	Codul familiei a fost adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);

¹ Disponibil în cadrul rubricii „Author guidelines” (eng,)/„Îndrumări pentru autori” (ro.) de pe pagina: <https://law.ubbcluj.ro/ojs/index.php/iurisprudentia/about/submissions>.

C.m.-----	Codul Muncii, L: 53/2003, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;
C.pen.-----	Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
C.pen. 1864-----	Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
C.pen. 1968-----	Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012.;
C.poc.pen.sl-----	C.proc.pen. sloven;
C.proc.civ.-----	Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of. nr. 485/15.07.2010;
C.proc.civ.v.-----	Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
C.proc.pen.-----	Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013.;
C.proc.pen.1864-----	Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin. „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936.;
C.proc.pen.1936-----	Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968.;
C.proc.pen.1968-----	L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013.;
C.proc.pen.fr-----	Codul de procedură penală francez;
C.proc.pen.it-----	Codul de procedură penală italian;
C.proc.pen.nl-----	Codul de procedură penală olandez;
CA-----	Curtea de Apel (urmată de denumirea localității);
CAB-----	Curtea de Apel București;
cap.-----	capitol;
cart.jud.-----	carte de judecată;
CC-----	Curtea de Conturi;
CCJ-----	Curtea de Casațiune și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
CCR-----	Curtea Constituțională a României;
CD-1970-----	Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
CDP-----	Caiete de Drept Penal;

CETS-----	Council of Europe Treaty Series (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 ș.rum.);
CF-----	Cartea Funciară;
cf. -----	<i>confer</i> , se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru <i>versus</i> în abrevierea unor cauze, din jurisdicției străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi”;
CJCE-----	Curtea de Justiție a Comunităților Europene;
CJUE -----	Curtea de Justiție a Uniunii Europene;
com. -----	comuna;
conf.univ. -----	conferențiar universitar;
Constituția României -----	Adunarea Constituantă: „Constituția României”, M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Modificată și completată prin L: 429/2003, M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată în M.of.: 767 din 31 octombrie 2003;
coord.-----	coordonator;
CPJC-----	Culegere de practică judiciară;
CS-----	Curtea Supremă (1949-1952);
CSJ-----	Curtea Supremă de Justiție (1991[3]-2003[4]);
CSJ-----	Curtea Supremă de Justiție a României;
CSR-----	<i>corporate social responsibility</i> ;
D-L:-----	Decretul-Lege nr.;
D:-----	Decret al Consiliului de Stat al RSR nr.;
d.Hr.-----	după Hristos;
dec.adm. -----	decizie administrativă;
dec.civ. -----	decizie civilă;
dec.pen -----	decizie penală;
dr.-----	doctor (prin tradiție se păstrează punctul de final);
<i>e.g.</i> -----	<i>exempli gratia</i> ;
ECU-----	<i>European Currency Unit</i> – (1979-1999).
ed. -----	editură sau ediție;
eng. -----	englez, limba engleză;
<i>et al.</i> -----	<i>(et alia/et alii)</i> și altele, și alții;
<i>et seq.</i> -----	<i>și următoarele (pagini, numere etc.)</i> ;
etc.-----	<i>et cetera</i> ;
ETS -----	European Treaty Series (Seria Tratatelor Europene (1-193);
Eur. .H.R. -----	European Human Rights Reports;
Eur. Comm'n H.R. Dec & Rep. -----	Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights;
Eur. Ct. Hr. -----	European Court of Human Rights (Reports of Judgements and Decisions);
fr. -----	francez, limba franceză;
gr. -----	grece, limba greacă;
GTS -----	grupuri transnaționale de societăți;
HCGMB -----	Hotărâre de consiliu general al Municipiului București;
HCL-----	Hotărâre de consiliu local;
HCM-----	Hotărâre a Consiliului de Miniștri;
HG:-----	Hotărârea de Guvern nr.;

hot.	-----	hotărâre judecătorească;
<i>i.e.</i>	-----	<i>id est</i> (aceasta înseamnă);
<i>i.f.</i>	-----	<i>in fine</i> ;
<i>ibidem (ibid.)</i>	-----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la aceeași pagină.;
<i>idem (1)</i>	-----	alineatul (1) al articolului deja citat;
<i>idem (id.)</i>	-----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la o pagină diferită.;
<i>infra</i>	-----	mai jos;
ing.	-----	inginer;
it.	-----	italian, limba italiană;
î.Hr.	-----	înainte de Hristos;
ÎCCJ	-----	Înalta Curte de Casație și Justiție;
JN	-----	Justiția Nouă, revista;
JOUE	-----	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene;
Jud.	-----	Judecătoria(a);
jud.	-----	județul;
L:	-----	Legea nr.;
L: 71/2011	-----	Lege de punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, M.of.: 409/10.06.2011;
L.S.	-----	locul sigiliului;
LCA	-----	Legea contenciosului administrativ;
Lect.	-----	lector;
lit.	-----	litera;
<i>loc.cit.</i>	-----	<i>loco citato</i> ;
M.of.	-----	Monitorul Oficial al României, partea I;
mun.	-----	municipiul;
n.	-----	notă de subsol;
n.a.	-----	nota autorului citat;
n.n.	-----	nota noastră (a autorului care scrie);
nr	-----	număr;
nr.	-----	numărul;
OECD	-----	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i> ;
OG:	-----	Ordonanța de Guvern nr.;
OMJ:	-----	Ordinul Ministrului Justiției nr.;
op.cit.	-----	<i>opus citatum, opere citato</i> : Se folosește pentru retrimiteră la o referință bibliografică deja utilizată în cadrul materialului. Aceasta se utilizează doar în locul operei, nu și a numelui autorului, în cel mai fericit caz, cu trimitere la nota de subsol unde apare respectiva operă pentru prima oară. O redăm aici doar pentru a-i indica utilitatea și sensul;
OUG:	-----	Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
p.	-----	pagina;
<i>passim</i>	-----	în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
pct.	-----	punctul;
pen.	-----	penal(ă);

pg.	-----	paragraf;
pp.	-----	paginile;
PR	-----	Pandectele române, revista;
prof. univ.	-----	profesor universitar ;
Ptk.	-----	Codul civil ungar (<i>Polgári Törvénykönyv</i>);
PUD	-----	Plan urbanistic de detaliu;
PUG	-----	Plan urbanistic general;
PUZ	-----	Plan urbanistic zonal;
R:	-----	Regulament nr.;
RDC	-----	Revista de Drept Comercial;
RLU	-----	Regulament local (de urbanism);
RRD	-----	Revista Română de Drept;
RRDP	-----	Revista Română de Drept Privat;
S.C.	-----	Societate Comercială;
s.d.	-----	fără dată;
s.l.	-----	fără loc;
s.n.	-----	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n.	-----	sublinierea noastră;
S.R.L.	-----	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S.	-----	cu semnătura sa;
Sec.	-----	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec.	-----	secțiune;
Sec.cont.adm.	-----	secția de contencios administrativ;
sen.	-----	sentință;
sub.	-----	subliniere;
SUBB Iurisprudentia	-----	Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i>	-----	mai sus;
SZGB	-----	Codul civil elvețian;
ș.a.	-----	și alții, și altele;
ș.a.m.d.	-----	și așa mai departe;
T	-----	Tribunal;
t.	-----	tomul;
tc.	-----	turc, limba turcă;
th.	-----	teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.	-----	titlul;
t.n.	-----	traducerea noastră
TMB	-----	Tribunalul Municipiului București;
TMCJ	-----	Tribunalul Municipiului Cluj-Napoca;
TReg.	-----	Tribunalul Regiunii;
TS	-----	Tribunalul Suprem (1952-1991);
TS	-----	Tribunalul Suprem al RSR;
TUB	-----	Tipografia Universității București;
UAT	-----	unitate administrativ-teritorială;
var. (ist.)	-----	variațiune și istoric (arhaism);
vol.	-----	volumul;
<i>vs</i> [fără punct]	-----	<i>versus</i> ;
Y.B. Eur. Conv. Hr.	-----	Yearbook of the European Convention on Human Rights.

Listă îngrijită și actualizată, în baza principalelor abrevieri utilizate în paginile revistei, de: Dorin JOREA, Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

STUDII

BUNELE MORAVURI – O CONFUZIUNE ETICĂ DE-DREPT

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).1.1
Data publicării online: 25.05.2022

Paul VASILESCU*

Concis. Bunele moravuri – o confuziune etică de-drept. Încercăm acum să înțelegem ce a fost și ce este încă cu bunele moravuri, dacă acestea definesc o noțiune de-a dreptul civilistă și care ar fi impactul lor tehnic. În acest scop, am preferat să întretăiem două discursuri, formate din texte distincte, care vor forma întregul. Urmărim să deslușim dacă bunele moravuri sunt reguli de drept sau nu, dacă discursul juridic poate tolera reguli și forțe deontice străine în interiorul său, cum ar fi cele etice, când morala publică face dreptul – dacă îl face, și care ar mai fi rolul moravurilor în jurisprudența de astăzi.

Cuvinte cheie: bunele moravuri; cauză imorală; deontologie; etică; forță deontică; jurisprudență; interpretare; metadiscurs juridic; normă; obiect juridic (*res*); ordine publică; textualism.

* Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj, paul.vasilescu@law.ubbcluj.ro.

GOOD MORALS – AN ETHICAL CONFUSION IN LAW

Abstract. Good morals – an ethical confusion in Law. We shall try to figure out what was (and is) the meaning of this unusual notion - good morals - that some find to be a pure Civil Law concept. We devised a composite text to determine its technical impact - two forms, two horizons, forming a discursive entity. Are or aren't good morals rules of Law? Can the juridical discourse tolerate rules and deontic powers alien to itself - as are the moral rules? Is public morality making the Law in a democratic society – has it ever done so? What role does the notion of good morals play in today's jurisprudence?

Keywords. good morals; illicit cause; deontology; ethics; deontic force; jurisprudence; interpretation; juridical metadiscourse; norm; legal object (*res*); public order; textualism.

BONNES MŒURS – UNE CONFUSION ÉTHIQUE RÉFLÉCHIE EN DROIT

Bref. Bonnes mœurs – une confusion éthique réfléchie en droit. Voilà l'occasion pour mieux cerner ce que veut dire ce syntagme assez insolite que certains considèrent de nature pure civiliste – les bonnes mœurs. Afin de mesurer l'impact technique du vocable, on a établi un texte composite – deux formes, deux horizons, en formant le tout discursif. Il est temps d'éclaircir si les bonnes mœurs sont vraiment des règles juridiques, si le discours de-droit demeure compatible avec d'autres normes que celles juridiques, si la moralité publique fait encore le droit dans la société démocratique, tout en répondant à la question fondamentale où sont passées les bonnes mœurs aujourd'hui, y compris en jurisprudence.

Mots-clés : bonnes mœurs ; cause immorale ; déontologie ; éthique ; force déontique ; jurisprudence ; interprétation ; métadiscours ; norme juridique ; objet juridique (*res*) ; ordre public ; règle ; textualisme.

Cuprins

[A]	Mini istoric al bunelor moravuri	14
[B]	Lexic + câteva definiții date bunelor moravuri.....	19
(I)	O definiție a bunelor moravuri.....	31
(II)	Obiectul bunelor moravuri	40
[C]	Morala publică – arierplan extrajuridic al bunelor moravuri.	46
(III)	Natura juridică a bunelor moravuri	51
[D]	Evanescența moravurilor publice	58
(IV)	Caracteristici ale bunelor moravuri.....	69
(V)	Funcțiile ori efectele bunelor moravuri	74
[E]	Practică judiciară – câteva pilde.....	86
(VI)	Meta-discursivitatea bunelor moravuri	95
(VII)	<i>Repetitio</i> – concluzii însumate.....	100

*

**

Distanța dintre etic și juridic a fost evaluată cu ustensile ideologice diferite. Nu întotdeauna rezultatele au fost identice, poate nici măcar apropiate. Măsurătorile ideologice au fost întrerupte fie de imperative mai stringente practic, fie de găsirea unui numitor comun, egal cu distanța parcursă de realitatea juridică către imaginea sa. Acesta din urmă ne sugerează suplimentar că cele două repere ar trebui deosebite, nu contopite, din moment ce există o întindere măsurabilă și între ele. Distincția dintre etic¹ și juridic, dintre morală și drept, va rămâne confuză, incitantă și recurentă într-un ambient social care simte nevoia deosebirii între drept și alte sisteme deontice [de normare socială]. Retrasă în forul interior, constituind o afacere personală a fiecăruia dintre noi, morala a cedat astăzi locul public dreptului, care propune și impune comportamente și sancțiuni tipice, excluzând

¹ Punem aici semnul egal între *etic* și *moral*, doar două cuvinte sinonime.

aprecieri ori judecăți morale. Secularizarea vieții politice a impus retragerea moralei pe un aliniament intim – conștiința fiecăruia dintre noi.

Etatizarea dreptului s-a dat la schimb cu privatizarea moralei, în *societatea democratică*². În ciuda efortului continuu de delimitare a zonei de acțiune, a diferenței de natură și de legitimitate, cele două sisteme normative – etica și dreptul – nu pot fi izolate perfect și pe de-a întregul. Mai mult, cu cât pălește autoritatea legii, pe atât pare că se înviează discursul moralizant. Se împrumută valori, reguli și criterii religioase – până dinspre fundamentalisme, sau se exhibă un corpus pretins etic al diferitelor coduri deontologice – o instituționalizare intruzivă a juridicului etatic în dimensiunea morală. [Din nou.] Mișcarea ar fi centrifugă până la un moment dat, iar distanța pare un cerc. Legiuitorul – predicând deontologii legalizate, parcă vrea să deghizeze sincer strângerea lațului normativ al celor două frâie; o nouă modă de instrumentalizare juridică a valorile și comandamentelor etice.

Bunele moravuri. Iată o locuțiune care trimite analiza juridică cu pedigriu către anumite țărături deja vizitate. Ea definește un topos în care desantul moralei în drept – cu voie de la legiuitor și prin grija judecătorului – este strict și exact comandat. Bunele moravuri nu reiterează discursul general despre relațiile dintre juridic și etic. Ele rescriu doar o secvență, o porțiune a acestuia, manipulată discursiv în scopuri practice, cu aplicare țintită în fabricarea anumitor mecanisme juridice ori în aplicarea unor sancțiuni de drept. A discuta despre bunele moravuri nu înseamnă a analiza morala, ci modul în care aceasta e adoptată și exilată *de lege lata*, ori

² *Societatea democratică* este o categorie juridică prezentă în CEDO [art. 11 alin. (2)] și jurisprudența curții omonime; folosim aici expresia în sensul ei juridic, cuprins în Convenție și detaliat de Curte. „*Ayant défini la société démocratique comme une société avant tout, et surtout, pluraliste, la Cour « CEDO » en déduit les trois composantes essentielles : la prééminence du droit, la liberté d'expression, et la liberté du débat politique.*”, v. J. TAJADURA TEJADA, *La doctrine de la cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques*, Revue française de droit constitutionnel nr. 2/2012 (90), p. 342.

de jurisprudență. Neîndoios, analiza în drept a bunelor moravuri – o noțiune juridică, se înscrie în dezbateră raporturilor drept-etică, dar nici nu o epuizează, după cum nici nu insistă esențial pe etic, pe efectele moralei în juridic. Efortul nostru nu va fi deci epuizant și nici nu are pretenția de a redesena marile probleme ale clasicului binom drept-etică. Scrutăm dincolo de litera legii civile, cântărim cum sunt bunele moravuri primite în discursul juridic – în special în cel de drept privat. Scopul ar fi învățămintele pe care le-am putea extrage din această incursiune fulgerătoare pe care morala o face în drept, prin bunele sale moravuri juridice.

Urmăm o schemă [întretăiată discursiv de **infratext**] ce cuprinde: **[A] Mini istoric al bunelor moravuri** și un **[B] Lexic + câteva definiții date bunurilor moravuri**; (I) O definiție de lucru; (II) Obiectul, **[C] Morala publică – arierplan extrajuridic al bunelor moravuri**, (III) Natura juridică a bunelor moravuri și **[D] Evanescența moralei publice**; (IV) Caracteristicile juridice și (V) Funcțiile ori efectele bunelor moravuri, dar și o **[E] Practică judiciară – câteva pilde**; iar (VI) Metadiscursul conexat bunelor moravuri va anunța o (VII) *Repetitio* – concluzii însumate, pentru cei foarte grăbiți.

*
**

[A] Mini istoric al bunelor moravuri

Se consideră că originea juridică a bunelor moravuri trebuie căutată chiar în dreptul roman³. *Boni mores* ar fi fost „un ansamblu de principii imperative de conduită adăugate dreptului, care erau plasate la începutul lucrărilor didactice elementare ale jurisconsultilor”⁴. Ulterior redescoperirii dreptului roman, bunele moravuri ar fi trecut în dreptul canon al Bisericii catolice, prin lucrările moraliştilor creştini⁵. Originea romană este sprijinită și de ideea că încă în secolul al VI-lea î.Hr. expresia *boni mores* desemna „un criteriu folosit de Servius Tullius cu ocazia primelor recensăminte”⁶. Dacă ar fi să elucidăm legătura dintre viața privată și cea publică, ar rezulta că la romani „*boni mores* permitea sancțiunea politică – luând în considerare în special statutul de cetățean – a comportamentelor care nu țineau neapărat de viața publică”⁷. Pentru a se întâmpla așa, bunele moravuri romane „se articula în jurul a șase axe: religia, recunoștința,

³ Avem mari rezerve că dreptul roman ar fi cunoscut categoria de bune moravuri așa cum o înțelegem noi azi. Cert, expresia exista și era instrumentalizată și juridic, dar într-o societate fundamental deosebită de a noastră, care este laică și cunoaște mecanismul drepturilor subiective. În plus, vitalitatea matusalemică și complexitatea infinită a dreptului roman, modificările sale de-a lungul multor epoci nu cred că ne permit să discutăm la paușal de *boni mores*. Sensul, funcția și importanța bunele moravuri trebuie să fi variat enorm de-a lungul secolelor de practică romană a dreptului, fiind suficient să amintim schimbările generate de trecerea la politeism la creștinism, extincția dreptului peregrin în favoarea celui *quiritar*, succesiunea de la republică la imperiu, uitată fiind Roma regală ... În plus, evocarea legitimizează a dreptului roman este manifest caducă acum, când legiuitorul poate să reglementeze suveran exclusiv după propria opinie.

⁴ D. LOCHAK, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique*, p. 16 in (colectiv), *Les bonnes mœurs*, May, Amiens, 1993, <https://hal.parisnanterre.fr//hal-01670208/document/>.

⁵ *Ibidem*.

⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, ed. PUF, Paris, 2005, p. 2.

⁷ *Idem*, p. 3.

respectul, smerenia, *vindicatio* și buna-credință. Pentru menținerea acestora, censorul era îndrituit să interogheze orice cetățean, iar în cazul constatării unei violări a acestora, el putea întocmi o *nota censoriæ*.⁸ Aceasta poate fi înțeleasă ca o sancțiune, un blam de natură morală, „putând avea repercusiuni asupra rangului în cetate a cetățeanului”⁹, căci blamul era aplicat pentru fapte¹⁰ precum lipsa de respect față de magistrații romani, absența pietății filiale, risipa propriei averi, serviciul militar îndeplinit nesatisfăcător ș.a.

Din această tradiție presupus romană, bunele moravuri au fost transpuse în dreptul civil francez prin Codul Napoleon (1804), cu titlu de principiu general, de complement al ordinii publice, indicând limita de netrecut a oricărui act privat (art. 6). Evocate anterior de Portalis, care considera bunele moravuri „un veritabil ciment al edificiului social «căci» orice ofensă jignește natura și legile”¹¹, cuprinderea lor în

⁸ *Ibidem*.

⁹ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 3.

¹⁰ „Si l'on remonte à l'origine étymologique de la notion, aux boni mores, il apparaît qu'elles ont pour les Romains un contenu **extensif** [s.n.]. Sont contraires aux bonnes mœurs non seulement la licence et l'obscénité, par opposition à la décence et la pudeur, mais aussi les actes qui enfreignent la pietas [affection envers la patrie, entre parents et entre proches], la gratia [gratitude pour les services d'autrui], la reverentia [le respect], la bonafides.”, v. D. LOCHAK, op.cit., p. 40-41. Acest sens extensiv este străin dreptului actual, bunele moravuri nefiind azi decât o fațetă, un aspect al instrumentalizării juridice a moralei, iar nu un numitor comun sau suma tuturor intervențiilor de natură sau inspirație etică în drept.

¹¹ PORTALIS *apud* B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 5. Totuși, nu trebuie să cădem în plasa semantică întinsă de sintagma folosită. *Bunele moravuri* nu au un sens univoc la Portalis, după cum nu desemnau vreo categorie juridică; era o simplă expresie. Astfel, el folosește și alte cuvinte decât expresia amintită (e.g. *mœurs publiques*, *mœurs*) pentru a evoca moravurile, etica sau sentimentele morale. În fine, chiar moravurile la care se referă expres Portalis sunt greu de definit, neexistând o distincție netă etic-juridic în discursul său. Astfel, moravurile puteau avea inclusiv o origine legală, dar fără conținut specificat; un simplu efort retoric, în

legea civilă ar fi avut *illo tempore* „o valoare simbolică: depășirea clivajelor sociale și adeziunea de ansamblu a poporului francez la anumite valori comune. Prin excepție de la principiile liberale, noțiunea de bune moravuri permite deci statului să se amestece în viața privată pentru a asigura astfel, atât faptic, cât și simbolic, o mai mare coeziune a corpului social. Se înțelege astfel de ce locul noțiunii în dreptul pozitiv este strâns legat de regimul politic în vigoare.”¹²

Iată deci un construct ideologic, bun de pus în operă juridică pentru a servi și mai bine cauza politică. Dar poate că acest aspect e mai bine subliniat de apariția în dreptul penal a categoriei de bune moravuri, petrecută tot în epoca tulbure a Revoluției franceze. Mai exact, este vorba de decretul revoluționar din 19-22 iulie 1791, incriminând în Franța „ofensa publică a moravurilor” limitată la „atentatul la pudoarea femeilor”. Fără să păstreze formulările anterioare, Codul penal francez din 1810 incriminează ulterior orice formă de ofensă a moravurilor prin „expunerea sau distribuirea de cântece, pamflete, figuri sau alte imagini contrare bunelor moravuri” (art. 287)¹³. Penal, bunele moravuri se nasc puțin înainte de secolul al XIX-lea și sunt legate eminent de comportamentul sexual și de moravurile carnale. Ieșită zdruncinată dintr-o revoluție cu repetiție, Franța inventează un nou instrument juridic, care va fi înțeles ca reflectând o nouă tendință socială – burgheză, moralistă.

Dreptul român a preluat legislația din secolul al XIX-lea din Hexagon, în efortul său legitim de modernizare și sincronism occidental, părăsind

scopul evidențierii superiorității morale a legilor bine făcute: „*Des bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir; elles sont la source des mœurs, le palladium de la prospérité, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même.*” v. J.E.M PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, (21.01.1801), ed. Confluences, Bordeaux, 2004, p. 13.

¹² B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 5.

¹³ F. OST, M. van de KERCHOVE, op.cit., p. 7.

izvodul otoman. *Codicele* (civil) *Alexandru Ioan* (din 1864) a copiat¹⁴ *mot-à-mot* în art. 5 ceea ce modelul său francez dispunea¹⁵ la art. 6. La fel s-a petrecut și cu Codul penal român (din 1864) care, într-o secțiunea aparte¹⁶, valorifica penal bunele moravuri prin pedepsirea delictului de ultraj al acestora. Sigur, aceasta nu înseamnă că înainte¹⁷ de importul normativ franco-italian, ideea de morală în drept ar fi fost cu totul străină fenomenului juridic românesc. Deși cu o aplicare incertă și fără urme notabile, Codul Calimach (din 1817) are cel puțin o trimitere la ceea ce noi numim astăzi bune moravuri. Ea se referă la respectarea moralității publice cu ocazia înființării unei persoane morale, dar și de-a lungul funcționării sale¹⁸. Suntem într-o epocă în care statul nu e separat încă de biserică, iar despre sensul juridic al moralei publice nu avem surse sigure. Evident, regulile morale erau cele religioase, ale învățăturii creștine ortodoxe, iar amalgamul între dreptul secular, dreptul canonic și moravurile obștii este atât de compact încât orice efort analitic nu ar putea să ofere decât cel mult câteva

¹⁴ „Nu se poate deroga prin convenții sau dispoziții particulare la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri.”

¹⁵ „*On ne peut déroger par des conventions particulières aux loi qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*”

¹⁶ „Atentate în contra bunelor moravuri”, art. 262-271. Acest codice penal a fost în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936. El incrimina, sub titlul amintit, ultrajul public în contra pudorii, adică siluirea (violul); ultrajul contra moralei publice sau religioase ori contra bunelor moravuri; adulterul (preacurvia) și bigamia.

¹⁷ Însăși împletirea canoanelor bisericesti cu pravilele împărătești, petrecută de pildă în „Îndreptarea legii” (1652), ne dovedește că năravurile erau evaluate juridic, dar cu ajutorul rânduielilor religioase (ortodoxe). Astfel, postul era una din sancțiunile aplicate păcatului malachiei (onanism) ori interdicția cununii – în caz de „amestecare de sânge” (incest), v. „Îndreptarea legii”, ed. Academiei RPR, București, 1962, glava 329, p. 302 și glava 330, p. 303.

¹⁸ § 42 „Neertate tovărășii sunt acele cu hotărîre oprite de legi sau care vederat sînt împotrivoare obșteștii siguranții sau a bunelor obiceiuri sau a moralului.” Codul Calimach, ed. Academiei RPR, București, 1958, p. 81.

crâmpie de adevăr istoric. Evitând capcana oricărui anacronism și amintind că aici ne interesează exclusiv bunele moravuri în sensul lor juridic, tehnic, așa cum sunt ele înțelese într-o societate laică, subliniem doar evidența că și pe teritoriul de azi a României dreptul premodern nu avea cum să evite practic evocarea¹⁹ îndatoririlor moralicești, a tradițiilor străbune și pravoslavnice.

Concluzie. Bunele moravuri descriu o categorie juridică cu o istorie decelabilă, fără ca aceasta să se confunde cu însăși evoluția influenței eticii și religiei asupra dreptului. Bunele moravuri constituie o categorie istorică, ea având propria sa desfășurare în timp, cu un început și un sfârșit. Dreptul civil din Quebec, de exemplu, a renunțat expres (în 1999) la noțiunea de bune moravuri, existentă anterior, și a păstrat doar interdicția expresă de a nu se deroga de la legile care „interesează ordinea publică”²⁰. Aceasta înseamnă că obiectul juridic numit *bune moravuri* a avut o viață juridică cuprinsă între anii 1866 și 1999. Dreptul românesc are și el o istorie atașată bunelor moravuri, care începe doar în epoca modernă, odată cu codurile din 1864, continuând încă și azi.

¹⁹ C. VINTILĂ-GHIȚULESCU, *În șalvari și cu ișlic. Biserică, sexualitate, căsătorie și divorț în Țara Românească a secolului al XVIII-lea*, ed. Humanitas, București, 2011; C. VINTILĂ-GHIȚULESCU, *Bonnes et mauvaises mœurs dans la société roumaine du XVIIIe siècle*, p. 77 și L. LIVADĂ-CADESCHI, *Un mariage décidé en instance. Du concubinage au mariage en Valachie à la fin du XVIIIe siècle*, p. 111 in I. BĂLUȚĂ, C. VINTILĂ-GHIȚULESCU (coord.), *Bonnes et mauvaises mœurs dans la société roumaine d’hier et d’aujourd’hui*, ed. Colegiul Noua Europă, București, 2004.

²⁰ Art. 9 C.civ. din Québec. Vechiul cod civil din aceeași regiune canadiană conținea un text după chipul și asemănarea celui francez, iar bunele moravuri erau plasate alături de ordinea publică (art. 13).

[B] Lexic + câteva definiții date bunelor moravuri

Pentru legislația română actuală, expresia *bune moravuri* este substanțială, în sensul că ea absoarbe însăși categoria juridică. Cu această funcție este folosit termenul în Codul civil²¹, cel administrativ²² ori în Codul penal²³. Aceasta nu înseamnă – dincolo de nominalismul inerent categoriei analizate – că nu ar fi permisă utilizarea de sinonime sau perifraze, pentru a desemna aceeași categorie de-drept (*res*). Astfel se întâmplă, de pildă, cu textul CEDO. Acesta folosește termeni diferiți pentru a invoca ceea ce de regulă evocă expresia *bune moravuri*, fiind vorba de protecția *moralei* (art. 8, 10, 11), respectiv a *moralei publice* (art. 9). Cele trei expresii sunt identice și interschimbabile, aspect dedus din articolele amintite, Convenția preocupându-se de instituirea unui criteriu etic de evaluare comportamentală. Sinonimia este aici juridică, căci cei trei termeni ținesc morala²⁴ (publică), instrumentalizarea sa juridică mai ales sub aspect normativ. În plus, ceea ce interesează în ipoteza cercetării altor locuțiuni sau vocabule folosite pentru a înlocui sintagma *bune moravuri*, este să se determine cu exactitate dacă textul-de-lege se referă la etică doar în sensul descris de *bunele moravuri*. Acest aspect este important, căci etica poate avea și alte aplicații juridice, excluzând însăși ideea ori categoria juridică a bunelor moravuri. Astfel se întâmplă când se reglementează buna-credință,

²¹ Art. 1 (4); 11; 14; 15; 60; 84 alin. (2); 196 alin. (1) lit. c); 526; 626; 1009 alin. (2); 1169; 1225 alin. (3); 1236; 1255; 1402; 1882 alin. (2); 2263 alin. (2) C.civ.

²² Art. 368 lit. g) C.adm.

²³ Art. 375 C.pen.

²⁴ Aceasta nu înseamnă că orice derivat din cuvântul moral ne trimite direct la bunele moravuri. „*Les occurrences des termes sémantiquement voisins. On trouve d'abord tous les termes dérivés du radical "moral" : morale, moralité, bonne moralité, moralité publique, démoralisation. Il faut aussi mentionner les occurrences de termes qui sont soit plus précis, comme licence ou pornographie, soit au contraire plus englobants, tels l'indignité.*” D. LOCHAK, op.cit., p. 20.

etica profesională (coduri deontologice) ori judecata în echitate. Oricare dintre acestea constituie mijloace specifice, dar diferite de bunele moravuri, de inserare a eticii în drept. Schimbând registrul, amintim inclusiv părerea că locuțiunea *bune moravuri* ar fi tautologică, ori chiar un pleonasm²⁵.

În fine, *bunele moravuri* nu constituie un fetiș lexical și nici vreo sintagmă imposibil de înlocuit (discursiv ori metadiscursiv), pentru analist, judecător ori legiuitor. Tradiția și obișnuința o recomandă însă ca o expresie preferabilă, eliminând echivocul *etic* din construcția juridică, care se poate concentra pe evaluarea discursivă a moravurilor comunitare.

Altminteri, există sinonime [legale] pentru bunele moravuri, dar nu există o definiție legală pentru acestea. Textele de lege doar cuprind expresia, fără a fi preocupate de definirea sa pozitivă (*lex posita*), chiar astăzi, când abundența definițiilor *de lege lata* este un fenomen banal. Această lipsă se explică uneori prin ideea dificultății²⁶ ori a imposibilității definirii lor, bunele moravuri fiind o categorie atât de laxă încât e aproape imposibil să o califici, nu numai legal, ci chiar doctrinal. Se poate constata o elasticitate a noțiunii, însă aceasta nu împiedică definirea ei, ci este doar un alibi pentru a camufla neasumarea unei definiții. Pe de altă parte, definirea juridică a bunelor moravuri ar părea inutilă din moment ce ea s-ar identifica cu moravurile comunitare ori cu morala publică. Absența definiției legale este o figură retorică, nu o scădere ori o scăpare a textului-de-lege, ea conținând sugestia de identificare a bunelor moravuri cu morala publică, ceea ce tehnic este fals. Imposibil de-drept, dificil metadiscursiv.

Dificultatea definirii bunelor moravuri întunecă inclusiv luminile analitice ale doctrinei, dar și cele ale jurisprudenței. Pentru doctrină, greul

²⁵ „A cet égard, l'expression même de « bonnes » mœurs constitue peut-être moins un « pléonasme » qu'il ne le semble à première vue. Loin de suggérer nécessairement « qu'il s'agit d'autre chose que de la morale proprement dite », cette expression paraît plutôt traduire une conception moins « réaliste » que « normative » de l'opinion publique en matière sexuelle.” F. OST, M. van de KERCHOVE, op.cit., p. 39, pg. 37 (sublinierile aparțin autorului, v. n. 55, 56).

²⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 21.

vine din identificarea bunelor moravuri cu morala publică, ceea ce impune definirea celei din urmă, efort intelectual străin metadiscursului juridic, aparținând exclusiv celui moral. Eroarea constă însă în identificarea bunelor moravuri cu morala, cu etica, noțiuni posibil de definit și caracterizat doar prin variante și opinii variate (potrivit unor concepții distincte), livrate de filosofia morală. Pluralitatea definițiilor și pozițiilor filosofice despre morală [și etică] face imposibilă definirea juridică univocă a bunelor moravuri, atunci când acestea sunt identificate sau reduse la morală (etică). Bunele moravuri au totuși o altă textură [discursivă și metadiscursivă] decât etica, cele două aparținând unor domenii distincte [dreptul, morala], nefiind noțiuni fungibile intelectual.

„E dificil să dăm o definiție teoretică a ceea ce sunt bunele moravuri. Trei concepții pot fi repertoriate, totuși. Potrivit primei, cea pozitivistă, bunele moravuri ar fi obișnuințele de viață definite de legea pozitivă, vizând binele. După tendința idealistă, bunele moravuri au o legătură cu un ideal moral; desprinse dintr-o etică transcendentă, ele s-ar apropia de morala creștină. În fine, pentru cea de-a treia concepție, noțiunea ar avea o origine sociologică, empirică, expresia desemnând moravurile majorității populației.”²⁷ „Prin bunele moravuri legiuitorul trimite la o apreciere morală a moravurilor. Astfel, noțiunea de bune moravuri stabilește o legătură între morală și drept: ele caracterizează imixtiunea anumitor valori morale în dreptul pozitiv.”²⁸ Ceea ce permite distincția între cele două obiective pe care le-am putea atribui noțiunii. Unul ar permite să discutăm despre „protecția moralității publice”, celălalt despre „protecția unei categorii anume de persoane”, ceea ce impune scindarea bunelor moravuri în unele de direcție și altele de protecție.²⁹

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Idem*, p. 22.

²⁹ *Idem*, p. 47. Autorul mărturisește expres calcul după înțelegerea scindată a ordinii publice (de direcție, de protecție).

Bunele moravuri [de direcție] au un rol normativ, aflat însă în curs de dispariție³⁰, noțiunea devenind inutilă juridic, din moment ce nu mai este practic aplicată. Astfel, modificarea infracțiunii de ultraj contra bunelor moravuri elimină expresia și asigură protecția minorilor în fața pornografiei, accentul de incriminare mutându-se de la ocrotirea bunelor moravuri la protecția minorilor³¹. În materie civilă, odată cu validarea morală de către Curtea de casație franceză (1999) a donațiilor făcute de un soț concubinei, „noțiunea de bune moravuri este pe cale să devină total inutilă [...], ceea ce nu a exclus „multiplicarea referințelor la aceasta.”³²

Bunele moravuri [de protecție], deși de o efectivitate incertă, ar viza în special controlul publicațiilor destinate minorilor și a producțiilor cinematografice – în combaterea pornografiei infantile. „Noțiunea de bune moravuri de protecție definește o țintă, un scop moral în dreptul contemporan [...], prin crearea cutumiară a conținutului său. Ea distinge între permis și interzis, între licit și ilicit, în funcție de binele comun. Totuși, spre deosebire de bunele moravuri de direcție, utilizarea bunelor moravuri de protecție nu devine legitimă decât dacă ea este justificată simultan atât de protecția binelui comun, cât și de ocrotirea unei categorii de persoane. Violarea moralității publice nu va mai fi ea singură în stare să justifice sancționarea unui comportament. Cele două criterii – definirea moralității publice și protecția unei categorii anume de persoane – sunt deci de acum cumulative.”³³

³⁰ *Idem*, p. 52.

³¹ Art. 283 înlocuit fiind (în 1994) de art. 227-23 C.pen.fr. (astăzi, art. 227-23-1), *idem*, p. 48-49. Ideea recurentă a lucrării ar fi că dispariția bunele moravuri a fost însoțită, dacă nu chiar provocată juridic, de întărirea protecției asigurată anumitor categorii de persoane și de sporirea importanței drepturilor subiective, în prim-plan fiind și ocrotirea persoanei minore. Efortul e continuat și astăzi, de pildă, prin adoptarea Legii nr. 478/2021, *visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste*.

³² *Idem*, p. 55.

³³ *Idem*, p. 67.

Deducem din toate acestea că, deși o categorie juridică, bunele moravuri se identifică cu regula morală, fiind un implant etic în drept, cu funcții și scopuri diferite. Dintre acestea se detașează apărarea juridică a moralității, a unei categorii de persoane, dar și reprimarea nesocotirii regulilor și valorilor etice cuprinse în noțiune. Funcția reglementară a bunelor moravuri este calchiată după cea a ordinii publice, cu care de altfel face pereche, fără să se confunde; valorile și normele etice constituind esența juridică a bunelor moravuri. Evident, evanescența moralității publice, multiplicarea surselor etice din societatea contemporană vor eroda mai întâi caracterul etic median al moralei publice, aceasta devenind nimic altceva decât o sumă de moravuri de grup, publicul multiplicându-se și repliindu-se în sine etic vorbind. La imposibilitatea determinării unui numitor comun al bunelor moravuri se adaugă și acțiunea țintită a legiuitorului de a abandona însăși noțiunea de bune moravuri. Acest aspect este învederat de abrogarea infracțiunii de ofensă contra bunelor moravuri [în dreptul francez], așa cum era ea inițial [tradițional] construită *de lege lata*, cu efectul sporirii intensității ocrotirii țintite a minorilor în fața pornografiei. Conchidem că această concepție ar schița o definiție substanțială a bunelor moravuri, chintesența lor fiind morală, cu instrumentalizarea lor *tel quel* juridică. Marele avantaj al definiției ar fi aplicarea sa în ansamblul dreptului, fără să mai deosebim între civil și penal, între public și privat.

Opus oarecum concepției de mai sus, se plasează încercarea de a defini bunele moravuri prin scindarea monolitului pe care îl formează cu ordine publică; ultima fiind întregită normativ de prima, într-o funcțiune binară și cu vocație exhaustiv deontică. Codul civil francez din 1804 „exprima o nouă ordine impusă de Revoluție. Articolul 6 viza să interzică inițiativele individuale de întoarcere la practicile înlăturate de revoluție. În plus, se urmărea asigurarea respectului față de regulile morale tradiționale.

Finalitățile ordinii publice erau deci esențialmente politice și morale.”³⁴ „Aspect moral al ordinii publice, bunele moravuri asigură primordial respectul moralei sexuale cu ajutorul «cenzurării» cauzei imorale. Bunele moravuri nu sunt decât aspectul moral al ordinii publice de care nu pot fi dissociate. Motivul «contractului» joacă aici un rol important, astfel încât aplicațiile practice ale noțiunii de bune moravuri se regăsesc în materia cauzei imorale «a actului» [...]. Ne limităm să observăm că este fundamentală protecția moralei sexuale, iar indirect, ocrotirea căsătoriei și a familiei, acestea fiind aplicațiile bunelor moravuri.”³⁵ Dificultatea definirii bunelor moravuri este semnalată și aici, ca și riscul de identificare a lor cu „concepțiile morale ale magistraturii”³⁶. Apoi, și dreptul la diferență social revendicat, plus stingerea ecoului social al moralei creștine, ar conduce inevitabil la o dificilă identificare a valorilor și regulilor morale constitutive etic de bune moravuri. Cert, bunele moravuri sunt identificate și acum cu normele [etice], iar singura chestiune practică (poate și teoretică) spinoasă ar fi deci identificarea exactă a izvorului moral al bunelor moravuri. Vedem aici o comprimare a noțiunii juridice la sistemul deontic etic [identificarea sa cu o regulă], marginalizarea bunelor moravuri prin definirea și aplicarea lor eminentemente în zona privată a dreptului – însă numai ca anexă utilitară a ordinii publice –, dar și folosirea lor pe post de cenzor sexual, prin mijlocirea cauzei actului civil, în special.

„În definitiv, se pare că am putea defini bunele moravuri ca reguli morale sociale, considerate fundamentale chiar pentru ordinea societății.”³⁷ Tendințele idealiste și cele empirice – adică cele care se sprijină fie pe ceea ce face majoritatea populației, fie pe o etică transcendentă – ar forma intervalul analitic în care s-ar înscrie eforturile de precizare a conținutului

³⁴ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, ed. LGDJ, Paris, 1993, p. 100 (pg. 120).

³⁵ *Idem*, 105.

³⁶ *Idem*, 107, n. 158, citând din J. CARBONIER.

³⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 387.

bunelor moravuri. „În realitate, se pare că în practică, noțiunea de bune moravuri ar fi rezultanta unui fel de compromis între cele două concepții.”³⁸ Bunele moravuri nu se identifică cu morala – o tendință de „perfecționare interioară a indivizilor”, ele vizând „numai o conformitate exterioară”; legea dând „o delegație bunelor moravuri și moravurilor”³⁹. Dacă ne mărginim la dreptul francez, „reculul noțiunii de bune moravuri este evident. Tradițional, considerăm că bune moravuri ar fi în societatea noastră contrariul «vieții rele» à la française, una care evocă integral o atmosferă: luxură, jocuri, droguri.”⁴⁰ Așa se și explică jurisprudența care, apelând la cauza imorală, a anulat contractele privind înființarea sau exploatarea caselor de toleranță, precum și liberalitățile dintre concubini, ca să nu mai amintim de secolul al XIX-lea, când erau nule inclusiv convențiile de curtaș matrimonial ori jocurile de noroc sau întrecerile violente (boxul); azi, simple amintiri, din epoci apuse. Interesant este că, s-ar putea discuta aici și despre o morală de afaceri, în vederea legitimării economiei de piață, ceea ce impune nulitatea contractelor de corupție sau de trafic de influență, tot pentru cauză imorală⁴¹. Observăm și la acest autor, ca la alții⁴², identificarea bunelor moravuri cu regulile de esență morală, folosite (uneori) prin intermediul cauzei, pentru controlul moralității juridice, în special în domeniul actelor civile.

[În dreptul francez], în loc de concluzie, s-ar spune că bunele moravuri sunt asimilate cu regulile de sorginte morală, independent de definiția dată moralei, indiferent de soluția aleasă pentru înțelegerea

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Idem*, p. 358.

⁴¹ *Idem*, p. 360.

⁴² A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, ed. Montchrestien, Paris, 2007, p. 152; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, ed. LGDJ, Paris, 2001, p. 97; S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, ed. LGDJ, Paris, 2000, p. 61; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, ed. PUF, Paris, 2008, p. 365.

substanței lor⁴³, ele făcând un oficiu secund, atașat ordinii publice, de evaluator al imoralului juridic.

[În dreptul românesc] putem păstra concluzia de mai sus, cu începere încă din perioada interbelică, întemeiată pe legiuirea civilă din 1864. „Ce se înțelege prin bunele moravuri? DI Plastara le definește: ceea ce este conform cu modul general de conducere al oamenilor în societate. Mai simplu le putem defini drept buna purtare în viața socială. Trebuie să observăm că bunele moravuri interesează și ele ordinea publică, așa că în definitiv legile ce interesează bunele moravuri sunt tot legi de ordine publică.”⁴⁴ Prin bunele moravuri, „judecătorul va avea o mai largă putere de apreciere, putând anula o dispoziție particulară care interesează moralitatea publică, chiar când nu este contrarie unei reguli imperative speciale și nu interesează decât indirect ordinea publică. Art. 5 C.civ. pune imoralitatea pe aceeași treaptă cu nelegalitatea. Pe această bază, se consideră nulă o convenție relativă la concubinaj, deși nici un text nu pronunță vreo nulitate expresă. Legea însăși aplică regula art. 5 în art. 968 C.civ., relativ la cauza convențiilor. Puterea de apreciere a judecătorilor, pe care aceștia o au pe baza art. 5, ar putea da naștere la arbitrar și la abuzuri, dacă judecătorii s-ar arăta prea rigizi sau prea porniți în aprecierea a ceea ce este și ceea ce nu este contrar bunelor moravuri. Este deci nevoie de măsură și prudență, în această apreciere.”⁴⁵

Sprrijinindu-se pe litera aceluiași codice din 1864, inclusiv dreptul [civil] comunist a abordat (stângaci și laconic) chestiunea bunelor moravuri. Aceasta mai ales că *textul* art. 5 C.civ. rămăsese neschimbat în ciuda revoluției socialiste. „Scopul actului juridic civil este moral atunci când este în concordanță cu regulile de conviețuire socialistă, adică cu morala

⁴³ La „*règle morale admise dans un pays est une règle religieuse*”, v. G. RIPERT, M. BOULANGER *apud* S. DARMAISIN, *op.cit.*, pg. 73. În 1952 se mai putea susține ...

⁴⁴ C. HAMANGIU, I. ROSETTI BĂLĂNESCU, AI. BĂICOIANU, *Tratat de drept civil român*, vol. I, (1928, republicat) ed. All, București, 1996, p. 93.

⁴⁵ *Ibidem*.

socialistă.”⁴⁶ „Aceste reguli nu pot fi considerate izvor de drept decât în măsura în care actele normative fac trimitere la ele și le consideră astfel pe plan juridic.”⁴⁷ Dincolo de limba de lemn, care a reușit înlocuirea expresiei *bune moravuri* cu o perifrază ideologică dizgrațioasă [„reguli de conviețuire socială socialistă”], rămânem cu ideea că bunele moravuri constituie încă un criteriu de apreciere a cauzei actului civil, că regulile după care moravurile se judecă sunt etica socialistă⁴⁸, care poate fi juridic instrumentalizată la nevoie. În același timp, este evitată ideea de alăturare funcțională a ordinii publice și a bunelor moravuri, poate tocmai pentru a asigura prioritate legalității socialiste, dar și pentru a păstra puritatea „actelor normative” – singurele și unicele izvoare de drept comunist (o altă marotă ideologică a epocii juridice socialiste).

În 1989 comunismul se prăbușește, iar pentru unii autori contemporani, imoralitatea nu este decât o „contradicție cu regulile de conviețuire socială”⁴⁹. Căci „moralitatea cauzei este prevăzută de legea civilă nu distinct, ci împreună cu caracterul său licit. Cauza ilicită și cauza imorală desemnează aceeași realitate, distincția nefiind foarte importantă.”⁵⁰ Observăm că nici măcar analitic nu se poate aici distinge ordinea publică de bunele moravuri, ilicitul absorbind imoralul [o simplă figură de stil] și întemeind astfel nulitatea actului civil. Ideea de regulă, de normă de comportament [etic] definitorie pentru bunele moravuri, este din plin și aici prezentă, dar nu e circumstanțiată, ci doar comunicată. Aceeași concluzie s-ar desprinde și din studiul definițiilor prezente în unele

⁴⁶ G. BELEIU in P. COSMOVICI (coord.), *Tratat de drept civil*, vol. I, ed. Academiei RSR, București, 1989, p. 190.

⁴⁷ O. CALMUSCHI in P. COSMOVICI (coord.), op.cit., p. 104.

⁴⁸ D. GHERASIM, *Buna-credință în raporturile juridice civile*, ed. Academiei RSR, București, 1981, p. 20.

⁴⁹ E. LUPAN, I. SABĂU-POP, *Tratat de drept civil român*, vol. I, *Partea Generală*, ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 219.

⁵⁰ *Ibidem*.

dicționare de drept civil, unde polisemia *bunelor moravuri* este surprinsă și livrată sec.

Definiții de dicționar juridic

„*Bune moravuri*, sintagmă utilizată pentru a desemna ansamblul normelor de conduită cu caracter moral, la care trimite uneori legea civilă, pentru a fi luate în considerare de către instanțele de judecată drept criteriu de apreciere a caracterului imperativ, deci inderogabil, al unor texte de lege, a caracterului licit al unei cauze (ca element structural al unui act juridic) sau a caracterului moral al unei clauze contractuale etc. Respectarea ordinii publice și a bunelor moravuri constituie două cerințe obligatorii în exercitarea libertății contractuale de către participanții la raporturile juridice obligaționale.”⁵¹ „*Bune moravuri*, (1) morala sexuală acceptată la un moment dat în societate; (2) reguli de conduită general acceptate în societate, fără ca acestea să aibă neapărat un caracter juridic; (3) expresie folosită, alături cu cea a ordinii publice, pentru a desemna ansamblul esențial de reguli morale și juridice care ordonează viața unei societăți; var. (ist.) *reguli de conviețuire socială*.”⁵²

În 2011 se pune în aplicare un nou Cod civil, iar preocuparea pentru deslușirea expresiei *bune moravuri* continuă, deși *de lege lata* nu se schimbaseră prea multe. Totuși, ar fi de amintit că și-au făcut loc două idei principale în reglementarea generală a bunelor moravuri. Astfel, prima păstrează identic aliniamentul vechii legiuiri⁵³, cuplând bunele moravuri cu ordinea publică, pe post de stavile în fața libertății contractuale; și azi, ca și ieri, nu se poate deci deroga prin act privat de la imperativul public. În plus, remarcăm investirea bunelor moravuri cu o nouă funcție evaluativă. Ar fi vorba însă de o funcție cu vocație generică și obiectivă, deoarece bunele

⁵¹ M.N. COSTIN, C.M. COSTIN, *Dicționar de drept civil de la A la Z*, ed. Hamangiu, București, 2007, p. 88-89.

⁵² M. MUREȘAN, *Dicționar de drept civil*, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 90; var. (ist.) sunt abrevieri pentru variațiune și istoric (adică, arhaism).

⁵³ Art. 11 C.civ. nu este decât preluarea art. 5 din Codicele civile de la 1864.

moravuri devin acum criteriu de evaluare a unei alte reguli juridice – *uzanțele*. „Numai uzanțele conforme ordinii publice și bunelor moravuri sunt recunoscute ca izvoare de drept.”⁵⁴ Prin acest text-de-drept, bunele moravuri vor să părăsească subiectivul și contingentul speței, nemaicenzurând comportamente concrete, ci reguli juridice. Probabil că importanța practică a acestui al doilea sens funcțional al bunelor moravuri se va afirma în materie comercială, de afaceri, raporturile tradițional civile rămânând în grila obișnuită de citire a bunelor moravuri.

Bunele moravuri au continuat să fie văzute ca o aplicație etică, de rezolvat în ecuația mai complicată a raporturilor stabilite între drept și morală⁵⁵. S-a spus că bunele moravuri „sunt izvoare complementare de drept civil”⁵⁶, iar respectarea lor „este o îndatorire legală generală a oricăror subiecte de drept civil”⁵⁷. Acestea sunt „regulile de conduită socială, a căror violare este considerată ca fiind imorală și scandaloasă de majoritatea membrilor societății», este o noțiune evolutivă, cu un conținut deschis și variabil: fiecare epocă cu morala ei”⁵⁸. „Respectarea ordinii publice și a bunelor moravuri dă expresie principiului corector (reglator) al îmbinării intereselor individuale cu cele generale, care este un principiu general al dreptului civil.”⁵⁹ De aceea, „respectarea bunelor moravuri constituie, la fel ca alte prescripții legale, o îndatorire legală generală, impusă, sub sancțiunile anume prevăzute de lege, de către legiuitor tuturor persoanelor.”⁶⁰ Caracterul normativ, forța deontică a bunelor moravuri este astfel reliefată și prezentată ca o trăsătură esențială; implantul etic în drept

⁵⁴ Art. 1 alin. (4) C.civ.

⁵⁵ M. NICOLAE, *Drept civil. Teoria generală*. Vol. I. *Teoria dreptului civil*, ed. Solomon, București, 2017, p. 280.

⁵⁶ *Idem*, p. 282.

⁵⁷ *Idem*, p. 284.

⁵⁸ *Ibidem*. Citatul din citat este textul lui P. TRIMARCHI, v. p. 284, n. 272.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

făcându-se prioritar (și) cu ajutorul bunelor moravuri, care își păstrează însă substanța morală.

În sfârșit, tot despre binomul ordine publică – bune moravuri și despre natura lor normativă va fi vorba și în ultimul citat oferit mai jos.

„Ordinea publică și bunele moravuri sunt expresii în tandem care, în opinia majorității autorilor, desemnează două noțiuni afine, adică deosebit de apropiate sau înrudite, atât prin natura lor conceptuală, cât și prin funcția pe care o îndeplinesc. În primul rând, cele două noțiuni au aceeași natură conceptuală, fiind alcătuite din norme de conduită cu conținut nedeterminat, într-o continuă dinamică, în funcție de mutațiile care intervin în evoluția societății; de aceea, ele nu pot fi definite precis și cuprinzător, fiind nevoie, de cele mai multe ori, de intervenția și aprecierea instanțelor de judecată pentru a fi concretizate. În al doilea rând, aceste noțiuni îndeplinesc aceeași funcție; din această perspectivă, ele sunt interdicții sociale care îngrădesc libertatea contractuală și o relativizează; atât într-un caz, cât și în celălalt se urmărește asigurarea supremației societății asupra individului, apărarea interesului general contra egoismului indivizilor și întărirea coeziunii corpului social în ansamblu împotriva forțelor disociative care o amenință.”⁶¹ Acestea ar fi argumente suficient de solide ca să-i convingă pe unii că la urma urmei „distanța dintre ordinea publică și bunele moravuri în materie contractuală se relevă a fi artificială.”⁶²

Concluzie. Locuțiunea *bune moravuri* este compatibilă cu diferite sinonime legale. Ceea e cu adevărat important nu este nominalismul de-drept, ci ideea de a distinge dacă legiuitorul a vrut – prin folosirea altor vocabule sau perifraze – să vizeze într-adevăr bunele moravuri ori alte implicații ale eticii în drept. Definițiile doctrinale constituie un început de probă scrisă importantă în depistarea poziției, a orientării sau viziunii celui

⁶¹ L. POP, *Conformitatea contractului cu ordinea publică. Despre ordinea publică clasică și ordinea publică modernă* in M. NICOLAE (coord.), *Actul juridic în noul Cod civil*, ed. Solomon, București, 2020, p. 7.

⁶² *Ibidem*.

care o propune. Aici reținem că există o sumedenie de asemenea definiții, având totuși un numitor comun: ideea că bunele moravuri sunt norme (reguli) etice de comportament, obligatoriu de respectat.

(I) O definiție a bunelor moravuri

Generic, suntem învățați să vedem în bunele moravuri obișnuințele, habitudinile ori comportamente comune existente la un moment dat, într-o anumită comunitate socială. Bunele moravuri ar exprima aplicarea în drept a unor reguli aparținând moralei publice; o modalitate juridică implicită de combatere a unor năravuri. Altfel spus, bunele moravuri ar concretiza valori și norme, concretizate în virtuți și comandamente etice deja acceptate într-o societate sau o parte a acesteia. Spontaneitatea și eticul ar fi două caracteristici ale bunelor moravuri, care se transformă și sunt valorificate ca norme de conduită. Substanțial normativ, bunele moravuri s-ar concretiza în reguli morale admise și practicate comunitar, cândva. Ele s-ar identifica astfel cu morala publică. Ideea centrală a definirii tradiționale a bunelor moravuri ar fi, deci, că ele ar fi reguli sau norme de comportament: norme sociale de inspirație etică, permițând evidențierea *imoralului* în drept, cu consecințe sancționator-juridice. Distincția esențială între cele două specii de norme [etice vs. juridice] ar fi de natură și de efect (sancțiune), conjuncția lor funcțională fiind asigurată de câteva mecanisme de drept dedicate lor.

De pildă, „cauză contrară bunelor moravuri” înseamnă (juridic) că un contract sau alt act civil a fost încheiat într-un scop străin, dacă nu chiar contrar, regulilor morale de conviețuire acceptate social. Altfel spus, actul este imoral. Fiind un ansamblu de reguli, dreptul nu poate asimila deplin o realitate decât dacă e normată, adică e înfățișată deontic [ca o regulă ori o normă]. Consecința imediată a fost că bunele moravuri erau înțelese ca reguli (morale) resuscitate juridic pentru a tranșa un conflict (de și între reguli diferite). Adică, pentru exemplul dat, ce se aplică în speță? Normele generate de contract – contravenind moralei bunelor moravuri, sau regulile moralei publice (conținute de aceste bune moravuri)? Răspunsul *de lege lata* este că

situația normativă conflictuală se tranșează *juridic* în favoarea normei morale publice, pretins cuprinse în bunele moravuri. Notăm prezența unui dublu conflict normativ – unul între reguli de natură diferită (moral *vs.* juridic), altul între norme juridice de esență diferită (privat *vs.* public). Ciocnirea dintre reguli se rezolvă *de lege lata* – după proclamarea supremației normei morale publice asupra normei juridice private [generată de act] –, prin aplicarea unei sancțiuni juridice imoralului (în exemplul nostru, nulitatea). La final, totul s-ar reduce la ideea că o sancțiune juridică (iar nu etică) se aplică unui comportament judecat ca imoral, salvându-se astfel ordinea publică (de drept).

Situația este paradoxală, din mai multe motive. Astfel, dacă acceptăm ipoteza curentă a societății democratice contemporane: morala este și trebuie să fie separată de drept. Statul nu poate fi azi o autoritate morală, ci una juridică. În caz contrar, statul ar fi autorizat să ne cenzureze forul interior, dar și viața privată – valori esențiale ale societății democratice. Situația poate fi paradoxală și pentru că dreptul ar recurge la norme străine de propria substanță – de natură morală ori etică –, ca să rezolve conflicte în drept ori să găsească soluții juridice. Situația ar putea deveni chiar un scandal, dacă amintim că bunele moravuri nu sunt predeterminate, ci confecționate la nevoie pentru fiecare speță – conflictul deontic având loc într-o regulă juridică preexistentă și o regulă morală dedusă circumstanțial în cauză. În fine, ultimul paradox sau, mai puțin pretențios spus, ultima nedumerire se leagă de admiterea ideii că soluționarea unei spețe juridice s-ar putea face prin folosirea [în drept a] unor reguli nejuridice? Să constituie – ca supliment analitic, aceste pseudo-paradoxuri indicii certe ale inseparabilității dreptului de etică? Să indice ele calea de ieșire din impasul inventarierii surselor normative [sociale], dreptul nefiind chiar unica sursă deontică sancționată juridic?

Varianta de soluționare a sumei de paradoxuri, a căror acumulare duce inevitabil către o aporie funcțională, este de a redefini bunele moravuri, cu sublinierea esențială că aceste nu sunt reguli sociale sau norme de conduită. Funcțiile și structura bunelor moravuri nu ne permit să le identificăm cu

regulile morale ori de etică. Acestea sunt cuprinse fie în morala publică, fie în codurile deontologice – pentru a aminti doar două surse normative etice, invocate azi juridic. Devine astfel posibilă distincția între norma morală și bunele moravuri – atunci când discuția este juridică, nu moralistă sau moralizatoare. Bunele moravuri – am spune – sunt o reprezentare juridică a moralei publice curente, valorificată ca reper comportamental (în special de speță).

Bunele moravuri nu desemnează – precum în limbajul comun – vreo regulă etică concretă. În plus și juridic vorbind, bunele moravuri nu sunt nici normă juridică, nici comandament moral. Ele desemnează o categorie juridică concretizată în imaginarea, fixarea și instrumentalizarea unei reguli etice [de conjunctură]. Bunele moravuri sunt o cheie juridică de citire a moralei publice, din care dreptul extrage ceea ce consideră oportun operei sale (legislative sau judiciare). Bunele moravuri devin astfel reper de legitimare juridică a conduitei sociale. Bunele moravuri nu există decât în discursul juridic, în textul de lege ori în deciziile judecătorești. În exteriorul acestora, există diferite valori, virtuți și reguli care alcătuiesc morala (publică). Bunele moravuri nu se identifică cu aceasta, ci sunt o modalitate de a transpune, manipula și valorifica juridic unele reguli și valori etice [pretins] cuprinse de morala publică. Bunele moravuri sunt o locuțiune și o categorie juridică distinctă, nu etică.

Substanțial, bunele moravuri sunt o interpretare de drept devenită realitate juridică autonomă. Procesul de generare a bunele moravuri – deși la plural, cuprinde evaluarea juridică a unor valori și reguli morale singulare, inițiată de legiuitor și desăvârșită de judecător. Acesta izolează o regulă sau o valoare etică, o consideră practică și suficient de acceptată comunitar, proclamând-o mai apoi reper comportamental dezirabil și folositor (în speță sau pentru ipoteza unei norme de drept). Reperul real al bunelor moravuri ar fi comportamentul social etic inspirat, considerat – de cel care oferă conținut bunelor moravuri – ca dezirabil; adică, etalon etic de conduită juridică. Fără a cerceta aici cât de adevărat este acceptul social al respectivului comportament, trebuie subliniat că nu acesta formează bunele moravuri. Ele

sunt ceea ce decide și exprimă legiuitorul și judecătorul că ar fi normalul social. Textual, *bunele moravuri* rămân o noțiune legală, desemnând un obiect juridic (*res*), în timp ce regula morală (evocată) este doar un obiect etic (*res*). Fiecare dintre cele două obiecte aparțin unor lumi și discursuri distincte, paralele, ceea ce și explică analitic de ce bunele moravuri nu pot fi confundate cu regulile morale, pe care le sugerează. Notăm că doar *bunele moravuri* sunt o noțiune juridică, morala sau etica având lexicul și semantica diferite de juridic. Succint, bunele moravuri sunt discursul dreptului despre morala publică.

Bunele moravuri au fost concepute *ab origine* ca un instrument juridic (legislativ, judiciar etc.). El e mânuit (de judecător, de legiuitor etc.) pentru a hotărî juridic conformitatea socială cu juridicul, nu cu morala. *Imoral* nu e nici cuvânt, nici noțiune juridică; deși apare în texte de lege. Juridicul își aliază eticul prin descrierea unui peisaj comportamental calificat inițial *normal*, pentru ca imediat să fie proclamat legal. Prin intermediul *normalității*, juridicul cucerește metereze străine lui, pe care și le însușește prin condamnarea ca *ilicită* a comportamentelor anormale. Ordinea publică are ca supliment bunele moravuri, tocmai pentru a extinde neconformul juridic de la ilegal la ilicit, prin cuprinderea de drept a imoralului.

etic, se consideră anormal ceea ce contravine comandamentului moral; adică, nu e bine, ci rău. Pentru juridic, care evită obstinat judecata de valoare morală [deci, și binele și răul], normalul se identifică cu licitul; adică, cu respectul legii *plus* conformismul etic (dedus din însușirea bunelor moravuri). *Ilegalul* se vedește prea strâmt, când exprimă doar devianța de la lege. *Ilicitul* devine anormalul juridic, consemnând orice încălcare a ordinii juridice. Ordinea juridică înglobează atât normele juridice, cât și toate mijloacele de conservare a sa intactă; printre acestea numărându-se și bunele moravuri. O mașinărie conceptuală de creat discurs juridic, menit să umple spațiul nereglementat încă juridic. Bunele moravuri exprimă ceea ce juridicul își imaginează că ar fi mai pertinent să garnisească vidul normativ, pentru a păstra ordinea publică neștirbită. Nu e nimic etic aici, ci totul juridic – un efort normativ *ad hoc* în drept.

Instrumentalizarea este ocazionată circumstanțial; o oportunitate juridică. Există interstiții ale socialului ce nu trebuie sau nu pot fi reglementate juridic, dar unde totuși nu se acceptă dezordinea. Odată această ivită, se poate recurge juridic la un complement, un adjuvant non-juridic, care să combată comportamentul indezirabil și contrar ordinii juridice. Numai dacă dezordinea apare, se precizează conținutul bunelor moravuri, dar nu ca norme – pentru că juridicul nu emite reguli morale [decât în teocrații și ideocrații], iar dacă ar fi totuși norme, ele ar fi ineficiente fără ipoteză ori dispoziție. Dar juridicul știe și poate fabrica o normă juridică bună pentru speță, interpretând liber morala publică, apelând la bunele moravuri. Iată că acestea nici nu există înainte de a fi puse în cauză, iar conținutul lor se vedește juridic a fi o simplă opinie (pretoriană).

Bunele moravuri sunt interpretarea subiectivă și de ocazie a unei grile comportamentale dedusă din impresiile, valorile și convingerile interpretului. Acesta își imaginează dezirabilul etic și normalul social potrivit instrucției, inclinațiilor, dar și a gusturilor sale politice – pe care le putem numi aici ideologie. Dacă moda, valorile sociale și noile curente ideologice influențează interpretul, acesta simte nevoia de ruptură morală și va decide altfel decât s-a decis de confrății săi cu o generație în urmă, în deceniu trecut, în trecut – în general. Astfel interpretarea juridică a valorilor morale devine selectivă și creează un anumit model etic; un ideal moral inductiv. Valorile morale revin de unde au fost selectate, dar printr-un canal juridic și cu impact social nedeterminat. Bunele moravuri descriu astfel un circuit interpretativ închis, ocazionat de speță și sprijinit subiectiv pe ideologia interpretului; nimic abstract, nimic obiectiv nu definește această categorie de drept.

Interpretarea în cheie juridică a moralei publice formează bunele moravuri. Interpretarea ne este prezentată nu ca discurs [text], ci ca realitate [context], prin confuzia voită interpretativă între cele două. Eroarea de interpretare este pe cât de creativă, pe atât de justificată prin inconsistența și fragilitatea realității denumită morală publică (colectivă); sursă [deontică] simultan nesigură și greu identificabilă practic. Scamatoria juridică ne înfățișează nu discursul ca realitate, ci morala publică – ca unica sursă a

bunelor moravuri. Realitatea folosită *de jure* este strict discursivă, concretizând opinia juridicului despre morala publică, tradusă într-o noțiune proprie. În fine, *bunele moravuri* nu sunt doar un alt nume pentru morala publică – deși acest aspect este îndus asiduu –, ci o altă realitate, aparținând unei alte zone și de cunoaștere și de existență decât eticul – juridicul.

Mai apoi, dincolo de discursul ori textul juridic despre o morală (sau alta), se află o necunoscută socială, care autorizează prin șubrezenia sa înlocuirea, substituirea. Bunele moravuri și morala (publică) nu sunt însă fungibile. În schimbul impreciziei determinării sociale a unor valori și reguli etice, s-a preferat – în locul vidului, că doar și acesta era o soluție – invocarea juridică a unor norme derivate. Acestea ar fi pretins deduse din spiritul vremii, din eterul părerilor despre ceea ce ar fi moravurile prezente ori obișnuințele comunitare – o morală publică. Interpretul abil nu ni se înfățișează pe sine ca un creator de moravuri – cu atât mai puțin ca un moralist!, ci ca apărător al ordinii publice; scop în care califică juridic moravurile sociale – mai mult sau mai puțin putative. Procesul creativ pare inclusiv în avantajul moralei publice. Apărând ordinea publică juridică cu ajutorul bunelor moravuri, se combate juridic eresul moral și se fortifică moralitatea comunității; iată un profit nesperat, un bonus etic fortificant.

Prelucrarea juridică interpretativă a moralei este întotdeauna secvențială și ideologică, aproape exclus etică. Bunele moravuri nu au însă legătură consubstanțială cu etica; morala e pretextul (formal și de conjunctură) al bunelor moravuri. Discursul de legitimare substanțială a bunelor moravuri trimite inevitabil stilistic la etică – sub aspectul unei preținse practici sociale a unor valori morale. Referința discursivă la etică este strict retorică, un artificiu discursiv, căci nimeni nu poate face peremptoriu proba faptului (etic) invocat. De aceea se și invocă legitimant opinia publică, tradiția ori la alte perifraze, care simbolic induc ideea că ar exista ceva etic dincolo de părerea interpretului juridic. Incertitudinea etică comunitară, dar și amplitudinea moralei publice sunt reparate juridic. O *restitutio* morală a societății are loc juridic cu bunelor moravuri [reper și izvor de comportament licit].

Interpretarea *de jure* a bunelor moravuri este secvențială. Dreptul nu se interesează de etică decât fracționat și foarte selectiv. Civil, bunele moravuri sunt valorificate tradițional *de lege lata* pentru evaluarea și cenzura etică a unor elemente constitutive ale actelor juridice ori a funcționării persoanelor morale (obiect, cauză, scop etc.). Penal, ele devin grila de interpretare a laturii obiective a infracțiunii de ultraj contra bunelor moravuri. Puțin, foarte puțin! E însă suficient ca să conchizi că bunele moravuri nu epuizează întregul discurs juridic despre morală [evaluarea și interpretarea etică continuă în drept și după ignorarea noțiunii de *bune moravuri*]. Avem o secvență etică discursivă, instrumentalizată – de la un anumit moment istoric – juridic, acesta e locul *de jure* al bunelor moravuri. Fragmentul moral efectiv oglindit în bunele moravuri este un alt temei ce sprijină calificarea propusă. Obişnuințele și practicile sexuale, exprimate pedant prin morala sexuală, au constituit substanța moralei publice prelucrate juridic prin categoria bunelor moravuri. Puțin, de asemenea! O limită juridică, o limită etică. Ambele sunt atât de puțin întinse, definind un spațiu discursiv, intelectual și practic atât de restrâns, încât bunele moravuri sunt, de la constituire, o categorie juridică (*res*) minoră.

Interpretarea *de jure* a bunelor moravuri este una ideologică; constructul în sine e tot ideologic. Prin ideologie înțelegem aici o viziune politică nu obligatoriu coerentă, dar marcantă; nu interesează aici partitismul, ci vehicularea unor valori politice justificate prin partizanat. Evaluarea și traducerea juridică a moralei publice nu se poate face decât din unghiuri partizane, care acoperă (voit sau nu) o opțiune politică. Ideologia se substituie eticului, din lipsa legitimității sale și a riscului recurgerii la metafizic [azi, impracticabil juridic]. Ideologia e frecventabilă, tocmai pentru că reprezintă inversul eticului: se întemeiază partizan (dacă nu chiar partinic), fiind simultan incompatibilă cu metafizicul. Progresism, clasa cea mai avansată istoric, progresul (în general, cel social, mai ales), conservator, tradițional ș.a. sunt doar câteva vocabule care sugerează că orice opoziție la o ideologie *cumva* adjectivată garantează proscricția. Ideea de *evoluție* a moravurilor – ele devenind cu timpul din ce în ce mai bune – concentrează

excelent natura ideologică a noțiunii; învechitul etic succedat de noul moral – inversul primului, adeseori. Frecvent, mișcarea moravurilor face ca inacceptabilul de ieri să devine normalul de astăzi – adică normă (juridică, și implicit morală), dacă nu, măcar permis. Ideologia eliberează juridic certificate de bună moralitate (publică).

Construcția critică a bunelor moravuri de pe poziții strict ideologice constituie [și] dovada temporalității și a substanței lor politice. De pildă, moravurile burgheze au fost ridiculizate și mai apoi condamnate public de toate partidele comuniste – în funcție sau nu. Citirea în cheie marxistă a jurisprudenței din anii 80 din țările „capitaliste” nu face decât să condamne bunelor moravuri ca instrument de opresiune de clasă. Posibil, pentru că morala, etica este asimilată ca o categorie politică, atașată celui care o folosește ca mijloc de represiune juridică – iată învățătura marxist-leninistă. Aceasta impunea statului socialist să se implice, să adopte oficial un cod al eticii socialiste⁶³, o plăsmuire aievea a partidului comunist român; un produs ideologic prin excelență. În fine, ofensa contra bunelor moravuri a devenit o infracțiune în timpuri politice din cele mai tulburi, Revoluția franceză (1789) dorind să edifice (penal) o nouă moralitate publică (în 1791).

Ernest Pinard – procuror imperial când instrumenta rechizitorul îndreptat împotriva lui *Madame Bovary*, care dă greș, Gustave Flaubert fiind achitat în 1857 – este animat de apărarea ordinii publice, pe care o reprezintă prin profesie, dar și de valorile politice în care crede. Ideologia practic dominantă permite trecerea ca acceptabilă a unei păreri morale oficiale; prima o legitimează pe cea de-a doua. Astfel se ajunge ca bunele moravuri să exprime *în fapt* numai opinii personale validate ideologic. Surprindem aici o alunecare dinspre public și interesul general (etic) către particular, intim și personal, când acest interes e servit de părerea conformă ideologic. Dreptul *in actu* nu există dincolo de păreri conforme cu sine. Interpretul-jurist poate să-și exprime fără teamă părerea morală, calificând un anumit comportament

⁶³ Codul principiilor și normelor muncii și vieții comuniștilor, ale eticii și echității socialiste, ed. Politica, București, 1981, document adoptat la congresul al XI-lea al PCR.

ca fiind (sau nu) conform bunelor moravuri, dar și fără ca legitimitatea valorilor etice să fie pusă în discuție și în lipsa oricărei definiții a binelui. Lîmpede, fără părere personală nu există interpretare, iar evacuarea ei din ecuație e imposibilă, atîta timp cît categoria juridică de bunelor moravuri există *de lege lata*. Uimitor nu e prezența părerii, ci obiectivarea ei; reificarea sa într-o valoare etică deîndată ce e zisă, evocată, pronunțată (opinia legală, judiciară). Spui ca să existe.

Bunele moravuri semnifică conformism moral, certificat astfel de o forță juridică. Azeziunea și promovarea juridică a unor valori etice ar trebui însă să implice și o analiză de-drept a valorilor și acțiunilor etice apriorice, adică ideale. Cît de angajat e juridicul în analiza proprie – juridică – a eticii? Nu interesează aici analiza ideologică, sociologică, teologică, etnologică, antropologică [etc.] ale cărei produse, concluzii sau idei să le valorificăm în drept. Întrebarea simplă ar fi dacă dreptul are putința analitică de a cuprinde eticul și în special morala publică. Pentru textele-de-drept legale, problema e străină, obiectul și menirea lor fiind altele. Totuși, vedem că legiuitorul este creatorul expresiei-noțiune *bune moravuri*. Preocuparea lexicală legală ar constitui în sine indiciul că se urmărește *de lege lata* departajarea diferitelor discursuri de-drept valorizant etice, prin fragmentarea lor specifică. Recurența eticului în drept depășește oricum domeniul strîmt al bunelor moravuri.

Deciziile judiciare sunt un produs juridic textual mai complex, căci ele nu pot pronunța dreptul fără să-l interpreteze apriori. Dacă admitem că hotărârile judecătorești cuprind și analiza [anumitor aspecte ale] eticului – cu ocazia interpretării în speță a bunelor moravuri, conchidem că cercetarea efectiv juridică a eticului e posibilă, dar numai cu ocazia instrumentalizării pretoriene a valorilor morale. Hotărârile care evocă judiciar valorile și normele etice aplicabile în cauză sunt texte-de-drept (*res*). Acestea creează efectiv regula juridică față de care se judecă [conform sau nu] comportamentul celor din speță. Pentru drept, interesează nu regulile morale selectate în *considerente* de judecător, ci normele juridice care permit ca un comportament imoral să fie condamnat ca ilicit. Tehnic, mai degrabă

judcătorul [decât legiuitorul] devine moralistul de ocazie, creând dreptul și precizând sensul moral al acțiunilor umane acceptat de ordinea publică. Consecința logică atârână greu, căci am identifica cert o sursă etică într-o societate definită amoral juridic. În fine, textele-despre-drept [doctrinale] nu ne interesează mai deloc, căci ele nu conțin dreptul (*res*), lor fiindu-le în plus permis orice (aproape).

Concluzie. Bunele moravuri trebuie înțelese ca o interpretare, o reprezentare juridică a moralei publice, folosită judiciar ca mijloc de cenzură comportamentală. Bunele moravuri nu sunt, deci, reguli sau norme etice, nici simpla lor transpunere juridică, ci un obiect juridic distinct, o categorie juridică (*res*), o tehnică. [Textul de în-scriere al bunelor moravuri rămâne legal, cel de scriere concretă este judiciar (*res* dublă).] Ele sunt expresia prin care dreptul înțelege uneori să instrumentalizeze câteva valori etice curente. Bunele moravuri nu au un conținut etic propriu, nici măcar moral-juridic, fiind instrumentalizate rar și nu cu intenția de a impune neapărat o anumită morală, ci de a prezerva o ordine juridică publică. Ele sunt semnul unei mulțimi vide, fără conținut decelabil abstract, nefiind un îndreptar moral în sine și prinzând corp numai contrapuse efectiv unei conduite sociale concrete. Generic, bunele moravuri nu sunt mijloace de moralizare, ci de cenzurare juridică a comportamentelor publice. Legătura dintre bunele moravuri și etică este doar pasageră și eponimă, căci interpretarea valorilor morale – făcută juridic, este ideologică și ține loc de valori ori de repere morale. Singura sursă etică de norme sociale rămâne morala (*de facto*), iar nu bunele moravuri – simplu artefact de drept (*de jure*). Totuși, mișcarea pare circulară; dreptul intrând în morală odată cu edictarea normelor juridice a căror contrazicere sau contestare etică devine interzisă, până la un moment dat.

(II) Obiectul bunelor moravuri

Pur artefact juridic, bunele moravuri nu pot avea un conținut, un obiect sau efecte decât juridice. Dreptul se interesează numai de ceea ce poate produce efecte juridice, restul fiind evacuat sau ignorat *de jure*. Antagonismul

terminologic moral-juridic, consacrat de expresia juridică *bune moravuri*, nu este de fond, acesta fiind rezervat realităților de drept, iar nu etice. Important, bunele moravuri nu sunt o categorie substanțială, ci referențială – ea trimite la valori pe care nu le conține, ci se regăsesc în exteriorul său (în morala publică). Raportat la aceasta, bunele moravuri sunt frecvent înțelese ca o traducere juridică a unor valori etice, cuprinse în morala publică. Selecția valorilor, criteriilor și a semnificațiilor etice desprinse din morala publică este operată de interpretul-jurist, cu scopul de a servi cauza juridică. Adică, selecția este practică nu în dorința de a moraliza pe ansamblu un set de relații sociale, ci de a rezolva un conflict ivit sau mocnit. Bunele moravuri nu pot opera decât în lipsa normelor juridice [de comportament], căci prezența acestora le face inutile; judecata se va face imediat după regulile comune juridice, nu după criteriile etice. Bunele moravuri nu au vocația de a rezolva – de principiu, conflicte juridice în prezența unor norme de drept aplicabile speței; acestea exclud orice referință la bunele moravuri. Simultan, bunele moravuri au nevoie totuși de reguli juridice, pentru a-și produce efectele, pentru a conta *de jure*. Aceste norme sunt doar de trimitere, de *trimitere legală* la bunele moravuri. Bunele moravuri nu se invită singure, cu de la sine putere morală, în schema intelectuală și normativă a juridicului. În lipsa normei de invocare, bunele moravuri sunt inexistente pur și simplu; ceea ce nu s-ar putea spune despre morala publică, a cărei existență este independentă total de orice construct, referință sau situație juridică. Norma de trimitere a bunelor moravuri se identifică cu textul legal care le invocă *expressis verbis*.

Bunele moravuri par a fi norme comportamentale, închiriate de legiuitor, tocmai pentru că ele ar vehicula valori, comandamente, categorii și repere etice. Plus, judecățile juridice de valoare [care cercetează un comportament (ca licit sau nu)] împrumută referințe și comparații cu valorile și categoriile etice. Este însă de subliniat că judecata nu e morală, ci juridică, urmărind să se facă nu morală subiecților, ci fie justiție, fie menținerea licită unor instituții juridice. Această judecată de valoare juridică se face recurgând la repere etice, prin intermediul bunelor moravuri. Calea juridică de a ajunge

la valorile și regulile etice o reprezintă tocmai bunele moravuri, care nu conțin însă nimic în sine. Bunele moravuri par o noțiune elastică pentru că e goală. Umplerea ei de sens juridic se face numai circumstanțiat – la o anumită situație de fapt, și doar intenționat – pentru reprimarea unei conduite concrete. Moralizarea relațiilor sociale este lăsată în seama altora – nu a juriștilor, și se întâmplă invocând morala (publică sau nu), iar nu bunele moravuri.

Există o legătură obiectivă între bunele moravuri și morala publică, în sensul că obiectul ultimei articulează referențial discursul primei. Juridic, se desprinde din morala publică o secvență (concretizată frecvent într-o regulă etică sau o valoare ori un principiu moral), care e înfățișată imediat ca reper juridic și manipulată pentru aprecierea [în drept a] unei acțiuni omenești concrete. Evaluarea juridică după criteriile etice a conduitei sociale se numește bune moravuri. Importul etic în juridic se face nu cu titlu de normă (morală), pentru că dreptul are deja reguli proprii, printre care și norma întemeietoare a categoriei de bune moravuri. Preluarea juridică a moralei vizează nu întărirea fibrei etice sociale, ci păstrarea ordinii juridice, prin condamnarea *de jure* a ilicitului, nu a imoralului. Bunele moravuri nu pot fi norme etice pentru că dreptul nu are nevoie de ele, el ajungându-și sieși, iar în caz de pană, e îndrituit și apt să-și genereze câte reguli dorește. Funcția deontică a dreptului rămâne exclusivist juridică.

Retorica moralistă din drept poate lăsa impresia că scopul și natura bunelor moravuri ar fi acelea de fortificare morală a societății, prin promovarea unor *bune* moravuri și reprimarea juridică a imoralității. Simplă iluzie. Dreptul descrie un sistem normativ autonom de celelalte sisteme reglementare speciale, la care recurge prin intermediul propriilor sale categorii. Dreptul nu ignoră celelalte surse normative ori societatea pentru care este conceput, ci pur și simplu se raportează într-un mod specific la acestea. Situația economică, migrația, tehnologia, comportamentele și credințele populației, obișnuințele sale culinare și de modă sunt exemple de domenii generatoare de norme proprii, dar care nu sunt preluate ca atare de drept. Dacă se dorește reglementare juridică a securității alimentelor, dreptul

nu recurge la regulile creștine care impun postul sau dezlegările la pește și nici la obiceiurile locale de a mânca murături în timpul iernii. Simplu, dreptul își creează propriile reguli, care pot observa sau ignora diferitele cutume nejuridice. Funcția deontică a dreptului este perfect autonomă, recurgând la sine ca propriu temei.

Dreptul ignoră celelalte sisteme normative sau deontice, nu din autosuficiență infatuată, ci prin rațiune și structură. Dreptul nu poate opera decât cu categorii juridice, pe care și le confecționează singur. Iar când vine vorba de etică sau morală, dreptul respinge regula etică nu pentru că ar avea una mai bună sau că ar fi nevoie de o etatizare a acestei norme. Specificul dreptului – de sistem reglementar închis – nu îi permite să adopte nemijlocit norme morale. El are nevoie de o transpunere a normei străine [de drept] într-una juridică, care să pătrundă în mecanismul și logica juridică. În fond, la fel se întâmplă și cu alte sisteme deontice. De pildă, cu sistemul de regulile religioase, căruia îi este imposibil să admită reguli juridice cu titlu că ar deveni religioase doar prin adopție. S-ar putea ca această caracteristică deontică – de respingere a normei substanțial diferită, să fie o caracteristică a oricărui sistem normativ, nu numai a dreptului. Respingerea normativă, precum refuzul de a se apropia doi magneti de poli identici, nu exclude însă și atracția normativă, dar cu polaritate inversată. Există firesc diferite permeabilități și grade variate de influențe indirecte, dar aici subliniem ideea că o regulă de substanță diferită (etică) nu poate fi aplicată *tale quale* în alt sistem normativ (juridic). Funcțiile deontice rămân pure și de substanțe distincte.

Fenomenul de respingere normativă (sau de reglementare) se manifestă din plin când raporturile se angajează între drept și morală. Dreptul are nevoie de o traducere a valorilor, regulilor sau chiar a noțiunilor morale, pentru a le putea face eficiente juridic; altfel, discursul juridic nu este normativ, ci o simplă retorică. Corectitudine și loialitate sunt valori și însușiri morale, fără de care nici dreptul nu poate funcționa. Dar aceste repere morale nu sunt importate direct, ci prin intermediul unor artefacte juridice – buna-credință și abuzul de drept, de pildă. *Buna-credință* este o categorie juridică (abstracție făcând de limbajul comun) și vrea să valorifice *de jure*

unele valori etice (e.g. corectitudinea, cinstea, loialitatea), care ar trebui practicate cotidian. Exemple ar fi o mulțime, printre ele numărându-se inclusiv *bunele moravuri*. Legătura [intelectuală a] acestei categorii cu morala nu mai trebuie dovedită, dar subliniem că din acest nex nu deducem o aplicare directă în drept, prin mecanisme juridice, a unor virtuți ori reguli etice. Acestea sunt transpuse [transcrise] în categoria tehnică a bunelor moravuri, mânăuită cu varii scopuri juridice.

Bunele moravuri sunt folosite nu pentru a justifica norme juridice ori pentru a le crea, căci deja am observat că ele sunt nefuncționale în prezența unor reguli juridice dedicate. Incestul e ilicit nu pentru că ar fi imoral, ci pentru că alcătuieste o infracțiune. Obiectul unor norme morale când este deja preluat juridic face inutil recursul la bunele moravuri. Valorile, virtuțile, comandamentele etice pot constitui obiect al moralei sau eticii, dar nu al bunelor moravuri. Substanța nejuridică a acestor valori și reguli etice le face incompatibile cu bunele moravuri – categorie juridică prin excelență, al căror obiect este un loc juridic (*res*). Acesta e gol și urmează să fie mobilat, umplut sau cuprins cu valori de circumstanță, transpuse juridic din morală.

Vacuitatea principială a bunelor moravuri creează impresia că am avea de-a face cu o noțiune evolutivă. Esențial, nu e vorba de nicio evoluție ci de identificarea eronată a obiectului bunelor moravuri, rezultată din identificarea lor cu morala (publică). Confuzia se face la nivel de conținut, mai exact, atunci când regulile și valorile morale sunt prezentate a fi de-a dreptul bunele moravuri. Morala publică nu este identică cu bunele moravuri; deci, ultima categorie nu poate avea același conținut cu morala (publică). *Evolutiv* vrea să sugereze ideologizant că moravurile de azi ar fi superioare celor de ieri; o simplă miopie analitică, pentru că nimic nu autorizează eliminarea apriorică din discuție a ideii de regres (moral). Oricum, acest aspect trebuie lăsat pe seama filosofiei morale, nefiind o preocupare juridică. *Evolutiv* ar trebui înlocuit cu *schimbător* și aplicat moralei publice, sursei externe – etice, a bunele moravuri, nu categoriei juridice omonime. Obiectul său specific lipsind, nu se poate compara cuprinsul bunelor moravuri din 1865 cu cel din 2020. Comparația ar fi strict subiectivă; adică, între două păreri (*de jure*).

Interpretul juridic fiind cel care dă sens și conținut de speță [momentan] noțiunii de bune moravuri, comparația se va face nu între două obiecte, ci între două ideologii [juridice moralizante)] despre ce ar fi [fost] morala (publică). Astăzi, o relicvă.

Concluzie. Bunele moravuri nu au un obiect specific dat *de lege lata*, ci constituie o categorie juridică vidă (*res*). Obiect sau conținut precis nu are decât etica ori morala (publică), concretizat în comandamente și virtuți specific etice. Marele gol al bunelor moravuri face consistența sa. Aceasta va fi asigurată discursiv de juristul pus să interpreteze dreptul aplicabil și conduita concretă. Substanța bunelor moravuri este interpretativă. Un discurs de circumstanță, ce încearcă tehnic și profesionist să salveze ordinea juridică dată [licitul], prin recursul la valori etice și repudierea imoralului. Discursiv se echivalează astfel ilicitul cu imoralul, reprimându-l juridic, în numele ordinii (publice), ilustrată exclusiv cu mijloace de-drept. Dacă facem deosebirea între valorile și reguli în sine și discursul despre ele, tot așa va trebui să distingem între bunele moravuri și morala publică.

[C] Morala publică – arierplan extrajuridic al bunelor moravuri.

Definirea bunelor moravuri – categorie *de jure* – implică firesc un efort de introspecție juridică; altfel spus, trebuie ajuns la explicații și înfățișări analitice de-drept. Dar, dincolo de nuanțe, putem deja nota existența a două tendințe ale definițiilor bunelor moravuri: prima, de trimitere cu totul la morala publică; a doua, de identificare a noțiunii juridice cu (unele) reguli de sorginte etică. Cel puțin o premisă se poate desprinde de aici: bunelor moravuri au un referent extrajuridic – morala publică [stare de fapt]. De altfel, există o înclinație generală de a explica *naturaliter* bunele moravuri prin acest referent [reper situat în afara dreptului (obiectiv sau pozitiv)], sugerând astfel un fel de sinonimie [funcțională] între drept și etică, adică între bunele moravuri și morala publică. Indiscutabil, dacă dreptul nu este morală, diferențe între cele două categorii ar trebui să și existe. În plus, ar mai trebui să ne punem și întrebarea cum se văd bunelor moravuri de pe celălalt versant, dinspre morala publică. Aceasta cel puțin dintr-un unghi funcțional, anume ce substanță deontică etică ar putea împrumuta juridicul din universul etic. Înainte de toate, subliniem însă că legiuitorul, artizan al conceptului de bune moravuri, nu face nici trimitere la morala publică, după cum nici nu ne explică ce ar trebui înțeles prin aceasta. Toată greutatea (analitică și efectivă) cade pe umerii judecătorului, căci, în final, conținutul bunelor moravuri se stabilește exclusiv pretorian.

Ce este morala publică? Nimeni nu știe exact, dar se aproximează că aceasta ar fi chiar ceea ce se cade să faci în societate sau în public; un comportament acceptat ca normal etic într-o comunitate dată, într-un anumit moment. Un ansamblu de reguli și valori etice ce modelează obișnuințele, practicile curente ale respectivei comunități. Societatea cunoaște diverse seturi de reguli de naturi diferite, care converg spre asigurarea coeziunii comunității, printre acestea aflându-se și morala publică. Evident, social există și alte reguli decât cele juridice sau etice, care toate individualizează cultural o societate, o fracțiune a acesteia ori un grup social. De pildă, avem inclusiv norme și valori estetice, de igienă și

medicale, vestimentare și de modă, gastronomice, sportive, plus încă altele, componente definitorii ale unui anumit stil de viață. Însurate, toate acestea formează profilul cultural al grupului, stabilind și un numitor comun de comportament, care tradițional era considerat și numit *normal*. Normalul social poate fi definit și etic; adică, ceea ce se acceptă după grila morală a comunității a fi bine, iar nu rău. Onestitatea și sinceritatea sunt valori etice acceptate social, iar ele îngăduie construcția unor reguli morale de comportament conform. Duplicitatea și minciuna sunt rele, iar comunitatea le respinge, oricât de frecvente ar fi ele. Normalul social este, deci, reglementat, normat și acceptat inițial ca valoare (inclusiv etică).

Dar cine ne spune care ar fi normalul etic? Cine stabilește care e norma sau regula morală imperativă? E nevoie să răspundem la întrebare astăzi, adică în societatea democratică, nu pentru trecut ori viitor. În fond, ar trebui să depistăm cine este autorul⁶⁴ comandamentelor etice apte să fie invocate juridic cu ajutorul bunelor moravuri. Divinitatea? Nu! Societatea democratică⁶⁵ este pluralistă, laică și definită prin preeminența drepturilor subiective. În plus, dreptul la viață privată și principiul autonomiei personale, apărute de CEDO, nu permit referințele religioase în întemeierea moralei publice, care oricum nu ar mai fi publică, ci de grup – a aceluia care împărtășește respectiva confesiune. Ideea că ar exista o moralitate publică de inspirație creștină, dar lipsită de Dumnezeu, a fost deja vehiculată. Ea ar întemeia o morală ideală ori transcendențială, care poate fi lesne respinsă însă de cei de alte religii sau de atei. Deci, ea nu ar întruni sufragiile

⁶⁴ Ar fi vorba de coautori, în lipsa puterii religios-morale unice a statului, dispărută odată cu laicizarea sa, v. Ph. JESTAZ, *Pouvoir juridique et pouvoir moral*, *Revue de droit de McGill*, vol. 32/1987, p. 840.

⁶⁵ „Deși nedefinită în CEDO, noțiunea de «societate democratică» este valoarea centrală a «ordinii publice europene», în jurul căreia se organizează astăzi dreptul european al drepturilor omului.” F. SUDRE, op.cit., p. 171. „Pluralismul, toleranța și spiritul receptiv” fiind în concepția Curții de la Strasbourg definitorii pentru societatea democratică; ea „impune un echilibru care le asigură minorităților un tratament corect și care evită orice abuzare de o poziție dominantă”. *Ibidem*.

majorității și nu reprezintă normalitatea decât pentru cei care se consideră creștini. Legitimarea prin credința religioasă a moralei publice trebuie, deci, abandonată astăzi. Curios este că o asemenea explicație nu ar fi admisă nici în regimurile teocratice, dar din alte motive. Regimurile de stat care instituționalizează religia folosesc pe post de reguli juridice comandamentele religioase, deci morala publică e dreptul public, iar bunele moravuri nu există (juridic) în aceste societăți politice, după cum nu există clivaj între morala religioasă și dreptul (sfânt), între morala publică și cea privată. Sharia *erga omnes*.

Opinia publică⁶⁶ ar fi creatorul suprem al moralei publice; ar exista un fel de identitate între cele două. Altfel spus, media de credințe și obișnuințe ar deveni numitorul comun al moravurilor sociale, identic cu bunele moravuri. Pentru un asemenea silogism, este suficient să cercetezi sociologic societatea, iar cu mijloace specifice să determini dacă o anumită conduită este considerată normală, adică dacă ar fi admisă [de regulă] de opinia publică. Lăsând la o parte părerea⁶⁷ că juriul din cauzele penale ar reprezenta însăși opinia publică, întrebarea rămâne: cum stabilim opinia publică etică? Sondaje de opinie, avizul pertinent al comitetelor de experți (*ad hoc* sau preconstituite)? Toate ori combinații savante? Sondajele de opinie par cel mai obiectiv instrument, pentru a determina conținutul opiniei publice în legătură cu o anumită chestiune (etică). Însă, din exigențe metodologice, se va forma un eșantion de populație care va fi chestionat, iar astfel ajungem „să asimilăm cu opinia unui grup real opinia publică

⁶⁶ Pentru expresii și repere (aproape) identice cu opinia publică, ar fi astfel „*visés d'une part le « sentiment collectif », « la majorité des citoyens », la « conscience sociale moyenne », l'« opinion moyenne », l'« opinion commune », l'« opinion publique », l'« opinion générale », l'« opinion commune moyenne », le « consensus social », le « consensus de la généralité des citoyens » et l'« adhésion sociale ».* Sont visés d'autre part des « personnes... représentatives de l'opinion publique », ainsi que les juges eux-mêmes, en tant qu'ils « représentent l'opinion publique » ou « représentent une moyenne de la population.” F. OST, M. van de KERCHOVE, op.cit., p. 19, (n. 167-179, unde se indică sursa expresiilor).

⁶⁷ F. OST, M. van de KERCHOVE, op.cit., p. 79.

națională care e un artefact al sondajului în sine. Acest artificialism se sprijină pe două postulate implicite. Înainte de toate, pe ideea că oricine are asupra oricărei probleme o părere. Apoi, ideea este întărită de convingerea că toate opiniile au valoare, fiind cuantificabile și adiționabile, de exprimat în procente; clar este însă că, opinia celor mobilizați, aparținând unor grupuri interesate de problematica discutată, atârnă mai greu social și politic decât opiniile (adesea chiar și non-răspunsurile) indivizilor somați să răspundă la chestiuni care nu au relevanță pentru ei.”⁶⁸ O astfel de substanțializare a opiniei publice prin sondaj l-a făcut pe un celebru sociolog să exclame că de fapt „opinia publică nu există.”⁶⁹

Consensul social asupra existenței anumitor constituente ale moralei sociale ar fi al doilea element al mecanismului care ne-ar permite să descoperim morala publică. „Doar valorile beneficiind de un consens social merită protecție penală. Piatra unghiulară a întregului edificiu jurisprudențial și doctrinal «al bunelor moravuri» rezidă deci în opinia publică și consensul înfățișat de aceasta. Din acest unghi, materia «bunelor moravuri» constituie un teren de studiu privilegiat și exemplar, caracterizând în profunzime sistemul politic democratic și regimul juridic care îl însoțește. Temeiurile regimurilor democratice, fondate pe contractul social și suveranitatea națională, consistă în ultimă instanță în consens.”⁷⁰ Dar nici acest element suplimentar (dedus sau adăugat opiniei publice), care este consensul, nu face decât să complice, fără să probeze irefutabil ce ar conține morala publică, necesar într-o speță sau în general. „Aporia consensului: când vrem să-l concretizăm, ne scapă, se disipă în empiric, desăvârșindu-și propria negație. Invers, astăzi nu mai este ca în epoca Luminilor, când ajungea invocarea Rațiunii naturale, prezentă în sufletul fiecăruia și inspirând astfel decizia colectivă. Specificul democratic contemporan implică consultare, participare, acord. Amenințat de disoluția în pragmatic

⁶⁸ *Idem*, p. 80.

⁶⁹ P. BOURDIEU *apud* F. OST, M. van de KERCHOVE, *op.cit.*, p. 81.

⁷⁰ F. OST, M. van de KERCHOVE, *op.cit.*, p. 74.

sau invers, în evaporarea în transcendent, consensul scapă unei identificări reale și a unei construcții raționale. Ceea ce face ca în esența sa, consensul să fie de ordin mitic. El funcționează pe credință, pe adeziune, pe invocarea ritualică.”⁷¹ Imposibilul consens asupra unei improbabile morale publice. Cel care salvează situația nu este legiuitorul, ci judecătorul.

Totul cade în seama judecătorului – calificarea și tranșarea diferendului juridic. „Situația judecătorului este deci complexă. Dispunând de o largă putere de interpretare care îi permite să ia decizii suverane, judecătorul va trebui totuși să-și împărtășească impresiile personale, pentru a se ridica la corecta apreciere a sentimentului colectiv. (...) Judecătorul se vede astfel pus într-o poziție artificială. Astfel, el este ținut să joace un rol acordat de caracterul mitic al consensului al cărui interpret este, iar, deși decident suveran, judecătorul este somat apoi să vorbească în numele colectivității.”⁷² Altfel spus și indiferent dacă e vorba de vreo speță penală sau civilă, judecătorul trebuie să-și asume identificarea, prezentarea și justificarea opțiunii morale [atribuită societății]. Atașarea acestei opinii pretoriene sau deducerea sa din morala publică este o chestiune strict de stil⁷³, din moment ce am observat că nu există efectivitate în stabilirea valorilor și regulilor compunând morala publică. Aceasta este identificată pretorian în părerea judecătorului despre etica considerată publică și cuprinsă în considerentele judecății; orice legătură cu exteriorul este arbitrară.

Concluzie. Sociologic, o morală publică trebuie să existe și numai pentru că se poate depista un numitor etic comun al oricărui grup social; juridic, rămâne o misiune imposibilă să se pre-determine conținutul moralei

⁷¹ *Idem*, p. 75.

⁷² *Idem*, p. 76.

⁷³ Himeric, se consideră că generalitatea va disloca subiectivismul interpretului: „*Voilà le juge ramené à l'ordre : sa motivation ne saurait reposer sur la prise en compte (assez lucide et franche, au demeurant) des valeurs défendues par un groupe déterminé ; il est l'interprète de la généralité des citoyens.*” F. OST, M. van de KERCHOVE, op.cit., p. 77.

publice, independent de opera pretoriană de interpretare juridică. Reperul etic al bunelor moravuri se află în exteriorul dreptului, fiind o realitate culturală și socială, concretizată în unele obișnuințe și reguli non-juridice prezente în viața cotidiană a colectivității (uneori, cea sexuală și de familie). Rațiunea originară a bunelor moravuri era să convertească [pretorian] aceste valori în obiect juridic; altfel, ele nu vor fi apte să producă efecte în drept⁷⁴.

(III) Natura juridică a bunelor moravuri

Poate dobândi etica o natură juridică proprie, dincolo de multiplele sale expresii de-drept? Întrebarea ar fi interesant de pus în contextul descoperirii eventualei specificități a eticii instrumentalizate juridic, în ansamblul său. Etica, soldat credincios al dreptului? Etica, sursă inefabilă a dreptului? Aici ne propunem însă un efort mai puțin ambițios, încercând să deslușim dacă bunele moravuri ar avea o natură juridică proprie sau de împrumut. Cert, până acum s-ar putea considera câștigată ideea că avem de-a face cu o categorie sau noțiune juridică, existând o distanță specifică [intelectuală, normativă, tehnică] între morala publică (etica, în genere) și bunele moravuri. Apoi, ar mai trebui reamintit că bunele moravuri nu ilustrează decât un aspect, o fracțiune sau o secvență a interferării a două discursuri normative distincte – dreptul și morala. Celelalte aspecte [vizând

⁷⁴ *Contra: „Il paraît révéler tout d’abord, à un degré sans doute extrême, l’aptitude spécifique de la règle de droit « à prendre en charge le contenu des autres normes ». Ce phénomène d’« internormativité », dont la plupart des juristes admettent facilement l’existence au niveau de l’élaboration de la règle de droit, trouve ici une illustration manifeste au niveau de son application. S’agissant de qualifier juridiquement un ensemble de faits au regard d’une disposition légale, le juge en effet recourt à un ensemble de qualifications traduisant des appréciations morales, esthétiques, hygiéniques, etc. Ce faisant, l’interprète « juridifie » en quelque sorte un ensemble de valeurs « d’emprunt » en s’y référant pour trancher le problème de droit qui lui est soumis.”* F. Ost, M. van de KERCHOVE, op.cit., p. 21, n. 181, 182.

impactul juridic al unor reguli, noțiuni ori virtuți etice] nu sunt tratate aici, din motive de amploare, dar și de specific. Astfel, cu cât aprofundezi cercetarea influenței eticii asupra juridicului, cu atâta riști să descoperi noi incertitudini, evidențiind fragilitatea constitutivă a dreptului, ca să nu spunem consistență sa ideologică dubitativ științifică. Care ar fi deci caracteristicile juridice ale bunelor moravuri, asigurându-i o natură aparte?

Categoria omonimă este una juridică, deosebită de sursa sa etică de inspirație, cu urmări multiple [explicative, aplicative și eficiente]. Bunele moravuri reprezintă o noțiune cu efect și scop *explicativ* al unor valori și reguli etice în câmpul juridic. Ea permite explicația intruziunii selective a moralei în drept; trierea judiciară a valorilor etice; sublinierea factice a efectelor lor deontice (normative); prezentarea imperativului moral de speță; apelul la democratizarea moravurilor; prezentarea avantajelor juridice ale unui presupus *soft law* etc. Iată câteva exemple de figuri retorice utilizate pentru a justifica o funcție juridică [specială] a eticii, metamorfozată în categoria *bune moravuri*. Discursul juridic are nevoie de această categorie și dintr-un motiv mult mai simplu. Se încearcă – prin toate figurile stilistice și categoriale de penetrare a moralei în juridic – fuziunea discursivă a celor două. Se sugerează retoric astfel că dreptul ar fi o etică aplicată special; că el ar constitui un mod specific, aparte și imperativ de transpunere socială a regulilor morale. Asistăm însă la aproximări grosiere discursive, ignorând deosebirile dintre cele două, dar și relațiile reale stabilite sau ce se pot distinge între drept și etică. Caracteristica intelectual-explicativă a bunelor moravuri este totuși evidentă, această noțiune intenționând să facă acceptabilă juridic imixtiunea de-drept a normelor morale.

Dreptul [privat] cunoaște o serie de categorii explicative. Inventate inițial să susțină o teorie, o viziune juridică, ele sunt mai apoi instrumentalizate efectiv, dedicate fiind funcționării unor mecanisme sau instituții construite *de jure*. Putem aminti aici capacitatea civilă, patrimoniul, gajul general ș.a. Acestea sunt valorificate tehnic în alcătuirea condițiilor esențiale ale actului juridic, în dinamica circuitului civil, în mijloacele de executare a debitorului etc. În lipsa lor, categoriile ce le cuprind nu pot fi

explicate, dar nici nu pot funcționa. E posibil [de înțeles ori să funcționeze] actul civil fără capacitatea civilă? Specificul categoriilor cu funcție eminentamente explicativă ar fi că inițial au fost sugerate (intelectual) de unele stări sau elemente de fapt [discernământ, avere], ulterior ele fiind de-numite juridic și prinzând astfel corp tehnic [capacitate, bunuri], despărțindu-se în final complet de stările inițiale de inspirație factuală. Un asemenea proces devine necesar pentru întemeierea unor categorii juridice [act, creanță, executare], fără ca respectiva noțiune să-și trădeze definitiv funcția explicativă. Fenomenul de inspirație (din extrajuridic) ar putea fi surprins și în momentul apariției noțiunii de bune moravuri, etica insuflând creatorilor săi juridici necesitatea inventării sale. Dar dacă lucrurile stau așa, bunele moravuri ne-ar dezvălui o latură insolită a dreptului.

Substanța pur discursivă a categoriei *bune moravuri* poate fi dedusă inclusiv din lipsa suportului său factual [faptele definind realitatea concretă]. Singura referință extrajuridică a bunelor moravuri (îndemn și sursă de inspirație) ar fi etica. Dar aceasta la rândul său este o realitate discursivă, transcendentă lumii *de facto*. De o valoare inestimabilă pentru omenire, definind însăși umanitatea din noi, morala este un efort intelectual de reprezentare și explicare a unor virtuți, care inspiră un ansamblu deontic, de reguli specifice. Acestea există numai dacă crezi și practici respectivele virtuți, dacă știi și respecti comandamentele morale. Înainte de orice respect moral, stă însă cunoașterea și inventarea eticii, ceea ce se întâmplă prin asumarea discursului etic. Acesta este sursa și temeiul oricărui comportament etic, care explică și schimbările de atitudine morală de la o societate la alta, petrecute de la o epocă la alta. Discursul etic modificându-se, se schimbă și normele și valorile morale apărute ori ilustrate prin comandamentele etice. Stoicismul sau asprimea morală [spartană] nu au nimic în comun cu narcisismul hedonist [tiktokist].

Corespondentul în realitatea extrajuridică este etica sau morala, pentru bunele moravuri. Dar această realitate nu este concretă, ci edificată discursiv [textual]. În discuție este, deci, un reper care nu aparține lumii juridice, ci uneia etice. Situația este identică indiferent cum calificăm acest

reper ori această realitate referențială externă a bunelor moravuri [morală] – discursivă, non-concretă, intelectuală, metafizică sau transcendențială. Locul comun al dreptului, definindu-i curent obiectul juridic (*res*), este norma juridică. Dreptul este regulă, în lipsa acesteia încetăm să mai discutăm despre drept; în prezența sa, urmând să mai adăugăm [ceva] la dreptul-normă. Însă, privind la bunele moravuri, lipsește din norma lor de întemeiere chiar conținutul lor. Toate normele juridice incluzând sintagma nu fac mai mult decât să sugereze un arierplan moral, regulile-reper fiind etice, ele neexistând *de jure*. Deși introduse *expressis verbis* într-un text de lege, bunele moravuri nu sunt normă veritabilă. Ele ar descrie maxim o normă de trimitere; un mijloc juridic de invocare a moralei (practicate). Normele din lege nu asigură consistență bunelor moravuri; ele nu impun, nu permit și nici nu interzic vreo acțiune umană explicită. Comportamentul ar fi reglat de norme morale, la care bunele moravuri trimit, însă acestea rămân extrajuridice. Prin urmare, bunele moravuri sunt create legal ca pre-text pentru introducerea textului judiciar constitutiv efectiv de norme juridice [într-o speță]. Deontic, bunele moravuri nu pot fi mai mult decât norme de trimitere, într-o societate democratică.

Observăm că bunele moravuri trimit înafara dreptului dinspre interiorul său, ele desemnând o categorie explicativă a posibilității de integrare juridică a moralei (publice). Dar la interior, bunele moravuri nu sunt explicitate de niciun text-legal-de-drept, detaliate fiind abia prin textele-judiciare despre-morală. Cele din urmă devin texte-de-drept (*res*), atunci când se creează judecătorește reguli juridice necesare judecării conformității unei acțiuni cu bunele moravuri. Amintim că morală publică [referință și justificare a bunelor moravuri] nu se prezintă nativ și spontan ca texte (*stricto senso*), ci ca simple uzanțe comportamentale nejuridice (cutume, obiceiuri, tradiții – toate extrajuridice). Consecința ar fi că discursul juridic judiciar despre morală rămâne un text de inspirație orală și de consistență volatilă.

Bunele moravuri descriu o categorie juridică nedesăvârșită legal, lipsindu-i esența normativă legală, dar trimițând la una etică. Însă, ar

reprezenta ea un obiect juridic aparte (*res*), distinct de altele? Suportul juridic al bunele moravuri este dublu: inițial este legal [normele care le cuprind literal, dar nu substanțial], ulterior devine și judiciar. Judecătorul este forța *împuternicită* să facă restul; să producă discursul de-drept, construind astfel corpul, substanța (chiar normativă a) obiectului juridic bunele moravuri. Paradoxul ar fi că un asemenea discurs juridic [de investire] este substanțial unul despre-etică, valorificat ca și când ar fi de-drept (*res*), pentru a produce consecințe juridice. În fine, nu există nici normă de drept specială, nici obiect concret altul decât un discurs [despre morala publică], care să întemeieze pretorian bunele moravuri. Acestea se concretizează doar într-un discurs-despre-etică, cuprins într-un text-de-drept judiciar și valorând obiect juridic (*res*). Bunele moravuri prind sens și corp doar printr-un discurs impus de imperativul salvării juridice a ordinii publice [de drept]. Țelul esențial al bunelor moravuri nefiind de moralizare, el urmărește juridic exclusiv salvagardarea legalității, a ordinii publice [licitul].

Bunele moravuri definesc, deci, o categorie metadiscursivă juridică, iar nu substanțială a dreptului, ceea ce încununează funcția sa juridic-explicativă. Însăși existența sa trasează ideal o limită metonimică a realului juridic. Aceasta pentru că, nu avem de-a face cu ceva-de-drept, ci doar cu ceva despre-drept, care în fond e ceva-despre-etică-în-drept; pe scurt, tot un discurs [text]; bunele moravuri par o categorie improbabilă tehnic. În absența discursului *juridic* despre ele, bunele moravuri nu ar exista, dar morala, etica, da. În fine, categoria aici analizată mai explică, mai face posibil încă un lucru juridic esențial. Ea ne permite să întrezărim adevărul că dreptul nu poate fi redus la normă, fiind de necomprimat doar la textul-de-lege. Etica – reper extra-juridic, ne oferă indiciile unde a eșuat dreptul. Tot etica este și cea care ne interzice, în fond, să discutăm serios despre un drept nenormativ, despre elementele non-deontice instrumentalizate ca și când ar fi reguli juridice în sine sau componente juridice ale acestora.

Bunele moravuri exprimă o noțiune cu efect și scop *aplicativ*; eficiența sa practică fiind cea care i-a justificat apariția pe lumea juridică. Instrumentalizând valori și reguli etice, bunele moravuri urmăresc

producerea de consecințe tehnice, juridice. Acestea nu se referă esențial la întărirea morală a corpului social, la moralizarea în ansamblu a comunității. Efectele juridice urmăresc în principal nu țeluri etice, ci apărarea ordinii juridice și substituirea practică a legalului cu licitul. Înainte de toate însă, observăm efectul limitat, conceput a fi astfel, al bunelor moravuri. Acestea se aplică nu peste tot, ele nu pot fi activate practic juridic decât în anumite unghere juridice, acolo unde altă dispoziție a legii nu ajunge. Putem inclusiv inventaria cazurilor de utilizare *de lege lata* a bunelor moravuri. Esențial, pentru dreptul privat, se urmărește cenzurarea cauzei actului juridic și a obiectului de activitate a persoanei morale, pentru dreptul penal – exponent al celui public, vorbim de o singură infracțiune: ultrajul *contra* bunelor moravuri. Practic, răsfrângerea de drept a moralei este puțin valorificată tehnic de legiuitor și nu îi putem atașa vreo vocație moralizantă generică a raporturilor juridice. Aplicații ale categoriei bunele moravuri există deci, dar sunt puține și expres indicate legal. Nu putem evita întrebare: puțin ar fi aici sinonim cu derizoriul juridic?

Dincolo de referința directă *in terminis* a legii la bunele moravuri, am mai putea depista un palier pe care acestea și-ar vădi utilitatea juridică. Este acum vorba de ceva generic, bunele moravuri servind patria juridică – ordinea publică. Nu că în situațiile rare și exprese de legiferare a bunelor moravuri nu ar fi vorba tot de ordinea juridică, dar este util să consemnăm și vocația lor generală – gardian al ordinii juridice. Când nu este legală, o acțiune omenească va fi ilegală. Însă logica binară este prea constrângătoare, deoarece ar exista ipoteze de pericol juridic neacoperite de texte-de-drept. Ilicitul e mai larg decât ilegalul, cuprinzând și devianța de la bunele moravuri. Transgresarea comandamentelor morale, pe care bunele moravuri le contabilizează, ar impune sancționarea imoralității astfel întâmplată. *Imoral* nu este decât un cuvânt, termenul juridic fiind *ilicit*. Dreptul nu poate opera însă decât cu propriile sale noțiuni și categorii. Sfidarea bunelor moravuri devine un act ilicit, altfel nu i se va putea aplica o sancțiune juridică (nulitate, amendă, dizolvarea persoanei morale etc.), ci numai una morală, ceea ce nu e de resortul și putința dreptului. Atragerea către interiorul juridicului a eticii –

prin canalul bunelor moravuri, are o continuare tehnică – ilicitul juridic, etichetat ca sfidare a moralei (publice) și sancționat în drept. De altfel, sancțiunea morală a încălcării bunelor moravuri nu ar interesa nici etica, nici dreptul. Nu știm dacă e tocmai un paradox, situația fiind lesne explicată de neidentificarea bunelor moravuri cu morala publică, iar sancționator, etica ar fi interesată de remușcări și alte pedepse morale, iar dreptul exclusiv de sancțiunile juridice. Dacă ar fi fost altfel, dreptul nu se mai inventa.

Concluzie. Bunele moravuri ni se înfățișează ca o categorie juridică distinctă (*res*), jucând (cel puțin) roluri explicative și aplicativ-eficiente în sfera normativă și discursivă a dreptului. Putem astfel învăța unde și cum se includ juridic valorile morale, fără recurs însă la ambarasanta judecată de valoare etică. Tot bunele moravuri, părăsind zona metadiscursului, se înșurubează în fenomenul juridic. Aici, funcțiile lor juridice sunt apropiate, dacă nu chiar derivate nemijlocit din natura lor juridică. Ceea ce ne permite să afirmăm că bunele moravuri nu sunt concepute ca mijloc de moralizare generală a raporturilor juridice. *Illicitul* este o expandare juridică a ilegalului, permisă de ideea de *imoral*, glisată în discursul juridic pe cale etică. În lipsă de normă adecvată, se poate uneori apela juridic la categoria de bune moravuri, tocmai pentru a sancționa imoralul juridic, cuprins în ilicitul unei situații, cu finalitatea de păstrare și fortificare a ordinii de-drept date.

[D] Evanescenta moravurilor publice

Interesant ar fi să surprindem și presupusa dinamică a bunelor moravuri – singura realitate *de jure*, iar nu modificarea stărilor *de facto*, cuprinse sub umbrela moravurile sociale, și numai pentru că nu suntem moralști. Cei din urmă sunt îndreptățiți să scruteze orizontul etic al comunității și să dreseze inventare de valori și comportamente, raportându-se critic la acestea. În plus, dacă bunele moravuri au un referent extern – morala publică –, ar fi oarecum logic ca modificările suferite de aceasta să se răsfângă și asupra înțelegerii lor. Mozaicul cultural și religios al grupurilor care formează societatea democratică ne-ar permite să discutăm de pluralitatea surselor etice ale moralei publice și a împlinirii semnificative a numitorului comun, a elementului *public* al moralei, care pare un simplu adjectiv. Multiculturalismul, reculul tradiționalismului și relativismul moral, îngroparea publică a creștinismului în diverse păgânisme consumatoriste, presiunea migratorie a unor populații cu alt profil cultural decât cel băștinaș european ș.a. sunt factori sociali și ideologici sub presiunea cărora societatea se modifică instituțional și moral. Evaluarea acestor factori, explicarea lor, este însă de resortul sociologilor, teologilor, demografilor, filosofilor, antropologilor, moralștilor, politologilor etc., neinteresându-ne aici de ea.

O privire dinspre juridic către etic ar fi posibilă, totuși? Aceasta și pentru că trebuie să existe o legătură între bunele moravuri și etica socială, morala publică. Pe de o parte, dreptul influențează moravurile direct și cu forță executorie de fiecare dată când creează sau recunoaște o nouă instituție, un nou drept subiectiv atașat individului uman – cu caracter extrapatrimonial cum se spune tehnic și lemnos. Odată recunoscut un drept subiectiv, comportamentul pe care îl autorizează nu mai poate fi însă judecat moral. Dreptul este dincolo de bine sau de rău: el exclude orice evaluare morală a realităților juridice, în societatea democratică. Odată consacrat principiul egalității între copii – indiferent că sunt născuți din căsătorie sau din afara acesteia – dispare stigmatul moral al bastardului, al

copilului din flori sau adulterin. Odată recunoscut interesul superior al copilului, dispare dreptul de corecție al părintelui, care nu mai poate evalua personal și moral dacă muștruluiala se impunea; îi este interzis juridic să o facă. Dezincriminând homosexualitatea, heterosexualitatea nu e mai bună, preferabilă sau mai normală etic, cele două practici dobândesc același regim juridic (permisiv și represiv). Normalitatea etică nu supraviețuiește reglementării juridice, care impune dreptul subiectiv. Pare că există o mișcare circulară – moravurile publice sunt influențate *direct* de-drept, care inhibă judecata de valoare morală a ceea ce este recunoscut *de jure*.

Există o influență [tot] directă între morala publică și bunele moravuri? Nu. Bunele moravuri fiind o categorie juridică, ele nu pot fi influențate nemijlocit decât de factorii, elementele și forțele de drept, iar nu de cele *de facto* (cum e morala). Ceea ce înseamnă că trebuie să asistăm la un proces juridic de deconstrucție a bunelor moravuri. El va fi înfățișat mai jos și se concentrează pe ideea că noțiunea, categoria juridică (*res*) de bune moravuri este înlocuită cu alte categorii și mecanisme juridice (*res*). Este un proces intelectual deliberat, iar nu un simplu accident ori o cădere spontană în adormire a bunelor moravuri. În plus, dar în alt registru, bunele moravuri nu dispar de la sine, nu devin firec – prin trecerea timpului, cade ori obsolete, pentru că ele sunt consacrate legal și acționate – umplute de sens juridic, pe cale judiciară. Când judecătorul se va decide să le ignore, să considere eventual că se află în impas interpretativ, neputând să le explice obiectul, bunele moravuri sunt ucise pretorian, dar fără vreo legătură directă cu *evoluția* moralei publice. De altfel, am văzut deja că între bunele moravuri și morala publică nu este o legătură efectivă și socială, ci doar una interpretativă [discursivă].

Evanescența bunele moravuri este cauzată exclusiv de crearea unor categorii ori obiecte juridice (*res*) distincte; acestea au fost uneori concepute dinadins să le înlocuiască, alteori au avut doar indirect un efect de dislocare a bunelor moravuri. Iată un proces eminent juridic, de influență ideologică decelabilă, fiind complet independent de moravuri, de etică, de public. La moartea tăcută a bunelor moravuri, amintim și

abrogarea lor directă, cum s-a petrecut în Quebec, în 1999, fenomen legislativ banal și neinteresant.

Câteva elemente amintim aici succint, care – în special sub presiunea considerabilă a jurisprudenței CEDO – marchează procesul de substituie juridică a bunelor moravuri cu alte categorii de drept, cum ar fi: **(1)** viața privată, **(2)** demnitatea umană și **(3)** autonomia personală.

(1) Viața privată⁷⁵ – drept concurent al bunele moravuri. „O bulversare profundă a raporturilor dintre libertatea individuală și interesul public este pe cale să se producă, iar privatizarea bunelor moravuri nu este decât una dintre manifestări. «Cum s-a spus», viața privată încetează astăzi acolo unde individul intră în contact cu alte interese protejate.”⁷⁶ Ideologic, s-ar putea identifica originea acestei preocupări pentru viața privată, ca o caracteristică a unei ordini morale libertare, care „sub pretextul depășirii unui sistem de valori percepute ca arhaic, pune botniță oricărei dezbateri și reflexii, pentru a asigura astfel triumful stării de bine, a interesului individual ori a fericirii individuale.”⁷⁷ Științific, specialiștii din diverse domenii (psihologi, sociologi, medici) devin purtătorii unui „obiectivism științific”, de fiecare dată când se analizează chestiuni legate de bunele moravuri. „Voința de a proteja sistematic interesele particulare participă la diluarea funcției normative a dreptului, în profitul integrării normalității în juridic sub girul cunoașterii științifice.”⁷⁸ Dar, toate acestea ar avea un impact redus asupra bunele moravuri dacă însuși sistemul juridic nu ar oferi piste, care odată urmate, fac inutilă orice evocare a bunelor moravuri.

„Protecția vieții private, a cărei amploare a crescut rapid, este o preocupare recentă a societății occidentale. Dreptul la respectul vieții

⁷⁵ Art. 71 C.civ. O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, *Drept civil. Persoanele*, ed. Hamangiu, București, 2015, p. 97.

⁷⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 94, ideea ultimă fiind preluată de autorul citat din M.T. MEULDERS-KLEIN, *ibidem*.

⁷⁷ *Idem*, p. 98.

⁷⁸ *Idem*, p. 99.

private este astăzi unul fundamental, recunoscut la nivel internațional și având o valoare constituțională. Protecția sa era până mai ieri încadrată în respectul bunelor moravuri sau a ordinii publice. Evoluția actuală face însă ca în materie de moravuri, interesul particular să primeze frecvent asupra binelui comun. De aceea, bunele moravuri nu mai pot justifica restricțiile aduse libertății de a avea o viață privată.”⁷⁹ Această categorie juridică nouă și specifică societății democratice este consacrată legal⁸⁰ și folosită jurisprudential în scopul asigurării autonomiei fiecărui subiect de drept, ea cuprinzând mai multe paliere. Primul se identifică cu un drept al personalității din care „decurg prerogative strict definite a căror violare e imediat sancționată: dreptul de a se opune investigării vieții private, dreptul de a se opune divulgării de informații ținând de viața privată și dreptul de a se opune captării și divulgării propriei imagini. A doua dimensiune a vieții private se referă la facultatea aparținând oricărei persoane de a-și determina liber maniera în care își trăiește viața, fără ca aceasta să-i și atribuie persoanei vreo prerogativă specifică.”⁸¹ Rezultă că „respectul vieții private cuprinde protecția juridică a două obiective diferite: să trăiești anonim, păstrând secretul vieții private, dar și să afișezi fără vreo opreliște viața privată, adică libertatea vieții private.”⁸²

În alți termeni, dreptul la viață privată ar cuprinde simultan două categorii juridice care ar trebui să se excludă: dreptul-libertate și dreptul-creanță. Dar binomul se potențează, iar libertatea de a trăi cum vrei – fără să-i stânjenești pe alții, este dublată de facultatea de a cere statului să-ți recunoască noi posibilități de acțiune juridică, tocmai pe temeiul respectului vieții private. Mecanismul este implacabil, iar cenzurarea comportamentului individual devine imposibilă prin invocarea bunelor moravuri, care fac recurs la un ambient social improbabil [morală publică],

⁷⁹ *Idem*, p. 71.

⁸⁰ C.civ.

⁸¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, *op.cit.*, p. 72.

⁸² *Idem*, p. 73.

pentru că e comunitar și general, iar nu privat și personal. Limpede, nu vreo decrepitudine etică abolește bunele moravuri, ci mecanismele juridice⁸³ o fac uneori inaplicabilă tehnic.

(2) Demnitatea umană – mijloc de-drept. Instrumentalizată juridic recent, demnitatea⁸⁴ ridică și ea probleme grave de calificare, de definire⁸⁵. „Noțiunea de demnitate a persoanei umane prezintă ambiguitatea inerentă – și probabil insurmontabilă inserției sale în dreptul pozitiv – de a trimite la un absolut, la un universal”⁸⁶, cel al ființei umane, ea fiind definită ca „apartenența la umanitate”⁸⁷. Înțelegă ca fundament ontologic, conferind umanitate omului, demnitatea este o valoare esențială și o categorie universală, dar străină mecanismelor tehnico-juridice. „În timp ce bunele moravuri au ca referent moralitatea publică, relativă și contingentă, demnitatea trimite la universal”⁸⁸, ceea ce va fi „sursa dificultăților eventualei sale integrări în dreptul pozitiv”⁸⁹. Recursul la demnitate s-a făcut juridic în special pentru a combate părerile și atitudinile care neagă umanitatea unor persoane, grupuri, ceea ce se concretizează frecvent în

⁸³ „Le droit européen « CEDO » a modifié l'équilibre entre liberté individuelle et moralité publique.” *Idem*, p. 79. „Le droit européen a clairement encouragé le développement de la liberté de la vie privée, en faisant régulièrement primer la liberté de la vie privée sur des valeurs morales défendues par les États européens. En effet, c'est essentiellement dans ses rapports à l'État que la vie privée entre en conflit avec la notion de bonnes mœurs, puisque certaines limites à la liberté de la vie privée sont justifiées par le respect des bonnes mœurs.” *Idem*, p. 75.

⁸⁴ Art. 72 alin. (1) C.civ. O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, op.cit., p. 55.

⁸⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Une dignitas humaine? Vieilles outres, vin nouveau*, Droits nr. 48/2009, p. 59; M. FABRE-MAGNAN, *La dignité en droit : un axiome*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques nr. 1/2007 (vol. 58); B. PELLEGRINI, *Grandeurs et apories de la notion de « dignité de la personne humaine » comme catégorie juridique*, La revue lacanienne nr. 1/2008, p. 118.

⁸⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 179.

⁸⁷ *Idem*, p. 153.

⁸⁸ *Idem*, p. 137.

⁸⁹ *Ibidem*.

umilinte și injurii. De aceea, activități precum cele care se referă sau înfățișează sclavajul, tortura, subordonarea umilitoare, rasismul și antisemitismul, ura, agresiunea și amenințările la adresa unor persoane sau grupuri (sexuale, politice, religioase), negarea crimelor de război, a masacrelor întâmplare, contestarea holocaustului ș.a., toate exemplifică atentate grave la demnitatea umană. Invocându-se atingerile aduse demnității umane, iar nu ultrajul bunelor moravuri, se cenzurează practic în special dreptul de a comunica, libertatea de expresie sau de întrunire. Instigarea la ură și ura⁹⁰ efectiv propagată (virtual pe web sau prin alte mijloace) sunt și ele înțelese ca piese ale unui puzzle mai amplu al valorificării juridice a demnității umane.

Mai găsim un palier pe care demnitatea este evocată, pentru a tranșa în favoarea colectivității, dacă nu chiar a umanității întregi. Este vorba de diversele dispute născute cu ocazia evaluării cercetării științifice și a diferitelor experimente medicale, a cântării riscului pe care le reprezintă acestea pentru om. Lăsând la o parte chestiunile complexe ale eticii medicale și ale bioeticii, au fost analizate aspecte legate de terapiile genetice, de oportunitatea distrugerii unor embrioni concepuți *in vitro*, de considerarea organismului uman, dar mai ales a creierului, ca simplă mașină. Răspunsurile juridice date la asemenea provocări au fost în sensul păstrării integrității ființei umane, prin apărarea demnității sale inerente. Raportat la acestea, „noțiunea de demnitate își asumă un rol regulator important, permițând limitarea libertății individuale prin considerarea

⁹⁰ „Le crime de haine et le discours de haine poursuivent un seul et même objectif : porter atteinte à la dignité et à la valeur d'un être humain appartenant à un groupe spécifique. En revanche, contrairement au crime de haine, le discours de haine ne constitue pas nécessairement une infraction pénale.” R. LIDDELL, M. O'FLAHERTY (ed.), Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2018, p. 97. Pentru practica CEDO privind infracțiunea de ură și discursul urii, v. *idem*, p. 91-101.

interesului general. Rolul său este comparabil cu cel care altădată era acordat bunelor moravuri.”⁹¹

Bunele moravuri – cu referințele sale etice șubrede – găsesc în demnitate o categorie concurentă, intrinsecă umanului, dar străină substanțial ideii de comunitate și interes general, pe care bunele moravuri par să le servească din ce în ce mai puțin adecvat. Deși greu de calificat teoretic, demnitatea constituie deja o categorie, un instrument juridic cert și în practica CEDO, fără ca demnitatea să poată fi redusă cumva la un singur aspect particular – drept, facultate sau o normă mai aparte. „Demnitatea este un principiu care este de esența CEDO, pentru că demnitatea este însăși esența dreptului. Demnitatea nu este un drept subiectiv, nefiind nici de introdus printre drepturile omului.”⁹²

S-ar putea conchide că, declinul [tehnic al] „noțiunii de bune moravuri și, mai mult, înlocuirea sa prin noțiunea de demnitate, indică o mutație fundamentală a sistemului juridic. În fapt, bunele moravuri ofereau forță coercitivă unor valori morale comune, care nu au fost înlocuite cu altceva, ci abandonate cu totul. În schimb, o sumedenie de drepturi subiective (...) au fost recunoscute chiar pentru a contrabalansa valoarea constrângătoare a moralității publice. Un număr de reforme legislative sau de evoluții judiciare la care asistăm în ultimul timp trădează o neîncredere generalizată față de orice normă prescriptivă de comportament. Astăzi, comportamentul fiecăruia este din ce în ce mai mult ghidat de propriile referințe, de reflecțiile personale sau pur și simplu de interesul său particular.”⁹³

(3) Autonomia personală, principiu incompatibil cu bunele moravuri. Consacrată inițial jurisprudențial foarte recent⁹⁴, „noțiunea de autonomie

⁹¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 165.

⁹² M. FABRE-MAGNAN *in Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement*, Droits nr. 48/2009, p. 55.

⁹³ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 183.

⁹⁴ CEDO *Pretty contra Regatul Unit*, 29.04.2002; v. F. TULKENS *in Controverse* op.cit., Droits nr. 48/2009, p. 45.

personală poate fi înțeleasă «și» în sensul dreptului de a alege ceea ce faci cu propriul tău corp⁹⁵. Atât de important este acest principiu, încât se consideră că el „stă la baza interpretării garanțiilor prevăzute de art. 8 CEDO”⁹⁶. Autonomia personală este o consecință imediată a recunoașterii dreptului la viață privată, ea neputând cuprinde numai elemente fizice⁹⁷ – legate de corpul persoanei, ci și aspecte intelectuale, de conștiință. Ceea ce unește aceste elemente nu este un efort sau o himeră metafizică, ci dreptul persoanei de a-și duce viața așa cum dorește, în acord cu interesele sale și propriile păreri. Dezvoltarea de sine, ducerea vieții după bunul plac și posibilitatea de a face cu trupul său orice se dorește, toate împreună conduc, derivă și determină (sic!) autonomia personală în societatea democratică. „CEDO pare a fi trecut definitiv de la o concepție intimistă – defensivă a dreptului la respectul vieții private – la o concepție liberală, activă.”⁹⁸ O asemenea schimbare de optică juridică s-ar explica „fără îndoială prin declinul vizibil al influenței religiei care a marcat societatea occidentală în ultimele decenii. Și la acest prim factor, adăugăm apariția unei noi valori, care se va substitui percepțelor religioase: căutarea fericirii și a binelui propriu. Iar pentru că fiecare este diferit și aspiră la o existență particulară în funcție de propria sa concepție despre viață, oricine

⁹⁵ § 83 CEDO, KA & AD *contra* Belgia, 17.02.2005.

⁹⁶ F. SUDRE, *op.cit.*, p. 326.

⁹⁷ Uneori se identifică sau chiar se reduce autonomia personală la dreptul de a dispune de sine însuși, arătat la art. 60 C.civ., ceea ce limitează *fizic* autonomia, v. O. UNGUREANU, C. MUNTEANU, *op.cit.*, p. 119. Nu există însă temeii nici în dreptul român (civil), nici în cel alimentat de CEDO pentru o interpretare restrictivă a noțiunii, concentrată exclusiv pe corpul persoanei. Aceasta chiar dacă frecvent autonomia personală se referă la diferite dispute juridice vizând chestiuni precum: prostituția, practicile sexuale violente, suicidul asistat, omorul la cerere, avortul, distrugerea de embrioni *in vitro* etc.

⁹⁸ E. LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse, Pau, 2012 *apud* D. SMEYERS, *Le droit de disposer de son corps dans la Convention européenne des droits de l'homme, mémoire*, Université catholique de Louvain, 2015, p. 24.

are puterea să pretindă un asemenea mod de viață, din moment ce doar aceasta îl va face fericit.”⁹⁹

Ultimele remarci, cu funcție explicativă, sunt manifest moralizante și deterministe. Ele identifică dispariția unor elemente culturale comune (religia) în beneficiul impunerii unor păreri personale (definirea fericirii și a bunăstării proprii). Dacă amintim că reperul *de facto* al bunelor moravuri este morala publică, iar cel al autonomiei personale ar fi concepția individualist-hedonistă, paralela angajată între cele două categorii juridice ne ilustrează două societăți-model diferite: una sprijinită pe *comunitate*, a doua întemeiată exclusiv pe drepturi *subiective*. Cu toate acestea, nu credem că bunele moravuri sunt ținute în șah nici de schimbarea moravurilor, nici de vreo filozofie narcisistă. Juridic, recursul de-drept la bunele moravuri a fost abandonat¹⁰⁰ sau drastic diminuat, eforturile tehnice concentrându-se pe crearea și folosirea altor instrumente juridice [e.g. autonomia personală, viața privată, demnitatea].

Societatea democratică se definește prin pluralitate și diversitate de idei, distincția netă între viața publică și cea privată a persoanei, dar și prin refuzul de a judeca moral pe cei care o compun. „Fiecare face ceea ce dorește” ar părea perceptul moral al unei noi ordini morale¹⁰¹, pe care o trăim, o inventăm. Individualismul doar juridic limitat și dispariția valorilor sociale comune ar fi caracteristicile acestei ordini, făcând imposibilă

⁹⁹ D. SMEYERS, op.cit., p. 24.

¹⁰⁰ La o primă vedere, Codul civil român ar avea o altă părere, din moment ce bunele moravuri constituie chiar limita dreptului de a dispune de sine (art. 60). Practica CEDO premerge legii române [art. 4 alin. (2) C.civ.], atât în ceea ce privește sensul extensiv dat, în aplicarea art. 8 CEDO, noțiunii de autonomie personală, cât și în ceea ce privește conținutul acestei autonomii. În fine, sensul oferit de CEDO autonomiei personale este cel care se opune chiar cenzurii acestei autonomii prin recursul la morală sau la bunele moravuri, căci și art. 8 CEDO cuprinde invocarea limitei imperative trasate de bunele moravuri, ceea ce a fost ignorat tocmai de judecătoria CEDO, cu scopul de a ridica la rang de principiu autonomia personală, nu moravurile.

¹⁰¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, op.cit., p. 231.

supraviețuirea *de jure* a bunelor moravuri, pe aliniamentele clasice. „Așa se poate înțelege totala inadaptare a expresiei *bune moravuri* la societatea contemporană. Adjectivul *bune* trimite la o judecată de valoare pe care epoca actuală o recuză. Din păcate, ideologia care respinge expresia *bune moravuri* nu face decât să aplice la rândul său logica atât de hulită, dar de o manieră deghizată. Noua ordine morală nu face decât să reproducă aceeași schemă normativă: ea impune o distincție între ce se cuvine și ce nu se cuvine a fi făcut. Dar asistăm la o răsturnare radicală, căci moralitatea comună contemporană este o cochilie goală, care se definește pur și simplu ca interdicție de a-l judeca pe celălalt.”¹⁰²

Evidențierea unei (ipotetice) noi ordini morale contemporane constituie esențial o critică moralistă a dreptului. Aceasta ajunge să considere bunele moravuri ca inaplicabile juridic ca efect al dispariției moralei publice, căci, și din citatul anterior, reiese confuzia patentă dintre morala publică – realitate *de facto*, și bunele moravuri – realitate *de jure*. Un asemenea raționament conține premisa tare că dreptul reflectă socialul, că există un determinism, dacă nu chiar un mimetism, normativ [între etic (social) și drept]. Ideea este admisibilă numai pentru cei care împărtășesc o viziune materialist istorică ori un curent juridic naiv, ambele considerând că dreptul nu ar fi decât oglinda socialului; suprastructura, nu infrastructura societății. Apoi, dacă tot am probat imposibilitatea practică de a stabili efectiv *conținutul* moralei publice [redușă juridic doar la simple opinii pretoriene despre etică], ar trebui să fim consecvenți, recunoscând și dificultatea sesizării dispariției sale. De altfel, am fost de părere că nu dispăre nicio morală, ci doar se schimbă, când grupul luat în considerare își modifică profilul cultural, iar legătura dintre morală și bunele moravuri rămâne doar discursivă [nu socială]. În fine, concluzia că dispariția moralei antrenează ineluctabil stingerea bunelor moravuri este, de fapt, o respingere a anumitor reguli, valori și comportamente, prezente deja social în morala publică acum modificată. Evaluarea acesteia este o discuție însă

¹⁰² Ibidem.

pentru moraliști, care sunt liberi să dezbată dacă absența oricărei morale este o etică, măsurând exact inclusiv distanța dintre amoral și imoral.

Societatea democratică este un obiect juridic (*res*), care se sprijină pe alte obiecte, noțiuni, categorii sau reguli de-drept (*res*). Bunele moravuri nu își mai găsesc loc juridic în dreptul descris de societatea democratică, pentru că s-a hotărât să se renunțe la ele, înlocuindu-le tehnic cu alte obiecte ori categorii juridice; dincolo de orice remanență nominală a locușunii („bune moravuri”) *de lege lata*. Categoriile juridice de demnitate și autonomie personală, de pildă, sunt cele care fac inutilă tehnic orice invocare a bunelor moravuri, iar nu depravarea¹⁰³ moravurilor (publice). Dreptul caracterizat de artefactul juridic numit *societate democratică* abrogă categoria bunelor moravuri, iar nu trendurile sociale ori morale. Invers, constructul juridic *societate democratică* moralizează juridic societatea reală, dublând cu sensuri etice obiectele juridice. Iată un efect nedorit de corifeii purificării etice a dreptului, dar unul prezent și calculabil. De aceea, trebuie să ne cenzurăm, nemaiputând vorbi public de *perversiune* sexuală – conotație peiorativă, pentru că *dreptul* la viața privată – valoare și obiect juridice, obstrucționează judecata morală de valoare, normalitatea voindu-se strict juridică. Se edifică astfel o nouă morală; una cu autor cunoscut, distinctă de clasica și inutila morală publică – cu autor anonim. Oficial, vorbim juridic corect, împărtășindu-se o corectitudine ideologică ambalată în norme, în texte-de-drept. Judecata de valoare etică devine social redundantă dacă licitul face morala. Când dreptul strivește morala, se ivește o logică de sclavi – *vinculum juris*.

¹⁰³ Raționamentul e posibil și invers: sănătatea morală (sic!) a societății nu antrenează și nici nu garantează potența juridică a bunelor moravuri.

(IV) Caracteristici ale bunelor moravuri

Fiind o cale de intrare *ordonată* a moralei (publice) în drept, bunele moravuri sunt contaminate de aceasta. Nu este vorba aici de a influența conținutul noțiunii, căci bunele moravuri rămân o mulțime vidă, ci de împrumut a grilei morale pentru tratarea unor chestiuni juridice. Împrumutul este posibil numai datorită noțiunii, care rămâne doar vehiculul juridic al criteriilor de judecată juridică de valoare [morală]. Fluctuația în timp și spațiu a suportului efectiv etic al bunele moravuri nu influențează noțiunea în sine, care rămâne veșnic egală cu sine, ci criteriile de judecată – după cum deja notam. Utilizarea unor valori, criterii ori recursul la diferite comandamente etice – practicate de legiutor sau de judecător, creează impresia de evoluție a bunelor moravuri. Acestea nu pot evolua etic (în sine) pentru că nu reprezintă decât o categorie juridică, fără conținut moral efectiv juridic și fără o definire juridică precisă. Ce poate însă suporta transformări este sistemul normativ juridic (legea) și morala (publică).

Bunele moravuri sunt o noțiune juridică, inventată și aplicată exclusiv *de jure*, existența sa fiind datorată numai textului *de lege lata*. Dacă se renunță legislativ la *cauză* – ca element de fond al contractului, bunele moravuri sunt scoase automat și implicit din drept. Ele vor fi eliminate legal, dispărând ca noțiune și criteriu de cântărire a legalității actului civil. Recursul explicit la bunele moravuri le întemeiază, iar tăcerea legii sau modificarea ei în sensul abandonării lor pe viitor marchează moarte instituțională a bunelor moravuri; interzicerea lor legală indirectă. Regula ar fi că ele nu pot fi recompuse jurisprudențial, căci morala și judecata în echitate rămân figuri juridice marginale și condiționate multiplu. Ceea ce ar presupune îndeplinirea unei sume de condiții – factor anevoios tehnic de împlinit în sistemul nostru juridic (continental) –, iar nu o simplă invocare jurisprudențială a moralei publice, pentru a deduce că bunele moravuri există și în lipsa legii exprese care le numește.

Bunele moravuri atârnă deci de lege, noțiunea omonimă fiind produsul exclusiv al legiutorului. Categoria bunelor moravuri este de drept

strict în sensul clasic și efectiv, fiind un exemplu de creație legislativă absolută, imposibil de generat, de creat altcum decât prin text-de-lege. Neidentificându-se cu morala la care doar face apel nominal, bunele moravuri ocupă o secvență juridică minoră, iar caracterul lor legal nu ne poate indica prea mult despre sănătatea morală a legislației ori a jurisprudenței. Caracterul legal al acestei noțiuni este necesar și oarecum inevitabil într-un sistem de drept care judecă prioritar folosind numai reguli juridice (nu în echitate), iar intervențiile moralei sunt atent temperate [legislativ și judecătorește].

Dacă evaluăm funcția judiciară a bunelor moravuri, dacă punem în balanță scopul inventării lor – cenzura judiciară a comportamentului ilicit, o întrebare legitimă ar fi de ce bunele moravuri nu ar avea un caracter judecătorec? Dacă tot îi construiesc obiectul, de ce instanțele judiciare nu ar putea recurge la acest instrument-noțiune și în lipsa permisiunii exprese *de lege lata*? Sunt motive deja amintite [structura sistemului nostru de drept] care nu permit instrumentalizarea bunelor moravuri decât în cazurile neîndoielnic indicate legal. Deși nu pot fi inventate jurisprudențial oricând, bunele moravuri își dau conținutul pe mâna judecătorului. Acesta este singurul îndrituit să fixeze obiectul sau conținutul bunelor moravuri, invocând virtuți și reguli aparținând moralei (publice), care justifică reprimarea unui comportament ca imoral, devenit astfel ilicit. Existența categoriei juridice (*res*) depinde exclusiv de legiuitor, substanța sa concretă este însă opera judecătorului. Acesta este singurul competent să stabilească textul-despre-morală, care va constitui textul-de-drept (*res*), temei juridic de condamnare a ilicitului, depistat în imoralul speței. Legea numește bunele moravuri, prin invocare textuală, și le oferă judecătorului, care construiește efectiv norma de-drept (în speță). Legiuitorul nu creează nicio normă specială și concretă legiferând bunele moravuri, nepermițându-și să devină instanță morală, ci doar autorizează confecționarea judiciară de norme cu aplicare *în cauză*. Judecătorul va decide în speță dacă concubinajul este contrar bunelor moravuri [imoral], dispunând (sau nu) anularea donației [ilegale] făcută de donatorul căsătorit ibovnicei sale, nu legiuitorul. Importul de substanță etică în fenomenul juridic este făcut de jude, cu vehiculul

împrumutat lui de legiuitor – bunele moravuri. Da, puterea de nomothet aparține judecătorului, pentru că i s-a condat (indirect).

În fine, ar mai fi de notat că puterea judiciară se trage din forța și funcțiile sale interpretative. Aporia este clasică: judecătorul creează dreptul interpretându-l? Profesional și curent, judecătorul interpretează și califică norme de-drept, nu comandamente morale; el nu tranșează, nu interpretează situații ori reguli etice sau dileme morale (publice sau private). Normele ori valorile etice instrumentalizate prin bunele moravuri plasează judecătorul în afara schemei clasice interpretative și subliniază distanța la care se află de aplicarea curentă a normelor de drept. Judecătorul trebuie să decidă dacă societatea admite moralmente donațiile făcute de căsătoriți către terți parteneri sexuali. Indiferent de soluția oferită concret, judecătorul a creat o normă juridică, prin umplerea bunele moravuri cu sens moral concret. Concretizarea judiciară a bunelor moravuri face dreptul. Anterior speței, bunele moravuri nu cuprindeau nicio normă concretă [etică sau de drept], care să ofere vreo soluție la speța juridică. Deci, judecătorul nu doar aplică dreptul după interpretarea sa, ci îl creează efectiv, decizând în speță cum trebuiau să se fi comportat subiecții. Judele se folosește de bunele moravuri ca de o normă de trimitere. Judecătorul, *primo* – conferă corp deontic concret bunelor moravuri; *secundo* – el aplică regula *juridică* concret creată [de el] și sancțiunea aferentă. Prin urmare, bunele moravuri măsoară gradul de libertate și al judecătorului, libertatea fiind juridică, nu etică.

Acestui fenomen juridic, îi putem atașa inclusiv un efect indirect moralizant *erga omnes*?

Procedural, bunele moravuri – textul legal ce le cuprinde – ar putea fi chiar așa înțelese, ca o normă de trimitere, dar nu la alte norme juridice, ci la morală, de unde se extrage *considerentul* etic al deciziei. Acum pare că bunele moravuri s-ar identifica chiar cu regulile etice evocate, cu comandamentele morale. Totuși, indiferent de expresiile folosite, judecătorul nu împrumută o normă din morală ca să o aplice imediat speței juridice. Diferendul juridic este tranșat numai cu reguli de drept, de sorginte diferită. Bunele moravuri permit creația unei norme jurisprudențiale nu prin preluarea judiciară a unor reguli

etice, pentru că în speță ar putea fi relevante doar anumite virtuți, ci prin forța hotărârii judecătorești. Identificarea bunelor moravuri cu regulile moralei trebuie abandonată, fiind simplistă și eronată. Bunele moravuri nu sunt o spoială juridică a moralei (publice), ci un instrument juridic ce autorizează judecătorul să practice o judecată de valoare morală, în speță. În exemplul nostru, de altfel, nu există nicio *regulă* etică care să interzică soțului să facă daruri metresei sale, ci putem evoca *valori* morale – fidelitatea, sinceritatea, iubirea, încrederea – necesare raporturilor dintre căsătorii și posibil de instrumentalizat juridic prin intermediul bunelor moravuri. Instrumentalizarea se face prin considerentul hotărârii judecătorești și în sensul decis de judecător. Inclusiv respingerea unor valori etice, a unor virtuți într-o speță, înseamnă tot instrumentalizarea bunelor moravuri. Acestea cuprind *alte* valori (chiar juridice), pe care trebuie să le invoce judecătorul, neuitând că orice virtute sau comandament moral este evins practic în drept de o valoare ori de o normă juridică.

Sunt normative bunele moravuri? Adică putem depista în ele o caracteristică reglementară, o funcție deontică? Sau au ele o esență deontică, exprimată însă prin alte mijloace decât cele etice, cum ar fi hotărârea judecătorească? Bunele moravuri, după cum am tot avut prilejul să probăm, nu sunt în sine nici norme juridice, nici reguli etice. Este lesne de înțeles, deși de criticat, reducerea normelor morale la bunele moravuri (sau invers), dar acest reduționism face un deserviciu efortului de a preciza juridic locul pe care etica îl ocupă [acum] în drept. De altfel, când se încearcă o asemenea identificare, cei care o fac precizează că regulile de drept care compun bunele moravuri sunt furnizate de morala (publică). Există o forță deontică a eticii, dar ea rămâne străină dreptului, deși etica ar fi fost invitată în drept pe ușa bunelor moravuri. Forța deontică a dreptului este distinctă și proprie, nefiind derivată din contactul cu etica; nu există contagiune normativă etic-drept. Forța normativă a dreptului nu este forța deontică a moralei; ultima nu o întemeiază pe prima. În analiză sunt mecanisme juridice (bunele moravuri) activate de drept (legislativ ori judiciar) și inspirate de etic. Inspirația constă în discursul judiciar despre virtuțile și comandamentele

etice, care permite o judecată de valoare etică cu efecte juridice. Modelul se păstrează inclusiv dacă privim opera legiuitorului, care justifică recursul la bunele moravuri în scop juridic, nu cu țel moralist legalist. Păstrarea ordinii juridice, combaterea ilicitului prin depistarea imoralului – iată menirea și rațiunea legiuitorului, atunci când s-a decis să recurgă la bunele moravuri.

Bunele moravuri deschid un portal către lumea de-dincolo de etică, lumea noastră juridică de-aici. O imagine răsturnată, inversată de la juridic la etic, un vino fără du-te. Deschiderea e o breșă, un interstițiu prin care se strecoară câteva repere morale în judecata de valoare juridică. Este una dintre întredeschideri, căci indefinita morală se insinuează în drept și pe alte căi (instituționalizate sau nu). Două străji așteaptă la ușă, și fac intrarea anevoioasă. Ele nu au nevoie de reguli de împrumut (etic) ca să lămurească juridic lumea, ci poate de un supliment deontic originar, aluziv moral. Nu, bunele moravuri nu sunt chiar normele de morală publică! Bunele moravuri nu sunt semnul epuizării dreptului, a stingerii vigoriei sale normative (deontice), ci dimpotrivă. Categoria bunelor moravuri este tocmai proba vie a putinței dreptului de a scorni *indirect* o *semi*-normă de drept și de a o face integral să funcționeze *judiciar* print-un maxim efort *referențial*, trimițând către un exterior juridic incert – morala publică.

Concluzie. Nimic nu pare mai dificil decât să precizezi caracteristicile juridice ale unei mulțimi vide, ale unui instrument conceput pentru depistarea ilicitului, prin recursul la imoralul dedus din contrarietatea cu bunele moravuri. O cheie franceză are deschiderea necesară concret, nu doar una singură. Totuși, există un minim și un maxim, care la bunele moravuri sunt legal indicate de prezența normei care le evocă, dar fără a le fixa conținutul. *De plano* notăm că bunele moravuri sunt o noțiune care instrumentalizează etica curentă, fără să se identifice cu ea. Tehnic și practic, bunele moravuri nu sunt poleiala etică a juridicului, ci un obiect juridic (*res*) aparte, concretizat în instrumentul juridic ce permite judecătorul să aibă o judecată de valoare morală; totul petrecându-se în speță, nu *in abstracto*. Considerentele hotărârii cuprind și se întemeiază pe această judecată de valoare, iar nu pe comandamente morale; bunele moravuri nefiind identice cu

morala publică. Fiind o categorie juridică legală, bunele moravuri nu există în tăcerea legii, judecătorul inventând regula juridică aplicabilă doar când i se permite. În fine, ceea ce justifică recursul la bunele moravuri nu este talentul de moralist al legiuitorului ori apetitul său pentru moralizarea socială. Legiferarea nu e catehizare etică, ci normare. Deci, nu virtuțile și comandamentele etice îl impulsionează pe legiuitor, ci manipularea lor juridică, care să permită *de jure* o judecată de valoare etică cu urmări în drept. [Caracteristica și] Rațiunea intimă a existenței bunelor moravuri rămâne eminamente juridică – apărarea și întărirea ordinii de drept. Bunele moravuri oferă oportunitatea de combatere a ilicitului prin identificarea imoralului – iată menirea și țelul suprem al legiuitorului, atunci când s-a decis să recurgă *in terminis* la *bunele moravuri*.

(V) Funcțiile ori efectele bunelor moravuri

Virtualitatea juridică a bunelor moravuri le ferește pe acestea să se transforme în norme juridice propriu-zise. De altfel, și dacă privim la structura lor, devine cert că bunele moravuri sunt lipsite de elementele care compun obișnuit o regulă de drept. Nu există ipoteză și nici dispoziție în niciun text de lege care cuprinde vocabula „bunele moravuri”, după cum lipsește și sancțiunea tipică, iar când există, e doar un adaos de conjunctură legislativă. Instrumentalizarea bunelor moravuri se face însă primordial cu funcție normativă. Fără a fi vreun paradox, bunele moravuri permit judecarea comportamentului din speță după criterii și valori morale, pentru a conchide dacă el este acceptabil juridic [licit]. Nu bunele moravuri în sine sunt norme, ci morala publică conține regulile care pot fi invocate și valorificate deontic de judecător, prin intermediul *bunelor moravuri*. Dacă acestea ar lipsi, iar dreptul ar fi laic, etica sau morala – indiferent de originea sa, ar avea un impact juridic nul. Nu s-ar putea judeca moral în drept, deoarece dreptul are propriul sistem normativ și logici specifice, excluzând etica normativă brută.

Funcția normativă a bunelor moravuri, prezentă și în lipsa încărcăturii sale deontice intrinseci, este una derivată din logica complementarității sale

și din imperativul categoric al dreptului de a invada întregul (spațiu social). Ordinea publică est principalul, la care devin accesorii bunele moravuri. Acestea ocupă, astupă breșele, interstițiile de nereglementare, pentru ca ilegalul să poată fi identificat cu ilicitul și astfel să se apere mai eficient în drept ordinea socială. Complementaritatea bunelor moravuri este funcțională și justificată de un drept dur (*hard law*), fără ca ele să fie neapărat un drept maleabil (*soft law*). *De lege lata*, bunele moravuri sunt folosite cu aceeași intensitate ca orice formulă imperativă; nulitatea fiind identică, indiferent că este justificată pe imoralul cauzei sau pe ilicitul obiectului. Bunele moravuri nu sunt facultative, iar textele care le cuprind sunt de ordine publică. Imperativul bunelor moravuri este dedus din alăturarea lor cu ordinea publică, căreia îi poate scăpa legal anumite aspecte, cuprinse *imediat* de bunele moravuri. Aici *imediat* înseamnă de îndată ce legiuitorul consideră necesar, căci bunele moravuri nu există în lipsa menționării lor exprese *de lege lata*. Dar legiuitorul – preferând *recursul* la bunele moravuri – nu edictează prin acesta o normă juridică expresă, ci instituie una de trimitere. Locul de trimitere este exterior dreptului – morala publică.

Prin simbolismul său, prin evocarea ideii de comunitate și prin implicarea sa legislativă, morala publică devine suficient de solidă intelectual ca să-și extindă forța de sine asupra reglementării bunelor moravuri. Autoritatea moralei publice este invocată, transmisă și imprimată juridicului, prin mijlocirea bunelor moravuri. Asistăm la întemeierea simbolică a dreptului pe valori externe, nejuridice, dar având consistență proprie. Subînțeles este și *adevărul evident* al superiorității moralei publice asupra moralei individuale, construindu-se astfel o legitimare (de împrumut) a bunelor moravuri. Urmarea ar fi că legiuitorul se liberează de efortul de a enumera concret regulile moralei (publice), debarasându-se simultan și de sarcina justificării temeiurilor etice ale bunelor moravuri. Efortul prim este plasat instanței de judecată. Ea e ținută să depisteze [în speță] ce reguli morale ar fi de resuscitat judiciar concret, prin *recursul* la bunele moravuri; în timp ce sarcina întemeierii substanțiale a bunelor moravuri este definitiv ignorată,

prin identificarea lor cu anumite habitudini etice. Bunele moravuri devin astfel o chestiune de fapt, evacuată în probatoriu (mai tot timpul incert).

Logica investirii simbolice a bunele moravuri cu o funcție deontică ar fi rezultatul unui raționament ce pare surprinzător astăzi. Pe de-o parte, legiuitorul exclude tehnic de principiu etica dintre izvoarele de drept – izolând-o prin secularizare în intimitatea subiecților. Pe de alta, tot el reușește o instrumentalizare simbolică și generică a valorilor etice – acestea vor fi depistate concret pretorian, cu țelul întăririi ordinii juridice. Înțelegerea doctrinală a legiuitorului este antagonistă, două contrarii care se atrag. Gândirea legiuitorului nu exclude acum două inspirații ideologice contradictorii, complinindu-se, cum se completează ordinea publică cu bunele moravuri. Astfel, nomothetul dă dovadă de intransigență pur pozitivă – dreptul fiind doar regula existentă *de lege lata*, dar devine simultan jusnaturalist – etica fiind resuscitată discursiv prin bunele moravuri. Cheia intelectuală ne dezvăluie o tranziție (legală) de la dreptul pentru sine [ordinea publică – autosuficiența deontică] la etica pentru drept [bunele moravuri – fals supliment deontic]. Justificarea rupturii (sintezei?) doctrinale – da, și legiuitorul face doctrine, nu se lasă numai influențat de ele – constă în consolidarea ordinii juridice: ce scapă normei imperative va fi prins de lațul bunelor moravuri.

O asemenea logică (duală) era posibilă doar într-o anumită epocă istorică (modernă), în societatea democratică. De aceea, bunele moravuri sunt pe ducă azi, rămânând intact doar semnul lor, iar nu și impactul lor. Când dreptul emana de la un stat stăpân pe sine, vigilent să regleze toate cotloanele sociale, făcând inclusiv poliție morală, bunele moravuri se puteau vădi utile, uneori chiar eficiente. Bunele moravuri rămân expresia legiferării practicate de statul în care imperativul ordinii publice permitea ingerința în morala particularilor. El se considera îndrituit să se proclame apărătorul moralei (publice). Efectul a fost etichetarea juridică a unor comportamente ca fiind imorale sau anormale etic; devianța morală atrăgea firesc o sancționare juridică pe măsură. Imperialism juridic *ad nutum*. Acest model etatic este caduc, astăzi. Statul timorat de drepturile individuale, veșnic debitor al

răscumpărării oricărei frustrări guralive, a moștenit numai cuvintele *bunele moravuri*. El este derutat și neputincios, neputând să identifice publicul căruia i-ar fi proprie o morală, pe care mai apoi să o și execute. Statul este nul etic. Nu disoluția moralei publice face inutilă *juridic* noțiunea de bunele moravuri, ci lipsa de vlagă etatică și interesul de a o instrumentaliza; *moral friendly state*. Morala (publică) nu se mai zărește astăzi de bunele moravuri. Produs ideologic, bunele moravuri vor fi stârpite tot ideologic, indiferent de reziliența lor terminologică *de lege lata*. Evanescența bunelor moravuri, dincolo de trăinicia lor nominală, este înlesnită atât de structura lor – lipsa de conținut specific, cât și de funcția lor *fals* deontică – reprezentarea unor norme juridice pe care *de jure* nu le conțin. Între timp morala publică va dăinui, se va schimba și se va manifesta nejuridic, căci nu depinde de stat, ci de public.

Binomul ordine publică-bunele moravuri nu este o simplă figură de stil legislativ. El este dovada unui timp juridic în care dreptul se *ocupa* de întreaga societate – mai întâi cu reguli juridice, mai apoi și doar dacă era cazul, prin recursul la etică, cu ajutorul bunelor moravuri. Aproximarea bunelor moravuri de regulile imperative ale ordinii publice sugerează eronat că și ele ar fi în sine reguli, iar impresia e indusă de orice text legal care le alătură. În fond, de ce să alături reguli cu ne-reguli? Bunele moravuri nu sunt totuși reguli nici juridice, nici etice, ci unele pusă în mâna judecătorului ca să resuscite valori și reguli morale (publice). Bunele moravuri sunt imperative fără a fi norme [de comportament].

Bunele moravuri joacă o falsă funcție deontică, ele fiind categoria de drept ce permite eticului să viziteze juridicul, ocazional și judiciar. Maxim și simbolic, bunele moravuri rămân *norma* juridică de trimitere la morala publică, fără să se confunde cu aceasta. Complement discursiv al ordinii publice – în sens de sumă normativă imperativă, bunele moravuri sunt sortite diminuării juridice proporțional cu micșorarea ambiției statului de a reprezenta politic o societate [morală, civilă]. Bunele moravuri nu pot fi mai vigoase decât statul care le respinge, creându-le.

Funcția sancționatorie și moralizantă secvențial. Ar exista obligația sau îndatorirea *juridică* de a fi moral? Cât timp valorile ori virtuțile nu sunt sancționate în drept, răspunsul pare mai degrabă negativ. Aceasta pentru că unul afirmativ general ne-ar îndrepta către confuzia regretabilă între etică și drept. Totuși, întrebarea este prea generală, deși vorbim aici despre generalități instituite – cum este etica. Buna-credință este o categorie juridică care valorifică însușiri morale de corectitudine, onestitate ș.a. Toți trebuie să fim de bună-credință, iar presupunerea legală ne și consideră astfel, până la proba contrară. Dedus, observăm că există o îndatorire de a fi corecți juridic, onești, ceea ce se concretizează tehnic în a fi de bună-credință. Invers, lipsind buna-credință, se vor aplica diverse măsuri legale, în funcție de speță. Generic, există o îndatorire juridică de a fi morali, dacă legea ne-o cere. Ar fi de subliniat că doar valorile etice instrumentalizate sau metamorfozate de-drept pot conduce către îndatoriri juridice. Observăm aporia ițită: o valoare sau regulă etică își mai păstrează natura morală odată preluată, transformată sau sancționată juridic? În exemplul dat, ne putem întreba dacă buna-credință (*res* juridică) produce efecte sau onestitatea (*res* etică)? Care dintre cele două e/sunt sancționată/e de drept? Răspunsul pare limpede.

Consecințe juridice nu pot fi atașate decât unui obiect sau unei realități juridice. În exemplul nostru este vorba de buna-credință juridic definită și considerată astfel o cauză eficientă *de jure*, iar nu de onestitatea sau de corectitudinea pur morală. Virtuțile și regulile etice nu produc prin ele însele consecințe *de jure*. Însă, odată preluate de-drept, ele devin valori ori norme juridice, iar analiza lor va fi una strict tehnică (civilă, penală, constituțională etc.), nu pentru moraliști. Este imposibil de admis ca o sancțiune definită juridic (*e.g.* nulitate, amendă, închisoare) să acompanieze virtuți și comandamente morale, în societatea democratică. Aceasta, dacă se dorește *mai* etică sau chiar moralizantă, nu are decât să preia (etatic și jurisprudențial) virtuți și comandamente morale, transformându-le tehnic în obiecte juridice – principii, norme sau categorii de drept (*res*). Dintr-un asemenea proces intelectual-normativ s-a născut de altfel și noțiunea juridică

de bună-credință. O expresie supralicitată¹⁰⁴ azi, supraexpusă normativ, în dorința nemărturisită de a moraliza relațiile juridice (în ansamblul lor). Oricum, dreptul interzice metisajul etico-juridic, în speranța obținerii *ad hoc* a unui produs juridic *superior*.

Îndatorirea juridică de a respecta *bunele moravuri* există? Nu. Bunele moravuri nu sunt o categorie care să aibă un conținut deontic ori valoric determinat sau precizat abstract *de lege lata*, precum este cazul, de pildă, al bunei-credințe. Fiind doar o noțiune referențială și o regulă de trimitere, bunele moravuri au nevoie de a fi activate conjunctural concret, ceea ce practic se întâmplă numai pretorian. Judecătorul – trimis la morala publică, alege și evocă valori și reguli etice pe care le compară cu comportamentul contravenientului la bunele moravuri. Conținutul juridic al bunelor moravuri nu se determină decât *ad hoc* și simultan cu reproșul juridic că subiectul ar fi avut un comportament (etic) nerespectuos. Prin urmare, neavând un conținut stabilit generic și abstract, nefiind o regulă comportamentală [de drept], bunelor moravuri nu le sunt atașate îndatoriri specifice, de cunoscut și aplicat.

Conduita imorală este calificată astfel printr-o judecată retroactivă judiciară, care cântărește ulterior săvârșirii faptelor dacă acestea au fost inițial conforme moralei (publice). Nu judecata morală e retroactivă, ci cea juridică, întrucât bunele moravuri urmăresc cenzura comportamentului după norme etice pe care ea nu le conține. Specificul obiectului juridic numit bune moravuri face ca lucrurile juridice să stea astfel. Tensiunea maximă indusă de acest instrument juridic este prezentă în materie penală. Aici, s-a

¹⁰⁴ În *common law* buna-credință lipsește ca o îndatorire generală, când se analizează executarea contractului, v. G. ROUETTE (coord.), *Principes du droit européen du contrat*, ed. SLC, Paris, 2003, p. 76. Pentru diferitele funcții ale bunei-credințe în dreptul privat, v. B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, A. TENENBAUM (coord.), *Terminologie contractuelle commune*, ed. SLC, Paris, 2008, p. 224. Interzicerea și sancționarea răzgândirii intempestive înlocuiește cu succes buna-credință în sistemul de *common law*, v. B. FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, ed. SLC, Paris, 2007.

reproșat¹⁰⁵ că infracțiunea de ultraj al bunele moravuri ignoră principiul *nullum crimen sine lege*. Această infracțiune ar sfida principiul tipicității faptelor, legea penală indicând doar generic să nu se contravină bunelor moravuri, fără să indice expres acțiunea interzisă (scuipatul în autobuz, obscenitățile, voaierismul etc.). Bunele moravuri nefiind nici nome de drept [dar nici reguli etice], ele nu impun, nu creează nici îndatoriri specifice corelative, nici obligația de a fi respectate în sine.

Bunele moravuri pun problema etică de a respecta valori și comandamente morale, pentru a nu exista consecințe sancționatorii juridice. O ecuație complicată, de manipulare a moralei în salvarea ordinii publice, prin constatarea și reprimarea imoralului, ca ilicit. Ecuația ar cuprinde poate și răspunsul la ce fel de comandamente etice ar trebui să ne conformăm, pentru a evita o retorsiune juridică *via* bune moravuri. Cât timp bunele moravuri nu reprezintă decât o cheie interpretativă juridică fără concretețea unor interdicții preexistente, intuim că orice e pasibil să devină cândva contrar bunelor moravuri. Judecata morală de valoare este detestată tocmai pentru că subiectivează regulile și valorile etice, când societatea democratică nu cunoaște un singur și inamovibil reper moral. Inevitabilul se întâmplă: juridicul ține loc de etică, cu efectul că bunele moravuri sunt acceptate ca noțiune și mecanism juridic marginal, complementar, dar descărnat de vocații etice consubstanțiale.

Sancțiunea nerespectării bunelor moravuri este, deci, tot timpul juridică și nu se justifică pe încălcarea unei îndatoriri specifice morale. Sancțiunea concretă depinde de domeniul juridic în care bunele moravuri sunt activate, instrumentalizate. Dacă e vorba de cenzura cauzei actului civil, sancțiunea imoralității cauzei va fi nulitatea; în schimb, amenda sau închisoarea este pedeapsa defiptă legal pentru infracțiunea de ultraj *contra* bunelor moravuri. Pe cât de vidă e mulțimea descrisă juridic de bunele moravuri, pe atât de variate ar fi sancțiunile juridice care o însoțesc.

¹⁰⁵ F. OST, M. van de KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, Presses de l'Université Saint Louis, 1981, p. 15, 23.

Bunele moravuri nu au o singură sancțiune, care să-i fie proprie și specifică. Elasticitatea noțiunii de bune moravuri, conferită de lipsa conținutului său specific, o face aplicabilă în orice domeniu de drept și compatibilă cu orice sancțiune juridică. Interesant ar fi de cercetat dacă postmodernul *remediu* s-ar potrivi aspectului sancționatoriu al bunelor moravuri. Notăm că fiecărui domeniu de aplicație a bunelor moravuri îi corespunde o sancțiune; oportunism și eficiență juridică.

Dacă bunele moravuri ar fi ele însele regulile etice, dacă s-ar identifica chiar cu morala publică insinuată, sancțiunea atașată lor ar trebui să fie una pur morală. Remușcări ori promisiuni de îndreptare sau răscumpărare – un for interior zgâriat moral; oprobriul – un for exterior zguduit etic. Pedepsele ori sancțiunile morale nu se pot aplica încălcării bunelor moravuri, pentru că asemenea pedepse nu sunt juridice, iar sistemul juridic nu operează decât cu sancțiuni și pedepse de-drept. De altfel, o logică inversă ar autoriza instanțele seculare și etatice să pronunțe pedepse etice și să facă activ morală; fapt imaginabil altundeva (*e.g.* teocrații, ideocrații, societăți tradiționale), dar imposibil în societatea democratică. Aversul, instanțele judiciare rostesc dreptul, iar legiuitorul instituie dreptul – niciuna dintre aceste forțe juridice instituționalizate nu pronunță etica și nu legiferează morala. Reversul, bunele moravuri nu au nicio sancțiune morală atașată, pentru că ele nu sunt nici categorie morală, nici ghid etic, ci noțiune, realitate juridică (*res*).

Constatăm că nici raționamentul urcând din aval – dinspre sancțiune către bunele moravuri – nu ne permite să surprindem că morala publică ar fi o realitate de drept. Ea este una de fapt, ceea ce nu se poate spune despre bunele moravuri – acestea nu există în fapt, ci numai în drept.

Referentul etic al bunele moravuri – morala publică, ar putea avea însă un anumit impact juridic? Moralizarea raporturilor juridice este un fenomen [sau doar o figură retorică la modă?] ce întinde tentaculele discursive ce ar risca asfixia bunelor moravuri, atâta de luxuriantă și imprecisă este tema. Totuși, nu de moralizare în general ar fi vorba când evaluăm efectul etic al categoriei juridice de bune moravuri. Din îngustimea importanței bunelor moravuri nu pot reieși decât consecințe etice liliputane, cu atât mai mult cu cât ele sunt

văduvite de orice substanță deontică proprie. De altfel, impactul moral al bunelor moravuri e indirect – pronunțând condamnarea imoralului, judecătorul înșiră în considerente ce virtuți și reguli ar fi prezente în morala publică. Efect de ecou etic al judecății juridice de valoare a bunelor moravuri. Judecând imorală (sau nu) cauza liberalității făcută de soț unui terț partener sexual, morala publică se îmbogățește (sau invers) cu valori precum fidelitatea, amorul, încrederea reciprocă, instituția căsătorie însăși dobândind o dimensiune morală (sau nu). Pătrunse în discursul public prin instrumentalizarea judiciară a bunelor moravuri, asemenea valori alimentează morala, dar nu neapărat cea juridică, ci cea generală (publică).

Efectul judiciar *inter partes* al sentinței este complinit de efectul său moral *erga omnes*. Acesta ar fi cel puțin dezideratul moral legalist oficial: apărarea ordinii publice prin condamnarea ilicită a imoralului. O moralizare instrumentată judecătorește și secvențial relevantă, căci valorile decelate judiciar obligatorii etic de respectat nu se aplică decât unei fâșii de realitate socială, legată adeseori de funcționarea unor mașinării juridice (căsătoria, persoana morală, actul civil ș.a.). Atât de limitată și indirect produsă este învățătura morală trasă din judecata juridică de valoare etică, încât am fi îndreptățiți să o numim *pseudo*-funcția moralizantă a bunelor moravuri. Oricum, curajul e prezent – o virtute, când judecătorul își asumă să indice ce valori și reguli *există* în morala publică și trebuie respectate în societate. Autoritatea sa este creatoare de drept, de etică (socială). Rămâne de stabilit dacă conștiința juridică este o fantasmă sau chiar există, având ca sursă morală de inspirație și bunelor moravuri.

Funcția interpretativă. Bunele moravuri sunt canalul ce permite insinuarea unor valori și reguli etice în drept. Ele nu concretizează în sine aceste valori și norme, ci permite cenzurarea juridică a comportamentului în numele lor. Totul se petrece judiciar, categoriile etice fiind analizate și apoi aplicate în speță de puterea judecătorească, după ce puterea legislativă le-a invocat simbolic și subînțeles, prin expresia *bune moravuri*. Am constatat deja că nu există o consacrară legislativă a virtuților și regulilor ce compun morala publică, ci doar o evocare implicită a acesteia; rolul de a le identifica și

aplica efectiv fiind rezervat judecătorului. Acesta face un efort de interpretare, înrudit intelectual cu opera de calificare juridică, necesară frecvent practic.

Interpretarea judiciară a bunelor moravuri este în toate cazurile necesară, spre deosebire de interpretarea juridică de drept comun. În plus, acesta din urmă are frecvent teme textuale, interpretându-se îndeobște un text-de-drept (*res*), indiferent de metodele folosite. Cazurile de interpretare fără text, deși nu lipsesc, ajung azi inevitabil tot la texte juridice *de lege lata*. Apoi, rodul interpretării rămâne frecvent precizarea unor norme aplicabile *in concreto*, fixarea unei denotații juridice și – mai rar, depistarea vreunui principiu de drept. Judecătorul recurge la integrarea speței, dar și a normei pe care o consideră pertinentă, într-un ansamblu de repere juridice, în funcție de scopul și rațiunea interpretării. Interpretarea judiciară este de drept, făcută juridic, iar singurele elemente de fapt sunt cele ale speței concrete; acestea urmează să fie înțelese, calificate și transpuse tot juridic. Inflația normativ-reglementară și demagogia accesibilității normei legale răresc practic frecvența interpretării pretoriene, dar ea rămâne o funcție esențială a facultății judiciare de judecată.

Interpretarea judiciară a bunelor moravuri nu este frecventă, ci indispensabilă în fiecare speță (care le evocă). Legiuitorul nu definește niciodată bunele moravuri, nu oferă o listă sau un ghid de valori etice ori de comandamente morale. El sugerează ideea că bunele moravuri nu ar fi decât regulile moralei publice și-l invită indirect pe judecător să le aplice. Aceasta în scopul de a identifica imoralul din speță, cu aplicarea sancțiunii de drept aferent adecvate. Cauza contractului va fi cercetată prin comparație directă și concretă cu unele valori etice, iar judecătorul va conchide dacă ea este sau nu imorală [adică, ilicită]. Judecata aparține integral judecătorului, ca și regulile interpretative pe care le aplică. Interpretarea devine acum un efort de integrare juridică a virtuților și normelor etice.

Interpretarea pretoriană a bunelor moravuri este o judecată de valoare, dar în sine, ea rămâne un simplu fapt, operând juridic exclusiv cu elemente *de facto* – virtuțile și regulile etice, pe care le grefează analitic pe o altă stare tot de fapt – speța, cu menirea însă de a crea dreptul [aplicabil]. Nu se

analizează nimic (esențial) juridic, expresia *bune moravuri* fiind deja scrisă explicit în lege; ea îl autorizează fățiș pe judecător să recurgă la *bunele moravuri*. Însă, judecătorul trebuie să determine conținutul lor etic concret și specific, evaluând ceea ce generic denumim morală publică. Interpretarea judecătorească nu tinde să răspundă la întrebarea dacă în discuție ar fi *bunele moravuri*, căci acest lucru este sarcina legiuitorului, judecătorului fiindu-i oprit să recurgă la acestea în absența unui text expres. Altfel, el ar judeca în echitate sau va evita aplicarea unor norme juridice în favoarea unora etice, inventate de el. Interogația în speță este legată de stabilirea conținutului efectiv al bunelor moravuri, nu de oportunitatea sau imperativul aplicării lor. Prin forța lucrurilor [juridice], o asemenea interpretare este substanțială și creatoare de drept; o euristică textual-juridică.

Bunele moravuri, ca normă de trimitere, îl orientează pe judecător către exteriorul juridicului și în interiorul unui alt spațiu normativ (străin lui) – morală. De aici, el va împrumuta valorile și regulile pe care le va *juridiciza* prin judecata lui de speță, *bunele moravuri* îndeplinindu-și astfel menirea de-drept. Interpretarea judiciară este constitutivă de reguli juridice, nu un simplu efort de dezlegare a sensurilor juridice zăcând în texte (sau alte situații) de drept. Judecătorul construiește dreptul aplicabil în speță, fără să asistăm la vreo judecată în echitate (ori *in equity*), judecându-se doar după reguli juridice. Acestea sunt construite în parte de legiuitor – prin norma de trimitere la etic, materializată în locuțiunea *bune moravuri*; în parte de judecător – prin alcătuirea interpretativă a conținutului deontic al expresiei. Asistăm la un efort conjunct [legiuitor și judecător] dirijat în scopul ocrotirii ordinii publice, iar pentru aceasta, orice mijloc devine legitim. Mai mult ca niciodată, a interpreta în drept semnifică a-l crea.

Concluzie. Servind ordinea publică, *bunele moravuri* ne apar apte să îndeplinească diferite funcții și meniri juridice, dintre acestea am ales să înfățișăm câteva mai sus. Cea mai ciudată funcție ar fi cea normativă [deontică]. Aceasta, pentru că *bunele moravuri* nu sunt și nu reprezintă în sine o normă morală, vreo virtute ori un set de comandamente etice, ci doar o

sintagmă (existentă *ad litteram* de-drept). Puterea de sugestie a expresiei este atât de imensă, încât cu toții cădem în capcana identificării bunelor moravuri cu morala publică. De drept, bunele moravuri au doar o încărcătură deontică minoră, ele fiind maxim o normă de trimitere. Trimiterea se face la morala publică și e executată judiciar. Nefiind decât unul dintre procedeele prin care morala se invită în lumea dreptului, bunele moravuri joacă un rol marginal, chiar minor dacă cercetăm vocația lor sancționatorie. Inexistente în lipsa învederării lor legislative, bunele moravuri propun sancțiuni nu generice, ci circumstanțiate de locul juridic în care ele sunt plasate *de lege lata*. Există o diversitate, deci, de sancțiuni juridice asociate ideii de bune moravuri, și nu doar una singură (tipică sau proprie). Nulitatea actului civil animat în speță de o cauză imorală ori amenda penală aplicată în cazul infracțiunii de ultraj al bunelor moravuri, iată doar două exemple de sancțiuni juridice (diferite). Sancțiuni morale, însoțitoare ale bunelor moravuri? Indirect și secvențial, iar nu direct și global. Aceasta pentru că bunele moravuri nu sunt decât oglinda juridică care reflectă practic numai o fracțiune etică, nu morala (publică sau nu) în ansamblu. Depistând imoralul în drept, prin identificarea abaterilor de la etica invocată cu ajutorul bunelor moravuri, instanța de judecată constată și sancționează ilicitul.

Astfel se apără ordinea de drept, cea publică, cu care bunele moravuri descriu un cuplu inegal juridic. Ilicitul nu poate fi depistat și evaluat decât cu unități de măsură juridice, cu reguli de-drept. Acestea sunt create de judecător, prin calificarea juridică a virtuților și comandamentelor etice, la care trimit bunele moravuri. Funcția interpretativă – oferită legal judecătorului prin instrumentul de drept denumit bune moravuri – dezvăluie forța creatoare a practicii judiciare. Interpretarea nu est o simplă decodare a unor sensuri de drept ascunse în realități de drept, ci o creație nomothetă efectivă. Nu se creează prin adăugare sau ticluire de sensuri, fenomen frecvent produs pe cale interpretativă, ci prin generarea *ex nihilo* juridic a unor norme de drept. Funcția deontică aparține judecătorului, nu bunelor moravuri, care îi autorizează vizitarea lumii de dincolo de drept – morala (publică).

[E] Practică judiciară – câteva pilde

Dacă una dintre concluzii este că într-adevăr cheile de interpretare ale bunurilor moravuri se află practic doar la judecător, care scrutează și decide ce este morala publică, ar fi firesc să aruncăm o scurtă privire și asupra jurisprudenței (mai ales civile) în materie. Un asemenea efort ar fi enorm, mai ales dacă am însuma dreptul comparat, CEDO și dreptul intern. Urmarea este că vom aminti doar câteva repere, caracterizând în special dreptul francez și Curtea de la Strasbourg, apoi vom trece în revistă și starea dreptului practic român actual.

Dreptul francez – o fotografie pretoriană mișcată a moralei publice, interesant de cercetat pentru a surprinde și influența etică asupra constructului *bune moravuri*. Ni se înfățișează astfel ceea ce judecătorii credeau că era conținutul moralei publice de-a lungul anilor. Paradoxal sau nu, este limpede că atunci când cenzurează acte și comportamente juridice după criteriul bunelor moravuri, instanța trebuie să înfățișeze de la ce s-a derogat, regulile morale încălcate. În ultimele două secole, au fost considerate *illo tempore* imorale¹⁰⁶, adică împotriva bunelor moravuri, fapte și acțiuni precum: contractul *de claque* – înțelegere prin care unii spectatori prezenți la un spectacol de teatru aplaudă la comandă și contra cost, pentru a însufleți publicul (1896); contractul de box – admis ca moral în civil (1912), dar considerat în penal imoral (1924); traficul de influență și corupția funcționarilor; jocurile de noroc; imaginile, lucrările și cărțile pornografice; contractul de *striptease* – însă numai angajarea persoanei care se despoaie, iar nu și faptul dezbrăcatului acesteia (1973); liberalitățile între concubinii căsătoriți (1853-1999); curtajul matrimonial – peșitul profesionist ori organizarea de întâlniri și punerea în contact a eventualilor parteneri amoroși (*dating*) (1855); convențiile de *mère porteuse* – purtarea unei sarcini

¹⁰⁶ F. CHARLIN, *La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ?* in J. KRANJC (coord.), *Le juge dans l'histoire : entre création et interprétation du droit*, University of Ljubljana, Pravnik, 2016, p. 209; B. LAVAUD-LEGENRE, op.cit., p. 28-38.

în beneficiul unei alte femei, viitoare „mamă” (1991); donația matrimonială a cărei cauză era motivată de o convenție de separație amiabilă (1907); asigurarea de viață – asimilată cu donațiile indirecte (1930); onorariul avocațial excesiv, stabilit profitând de fragilitatea clientului (2000)¹⁰⁷.

Tradiția cenzurii erotice moderne urcă până în secolul al XIX-lea, când Baudelaire (*Les Fleurs du mal*) și Flaubert (*Madame Bovary*) au fost puși sub acuzare oficial de procurori pentru atentat la bunele moravuri, cenzurarea unor opere literare ca neconforme moralității sexuale găsimu-și sfârșit judiciar prin 1976. Experiențele medicale (1913), dar și brevetele și mărcile, au fost (și sunt încă) examinate sub aspectul bunelor moravuri. Astfel, deși proprietatea intelectuală ar merita o atenție aparte¹⁰⁸, amintim doar că, cu ocazia examinării unei cereri de înregistrare a unei mărci, s-a considerat – de pildă, imorală expresia *puta madre*, contravenind atât dreptului intern (francez), cât și art. 10 CEDO (2011).

CEDO cunoaște propriile limite, una dintre acestea fiind trasată ideal de bunele moravuri, pe care le consacără, folosind însă termenii de „protecție a moralei” [art. 8 alin (2) CEDO]. Prin urmare, și oarecum urmând obișnuințele epocii în care a fost elaborată, CEDO dispune intern de o limită morală adusă exercițiului drepturilor privind respectul vieții private și familiale, a domiciliului și corespondenței, a libertății de gândire și conștiință, a libertății de exprimare, precum și a dreptului de reuniune și asociere (art. 8-11). Curtea de la Strasbourg a decis¹⁰⁹ că, fiind în contact direct și constant cu realitatea din propria țară, autoritățile naționale sunt mai bine plasate pentru a aprecia necesitatea unei anumite măsuri, aptă să

¹⁰⁷ F. CHARLIN, op.cit., p. 217.

¹⁰⁸ „La CJUE annule « 27.02.2020 » la décision de la chambre des recours de l'EUIPO qui avait refusé l'enregistrement de la marque Fack Ju Göhte, au motif que cette dernière avait simplement constaté qu'elle se traduisait de l'allemand par « Fuck you, Goethe. »” v. A. BEYENS, *La marque Fack Ju Göhte n'est pas contraire aux bonnes mœurs selon la CJUE*, Dalloz Actualité, le 9 mars 2020.

¹⁰⁹ § 52 CEDO Handyside *contra* Regatul Unit (1976).

fie luată pentru a proteja moralitatea, care să ia forma chiar a unor restricții sau sancțiuni aduse libertății de exprimare. Aceeași curte a amintit regula că ingerințele trebuie să fie proporționate și să răspundă unei „nevoii sociale imperioase”, care oricum intră sub incidența CEDO. În fond, trebuie reținut că există o limită să spunem morală, că aceasta e calibrată de autoritățile naționale, cântărindu-se acele rațiuni importante, care permit ingerința puterii publice în drepturile descrise de art. 8 CEDO. În fine, dozajul limitării aduse de bunele moravuri este de făcut și în funcție de dreptul sau libertatea concretă pusă în discuție. Astfel, de pildă, limitarea vieții personale nu mai este de acceptat, în timp ce anumite repere etice ar putea fi luate în considerare la evaluarea restrângerii libertății de exprimare. „Oricum, Curtea a manifestat – în afacerea Handyside și Muller¹¹⁰, o reticență să intervină în cazurile de cenzurare pe motiv de protejare a moralității, mai ales atunci când era vorba de chestiuni de natură sexuală. Este mai simplu în acest domeniu decât în altele să justifiți marja mai mare de apreciere lăsată statelor membre.”¹¹¹

În ceea ce privește chestiunile sexuale, putem nota modificări și în materie de moravuri, evaluate concret de guardianul CEDO. Astfel, „la finele anilor 1950, Comisia considera legitimă ca orice practică homosexuală să fie interzisă, în scopul protecției sănătății și moralei. În deciziile recente, Curtea și Comisia s-au arătat în schimb decise să treacă dincolo de marja națională de apreciere, cu scopul de a ridica la rang de normă europeană dreptul, pentru bărbații homosexuali care consimt, de a avea relații sexuale în privat fără frica de a fi urmăriți penal.”¹¹² Procesul descrie de fapt mișcarea ideologică și juridică de înlocuire a bunelor moravuri, cu alte valori

¹¹⁰ Müller *contra* Elveția (1988).

¹¹¹ S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Dossiers sur les droits de l'homme no 15*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p. 26.

¹¹² S. GREER, *op.cit.*, p. 28-29.

juridice – viața privată, în cazul de față. Mișcare începută în anii 1980¹¹³, ea nu putea să fie oprită de o eventuală ostilitate socială, determinând Curtea din Strasbourg să aprecieze că „nu opinia publică este cea care trebuie să se pronunțe de manieră definitivă asupra chestiunii necesității « într-o societate democratică », căci o asemenea societate se caracterizează printre altele, prin toleranță și deschidere. Ingerința trebuia, în plus, să fie proporțională cu nevoia socială.”¹¹⁴ Toate acestea ar putea să pună sub semnul întrebării însăși ideea de evoluție socială a moravurilor publice, întărind însă proporțional funcția creatoare (de drept) a judecătorului (de la Strasbourg, în cazul acesta).

Jurisprudența română nu avea cum să nu fie și ea preocupată de bunele moravuri, de efectele acestora în diferite domenii. Fără să ne ocupăm de istoricul jurisprudenței, ar trebui totuși amintit că inclusiv din perioada interbelică s-a procedat la o analiză atentă a practicii¹¹⁵ în materie de moralitate a actului civil. Analiza cauzei actului juridic, a impactului pe care bunele moravuri le puteau avea asupra voinței juridice erau chestiuni care nu au lăsat indiferent pe un jurist¹¹⁶ afirmat deja cu o lucrare de referință tocmai despre cauza contractului. Din cele mai insolite aplicații pe care justiția română s-a văzut nevoită să le tranșeze, în acest context, s-au numărat și validitatea promisiunilor de căsătorie în schimbul unei sume de bani, dar și cenzurarea promisiunii de căsătorie cu clauză penală¹¹⁷.

În perioada comunistă, concubinajul a fost pretorian evaluat, în raport mai ales cu cauza actului civil. Din analiza practicii Tribunalului Suprem (anii 1950-1960), s-a conchis că „un contract de vânzare-cumpărare sau de

¹¹³ CEDO Dudgeon *contra* Regatul Unit (1981); Norris *contra* Irlanda (1988), v. CEDO *Fiche thématique – Homosexualité (aspects pénaux)*, 2014.

¹¹⁴ S. GREER, op.cit., p. 29

¹¹⁵ T. IONAȘCU, *Sancțiunea obligațiilor ilicite și imorale. Studiu de doctrină, jurisprudență și legislație comparată*, București, 1923.

¹¹⁶ T. IONASCO, *L'évolution de la notion de cause dans la convention à titre onéreux, thèse de doctorat*, Paris, 1923.

¹¹⁷ T. IONAȘCU, *Cauză ilicită (...) 1924*, republicat în *Pandectele Romane* nr. 6/2019.

întreținere încheiat între persoane care întrețin relații de concubinaj nu ascunde în mod necesar o donație deghizată făcută într-un scop imoral. «Pentru a fi astfel», trebuie să se dovedească că mobilul concret și subiectiv în vederea căruia a fost făcută liberalitatea a fost acela de a determina pe beneficiarul acesteia să înceapă sau să continue relații de concubinaj. Numai atunci mobilul determinant este imoral și drept urmare cauza – în care mobilul determinant este inclus – este imorală și justificată declararea nulității contractului.”¹¹⁸ Soluția de principiu a instanței supreme a permis ca în epocă, pe de o parte, cauza actului civil să fie extinsă, cuprinzând și un „element concret, subiectiv și variabil de la caz la caz”¹¹⁹ – mobilul determinant. Pe de altă parte, un al doilea efect tehnic a fost manipularea ideii de cauză ilicită cu scopul de a se desființa actele lezionare. În acest sens, s-a considerat că „un act lezionar poate fi declarat nul ca având o cauză imorală dacă una dintre părți, profitând de starea de ignoranță sau de constrângere în care se afla cealaltă parte, obține de la aceasta avantaje disproporționate în raport cu obligația pe care și-o asumă.”¹²⁰ Interpretarea era într-adevăr creativă, căci art. 1165 C.civ.1864 nu dădea acțiune în resciziune majorului, iar jurisprudențial se dorea cenzurarea unor acte obiectiv lezionare. Aceasta se întâmpla prin valorificarea bunelor moravuri, aspectul fiind prezentat ca întemeind o concepție „subiectivă despre leziune”¹²¹. În fine, situația ar aduce cu reglementarea *de lege lata* germană, § 138 (2) BGB, unde bunele moravuri ar justifica nulitatea actului în ipoteza în care prestațiile datorate de o parte „sunt în raport cu «cealaltă» prestație într-o disproporție șocantă”¹²².

¹¹⁸ A. IONAȘCU (coord.), *Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, ed. Academiei RSR, București, 1973, p. 50-51.

¹¹⁹ *Idem*, p. 51.

¹²⁰ *Idem*, p. 42.

¹²¹ *Idem*, p. 43.

¹²² L. TEC *in* (colectiv), *Codul Civil comentat și adnotat*, ed. Rosetti, București, 2018, comentariu la art. 11.

Revenind în actualitate, câteva aspecte ne interesează aici, fără a avea pretenția unui examen exhaustiv, ceea ce de altfel ar fi interesant de întreprins. În primul rând, ar fi de notat că atitudinile, comportamentele și faptele contravenind bunelor moravuri constituie elemente [*de facto*] care trebuie probate în speță, nefiind suficientă invocarea generică a ideii că bunele moravuri au fost încălcate¹²³ în cauză. Spețele penale, care abundă în materia aplicării art. 375 C.pen., ne înfățișează clar comportamentul care constituie ultraj contra bunelor moravuri. Este vorba de atingeri la morala sexuală prin diverse manifestări exhibiționiste¹²⁴, pe care inculpații le-au săvârșit în public. De altfel, se pare că jurisprudențial, comportamentul sexual este cel care ocupă pe de-a întregul latura obiectivă a infracțiunii de ultraj contra bunelor moravuri. Civil, însă, aspectul oarecum derivat din obișnuințele sexuale este reprezentat de concubinaj, care încearcă să fie folosit practic, pentru a susține imoralitatea cauzei actului încheiat între concubini sau de unul dintre aceștia.

Dacă evaluăm impactul concubinajului asupra bunelor moravuri, putem consemna că acesta nu mai constituie demult¹²⁵ un aspect reprobabil etic în ochii societății, ceea ce este subliniat frecvent și astăzi de diverse instanțe. Deci, liberalitățile între concubini nu sunt anulabile pentru cauză imorală, căci „relațiile de concubinaj dintre părți aveau deja o durată considerabilă la data încheierii contractului de donație, instanța a apreciat că nu continuarea acestei relații a fost motivul determinant care a stat la

¹²³ Înalta Curte de Casație și Justiție [ICCJ], secția comercială, dec.nr. 3197/3.12.2009, comentariu de L. CĂTUNA, C. TUFARIU, D. BĂROIANU, *Revista Română de Jurisprudență* nr. 2/2011.

¹²⁴ „Spre deosebire de reglementarea din vechiul Cod penal, legiuitorul noului Cod penal a optat pentru separarea ipotezei de tulburare a liniștii și ordinii publice de cea a ultrajului contra bunelor moravuri, creând două infracțiuni distincte, prevăzute de art. 371 și respectiv art. 375 noul Cod penal.” Curtea de Apel [CA] Brașov, dec.pen. nr. 76/2016, (sintact.ro).

¹²⁵ I.F. POPA, *Discuții privind cauza morală și ilicită în raporturile juridice dintre concubini*, *Dreptul* nr. 10/2001, p. 47.

baza încheierii acestui contract.”¹²⁶ „Nu există vreo dispoziție legală care să prevadă că relația de concubinaj este în sine o cauză de nulitate a testamentului. Este adevărat că inițierea unei relații de concubinaj cu scopul vădit de a determina testatorul să testeze ar putea pune în discuție validitatea testamentului sub aspectul cauzei sale. La fel de adevărat este că dolul sub forma captației sau sugestiei sunt cauze de anulare a testamentului. Însă, împrejurarea că între pârâtă și defunct a existat o legătură afectivă și că aceștia au întreținut relații intime nu determină concluzia fără echivoc a inițierii relației de concubinaj cu scopul vădit de a determina testatoarea să testeze sau a folosirii unor mijloace dolosive pentru a obține încheierea testamentului în favoarea sa.”¹²⁷ Alături de testamente¹²⁸, actele oneroase sunt și ele la adăpost de cauză ilicită, dacă aceasta se întemeiază doar pe invocarea concubinajului dintre părti. Astfel, referitor „la motivul de recurs privind cauza imorală a contractului de vânzare-cumpărare, se susține că părțile au conviețuit 7 ani și intimata a recunoscut permanent relația de concubinaj. Faptul că actul a fost încheiat între doi concubini nu conduce la ideea că actul este afectat de o cauză imorală. În realitatea socială de astăzi, relația de concubinaj nu este imorală. Practica juridică la care a făcut referire recurenta constă într-o decizie pronunțată în anul 1984.”¹²⁹

În plus, folosirea unor manevre mincinoase și înșelătoare, cu ocazia încheierii contractului, sunt acțiuni care nu se subsumează categoriei de bune moravuri, chiar dacă vicleșugurile ar fi etic reprobabile. Astfel, „reclamanta a susținut că scopul mediat al pârâtei la încheierea contractului

¹²⁶ Tribunalul Bacău, dec.civ. nr. 254/2009, (sintact.ro).

¹²⁷ Tribunalul Bacău, dec.civ. nr. 648/2017, (sintact.ro).

¹²⁸ CA Cluj dec.civ. nr. 212/R/2021, (rolii.ro). Bunele moravuri reprezentând „o noțiune variabilă și determinabilă **exclusiv pe cale judiciară** (s.n.), de la caz la caz și pot fi definite drept ansamblul regulilor moralei sociale considerate fundamentale pentru însăși ordinea unei societăți.”

¹²⁹ Tribunalul Vrancea, dec.civ. nr. 1060/2009, (sintact.ro).

de schimb în cauză a fost de a obține un folos material injust prin prezentarea ca adevărată a unei situații mincinoase, pricinuindu-i o pagubă însemnată. Or, acest gen de comportament al cocontractantului, din perspectiva dreptului civil, ar putea fi evaluat, așa cum corect a reținut instanța de apel, prin raportare la prevederile art. 1214 C.civ. (dolul), motiv de nulitate relativă, iar nu de nulitate absolută, cum s-a solicitat prin prezenta cerere de chemare în judecată. În acest context, nu se poate aprecia că acest pretins comportament ar afecta și valabilitatea cauzei contractului.”¹³⁰ La fel, instanța a judecat corect, atunci când a decis că nu poate fi considerată imorală cauza unui act care ar fi creat „un dezechilibru între părțile contractate, riscul rezilierii contractului de închiriere fiind suportat exclusiv de locatar.”¹³¹

Un alt domeniu în care s-a valorificat jurisprudențial categoria de bune moravuri este cel al rezoluțiunii contractului de întreținere, care poate fi admisă limitativ, iar aici interesează art. 2263 alin. (2) C.civ.¹³² Ipoteza „vizează situația când oricare dintre părțile contractante adoptă, în executarea contractului, o conduită care face ca obligația de întreținere să nu mai poată fi executată în condiții compatibile cu bunele moravuri. În ceea ce privește semnificația sintagmei *bune moravuri*, aceasta vizează acele conduite, comportamente, reacții, relații socio-umane calificate ca fiind pozitive de morala societății chemată să sancționeze conduita culpabilă a uneia dintre părți. Caracterul dinamic și variabil al acestei sintagme apare ca evident, iar, pentru reușita acțiunii, reclamantul este obligat să probeze, prin orice mijloc de probă, că pârâtul are un comportament care nu permite executarea obligației de întreținere în condiții normale, conforme standardelor morale ale societății.”¹³³

¹³⁰ ICCJ, dec.civ. nr. 985/2021, (sintact.ro).

¹³¹ CA Cluj dec.civ. nr. 393/A/2017, (rolii.ro).

¹³² „Atunci când comportamentul celeilalte părți face imposibilă executarea contractului în condiții conforme **bunelor moravuri** (s.n.), cel interesat poate cere rezoluțiunea”.

¹³³ CA Timișoara dec.civ. nr. 234/2020, (rolii.ro).

Tot în aceeași categorie de spețe, instanța a considerat că bunele moravuri, „în materia contractului de întreținere, denotă ansamblul regulilor socio-umane apreciate de societate ca reprezentând o conduită pozitivă în executarea obligațiilor ce derivă din acea convenție. Comportamentul părții care face imposibilă executarea contractului în condiții conforme bunelor moravuri nu poate fi format, ca regulă generală, dintr-o singură acțiune sau inacțiune, fiind necesar a se reține caracterul recurent al acestora. Culpă recurenților privind neexecutarea obligațiilor asumate prin contractul de întreținere încheiat este dat de comportamentul necuviincios față de intimată, precum și de cuvintele jignitoare adresate acesteia (...). Curtea reține că, pentru a soluționa acțiunea în rezoluțiunea contractului de întreținere, instanțele de fond trebuiau să stabilească în principal dacă comportamentul părților a făcut imposibilă executarea contractului în condiții conforme bunelor moravuri.”¹³⁴

În fine, o materie distinctă în care s-a încercat pretorian valorificarea noțiunii de bune moravuri a fost aceea a răspunderii civile; accentul căzând cu precădere pe calificarea faptului ilicit. Astfel, „fapta este ilicită în cazul în care conduita în cauză este contrară legii, în sensul larg al cuvântului. De asemenea, o faptă are caracter ilicit și în ipoteza în care este potrivnică bunelor moravuri. În același timp, fapta ilicită poate îmbrăca uneori și forma unei inacțiuni, în acele situații când, potrivit legii, o persoană este obligată să îndeplinească o anumită activitate sau să săvârșească o anumită acțiune. Abținerea de la îndeplinirea acelei activități sau de la săvârșirea acțiunii prevăzută de normele juridice constituie o faptă ilicită.”¹³⁵ Adică, mai succint, „în aprecierea caracterului ilicit al faptei, urmează a se ține seama și de regulile de conviețuire socială, în măsură în care ele sunt încorporate în normele juridice ce fac trimitere la morală.”¹³⁶ Fără a putea

¹³⁴ CA Cluj dec.civ. nr. 147/R/2019, (rolii.ro).

¹³⁵ CA Cluj dec.civ. nr. 163/A/2020, (rolii.ro). În același sens, v. CA Cluj dec.civ. nr. 287/A/2019; dec.civ. nr. 213/A/2018; dec.civ. nr. 144/A/2019, (rolii.ro).

¹³⁶ CA Cluj dec.civ. nr. 2459/A/2016, (rolii.ro).

intra aici în amănunte, observăm că bunele morale sunt asimilate cu morala, fiind valorificate cu titlu de reguli juridice. Așadar, se modifică nu numai rațiunea, dar chiar și conținutul art. 1349 alin. (1) C.civ.¹³⁷ Se accentuează astfel ideea de ilicit obiectiv – consecință a încălcării unei norme obiective, trecându-se în plan secundar necesitatea de apărare a dreptului subiectiv (ori a interesului legitim), atins prin săvârșirea prejudiciului. Toate acestea conduc la ocultarea funcției reparatorie a răspunderii civile și la întărirea efectelor sale sancționatorii.

Succint și în concluzie, cauza actului civil și rezoluțiunea contractului de întreținere sunt domeniile practice predilecte ale evaluării bunelor moravuri în jurisprudența civilă românească de azi. Aceasta trebuie și ea să se conformeze exigențelor CEDO, ceea ce face ca bunele moravuri să fie din nou slăbite tehnic. Oricare ar fi însă judecătorii chemați să se pronunțe asupra bunelor moravuri, nu putem uita că ei sunt cei care identifică regulile etice, pe care nu se sfiesc de altfel să le și creeze.

(VI) Meta-discursivitatea bunelor moravuri

Neconfundând intelectual bunele moravuri și morala publică, separarea apelor [între drept și etică] pare mai limpede. Există o cale discursivă de a o face, deși substanțial diferențele ar trebui să fie profund vizibile, în societatea democratică. Nu insistăm pe construcția comparațiilor de substanță, a inventarului alăturat (normă *vs.* comandament), a sancțiunilor specifice și distincte, a surselor diferite, a rezonanței sociale complet aparte etc. Nici apropierile, rămânând substanțiale, nu ne captivează – obediență și impact social, funcție deontică, conivență socială și ordine

¹³⁷ „Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care **legea** sau **obiceiul locului** (s.n.) le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.” Observăm că legiuitorul se referă doar la lege și cutumă, iar nu și la bunele moravuri care au fost extinse jurisprudențial pentru a întemeia delictul civil.

publică etc. Formând discursuri distincte despre o lume a dezideratului comportamental, etica și dreptul se prezintă (și) ca discursuri. Iată aspectul ce ne pasionează; poate și pentru că moralizarea, oricât de antipatică azi, se aseamnă cu spunerea, cu juris-dicția și pronunțarea sentințelor juridice. Nu subiectul emitent, ci structura textuală ne atrage aici atenția.

Abordarea textualistă impune deosebirea netă între diversele tipuri de texte și discursuri pe care dreptul le practică. Păstrând jaloanele deja existente¹³⁸, opunem textului-de-drept (*res*) textului-despre-drept; primul construiește dreptul obiectiv, al doilea edifică metadiscursul juridic; aceasta ar trebui să fie regula. De observat, dintr-un început, că obiectul juridic (*res*) nu este o normă juridică, când cercetăm itele discursiv-juridice ale bunelor moravuri. Aceste desemnează *de lege lata* doar o expresie. [Nominalism pur?] Avem un obiect juridic lipsit de forță deontică proprie, el putând fi creditat cel mult cu vigoarea unei norme de trimitere. Trimiterea nu se face la juridic; destinația e excentrică discursului-de-drept. Se trimite – prin bunele moravuri, la un context extrajuridic [etica ori morala (publică)]. Întreaga semantică a discursului juridic este lăsată pe seama unui intrus discursiv – morala. Discursul-legal-de-drept prin bunele moravuri nu cuprinde decât un singur obiect juridic, expresia omonimă [și eventualele efecte juridice ale acesteia]. Interesându-ne doar de definirea și caracterizarea juridice ale bunelor moravuri, observăm că discursul folosește doar lexicul juridic, semantica fiind imprimată de context. Substanța și sensurile bunelor moravuri, înțelese ca eventuale virtuți și comandamente etice, se regăsesc în discursul constitutiv de morală, în efortul de moralizare. Semantica bunelor moravuri este moralizantă și *de facto*.

Repudiind judecata morală, societatea democratică a intenționat să se sprijine – în apărarea ordinii de drept, doar pe judecată în drept. Reprimarea ilicitului – categorie metadiscursivă, a forțat însă lărgirea orizontului deontic

¹³⁸ P. VASILESCU, *Discursul juridic. O introducere. (I)*, SUBB Iurisprudentia nr. 3/2020, [https://doi.org/10.24193/SUBBjur.65\(2020\).3.3](https://doi.org/10.24193/SUBBjur.65(2020).3.3); P. VASILESCU, *Substanța normativă a definițiilor legale*, RRDP nr. 1/2021.

al legiuitorului, ceea ce i-a impus fabricarea textuală a bunelor moravuri. Însă acestea nu au devenit identice cu morala publică, pe care legiuitorul o considera eronat inclusă. În efortul de a extinde funcția sa de control, legiuitorul a intenționat asimilarea moralei cu bunele moravuri, iar nu proclamarea unei morale juridice; aceasta era impresia lăsată, dar și părerea, tuturor. Asimilarea e însă imposibilă, căci fiecare dintre cele două realități sau obiecte (*res*) vin din zări discursive diferite. Adevărat, asimilarea era doar secvențială, morala (publică) găsind și alte culcușuri în discursul juridic, diferite de acela al bunelor moravuri. Această putativă asimilare de discursuri (juridice și etice), provocată prin inventarea sintagmei legale de *bune moravuri*, a cauzat și deficitul său normativ. Imbroglia discursiv [morală pretins activată în drept] a condus nu numai la deficitul normativ intrinsec al bunelor moravuri, ci și la imposibilitatea lor deontică. Trimițând la reguli morale, bunele moravuri nu mai puteau conține și norme juridice (propriu-zise). Bunele moravuri nu sunt *juridic* decât (cel mult) o normă de trimitere, o mulțime discursivă vidă și o marcă a plenitudinii dreptului. Tot ceea ce zice *acesta* devine *de facto* juridic?

Discursul care zidește dreptul. Bunele moravuri nu pot fi temelie sau argument într-o eventuală judecată morală concretă. Judecarea morală se face într-un perimetru etic (nu juridic), după comandamente morale, iar nu după proceduri și norme de drept. Bunele moravuri sunt deci inutile practicii morale sau discursului etic, care recurg firesc la etică, la variile deontologii, la morala publică sau de grup, pentru a-și găsi acolo instrumentele adecvate. Sensul exclusiv juridic al bunelor moravuri este dovedit acum și prin excluderea lor din discursul etic, din viața morală. Locul lor nu se regăsește nici măcar discursiv în etică. Oarecum surprinzător este că discursul etic oferă metadiscursul bunelor moravuri – obiect juridic (*res*), nu moral. Orice discuție *despre* bunele moravuri se apropie dinspre etic, vine din străfundurile discursive și textuale ale acestuia. Valorile evocate de bunele moravuri, sensurile acestora, sunt moral înțelese pentru a fi folosite de-drept.

Practic, bunele moravuri sunt activate doar judiciar, după cum deja am remarcat. Ele trimit la o limită comportamentală pe care judecătorul trebuie să o traseze în drept, cu ajutorul unei judecăți etice de valoare juridică. Bunele moravuri marchează startul discursiv al judecătorului, căci el își începe aventura textuală de pronunțare a dreptului prin recursul la valori și reguli etice. El construiește un text-de-drept, formând consistența normativ juridică a bunelor moravuri, care devin doar astfel apte să tranșeze speța. Judecătorul practică un metadiscurs etic pentru a întemeia obiectul juridic (*res*). Acesta este cuprins în *considerentele* deciziei, fiind chiar textul-de-drept, care întemeiază norma de speță ce va soluționa cauza. Dacă ar avea la îndemână o normă juridică veritabilă, judecătorul ar considera inutil și ilegal orice excurs moral, orice discurs de identificare a valorilor și regulilor etice, cu aplicabilitate eventuală în speță. Sărăcia legalului, a textului-de-lege, constrânge instanța să țină un discurs de combatere a ilicitului. Această luptă se întâmplă indirect, prin condamnarea imoralului din speță, după construcția discursiv judiciară a regulii de drept. Este un du-te-vino continuu între drept și morală, între discurs și metadiscurs. Totul pare confuz și inacceptabil discursiv, dar scopul – apărarea ordinii publice – scuză mijloacele (textuale).

Formal, bunele moravuri sunt partea promisă, dar nescrisă, a discursului juridic modern. Bunele moravuri nu sunt text-*legal*-de-drept, abstracție făcând de numele lor *ad litteram* [nominalism legal, poate]. Bunele moravuri ni se înfățișează simbolic ca depozitarul închipuit al veacurilor în care dreptul era nescris și aluziv, incert. Obiceiul juridic propriu-zis ori cutuma defineau acele timpuri *de jure*, evins imperativ de *lex posita*. Atunci, ordonanța etică era desprinsă din Scripturi ori alte scrieri inspirate sau omilii. Toată morală era publică și cu autor cunoscut (deși inaccesibil și extramundan), cât timp creștinismul fusese religie oficială. Bunele moravuri erau juridic inexistente în acel ev istoric, fiind făcute inutile de morală oficială – o sumă de virtuți și reguli, păzite de brațul secular sau doar de afurisenie. Imoralul era un păcat [capital ori venial]; penitență și grație divină. Acum, imoralul devine ilicit; nulitate și amendă. Oprobriul dislocă anatema – o

dizgrație comunitară aproximativă, iar brațul secular rămâne să ticsească cu sens juridic circumstanțial cochilia bunelor moravuri. Dezinstalarea moralei publice oficiale reclamă și permite îndată construcția bunelor moravuri. Esențial, bunele moravuri rămân azi o categorie discursivă juridică fără conținut textual explicit legal; un obiect juridic (*res*) sancționat legal, dar circumstanțiat judiciar. Discursul judiciar, fixând conținutul bunelor moravuri, se inspiră intelectual din altă realitate discursivă incertă (morală publică), din care pretinde că ar extrage norme, valori (juridice). Notăm că doar textul-*judiciar*-de-drept este *res*, în plenitudinea sa promis deontică, legitimat paradoxal de discursul-despre-morală – un simplu metadiscurs etic pretorian.

Strict discursiv, bunele moravuri sunt o locuțiune de-drept. Straniul situației est dat de efortul metadiscursiv etic întreprins pentru a construi semantic obiectul juridic (*res*) omonim. Quiproquo discursiv. Strict tehnic, metadiscursul bunelor moravuri e ignorat, pentru a putea extrage din el și valorifica doar normele juridice aplicabile. Bunele moravuri nu sunt o victorie nici de etapă, nici discursivă a eticii asupra dreptului. Dreptului îi este indiferentă sursa sa.

Odată edictată o regulă juridică, odată recunoscut un drept subiectiv, evaluarea lor etică nu mai este permisă ordinar; trebuie aștepta o revoluție. Textul-de-drept nu suportă, nu comportă și nu susține un metadiscurs etic, moral. Indeterminarea între discursul de drept și metadiscursul etic este permisă doar în beneficiul dreptului. Confuzia metadiscursivă ne impune să acceptăm că tot ceea ce e juridic este și moral. [Pericol etic mortal.] Metadiscursul etic este unidirecțional și utilizabil doar constructiv, pentru edificarea juridicului dinspre interiorul dreptului. Acest *înăuntru* nu cuprinde și inversul – judecata etică a dreptului. Metadiscursul etic cu funcție deconstructivă ori demolatoare juridic este prohibit. Un asemenea efort se anunță din exterior, criticând temeiurile textului-de-drept. Să deducem de aici că obiectele juridice ilustrează și virtuți morale? Conchidem că morală e o sculă.

Concluzie. Tipul de discurs juridic [pus în operă prin legiferarea *bunelor moravuri*] este unul inventiv. O euristică metatextuală, deși pare simplă glosă morală – e confuzia dintre text și metatext, pe care mizează mereu nomothetul bunelor moravuri. Obiect de discurs-de-drept (*res*), bunele moravuri se alătură puținelor categorii juridice lipsite congenital de o funcție deontică lăuntrică. Recursul la retorica etică nu se poartă doar pe aripi moralizante, ci întemeiază însăși norma juridică – cenzor moral al comportamentul nostru. Apărute din lăcomie normativă, bunele moravuri își trădează discursiv vacuitatea, transparențe de spectru ambulatoriu. Unul care bântuie juridicul.

(VII) *Repetitio* – concluzii însumate

Rescriem copiind aici concluziile, poate pentru a fi împreună, nederanjate de textul prealabil, de justificare textuală sau de raționament.

Concluzia 1. Bunele moravuri sunt interpretarea juridică a unei preținse morale publice curente, instrumentalizată judiciar ca reper comportamental. Bunele moravuri nu se identifică cu regulile ori normele etice, nici măcar cu morala publică. Ele sunt o categorie juridică aparte (*res*), o tehnică distinctă [de etică]. Textul juridic de în-scriere al bunelor moravuri rămâne legal, cel de descriere concretă a lor este judiciar. Nu există text etic fondator al bunelor moravuri înafara dreptului, care – juridic fiind, încetează – pe măsura redactării sale, să mai fie etic (moral). Bunele moravuri sunt inexistente în morala publică, cu care adesea sunt confundate, ele fiind doar expresia juridică prin care dreptul manipulează uneori anumite valori morale. Bunele moravuri nu au un conținut etic specific, căci sunt instrumentalizate doar cu scopul de a face morală într-o cauză, nu în general, țelul ultim fiind apărarea ordinii publice. Ele sunt semnul unei mulțimi juridice vide, lipsite inclusiv de un conținut abstract, căci nu concretizează vreun îndreptar sau cod moral. Generic, însă, bunele moravuri nu par utile ca mijloace de moralizare a vieții sociale. Legătura dintre bunele moravuri și etică este strict discursivă, căci interpretarea judiciară a valorilor etice rămâne pur ideologică, creatoare

de valori morale necesare în speță. Propriu-zis, sursă etică de norme sociale rămâne numai morala (*de facto*), iar nu bunele moravuri – simplu artefact de drept (*de jure*). Mișcarea se autoalimentează totuși: dreptul intrând în morală odată cu edictarea normelor juridice a căror contrazicere sau contestare etică devine interzisă [juridic], până la un moment. Momentul e dat de hotărârea judecătorească constitutivă de reguli și valori prezentate a fi etice.

Concluzia 2. Bunele moravuri nu au un obiect precizat *de lege lata*, ci constituie o categorie legală vidă (*res*). Conținut precis nu are decât morala (publică sau nu), concretizat în comandamente și virtuți specific etice. Marele gol al bunelor moravuri face consistența sa. Acesta este asigurată discursiv numai de instanța de judecată, pusă să interpreteze dreptul existent și morala pretins aplicabilă. Substanța bunelor moravuri este un discurs judiciar de circumstanță. Se încearcă tehnic și profesionist să se salveze astfel ordinea publică, identificată prin licitul juridic (nu etic), prin recursul la valori pretins morale. Bunele moravuri permit o echivalare discursivă a ilicitului cu imoralul, reprimându-l juridic, cu mijloace exclusiv de drept. Dacă facem distincția între valorile și reguli în sine și discursul despre ele, tot așa va trebui să deosebim morala publică de bunele moravuri.

Concluzia 3. Bunele moravuri fiind doar o categorie juridică, ea joacă de-drept două roluri: unul explicativ, celălalt aplicativ-eficient. Ele sunt apte să ne învețe unde și cum se înserează juridic valorile morale, scutindu-ne de inacceptabila (astăzi) judecată etică de valoare. Părăsind funcțional zona metadiscursului, bunele moravuri se înșurubează la propriu în fenomenul juridic. Aici, funcțiile lor juridice sunt evident derivate din natura lor juridică. Înțelegem astfel că bunele moravuri au fost concepute nu ca instrument moralizator cu funcție generală, pentru ansamblul relațiilor juridice. Bunele moravuri par un catalizator etic al ilicitului, dar sunt întruchiparea juridică a imoralului. Ilicitul este revărsarea juridică a ilegalului, explicând ideea de imoral penalizat juridic. În lipsă de normă adecvată, e permis juridic uneori să se apeleze la categoria bunelor moravuri, tocmai pentru a sancționa imoralul juridic, cuprins în ilicitul unei situații, cu eficiență în păstrarea și întărirea ordinii publice.

Concluzia 4. Precizarea caracteristicilor juridice ale unei mulțimi vide, a unui instrument generic conceput pentru depistarea ilicitului, prin transgresarea moralei, este o aventură. Un compas are o deschidere necesară variabilă, nu una fixă. Totuși, există un minim și un maxim, care la bunele moravuri sunt legal indicate de prezența normei care le evocă, dar fără să le fixeze conținutul. Reamintim că bunele moravuri sunt o noțiune juridică instrumentalizând etica presupus curentă, fără a se identifica cu ea. Tehnic și practic, bunele moravuri nu sunt poleiala etică a juridicului, ci un obiect juridic (*res*) aparte, concretizat în instrumentul juridic ce permite judecătorul să aibă o judecată de valoare morală. Totul se petrece într-o anumită speță, iar nu *in abstracto*. Considerentele hotărârii judecătorești cuprind și se întemeiază pe această judecată de valoare, iar nu pe comandamente morale; refren: bunele moravuri nu se identifică cu morala publică. Categorie juridică legală, bunele moravuri nu există în tăcerea legii, judecătorul invocând imperative etice numai când i se permite. Justificarea recursului la bunele moravuri nu se regăsește în talentul de moralist al legiuitorului ori în apetitul său pentru moralizarea socială. Legiferarea nu e catehizare etică, ci normare juridică. Deci, nu virtuțile și comandamentele etice îl impulsionează pe legiuitor, ci forța lor justificativă, manipulată juridic și permițând *de jure* o judecată de valoare etică cu efecte în drept. Rațiunea intimă a existenței bunelor moravuri va rămâne mereu juridică – apărarea și întărirea ordinii publice de-drept.

Concluzia 5. Slujind ordinea publică, bunele moravuri ar îndeplini câteva funcții, dintre care cea mai ciudată ar fi cea deontică sau normativă. Bunele moravuri nefiind însăși morala publică sau vreo normă morală, ci doar o categorie juridică condensată *ad litteram* într-o sintagmă, fără vreo dezvoltare legală ulterioară. Puterea de sugestie a expresiei este o capcană analitică, identificând bunele moravuri cu morala publică; o eroarea de perspectivă. Legal, bunele moravuri au doar o forță deontică liliputană, funcționând maxim ca o normă de trimitere [în afara juridicului, la morala publică]. Fiind una dintre căile de acces a moralei în lumea normativă a dreptului, bunele moravuri interpretează totuși un rol marginal. Concluzia se

impune și dacă măsurăm forța lor sancționatorie. Bunele moravuri propun sancțiuni [juridice] nu generice, ci numai circumstanțiate de locul juridic în care ele sunt plasate *de lege lata*. Există o diversitate, deci, de sancțiuni juridice asociate ideii de bune moravuri, și nu doar una singură (tipică sau proprie). Nulitatea actului civil ori amenda penală sunt două exemple de sancțiuni juridice (diferite). Bunele moravuri nu sunt acompaniate de sancțiuni morale, de regrete ori remușcări. Aceasta pentru că, bunele moravuri nu sunt decât oglinda juridică care reflectă practic numai o fracțiune etică, identificată ca atare judecătorește, iar nu morala publică *in toto*. Depistând imoralul în drept, prin identificarea abaterilor de la etica invocată cu ajutorul bunelor moravuri, instanța de judecată constată și sancționează ilicitul. Se apără astfel ordinea publică, cu care bunele moravuri descriu un cuplu legal. Ilicitul însă nu poate fi depistat și socotit decât cu mijloace juridice, cu reguli de drept, acestea fiind create de judecător. El califică juridic virtuțile și regulile etice [de parcă ar exista aieva], apoi invocă bunele moravuri. Funcția interpretativă a judecătorului este dublă, se creează discursiv reguli ca aparținând moralei publice, apoi se proclamă identitatea juridică a acestora cu bunele moravuri. Interpretarea nu est o simplă decodare a unor sensuri de drept dosite după diverse obiecte de drept, ci o creație nomothetă efectivă și discursivă, cuprinsă în decizia judecătorească. Interpretarea extrage din abisul juridic regula de drept. Funcția deontică aparține judecătorului, nu bunelor moravuri; ele îl și autorizează să treacă în lumea de dincolo de-drept, pe care o și creează vizitând-o [morală publică].

Concluzia 6. Bunelor moravuri sunt doar instrumentalizarea *de jure* a eticii, un produs al discursului juridic inventiv. Asistăm la o euristică metatextuală, deși pare simplă glosă morală. Se naște de-drept confuzia dintre text și metatext, se întretaie frecvent textul-despre-etică cu textul-de-drept; primul inventat îl generează pe cel de-al doilea. Părăsim schema textuală juridică clasică, în care discursul-despre-drept se instalează în siajul discursului-de-drept (*res*). Intrăm într-o zonă metatextuală creatoare, textul-despre [morală] întemeind textul-de [drept]. Obiect juridic (*res*), bunele moravuri se alătura rarelor categorii de drept lipsite congenital de o

funcție deontică lăuntrică. Retorica etică nu se însuflețește juridic prin promisiuni moralizante, ci întemeiază însăși norma juridică – cenzor moral al comportamentului nostru. Apărute din lăcomie normativă, bunele moravuri își trădează discursiv vacuitatea juridică, aptă să prindă ce corp normativ i se comandă.

Punct. Bunele moravuri sunt moarte astăzi? Răspunsul pozitiv se sprijină curent pe ideea că societatea democratică nu mai admite o morală publică, iar extincția acesteia ar atrage inexorabil dispariția bunelor moravuri. Un asemenea raționament, deși intuitiv, ne pare eronat. Morala publică nu va dispărea, nici măcar în ipoteza abrogării statului, când vor dispărea doar bunele moravuri. Orice comunitate se înalță pe o osatură normativă morală (etică), indiferent de natura, intensitatea sau sensurile sale etice. O moralitate comunitară supraviețuiește oricărui cataclism juridic, morala însumând regulile primare și esențiale de organizare socială. Ea există, de altfel, și (parțial) autonom de forma sa etatizată și juridicizată (coduri, deontologii, bune moravuri etc.). Că vom numi (sau nu) această morală socială una publică, ține de interpret și de semantica discursului [și juridic]. Dacă excludem însă scenariu catastrofic al extincției civilizației, ideea ar fi că morala publică nu va dispărea, ci va fi din ce în ce mai dificil de invocat juridic. Deci, bunele moravuri nu dispar ca efect al decesului anunțat al moralei publice. În fine, natura pur discursivă a moralei publice – așa cum e ea înțeleasă de-drept – exclude stabilirea unei cauzalități pur deterministe între bunele moravuri și morala publică. Aceasta nu există judiciar în sine, ci doar prin interpretarea pe care i-o asigură judecătorul. *Dixit.* Dacă discursul se oprește, dispăre textual morala publică, deși ea continuă să fie practică social. Conchidem că bunele moravuri sunt diferite de morala publică, că aceasta din urmă nu e sursa eficientă a primei, bunele moravuri nefiind decât o categorie juridică, împărțășind soarta banală rezervată oricărui construct sau obiect juridic (*res*).

Bunele moravuri pot fi desființate doar juridic; ele nu dispar de la sine și nici ca efect indirect al unei pretinse evanescență a moralei publice. Puterea legislativă este îndrituită să abroge *direct* toate textele conținând expresia

„bune moravuri”, ceea ce înseamnă dispariția imediată de-drept a categoriei omonime. Într-o asemenea ipoteză, și judecătorul devine neputincios, el neputând crea însăși categoria de bune moravuri, în absența textului său legal constitutiv. Lui îi este principial oprit să judece în echitate când dorește, această judecată fiind o excepție a dreptului continental. În plus, invocarea judiciară chiar a unor reguli morale în judecata de-drept nu echivalează automat cu restaurarea bunelor moravuri, imposibile în absența legii. Legiuitorul este liber să abroge și *indirect* categoria bunelor moravuri, prin modificarea textelor-de-lege care o prevedeau și o instrumentalizau doar ca element structural al unor mecanisme sau sancțiuni juridice. Astfel s-a petrecut cu abrogarea diferitelor infracțiuni; astfel se va întâmpla prin abrogarea cauzei ca element constitutiv al actului civil. Puterea judiciară are priceperea de a mazili în desuetudine categoria bunelor moravuri, prin ignorarea ei ori prin interpretări ce o fac superfluă. Așa se întâmplă atunci când bunele moravuri nu mai sunt activate în cenzurarea imoralității actului civil. Judecătorul este liber, iar conștiința sa îi poate semnală inutilitatea, obsolența tehnică a bunelor moravuri. Acestea se pot vădi inadecvate vremurilor pe care le trăim, în con-textul progresismului moral și al diversității etice, garantate de omniprezența drepturilor subiective. O moarte juridică lentă și neglorioasă a bunelor moravuri ar însemna ignorarea lor *erga omnes*, căderea în timpul trecut [desuetudine].

STUDII

MATRICEA RĂSPUNDERII CIVILE EXTRACONTRACTUALE PENTRU PREJUDICIILE CAUZATE DE PRODUSELE CU DEFECTE DE MANUFACTURARE, ÎNTRE TESTUL *RISCURI-BENEFICII* ȘI TESTUL *AȘTEPTĂRILOR LEGITIME ALE CONSUMATORULUI*

DOI: 10.24193/SUBBiur.67(2022).1.2
Data publicării online: 25.07.2022

Juanita GOICOVICI*

Rezumat. Studiul își propune analizarea impactului pe care utilizarea testului riscuri-beneficii, respectiv a testului așteptărilor legitime ale consumatorului îl are asupra fizionomiei răspunderii civile pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte de manufacturare, îndeosebi prin prisma prezervării caracterului obiectiv al acestei răspunderi, detașat de elementul culpei. Utilizând balanța „riscuri-beneficii”, instanțele de judecată pot aprecia *in concreto* defectuozitatea unui produs, incluzând atât defectele de manufacturare în sens restrâns, cât și defectele de concepere, respectiv deficiențele/omisiunile de informare corectă și completă a consumatorilor. Arhitectura răspunderii pentru produsele defectuoase este puternic influențată de opțiunea jurisprudenței pentru testul risc-utilitate, cu eventuala asociere a rezultatelor testului așteptărilor legitime ale consumatorilor, ceea ce a caracterizat răspunderea obiectivă pentru produsele defectuoase ca fiind o specie aparte de răspundere civilă care perpetuează detașarea de criteriul culpei ori al neglijenței producătorului/importatorului produsului cu defecte de manufacturare.

Cuvinte-cheie: răspundere civilă obiectivă, defecte de manufacturare, test riscuri-beneficii, așteptări legitime, consumator.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș—Bolyai Cluj-Napoca, juanita.goicovici@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-0050-4511>.

THE MATRIX OF NON-CONTRACTUAL CIVIL
LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY
PRODUCTS WITH MANUFACTURING
DEFECTS, BETWEEN THE *RISK-BENEFIT*
TEST AND THE TEST OF *LEGITIMATE*
EXPECTATIONS OF THE CONSUMER

Abstract: The study aims at analysing the impact that the use of the risk-benefit test, respectively the test of legitimate expectations of the consumer has on the physiognomy of civil liability for damage caused by defective products, especially in terms of preserving the objective nature of this type of liability, detached from the element of culpable action or omission. Using the 'risk-benefit' balance, courts can specifically assess the defect of a product, including both narrow manufacturing defects and design defects, respectively deficiencies/omissions in offering correct and complete consumer information. The architecture of liability for defective products is strongly influenced by the jurisprudential option for the risk-utility test, with the possible association of the test results of legitimate expectations of consumers, which characterized the objective liability for defective products as a separate species of civil liability that perpetuates detachment from the criterion of fault or negligence of the manufacturer/importer of the product with manufacturing defects.

Key-words: strict liability, manufacturing defects, risk-benefit test, legitimate expectations, consumer.

Cuprins

I.	Observații introductive	109
A.	Utilizarea testului riscuri-utilitate (i), complementar testului așteptărilor legitime ale consumatorului (ii)	113
B.	<i>Torn in between</i>: are preeminență testul așteptărilor legitime ale consumatorului în raport cu testul riscuri-beneficii?	115
C.	<i>Design flaws, design defects</i> și sincopel nedepistate: ce deficiențe sunt reprezentative pentru defectuositatea produsului?	118
II.	Răspunderea obiectivă de tip <i>strict liability</i> vs. centrarea răspunderii producătorului pe elementul culpei	125
A.	„Fidelitatea” față de caracterul obiectiv al răspunderii speciale.....	125
B.	Erorile de identificare a producătorului: o aporie ce condiționează delimitarea sferei persoanelor responsabile.....	127
C.	Solidaritatea pasivă caracterială în materia răspunderii pentru carențele de securitate a produselor	134
D.	Clișeizată, însă recurentă: juxtapunerea peste regimurile de răspundere civilă preexistente	137
E.	Prejudiciul material autonom vs. prejudiciul material derivat (cauzat de defectul produsului)	143
III.	Premisele angajării răspunderii speciale a producătorilor/importatorilor și contrastul instalat prin raportare la versiunile răspunderii subiective	146
A.	Taxonomia defectelor acoperite de sfera materială: defecte de manufacturare vs. defecte de concepere și deficiențele informative.....	146
B.	Sinonimia contestată a raportului de cauzalitate și a certitudinilor științifice în materia cauzalității	150
C.	Limite temporale în exercitarea dreptului la acțiune în materia răspunderii speciale	156
D.	O aporie nedemodată: angajarea răspunderii speciale a producătorilor pentru defecte potențiale a căror manifestare nu s-a declanșat	158
IV.	Situații exceptate din sfera materială de incidență a răspunderii speciale	164
A.	Ineficacitatea juridică a clauzelor exoneratoare în materia răspunderii speciale	164

B. Exonerarea de răspundere a producătorilor/importatorilor în temeiul cauzelor de exceptare legală: o taxonomie nefluctuantă.....	165
V. Observații concludive.....	170
VI. ANEXE	173
ANEXA 1	173
ANEXA 2	175
ANEXA 3	177
ANEXA 4	179
ANEXA 5	183

I. Observații introductive

Definită ca „neînțeleasă” sau ca *under-theorised*, răspunderea civilă extracontractuală a producătorilor/importatorilor pentru prejudiciile generate de produsele cu defecte de manufacturare¹ continuă să suscite interogații legate de calibrarea condițiilor angajării sale, interogații care par

¹ A se vedea Mark A. GEISTFELD, „Strict Products Liability 2.0: The Triumph of Judicial Reasoning Over Mainstream Tort Theory”, *Journal of Tort Law*, vol. 14, Issue 2/2021, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3956019>, accesat în 23.07.2022; astfel cum subliniază autorul citat, „courts began applying it to products that did not malfunction and found that a test for defect based on consumer expectations often is indeterminate or can otherwise unduly limit liability in an important class of cases. To address these problems, most courts adopted the risk-utility test, a form of cost-benefit analysis that functions like the negligence standard of reasonable care. Relying on these cases, (...) Products Liability embraced the risk-utility test, jettisoned the consumer expectations test, and characterized strict products liability as a misleading label that perpetuates confusion about liability being strict when it instead is based on negligence. In response, a clear majority of courts have rejected this negligence-based framework and affirmed the continued vitality of strict products liability.”

să se multiplice exponențial, pe măsura semnalării unor dificultăți practice în utilizarea criteriilor clasice reprezentate de testul risc-utilitate și de eventuala utilizare a testului așteptărilor legitime ale consumatorului. Tehnic, testul riscuri-beneficii (balanța „risc – utilitate”) se referă la aplicarea, de către instanța de judecată, a criteriului preeminenței beneficiilor consumului unui produs cauzator de prejudicii, prin raportare la existența riscurilor anormale (de o gravitate anormală ori exorbitantă); aplicarea balanței „riscuri – utilitate” pentru a aprecia existența defectului produsului implică faptul că un produs poate fi considerat defectuos și atunci când beneficiile consumului sunt depășite ori vizibil surmontate de riscurile mult prea masive la care se supune consumatorul (fără a se transforma, însă, într-un criteriu dirimant sau ineluctabil). Excepție fac produsele medicamentoase și, în general, produsele farmaceutice care reprezintă unicul tratament pentru o anumită patologie², cât se admite devierea de la rezultatul aplicării balanței „risc – utilitate”.

Ca alternativă la testul riscuri – beneficii, instanțele de judecată pot utiliza testul așteptărilor legitime ale consumatorilor, care permite angajarea răspunderii producătorului pentru producerea de bunuri care sunt mai periculoase decât ar anticipa consumatorul rezonabil (utilizând standardul „consumatorului mediu”, cu o vigilență rezonabilă, iar nu exorbitantă). După cum s-a evidențiat în literatura de specialitate:

„Experiența judiciară din majoritatea statelor care au utilizat testul așteptărilor legitime ale consumatorilor demonstrează că acesta este ambiguu și imposibil de aplicat într-o manieră previzibilă. Testul este nepotrivit pentru reglementarea produselor complexe sau a piețelor cu consumatori eterogene; în plus, instanțele trebuie să aloce resurse

² A se vedea Bethany CORBIN, „When Things Go Wrong: Redefining Liability for the Internet of Medical Things”, în *South Carolina Law Review*, Vol. 71, No. 1/2019, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3375070>, accesat în 23.07.2022.

semnificative pentru a identifica convingerile *ex ante* ale consumatorilor cu privire la riscurile produselor, chiar și atunci când consumatorii nu aveau convingeri concrete despre pericolozitatea produselor la momentul achiziției. Celălalt test major pe care instanțele îl aplică defectelor de proiectare, testul risc-utilitate, nu este, de asemenea, bine definit. Mai mulți factori ai testului risc-utilitate sunt dificil de aplicat de către instanțe în mod consecvent și permit instanțelor să anuleze preferințele consumatorilor care ar putea fi dispuși să tolereze riscuri mai mari pentru prețuri mai mici.”³ – (t.n., J.G.).

Ne propunem, în paragrafele care urmează, să analizăm rolul jucat de aceste criterii de stabilire a pericolozității consumului unui produs, în economia răspunderii civile extracontractuale pentru prejudiciile generate de defectele de manufacturare ale produselor⁴; îndeosebi prin prisma prezervării caracterului obiectiv al acestei răspunderi, detașat de elementul culpei (ori al probării acțiunilor/omisiunilor culpabile, imputabile

³ Clayton MASTERMAN, K.W. VISCUSI, „The Specific Consumer Expectations Test for Product Defects”, *Indiana Law Journal*, 2021, *Vanderbilt Law Research Paper* No. 19-08, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3352125>, accesat în 23.07.2022.

⁴ Pentru detalii cu privire la asimilarea răspunderii pentru prejudiciile cauzate consumatorilor de *Internet of Things* (IoT) unei răspunderi pentru produsele cu defecte, a se vedea Federica GIOVANELLA, „Can ‘Things’ Be Defective Products? The Applicability of the Product Liability Directive to the Internet of Things”, în *Revue européenne de droit de la consommation / European Journal of Consumer Law*, nr. 3/2020, p. 589-611, disponibil la <https://ssrn.com/abstract=4023266> și <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4023266>, accesat în 23.07.2022. Autoarea citată subliniază că: „*This Directive has proved to be an effective tool both in addressing cases of defective products and in balancing the interests of consumers and producers, but the advent of the IoT could jeopardize the Directive’s effectiveness. Indeed, Things have a dual nature comprising tangible and non-tangible components. This can make it difficult to classify them as “products” under the Directive. The definition of defect plays a crucial role as well, as it is often challenging to understand whether the intangible part of a product is defective and whether the producer could remedy the defect after the placing the product on the market.*”

producătorului/importatorului). Utilizând balanța „riscuri-beneficii”, instanțele de judecată pot aprecia în ce măsură defectuozitatea unui produs⁵, incluzând atât defectele de manufacturare în sens restrâns, cât și defectele de concepere⁶, respectiv deficiențele/omisiunile de informare corectă și completă a consumatorilor, justifică angajarea răspunderii civile a producătorului/importatorului respectivului lot de produse a cărui punere în circulație a avut loc fără depistarea defectelor.

⁵ Pentru dezvoltări, a se vedea Christoph BUSCH, „Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective”, postat în 31.07.2021, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3897602>, accesată în 23.07.2022; Michael P. CHATZIPANAGIOTIS, „Product Liability Directive and Software Updates of Automated Vehicles”, în *Proceedings of SETN 2020 - 11th Hellenic Conference on Artificial Intelligence 2020*, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3759910>, accesat în 23.07.2022; S. NIGAM, „From Caveat Emptor to Caveat Venditor: The Consumer Protection Act 2019 And the Consumer Rights”, postat în 22.10.2020, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3716666>, accesată în 23.07.2022.

⁶ Pentru problematica angajării răspunderii pentru produsele defectuoase în perimetrul utilizării inteligenței artificiale, a se consulta Carlos Gómez LIGÜERRE, Tomás Gabriel GARCÍA-MICÓ, „Responsabilidad por daños causados por la Inteligencia Artificial y otras tecnologías emergentes”, *InDret*, Vol. 1, 2020, pp. 501-511, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3535519>, accesat în 23.07.2022; Michael P. CHATZIPANAGIOTIS, George LELOUDAS, „Automated Vehicles and Third-Party Liability: A European Perspective”, *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 2020, pp. 109-199, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3519381>, accesat în 23.07.2022.

A. Utilizarea testului riscuri-utilitate (i), complementar testului așteptărilor legitime ale consumatorului (ii)

După cum s-a subliniat în literatura de specialitate⁷, „Conform prevederilor Directivei Consiliului 85/374/CEE, răspunderea reglementată depinde în mod esențial de dovada defectuoșității unui produs. Această noțiune centrală în economia textelor directivei a alimentat, totuși, pentru mult timp, dezbaterile cu privire la gradul în care acest tip de răspundere se bazează pe o abordare centrată exclusiv pe siguranța consumului sau dacă, dimpotrivă, o abordare riscuri-beneficii ar putea fi admisă” – (t. n., J.G.). De asemenea, s-a evidențiat de către importanți doctrinari că:

„Testul specific privind așteptările consumatorilor s-ar aplica oricărui produs sau componentă a produsului pentru care consumatorii au așteptări *ex ante* clare, articulabile, cu privire la funcționalitatea produsului. În baza rezultatelor testului așteptărilor legitime ale consumatorului, un pârât este răspunzător dacă, în respectivul caz, consumatorii se așteptau ca utilizarea unui astfel de produs să contribuie la reducerea unui anumit risc, iar utilizarea ori consumului produsului a contribuit faptic la augmentarea acelui tip de risc. În mod similar, dacă un produs a fost menit să transmită ori să genereze anumite beneficii ca urmare a consumului, dar, faptic, a cauzat prejudicii consumatorilor, produsul în cauză nu a trecut testul așteptărilor legitime. De exemplu, dacă defectuoșitatea sistemului de *airbag-uri* a amplificat riscul de rănire a pasagerului în urma impactului autovehiculului implicat într-un accident, mai degrabă decât să diminueze riscul producerii unor leziuni, respectivul produs ar eșua în parcurgerea testului așteptărilor legitime ale consumatorilor. Prin deturnarea atenției analiștilor dinspre amploarea așteptărilor legitime ale consumatorilor către o identificare mai simplă a direcției în care consumatorii se așteptau ca riscurile să

⁷ În acest sens, a se vedea Marta SANTOS SILVA, Duncan FAIRGRIEVE, Piotr MACHNIKOWSKI, Jean-Sébastien BORGHETTI, Anne KEIRSE, „Relevance of Risk-Benefit Considerations for Assessment of Defectiveness”, postat în 22.04.2019, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=3383137>, accesată în 23.07.2022.

se producă, testul așteptărilor specifice crește gradul de administrabilitate a răspunderii pentru produsele defecte și surprinde cele mai multe dintre aspectele decisive pe care teoria tradițională a așteptărilor rezonabile ale consumatorilor le oferă.”⁸ – (t. n., J.G.).

Volatilitatea (dacă nu chiar superficialitatea) testului așteptărilor legitime ale consumatorului nu a scăpat atenției vigilente a doctrinei⁹, care a punctat caracterul inadecvat al acestui criteriu într-o suită de cazuri practice în care consumatorul cu un nivel mediu de informare și cu capacități raționale medii ar fi dezarmat în fața sarcinii de a estima corect gradul de probabilitate al producerii unor riscuri asociate consumului unui produs a cărui punere pe piață a fost autorizată de organismele competente, fără ca aceasta să excludă incidente precum contaminarea unui lot de produse pus în circulație ori imposibilitatea depistării defectelor în procesul de producție.

⁸ Clayton MASTERMAN, K.W. VISCUSI, „The Specific Consumer Expectations Test for Product Defects”, *cit. supra*, p. 2.

⁹ A se vedea Mark A. GEISTFELD, *op.cit.*, p. 9; autorul citat subliniază că: „*In the contractual exchange of contaminated food, the buyer reasonably expected that the food would be fit for human consumption, and the seller impliedly represented as much by offering to sell food products. The transaction instead involved contaminated food that frustrated the buyer's expectation of product quality in a manner that contract law does not adequately remedy, a pervasive problem that can erode consumer confidence and potentially impede food transactions, arguably the first important form of commercial exchange.*”

B. *Torn in between*: are preeminență testul așteptărilor legitime ale consumatorului în raport cu testul riscuri-beneficii?

Fizionomia contemporană a răspunderii speciale pentru produsele defectuoase este tributară „bătăliei” pentru preeminență duse de cele două posibile criterii de apreciere a defectuozității produsului, și anume testul așteptărilor legitime ale consumatorului în raport cu testul riscuri-beneficii; departe de a se contura o veritabilă ierarhie sau preeminență, fiecare dintre acestea prevede un rol diferit pentru instanțele de judecată: raportarea la un etalon abstract, al consumatorului mediu, cu luarea în calcul a așteptărilor sale tipice în materia siguranței consumului unui anumit produs și, pe celălalt versant, angajarea în administrarea pieselor de probatoriu (expertize de specialitate, îndeosebi) din care să reiasă ponderea diferită, vizibil (nerezonabil) exorbitantă a riscurilor consumului prin raportare la beneficiile consumului/utilizării respectivului produs¹⁰. La unul din poli, testul

¹⁰ Paradigmatic pentru aplicarea testului riscuri – utilitate rămâne cazul Thalidomidei, o substanță medicamentoasă administrată pentru ameliorarea stărilor de indispoziție abdominală și reflux gastric pe durata sarcinii (beneficii minore ori insignifiante prin raportare la riscurile exorbitante); în noiembrie 1961, administrarea thalidomidei a fost interzisă, iar produsul medicamentos a fost retras de pe piață din cauza presiunii masive din partea presei și a grupurilor de consumatori. Conform estimărilor experților, administrarea thalidomidei femeilor însărcinate a condus la decesul a aproximativ 2.000 de nou-născuți și a favorizat apariția a peste 10.000 cazuri de defecte congenitale grave, dintre care aproximativ 5.000 în Germania de Vest; cercetările ulterioare au dovedit că thalidomida acționează prin promovarea degradării unei game neașteptat de largi de factori de transcripție (proteine celulare care ajută la activarea sau dezactivarea genelor, în genomul uman), inclusiv a unuia din acești factori (SALL4), rezultatul fiind eliminarea completă a SALL4 din celulele umane.

așteptărilor rezonabile ale consumatorilor¹¹, conform căruia un pârât este răspunzător dacă au fabricat un produs care este lansat pe piață în stare defectuoasă și periculos într-o măsură dincolo de ceea ce ar fi contemplat drept un grad obișnuit de risc, de către consumatorul care a achiziționat respectivul produs, prin prisma cunoștințelor obișnuite ori comune posedate de „consumatorul mediu”, în ceea ce privește caracteristicile acelui produs, implică angajarea răspunderii obiective a producătorilor pentru produse care prezintă riscuri de siguranță peste limita rezonabilității ori peste pragul de siguranță așteptat de consumatori. La polul opus, testul risc-utilitate, în temeiul căruia un inculpat este răspunzător dacă riscurile previzibile (de a cauza prejudicii) prezentate de produsul incriminat ar fi putut fi redus, moderat sau evitat, prin adoptarea unui *design* alternativ rezonabil (în cazul defectelor de concepere, când produsul a fost conceput în baza unor parametri tehnici conform cărora beneficiile consumului sunt excedate într-o manieră exorbitantă de riscurile de securitate aduse de consumul respectivului produs), folosește paradigma-cadru a unei neglijențe imputabile producătorului, care a acceptat demararea procesului de producție în baza unor planuri concepute într-o manieră excesiv de riscantă prin raportare la beneficiile ori la utilitatea-*target* (așa-numitele *design flaws*).

În practică, instanțele de judecată au pendulat între cele două criterii: în literatura de specialitate, s-a evidențiat că instanțele fie au adoptat cu intermitențe unul dintre acestea, fie au utilizat ambele teste,

„lăsând producătorii și consumatorii să navigheze într-un peisaj juridic fragmentat și neomogen (...) în special pentru produsele

¹¹ Alan BUTLER, „Products Liability and the Internet of (Insecure) Things: Should Manufacturers Be Liable for Damage Caused by Hacked Devices?”, postat în 19.04.2017, publicat în *University of Michigan Journal of Law Reform* 2018, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=2955317>, accesat în 23.07.2022.

comercializate pe piețele interne. După cum era de așteptat, atât testul tradițional al așteptărilor consumatorilor, cât și testul risc-utilitate au merite diferite. Testul așteptărilor consumatorilor stimulează producătorii să lanseze pe piață produse care nu bruschează așteptările rezonabile ale consumatorului, în materie de siguranță, reducând probabilitatea ca produsele aflate în circulație să dăuneze în mod neașteptat sănătății consumatorilor. Însă scopul testului privind așteptările rezonabile ale consumatorilor este potențial nelimitat și, din acest motiv, nu foarte bine definit. Deoarece consumatorii sunt departe de a estima ori de a anticipa într-o manieră corectă gradul de pericolozitate prezentat de consumul unui produs, aproape invariabil apariția unui rezultat nefavorabil al utilizării produsului ori a unor efecte adverse va contraria așteptările rezonabile ale consumatorilor în aproape toate situațiile depistării unor defecte ale produsului. În toate aceste cazuri, rezultatele nefavorabile ale utilizării produsului declanșează premise pentru a angaja răspunderea producătorului sau defectul poate fi reținut doar dacă efectele negative constituie o încălcare semnificativă a așteptărilor consumatorilor? Nici alternativa utilizării testului risc-utilitate nu funcționează ireproșabil: merge mult mai bine; distanțându-se de răspunderea extrasă din percepțiile consumatorilor, utilizarea testului riscuri-beneficii cel mai probabil stimulează companiile să accepte antamarea unor măsuri de precauție eficiente în etapele manufacturării, dar s-a dovedit dificil de implementat sau de prezis.”¹² – (t. n., J.G.).

¹² Clayton MASTERMAN, K.W. VISCUSI, „The Specific Consumer Expectations Test for Product Defects”, *cit. supra*, p. 3.

C. ***Design flaws, design defects* și sincopel nedepistate: ce deficiențe sunt reprezentative pentru defectuoazitatea produsului?**

Aproape clișeizată, fraza stereotipă potrivit căreia prin „produs cu defecte” se înțelege produsul¹³ în privința căruia modul de prezentare sau utilizarea previzibilă la data achiziționării nu oferă siguranță consumatorilor, provocând pagube acestora (Anexa C.cons., pct. 30) continuă să ridice interogații practice. Nu doar defectele de manufacturare *stricto sensu* sunt incluse în sfera materială de aplicare a acestui tip de răspundere civilă, ci și defectele de concepere (așa-numitele *design flaws* ori *design defects*), respectiv deficiențele/omisiunile de informare corectă și completă a consumatorilor (asupra riscurilor consumului, asupra ingredientelor, caracteristicilor tehnice, performanțelor limitate ale produsului etc.). Absența informațiilor privind riscurile rezultând din folosirea normală și previzibilă a produselor, în cuprinsul prospectului, cărții tehnice, manualului de utilizare, informațiilor de pe etichetă/ambalajul produsului, reprezintă *per se* un defect¹⁴ al produsului pentru care poate fi antrenată răspunderea producătorului/importatorului în spațiul U.E., pentru prejudiciul

¹³ În accepțiunea imprimată în textul art. 2 din Directiva 85/374/CEE, prin „produse” se înțeleg bunurile mobile, chiar în cazul în care sunt încorporate în alte bunuri mobile sau într-un bun imobil; termenul „produs”, de asemenea, include electricitatea livrată consumatorilor. Textul complet al Directivei 85/374/CEE poate fi consultat la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A01985L0374-19990604>, accesat în 23.07.2022. Sunt, de asemenea, incluse produsele alimentare defectuoase, produsele farmaceutice, precum și produse ale corpului uman (organe prelevate pentru transplanturi, sângele recoltat și ambalat, materialul genetic reproductiv și alte celule prelevate din corpul uman),

¹⁴ A se vedea Anexa 1.

fizic/patrimonial cauzat consumatorilor produsului cu defecte¹⁵. Pot fi, astfel, identificate trei categorii de defecte¹⁶ imputabile producătorilor:

(a) defectele de manufacturare *stricto sensu*, datorate sincopelor nedorite din lanțul de producție (erori umane, defecțiuni ale instalațiilor/utilajelor de producție etc.); în aceste ipoteze, din compararea caracteristicilor produsului rezultat cu caracteristicile prototipului, rezultă inadvertențe, produsul rezultat neîntrunind parametri tehnici pe care producătorul a intenționat să îi atingă;

(b) defecte de concepere (modul în care a fost proiectat/conceput produsul presupune riscuri ale consumului care depășesc nepermis demult beneficiile consumului respectivului produs); din balanța „riscuri – utilitate” aplicată în aceste cazuri, rezultă că riscurile consumului surmontează nepermis de mult beneficiile produsului pentru consumatorul final; în respectivele ipoteze, diametral opuse situațiilor descrise ca reprezentând „defectele de manufacturare *stricto sensu*”, produsul obținut în procesul de manufacturare întrunește parametri tehnici pe care producătorul a intenționat să îi atingă, însă producătorul a acceptat demararea procesului de producție în baza unor propuneri de concepere excesiv de riscante pentru siguranța fizică a consumatorului final;

¹⁵ Pentru problematica angajării răspunderii (subsidiare și/sau solidare a) persoanei juridice care exploatează platforme de comerț electronic, pentru produsele cu defecte de manufacturare comercializate de către terții producători prin intermediul platformei digitale, a se vedea Erdem BÜYÜKSAGIS, „Liability of E-Commerce Platforms for Third-Party Defective Products”, în Eva Maria BELSER, Pascal PICHONNAZ, Hubert STÖCKLI (coord.), *Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without Borders, Mélanges pour Franz Werro*, Bern, 2022, p. 127-141, disponibil la <https://ssrn.com/abstract=4127999>, accesat în 23.07.2022.

¹⁶ A se vedea Anexa 2.

(c) deficiențe de informare¹⁷ (absența informațiilor privind riscurile rezultând din folosirea normală și previzibilă a produselor, în cuprinsul prospectului, cărții tehnice, manualului de utilizare, informațiilor de pe etichetă/ambalajul produsului); pentru omisiunile informative/informațiile eronate ori ostensibil incomplete, poate fi angajată răspunderea producătorului sau importatorului produselor în U.E., ca în cazul primelor două categorii de defecte.

Potrivit art. 3 din Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte, cu modificările ulterioare¹⁸ (care a transpus în dreptul intern Directiva 85/374/CEE), producătorul răspunde pentru prejudiciul actual și pentru cel viitor, cauzate de defectul produsului său. Din cuprinsul art. 4 rezultă că răspunderea producătorului nu este limitată în situația în care paguba este determinată, cumulativ, de defectul produsului și de acțiunea sau omisiunea unei terțe persoane, menționându-se că această dispoziție nu aduce atingere dreptului producătorului de a promova acțiuni în justiție împotriva terțului,

¹⁷ Mark GEISTFELD, „Strict Products Liability 2.0: The Triumph of Judicial Reasoning (...)”, *loc. cit. supra*. Autorul citat reține că: „*For the remaining cases in which products do not malfunction, any defects must involve the product design, instructions about safe use, or warnings of inherent dangers. Because these defects are not defined by product malfunctions, they are not adequately addressed by the consumer expectations test (...). To solve this problem, most courts incorporated a new liability rule, the risk-utility test, into the framework of strict products liability.*”

¹⁸ Republicată în temeiul prevederilor art. V, lit. k) din Titlul III din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în M.of.: 899/28 decembrie 2007, dându-se textelor o nouă numerotare. Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte a fost inițial publicată în M.of.: 552/22 iunie 2004.

în condițiile legii, ceea ce înseamnă că, în primă fază, dacă defectul din fabricație al produsului coexistă cu elemente ce țin de culpa unui terț, producătorul va fi ținut responsabil față de victima prejudiciului pentru acoperirea financiară a acestuia, ulterior producătorul/importatorul pârât devenind reclamant într-o eventuală acțiune în regres îndreptată contra altor actori implicați în lanțul de producție/distribuție/procurare și prelucrare a materiei prime ori a componentelor și consumabilelor etc.

Se cuvine menționat, totodată, că, în această materie a răspunderii extra-contractuale pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte, operează regula răspunderii civile solidare, astfel încât, potrivit art. 10 din Legea nr. 240/2004, modificată prin Legea nr. 76/2012, dacă mai multe persoane sunt răspunzătoare pentru paguba generată în patrimoniul consumatorului, aceste persoane responsabile răspund solidar. După cum se precizează în cuprinsul art. 6, pentru angajarea răspunderii civile a producătorului, persoana prejudiciată trebuie să facă dovada pagubei, a defectului și a raportului de cauzalitate dintre defect și prejudiciul înregistrat. Conform dispozițiilor art. 10 din Legea nr. 240/2004, modificată prin Legea nr. 76/2012, orice clauze contractuale de limitare sau exonerare de răspundere a producătorului sunt lovite de nulitate absolută, nefiind permisă exonerarea profesioniștilor responsabili pentru prejudiciile fizice (biologice) ori patrimoniale cauzate de defectele de manufacturare *lato sensu*.

Relevante în contextul definirii produselor defectuoase sunt și dispozițiile art. 6, alin. (1) din Directiva 85/374/CEE, conform căroră (1) un produs prezintă defecte atunci când „nu oferă siguranța la care o persoană se poate aștepta, ținând seama de toate împrejurările, printre care: (a) prezentarea produsului; (b) utilizarea căreia îi este destinată în mod rațional produsul; (c) momentul punerii în circulație a produsului”; *upgrade-ul* unui produs nu reprezintă *per se* un temei pentru reținerea existenței unui defect

al versiunii anterioare, întrucât, potrivit prevederilor art. 6, alin. (2), „un produs nu poate fi considerat defect pentru simplul motiv că un produs mai bun a fost pus în circulație ulterior”.

Produsele sigure sunt definite, în textul art. 3, pct. (2) din Propunerea de Regulament U.E. privind siguranța generală a produselor (2021)¹⁹, ca referindu-se la „orice produs care, în condiții de utilizare ori utilizare greșită normale sau care pot fi prevăzute în mod rezonabil, inclusiv pe durata efectivă de utilizare, nu prezintă niciun risc sau prezintă doar riscurile minime

¹⁹ Din preambulul Propunerii (elaborate în 2021) de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului, privind siguranța generală a produselor, de modificare a Regulamentului (UE) nr. 1025/2012 al Parlamentului European și al Consiliului și de abrogare a Directivei 87/357/CEE a Consiliului și a Directivei 2001/95/CE a Parlamentului European și a Consiliului, rezultă că această „propunere de regulament privind siguranța produselor de consum este în conformitate cu Noua agendă din 2020 privind consumatorii, care vizează: (i) să actualizeze și să modernizeze cadrul general pentru siguranța produselor de consum nealimentare; (ii) să își păstreze rolul de plasă de siguranță pentru consumatori; (iii) să adapteze dispozițiile la provocările generate de noile tehnologii și de vânzările online și (iv) să asigure condiții de concurență echitabile pentru întreprinderi. Deși va înlocui Directiva 2001/95/CE privind siguranța generală a produselor („DSGP”), propunerea va continua să se aplice produselor de consum nealimentare fabricate. Regulamentul propus va asigura, de asemenea, continuitatea cu DSGP prin: (i) cerința ca produsele de consum să fie „sigure”; (ii) stabilirea anumitor obligații pentru operatorii economici și (iii) prevederea unor dispoziții privind elaborarea de standarde în sprijinul cerinței generale de siguranță. De asemenea, regulamentul propus aliniază normele de supraveghere a pieței aplicabile produselor care nu intră în domeniul de aplicare al legislației de armonizare a UE („produse nearmonizate”) la normele aplicabile produselor care intră în domeniul de aplicare al legislației de armonizare a UE („produse armonizate”), astfel cum se prevede în Regulamentul (UE) 2019/1020. Textul integral al Propunerii de Regulament este disponibil la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0346>, accesată în 23.07.2022.

compatibile cu utilizarea produsului, considerate ca fiind acceptabile și respectând un nivel ridicat de protecție a siguranței și a sănătății consumatorilor”; prin „produs” se înțelege, în acest context, „orice articol interconectat sau nu cu alte articole, furnizat sau pus la dispoziție, contra cost sau gratuit, în cursul unei activități comerciale, inclusiv în contextul furnizării unui serviciu – care este destinat consumatorilor sau care poate, în condiții care pot fi prevăzute în mod rezonabil, să fie utilizat de consumatori chiar dacă nu le este destinat”, conform definiției incluse în art. 3, pct. (1) din Propunerea de Regulament U.E. privind siguranța generală a produselor²⁰.

Noțiunea de „risc grav” utilizată în cuprinsul Propunerii de Regulament U.E. privind siguranța generală a produselor se referă, după cum rezultă din textul art. 3, pct. (5), la „un risc pentru care, pe baza unei evaluări a riscurilor și luând în considerare utilizarea normală și previzibilă a produsului, combinația dintre probabilitatea apariției unui pericol de vătămare și gradul de severitate a respectivei vătămări necesită o intervenție

²⁰ Relevantă este prevederea par. (4) al art. 40 din propunerea de Regulament U.E., conform căreia, în cazul amenzilor, „cuantumul maxim al sancțiunilor este de cel puțin 4 % din cifra de afaceri anuală a operatorului economic sau, după caz, a pieței online, realizată în statul membru sau statele membre în cauză.”

După cum se indică în cuprinsul par. 5 al art. 40 din Propunerea de Regulament U.E. privind siguranța generală a produselor, „Statele membre pot impune, de asemenea, penalități cu titlu cominatoriu pentru a obliga operatorii economici sau piețele *online*, după caz: (a) să pună capăt unei încălcări a dispozițiilor prezentului regulament; (b) să respecte o decizie de dispunere a unor măsuri corective; (c) să furnizeze informații complete și corecte ; (d) să se supună unei inspecții; (e) să permită autorităților de supraveghere a pieței să efectueze extragerea datelor din interfețele *online*.”

rapidă din partea autorităților de supraveghere a pieței, inclusiv cazurile în care efectele riscului nu sunt imediate”²¹.

²¹ În textul art. 35 din Propunerea de Regulament U.E. privind siguranța generală a produselor, este descrisă paleta măsurilor reparatorii disponibile pentru carențele de siguranță a consumului, arătându-se că dreptul la măsuri reparatorii se referă la posibilitatea consumatorului de a obține o măsură reparatorie eficientă, cu caracter non-oneros (care să nu presupună costuri suplimentare) și care să poată fi implementată într-un interval de timp rezonabil (rămânând în continuare incidente prevederile specifice în materia carențelor de conformitate, astfel cum sunt acestea gestionate în textul Directivei 2019/771): „(1). Fără a aduce atingere Directivei (UE) 2019/771, în cazul unei rechemări, operatorul economic responsabil de rechemare oferă consumatorului o măsură reparatorie eficientă, gratuită și în timp util. Această măsură reparatorie constă în cel puțin unul dintre următoarele elemente: (a) repararea produsului rechemat; (b) înlocuirea produsului rechemat cu un produs sigur, de același tip și cel puțin de aceeași valoare și calitate; (c) rambursarea valorii produsului rechemat. (2). Repararea, eliminarea sau distrugerea produsului de către consumatori sunt considerate măsuri reparatorii eficiente numai în cazul în care pot fi efectuate cu ușurință și în condiții de siguranță de către consumator. În astfel de cazuri, operatorul economic responsabil de rechemare pune la dispoziția consumatorilor instrucțiunile necesare și/sau, în cazul reparării de către consumatori, piesele de schimb gratuite sau actualizările *software-ului*. (3). Măsura reparatorie nu trebuie să implice inconveniente semnificative pentru consumator. Consumatorul nu suportă costurile de expediere sau de returnare în alt mod a produsului. Pentru produsele care, prin natura lor, nu sunt portabile, operatorul economic ia măsurile necesare pentru colectarea produsului.”

II. Răspunderea obiectivă de tip *strict liability* vs. centrarea răspunderii producătorului pe elementul culpei

A. „Fidelitatea” față de caracterul obiectiv al răspunderii speciale

Recurentă în ultimele decenii, ideea detașării răspunderii speciale a producătorului/importatorului de elementul culpei²² a persistat în pofida eventualelor contestări; pentru ca răspunderea civilă a producătorului/importatorului (ori a însuși distribuitorului, în cazul neidentificării persoanelor din primele categorii) pentru defectele produselor care au cauzat un prejudiciu corporal sau patrimonial să fie angajată, este suficient să fi existat o faptă ilicită (punerea în circulație a unui produs cu defecte) aflată în raport de cauzalitate cu prejudiciul ce a fost cauzat, nefiind necesar ca această faptă să poată fi imputată autorului ei ori, în alți termeni, consumatorul fiind dispensat de a face dovada existenței vinovăției ori a neglijenței grave a persoanei responsabile în contextul unei acțiuni/omisiuni care a afectat nivelul de securitate al consumului respectivului produs. Nu se solicită, astfel, reclamantului (persoana prejudiciată) să probeze că fapta

²² A se vedea, pentru dezvoltări, Mark GEISTFELD, „Strict Products Liability 2.0: The Triumph of Judicial Reasoning (...)”, *loc. cit. supra*. Autorul citat reține că: „*The prevailing scholarly opinion about this matter is confused; its fixation on negligence ignores the implied warranty rationale for strict products liability. Having been largely formulated as a rule of contract law, the implied warranty is under-theorized as a tort doctrine. Once adequately developed, the tort version of the implied warranty shows why courts have transformed the rule of strict products liability from the last century into a more comprehensive regime – ‘strict products liability 2.0’ – that relies on consumer expectations to incorporate the risk-utility test into the framework of strict products liability.*”

ilicită a fost realizată cu intenție²³, stabilirea vinovăției nefiind necesară în materia răspunderii speciale a producătorului/importatorului, astfel încât consumatorul reclamant nu va fi ținut să dovedească faptul că autorul acțiunii/omisiunii a prevăzut consecințele conduitei sale și a urmărit ori, cel puțin, a acceptat producerea acestora²⁴. Astfel, existența vinovăției sub forma intenției ori a omisiunii culpabile este irelevantă în perimetrul angajării răspunderii speciale extracontractuale²⁵ pentru defectele de manufacturare ori de concepere, respectiv pentru carențele informative.

²³ A se vedea, pentru precizări legate de exercitarea rolului activ al instanței de judecată, Nicolae-Horia ȚIȚ, „Situatii particulare referitoare la exercitarea rolului activ al judecătorului în procesul civil”, în Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice, Vol. 45, nr. 2/2019, p. 29-44.

²⁴ Pentru problematica intervenției instanței, în virtutea rolului activ al judecătorului, în stabilirea faptelor deduse judecării, a se vedea Nicolae-Horia ȚIȚ, „Rolul activ al judecătorului în identificarea și calificarea actelor și faptelor deduse judecării. Câteva considerații”, în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2021, p. 174-199.

²⁵ Însuși caracterul extracontractual al acestui tip de răspundere civilă a fost plasat anterior sub semnul întrebării, menținându-se însă; pentru relatarea acestor controverse, a se vedea Mark GEISTFELD, „Strict Products Liability 2.0: The Triumph of Judicial Reasoning (...)”, *cit. supra*, p. 6; autorul citat evidențiază că: „*The implied warranty is routinely conceptualized as a rule of contract law governing commercial transactions, and so it has been ‘under-theorized’ in the [tort] context of products causing physical harm.*”

B. Erorile de identificare a producătorului: o aporie ce condiționează delimitarea sferei persoanelor responsabile

Producătorul este, în principiu, ținut răspunzător pentru acoperirea prejudiciului cauzat consumatorului, întrucât: (i) a controlat procesul de producție și (ii) pentru că, obținând profit din activitatea de producție, trebuie să își asume riscurile rezultând din derularea acestor activități; în măsura în care producătorul nu poate fi depistat sau identificat, importatorul produsului în U.E. va fi pârât în acțiunea introdusă de consumator; în cel de-al treilea rând, acțiunea reclamantului consumator poate fi îndreptată contra distribuitorului direct al produsului cu defecte, dacă acesta nu comunică identitatea producătorului/importatorului (ulterior, distribuitorul condamnat la plata despăgubirilor beneficiind de o acțiune în regres contra importatorului/distribuitorului produsului cu defecte). Se cuvine menționat că, potrivit dispozițiilor art. 3 din Directiva 85/374/CEE, categoria „producătorilor” include fabricantul unui produs finit, producătorul oricărei materii prime sau fabricantul unei părți componente, precum și pe „orice persoană care, aplicându-și numele, marca sau alt semn distinctiv pe produs, se prezintă drept producătorul acestuia”; de asemenea, conform paragrafului secund al articolului citat, „orice persoană care importă un produs în Comunitate, în scopul vânzării, locațiunii, leasing-ului sau altei forme de distribuție în cadrul activității sale comerciale, este considerat producător”, în accepțiunea reținută de dispozițiile Directivei 85/374/CEE și este răspunzător ca „producător” în raporturile cu consumatorii prejudiciați de defectele de manufacturare *lato sensu*. Totodată, este necesar de specificat că,

în ipotezele în care nu poate fi identificat producătorul produsului²⁶, orice furnizor este considerat drept producător, cu excepția cazului în care acesta comunică persoanei prejudiciate, în termen util, identitatea producătorului sau a persoanei care i-a furnizat produsul; conform prevederilor art. 3 pg. (3) din Directiva 85/374/CEE, aceleași norme privitoare la răspunderea civilă extra-contractuală se aplică pentru importatorul produsului (în sensul în care „orice furnizor este considerat drept producător”), în cazul unui produs importat, în cazul în care pe acesta (pe ambalajul acestuia, prospect, fișa tehnică, formularul de instrucțiuni, formularul de garanție comercială etc.) nu este indicată identitatea importatorului menționat în textul art. 3, alin. (2), chiar în situațiile în care identitatea producătorului poate fi stabilită prin ipoteză, însă acesta nu este situat în spațiul U.E., iar identitatea importatorului nu poate fi stabilită cu certitudine; în aceste ipoteze, orice furnizor al produselor către consumator va fi tratat ca „producător” și va putea figura ca pârât în acțiunea în stabilirea plății de despăgubiri către victima prejudiciului biologic/patrimonial.

Prin decizia CJUE din 21 decembrie 2011, în cauza C-495/10²⁷, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de

²⁶ După cum rezultă din prevederile art. 2, par. (1), pct. 5 din Legea nr. 240/2004, republicată, „dacă producătorul unui produs nu poate fi identificat, fiecare furnizor al produsului respectiv va fi tratat drept producător, dacă el nu comunică consumatorului prejudiciat, într-un interval de timp rezonabil, datele de identificare a producătorului sau a persoanei care i-a furnizat produsul; această dispoziție este valabilă și pentru un produs importat, în cazul în care produsul nu indică identitatea importatorului prevăzut la pct. 3 ori 4, chiar dacă este precizat numele producătorului.”

²⁷ Textul integral al deciziei CJUE în cauza C-495/10 este disponibil la adresa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Duttrueux&docid=117194&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1064703#ctx1>, accesată în 23.07.2022.

Conseil d'État (Franța), în procedura *Centre hospitalier universitaire de Besançon împotriva Thomas Dutrueux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*²⁸, s-a reținut că „răspunderea unui prestator de servicii care

²⁸ Elementele factuale în cauza C-495/10 *Dutrueux* au fost următoarele: Pacientul Dutrueux, în vârstă de 13 ani la data producerii prejudiciului corporal, a suferit arsuri în cursul unei intervenții chirurgicale efectuate la 3 octombrie 2000 la CHU din Besançon, aceste arsuri fiind cauzate de o saltea electrică pe care dl. Dutrueux a fost așezat în timpul intervenției chirurgicale și care prezenta defecțiuni la sistemul de reglare a temperaturii.

Prin hotărârea din 27 martie 2007, Tribunalul Administrativ din Besançon a obligat clinica de servicii medicale CHU din Besançon la repararea prejudiciilor astfel produse pacientului Dutrueux, prin plata către acesta din urmă a sumei de 9.000 € și către *Caisse primaire d'assurance maladie de Jura* a sumei de 5.974,99 €.

Întrucât apelul pe care l-a introdus împotriva acestei hotărâri Curtea Administrativă de Apel din Nancy a fost respins prin hotărârea din 26 februarie 2009, clinica pârâtă CHU din Besançon a introdus recurs la *Conseil d'État*. În susținerea recursului formulat, recurenta a arătat că, prin decizia Curții de Apel Nancy se încalcă prevederile Directivei 85/374, în special art. 13, prin faptul că se stabilește că această directivă nu împiedică aplicarea principiului jurisprudențial potrivit căruia clinica medicală răspunde, chiar și în absența unei culpe/fapte imputabile acestuia în calitate de prestator de servicii, pentru consecințele prejudiciabile pentru utilizatori ale funcționării defectuoase a echipamentelor sau a produselor utilizate în cadrul îngrijirilor acordate. Astfel, ar rezulta din directiva menționată, astfel cum a fost transpusă în dreptul intern francez, că, în măsura în care producătorul saltelei/păturii electrice poate fi identificat în mod corespunzător, precum în speță, acesta trebuie considerat singurul răspunzător.

Instanța de trimitere a considerat că soluția în litigiul cu care era sesizată ar depinde de împrejurarea dacă regimul de răspundere definit de Directiva 85/374 privește prejudiciile pe care utilizatorul unui produs cu defect le-a cauzat unui terț în cadrul unei prestări de servicii efectuate în beneficiul acestuia din urmă. În aceste condiții, *Conseil d'État* (Franța) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare: „(1) Având în vedere dispozițiile art. 13, Directiva 85/374 permite instituirea unui regim de răspundere întemeiat pe situația specială a pacienților instituțiilor publice de sănătate, în măsura în care acestora li se recunoaște, printre altele, dreptul de a obține din partea acestor

utilizează, în cadrul unei prestări de servicii, precum îngrijirile acordate în cadrul unui spital sau al unei clinici medicale, echipamente sau produse cu defect pe care nu le-a produs el însuși, în sensul dispozițiilor art. 3 din Directiva 85/374/CEE (...) și cauzează, prin aceasta, prejudicii beneficiarului prestației, nu intră în domeniul de aplicare al directivei menționate. Prin urmare, această directivă nu se opune ca un stat membru să instituie un regim, precum cel în discuție în acțiunea principală, care prevede răspunderea unui asemenea prestator pentru prejudiciile astfel cauzate, chiar în absența oricărei culpe imputabile acestuia, cu condiția totuși să i se garanteze persoanei prejudiciate și/sau prestatorului menționat posibilitatea de a pune în discuție răspunderea producătorului în temeiul directivei menționate atunci când condițiile prevăzute de aceasta sunt întrunite.” Rezultă, din decizia CJUE menționată, că, în principiu, în sfera personală de aplicare a prevederilor Directivei 85/374/CEE, în privința persoanelor responsabile pentru prejudiciile cauzate de defectele produselor, **nu sunt incluși prestatorii de servicii care utilizează** în activitățile specifice (utilizează, pentru prestarea serviciilor către consumatori) aparatură cu defecte de manufacturare ori de concepere ori alte dispozitive defectuoase procurate dinspre producători, importatori sau distribuitori, aceștia din urmă putând fi acționați în judecată de către victima prejudiciului, în temeiul dispozițiilor Directivei 85/374/CEE, pentru obținerea de despăgubiri, iar nu prestatorul serviciului *per se*. Cu toate acestea, astfel cum a reținut în cauza citată

instituții, chiar în absența unei culpe care să le fie imputabilă, repararea prejudiciilor cauzate de funcționarea defectuoasă a produselor și a echipamentelor pe care le utilizează, fără a aduce atingere posibilității instituției de a introduce o acțiune în garanție împotriva producătorului?
(2) Directiva 85/374 limitează posibilitatea statelor membre de a stabili răspunderea persoanelor care utilizează echipamente sau produse cu defect în cadrul unei prestări de servicii și care, procedând astfel, cauzează prejudicii beneficiarului prestației?”

completul CJUE, legislatorul național poate configura regimuri speciale de răspundere în raporturile B2C²⁹, care să fie aplicabile prestatorilor de servicii în relațiile cu consumatorii, fără însă ca astfel de regimuri să împrumute trăsăturile răspunderii speciale reglementate prin Directiva 85/374/CEE, întrucât reglementarea acestor specii de răspundere rămâne de resortul legislatorului național.

În privința erorilor de identificare a producătorului, s-a reținut în jurisprudența anterioară a CJUE, îndeosebi prin decizia CJUE din 2 decembrie 2009, pronunțată în cauza C-358/08³⁰, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de *House of Lords* (Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord), în procedura *Aventis Pasteur SA împotriva O.B.*, „Articolul 11 din Directiva 85/374/CEE a Consiliului din 25 iulie 1985 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre cu privire la răspunderea pentru produsele cu defect trebuie interpretat în sensul că se opune ca o legislație națională care autorizează înlocuirea unui pârât cu un altul în cursul unei proceduri judiciare să fie aplicată astfel încât să permită participarea, după expirarea termenului pe care îl stabilește, a unui „producător”, în sensul art. 3 din această directivă, în calitate de pârât la o procedură inițiată în acest termen împotriva unei alte persoane. Cu toate acestea, pe de o parte, art. 11 menționat trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca instanța națională să considere că, în cadrul procedurii judiciare inițiate, în termenul stabilit de acesta, împotriva filialei deținute 100 % de „producător”, în sensul

²⁹ Abreviere pentru relațiile *business to consumer*.

³⁰ Textul integral al deciziei CJUE în cauza *Aventis Pasteur* este disponibil la adresa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B85%252F374&docId=76602&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2130028#cx1>, accesată în 23.07.2022.

art. 3 alin. (1) din Directiva 85/374, **producătorul menționat poate să înlocuiască această filială** dacă această instanță constată că punerea în circulație a produsului respectiv a fost determinată în fapt de acest producător. - **(s.n., J.G.)** Pe de altă parte, art. 3 alin. (3) din Directiva 85/374 trebuie interpretat în sensul că, atunci când persoana prejudiciată de produsul despre care se pretinde că are defecte **nu ar fi putut în mod rezonabil să identifice producătorul acestui produs** înainte de a-și exercita drepturile împotriva furnizorului acestuia din urmă, **furnizorul menționat trebuie considerat ca fiind „producător”**, în special în scopul aplicării articolului 11 din directiva menționată, dacă nu a comunicat persoanei prejudiciate, din proprie inițiativă și în mod diligent, identitatea producătorului sau a propriului furnizor, ceea ce revine instanței naționale să verifice având în vedere împrejurările speței.” - **(s.n., J.G.)**.

Prin decizia C.J.U.E. pronunțată în 07 iulie 2022 în cauza C-264/21³¹, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea Supremă, din Finlanda, în procedura *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia împotriva Koninklijke Philips NV*, s-a reținut că noțiunea de „producător” la care se referă prevederile art. 3, alin. (1) din Directiva 85/374/CEE include persoana care „și-a aplicat numele, marca sau alt semn distinctiv pe produs sau care a autorizat această aplicare”, fără a fi necesar ca respectiva persoană să se prezinte și în alt mod ca producător în relația cu consumatorul final, pentru a fi considerată un „producător” în sensul art. 3, alin. (1) din Directiva

³¹ Textul integral al deciziei C.J.U.E. pronunțate în cauza C-264/21 poate fi consultat la adresa https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B85%252F374&docId=262430&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3475982#ctl_x1.

85/374/CEE, în contextul în care legiuitorul Uniunii a considerat că protecția consumatorului ar fi insuficientă dacă distribuitorul ar putea „trimite” consumatorul la producător, a cărui identitate s-ar putea să fie necunoscută consumatorului. După cum rezultă din considerentele 34-35 ale deciziei C.J.U.E. în cauza C-264/21, „prin aplicarea pe produsul în discuție a numelui său, a mărcii sale sau a unui alt semn distinctiv, persoana care se prezintă ca producător dă impresia că este implicată în procesul de producție sau că își asumă răspunderea pentru acesta. Prin urmare, utilizarea acestor mențiuni echivalează pentru persoana menționată cu utilizarea notorietății sale pentru a face produsul respectiv mai atractiv în percepția consumatorilor, ceea ce justifică, în schimb, ca răspunderea sa să poată fi angajată în temeiul acestei utilizări”; s-a reținut, astfel, în considerentele deciziei menționate, că „în măsura în care, pe de o parte, mai multe persoane pot fi considerate producători și, pe de altă parte, consumatorul poate introduce cererea sa împotriva oricăreia dintre acestea”, identificarea unei singure persoane răspunzătoare, împotriva căreia consumatorul să își îndrepte acțiunea nu este pertinentă; argumentul utilizat de completul C.J.U.E. pentru a reține această concluzie este acela că „răspunderea persoanei care se prezintă drept producător se află la același nivel cu cea a producătorului efectiv și consumatorul poate alege în mod liber să solicite repararea integrală a prejudiciului oricăruia dintre ei, întrucât răspunderea lor este solidară” (considerentul 32 al deciziei C.J.U.E. în cauza C-264/21).

C. Solidaritatea pasivă caracterială în materia răspunderii pentru carențele de securitate a produselor

Din analiza caracterelor juridice atribuite răspunderii speciale a producătorilor, importatorilor sau distribuitorilor pentru prejudiciile biologice/materiale cauzate consumatorilor rezultă că aceasta întruchipează un tip de răspundere civilă obiectivă, detașată de elementul culpei producătorului, fiind, totodată, o specie de răspundere extra-contractuală, neangajată în perimetrul unui delict civil (fără a fi, așadar, o veritabilă răspundere delictuală, care să depindă de probarea existenței faptei ilicite ori a unui delict civil și fără a necesita probarea culpei persoanei responsabile), după cum nu va fi antamată nici în perimetrul unor raporturi contractuale B2C între persoana responsabilă și victima prejudiciului biologic/material, victima prejudiciului putând fi și o persoană care a intrat în contact cu produsul ori l-a utilizat în absența unui raport contractual preexistent, precum membrii familiei contractantului direct ori chiar utilizatorii care au folosit produsul defect în regim non-contractual. Astfel, următoarele atribute ale acestui tip de răspundere pot fi evidențiate:

(a) răspunderea producătorilor, importatorilor sau, în subsidiar, a distribuitorilor pentru carențele de securitate rezultând din defectele de manufacturare *lato sensu* este o răspundere obiectivă, independentă de culpa producătorului; astfel, după cum rezultă expres din dispozițiile art. 4 din Directiva 85/374/CEE, condiția dovedirii culpei persoanei responsabile nu se numără printre cerințele probatorii a căror întrunire incumbă reclamantului consumator, întrucât „partea prejudiciată trebuie să facă proba prejudiciului, defectului și relației cauzale dintre defect și prejudiciu”;

(b) în al doilea rând, în discuție se află o categorie de răspundere extra-contractuală, pentru antamarea căreia existența unui contract între producător/importator și consumatorul prejudiciat este irelevantă; de altfel, de cele mai multe ori, în practică, între consumator și producătorul sau importatorul produsului defect nu s-a încheiat un contract, acordul de voințe eventual existent instalându-se între consumator și distribuitorul direct, distribuitor care, însă, relativ frecvent, nu dispune de un capital social la fel de amplu precum producătorul și, de altfel, nu a controlat procesul de producție, astfel încât este considerat responsabil pentru producerea pagubei doar în subsidiar, ca soluție de rezervă, în măsura în care nu poate fi stabilită identitatea producătorului/importatorului și beneficiind aproape invariabil de un drept de regres contra producătorului/importatorului produsului defect; necesitatea de-contractualizării³² acestei obligații de acoperire a

³² După cum rezultă din textul art. 9, alin. 1 din Legea nr. 240/2004, „aplicarea dispozițiilor prezentei legi nu exclude posibilitatea persoanei vătămate ori prejudiciate de a pretinde despăgubiri în temeiul răspunderii contractuale sau extracontractuale ori al altui regim special de răspundere, existent la data intrării în vigoare a prezentei legi”. Semnificativ în privința textului citat este faptul că, în absența unui regim special, răspunderea pentru produse defectuoase ar fi fost angajată fie pe teren contractual, dacă între victima prejudiciului și producător sau profesionistul asimilat lui exista un contract, fie pe teren delictual, în absența unui contract B2C. Un alt avantaj major al regimului răspunderii speciale, sub aspectul sferei subiective de aplicare, rezultă din ierarhizarea persoanelor responsabile, importatorul devenind răspunzător civil pentru acoperirea prejudiciului dacă producătorul nu se află situat pe teritoriul unui stat-membru U.E.; de pildă, dacă producătorul responsabil pentru defectele produsului lansat în circulație este situat în China, în Japonia sau în S.U.A., consumatorul lezat nu va fi nevoit să se judece în fața instanțelor de la sediul debitorului; consumatorul reclamant va evita, în aceste cazuri, angajarea unor eforturi financiare considerabile care ar fi fost necesitate de derularea litigiului în afara spațiului U.E., întrucât acțiunea sa va fi îndreptată, în acest caz, fie împotriva importatorului în U.E. (care, la rândul său, va avea un drept de regres în

prejudiciului suferit de consumatorul final s-a materializat în adoptarea, încă din anul 1985, a unui set armonizat de reguli aplicabile la nivelul U.E. în materia angajării răspunderii producătorilor/importatorilor pentru carențele de securitate a produselor;

(c) solidaritatea pasivă este caracterială pentru acest tip de răspundere civilă, fiind vizată o răspundere solidară în textul art. 5 din Directiva 85/374/CEE, din care rezultă, în acest context, că, în cazul în care se reține o pluralitate de raporturi juridice vizate de acțiunea în despăgubire introdusă de consumator, când două sau mai multe persoane sunt răspunzătoare pentru același prejudiciu fizic ori patrimonial cauzat consumatorului, răspunderea acestora va fi solidară, fără a aduce atingere, însă, dispozițiilor de drept intern cu privire la acțiunea în regres aflată la dispoziția unora dintre debitorii creanței în daune-interese contra altor participanți din amonte lanțului de producție/distribuție care au fost, în prima fază, ținuți în solidar la plata de despăgubiri față de consumatorul reclamant.

raporturile B2B cu producătorul ori cu distribuitorul regional), fie împotriva distribuitorului său direct, ca soluție de rezervă, în măsura în care importatorul nu poate fi identificat.

D. Clișeizată, însă recurentă: juxtapunerea peste regimurile de răspundere civilă preexistente

Răspunderea producătorilor, importatorilor sau, în subsidiar, a distribuitorilor pentru carențele de securitate rezultând din defectele de manufacturare *lato sensu* este o răspundere juxtapusă regimurilor de răspundere deja existente, indiferent că acestea din urmă sunt contractuale sau extra-contractuale, consumatorul putând în continuare să opteze pentru plasarea plângerii sale pe terenul „clasic” al răspunderii civile pentru culpă ori să angajeze răspunderea contractuală a profesionistului, inclusiv să se prevaleze de garanția pentru viciile ascunse ale bunului vândut, în măsura în care (în cazuri mai puțin frecvente) ar exista un raport contractual pe care să îl invoce ca sursă de drepturi și obligații; suplimentar acestei concluzii desprinse din prevederile art. 9 din Legea nr. 240/2004, respectiv din dispozițiile art. 13 din Directiva 85/374/CEE, ar trebui menționat că reglementarea unională a răspunderii producătorilor, importatorilor sau, în subsidiar, a distribuitorilor pentru carențele de securitate nu și-a propus din start să înlăture funcționalitatea acestor regimuri „clasice” de responsabilitate din dreptul intern, ci a ținut la conturarea unui regim special de responsabilitate care să funcționeze în paralel, „dublând” variantele deja consacrate în sistemele de drept național pentru angajarea răspunderii profesioniștilor în raporturile cu consumatorii. Desigur că necesitatea reglementării unui regim specific în materia prejudiciului biologic (inclusiv în versiunea daunelor morale și materiale acroșate acestui tip de prejudiciu, cel fizic, rezultat din lezarea integrității corporale, a sănătății ori a vieții consumatorului, în cazurile în care consumul produselor defectuoase s-a soldat cu decesul consumatorului) a fost generată de exigența ocrotirii consumatorului împotriva prejudiciului corporal, considerat a fi crucial ca

importanță, într-o ierarhie generală a prejudiciilor și a cărui acoperire, în sistemele naționale de drept, nu putea rămâne nereglementată prin norme armonizate la nivel unional³³.

Relevantă pentru problematica stabilirii domeniului de aplicare material al Directivei 85/374/CEE, în contextul prezervării unor regimuri speciale de răspundere preexistente, prin prisma admisibilității unui regim național de răspundere care permite consumatorului obținerea de informații de la producător cu privire la efectele secundare ale produselor farmaceutice, este decizia CJUE pronunțată în 20 noiembrie 2014 în cauza C-310/13, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată *Bundesgerichtshof* (Germania), în procedura *Novo Nordisk Pharma GmbH* împotriva S.³⁴ Prin intermediul întrebării formulate, instanța de trimitere a solicitat, în esență, să se stabilească dacă Directiva 85/374, în special art. 13 din aceasta, trebuie interpretată în sensul că se opune unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiul principal, care ar restrânge dreptul persoanei prejudiciate de a obține de la producătorul pârât informații cu privire la efectele secundare ale produsului în cauză, pentru a-i permite reclamantului consumator să grupeze probele necesare pentru angajarea răspunderii producătorului. Astfel, pârâtul din litigiu ar fi obligat de către instanța națională să înfățișeze elemente probatorii care l-ar incrimina, sub aspectul existenței unor defecte

³³ Directiva 85/374 se aplică tuturor produselor mobile, chiar dacă acestea sunt integrate într-un alt produs mobil și include, în mod special, energia electrică; de asemenea, introduce conceptul de **răspundere strictă** a producătorilor pentru defectele de manufacturare.

³⁴ Textul integral al deciziei CJUE pronunțate în 20 noiembrie 2014 în cauza C-310/13 este disponibil la adresa https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B85%252F374&docId=159824&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1056956#ct_x1, accesată în 23.07.2022.

ale produsului (în speță, defecte sub forma deficiențelor informative, prin omiterea inserării pe prospectul produsului farmaceutic a unor informații relevante ori decisive cu privire la efectele secundare cunoscute ale produsului medicamentos).

Pe primul versant al discuției, se cuvine subliniat, astfel cum reiese din cuprinsul art. 13 din Directiva 85/374, că aceste dispoziții la nivel unional nu aduc atingere drepturilor pe care persoana prejudiciată le poate exercita, îndeosebi măsurile antamate în baza unui regim special de răspundere existent la data notificării acestei directive. Instanța de trimitere solicita completului CJUE să aprecieze dacă Directiva 85/374 nu se opune unei reglementări naționale care, în cadrul unui asemenea regim special, astfel cum a fost modificat ulterior datei notificării acestei directive statului-membru în cauză, prevedea dreptul consumatorului de a obține informații cu privire la efectele secundare ale unui produs, solicitând instanței naționale să emită un ordin prin care să oblige producătorul pârât³⁵ să furnizeze astfel de informații cu privire la efectele secundare depistate în legătură cu administrarea unui produs farmaceutic.

³⁵ Un alt exemplu sugestiv este furnizat în Raportul de evaluare din 2018 al Comisiei Europene în legătură cu eficacitatea sistemului reparator instituit prin dispozițiile Directivei 85/374, disponibil la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=EN>, accesat în 23.07.2022: „În timp ce conduce o mașină, o persoană trebuie să evite un obstacol neașteptat. Părăsește carosabilul, iar vehiculul începe să se zdruncine puternic. Sensorii airbag-ului au detectat un accident și s-au activat. Unul dintre airbag-urile laterale a lovit șoferul în regiunea gâtului, a comprimat artera carotidă și vena jugulară și a provocat un accident vascular cerebral. Instanțele de judecată au încercat să determine dacă producătorul a calculat în mod corect riscul unei funcționări defectuoase a senzorilor.”

În această privință se impune, astfel, să se reamintească faptul că, potrivit unei jurisprudențe constante a CJUE, Directiva 85/374 urmărește, cu privire la aspectele pe care le reglementează, o armonizare totală a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre în materia răspunderii producătorilor/importatorilor pentru prejudiciul corporal/patrimonial generat de defectele produselor (Hotărârea CJUE în cauza *Dutruieux și Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, C-495/10). Pe celălalt versant al discuției, în schimb, după cum reiese din considerentele directivei, Directiva menționată „nu are vocația de a armoniza în mod exhaustiv domeniul răspunderii pentru produsele cu defect în afara aspectelor pe care le reglementează” (Hotărârea CJUE în cauza *Dutruieux și Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, pct. 21), nefiind reglementat, de pildă, la nivel unional, regimul răspunderii prestatorilor de servicii care utilizează în activitățile specifice, pentru prestarea serviciilor către consumatori, aparatură cu defecte de manufacturare ori de concepere ori alte dispozitive defectuoase procurate dinspre producătorii, importatorii sau distribuitorii de echipamente a căror răspundere este reglementată de Directiva 85/374/CEE.

În ceea ce privește dreptul consumatorului de a obține informații cu privire la efectele secundare ale unui produs farmaceutic, s-a învederat în considerentele hotărârii CJUE în cauza C-310/13, în procedura *Novo Nordisk Pharma GmbH împotriva S.*, că nici acest drept și nici întinderea informațiilor pe care consumatorul le-ar putea pretinde de la fabricantul acestui produs nu fac, ca atare, obiectul dispozițiilor Directivei 85/374. Pe de altă parte, în ceea ce privește împrejurarea că, în conformitate cu prevederile art. 4 din directiva menționată, îi revine părții prejudiciate sarcina de a face proba prejudiciului, a defectului și a relației cauzale dintre defect și prejudiciu, s-a reținut că „se impune să se verifice dacă existența în cadrul reglementării unui stat

membru a unui drept de a obține informații nu este de natură să afecteze repartizarea sarcinii probei, astfel cum este prevăzută la acest articol de legiuitorul Uniunii”.

S-a remarcat, în această privință, de către instanța de trimitere în cauza C-310/13, că este necesar să se constate dacă „o reglementare națională care prevede dreptul persoanei prejudiciate de a obține informații cu privire la efectele secundare ale produsului în cauză o poate ajuta pe aceasta să aducă probele necesare pentru a-i permite să angajeze răspunderea producătorului”, verificându-se în ce măsură o astfel de reglementare națională nu este de natură **să determine o răsturnare a sarcinii probei care revine părții prejudiciate** și dacă modifică sau nu condițiile de exonerare a producătorului, prevăzute în art. 7 din Directiva 85/374.

În contextul astfel descris, completul CJUE a reținut, prin hotărârea pronunțată în 20 noiembrie 2014 în cauza C-310/13 că „dreptul consumatorului de a pretinde fabricantului unui produs informații cu privire la efectele secundare ale acestui produs nu se încadrează în aspectele pe care le reglementează Directiva 85/374 și că, prin urmare, nu intră în domeniul de aplicare al acesteia”, dar că, pe de altă parte, „o reglementare națională care instituie un astfel de drept nu este de natură să aducă atingere nici efectivității regimului răspunderii prevăzut de Directiva 85/374, nici obiectivelor urmărite de legiuitorul Uniunii prin intermediul acestui din urmă regim”.³⁶ În esență, completul CJUE a reținut, în cauza C-310/13 că, principal, pârâtul din litigiu ar putea fi obligat de către instanța națională să înfățișeze elemente

³⁶ A se vedea, în acest sens, Hotărârea CJUE în cauza *Dutruieux și Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, EU:C:2011:869, pct. 29, disponibilă la adresa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Dutruieux&docid=117194&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1064703#ctx1>, cit. supra, accesată în 23.07.2022.

probatorii care l-ar incrimina, sub aspectul existenței unor defecte ale produsului (în speță, defecte sub forma deficiențelor informative, prin omiterea inserării pe prospectul produsului farmaceutic a unor informații relevante ori decisive cu privire la efectele secundare cunoscute ale produsului medicamentos), întrucât o reglementare națională precum cea în discuție în cauza principală nu pune în discuție efectivitatea regimului prevăzut de Directiva 85/374 și nici obiectivele urmărite de aceasta. În acest sens, după cum s-a arătat în concluziile Avocatului general (la punctul 46 din concluzii³⁷), o astfel de reglementare națională, sub aspect probator ori sub aspectul regimului probelor administrate, „nu tinde decât să acopere dezechilibrul semnificativ care există între fabricantul produsului în cauză și consumator, în detrimentul acestuia din urmă, în ceea ce privește accesul la informația referitoare la acest produs și nu modifică nici natura și nici elementele esențiale ale regimului de răspundere a producătorului instituit prin Directiva 85/374”³⁸.

³⁷ Textul integral al Concluziilor Avocatului General al Curții în cauza C-310/13 este disponibil la adresa

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B85%252F374&docid=153522&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1056956#cx1>, accesată în 23.07.2022.

³⁸ Conform dispozitivului hotărârii CJUE în cauza C-310/13, „Directiva 85/374/CEE a Consiliului din 25 iulie 1985 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre cu privire la răspunderea pentru produsele cu defect, astfel cum a fost modificată prin Directiva 1999/34/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 10 mai 1999, trebuie interpretată în sensul că nu se opune unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiul principal, de stabilire a unui regim special de răspundere în sensul articolului 13 din această directivă, care prevede, în urma modificării acestei reglementări intervenite ulterior datei notificării acestei directive statului membru în cauză, dreptul consumatorului de

E. Prejudiciul material autonom vs. prejudiciul material derivat (cauzat de defectul produsului)

Componentele prejudiciului inclus în sfera materială de aplicare a răspunderii speciale pentru carențele de securitate a produselor poate fi decelat pe trei paliere: prejudiciul biologic sau fizic cauzat consumatorului, daunele morale acroșate de acest tip de situații și, nu în ultimul rând prejudiciul patrimonial ori material rezultat fie din distrugerea altor bunuri din patrimoniul consumatorului, altele decât produsul cu defecte (**prejudiciul material autonom**), fie din cheltuielile medicale atașate prejudiciului fizic (**prejudiciul material derivat**). Sunt, astfel, incluse în categoria prejudiciilor imputabile producătorului/importatorului produsului defectuos: (a) prejudiciul fizic (biologic) suportat de consumatorul produsului, constând în decesul, vătămarea corporală/a sănătății consumatorului; (b) prejudiciul moral, daunele-interese alocate pentru suferința psihică a victimei/familiei acesteia; (c) prejudiciul economic/patrimonial, atât cel autonom/direct, constând în cheltuieli ocazionate de incident (de exemplu, cheltuielile de spitalizare, tratament, intervenții chirurgicale, intervenții de recuperare etc.), cât și prejudiciul material indirect/derivat, constând în distrugerea altui bun decât cel cu defect³⁹, în măsura în care întrunește un set de condiție: să aibă o valoare de

a pretinde de la fabricantul medicamentului informații cu privire la efectele secundare ale acestui produs”.

³⁹ Pentru remedii acroșate distrugerii/deteriorării a însuși produsului cu defecte, consumatorul va putea antama garanția pentru conformitate.

peste 500 €⁴⁰ și să existe un uz personal (iar nu profesional) predominant (preponderent) al bunului⁴¹.

Se cuvine remarcat, cu toate acestea, că din jurisprudența anterioară a CJUE rezultă că pot fi acoperite inclusiv prejudiciile cauzate prin distrugerea unor bunuri destinate uzului profesional (soluție antagonică celei aplicabile în materia garanției de conformitate a produsului); prin decizia CJUE pronunțată în 4 iunie 2009 în cauza C-285/08⁴², având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulate de Curtea de Casație (Franța), în procedura *Moteurs Leroy Somer împotriva Dalkia France și Ace Europe*, s-a reținut că „Directiva 85/374/CEE a Consiliului din 25 iulie 1985 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre cu privire la răspunderea pentru produsele cu defect trebuie interpretată în sensul că nu se opune interpretării unei reglementări naționale sau aplicării unei jurisprudențe interne consacrate potrivit cărora persoana prejudiciată poate solicita repararea prejudiciului cauzat unui bun destinat

⁴⁰ Actualizarea acestei valori-prag minimale este vizată, în principiu, în proiectele de adaptare a dispozițiilor Directivei 85/374/CEE.

⁴¹ Din textul art. 9 din Directiva 85/374/CEE rezultă că: „(1) În sensul articolului 1, „prejudiciu” reprezintă:

(a) prejudiciul cauzat prin deces sau leziuni corporale;

(b) prejudiciul sau distrugerea oricărui bun, altul decât produsul cu defecte, cu un prag minim de 500 €, cu condiția ca bunul: (i) să fie în mod normal destinat utilizării sau consumului privat și (ii) să fie utilizat de persoana prejudiciată mai ales pentru uz propriu sau pentru consum privat.

(2) Prezentul articol nu aduce atingere dispozițiilor de drept intern privind daunele morale”.

⁴² Textul integral al deciziei CJUE în cauza C-285/08 este disponibil la adresa https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B85%252F374&docId=74809&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2130161#ct_x1, accesată în 23.07.2022. Pentru detalii, a se vedea Anexa 3.

uzului profesional și utilizat în acest scop, în condițiile în care această persoană prejudiciată face numai dovada prejudiciului, a defectului produsului și a legăturii de cauzalitate dintre acest defect și prejudiciu.”, fiind așadar, necesară, doar întrunirea celorlalte condiții elementare ale acestui tip de răspundere (condiția dovedirii prejudiciului, a defectului produsului și a legăturii de cauzalitate dintre acestea), iar nu și exigența scopului extra-profesional al utilizării bunului afectat (cel puțin în sensul în care acesta din urmă nu funcționează ca un criteriu decisiv ori dirimant în admiterea/respingerea acțiunii în despăgubiri).

III. Premisele angajării răspunderii speciale a producătorilor/importatorilor și contrastul instalat prin raportare la versiunile răspunderii subiective

A. Taxonomia defectelor acoperite de sfera materială: defecte de manufacturare vs. defecte de concepere și deficiențele informative

Tripticul categoriilor de defecte care sunt acoperite de sfera materială de aplicare a răspunderii speciale a producătorilor/importatorilor, după cum am menționat în paragrafele precedente, poate fi decelat pe următoarele paliere:

(i) răspunderea specială obiectivă acoperă defectele de manufacturare propriu-zise, ca defecte datorate unei erori umane/IA sau culpe apărute în lanțul de producție (eroare umană/inteligență artificială, algoritmi, defecțiuni ale instalației industriale/aparaturii ș.a.), în raport cu bunurile fabricate în mod obișnuit conform intenției producătorului;

(ii) sunt, de asemenea, acoperite de acest tip de răspundere extracontractuală defecte de concepere (*design*), încorporând mod defectuos/exagerat de riscant în raport cu beneficiile, în care a fost conceput produsul respectiv;

(iii) nu în ultimul rând, chiar și în absența unor deficiențe din primele două categorii, simplele deficiențe de informare, constând în informarea incompletă, inadecvată, neclară ori eronată a consumatorului pe ambalajul produsului/cartea tehnică/manualul de instrucțiuni/prospect/eticheta produsului ș.a.

Exigențele substanțiale și probatorii care condiționează admisibilitatea acțiunii consumatorului în despăgubiri sunt prevăzute în

textul art. 6 din Legea nr. 240/2004, referindu-se la existența prejudiciului, a defectului produsului și a raportului de cauzalitate între defectul de manufacturare *lato sensu* și prejudiciul fizic/patrimonial înregistrat de consumator, fiecare dintre aceste trei condiții meritând o abordare distinctă, cu remarca, deja enunțată în secțiunile precedente, că cerința culpei nu se numără printre condițiile de angajare a răspunderii producătorilor/importatorilor produselor cu defecte:

(a) existența unui prejudiciu; alături de prejudiciile materiale, sunt reținute și prejudiciile biologice care vor fi transpuse într-un echivalent pecuniar de către instanța de judecată; art. 2 alin. (1) lit. c) pct. 1 din Legea nr. 240/2004 prevede că prejudiciul biologic (fizic) cauzat consumatorului poate să constea în decesul sau vătămarea integrității corporale sau a sănătății uneia sau mai multor persoane; evident că, în ipoteza în care prejudiciul cauzat este un prejudiciu corporal, indemnizarea acestuia este dificilă, prin prisma contururilor sale incerte ori chiar fluctuante în timp (natura evolutivă a creanței valorice avându-l ca titular pe consumator va implica o evaluare a pagubei la momentul pronunțării hotărârii instanței). Generic, acest tip de prejudiciu poate fi disjuns pe două paliere, considerându-se, de regulă, că acesta se compune din: (i) prejudiciul corporal economic (care include cheltuielile medicale și pierderea veniturilor din muncă) și (ii) prejudiciul corporal non-economic (implicând prejudiciul de agrement, prejudiciul generat de suferința fizică și psihică a victimei/membrilor familiei acesteia etc.). Menționăm că, în ceea ce privește daunele morale, textele specifice legislației consumeriste nu cuprind reglementări speciale, astfel încât, într-un raționament deductiv, se poate reține că devin incidente normele dreptului

comun în materie, „încapsulate” ori incluse, de această dată, în sfera prejudiciului corporal suferit de consumatorul reclamant⁴³;

(b) cea de a doua exigență se referă la existența unui defect din fabricație al produsului, care pune în pericol siguranța consumatorului și/sau a bunurilor sale (altele decât produsul defectuos). După cum s-a evidențiat în literatura de specialitate⁴⁴, într-o abordare comparativă care trasează liniile de demarcație prin raportare la noțiunea de „vicii ascunse” ale bunului din dreptul comun, noțiunea de „defect” înglobează, în perimetrul răspunderii speciale reglementare prin Directiva 85/374/CEE: atât (i) defectuoșitatea intrinsecă a produsului, rezultată, după caz, fie dintr-o sincopă în procedeele de manufacturare, fie din utilizarea în procesul de fabricație a unor parametri de concepere excesiv de riscanți, prin raportare la beneficiile produsului, fie din deficiențele la nivelul informării adecvate și complete a consumatorilor, cât și, pe celălalt versant, (ii) periculoșitatea anormală a produsului pus în circulație, rezultată din aceea că nu satisface standardele de siguranță care corespund așteptărilor legitime ale consumatorului final, prin raportare la caracteristicile tipice ale produsului.

⁴³ Conform prevederilor art. 16, par. (1) din Directiva 85/374/CEE, „fiecare stat membru poate stabili că răspunderea totală a producătorului pentru prejudiciile constând în deces sau leziuni corporale, provocate de produse identice care au același defect, se limitează la o sumă care nu poate fi mai mică de 70.000.000 €”. Prin urmare, îndeosebi în cazul prejudiciilor colective, legislatorul național poate plafona cuantumul despăgubirilor la care ar putea fi condamnat producătorul/importatorul produsului defect, pornind de la pragul de 70.000.000 € și fără a putea coborî sub acest prag minimal (legislatorul național putând prevedea un prag maximal superior plafonului de 70.000.000 €).

⁴⁴ A se vedea Jérôme JULIEN, „*Droit de la consommation*”, 3^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 2019, pp. 511-512.

(c) în fine, cea de a treia condiție, referitoare la nexul causal ori la raportul de cauzalitate dintre prejudiciul înregistrat în patrimoniul consumatorului și existența defectului de manufacturare *lato sensu* este o exigență care, de cele mai multe ori, impune consumatorului o probă dificilă, în pofida faptului că legiuitorul simplifică parțial sarcina probei în privința dovedirii anteriorității defectului lucrului; probarea nexului causal rămâne dificilă, întrucât dispozițiile legale amintite nu îl scutesc pe reclamantul consumator de cerința probării faptului că prejudiciul a fost generat de defectul produsului sau, altfel spus, că la originea producerii prejudiciului s-a aflat consumul produsului defectuos, legiuitorul european, la fel ca și cel național, neinstituind o prezumție de cauzalitate care să fie operabilă în perimetrul răspunderii speciale pentru carențele de securitate a produselor; prin urmare, în situații de acest gen, prin prisma sarcinii probei, în materia stabilirii nexului causal, se revine la dispozițiile dreptului comun, îndeosebi din perspectiva utilizării prezumțiilor judecătorești relative (simple).

B. Sinonimia contestată a raportului de cauzalitate și a certitudinilor științifice în materia cauzalității

În cauzele referitoare la răspunderea pentru securitatea produselor⁴⁵, s-a ridicat problema de a ști în ce măsură certitudinile științifice privitoare la riscurile consumului (în special, în perimetrul produselor farmaceutice, al suplimentelor alimentare etc.) sunt sau nu indispensabile pentru reținerea de către instanțele naționale a raportului de cauzalitate între existența defectului din fabricație și prejudiciul fizic cauzat consumatorului. Problematika identificată în acest tip de cauze a fost centrată pe interogația dacă instanțele naționale ar putea sau nu reține răspunderea specială a producătorului pentru prejudiciile cauzate de defectele de manufacturare (ca defecte de concepere, carențe informaționale ori, după caz defecte de fabricație în sens restrâns) dacă, din probatoriul administrat, din expertizele tehnice antamate etc. nu rezultă cu certitudine că la origine producerii prejudiciului s-a aflat consumul

⁴⁵ Sunt relevante, în acest context, Considerentele Directivei 85/374, îndeosebi cele care au următorul cuprins: „întrucât, pentru a proteja bunăstarea fizică și bunurile consumatorului, caracterul defectuos al unui produs nu ar trebui determinat pe baza necorespunderii produsului pentru utilizare, ci pe baza lipsei de siguranță la care consumatorul se poate aștepta; întrucât siguranța este evaluată excluzând orice utilizare greșită a produsului care în aceste circumstanțe ar fi irațională; întrucât o repartizare justă a riscurilor între persoana prejudiciată și producător presupune ca acesta din urmă să fie absolvit de răspundere în cazul în care poate dovedi existența unor împrejurări de exonerare; (...) întrucât protecția consumatorului impune despăgubirea în caz de deces și leziuni corporale, precum și despăgubirea pentru daunele materiale; întrucât, cu toate acestea, această despăgubire trebuie limitată la obiectele de uz privat sau destinate consumului privat și trebuie supusă deducerii unui prag minim în sumă fixă, pentru a evita un număr excesiv de litigii; întrucât prezenta directivă nu aduce atingere despăgubirii prin *pretium doloris* și a altor daune morale prevăzute de lege care se aplică de la caz la caz”.

produsului defect, însă există totuși reperi probatorii în acest sens (chiar dacă din acestea nu se pot desprinde certitudini), astfel încât, în respectivele spețe, sub aspect probator, ar predomina elementele care incriminează defectul produsului ca având potențialul de a genera acel tip de prejudiciu biologic invocat de reclamant.

Prin decizia CJUE pronunțată în 21 iunie 2017, în cauza C-621/15⁴⁶, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Casație din Franța⁴⁷ (cauza *Sanofi Pasteur*), s-a reținut că „Articolul 4 din Directiva 85/374/CEE a Consiliului din 25 iulie 1985 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre cu privire la răspunderea pentru produsele cu defect trebuie interpretat în sensul că nu se opune unui regim probatoriu național precum cel în discuție în litigiul principal, în temeiul căruia, atunci când instanța de fond este sesizată cu o acțiune prin care se solicită stabilirea răspunderii producătorului unui vaccin pentru un pretins defect al acestuia din urmă, aceasta poate considera, în exercitarea puterii de apreciere cu care este investită în această privință, că, în pofida constatării că cercetarea medicală nu stabilește și nici nu infirmă existența unei legături între administrarea vaccinului și apariția bolii de care este afectată persoana prejudiciată, anumite elemente de fapt invocate de reclamant constituie indicii grave, precise și concordante care permit să se concluzioneze că există un defect al vaccinului și o legătură de cauzalitate între acest defect și boala respectivă. Cu toate acestea, instanțele naționale trebuie să garanteze că aplicarea concretă a regimului probatoriu menționat nu

⁴⁶ Textul integral al deciziei CJUE pronunțate în cauza *Sanofi Pasteur* din 2017 poate fi consultat la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0621&from=RO>, accesată în 23.07.2022.

⁴⁷ A se vedea Anexa 4.

conduce nici la încălcarea sarcinii probei instituite prin articolul 4 menționat, nici la afectarea efectivității regimului răspunderii instituit prin această directivă”. Paragraful secund al dispozitivului hotărârii citate reține că: „Articolul 4 din Directiva 85/374 trebuie interpretat în sensul că se opune unui regim probatoriu întemeiat pe prezumții potrivit căruia, atunci când cercetarea medicală nu stabilește și nici nu infirmă existența unei legături între administrarea vaccinului și apariția bolii de care este afectată persoana prejudiciată, existența unei legături de cauzalitate între defectul atribuit unui vaccin și prejudiciul suferit de persoana prejudiciată ar fi considerată întotdeauna stabilită atunci când sunt reunite anumite indicii de fapt predeterminate de cauzalitate.”

Din economia aserțiunilor regăsite în dispozitivul hotărârii menționate⁴⁸, rezultă următoarele repere care devin caracteriale pentru rezolvarea acestui tip de situații: (a) atunci când cercetarea medicală nu stabilește și nici nu infirmă existența unei legături de cauzalitate între administrarea produsului medicamentos/farmaceutic și apariția patologiei de care este afectată persoana prejudiciată, este permisă utilizarea unor prezumții judecătorești relative (care să admită proba contrară) fondate pe

⁴⁸ Prin intermediul primei întrebări, instanța franceză de trimitere în cauza C-621/15 solicitase, în esență, să se stabilească dacă art. 4 din Directiva 85/374 trebuie interpretat în sensul că se opune unui regim probatoriu național în temeiul căruia, atunci când instanța de fond este sesizată cu o acțiune prin care se solicită stabilirea răspunderii producătorului unui vaccin pentru un pretins defect al acestuia din urmă, aceasta poate considera, în exercitarea puterii de apreciere cu care este investită în această privință, că, **în pofida constatării că cercetarea medicală nu stabilește și nici nu infirmă existența unei legături** între administrarea vaccinului în cauză și apariția bolii de care este afectată persoana prejudiciată, anumite elemente de fapt invocate de reclamant **constituie indicii grave, precise și concordante** care permit să se concluzioneze că există un defect al vaccinului și o legătură de cauzalitate între acest defect și boala respectivă.

„indicii grave, precise și concordante” care permit să se concluzioneze că există un defect al produsului farmaceutic și o legătură de cauzalitate între acest defect și patologia semnalată de consumatorul prejudiciat; (b) aceste prezumții judecătorești simple nu trebuie absolutizate, întrucât „instanțele naționale trebuie să garanteze că aplicarea concretă a regimului probatoriu menționat nu conduce nici la încălcarea sarcinii probei instituite prin art. 4” din Directiva 85/374, nici la „afectarea efectivității regimului răspunderii instituit prin această directivă”; (c) menținerea procedeeleor de demonstrare a legăturii de cauzalitate dintre prejudiciul fizic înregistrat și defectul produsului farmaceutic transpare din cuprinsul hotărârii CJUE în cauza Sanofi Pasteur C-621/15, care menține jurisprudența CJUE în vigoare conform căreia legătura de cauzalitate juridică nu depinde (nu este condiționată) de certitudinile științifice rezultate din expertizele tehnice administrate, ci, mai degrabă, de anumite prezumții de fapt evaluate de la caz la caz⁴⁹; (d) în perimetrul răspunderii pentru produsele defecte, sunt menținute exigențele probatorii privitoare la dovada defectului de manufacturare, a existenței și întinderii prejudiciului și a unei legături de cauzalitate între prejudiciu și produsul defect (cerință generală cuprinsă în art. 4 din Directiva 85/374). Dacă dovada prejudiciului este facil de administrat, situația este diferită în ceea ce privește celelalte două condiții, întrucât, în mod concret, legătura de cauzalitate ori nexul causal se referă la cerința existenței unei legături de tipul cauză - efect între prejudiciul pentru care victima solicită despăgubiri și evenimentul prejudiciabil care atrage

⁴⁹ N. LAHNANE, „*La CJUE tranche la question: admission de la preuve par présomption du défaut du vaccin et de son lien avec la maladie*”, disponibil la adresa <https://www.village-justice.com/articles/cjue-tranche-question-admission-preuve-par-presomption-defaut-vaccin-son-lien,26650.html>, postat în 05.12.2017, accesat în 23.07.2022.

răspunderea civilă a producătorului/importatorului. Întrucât noțiunea de „cauzalitate” nu este definită în Codul civil, rămâne la latitudinea instanței naționale să stabilească diferențele caracteristici care permit reținerea acesteia, pe două coordonate indispensabile: cauzalitatea trebuie să fie atât directă, cât și sigură. Lipsa certitudinii sau, cu alte cuvinte, prezența unui dubiu cu privire la raportul cauză-efect, implică, pentru judecătorul național, obligația (în virtutea rolului activ al instanței) de a se asigura că exclude orice legătură de cauzalitate⁵⁰ (între produsul defect și prejudiciu, în regimul special al răspunderii pentru defectele produselor). Sintagma **„prezumții relative în contextul unor indicii grave, persistente și concordante”** merită reținută, întrucât completul CJUE a accentuat în cuprinsul hotărârii pronunțate în cauza C-621/15 că nu orice fel de indicii ori suspiciuni pe care le-ar avea judecătorul național justifică prezumarea raportului de cauzalitate între prejudiciul fizic înregistrat și defectul produsului farmaceutic, ci doar indiciile (iar nu certitudinile) științifice suficient de consistente și care prezintă un grad intrinsec de gravitate ar putea justifica prezumarea raportului de cauzalitate, într-un context, desigur, în care nici victima prejudiciului, nici producătorul pârât nu au putut proba prin certitudini științifice absența ori, dimpotrivă, existența nexului causal între defectul produsului și prejudiciul biologic declanșat.

Incertitudinile științifice care acompaniază, în astfel de ipoteze, stabilirea nexului causal între defectul produsului și prejudiciul semnalat de

⁵⁰ În domeniul industriei farmaceutice, unde reperele privind sistemul probatoriu pentru angajarea responsabilității producătorilor a evoluat, tocmai certitudinea cauzalității ridică probleme aparent insurmontabile, adesea din cauza penuriei de dovezi științifice privind existența nexului causal între patologia prezentată de pacient posterior consumului produsului farmaceutic cu defecte (de manufacturare, de concepere ori sub forma carențelor/omisiunilor informaționale) și tratamentul medicamentos administrat consumatorului.

consumator, drept condiție indispensabilă a angajării răspunderii civile nu trebuie să „se rostogolească” înspre înlăturarea completă a necesității dovedirii de către victima prejudiciului a elementelor răspunderii, de unde și controversalele juridice care decurg din conturarea acestei „metode speciale” de evaluare a răspunderii speciale constând în utilizarea unor prezumții judecătorești relative de cauzalitate. Deși este neîndoielnic faptul că o astfel de metodă de evaluare a întrunirii condițiilor răspunderii civile este concepută în favoarea victimelor, care nu au avut vreun control asupra procesului de producție, probatoriul fiind dificil de „recompus” în aval, posterior punerii în circulație a lotului de produse incriminat, rămân de semnalat unele preocupări de coerență tehnico-juridică. S-a susținut⁵¹ că o astfel de soluție prezintă dezavantajul de a prezerva o marjă vastă de apreciere judecătorului, care poate decide dacă există sau nu o legătură de cauzalitate între defectul produsului și prejudiciul semnalat pornind de la circumstanțe factuale adesea foarte puțin comparabile. Cel mai probabil, ar fi acceptabilă, de exemplu, prezumarea (relativă) a existenței unei legături de cauzalitate pornind de la o pluralitate abundentă de indicii și, în special, a unui interval relativ scurt de timp scurs între momentul administrării produsului farmaceutic și momentul declanșării patologiei semnalate de consumator (de pildă, un interval de câteva ore sau de câteva zile între administrarea produsului farmaceutic și debutul manifestării reacțiilor adverse ori al altor patologii conexe).

⁵¹ N. LAHNANE, „*La CJUE tranche la question: admission de la preuve par présomption (...)*”, *loc. cit. supra*.

C. Limite temporale în exercitarea dreptului la acțiune în materia răspunderii speciale

Decelarea termenelor de prescripție și de decădere în materia răspunderii producătorilor pentru defectele produselor este indispensabilă pentru admisibilitatea angajării acestui tip de răspundere, fiind incidente:

(a) termenul legal de garanție de securitate, de 10 ani de la data punerii în circulație a produsului (după această dată, producătorul nu mai poate fi tras la răspundere, considerându-se că intervine uzura fizică/morală a produsului;

(b) termenul de prescripție a dreptului la acțiune în despăgubiri, care, fiind vorba despre un drept de creanță, este de 3 ani de la data întrunirii condițiilor de introducere a acțiunii (cunoașterea prejudiciului și a persoanei responsabile), cu precizarea că, prin excepție de la prevederile dreptului comun, acest termen se calculează în interiorul termenului de garanție de 10 ani⁵².

Răspunderea civilă specială pentru produsele defectuoase este supusă, prin urmare, unei duble condiții temporale: (i) pe de o parte, aceasta se stinge

⁵² Potrivit dispozițiilor art. 10 din Directiva 85/374/CEE, „(1) Statele membre prevăd în legislația lor ca acțiunea în despăgubiri prevăzută de prezenta directivă să se prescrie după trei ani. Prescripția începe să curgă de la data la care reclamantul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască prejudiciul, defectul sau identitatea producătorului. (2) Prezenta directivă nu aduce atingere legislației statelor membre care reglementează suspendarea sau întreruperea prescripției.” De asemenea, este relevant textul art. 11 din Directiva 85/374/CEE, conform căruia „Statele membre prevăd în legislația lor că drepturile conferite persoanei prejudiciate în temeiul prezentei directive se sting la expirarea unui termen de zece ani de la data la care producătorul a pus în circulație produsul care a provocat prejudicii, cu excepția cazului în care persoana prejudiciată a inițiat, în această perioadă, o procedură judiciară împotriva producătorului.”

la scurgerea unui termen de 10 ani de la data punerii produsului în circulație; (ii) pe de altă parte, acțiunea în reparație se prescrie într-un termen de 3 ani de la data la care victima a luat sau ar fi putut lua la cunoștință despre existența pagubei, a defectului și a identității producătorului/importatorului ori a altei persoane responsabile (distribuitorul produsului)⁵³.

⁵³ Stingerea dreptului material la acțiune după împlinirea celor 10 ani (de garanție legală imperativă de securitate) face ca orice cerere de chemare în judecată introdusă pe acest temei să fie respinsă, fiind indiferent dacă acțiunea este formulată în termenul de prescripție de 3 ani reglementat prin art. 11. Menționăm că acest termen de prescripție (pentru pregătirea introducerii cererii de chemare în judecată) începe să curgă de la data la care reclamantul a avut sau ar fi trebuit să aibă cunoștință despre existența pagubei (prejudiciul corporal/material), a defectului, precum și a identității producătorului, importatorului ori, în ultimă instanță, a distribuitorului (identitatea persoanei responsabile).

D. O aporie nedemodată: angajarea răspunderii speciale a producătorilor pentru defecte potențiale a căror manifestare nu s-a declanșat

Pe un alt palier al discuției, în practica judiciară au fost formulate interogații legate de constatarea de către instanțele naționale a defectelor potențiale (încă nemanifestate) ale produselor puse în circulație, ca temei al angajării răspunderii speciale a producătorului/importatorului, în contextul în care dispozițiile Directivei 85/374/CEE sunt sibilinică în această privință. Printre puținele repere jurisprudențiale relevante în acest sens se numără decizia CJUE pronunțată în 5 martie 2015, în cauzele conexe C-503/13 și C-504/13⁵⁴, având ca obiect cereri de decizie preliminară formulate în temeiul articolului 267 TFU de *Bundesgerichtshof* (Germania), în procedurile *Boston Scientific Medizintechnik GmbH* împotriva *AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse* (C-503/13), *Betriebskrankenkasse RWE* (C-504/13), în care s-a reținut că „(1) Art. 6, alin. (1) din Directiva 85/374/CEE (...) trebuie interpretat în sensul că o constatare a unui potențial defect al produselor care aparțin aceluiași grup sau aceleiași serii de producție, cum sunt stimulatoarele cardiace și defibrilatoarele automate implantabile, permite calificarea unui asemenea produs drept produs cu defecte, fără a fi necesară constatarea defectului la produsul respectiv. (2) Art. 1 și art. 9, par. 1, lit. (a) din Directiva 85/374 trebuie interpretate în sensul că prejudiciul cauzat printr-o intervenție chirurgicală de înlocuire a unui produs cu defecte, respectiv un

⁵⁴ Textul integral al deciziei CJUE din 05.03.2015 în cauzele conexe C-503/13 și C-504/13 poate fi consultat la adresa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=dispozitive%2Bmedicale%2Bimplantate%2Bcardiac&docid=162686&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=953728#ctx1>, accesat în 23.07.2022.

stimulator cardiac sau un defibrilator automat implantabil, constituie un „prejudiciu cauzat prin deces sau leziuni corporale”, pentru care este răspunzător producătorul, atunci când această intervenție este necesară pentru înlăturarea defectului produsului respectiv. Este de competența instanței de trimitere să verifice dacă această condiție este îndeplinită în cauzele principale.”⁵⁵

În esență, în cauzele conexe C-503/13 și C-504/13, s-a ridicat problema de a ști dacă suportarea de către consumator a unor intervenții chirurgicale recomandate de personalul medical pentru recuperarea și înlocuirea unor dispozitive medicale implantate (stimulatoare ale cordului) care, ulterior momentului implantării, au fost suspectate a prezenta defecte potențiale încă nemanifestate⁵⁶ (a căror manifestare, dacă s-ar produce în

⁵⁵ A se vedea Anexa 5.

⁵⁶ Instanța de trimitere a arătat că „soluționarea litigiilor principale depinde de aspectul dacă stimulatoarele cardiace și defibrilatorul automat implantate în organismul asiguraților în cauză sunt produse cu defecte în sensul art. 6, alin. (1) din Directiva 85/374. În această privință, nu s-ar fi stabilit încă dacă, întrucât aparatele respective aparțin unui grup de produse care prezintă un risc de deteriorare, acestea au ele înseși defecte. Instanța menționată consideră că, în acest context, nu prezintă importanță aspectul dacă în cercurile medicale de specialitate este cunoscut faptul că, în cazul unui implant de stimulator cardiac sau de defibrilator automat, nu se poate garanta o siguranță totală. Având în vedere riscul vital pe care îl implică un aparat cu defecte, pacientul este îndreptățit să se aștepte, în principiu, la o rată de deteriorare a aparatului implantat apropiată de zero. În ceea ce privește defibrilatoarele automate implantabile, din decizia de trimitere reiese că împrejurarea că funcția „utilizarea magnetului” nu mai are nicio utilitate terapeutică atunci când este dezactivată nu reprezintă un pericol pentru integritatea fizică și pentru viața pacientului. Stocarea datelor pacientului nu ar fi întreruptă în cazul dezactivării. Faptul că inhibarea provizorie a funcției terapeutice pentru tahiaritmie poate fi realizată în acest caz numai cu ajutorul unui modul de programare nu ar prezenta, așadar, un risc pentru sănătate, ci doar ar limita performanțele acestor defibrilatoare.” Pentru o analiză

viitor, ar pune în pericol viața pacientului) ar putea reprezenta *per se* un prejudiciu corporal imputabil producătorului/importatorului, în absența, la acel moment, a altor prejudicii fizice propriu-zise rezultate din defectul potențial, dar nemanifestat al produsului. În alți termeni, miza discuției o reprezenta posibilitatea de a reține existența prejudiciului (drept condiție indispensabilă pentru angajarea răspunderii speciale reglementate de Directiva 85/374/CEE) dedusă din supunerea pacientului unor intervenții chirurgicale de extragere și înlocuire a unor dispozitive medicale implantabile a căror funcționalitate era suspectată a fi compromisă de existența unor defecte din fabricație, intervenții chirurgicale la care consumatorii au recurs în baza unor recomandări cu rol preventiv enunțate de personalul medical de specialitate, fără a se aștepta manifestarea efectivă a defectului în cazul fiecărui pacient în parte, întrucât o eventuală manifestare efectivă a defectului ar fi avut drept consecință potențială decesul iminent al pacientului (funcționarea defectuoasă a stimulatoarelor cardiace implantate cu rol în menținerea funcțiilor vitale ale pacientului).

Răspunsul la interogația dacă instanțele naționale sunt în prezența unui veritabil prejudiciu declanșat de un defect potențial a fost afirmativ; în astfel de ipoteze, completul CJUE a reținut că prejudiciul cauzat printr-o intervenție chirurgicală de înlocuire a unui produs cu defecte, respectiv un stimulator cardiac sau un defibrilator automat implantabil, constituie un „prejudiciu cauzat prin deces sau leziuni corporale”, pentru care este

doctrinară detaliată, a se consulta Barend van LEEUWEN, Paul VERBRUGGEN, „Resuscitating EU Product Liability Law? Contemplating the Effects of Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen-Anhalt and Betriebskrankenkasse RWE (Joined Cases C-503/13 and C-504/13)”, în *European Review of Private Law* 2015, disponibil la adresa <https://ssrn.com/abstract=2639582>, accesat în 23.07.2022.

răspunzător producătorul, atunci când această intervenție este necesară pentru înlăturarea defectului produsului respectiv.

O primă remarcă ce se cuvine a fi enunțată în contextul calibrării sferei personale de aplicare a prevederilor Directivei 85/374 este aceea că beneficiarul răspunderii speciale poate fi orice persoană prejudiciată, indiferent dacă este legată sau nu printr-o legătură contractuală de persoana răspunzătoare ori dacă în discuție este consumatorul cumpărător (contractantul direct) sau terțul consumator care a dobândit produsul printr-o manifestare de voință ulterioară diferită de contractul de vânzare-cumpărare (împrumut de consumație/comodat, locațiune, leasing etc.), acesta din urmă putând să utilizeze produsul în mod ocazional, nefiind în mod necesar parte contractantă într-un acord de voințe B2C. De altfel, esențial în cadrul acestui mecanism special de răspundere este interesul victimei de a obține repararea prejudiciului generat de defectele de manufacturare *lato sensu*, categoria victimei reglementată de Legea nr. 240/2004 fiind una extrem de vastă, prin raportare la existența unui prejudiciu corporal (necon condiționat de existența unui nex contractual) ori material (constând în distrugerea sau deteriorarea altor bunuri din patrimoniul reclamantului, altele decât produsul defect). Din unghiul acestei definiții, obligația de securitate (și răspunderea specială pentru produsele cu defecte) face figură aparte, întrucât aceasta se aplică și în raporturile cu „trecătorul inocent” ca victimă a defectului produsului ori „utilizatorul non-contractant” (un membru al familiei părții contractante, de pildă, care intră în contact cu produsul defect sau o persoană care nici nu contractează cu profesionistul, nici nu utilizează bunul ca terț la contract; un exemplu în acest sens este cazul trecătorului care este rănit de explozia unui dispozitiv electric, în timp ce se afla în proximitatea unui *display* comercial).

Posibilitatea acordată victimei prejudiciului, prin prevederile Legii nr. 240/2004, cu modificările ulterioare, de a angaja răspunderea producătorului/importatorului (ori, *in extremis*, a distribuitorului sau a *retailerului* care a furnizat produsul defect) confirmă că piatra unghiulară a reglementării analizate o reprezintă raportarea la categoria juridică a „consumatorilor” prin prisma obligației de securitate care incumbă producătorului/importatorului și, în ultimă instanță, distribuitorului (acompaniată, în acest din urmă caz, de un drept de regres), fiind suficientă producerea prejudiciului corporal sau material al victimei ca să fie antrenată răspunderea acestora, indiferent dacă victima este un consumator obișnuit (în accepțiunea prevederilor armonizate la nivel european) sau un profesionist⁵⁷. În această categorie de prejudicii, după cum am menționat în paragrafele anterioare, sunt incluse consecințele economice prejudiciabile intervenite ca urmare a decesului ori vătămării corporale a unei persoane fizice, care se pot materializa în cheltuieli cu spitalizarea/intervenții chirurgicale ori de protezare, îngrijirile medicale, diminuarea capacității de muncă, diferențe de venituri, inclusiv prin prisma diminuării posibilității întreținerii persoanelor aflate în întreținerea victimei; prejudiciul de agrement (diminuarea posibilității de a practica activități de petrecere a timpului liber care ar fi rămas accesibile victimei în absența consecințelor prejudiciabile), medicație, alimentație specială ori nevoi speciale de asistență, cheltuieli de înmormântare etc. De asemenea, textul art. 2, alin. (1), lit. c), pct. 3 din

⁵⁷ De pildă, în cauzele conexe C-503/13 și C-504/13, având ca obiect cereri de decizie preliminară formulate în temeiul articolului 267 TFU de *Bundesgerichtshof* (Germania), în procedurile *Boston Scientific Medizintechnik GmbH împotriva AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse* (C-503/13), *Betriebskrankenkasse RWE* (C-504/13), reclamantele au fost companii de asigurări (profesioniști din domeniul asigurărilor) care acționau ca urmare a suportării prejudiciului acoperit (prejudiciul corporal suferit de persoanele fizice asigurate).

Legea nr. 240/2004, republicată consacră posibilitatea acordării despăgubirilor pentru repararea prejudiciului rezultat din deteriorarea sau distrugerea oricărui bun, altul decât produsul cu defecte, „cu condiția ca bunul respectiv să fie în mod normal destinat folosinței ori consumului privat și să fi fost folosit de persoana prejudiciată pentru uz sau consum personal, iar valoarea lui să fie mai mare decât echivalentul în lei a 500 €”; pe un alt palier al discuției, este exigibil și prejudiciul moral, ale cărui sub-categorii includ prejudiciul de agreement, prejudiciul estetic, suferința psihică generată victimei sau membrilor familiei acesteia, cu titlu de *pretium doloris*. Remarcabilă este teza finală a art. 2, alin. (1), lit. c), pct. 3 din Legea nr. 240/2004, care, atunci când prejudiciul constă în deteriorarea sau distrugerea unui bun, altul decât cel cu defecte, impune exigența ca bunul să fie „în mod normal destinat folosinței ori consumului privat și să fi fost folosit de persoana prejudiciată pentru uz sau consum personal”. Menționăm, în ceea ce privește plafonarea la nivel maximal a prejudiciului reparabil, că prevederile Legii nr. 240/2004 nu conțin dispoziții speciale în acest sens, legislatorul național preferând să nu se prevaleze de dreptul acordat statelor prin Directivă de a limita la un anumit nivel valoric maximal sumele acordate cu titlu de despăgubiri victimelor prejudiciilor corporale/materiale generate de defectele produselor.

IV. Situații exceptate din sfera materială de incidență a răspunderii speciale

A. Ineficacitatea juridică a clauzelor exoneratoare în materia răspunderii speciale

Exonerarea de răspundere civilă în materia prejudiciului cauzat de produsele defecte nu este posibilă, astfel cum menționam într-o secțiune anterioară, prin mijlocirea clauzelor introduse în contractele B2B din lanțul de distribuție ori în contractele B2C, astfel de clauze exoneratoare fiind lovite de nulitate absolută ori reputeate ca nescrise; suplimentar, este necesar de reamintit caracterul extra-contractual al acestui tip de răspundere civilă, angajarea sa nedepinzând de existența unui contract încheiat cu consumatorul final, ceea ce accentuează în mod ostensibil ineficacitatea juridică a eventualelor clauze exoneratoare sau limitative de răspundere în materia discutată. Conform art. 12 din Directiva 85/374/CEE, „Răspunderea producătorului, care decurge din prezenta directivă, nu poate fi limitată sau exclusă, în ceea ce privește persoana prejudiciată, de o clauză care să îi limiteze răspunderea sau să îl exonereze de răspundere.”

B. Exonerarea de răspundere a producătorilor/importatorilor în temeiul cauzelor de exceptare legală: o taxonomie nefluctuantă

Cauzele legale exoneratoare de răspundere a producătorilor/importatorilor au fost expres și limitativ enumerate în textul art. 7 (1) lit. a) – d) și f) din Legea nr. 240/2004, calchiind marja de exonerare descrisă în cuprinsul Directivei 85/374/CEE; caracterul limitativ și exhaustiv al enumerării motivelor de exonerare incluse în textul legal se cuvine accentuată⁵⁸:

(a) *producătorul nu este cel care a pus bunul în circulație/nu se află la origine apunerii în circulație a produsului cu defecte din fabricație*, conform art. 7, par. (1), lit. a) din Legea nr. 240/2004, modificată. Noțiunea „punerii în circulație” a unui produs trimite la desesizarea voluntară de bun, ceea ce înseamnă că, ori de câte ori intrarea în posesia produsului a avut loc fără consimțământul producătorului, ultimul va fi exonerat de răspundere. Ipoteze ale ivirii acestui caz în practică pot fi, de pildă: cazul prejudicierii unui angajat al producătorului, de către un produs defectuos, mai înaintea punerii lui în circulație (când vor fi aplicabile dispozițiile dreptului muncii, ale dreptului civil comun etc. sub aspectul admisibilității acțiunii în despăgubiri,

⁵⁸ Culpa concurentă a unui terț nu reprezintă *per se* o cauză automată de exonerare de răspundere în materia produselor defectuoase și nici nu generează un partaj automat de responsabilitate, însă rămâne deschisă, pentru instanțele naționale, posibilitatea de a opera un asemenea partaj de răspundere în astfel de ipoteze de existență cumulativă a culpei unui terț și a defectului de manufacturare, întrucât, conform dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 240/2004, republicată, „Răspunderea producătorului poate fi limitată sau înlăturată de instanța competentă, în cazul în care paguba este cauzată atât de defectul produsului, cât și de culpa persoanei vătămate ori prejudiciate sau a altei persoane pentru care aceasta este ținută să răspundă.

iar nu dispozițiile Directivei 85/374); cazul în care prejudiciul corporal/material intervine în contextul în care, odată depistat defectul de manufacturare, producătorul a încredințat produsele din lotul compromis unei societăți specializate, pentru a fi distruse, iar aceasta le pune în circulație fără știrea sa etc.;

(b) produsul nu a fost fabricat pentru a fi comercializat sau pentru orice altă formă de distribuție în scop economic, conform art. 7, par. (1), lit. c) din Legea nr. 240/2004, cu modificările ulterioare; prevederea legală vizează, de exemplu, cazul produselor destinate exclusiv procedurilor experimentale, care sunt exceptate din sfera materială de aplicare a prevederilor Directivei 85/374; în schimb, rămân incidente prevederile directivei menționate în privința defectelor cauzatoare de prejudicii corporale/materiale, prezente în eșantioanele/mostrele gratuite oferite pentru atragerea, fidelizarea ori recompensarea clientelei;

(c) defectul nu a existat la data la care produsul a fost pus în circulație sau a apărut ulterior punerii în circulație a produsului, din cauze neimputabile producătorului, conform art. 7, par. (1), lit. b) din Legea nr. 240/2004, modificată; situații practice de intervenție a acestui caz exonerator de răspundere civilă specială pot fi, de exemplu, cele în care defectul apărut este rezultatul greșitei manipulari sau transportării a bunului, de către distribuitor sau transportator;

(d) prezența defectului se datorează respectării unor condiții obligatorii impuse de reglementările emise de autoritățile competente, conform art. 7, par. (1), lit. d) din Legea nr. 240/2004, cu modificările ulterioare; această cauză exoneratoare de răspundere are, totuși, un teren de aplicare extrem de strict, în sensul în care nu este suficient ca produsul să fi fost fabricat cu respectarea normelor legale imperative existente ori să fi făcut obiectul unei autorizații administrative, după cum nu există o prezumție de

securitate a consumului generată de simpla autorizare a punerii acestuia în circulație (probarea existenței defectului de manufacturare rămânând, în mod evident, posibilă pentru produsele a căror punere în circulație a fost autorizată); este, în același timp, incidentă obligația producătorului de a monitoriza (în cei zece ani de la punerea bunului în circulație la care face trimitere textul art. 11, ca interval legal al garanției de securitate) comportamentul produsului, manifestarea posibilelor defecte și incidentele de securitate a consumului semnalate; supravegherea trebuie urmată de retragerea lotului de produse de pe piață, odată intervenite în practică incidente de securitate declanșate de manifestarea efectelor nocive ale utilizării produsului și de avizarea prin mass-media a consumatorilor asupra riscurilor atrase de achiziționarea produsului compromis sub aspectul siguranței consumului;

(e) *riscul de dezvoltare*; conform art. 7, par. (1), lit. e) din Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte, printre împrejurările speciale în care producătorul este exonerat de răspundere, sunt incluse și ipotezele în care „nivelul cunoștințelor științifice și tehnice existent la momentul punerii în circulație a produsului nu i-a permis producătorului depistarea defectului în cauză”; „riscul de dezvoltare” poate fi invocat de către producător, pentru a fi exonerat de răspundere, în situațiile în care defectul unui produs, existent la momentul punerii acestuia în circulație, a fost imposibil de detectat de către producător, datorită nivelului cunoștințelor științifice și tehnice disponibile la acel moment; aprecierea existenței riscului de dezvoltare se fondează pe criteriul obiectiv al stadiului atins de cunoștințele științifice și tehnice de la momentul punerii produsului în circulație; riscul de dezvoltare, prin raportare la datele empirice disponibile în mod obiectiv, la nivel mondial (global) și sectorial (în respectivul sector de producție), presupune

acceptarea, în procesul de producție, a unor certitudini, cu siguranță eronate (după cum rezultă din demonstrațiile empirice ulterioare punerii în circulație a produselor), dar împărtășită la momentul punerii în circulație de specialiștii domeniului respectiv, cu privire la caracterul inofensiv al consumului unui produs sau cu privire la inocuitatea unui produs, fără a înlătura incidența principiului precauției.

Aplicarea/acceptarea riscului de dezvoltare printre cauzele exoneratoare de răspundere a rămas facultativă (opțională) pentru statele-membre⁵⁹, acesta nenumărându-se printre motivele armonizate în manieră imperativă în cuprinsul Directivei 85/374; dimpotrivă, din prevederile art. 15, alin. (1), lit. b) din Directiva 85/374/CEE, rezultă că: „(1) Fiecare stat membru poate: (b) prin derogare de la art. 7, lit. (e), să mențină sau, sub rezerva procedurii menționate la alin. (2) din prezentul articol, să prevadă în legislația sa că producătorul este răspunzător, chiar în cazul în care dovedește că stadiul cunoștințelor științifice și tehnice din momentul în care a pus în circulație produsul nu permitea descoperirea existenței defectului.”

(f) conform dispozițiilor art. 7, par. (1), lit. f) din Legea nr. 240/2004, republicată, producătorul este exonerat de răspundere dacă „defectul se datorează nerespectării de către consumator a instrucțiunilor de utilizare furnizate în documentele tehnice care însoțesc produsul, demonstrate în baza expertizei tehnice de specialitate.”; desigur că, în acest din urmă caz, lipsește

⁵⁹ Cinci state-membre au adoptat „derogarea de la clauza privind riscul de dezvoltare”, prevăzută la art. 15, alin. (1), lit. (b) din Directiva 85/374, prin care un producător este răspunzător și în cazul în care stadiul cunoștințelor științifice și tehnice atunci când produsul a intrat în circulație nu a permis descoperirea defectului. Două state-membre (Finlanda și Luxemburg) aplică această derogare în toate sectoarele, în timp ce două state-membre aplică derogarea în cazul produselor farmaceutice (Ungaria și Spania), iar un stat-membru o aplică produselor corpului uman (Franța).

una din premisele angajării răspunderii și anume cerința de a exista un defect din fabricație (în aceste cazuri, defectul declanșându-se ulterior, în urma nerespectării de către consumator a instrucțiunilor de instalare/manipulare/utilizare a produsului, ceea ce a generat prejudiciul fizic/material înregistrat pentru care producătorul/importatorul nu este răspunzător civil); producătorul/distribuitorul rămâne responsabil juridic pentru eventualele curențe ori omisiuni de informare (neclaritate/inadecvare a instrucțiunilor de utilizare furnizate în documentele tehnice care însoțesc produsul, instrucțiuni incomplete etc.), deficiențe informative care reprezintă *per se* o categorie distinctă de defecte de manufacturare pentru care poate fi angajată răspunderea producătorului/importatorului. De asemenea, potrivit prevederilor art. 7, par. (2) din Legea nr. 240/2004, republicată, „Producătorul de componente este exonerat de răspundere dacă dovedește că defectul este imputabil proiectării greșite a ansamblului în care acesta a fost montat sau instrucțiunilor date de producătorul produsului destinat consumatorului.”; în alți termeni, intervine exonerarea de răspundere a producătorului componentelor atunci când prejudiciul a fost generat de un defect de concepere a produsului principal în care componentele au fost incorporate sau unui defect informativ (omisiuni informaționale) imputabile producătorului produsului principal.

V. Observații concluzive

Premisele consacării răspunderii pentru prejudiciile cauzate de produsele defecte au fost puternic influențate de disocierea acesteia de elementul culpei, angajarea acestei forme de răspundere civilă nefiind condiționată de probarea unui acțiuni/omisiuni culpabile a persoanei responsabile; cum, însă, dovedirea existenței unui defect de manufacturare *lato sensu* al produsului se menține printre condițiile necesare pentru antamarea răspunderii producătorului/importatorului, s-a ridicat problema de a stabili dacă, pentru evaluarea defectuoșității produsului, ar putea fi pertinentă utilizarea raportului riscuri – beneficii ori, dimpotrivă, rezultate mai adecvate ar putea fi obținute prin angajarea testului așteptărilor legitime (rezonabile) ale consumatorului. Ambianța dilematică a acestui regim juridic este întregită de faptul că, dacă în cazul prejudiciilor corporale răspunderea se angajează în beneficiul oricărei victime, fără alte elemente de condiționare, în schimb, în ipotezele în care prejudiciul constă în deteriorarea sau distrugerea unui bun al victimei, altul decât produsul cu defecte (pentru care operează remediile garanției de conformitate), răspunderea se va angaja numai dacă bunul respectiv este în mod tipic sau uzual destinat folosinței ori consumului privat (i) și în măsura în care a fost folosit de persoana prejudiciată pentru uz sau consum personal (ii), conform prevederilor art. 2 lit. c) pct. 2 și 3 din Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru prejudiciile generate de produsele defecte.

Pivotantă în economia acestui tip de răspundere extracontractuală, condiția existenței unui defect din fabricație al produsului înglobează orice deficiență a acestuia, indiferent că în discuție este un defect de manufacturare ca sincopă în procesul de producție, o eroare de concepere ori, pur și simplu, de faptul că „produsul nu oferă siguranța la care persoana este îndreptățită să

se aștepte”, conform testului așteptărilor legitime ori rezonabile ale consumatorului. Pe un al treilea palier al discuției, sub aspect probator, stabilirea unei legături certe și neîndoielnice între defectul produsului și prejudiciul (corporal și/sau patrimonial) a cărui reparare este solicitată de victimă rămâne crucială, întrucât, dacă probele sunt echivoce ori contradictorii, nedovedirea raportului de cauzalitate blochează, pentru victime, posibilitatea angajării răspunderii civile a producătorului/importatorului ori, ca soluție de rezervă, a distribuitorului produsului defectuos.

Fundamentul său obiectiv face ca răspunderea civilă extracontractuală a producătorului/importatorului să gliseze către ideea de „garanție de securitate”, care are ca suport ori ca pilon imuabil obligația de securitate generală a produselor puse în circulație, în accepțiunea de obligație de rezultat (iar nu de mijloace, de simplă prudență și diligență), fiind prevăzută prin norme legale imperative care generează pentru consumatori garanția că produsele lansate în circulație de către producători sunt sigure pentru viața, integritatea corporală, sănătatea acestora, inclusiv pentru integritatea celorlalte bunuri din patrimoniul consumatorului.

Fiind un drept la acțiune în realizarea plății unei creanțe, termenul de prescripție aplicabil este cel de 3 ani, care începe să curgă de la data în care reclamantul a avut sau ar fi trebuit să aibă cunoștință despre existența prejudiciului corporal/patrimonial, a defectului de manufacturare și a identității persoanei răspunzătoare; este, de asemenea, incident un termen de decădere din dreptul la acțiune în justiție, un termen de 10 ani care se calculează de la data la care produsul în cauză a fost pus în circulație de către producătorul său (art. 11 din Legea nr. 240/2004). În ceea ce privește problematica dreptului de regres al producătorului/importatorului contra terțelor persoane responsabile (atât în caz de culpă concurentă declanșatoare

a unui partaj de responsabilitate, cât și în ipoteza răspunderii obiective „în cascadă”, când defectul de concepere sau de manufacturare este asociat activității unei părți responsabile din amonte șirului de operațiuni B2B), respectiv, în cazul solidarității pasive caracteriale pentru acest tip de răspundere în care răspunderea producătorului este solidară cu alte persoane, iar victima prejudiciului l-a urmărit numai pe acesta pentru întreaga reparație, producătorul/importatorul beneficiază de o acțiune în regres⁶⁰ împotriva celorlalți codebitori, potrivit regulilor aplicabile solidarității pasive (art. 1456-1460 C. civ., în dreptul intern)⁶¹.

⁶⁰ Menționăm că dacă victima prejudiciului are, în virtutea unui contract de asigurare, calitatea de persoană asigurată pentru un astfel de risc, societatea de asigurări are drept de regres împotriva producătorului/importatorului pentru sumele achitate consumatorului în calitate de asigurător, însă doar în cazurile când este vorba de acoperirea prejudiciilor patrimoniale *stricto sensu*, cauzate prin distrugerea sau deteriorarea bunurilor victimei care au fost asigurate, iar nu și în cazurile când victima asigurată a suferit un prejudiciu corporal și era parte contractantă într-un contract de asigurare de persoane acoperind un asemenea tip de risc; în aceste din urmă cazuri, societatea de asigurări nu are drept de regres împotriva producătorului; dimpotrivă, victima, în calitate de persoană asigurată, are dreptul de a cumula (în acest din urmă caz) întreaga sumă asigurată primită de la asigurător cu reparația integrală pe care i-o datorează producătorul în temeiul răspunderii pentru produsele defectuoase, reglementate prin dispozițiile Legii nr. 240/2004.

⁶¹ Acesta poate selecta fie acțiunea subrogatorie [art. 1596, lit. c) C. civ.], fie acțiunea proprie întemeiată pe mandat, gestiune de afaceri sau îmbogățire fără justă cauză.

VI. ANEXE

ANEXA 1

Defectuozitatea, ca element factual obiectiv, poate justifica, în acest perimetru, angajarea răspunderii speciale a producătorului/importatorului fără a necesita proba că s-ar fi datorat/ar fi rezultatul vreunei acțiuni sau omisiuni culpabile a persoanei responsabile în procesul de manufacturare; pe acest palier, pot fi decelate o serie de deosebiri prin raportare la noțiunea „clasică” a viciilor ascunse, invocată în cadrul mecanismului garanției contra viciilor ascunse moștenite din dreptul roman clasic. Astfel, se cuvine evidențiat că viciul ascuns din materia garanției civile a vânzătorului pentru viciile ascunse ale bunului vândut privește exclusiv imposibilitatea totală sau parțială pentru cumpărător de a întrebuința produsul conform destinației atribuite/uzuale, în timp ce noțiunea „defectului de manufacturare” din materia răspunderii pentru produsele defectuoase are în vedere securitatea generală a consumatorilor, fiind indiferent dacă produsul mai poate sau nu să fie utilizat conform destinație sale tipice, acțiunea în despăgubiri a reclamantului consumator fiind admisibilă pentru acoperirea în echivalent pecuniar a prejudiciului corporal/material generat. Astfel, defectul afectează mai degrabă siguranța persoanelor și a bunurilor distincte de cel defect, fără să intereseze afectarea produsului defect în materialitatea sa (repararea prejudiciului rezultat pentru consumator din însăși distrugerea/deteriorarea produsului defect fiind de resortul garanției de conformitate a produselor, iar nu al garanției de securitate, astfel încât vor fi aplicabile remediile neconformității); de asemenea, merită subliniat că defectul de securitate poate consta în orice deficiență a produsului, defect de fabricație/manufacturare *lato sensu*, incluzând defectele de concepere și

luând ca reper nu imposibilitatea utilizării bunului conform destinației sale tipice ori carențele de funcționalitate (precum în cazul garanției clasice pentru viciile ascunse ale lucrului vândut), ci faptul că produsul nu oferă siguranța pentru consum la care persoana fizică este îndreptățită să se aștepte. Defectul de securitate poate consta (i) într-o deficiență intrinsecă a produsului sau, fără a fi afectat de vreo asemenea carență, (ii) poate consta în efecte adverse ori riscuri ale utilizării nesemnificate consumatorului (în sens generic) de către producător; prin prisma acestor aserțiuni, simpla existență a defectului de manufacturare a produsului demonstrează încălcarea obligației de securitate care incumbă producătorului sau furnizorului, angajând răspunderea acestora. Pe celălalt versant al discuției, după cum reiese din analiza cauzelor exoneratoare de răspundere enumerate în textul art. 7 din Legea nr. 240/2994, din momentul cauzării prejudiciului corporal/material în contextul preexistenței defectului de manufacturare, se activează o prezumție relativă operând împotriva producătorului pârât, potrivit căreia bunul pus în circulație a fost defect la momentul lansării sale pe piață (prezumția relativă a anteriorității defectului), astfel încât, sub aspectul regimului probator, victima prejudiciului este scutită de a face proba anteriorității defectului punerii în circulație a produsului, fără a fi scutită, însă, de probarea existenței prejudiciului, a defectului precum și a raportului de cauzalitate dintre defect și paguba invocată.

ANEXA 2

Prin hotărârea CJUE din 10 iunie 2021, pronunțată în cauza C-65/20, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea Supremă, Austria, în procedura V.I. împotriva Krone – Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, s-a reținut că „Articolul 2 din Directiva 85/374/CEE a Consiliului din 25 iulie 1985 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre cu privire la răspunderea pentru produsele cu defect, astfel cum a fost modificată prin Directiva 1999/34/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 10 mai 1999, citit în lumina articolului 1 și a articolului 6 din această directivă, astfel cum a fost modificată de Directiva 1999/34, trebuie interpretat în sensul că nu constituie un „produs cu defect”, conform acestor dispoziții, un exemplar al unui cotidian tipărit care, tratând un subiect paramedical, emite un sfat inexact privind sănătatea referitor la utilizarea unei plante, a cărui respectare a cauzat un prejudiciu sănătății unui cititor al acestui cotidian”⁶². În speță, la 31 decembrie 2016, recurenta din litigiul principal, bazându-se pe durata tratamentului menționată într-un articol din presa scrisă (durata de aplicare a tratamentului local cu substanța activă, cuprinsă între două și cinci ore indicată în articol, pentru care substanța trebuia aplicată, era însă inexactă, întrucât s-a utilizat termenul „ore” în locul termenului „minute”), a aplicat această substanță pe membrele inferioare timp de aproximativ trei ore și nu a înlăturat-o decât după ce a simțit dureri puternice ca urmare a unei reacții cutanate toxice.

⁶² Textul integral al deciziei poate fi consultat la adresa <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B85%252F374&docId=242561&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1044312#ctx1>, accesat în 23.07.2022.

Recurenta din litigiul principal a solicitat obligarea KRONE – Verlag la plata sumei de 4.400 € pentru repararea prejudiciului cauzat de vătămarea corporală suferită și angajarea răspunderii acestei editoare pentru toate consecințele prejudiciabile actuale și viitoare care ar rezulta din incidentul din 31 decembrie 2016. Întrucât cererea sa a fost respinsă în primă instanță și în apel, recurenta din litigiul principal a formulat recurs la instanța de trimitere.

Această instanță a precizat că litigiul pendinte în fața sa ridică problema dacă un editor de presă sau proprietarul unui cotidian poate fi considerat răspunzător, în temeiul Directivei 85/374, pentru consecințele prejudiciabile care rezultă din informații inexacte conținute într-un articol a cărui publicare a autorizat-o. Instanța menționată arată că o parte a doctrinei limitează aplicarea răspunderii pentru produsele cu defect, atunci când este vorba despre un suport pentru informații, la prejudiciile care au fost cauzate de suport ca atare, în special de coperta toxică a unei cărți sau de cerneala toxică. Răspunderea pentru produsele cu defect ar trebui, potrivit acestei părți a doctrinei, să fie limitată la răspunderea pentru pericolozitatea lucrului, iar nu ca urmare a consilierii, având în vedere că prestațiile intelectuale nu ar putea fi calificate drept „produs”, în sensul articolului 2 din Directiva 85/374. O interpretare atât de extinsă a noțiunii de „produs” ar avea drept consecință să includă în domeniul de aplicare al acestei directive, care prevede o răspundere fără culpă a producătorului, orice formulare în scris a vreunei idei. Informațiile ar trebui excluse din domeniul de aplicare al directivei menționate, întrucât legarea răspunderii pentru produsele cu defect de împrejurarea că informația a fost fixată pe un suport fizic ar fi arbitrară.

Instanța de trimitere a arătat, de asemenea, că o altă parte a doctrinei urmărește să extindă domeniul de aplicare al acestei răspunderi la ipotezele în care prejudiciile rezultă dintr-o prestație intelectuală defectuoasă. Ca „producător” răspunzător pentru prejudiciul cauzat de un defect al produsului

său ar figura editorul, autorul și tipograful: „Această parte a doctrinei apreciază că răspunderea autorilor cărților, a proprietarilor de mass-media sau a editorilor trebuie să poată fi angajată în temeiul Directivei 85/374 ca urmare a conținutului unei opere tipărite, aceasta din urmă fiind achiziționată tocmai pentru conținutul ei. Prin urmare, așteptările consumatorului cu privire la un astfel de produs nu s-ar limita la opera tipărită ca obiect, ci ar viza și însuși conținutul acesteia.”

ANEXA 3

Elementele factuale în cauza C-285/08 au implicat următoarele circumstanțe: un grup electrogen instalat în anul 1995 de societatea Wartsila într-un spital/într-o clinică medicală din Lyon a declanșat un incendiu ca urmare a supra-încălzirii alternatorului fabricat de producătorul Moteurs Leroy Somer și pus în circulație de acesta în anul 1994. Compania Dalkia France, însărcinată cu mentenanța acestei instalații, precum și asiguratorul acesteia, compania de asigurări Ace Europe, au suportat în prima fază repararea în echivalent pecuniar a prejudiciilor materiale cauzate clinicii medicale de acest incident, iar ulterior, subrogate în drepturile acesteia din urmă, au formulat o acțiune împotriva Moteurs Leroy Somer în scopul obținerii rambursării sumelor plătite de aceasta.

Prin hotărârea din 7 decembrie 2006, Curtea de Apel din Lyon a constatat că producătorului Moteurs Leroy Somer îi incumba o obligație de securitate și a obligat compania pârâtă la plata către reclamanta Dalkia France a sumei de 320.143,03 € și către Ace Europe a sumei de 22.917 €.

Ulterior, în fața instanței de trimitere, Moteurs Leroy Somer a arătat că obligația de securitate care revine oricărui producător, în calitate de profesionist, nu acoperă prejudiciile cauzate bunurilor destinate uzului

profesional și utilizate de persoana prejudiciată în acest scop. Prin obligarea sa la repararea prejudiciilor materiale care au afectat grupul electrogen comandat de respectiva clinică de servicii medicale pentru nevoile activității sale profesionale, instanța apelului ar fi încălcat prevederile privitoare la sfera de aplicare a Directivei 85/374. Considerând necesară interpretarea dispozițiilor Directivei 85/374 pentru a se putea pronunța asupra recursului cu care a fost sesizată, Curtea franceză de Casație, ca instanță de recurs, a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze CJUE următoarea întrebare preliminară: „Articolele 9 și 13 din Directiva 85/374 se opun interpretării unei reglementări naționale sau a unei jurisprudențe interne consacrate care permite persoanei prejudiciate să solicite repararea prejudiciului cauzat unui bun destinat uzului profesional și utilizat în acest scop, în condițiile în care această persoană prejudiciată face numai dovada prejudiciului, a defectului produsului și a legăturii de cauzalitate dintre acest defect și prejudiciu?”, interogație care a primit un răspuns negativ din partea completului CJUE, în sensul în care aceste prevederi ale directivei menționate nu se opun interpretării unei reglementări naționale sau aplicării unei jurisprudențe interne consacrate potrivit cărora persoana prejudiciată poate solicita repararea prejudiciului cauzat unui bun destinat uzului profesional și utilizat în acest scop profesional.

ANEXA 4

Elementele factuale relevante în cauza C-621/15 includ următoarele aspecte: consumatorului W. i-a fost administrat un vaccin împotriva hepatitei B produs de compania Sanofi Pasteur, cu o doză inițială și cu două doze de rapel la 26 decembrie 1998, la 29 ianuarie 1999 și la 8 iulie 1999. În luna august 1999, dl. W. a început să prezinte diverse tulburări fiziologice care au condus, în luna noiembrie 2000, la un diagnostic de scleroză în plăci.

La 1 martie 2005, experții judiciari au concluzionat că, începând cu 20 ianuarie 2001, scleroza în plăci de care suferea dl. W nu îi mai permitea să exercite o activitate profesională. Ulterior, starea pacientului W. s-a agravat progresiv, până la atingerea unui deficit funcțional de 90 % care necesita prezența constantă a unei terțe persoane, aceasta fiind situația până la momentul decesului său, la 30 octombrie 2011.

În anul 2006, dl. W, precum și alți trei membri ai familiei sale, au introdus o cerere prin care solicita obligarea producătorului Sanofi Pasteur la plata de despăgubiri pentru prejudiciile pe care susțin că le-au suferit din cauza administrării vaccinului în cauză. În susținerea acestei cereri, reclamantii au susținut că concomitența vaccinării și a apariției sclerozei în plăci, precum și absența unor antecedente personale și familiale ale lui W. privind această boală sunt de natură să genereze prezumții grave, precise și concordante cu privire la existența unui defect al vaccinului și cu privire la existența unei legături de cauzalitate între administrarea vaccinului acestuia din urmă și apariția patologiei menționate.

Reclamantii și-au întemeiat plângerea, în această privință, pe jurisprudența Curții franceze de Casație, potrivit căreia, după cum a arătat această instanță în decizia de trimitere, în domeniul răspunderii laboratoarelor farmaceutice pentru vaccinurile pe care le produc, dovada

existenței unui defect al vaccinului și a unei legături de cauzalitate între acest defect și prejudiciul suferit de persoana prejudiciată poate rezulta din **prezumții grave, precise și concordante apreciate în mod suveran de instanța de fond**, chiar și în absența unor certitudini științifice asupra originii prejudiciului.

În particular, din această jurisprudență a Curții franceze de Casație rezulta că instanța de fond poate, în exercitarea puterii sale suverane de apreciere, să considere că elementele de fapt invocate de reclamant, precum termenul scurs între administrarea vaccinului și apariția unei boli și lipsa unor antecedente familiale sau personale ale pacientului în ceea ce privește patologia în discuție, constituie prezumții grave, precise și concordante, de natură să dovedească defectul vaccinului/produsului farmaceutic și existența unei legături de cauzalitate între acesta și patologia declanșată în cauză, în pofida constatării că cercetarea medicală nu stabilește o legătură între vaccinare și apariția acestei boli.

Cererea coreclamanților W. a fost admisă de Tribunalul din Nanterre, Franța prin hotărârea din 4 septembrie 2009. Această hotărâre a fost anulată ulterior de Curtea de Apel din Versailles, Franța, care a considerat, în hotărârea din 10 februarie 2011, că elementele invocate de aceștia erau de natură să stabilească prezumții grave, precise și concordante cu privire la existența unei legături de cauzalitate între administrarea vaccinului în cauză și apariția bolii, dar nu și cu privire la existența unui defect al vaccinului menționat.

Sesizată cu un recurs îndreptat împotriva hotărârii menționate, Curtea franceză de Casație a anulat această decizie prin hotărârea din 26 septembrie 2012. În această din urmă hotărâre, instanța menționată a considerat că, întrucât a statuat, printr-o considerație generală, asupra **raportului beneficiu/risc** al vaccinării contra hepatitei B, după ce a admis, dată fiind

excelenta stare de sănătate anterioară a lui W., absența unor antecedente familiale și **existența unei legături de proximitate temporală** între vaccinare și apariția bolii, că existau prezumții grave, precise și concordante care permiteau să se afirme că legătura cauzală dintre patologia survenită și administrarea vaccinului era stabilită în mod suficient, fără să examineze dacă circumstanțele specifice pe care aceasta le reținuse nu constituiau de asemenea prezumții grave, precise și concordante de natură să stabilească un caracter defectuos al acestui vaccin, Curtea de Apel din Versailles nu a furnizat un temei juridic pentru decizia sa.

Pronunțându-se după trimiterea spre rejudecare a cauzei în urma casării, Curtea de Apel din Paris a anulat hotărârea menționată anterior a Tribunalului din Nanterre și a respins cererea formulată de reclamantii W., prin hotărârea din 7 martie 2014. În hotărârea menționată, această instanță a arătat, în primul rând, că **nu exista niciun consens științific care să susțină existența unei legături de cauzalitate** între vaccinarea împotriva hepatitei B și apariția sclerozei în plăci și că ansamblul autorităților sanitare naționale și internaționale au respins asocierea dintre un risc de leziune demielinizantă centrală sau periferică (demielinizare caracteristică sclerozei în plăci) și o asemenea vaccinare. Instanța a considerat, în al doilea rând, că reieșea din multiple studii medicale că etiologia sclerozei în plăci este necunoscută în prezent. În al treilea rând, o publicație medicală recentă ar fi concluzionat că, la apariția primelor simptome ale sclerozei în plăci, procesul fiziopatologic a început, probabil, cu mai multe luni, chiar cu mai mulți ani înainte. În al patrulea și ultimul rând, instanța menționată a arătat că studiile epidemiologice arătau că 92-95 % dintre persoanele afectate de boala menționată nu au niciun antecedent de acest tip în familiile lor. În lumina acestor diverse elemente, Curtea de Apel din Paris a concluzionat că criteriul proximității temporale dintre vaccinare și primele simptome și cel al lipsei

unor antecedente personale și familiale invocate de W. nu puteau constitui, împreună sau separat, prezumții grave, precise și concordante care să permită să se concluzioneze că exista o legătură de cauzalitate între vaccinare și patologia în cauză.

În acest context, sesizată de reclamații W. cu un nou recurs îndreptat împotriva acestei hotărâri, Curtea de Casație franceză a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze CJUE un set de întrebări preliminare.

ANEXA 5

Sub aspectul elementelor de fapt, în cauzele conexate C-503/13 și C-504/13, s-a reținut că producătorul G. Corporation, devenită B. S. Corporation, o corporație cu sediul în Saint-Paul (Statele Unite), producea și comercializa stimuloare cardiace, precum și defibrilatoare automate implantabile. Importatorul (compania G.) importa și comercializa în Germania stimuloare cardiace de tipurile „Guidant Pulsar 470” și „Guidant Meridian 976”, fabricate în Statele Unite de G. Corporation, precum și defibrilatoare automate implantabile de tipul „G. Contak Renewal 4 AVT 6”, fabricate de aceasta din urmă în Europa. Printr-o notificare din 22 iulie 2005 trimisă în special medicilor curanți, importatorul G. a indicat că sistemul său de control al calității i-a permis să constate că un element utilizat pentru sigilarea ermetică a stimuloarelor cardiace pe care le-a comercializat poate eventual să se deterioreze treptat. Această deteriorare ar putea avea drept consecință epuizarea prematură a bateriei, cu pierderea fără avertisment prealabil a funcției de telemetrie și/sau a capacității de stimulare cardiacă la pacienții cărora li se implantaseră astfel de dispozitive.

În consecință, compania G. a recomandat medicilor, printre altele, să ia în considerare înlocuirea stimuloarelor cardiace respective purtate de pacienți, în scop preventiv. În pofida stingerii dreptului la garanție pentru stimuloarele respective, importatorul G. s-a angajat să ofere gratuit aparate înlocuitoare pacienților care depind de asemenea stimuloare și celor în cazul cărora medicii consideră că este preferabil să se efectueze o înlocuire.

În urma acestei recomandări, stimuloarele cardiace implantate anterior lui B. și lui W., doi beneficiari ai poliței de asigurare contractată cu asigurătorul AOK, au fost înlocuite, în septembrie și, respectiv, în noiembrie 2005, cu alte stimuloare cardiace, pe care producătorul le-a furnizat gratuit.

Stimulatoarele cardiace înlăturate au fost distruse fără a face obiectul unei expertize cu privire la funcționarea lor.

Asigurătorul AOK, care s-a subrogat în drepturile asiguraților, pacienții B. și W., a sesizat Tribunalul Cantonal Stendal cu o cerere de obligare a Boston Scientific Medizintechnik la plata costurilor aferente implantării primelor stimuloare cardiace, actualizate la data înlocuirii stimuloarelor. Aceste costuri se ridicau la 2.655,38 € în privința lui B și la 5.914,07 € în privința lui W., cerere admisă de tribunalul cantonului printr-o hotărâre din 25 mai 2011. Întrucât apelul formulat de Boston Scientific Medizintechnik împotriva acestei hotărâri a fost respins de Tribunalul Regional Stendal, această societate a formulat recurs în fața instanței de trimitere.

Printr-o notificare din luna iunie 2005, importatorul G. a informat medicii curanți că sistemul său de control al calității i-a permis să constate că funcționarea defibrilatoarelor implantabile de tipul „G. Contak Renewal 4 AVT 6” poate fi afectată de un defect al unui element de construcție care poate limita efectele terapeutice. Din analiza tehnică efectuată reiese că un comutator magnetic al acestor defibrilatoare putea rămâne blocat în poziția închis. Astfel cum reiese din decizia de trimitere din cauza C-504/13, dacă funcția „utilizarea magnetului” ar fi activată, iar acest comutator magnetic ar rămâne blocat în poziția închis, tratamentul aritmiilor ventriculare și auriculare ar fi întrerupt. În consecință, o eventuală perturbare a ritmului cardiac, care poate fi letală pentru pacientul care are un astfel de dispozitiv implantat, nu ar fi percepută de defibrilatoarele respective, iar acestea nu ar declanșa reacția care să salveze viața pacientului. În aceste condiții, importatorul G. a recomandat medicilor curanți dezactivarea comutatorului magnetic al defibrilatoarelor în cauză.

La 2 martie 2006, în urma difuzării informației menționate, defibrilatorul automat implantabil pe care îl purta F., beneficiarul poliței de

asigurare contractate cu compania de asigurări Betriebskrankenkasse RWE, **a fost înlocuit în mod anticipat și preventiv**, fără a se aștepta manifestarea defectelor (care ar fi pus în pericol supraviețuirea pacientului).

Prin notificarea expediată în 31 august 2009, compania de asigurări Betriebskrankenkasse RWE a solicitat producătorului Boston Scientific Medizintechnik rambursarea costurilor tratamentului asiguratului său, în cuantum de 20.315,01 €, aferente intervenției chirurgicale de înlocuire a defibrilatorului respectiv. Sesizat de Betriebskrankenkasse RWE cu o cerere privind obligarea Boston Scientific Medizintechnik la rambursarea sumei respective, Tribunalul Regional Düsseldorf a admis acțiunea printr-o hotărâre din 3 februarie 2011. Întrucât Boston Scientific Medizintechnik a formulat apel împotriva acestei hotărâri, Tribunalul Regional Superior Düsseldorf a modificat în parte hotărârea menționată și a obligat această societate la plata sumei de 5.952,80 €, plus dobânzile aferente. Boston Scientific Medizintechnik a formulat recurs în fața instanței de trimitere, solicitând respingerea cererii formulate de Betriebskrankenkasse RWE în totalitate, pe motiv că prejudiciul înregistrat de consumatorul asigurat și, pe cale de consecință, prejudiciul invocat de asigurător nu a fost generat de manifestarea unui defect al produsului.

STUDII

PROCEDURAL ROUTES AND ALLOCATION
OF CASES IN HUNGARIAN CIVIL COURTS

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).1.3
Data publicării online: 25.07.2022

Anna NYILAS*

Abstract: During the codification process of the Hungarian Code of Civil Procedure, there was an open debate on whether the course of civil procedure should be unified, or some kind of differentiation would be more appropriate and efficient. There are various issues that arise if the legislator decides to have a number of different procedural routes in litigation. For instance, what should be the grounds of distinction, and what aspects of the procedure need to be regulated within these procedural routes. In addition, the choice between the routes can be given solely to the legal rule, or to the judge in the particular case, or to be discussed jointly by the parties and the judge in an early stage of the procedure.

This study examines the existing procedural routes in Act CXXX. of 2016. on the Hungarian Code of Civil Procedure, their characteristics and the main areas of future development. It aims to explain the underlying factors the judge may consider when choosing between these routes. It also points out the scope of discretion the rules allow for the judge in managing the case, and also the limits of judicial discretion. Besides, some applied and functioning solutions from certain European jurisdictions are taken into consideration.

* Lecturer, University of Debrecen, nyilas.anna@law.unideb.hu. The scientific paper was prepared under the framework of project EFOP-3.6.3-VEKOP-16-2017-00007 „Young researcher talent” Supporting academic career in higher education.

Keywords: civil procedure, procedural routes, accelerated procedure, allocation of cases

Table of contents

I.	Procedural routes in the 2016 Code of Civil Procedure	187
A.	Unified or separate routes	188
B.	Other possible grounds of distinction	190
C.	What aspects of the procedure should be regulated?	191
II.	Decision on the choice of procedural route	193
III.	Procedural routes in some European jurisdictions	196
A.	The German ZPO	196
B.	The French CPC	199
C.	The English CPR	203
IV.	Conclusions	207

I. Procedural routes in the 2016 Code of Civil Procedure

The pandemic brought about significant development in procedural institutions and rules were introduced that does not require presence of the parties and other participants of the procedure such as witnesses or experts. Some of these rules remained in force even after the state of emergency because they proved to be beneficial for both the parties and the judge, saving considerable amount of time and costs with electronic hearings.

There has been an ongoing debate over the issue of a unified civil procedure that only maintains a distinction based on the type of the claim, such as family disputes, labour disputes, enforcement disputes etc., or creating a number of procedural routes based on other factors such as the

types of evidence required, the complexity of legal and factual aspects of the case, or the availability of electronical communication. Legislation is still in progress in these areas, thus the article gives insight into the current situation and possible implications of applying these differentiated routes in civil justice.

A. Unified or separate routes

According to the legal literature¹ and the preparatory working groups prior to the 2016 Code (further referred to as CCP), the basic premise was that the handling of cases should be differentiated according to the value of the case, the number of parties and the nature of the dispute, and that accelerated procedures should be established for less complex cases.²

However, the final version of the Code prescribes the aim of unified procedural rules, and no separate procedures, only certain procedural issues are regulated specifically, mainly based on the subject matter of the case. The legislator favoured uniformity of the procedure, emphasizing that neither the specific litigants nor the value of the claim cannot be considered as a criterion that would in itself justify the establishment of separate procedures.³ On the other hand, the special nature of the relationship underlying the claim to be enforced in a lawsuit does, as in the case of personal disputes.

¹ A. KÖBLÖS, *Mennyire lesz egységes vagy differenciált az új polgári perrendtartás?*, *Ügyvédvilág*, 2015/4. pp. 16-19.

² Draft No. T/11900. on the Act regulating the Code of Civil Procedure, Detailed explanation of Section 245.§.

³ S. UDVÁRY, *Obligation of the Parties, Lawyers and Judges*, *Hungarian Journal of Legal Studies Acta Juridica Hungarica* 58.1 (2017), <https://doi.org/10.1556/2052.2017.58.1.2>, p. 19-27.

At present, we can see that the legislator has maintained (and even differentiates within each type of case) specific rules that are widely used according to the subject matter of the case. However, it should also be borne in mind that this piecemeal approach of the regulation results in fragmented rules, and it is difficult even for legal professionals to adhere to such rules found in a hundred unjustifiably different places. For example, for claims rising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, one may use the ordinary rules, or the specific rules, based on what redress they seek. Some rules of procedure are found in separate acts (e.g. the deadline for filing the claim, and the redress they may seek), some are applied according to the general provisions of the CCP, and some are found in Chapter XXXVIII. on actions for the enforcement of certain rights relating to personality.⁴

The original version of the 2016 Code contained separate rules before the district courts which usually deals with family disputes, lower value money claims, and less complex cases. This distinction was later modified, and separation of procedural rules between county and district courts were not maintained. Instead, the Code now contains distinct rules for parties acting with or without a legal representative.

The advantage of a uniform procedure is undoubted for law enforcers, as there is no need to keep in mind a hundred different procedural deadlines, and formal requirements during daily work. The disadvantage, which is already apparent, is that some disputes stretch beyond the strict rules, and if the judge has no leeway to adjust to the circumstances of the case, because the law does not provide the framework for derogation, it may hinder the

⁴ CCP. Chapter XXXVIII, Actions for the enforcement of certain rights relating to personality, 493.§.

establishment of the facts and this is unfavorable not only for the judge but also for the parties.

In fact, we see that the principle of a uniform procedure has already been overturned when the Code has itself maintained different rules, depending on the subject matter of the case (personal litigation), the number of parties (group litigation) and whether the party acts with or without a legal representative. In these, only certain aspects of procedure are regulated differently, mostly the shortening of the deadlines, weighing differently between the written and oral preparation of the hearing, and prescribing electronic service of documents for legal representatives.

B. Other possible grounds of distinction

Another possible aspect, on the grounds of which the legislator has not yet differentiated, is the nature of the evidence to be conducted and the paper-based or electronic nature of the procedure. The roots of this distinction can already be found in the Code, as it contains a Chapter XLVI. on Electronic Communication, but these rules are applied in all cases where the parties are obligated to use electronic communication or where they have chosen to.⁵

In this respect, the change that allows evidence to be taken using an electronic communications network is welcomed, because it links these two very important areas that affect the efficiency of litigation, taking evidence and electronic procedure. The next step would be providing an entirely electronic procedural route, where also some cases could be dealt with without a hearing, and some could be dealt with through electronic hearings.

Significant progress has been achieved in electronic hearings during the pandemic, as all hearings on the merits of the case were conducted that

⁵ CCP. 277.§ (3).

way, where possible. On the other hand, preparatory hearings were not held at all, instead, all preparation took place in writing. Moreover, in appellate procedures, the judgments were given without hearing, based only on the documents.⁶

With regard to evidence, it would be possible to define a simplified accelerated procedure if the facts of the case can be easily proved (for example, to stipulate that in that case, only documentary evidence is possible / only electronic procedure is possible). This procedure would function as a positive discrimination if the parties are able or willing to meet these conditions, in return, the procedure could be significantly cheaper and faster for them, as well as for the state.

It would be advantageous to entrust the judge the decision to offer the transfer of the case to the parties, if it can already be seen from the pleadings that the given case is suitable for the accelerated procedure. Obviously, this requires full statements of case and defence from both parties, with full statements of fact and remedies sought.

C. What aspects of the procedure should be regulated?

In terms of the content of differentiated rules, our opinion is that, instead of the current special rules, which appear in a scattered and piecemeal manner, fewer procedural routes should be defined, but those should be covered by a coherent and comprehensive regulation from the filing of the claim form, to giving and service of first instance judgment. The starting points for these routes are already present in the Code, thus, they should be further elaborated. The rules should cover all types of monetary claims based on value, and the threshold could be defined in a fairly broad manner.

⁶ Decree No. 112/2021. (III. 6.) on the reintroduction of certain procedural measures in the event of an emergency.

There had been attempts to introduce such different procedural routes during the 2000s, in the era of the former Code of Civil Procedure (Act Nr. III. of 1952. on the Code of Civil Procedure). It is useful to look at the reasons why they could not provide the expected benefits.

The rules on accelerated business-to-business litigation, which never came into force, were aimed precisely at this.⁷ The rules have provoked sharp criticism, but the interesting thing is that some of the rules are back in the current Code. The same is true of small claims procedure and the rules for cases of high importance (basically meaning high value).⁸

The critics pointed out that these rules differentiated solely on the grounds of the value of the claim and has not taken into account the specific features of the case.⁹ The only discretion of the judge was to decide to transfer the case to the ordinary procedure. Also, this had to be done where the parties jointly asked for the transfer.

Furthermore, the problem of determining the scope of the dispute at the earliest possible stage of the proceedings was not resolved, nor were any tangible means provided to the judge for that purpose. It should be added that the small claim procedure had a very narrow scope, as the rules were only applicable in lawsuits following a disputed order for payment. The threshold

⁷ Act Nr. LXVIII. of 2009. on the Amendment of the Code of Civil Procedure to speed up the settlement of disputes between businesses.

⁸ ZS. WOPERA, *Az alfától az ómegáig: a kisértékűtől a kiemelt jelentőségű perekig*, Miskolci Jogi Szemle 6. évfolyam, 2011, különszám, p. 211-227. <http://midra.uni-miskolc.hu/document/12689/4764.pdf>, archive: <https://perma.cc/AL48-CLWX>.

⁹ I. SZABÓ, *Lehet-e perjogi módosításokkal segíteni a vállalkozásokon?* A Magyar Tudomány Napja a Délvidéken 2011, Újvidék 2012, p. 164-178. http://www.vmtt.org.rs/mtn2011/164_178_Szabo_A.pdf, archive: <https://perma.cc/4R58-RG4P>.

was also set low, the same as the compulsory order for payment procedure (1 million HUF at that time).

There have also been attempts in the opposite direction, to use a different procedural route in cases of high importance. However, experience has shown that shortening certain procedural deadlines drastically and mechanically for either the court or the parties, is not a good solution.¹⁰ Account must be taken of what is realistically achievable, which may be sufficient, and when the legislator goes below these deadlines, even with sanctions, the participants will not be able to comply with them in practice. It was unrealistic in more complex cases to work with much shorter procedural deadlines. Ordering more frequent hearings will not facilitate the conclusion of the lawsuit if the material of the case is not ready.

II. Decision on the choice of procedural route

At present, the judge may choose between the types of preliminary preparation of the case. There are three ways to prepare the case for the main hearing stage. Following the filing of a written defence against the claim, the court shall, depending on the circumstances of the case:

(a) order a further written preparation before the preliminary hearing is scheduled,

(b) schedule a preliminary hearing, or

(c) proceeds to the merits of the case without a preliminary hearing.¹¹

In that regard, the choice between written and oral preliminary procedure is relevant. However, the legislation does not provide any guidance

¹⁰ G. CZOBOLY, *A perelhúzóadás megakadályozásának eljárásjogi eszközei*. [PhD-értekezés], Pécs: PTE ÁJK, 2014. p.150.

¹¹ CCP. 187. §.

as to the criteria on the basis of which a judge should make the classification. Therefore, the courts presumably share good practices, and each judge decides on this according to their preferred working method and the circumstances of the case, with information available from the pleadings. If the judge considers that the parties have defined the scope of the dispute through the statements made in the application and the written defence, he or she informs the parties that the preliminary stage will be closed without a hearing. Both parties may request a preliminary hearing in this case. The introduction of Section 197 (3) also enables the parties to initiate the closure the preliminary stage without a trial, the decision on which remains within the competence of the judge.¹²

As we have mentioned earlier, the allocation of the case can be done by the law, or by the law and the judge, and the parties may also be involved in this decision. In our proposed model, the first categorisation would be based on the subject matter of the case, and the Code determines the rules for distinction. This can be done at the formal inspection of the claim form. The second allocation would be done by the judge in the light of the examination of the content of the claim and the defence and would include consideration of the following factors:

- whether the facts of the case are simple or complex, which facts require and what type of evidence;
- whether personal presence of the participants is required or the proceedings can be conducted entirely electronically (e-litigation would not only appear as a set of technical rules, but would be a distinct procedural route);
- whether the case may be conducted in the accelerated procedure.

¹² Draft No. T/11900. on the Act regulating the Code of Civil Procedure, Detailed explanation of Section 17.§.

Accelerated litigation could be generally introduced in claims with a lower value, which do not involve complex legal reasoning, or where precedents of similar cases are clearly established. When deciding on the threshold, one may take into account the limit of the European small claims procedure which is €5,000. Another amount to consider, would be the limit of compulsory order for payment procedure, which is 3 million HUF. This way, the procedure would be limited to claims that fall outside of the scope of the order for payment procedure. However, the threshold may also be set significantly higher, in line with the jurisdiction of the district courts (30 million HUF). This would extend the scope of the procedure significantly.

The question arises, as to what extent shall the law enable the judge to freely determine the course of the proceedings. In terms of efficiency, time limits and deadlines within which procedural acts can and should be performed, are essential elements. This necessarily brings a formal character to the procedure, which may also hinder efficiency and a decision on the merits as soon as possible. It is for the legislature, on the one hand, to prevent practices of the defendant and plaintiff that induce delay by establishing appropriate civil procedure rules, which equips the judge with the means to do so, and, on the other hand, for the judge, who applies them properly. In this regard, one can observe a more permissive approach towards pleadings in the recent modification of the Code in effect from 1st January 2021.¹³

¹³ Act CXIX. of 2020. on amending the Act CXXX. of 2016. on the Code of Civil Procedure.

III. Procedural routes in some European jurisdictions

A. The German ZPO

The German Code of Civil Procedure of 1877 applied the fragmentation of the trial. The first part of the procedure consisted of an exchange of documents between the parties, while the second consisted of an oral hearing. The underlying principle is that questions of law and questions of fact must be divided between the court and the parties.¹⁴ The facts are presented to the judge only at the hearing in order to decide the questions of law on the basis of them, after all evidence has been taken. In most cases, the procedure consisted of several hearings. Thus, until the last hearing was closed, the parties were free to put forward new arguments without them being excluded. As a result, the preparatory written phase was insubstantial, and this opened the way for delaying the proceedings.¹⁵

The 1909 Amendment was the first to introduce local court case management tools followed by fierce resistance from the legal profession. The Amendment authorised the judge to discuss the dispute and the facts with the parties and prepare fact-finding, ask for official information, summon witnesses, instruct an expert and order the parties to appear in person. Obligation of the court to establish the facts was emphasised since the judge was obliged to discuss the facts of the case at the hearing, and he must guide the parties to fully declare all relevant facts and make sufficient motions for evidence.

¹⁴ P. GOTTWALD, *Simplified Civil Procedure in West Germany*, *The American Journal of Comparative Law*, 31/1983, pp. 687-701.

¹⁵ P. GOTTWALD, *Defeating Delay in German Civil Procedure*, In C.H. van RHEE (Ed.), *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Intersentia, Tilburg, 2004, pp. 121-129.

The reforms of 1924 increased the judge's power to manage proceedings, limited the parties' right to request an adjournment of hearing "without good reason" and introduced the principle of concentrated procedure.¹⁶ It abolished the control of the parties over time limits and hearings. Applications and documents whose content was already known, did not have to be read at the hearing, it was enough to make a mention of them and the judge could concentrate on the disputed issues at the hearing. The judge set the trial date and could dismiss requests and defences which were submitted late for intentionally delaying the procedure. However, in practice this was rarely used by the judges, in a fear that unsubstantiated or incorrect judgments would be passed. The aim - already then - was to decide the matter within one hearing, but that was far from reality.¹⁷

In 1976, another reform took place to simplify the procedure (Vereinfachungsnovelle). According to this, the judge is obliged to prepare the hearing in writing, or hold a preliminary hearing (ZPO 275, 276 §) so that the case can be ready for judgment within one hearing on the merits. The legislator started from the idea that judges would be able to choose between the two alternatives adapted to the specificities of the case, thus ensuring flexibility in the procedure. At the same time, practice has shown that, in accordance with their own habits, judges apply one preparation method to all their cases. The function of preliminary hearing is twofold: on the one hand, to prepare for the subsequent main hearing, on the other hand, to decide on the merits in simple factual cases. In contrast to the discussion in the English pre-trial phase, this is a full-fledged trial in which the court can give a

¹⁶ R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung. Kommentar*. 30. neubearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014, Vollkommer 2.

¹⁷ P. OBERHAMMER - T. Domej, *Germany, Switzerland, Austria*, in: Van RHEE, C.H.: *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 103.

judgment. In practice, however, the first trial has only a preparatory role and a subsequent main trial is needed.¹⁸ According to Rottleuthner, the purpose of the preparation for the early first hearing is that the procedure in simple cases should not be longer than under the former procedural rules.¹⁹

German procedure does not distinguish between procedural stages. Trial is perceived as a continuous whole, with several hearings, which takes a longer timescale. As a rule, judgments cannot be rendered when there was no oral hearing. The procedure often deviates from this principle, however, with the consent of the parties, the court may base its decision almost entirely on written statements. The ZPO 128(2) § states that the court may decide without a hearing upon agreement of the parties, which may only be withdrawn at significant change in the circumstances of the case. In this case, the judge shall immediately set a time limit for the submission of statements and the announcement of the decision. A decision cannot be given without a hearing if more than three months elapsed since the parties gave the consent.²⁰

A significant change was the introduction of the principle “Prozessförderungspflicht”, which obliged the parties to act in support of the proceedings. Under Section 282, each party is required to present the means of proof and contradictions of their “offensive and defensive means,” in particular their allegations and denials, at a time that is consistent with due diligence and facilitation of the proceedings. A late submission will only be accepted by the court if it does not delay the settlement of the dispute or if

¹⁸ GOTTWALD *op. cit.* (1983), p. 694.

¹⁹ H. ROTTLEUTHNER – M. ROTTLEUTHNER-LUTTER, *Die Dauer von Gerichtsverfahren. Evaluation der ZPO- Vereinfachungsnovelle*. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 31.

²⁰ O. G. CHASE – H. HERSHKOFF (eds.), *Civil Litigation in Comparative Context*. ThomsonWest, 2007, p. 7.

failing to meet the deadline was beyond the party's fault.²¹ The current Hungarian Code clearly follows this path in the timing of submissions, but the problem is often that these provisions remain at a high level of abstraction and generality without specific detailed rules, which makes them hard to enforce.

B. The French CPC

The procedural reforms of 1958 and 1977 shifted from the right and freedom of the parties to judicial control over the course of the litigation. An obligation to cooperate between the court and the parties during the proceedings was prescribed.²² The purpose of flexible regulation is that the judge shall devote as much time and energy to each case as necessary due to the nature of the specific case.

French civil proceedings differentiate between cases on several levels. On the one hand, different courts act according to the subject matter of the lawsuit. In addition, different procedural routes can be distinguished in pre-trial proceedings. A distinction must be made between the Tribunal de Grande Instance, the General Court of First Instance and other courts of first instance, as well as special courts. In general, proceedings before ordinary courts are in writing, while proceedings before special courts are based on orality, faster, simpler and cheaper. In the proceedings at first instance, proceedings are

²¹ M. KENGYEL, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, Osiris, 2003, p. 66.

²² J. BELL, *Judiciaries within Europe*, Cambridge University Press, 2006, p. 45.

based on an oral hearing before all courts (except the Tribunal de Grande Instance) and legal representation is not mandatory.²³

In French procedural law, the preparatory phase (l'instruction de l'affaire) is of paramount importance, as it requires the necessary procedural steps to be taken in order for the case to be suitable for trial and decision-making (mise en état). The preparation of a hearing is regulated differently by law before different courts.²⁴ While in cases before the Tribunal d'instance the court prepares and adjudicates the case in an undivided and oral procedure, in cases before the Tribunal de Grande Instance the preparation of the hearing takes place in a separate, mostly written procedural stage with the help of a designated judge.²⁵

The 'juge de la mise en état' may take binding decisions on the parties and penalize non-compliance. It can set deadlines and give instructions for preparation. When a witness is questioned, it determines the facts to be proved and also hears the witness.²⁶ By issuing the ordonnance de clôture, this judge is able to complete the preparatory procedure. In the case of short and medium procedural routes, this decision is issued by the president of the chamber, and in the case of long proceedings, by the judge responsible for preparing the hearing. In such a case, the preparatory phase of the hearing ends with his decision, which is taken when the case is properly prepared for the decision or if one of the parties fails to complete a procedural task within the time limit. In the latter case, this decision functions as a sanction. The

²³ L. CADIET, *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*, in: A. A. S. ZUCKERMAN (Ed.): *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, New York, 1999, pp. 291-346, p. 299.

²⁴ D. S. LARIVIERE, *Overview of the Problems of French Civil Procedure*, *The American Journal of Comparative Law*, 45/1997, pp. 737-746.

²⁵ L. CADIET, *op. cit.*, p. 299.

²⁶ J. A. JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, *International and Comparative Law Quarterly*, 52/2003, pp. 281-295.

decision has an important procedural effect: after that, no new written submission or new evidence can be submitted, and its invalidity is declared *ex officio* by the court. The decision of the preparatory judge may not be challenged on appeal. However, the law allows the court to refer the case back to the preparatory judge *ex officio* or at the request of a party for serious reasons that arise after the decision has been made.²⁷

The French procedure is considered to be the most formal in terms of applications and their submission, the procedure is regulated down to the smallest detail and there is a sanction of invalidity for non-compliance. Any omission in the content of the application makes it null and void (Article 648 NCPC).²⁸

In addition, there are different procedural routes available at the Tribunal de Grande Instance, given the complexity of the particular case, the procedure best suited to the specificities of the dispute is available to prepare the case. Proceedings may, in principle, be brought in two ways, on the one hand by the plaintiff's application (*assignation*) or, at the joint request of the parties (*requête conjointe*).²⁹

The president of the court summons the parties to a pre-hearing meeting and appoints a chamber (*fixation et distribution*). At the meeting, the president of the chamber will try to assess, with the help of lawyers, which course of procedure would best suit the case. In making this decision, it relies primarily on the case file and the evidence in the case. The president of the chamber may choose between three procedural paths. This is a purely

²⁷ S. SCHMIDT, *Civil Justice in France*, Nagoya University Comparative Study of Civil Justice, Vol. 7, Jigakusha Publishing, Tokyo, 2010, p. 118.

²⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006411012 (21/01/2022).

²⁹ A. NYILAS, *Simplification and acceleration of civil justice in Europe: with special reference to small claims procedures*, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012, p. 70.

administrative decision (purement administrative) and therefore cannot be challenged on a separate appeal.³⁰

The court decides primarily on the basis of the procedural steps required to declare the preparatory phase closed (cloture d'instruction) and to open the case for trial. If the facts do not need to be clarified and the case can be decided, the court chooses the short route (circuit court). This is primarily done in simpler cases, if the facts are clear, the parties have duly informed each other of their claims and the evidence in support of them, or if the defendant has not appeared in court despite receiving the summons from the plaintiff. The purpose of flexible regulation is for the judge to devote as much time and energy to each case as is necessary due to the nature of the case.³¹

The court uses the medium route (circuit moyen), if, after meeting with the lawyers, the president of the chamber considers that it would be necessary to submit additional documents or evidence in order for the case to be heard. In such cases, the court will set up another preparatory hearing and invite the parties to submit new documents, or name further evidence. If this succeeds, the court will proceed as described above and close the preparatory phase. However, if the case is still more complicated than it seemed before, the president of the chamber may appoint a juge de la mise en état, and the case will go on the long track. The previous two routes have in common that the juge de la mise en état is not involved, but the president of the chamber

³⁰ W. FISCHER, *Die Beschleunigungsmechanismen des französischen Zivilprozesses*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1990, pp. 13-14.

³¹ F. FERRAND, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in: N. TROCKER – V. VARANO (Eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 7-32.

prepares the case in cooperation with the lawyers. The long procedural route is for the proper preparation of complex disputes.³²

Also, the Justice de proximité plays a significant role, as it aims to bring litigants closer to the court, and to resolve small and frequent disputes in everyday life. These are not professional judges, but court clerks, appointed for 7 years, which cannot be repeated. The Juge de proximité has limited jurisdiction compared to judges of the Tribunal d'Instance. In civil cases, this includes minor disputes, where traditional judiciary has proved unsuitable to deal with. These courts allow for less formal proceedings and seek to reach an agreement. Their decisions are nonetheless enforceable. The decision of the juge de proximité cannot be challenged on appeal, only in cassation or revision. There is a possibility of devolution of the case to the Tribunal d'Instance, based on the complexity of the case, which in this case decides in accordance with the jurisdiction and procedure of the Juge de proximité.³³

C. The English CPR

Statements made at the pleadings stage are called “statements of case,” which includes the statement of claim, counterclaim, the relevant answers to the counterclaim and any part thereof. Based on these requests, the judge makes a number of management-type decisions, including the allocation of the case and the guidelines given to the parties.

After the submission of the defense, the parties receive a case allocation questionnaire (Directions Questionnaire) from the court, and based on the answers given to them, the judge assigns the case to one of the procedural tracks. It notifies the parties of the decision and provides further

³² G. CZOBOLY, *A perelhúzóadás megakadályozásának eljárásjogi eszközei* [PhD-értekezés], Pécs: PTE ÁJK, 2014, p. 44.

³³ C. TAHRI, *Procédure civile*, Editions Bréal, 2007, pp. 178-210.

guidance on the course of the proceedings. These are usually: disclosure of documents, testimonies, expert opinions, a pre-trial checklist and the deadline for its return, and finally the hearing date (approximately 30 weeks after the case has been assigned).

The three possible tracks are:

- small claims track (under £ 10,000);
- fast track (£ 10,000-25,000, simple judgment cases);
- multi-track (over 25,000 pounds or complex cases).³⁴

If the court is unable to allocate the case on this basis, it may request additional information or order a personal hearing of the parties.³⁵

The advantage of the system is that the range of facts is determined at an early stage of the proceedings, so which facts need to be proved, which are controversial and which are not disputed by the opponent. The limits of the evidence at the hearing are set, but this may mean that important evidence is left out of the assessment because its existence or relevance is only revealed after the allegation stage. On the other hand, if the statements made at the assertion stage are free to modify, their value and practical benefit are diminished.³⁶

Section 1.4. of the CPR contains the active case management obligations of judges:

- an early clarification of the nature of the dispute;
- deciding which issues require disclosure and evidence;
- to recommend to the parties to the ADR, if possible;

³⁴ J. BELL, *Judiciaries within Europe*, Cambridge University Press, 2006, p. 306.

³⁵ CPR Rule 16.3. at <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part16#16.3> (21/01/2022).

³⁶ A. A. S. ZUCKERMAN, *Civil procedure*, London, LexisNexis, 2003, p. 220.

- take all the procedural actions that do not require the presence of the parties;
- provide guidance to the parties so the matter is dealt with in a rapid and efficient way.³⁷

The new system placed the responsibility for the appropriate case progression from the litigants and their representatives on the court.³⁸ Within this responsibility, the courts determine the scope of content and the course of the process by standard guidelines or in more complex matters at the Case Management Conference.³⁹ The judge may take any action or make any decision in order to manage the process and fulfil the overriding objective. The judge may decide of his own motion, without the request of a party.⁴⁰ In addition, we find additional detailed judicial rights and obligations according to each procedural path.

Cases referred to the small claims track are typically consumer disputes, claims arising from a traffic accident, disputes arising from a lease contract (a separate procedure is also available for this, CPR Part 55), faulty performance, breach of contract e.g. in connection with construction work or other services. In the initial phase of small claims proceedings, the court prepares a procedural guideline and sets a hearing date. For a small claims track, the guidelines are usually:

- attaching additional documents;
- licensing of an expert;
- offering the possibility of mediation if either party has requested it or if the court deems it appropriate;

³⁷ CPR Rule 1. 4 (2).

³⁸ J. A. JOLOWICZ, *On Civil Procedure*. Cambridge University Press, 2000, p. 187.

³⁹ CPR Rule 3.1(m).

⁴⁰ CPR Rule 3.3.

- place and time of the substantive hearing.

In the small claims track, it is possible to hold a preliminary hearing if specific procedural steps are required and the judge wishes to communicate this to the parties in person, or if neither party has a duly substantiated request so that neither of them can be successful.⁴¹

It is not obligatory to hold a hearing, if the judge decides to deal with the case based solely on written motions and evidence, the court will send the parties a “Notice of allocation to small claims track [no hearing]” form. It sets a time-limit within which the claimant and the defendant may file an objection to a decision based solely on written evidence. If either party objects, a hearing will be held on the matter. Provided that neither party objects to the court's decision, the case will be settled in writing.⁴²

As preparation for the hearing, the law and specific pre-action protocols determine the actions to be taken by the parties, but the conduct of the hearing itself is quite informal and flexible. Usually, as the parties act here without a legal representative, the judge briefly explains the procedure and determines the main issues on the basis of the documents. Then hears the parties on all issues and examines their evidence. Meanwhile, in addition to the active role, the judge is the most important guarantee of the rights of the parties, making sure that both parties presented their evidence and had the opportunity to present their position and respond to the opponent's statement.

The fast track procedure has a special feature that the court sets a strict timetable for the preparatory phase. In the multi-track procedure, there is no

⁴¹ J. BALDWIN, *Monitoring the Rise of the Small Claims Limit: Litigants' Experiences of Different Forms of Adjudication*, London: Lord Chancellor's Department, 1997, pp. 74-75.

⁴² S. O'MALLEY, A. LAYTON, *European civil practice*, Volume 2., 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 620-622.

fixed procedural order, it is entirely up to the judge to adjust to the specifics of the case. The timetable is set at a case management conference (CMC), which is a preliminary hearing with the participation of the parties' legal representatives and the judge.⁴³

There is also the procedure under Part 8, which the applicant may choose, and must state in the claim form that he intends to apply Part 8 and must be accompanied by all evidence.⁴⁴ It can be used in cases that do not involve a substantive factual dispute. The defendant does not file a counterclaim, only the acknowledgment of service and the testimony of witnesses. Upon receipt of the service, the defendant may object to the application of this Part if there is a substantive dispute of the facts. The court may then decide to continue the proceedings in accordance with Part 7 (General Rules). The three procedural paths (small claims, fast track, multi track) can also be used in Part 8, but it is not mandatory. It is also not obligatory to hold a hearing, the judge decides whether it is necessary.⁴⁵

IV. Conclusions

Differentiated handling of civil cases is an effective and appropriate form of enforcing the individual rights guaranteed by substantive law. However, it should also be borne in mind that the existence of too many different procedural routes and technical rules may break the coherence of the law and does not make things easier for legal professionals in their day-to-day work. The other extreme, when uniform rules apply to all cases, makes the procedure easier for all participants in this respect. In the study, we sought to

⁴³ J. A. JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁴ <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part08>, (21/01/2022).

⁴⁵ CPR. PART 8 - Alternative procedure for claims.

answer whether the current differences in legislation are justified and what possible additional considerations could be taken into account when defining the applicable procedural rules.

Overall, we can conclude that the alterations from the general rules of procedure currently do not form coherent procedural routes, as they only regulate certain aspects of the litigation. It would be desirable to create a certain variety of procedural routes where the judge's procedural management tools would be fully regulated. The framework of the dispute would be established during the preparation phase on the basis of the parties' written statements and the attached documents, and then there would be a single hearing on the merits. If the parties do not object, a judgement may be given without a hearing.

Our next finding is that the differentiation of procedural routes is closely related to certain procedural principles. Currently, the Hungarian Code is still weighed around hearings, but the practical benefit of the principles of orality and immediacy would only show if the judge could complete the proceedings with a judgement on the merits within a relatively short period of time, about two to three months. This is due to the fact that the more time elapses, the harder it is to reconstruct the actual subject of the dispute in the case and the exact statements of the parties and witnesses from the case files. Thus, the two principles are only theoretical, in fact the decision will be based on the case files and the minutes of hearings in most cases.

Usually, it cannot be expected that the other party will react immediately on the merits to the complex issues of fact and law raised at the hearing. This is due to the complex factual and legal background of the disputes. Accordingly, it would be more appropriate to strengthen the requirement that the parties' preparatory documents and written pleadings be accurate and cover all relevant issues in detail. On the contrary, one can

observe a more permissive approach towards pleadings in the recent modification of the Code in effect from 1st January 2021. With regard to the limits of the principle of disposition, it must be stated that it cannot mean that either the plaintiff or the defendant can be in a position to obstruct the course of the proceedings or exercise their rights in an abusive way. This viewpoint creates an opportunity for active judicial case management, by further development of the rules created by the Code in force.

COMENTARII DE JURISPRUDENȚĂ

AMNISTIA FISCALĂ ȘI DOSARELE PENALE AVÂND CA OBIECT INFRAȚIUNI DE EVAZIUNE FISCALĂ. APLICABILITATE ȘI EFECTE. DECIZIA NR. 203/A/2022 A CURȚII DE APEL CLUJ

DOI: 10.24193/SUBBiur.67(2022).1.4
Data publicării online: 25.07.2022

Oana BUGNAR-COLDEA*

Rezumat: Prezentul material conține analiza unei decizii pronunțate într-un dosar penal având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală, decizie relevantă din perspectiva aplicabilității dispozițiilor privitoare la amnistia fiscală cuprinse în OUG nr. 69/2020 în procesul penal și a consecințelor pe care acestea le generează în planul răspunderii penale. Decizia este relevantă întrucât răspunde unor întrebări relevante pentru practica judiciară precum: în ce măsură amnistia fiscală acoperă și obligațiile fiscale accesorii originare în ilicitul penal; dacă instanța penală poate considera că sunt incidente dispozițiile OUG nr. 69/2020 în lipsa unei decizii de impunere cu privire la accesorii și dacă poate face asta în afara unui titlu executoriu sau doar după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești care tranșează acțiunea civilă, respectiv dacă pot deveni incidente dispozițiile art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005 în situația în care inculpatul nu achită obligațiile fiscale accesorii, ci în privința acestora a intervenit amnistia fiscală. În cuprinsul materialului am prezentat așadar starea de fapt relevantă, soluția instanței, precum și propria opinie, argumentată, cu privire la soluția dată de judecătorii investiți cu soluționarea cauzei.

* Dr. Oana BUGNAR-COLDEA, Cadru didactic asociat Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, avocat colaborator SCPA „Sergiu Bogdan&Asociatii”, oana.bugnar@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0003-4618-4274>.

Cuvinte cheie: evaziune fiscală, obligații fiscale accesorii, amnistie fiscală, cauză de nepedepsire, acțiune civilă

TAX AMNESTY IN CRIMINAL CASES REGARDING TAX
EVASION OFFENCES. APPLICABILITY AND EFFECTS.
DECISION NO. 203/A /2022 OF THE CLUJ COURT OF
APPEAL

Abstract: This material contains an analysis of a criminal court's decision regarding tax evasion offences, a decision relevant from the perspective of the applicability of the provisions regarding the tax amnesty provided by Romanian OUG no. 69/2020 and of the consequences that they generate in terms of criminal liability. The decision is crucial as it answers relevant questions to judicial practice, such as the extent to which the tax amnesty covers accessory tax obligations arising from the criminal offence; if the criminal court can consider that the provisions of OUG no. 69/2020 are applicable in the absence of a tax decision regarding the accessories and if it can do so outside an enforceable title or only after the finality of the court decision that decides the civil action, respectively if the provisions of art. 10 para. (1¹) of Romanian Law no. 241/2005 are applicable when the defendant does not pay the accessory fiscal obligations, but regarding them, the fiscal amnesty intervened. In the content of the material, I, therefore, presented the relevant factual situation, the court's solution, as well as my own reasoned opinion regarding the solution given by the judges invested with solving the case.

Key-words: tax evasion, accessory tax obligations, tax amnesty, impunity, civil action

Cuprins

I.	Starea de fapt reținută de instanță.....	213
II.	Soluția instanței	214
III.	Propria opinie	216
IV.	Lista bibliografică:	226

În contextul introducerii în cuprinsul Legii nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale¹ a dispozițiilor art. 10 alin. (1)², precum și a intrării în vigoare a OUG nr. 69/2020³ prin care, printre altele, a fost reglementată amnistia fiscală în ceea ce privește anumite obligații fiscale accesorii, credem că merită supusă atenției Decizia nr. 203/A/2022 a Curții de Apel Cluj în cuprinsul căreia, judecătorii investiți cu soluționarea cauzei au analizat printre altele:

a) dacă amnistia fiscală reglementată de OUG nr. 69/2020 acoperă și obligațiile fiscale accesorii originare în ilicitul penal, în cazul supus analizei, evaziunea fiscală;

¹ Publicată în M.of.:672/27.07.2005.

² Potrivit art. 10 alin. (1)¹ în forma inițială, „În cazul săvârșirii uneia dintre infracțiunile prevăzute la art. 8 și 9, dacă în cursul urmăririi penale sau în cursul judecății până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive prejudiciul produs prin comiterea faptei, majorat cu 20% din baza de calcul, la care se adaugă dobânzile și penalitățile, este acoperit integral, fapta nu se mai pedepsește, făcându-se aplicarea dispozițiilor art. 16 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările și completările ulterioare”. Textul a fost modificat ulterior prin intrarea în vigoare a OUG nr. 130/2021, publicată în M.of.: 1202/18.12.2021, în sensul că, pentru a fi aplicabile aceste dispoziții, prejudiciul cauzat prin comiterea faptei trebuie să nu depășească 100.000 euro, în echivalentul monedei naționale.

³ Ordonanța pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, precum și pentru instituirea unor măsuri fiscale, publicată în M.of.: 393/14.05.2020.

b) dacă instanța penală poate considera că sunt incidente dispozițiile OUG nr. 69/2020, în condițiile în care, debitorul nu figurează în evidențele administrației fiscale cu creanțe care să intre sub incidența acestui act normativ, întrucât nu a fost emisă o decizie de impunere cu privire la sumele respective, acestea fiind solicitate în cadrul procesului penal. În același context, judecătorii investiți cu soluționarea cauzei au arătat și în ce măsură incidența amnistiei fiscale poate fi analizată de instanță în afara unui titlu executoriu sau doar după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești care tranșează acțiunea civilă, stabilind existența datoriei principale și a accesoriilor.

c) dacă pot deveni aplicabile dispozițiile art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005 în situația în care inculpatul nu achită obligațiile fiscale accesorii, ci în privința acestora a intervenit amnistia fiscală.

În cuprinsul prezentului material vom prezenta așadar starea de fapt relevantă, argumentele judecătorilor investiți cu soluționarea cauzei și vom formula propriile observații cu privire la problemele analizate.

I. Starea de fapt reținută de instanță

În sarcina inculpaților a fost reținută infracțiunea prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. c și alin. (2) din Legea nr. 241/2005⁴, în esență fapta constând în

⁴ Potrivit art. 9 alin. (1) din Legea nr. 241/2005 „Constituie infracțiuni de evaziune fiscală și se pedepsesc cu închisoare de la 2 la 8 ani și interzicerea unor drepturi sau cu amendă, următoarele fapte săvârșite în scopul sustragerii de la îndeplinirea obligațiilor fiscale [...] lit. c) evidențierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la bază operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive”, iar potrivit alin. (2) al aceluiași articol „Dacă prin faptele prevăzute la alin. (1) s-a produs un prejudiciu mai mare de 100.000 euro, în

aceea că în perioada 2009 – 2012 au înregistrat în evidențele contabile a unor societăți, facturi fictive cu scopul sustragerii de la îndeplinirea obligațiilor fiscale, prin reducerea impozitului pe profit ca urmare a înregistrării de cheltuieli fictive și deducerea fără drept a TVA care în realitate nu a fost plătită. Inculpații au achitat prejudiciul reținut în sarcina lor, însă doar debitul principal, majorat cu 20% din valoarea acestuia, iar în ceea ce privește accesoriile au invocat incidența amnistiei fiscale reglementate prin OUG nr. 69/2020 cu modificările ulterioare. În condițiile date, inculpații au solicitat să se constate că sunt incidente dispozițiile art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005. În același timp, este de menționat faptul că organele fiscale nu au emis o decizie de impunere în ceea ce privește accesoriile, iar în contextul în care debitul principal a fost achitat, în evidențele administrației fiscale nu mai figurau creanțe care să vizeze sumele solicitate în cadrul procesului penal.

II. Soluția instanței

În esență, judecătorii investiți cu soluționarea cauzei au arătat următoarele:

a) în ceea ce privește prima întrebare, dacă amnistia fiscală reglementată de OUG nr. 69/2020 acoperă și obligațiile fiscale accesorii originare în ilicitul penal, având în vedere prevederile art. 1 alin. (5) lit. b din Ordinul nr. 198/08.09.2021⁵, aceste dispoziții se aplică și persoanelor care au

echivalentul monedei naționale, limita minimă a pedepsei și limita maximă a acesteia se majorează cu 5 ani”.

⁵ Potrivit art. 1 alin. (5) lit. b) din Ordinul pentru aprobarea Procedurii de anulare a obligațiilor de plată accesorii, publicat în M.of.: 938/01.10.2021, în categoria debitorilor care beneficiază de aceste facilități intră și „persoanele cărora li s-a stabilit răspunderea solidară potrivit Legii

calitatea de subiect activ al procesului penal având ca obiect infracțiunea de evaziune fiscală.

b) în ceea ce privește cea de-a doua problemă, instanța a arătat că în măsura în care partea civilă consideră că a fost prejudiciată printr-o faptă care intră sub incidența ilicitului penal, nici nu ar putea emite acte administrativ-fiscale cu caracter executoriu (contestabile în fața instanțelor de contencios administrativ), având în vedere că prejudiciul fiscal (ca orice alt prejudiciu) rezultat din săvârșirea unei infracțiuni va fi stabilit exclusiv de instanța penală. De asemenea, s-a arătat că acesta este de altfel și rolul juridic al constituirii de parte civilă, scopul fiind cel al obținerii unei hotărâri judecătorești care să constituie titlu executoriu. În condițiile date (în care infracțiunea este originea prejudiciului), administrația fiscală nici nu avea opțiunea de a emite un titlu executoriu, ci doar opțiunea sesizării organelor judiciare.

Finalmente, în ceea ce privește a doua problemă analizată în acest context, instanța a concluzionat că are posibilitatea de a constata incidența amnistiei fiscale în afara unui titlu executoriu și nu doar după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești care tranșează acțiunea civilă, stabilind existența datoriei principale și a accesoriilor. În viziunea judecătorilor investiți cu soluționarea cauzei doar un astfel de răspuns ar corespunde

*nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, cu modificările și completările ulterioare, denumit în continuare Codul de procedură fiscală, sau răspunderea potrivit Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare, sau potrivit Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, **inclusiv legii penale**, pentru obligațiile bugetare aferente perioadei anterioare datei de 31 martie 2020 inclusiv, indiferent de data emiterii deciziei de atragere a răspunderii sau a rămânerii definitive a hotărârii judecătorești de atragere a răspunderii” (s.n.).*

jurisdicției depline a instanței penale, care este singura în măsură să stabilească răspunderea penală și apoi răspunderea civilă, analizând totodată și eventualele cauze de stingere a prejudiciului. O altă soluție ar constitui totodată un serios impediment în aplicarea dispozițiilor art. 10 din Legea nr. 241/2005.

c) având în vedere cele expuse anterior, în mod firesc, instanța a concluzionat că dispozițiile art. 10 alin. (1¹) sunt aplicabile și în situația în care inculpații au achitat debitul principal majorat cu 20% din baza de calcul, fără a achita și accesoriile, întrucât în privința acestora din urmă a intervenit amnistia fiscală.

III. Propria opinie

a) În ceea ce privește prima problemă supusă analizei, credem că dispozițiile invocate de instanță [cele prevăzute de art. 1 alin. (5) lit. b din Ordinul nr. 198/08.09.2021] sunt cât se poate de clare: de dispozițiile amnistiei fiscale beneficiază și persoanele care au comis o infracțiune, cele de evaziune fiscală nefiind excluse. În contextul existenței acestei prevederi exprese, răspunsul judecătorilor care au fost investiți cu soluționarea cauzei nici nu putea fi altul, iar în privința acestui aspect achiesăm întru totul la opinia instanței.

b) În privința celei de a doua probleme, lucrurile credem că sunt mai complicate. În mod „tradițional” se consideră invariabil că prin comiterea unei infracțiuni de evaziune fiscală se cauzează un prejudiciu bugetului de

stat. Am arătat însă cu o altă ocazie⁶ că infracțiunile de evaziune fiscală se diferențiază de alte infracțiuni contra patrimoniului, specificul celor dintâi fiind acela că obligația de plată de la care se sustrage inculpatul prin comiterea faptei este una preexistentă. În cazul comiterii unei infracțiuni de evaziune fiscală, autorul nu ajunge să aibă o „datorie” față de victimă ca urmare a conduitei infracționale, această datorie fiind una preexistentă în baza dispozițiilor fiscale. Altfel spus, contribuabilul desfășoară activități generatoare de venituri impozabile (și taxabile, după caz), moment de la care se constituie baza impozabilă și de la care se naște obligația fiscală⁷. Nu prin

⁶ Oana BUGNAR-COLDEA, *Infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute de art. 9 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, pp. 464 și urm.

⁷ În susținerea acestui punct de vedere facem trimitere și la dispozițiile art. 21 alin. (1) din Codul de procedură fiscală, potrivit cărora „Dacă legea nu prevede altfel, dreptul de creanță fiscală și obligația fiscală corelativă se nasc în momentul în care, potrivit legii, se constituie baza de impozitare care le generează sau în momentul la care contribuabilul/plătitorul este îndreptățit, potrivit legii, să ceară restituirea”. Or, baza de impozitare se constituie în momentul efectuării operațiunii impozabile. În același sens, că baza de impunere se naște în momentul efectuării operațiunii care generează o obligație de plată a se vedea și CAB, dec.civ.: 4134/2018; CA Cluj, sent.civ.: 140/2016, disponibile la adresa www.rolii.ro; ÎCCJ, dec.civ.: 2103/2017, disponibilă la adresa www.scj.ro. În sens contrar, că momentul apariției creanței fiscale este momentul expirării termenului legal de depunere a declarației anuale a se vedea CAB, dec. civ.: 6014/2018; CA Cluj, dec. civ.: 4398/2018, disponibile la adresa www.rolii.ro. Nu putem fi de acord cu această din urmă viziune, depunerea declarației având doar rol declarativ, unul din argumente fiind acela că, a aprecia că momentul depunerii declarației este cel în care se naște creanța fiscală ar conduce la concluzia că, în măsura în care o astfel de declarație nu este depusă, nu există o creanță fiscală, deci contribuabilul nu are de plătit nicio taxă sau impozit. Pentru detalii privitoare la momentul apariției creanței fiscale a se vedea și O. BUGNAR-COLDEA, *Infracțiunile de evaziune fiscală...*, pp. 156 și urm.

comiterea infracțiunii de evaziune fiscală de naște acea „datorie” față de stat, ci prin desfășurarea activității economice.

Dacă ne raportăm la situația concretă analizată de instanța de judecată, cronologia „evenimentelor” ar fi următoarea:

- contribuabilii desfășoară o activitate economică – pe măsură ce obțin venituri impozabile și taxabile, se naște obligația fiscală deci au o „datorie” față de stat;
- înregistrează în contabilitate cheltuieli fictive (se consumă infracțiunea de evaziune fiscală) – diminuează astfel cuantumul obligațiilor fiscale.

Această specificitate a prejudiciului în materia infracțiunilor de evaziune fiscală i-a determinat pe unii autori să concluzioneze că în procesele penale având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală, nu este posibilă constituirea de parte civilă⁸. În esență, argumentele aduse în susținerea acestui punct de vedere constau în faptul că: (i) organele fiscale sunt cele competente să stabilească cuantumul obligațiilor fiscale, Codul de procedură fiscală reglementând toate mecanismele necesare, inclusiv în ceea ce privește executarea silită a debitorului⁹; (ii) procedura de executare a creanței fiscale în baza deciziei de impunere și eventuala procedură de angajare a răspunderii

⁸ Ioana Maria COSTEA, *Evaziunea fiscală. Legea nr. 241/2005 comentată și adnotată*, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 309; Diana ABRUDEAN, „Paralelismul procedurilor declanșate de faptele de evaziune fiscală. (II) Evaziunea fiscală – un singur ilicit pentru două proceduri complementare”, *Tax Magazine nr. 7/2016*, p. 454.

⁹ Pentru o pertinentă analiză cu privire la imposibilitatea ca Parchetul să interpreteze legea fiscală și să stabilească obligații fiscale și, implicit, ca instanța de judecată să admită constituirea de parte civilă formulată de către ANAF, a se vedea Cosmin Flavius COSTAȘ, *Poate interpreta Parchetul legea fiscală și poate stabili obligații fiscale?*, disponibil la adresa www.juridice.ro.

solidare nu sunt opționale pentru organele fiscale și este nejustificat ca acestea să aștepte soluționarea procesului penal în vederea executării silite a debitorului; (iii) în situația în care autoritatea fiscală nu doar că emite o decizie de impunere, dar se și constituie parte civilă în procesul penal, pentru același prejudiciu, se obține un dublu remediu în mod nejustificat; (iv) autoritatea fiscală nu are nici un interes să exercite acțiunea civilă deoarece aceasta nu acționează ca un simplu particular, ci în calitatea sa de putere publică.

Așa cum pertinent a argumentat un autor, această dublă posibilitate a organelor fiscale de a recupera sumele sustrate de la impozitare, conduce la un cumul de proceduri (penală și fiscală) care generează o multitudine de probleme practice¹⁰.

Oricât de pertinente și logice sunt argumentele autorilor citați, soluția propusă este contrazisă, din păcate, de dispozițiile Codului de procedură fiscală, din lecturarea cărora rezultă că este posibilă constituirea de parte civilă. În acest sens facem trimitere la art. 150 alin. (3) din acest act normativ, potrivit căruia „Contribuabilul/Plătitorul sau altă persoană interesată poate să plătească sumele înscrise în procesele-verbale prevăzute la alin. (1)¹¹ sau, după caz, pretențiile organului fiscal înscrise în documentele prin care s-a constituit parte civilă în procesul penal”. De asemenea, potrivit art. 277 alin. (4) din același act normativ, „Hotărârea definitivă a instanței penale prin care

¹⁰ C.F. COSTAȘ, „Prejudiciul sau eterna necunoscută a galaxiilor fiscale, penale și de insolvență”, *Cluj Tax Forum Journal* nr. 2/2019, pp. 95 și urm.

¹¹ Potrivit alin. (1): „Procesele-verbale care stau la baza sesizării organelor de urmărire penală prin care organele fiscale constată situații de fapt ce ar putea întruni elementele constitutive ale unei infracțiuni, precum și procesele-verbale încheiate la solicitarea organelor de urmărire penală, prin care se evaluează prejudiciul nu sunt acte administrativ fiscale în sensul prezentului cod”.

se soluționează acțiunea civilă este opozabilă organelor de soluționare competente, cu privire la sumele pentru care statul s-a constituit parte civilă”.

În susținerea necesității ca organele fiscale să se poată constitui parte civilă în procesele penale având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală ar mai putea fi aduse pe de altă parte câteva argumente. Cercetarea unei fapte de evaziune fiscale s-ar putea să se realizeze urmare a unei sesizări din oficiu, caz în care nu există o decizie de impunere. Într-o astfel de situație, ar exista două posibilități: fie am admite că organele fiscale se pot constitui parte civilă în procesele penale, iar instanța penală poate stabili care sunt obligațiile de plată ale contribuabilului, fie am achiesa la opinia autorilor citați și am considera că nu este posibilă constituirea de parte civilă, stabilirea sumelor se poate face doar de organele fiscale, separat de procesul penal, iar recuperarea sumelor datorate să se facă prin mecanismele de drept fiscal. Deși corectă din punct de vedere conceptual, această ultimă variantă nu ar fi concordantă cu dispozițiile din Codul de procedură fiscală la care am făcut referire anterior, din care rezultă că organele fiscale se pot constitui parte civilă în procesele penale.

De asemenea, este posibil ca, deși organele fiscale au stabilit un anumit quantum al obligațiilor fiscale datorate, în urma cercetărilor efectuate în cauză, organele penale să constate că, în realitate, contribuabilul s-a sustras de la îndeplinirea obligațiilor fiscale într-un quantum mai mare decât cel identificat de organele fiscale la momentul efectuării inspecției¹². În această

¹² Chiar dacă dispozițiile art. 113 din Codul de procedură fiscală, reglementează o sumedenie de activități care pot fi întreprinse de organele fiscale pentru a face posibilă efectuarea inspecției fiscale (de ex. examinarea documentelor aflate în dosarul fiscal al contribuabilului/plătitorului; analiza și evaluarea informațiilor fiscale, în vederea confruntării declarațiilor fiscale cu informațiile proprii sau din alte surse și, după caz, a descoperirii de elemente noi relevante pentru aplicarea legislației fiscale; solicitarea de informații de la terți; verificarea locurilor unde se realizează activități generatoare de venituri impozabile ori unde se

situație, dacă nu am admite posibilitatea constituirii de parte civilă a autorității fiscale în procesul penal și al stabilirii obligațiilor de plată de către instanța penală, s-ar impune din nou, verificarea sau reverificarea, după caz¹³, a situației fiscale a contribuabilului de către organele fiscale.

află bunurile impozabile, etc.), activități care se aseamănă până la un punct cu cele care pot fi întreprinse de organele de urmărire penală, totuși, mecanismele de cercetare penală au o „forță” superioară. Cu titlu de exemplu, infracțiunea de mărturie mincinoasă prevăzută de art. 273 din Codul penal se aplică martorilor audiați într-un proces penal, dar nu și în cazul terților de la care organele fiscale solicită informații. De aceea, o declarație de martor dată într-un proces penal poate fi mai relevantă decât informațiile furnizate de un terț, fără presiunea atragerii răspunderii penale pentru săvârșirea infracțiunii de mărturie mincinoasă, în cazul în care informațiile transmise nu corespund realității.

¹³ Amintim faptul că, potrivit art. 128 alin. (1) din Codul de procedură fiscală „Prin excepție de la prevederile art. 118 alin. (3) (potrivit cărora *inspecția fiscală se poate efectua o singură dată pentru fiecare tip de creanță fiscală și pentru fiecare persoană supusă impozitării – n.n.*), conducătorul organului de inspecție fiscală poate decide reverificarea unor tipuri de obligații fiscale pentru o anumită perioadă impozabilă, la propunerea organului de inspecție fiscală desemnat cu efectuarea inspecției sau la cererea contribuabilului, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- a) după încheierea inspecției fiscale apar date suplimentare care erau necunoscute organului de inspecție fiscală sau, după caz, contribuabilului, la data efectuării inspecției fiscale;
- b) datele suplimentare influențează rezultatele inspecției fiscale încheiate”.

În acest context, mai precizăm că reverificarea prevăzută de art. 128 din Codul de procedură fiscală nu se realizează prin aplicarea concomitentă a dispozițiilor art. 350 din același act normativ, privitor la colaborarea cu organele de urmărire penală, deoarece rezultatul unui control fiscal realizat la solicitarea acestor organe nu se finalizează cu emiterea unei decizii de impunere, deci a unui titlu executoriu, ci cu întocmirea unui proces-verbal, care constituie mijloc de probă în procesul penal. Reverificarea în sensul dispozițiilor art. 128 din Codul de procedură fiscală se poate realiza așadar doar distinct de procesul penal, la inițiativa conducătorului organului de inspecție fiscală.

În ceea ce ne privește, achiesăm la opinia autorilor care apreciază că nu este posibilă constituirea de parte civilă în procesele penale având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală. Dacă am admite o astfel de soluție, dilema apărută odată cu soluționarea cauzei supusă analizei nici nu ar mai exista. Altfel spus, nu s-ar mai pune problema ca instanța penală să constate incidența dispozițiilor privitoare la amnistia fiscală, deoarece nu ar mai fi investită și cu soluționarea laturii civile. Or, aplicabilitatea acestor dispoziții ține, în mod evident, de latura civilă a cauzei.

Totuși, având în vedere prevederile potrivit cărora administrația fiscală se poate constitui parte civilă în procesele penale, având în vedere cele expuse anterior cu privire la unele probleme care ar putea apărea dacă am admite o opinie contrară, dar și „tradiția” aditerii constituirii de parte civilă a ANAF în procesele penale, credem că o altă soluție pronunțată de instanță ar fi fost una cel puțin „exotică” în peisajul juridic actual.

Dacă pornim de la premisa că este posibilă constituirea de parte civilă în procesele penale având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală, soluția instanței este corectă. Din moment ce aceasta este investită cu soluționarea laturii civile, regulile de drept civil (fiscal) trebuie aplicate întru totul. Ar fi absurd ca instanța penală să poată stabili întinderea obligațiilor fiscale, dar să

În condițiile în care pornim de la premisa că este posibilă constituirea de parte civilă în procesele penale având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală, credem că este corect ca, în situația în care organele fiscale verifică situația contribuabilului la solicitarea organelor de urmărire penală, acestea să întocmească un proces-verbal care constituie mijloc de probă și nu să emită o decizie de impunere. Organele de urmărire penală și ulterior instanța de judecată analizează temeinicia unei acuzații în baza mijloacelor de probă aflate la dosar, apreciind relevanța și concludența acestora, nici o probă neavând o valoare superioară predefinită. Decizia de impunere este un document fiscal, care constituie titlu executoriu și care are o astfel de valoare în afara procesului penal. O decizie de impunere aflată într-un dosar penal nu poate avea o altă valoare decât a unui înscris care constituie mijloc de probă.

nu poată face și aplicarea unor norme care diminuează sau chiar anulează anumite obligații de această natură (în speța analizată, de anulare a accesoriilor). O soluție contrară ar echivala cu obligarea inculpaților la efectuarea unei plăți nedatorate și nu putem să nu ne întrebăm care ar fi situația ulterior rămânerii definitive a hotărârii de condamnare. Altfel spus, pentru a beneficia de dispozițiile art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005, inculpații ar achita și accesoriile, iar ulterior ar solicita administrației fiscale restituirea sumelor respective, având în vedere că acestea nu sunt de fapt datorate?

În ceea ce privește problema analizării de către instanță a incidenței amnistiei fiscale în afara unui titlu executoriu, așadar anterior rămânerii definitive a hotărârii judecătorești care tranșează acțiunea civilă, după cum am precizat, judecătorii au apreciat că în virtutea deplinei jurisdicții a instanței penale aceasta poate decide, odată cu soluționarea cauzei, și cu privire la eventualele cauze de stingere a prejudiciului, în speță, incidența amnistiei fiscale.

În opinia noastră, pornind din nou de la premisa posibilității constituirii de parte civilă a organelor fiscale, soluția instanței este corectă. În măsura în care s-ar aprecia că incidența amnistiei fiscale ar putea fi analizată doar după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești care tranșează acțiunea civilă, s-ar ajunge din nou în situația absurdă la care am făcut referire anterior în care, pentru a beneficia de dispozițiile art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005, inculpații ar fi nevoiți să achite obligațiile fiscale accesorii care în realitate, potrivit dreptului fiscal nu sunt datorate statului și am ajunge din nou la dilema anterioară: Ar trebui inculpații să achite accesoriile, iar ulterior să solicite restituirea lor? În plus, nu este exclus ca valoarea obligațiilor accesorii să fie atât de ridicată încât inculpații, deși ar putea achita prejudiciul majorat cu 20%, să nu aibă capacitatea financiară de achita și accesoriile,

pierzând astfel posibilitatea de a beneficia de cauza de nepedepsire, deși accesoriile nu sunt datorate. Într-o astfel de situație nu doar inculpații ar avea de pierdut, ci și statul, inculpații fiind descurajați să mai repare prejudiciul și să achite suplimentar 20% din baza impozabilă, având în vedere că nu ar beneficia de cauza de nepedepsire. De asemenea, s-ar ajunge în situația discriminatorie în care, în cazul inculpaților care au beneficiat anterior de anularea obligațiilor fiscale accesorii în temeiul OUG nr. 69/2020 să poată fi aplicată cauza de nepedepsire în situația în care achită prejudiciul majorat cu 20%, fără accesorii, însă inculpații care nu au beneficiat anterior de aceste dispoziții să fie obligați să achite obligațiile fiscale accesorii, având însă ulterior posibilitatea de a solicita restituirea sumelor astfel achitate.

În aceste condiții, credem că soluția instanței în privința acestui aspect este una cât se poate de corectă.

c) Finalmente, în ceea ce privește posibilitatea aplicării dispozițiilor art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005 în situația în care inculpatul nu achită obligațiile fiscale accesorii, ci în privința acestora a intervenit amnistia fiscală, din cele arătate anterior credem că s-a putut deduce deja că achiesăm la opinia instanței care a răspuns afirmativ la această întrebare.

Chiar dacă potrivit dispozițiilor art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005, pentru a beneficia de cauza de nepedepsire, inculpații trebuie să achite prejudiciul cauzat, majorat cu 20% din baza impozabilă, precum și dobânzile și penalitățile, aceasta nu înseamnă că întotdeauna se impune ca aceste accesorii să fie achitate efectiv. Textul nu exclude posibilitatea ca accesoriile să fie considerate stinse prin alte mecanisme, precum incidența amnistiei fiscale. În același sens s-a arătat că „art. 10 alin. (1¹) din Lege nu condiționează în mod explicit aplicarea cauzei de nepedepsire de o plată efectivă ci de «acoperirea integrală»”, iar „Formularea «acoperire integrală»

se apropie mai mult ca semantică de noțiunea de «stingere» a unei obligații, în orice formă, decât de cea de plată exclusiv¹⁴.

În plus, în materia infracțiunilor de evaziune fiscală, având în vedere principiul subsidiarității dreptului penal, acesta trebuie privit ca un „accesoriu” al dreptului fiscal, în sensul în care, prin normele de incriminare prevăzute în cuprinsul Legii nr. 241/2005, se „garantează” un nivel mai ridicat al colectării taxelor și impozitelor, atunci când normele de drept fiscal sunt insuficiente. Ar fi absurd ca, deși potrivit normelor de drept fiscal contribuabilul nu datorează sume bugetului de stat, instanța penală investită cu soluționarea unei cauze având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală să dispună plata de către inculpați a unor sume care nu sunt datorate. Făcându-se o paralelă cu situația persoanelor care au beneficiat de anularea accesoriilor anterior intrării în vigoare a dispozițiilor art. 10 alin. (1¹) din Legea nr. 241/2005 a fost subliniată absurditatea unei concluzii contrare. S-a arătat astfel că a solicita acestor persoane să achite inclusiv accesoriile, pentru a beneficia de cauza de nepedepsire, ar echivala cu obligarea acestora la efectuarea unei plăți cert nedatorate, în condițiile în care partea civilă a considerat că prejudiciul civil (fiscal) a fost reparat integral și nu ar mai avea nicio pretenție¹⁵.

Concluzionând, decizia analizată credem că este una de importanță mai ales pentru practica judiciară, având în vedere că numărul dosarelor având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală este unul ridicat și având în vedere intrarea în vigoare a OUG nr. 69/2020, fără îndoială problemele analizate în cuprinsul acestei decizii au intervenit și în alte situații.

¹⁴ Doris Alina ȘERBAN, *Câteva controverse privind evaziunea fiscală. Partea I*, disponibil la adresa www.juridice.ro.

¹⁵ *Ibidem*.

IV. Lista bibliografică:

ABRUDEAN D., „Paralelismul procedurilor declanșate de faptele de evaziune fiscală.

(II) Evaziunea fiscală – un singur ilicit pentru două proceduri complementare”, *Tax Magazine nr. 7/2016*;

BUGNAR-COLDEA O., *Infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute de art. 9 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale*, Ed. Universul Juridic, București, 2021;

COSTAȘ C.F., *Poate interpreta Parchetul legea fiscală și poate stabili obligații fiscale?*, disponibil la adresa www.juridice.ro;

COSTAȘ C.F., „Prejudiciul sau eterna necunoscută a galaxiilor fiscale, penale și de insolvență”, *Cluj Tax Forum Journal nr. 2/2019*

COSTEA I.M., *Evaziunea fiscală. Legea nr. 241/2005 comentată și adnotată*, Ed. Hamangiu, București, 2019;

ȘERBAN D.A., *Câteva controverse privind evaziunea fiscală. Partea I*, disponibil la adresa www.juridice.ro.