

**LBRIS**

We know  
books

**Prof. univ. dr. Ion Deleanu**

## **Ficțiunile juridice**



**Editura All Beck București 2005**

## Cuprins

<b>Abrevieri uzuale .....</b>	<b>V</b>
<b>Plan și motivare .....</b>	<b>VII</b>
<b>Capitolul I. Ficțiunile și prezumțiile juridice – conotații, interferențe și delimitări .....</b>	<b>1</b>
Secțiunea 1. Ficțiunile juridice .....	1
1. Repere retrospective asupra ficțiunilor în general și asupra celor juridice în special.....	1
2. Conспект asupra filosofiei lui «ca și cum» .....	5
3. Problema imanenței ficțiunilor.....	15
4. Semnificațiile ficțiunii.....	18
5. Ficțiunea și analogia.....	26
6. Ficțiunea și asimilarea .....	28
7. Ficțiunea și împrumutul de regim juridic .....	29
8. Ficțiunea juridică și simulația .....	30
9. Ficțiunea și simbolul .....	32
10. Ficțiunea juridică și fictivitatea .....	33
11. Ficțiunile – procedeu de tehnică legislativă .....	34
12. Ficțiunile – procedeu de tehnică judiciară.....	40
13. Ficțiunile – instrument de politică juridică .....	44
14. Criteriul de referință al ficțiunii – realitatea.....	46
15. Legitimitatea ficțiunilor .....	48
16. Ficțiunile – judecată de valoare.....	52
17. Domeniul ficțiunilor juridice.....	55
17.1. Dreptul constituțional .....	57
17.2. Dreptul administrativ.....	58
17.3. Dreptul penal .....	60
17.4. Dreptul internațional public.....	61
17.5. Dreptul internațional privat .....	64
17.6. Dreptul civil.....	65
17.7. Dreptul procesual civil .....	67

18. Limitele ficțiunilor juridice .....	67
18.1. Limitele relative .....	67
18.2. Limitele absolute .....	75
Secțiunea a 2-a. Prezumțiile juridice .....	80
19. Justificare preliminară .....	80
20. Conotația termenului «presumpție» .....	80
21. Probabilitatea – temeiul prezumțiilor .....	82
22. Presumțiile și teoria adevărului .....	85
23. Retrospectivă istorică asupra dinamicii prezumțiilor .....	88
24. Presumțiile – ca procedeu special de tehnică legislativă, ca regulă de drept sau ca mijloc de probațiune .....	90
25. Categoriile de prezumții .....	99
26. Observații conclusive .....	124
Secțiunea a 3-a. Interferențe și delimitări .....	130
27. Asemănări între ficțiuni și prezumții .....	130
28. Delimitări între ficțiuni și prezumții .....	131
<b>Capitolul II. Ficțiuni legale .....</b>	<b>137</b>
29. Precizări prealabile .....	137
Secțiunea 1. <i>Nemo censetur legem ignorare</i> .....	138
30. Cunoașterea legii .....	138
31. Eroarea de drept .....	149
32. Condițiile invocării erorii de drept .....	169
32.1. Caracterul determinant al erorii .....	171
32.2. Caracterul scuizabil al erorii .....	174
Secțiunea a 2-a. Ficțiuni juridice în procedura legislativă și administrativă .....	177
33. Ficțiuni juridice în procedura legislativă .....	177
33.1. Adoptarea legii sau a ordonanței de urgență prin neadoptare .....	177
33.2. Adoptarea proiectului de lege prin procedura angajării răspunderii politice de către Guvern .....	184
34. Ficțiuni juridice în procedura administrativă .....	189
34.1. Aprobarea tacită .....	189
34.2. Funcția și funcționarul de fapt .....	199
34.3. Refuzul nejustificat al unei autorități administrative .....	202
Secțiunea a 3-a. Retroactivitatea și ultraactivitatea legii .....	207
35. Precizări prealabile și repere constituționale .....	207

36. Efectul imediat al legii noi și neretroactivitatea.....	213
37. Efectul imediat al legii noi și ultraactivitatea legii vechi.....	218
38. Retroactivitatea și ultraactivitatea legii – ficțiuni juridice.....	219
Secțiunea a 4-a. Nominalismul monetar și valorismul.....	222
39. Impreviziunea.....	222
40. Nominalismul monetar.....	224
41. Valorismul.....	226
Secțiunea a 5-a. Răspunderea penală a persoanei juridice.....	232
42. Reglementare.....	232
43. Fundamentul răspunderii penale a persoanei juridice.....	235
Secțiunea a 6-a. Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă.....	240
44. Reglementare.....	240
45. Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă – ficțiune legală.....	245
45.1. Stabilirea unei noi legături de filiație.....	246
45.2. Încetarea rudeniei firești.....	247
Secțiunea a 7-a. Ficțiuni juridice derivând din obiectivarea voinței la încheierea unui act juridic.....	249
46. Voința – element structural al actului juridic.....	249
47. Conținutul ficțiunii juridice derivând din obiectivarea voinței.....	250
Secțiunea a 8-a. Ipoteza reprezentării succesoriale.....	257
48. Definiție, condiții și efecte.....	257
49. Fundamentul reprezentării.....	261

### **Capitolul III. Ficțiuni juridice având ca sursă voința**

<b>părților și ficțiuni juridice doctrinare.....</b>	<b>264</b>
50. Preliminarii.....	264
Secțiunea 1. Ficțiuni juridice având ca sursă voința părților.....	265
51. Admisibilitate și legitimitate.....	265
52. Elemente specifice.....	268
Secțiunea a 2-a. Ficțiuni juridice doctrinare.....	269
53. Rosturile ficțiunilor juridice doctrinare.....	269
54. Ipoteze exemplificative de ficțiuni juridice doctrinare.....	269

### **Capitolul IV. Ficțiuni juridice jurisprudențiale.....**

55. Controverse și ipoteze de abordare.....	274
56. Forme de intervenție a instanțelor judecătorești.....	291

57. Situații exemplificative de intervenție a instanțelor judecătorești.....	296
57.1. Proprietatea comună pe cote-părți.....	296
57.2. Răspunderea obiectivă.....	297
57.3. Creditorul obligației de întreținere din partea părinților.....	304
57.4. Titularul acțiunii în tăgada paternității.....	306
57.5. Îmbogățirea fără justă cauză.....	312
57.6. Aparența în drept.....	319
57.7. Daunele morale.....	331
57.8. <i>Nemo auditur propriam turpitudinem</i> .....	338
57.9. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> .....	340
57.10. Dreptul de retenție.....	344
57.11. Promisiunea unilaterală și pactul de preferință.....	350
57.12. Superficia.....	365
57.13. Contractul de mijlocire sau de misitie.....	373
57.14. Mutabilitatea judiciară a clauzei penale.....	376
<b>Capitolul V. Pseudoficțiuni juridice.....</b>	<b>387</b>
58. Preliminarii.....	387
Secțiunea 1. Ipoteze de ficțiuni juridice cu privire la bunuri.....	388
59. Clasificarea bunurilor și subrogarea reală.....	388
60. Afecțatiunea reală în cazul imobilizării bunului prin destinație.....	392
61. Afecțatiunea personală în cazul mobilității unui bun prin anticipare.....	396
62. Subrogarea reală.....	398
Secțiunea a 2-a. Ipoteze de ficțiuni juridice cu privire la existența subiectului de drept.....	410
63. Persoana fizică și personalitatea juridică.....	410
64. <i>Infans conceptus pro nato quoties de commodis eius agitur</i> .....	411
65. Patrimoniul și personalitatea juridică.....	418
66. Persoana juridică sau morală – conotație.....	423
67. Natura persoanei juridice.....	438
67.1. Teoria ficțiunii.....	438
67.2. Teoria realității concrete.....	439
67.3. Teoria realității tehnice.....	440

Secțiunea a 3-a. Ipoteza ficțiunii juridice în materie de reprezentare.....	443
68. Definiția reprezentării și formele acesteia.....	443
69. Condițiile reprezentării.....	448
70. Reprezentarea nu este o ficțiune juridică .....	450
Secțiunea a 4-a. Ipoteza ficțiunilor juridice în domeniul retroactivității efectelor juridice.....	458
71. Premisele calificării ca ficțiune a retroactivității.....	458
72. Actele constitutive și actele declarative .....	461
73. Partajul .....	463
74. Condiția.....	466
75. Nulitatea.....	472
76. Rezoluțiunea.....	475
<b>Concluzii și remotivare .....</b>	<b>485</b>
<b>Index alfabetic selectiv .....</b>	<b>487</b>

## Capitolul I

### Ficțiunile și prezumțiile juridice – conotații, interferențe și delimitări

#### Secțiunea 1

##### Ficțiunile juridice

**1. Repere retrospective asupra ficțiunilor în general și asupra celor juridice în special.**<sup>1</sup> Sub influența unei concepții «estetice» și având conotații negative – „arta este un adevăr fals”, ea „imită natura” – concepție provenind din Antichitate, ficțiunea n-ar face altceva decât să imite lucrurile naturale – *fictio argo imitatur naturam; ergo fictio habet locum, ubi potest habere locum veritas*. Sub influența însă a canoniștilor, ficțiunea nu mai este valorizată doar ca procedeu de «imitare» a unui model din natură, ci și ca procedeu de a «crea». Etimologic, ambele sensuri pot fi acceptate: la început *fingere* semnifica doar «modelarea», dar apoi și «imaginația», «inventarea», «disimularea». În ambele accepțiuni, ficțiunea a fost percepută ca artificiu prin care realitatea este ignorată. Ea ar fi deci un „artificiu de tehnică juridică”, o „minciună a legii”, constând în considerarea unui fapt sau a unei situații diferite de realitate ca fiind totuși reală, pentru ca astfel să producă efecte juridice<sup>2</sup>. Ideea de „minciună a legii” nu doar că este peiorativă –

---

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

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

„disprețuitoare” în raport cu realitatea, considerată „laudativă”<sup>3</sup> –, dar ea însăși ignoră sensul primar al ficțiunii – acela de «imitare» – și îndeamnă la condamnarea ficțiunilor în raport cu valorile morale, la înlăturarea lor din arsenalul juridic, pentru că sunt nu numai „inutile”, ci chiar „periculoase”. „Condamnarea însă generală a acestui procedeu este în contradicție totală cu importanța ficțiunilor juridice, procedeu universal, întrebuițat în toate sistemele juridice și în toate timpurile”<sup>4</sup>. Importanța ficțiunilor este confirmată de universalitatea lor<sup>5</sup>; ele sunt prezente în texte biblice, în dreptul oriental, ca și în dreptul occidental, sub semnul unor considerații sau filosofii foarte diferite. Omniprezența ficțiunilor se relevă și prin identificarea lor în toate ramurile dreptului.

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

---

juridique, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 3<sup>e</sup> éd., 1992, p. 355.

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

<sup>4</sup> A.M. Leroyer, op. cit., p. 7, 8.

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

<sup>6</sup> A.M. Leroyer, op. cit., nr. 8.

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

În Evul Mediu s-a încercat elaborarea primei teorii generale a ficțiunilor, glosatorii determinându-le elementele constitutive și chiar clasificându-le în zece grupe: substanța, cantitatea, calitatea, relația, locul, timpul, poziția, posesiunea, acțiunea, pasiunea. În epoca postglosatorilor poate fi întâlnită chiar prima definiție a ficțiunii<sup>8</sup>: „*fictio est in re certa, contraria veritati, pro veritate assumptio*” – ficțiunea constă în considerarea unui fapt, care, în mod cert este contrar realității, ca fiind adevărat. Mai târziu, reluându-se definiția, s-au făcut alte două precizări, mai ales cu privire la efectele juridice ale ficțiunii și necesitatea ca ele să fie conforme echității: *fictio est in re certa, eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio; causa fictionis est aequitas*. S-a reconsiderat și clasificarea ficțiunilor, inspirată de Stagirit, grupându-le în doar trei categorii, sugestive de altfel pentru a descifra mecanismul ficțiunilor: «ficțiuni inductive» – conform cărora ceea ce nu este se consideră totuși că este; «ficțiuni privative» – conform cărora ceea ce este se consideră totuși

---

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

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

că nu este; «ficțiuni translative» – conform cărora ceea ce există într-un anumit mod poate exista și într-un alt mod<sup>9</sup>. În această epocă însă, Thomas din Aquino face o distincție categorică între «ficțiuni mincinoase», care trebuie prohibite, și ficțiuni ca «imagine a adevărului», care trebuie încurajate.

În dreptul cutumiar, ficțiunile au fost de asemenea întrebuințate, mai ales în privința bunurilor<sup>10</sup>.

Începând cu secolul al XVI-lea apar primele tratate consacrate ficțiunilor<sup>11</sup>. În secolul al XVIII-lea, opoziția dintre ficțiune și adevăr este accentuată și, pe cale de consecință, condamnarea lor este globală, indistinctivă, ca fiind „cel mai pernicios mod și cea mai grosolană minciună” – cum spunea unul dintre exponenții școlii utilitariste a dreptului. Pothier, împărtășind părerea că ficțiunile nu pot fi întrebuințate decât pentru considerente de echitate, era adeptul admiterii lor, dar numai restrictiv: „*la fiction n'opère pas au-delà du cas fictif*” – „*fictio non operatur ultra casum fictum*”<sup>12</sup>. Ihering, definind ficțiunea ca „minciună consacrată din necesitate”, le admitea doar sub titlu tranzitoriu.

Începând cu secolul XX, demersurile în jurul ficțiunilor se multiplică<sup>13</sup>, dar, în general, ele se află sub consemnul lui Ihering. Doi

---

<sup>9</sup> A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 9.

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

<sup>11</sup> Pentru exemplificări, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 11.

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

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

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

În doctrina germană a secolului XX, cu siguranță se detașează lucrarea lui H. Vaihinger<sup>14</sup>, căreia, între anii 1915-1925, i s-au dedicat nu mai puțin de 20 de opere, între care și mai ales studiul critic al lui Kelsen. Ficționalismul lui Vaihinger dezvăluie influența concepției lui Kant, după care intelectul își propune probleme pe care nu le poate rezolva, și a pesimismului lui Schopenhauer, în doctrina căruia „lucrul în sine” este identificat cu voința, întreaga rațiune și cunoaștere fiind subordonate acesteia. În concepția lui Vaihinger, gândirea înaintea prin întrebuintarea ficțiunilor sau a ideilor despre care se știe că sunt false. Bunăoară, contractul social este o idee „frumoasă, sugestivă și folositoare”, deși știm că nu are nici o aplicare în sfera realului. Doctrina lui Vaihinger seamănă cu pragmatismul – filosofia înțeleșului și adevărului –, dar diferă prin aceea că el consideră și teoriile folositoare la fel de false<sup>15</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

Ficțiunea derivă, așadar, dintr-o aperccepție comparativă: *quasi, sicut, comme si, que si, als ob, wie wenn* etc. Nu este însă o simplă comparație și nici o analogie adevărată; ea se află la jumătatea drumului: între o comparație retorică și o echivalență reală<sup>17</sup>. Dacă ar fi o analogie<sup>18</sup> sau un trop, simplul *ca și* ar fi suficient. Cum însă nu este nici una, nici alta, acestui *ca și* i s-a adăugat *cum*. S-a enunțat astfel o condiție și, totodată, o situație imposibilă. „În acest complex de elemente stă de fapt întregul proces al gândirii care caracterizează ficțiunea”<sup>19</sup>. Se afirmă ceva ireal sau imposibil. De ce procedăm astfel sau de ce trebuie să procedăm astfel? Pur și simplu și provizoriu pentru a «explica» ceea ce este inexplicabil sau pentru a accepta soluții la situații insolubile. În aceasta constă *utilitatea* ficțiunii. Ficțiunea este o eroare *conștientă, practică și utilă*. Ficțiunile sunt întrebuințate având clară conștiința non-adevărului lor; dar ele nu sunt simple minciuni, făcute în scopul înșelării, nici mituri, contrare adevărului și neverificabile; ele sunt instrumente utile în «teoria cunoașterii», întrucât o abatere de la adevăr nu poate fi conștientă decât prin luarea în considerare a realității cunoscute<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> H. Vaihinger, op. cit., p. 64.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 163.

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

<sup>19</sup> H. Vaihinger, op. cit., p. 164.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 32 și urm., p. 143 și urm.

Critica acestei concepții, din partea lui Kelsen, a fost virulentă<sup>21</sup>, zicându-se că numai o știință a dreptului total rătăcită de la drumul ei se poate servi de o ficțiune orientată spre cunoașterea realității<sup>22</sup>. Este imposibil – spunea Kelsen – să se aprecieze contrarietatea sau conformitatea unei reguli de drept cu realitatea, căci legea, înțeleasă ca act de voință, nu semnifică realitatea sau adevărul și ea nu poate fi apreciată așadar pe baza acestui criteriu<sup>23</sup>.

O mare parte a doctrinei s-a atașat concepției kelseniene, zicându-se bunăoară că: ficțiunea nu are niciodată sensul abaterii de la realitate, ea fiind doar un mijloc tehnic de identificare normativă a două propoziții diferite; ficțiunea nu este decât o formă de trimitere ocultă; ea este un mijloc de asimilare a inegalului sau de disimulare a egalului, pentru a atinge un scop<sup>24</sup>. Mai moderată poate fi considerată opinia lui Arthur Kaufmann, în sensul căreia ficțiunea constă în apropierea a două cazuri; ea este deci analogie și poate exprima astfel o parte de adevăr<sup>25</sup>.

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

Având ca reper cele câteva judecăți din ambianța filosofiei lui «ca și cum», caracteristicile generale ale ficțiunilor ar putea fi considerate următoarele<sup>26</sup>:

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

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

---

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

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 632.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 638.

<sup>24</sup> În acest sens, lucrările lui J. Esser, K. Larentz, D. Meuer ș.a.

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

<sup>26</sup> A se vedea H. Vaihinger, *op. cit.*, p. 171.

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

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

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

b) Ficțiunile – de fapt, ideile forțate sau arbitrare – dispar, fie cu timpul, în cazul semificțiunilor, ele nemaifiind utile și necesare, fie printr-o operație logică, în cazul ficțiunilor autentice. Altfel spus, când există o contradicție cu realitatea, ficțiunea poate avea valoare numai dacă ea este folosită provizoriu, „până când experiența se îmbogățește sau până când metodele gândirii se perfecționează atât de mult, încât aceste metode provizorii pot fi înlocuite cu altele definitive”<sup>27</sup>; înlăturarea ficțiunilor autentice pe parcursul unei operațiuni mentale date decurge în mod necesar din caracterul lor contradictoriu<sup>28</sup>.

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

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

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

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

– Principiul metodei ipotetice este „probabilitatea constructelor conceptuale”, pe când cel al metodei ficționale este „eficiența lor”<sup>29</sup>. Ipoteza se îndreaptă spre realitate, implicând «verificarea» ei; ficțiunea se îndreaptă împotriva realității, refuzându-și dintr-un început orice verificare. „În vreme ce orice ipoteză caută să fie expresia adecvată a unei realități încă necunoscute și să oglindească această realitate în mod corect, ficțiunea este propusă cu conștiința că ea reprezintă un mod de concepție inadecvat, subiectiv și plastic, a cărui coincidență cu realitatea este de la bun început exclusă, și care nu va putea fi ulterior verificată în felul în care sperăm să putem verifica o ipoteză. Din acest motiv, o ficțiune nu poate fi niciodată exprimată sub forma unei judecăți problematice, ci ea trebuie să-și însușească forma judecății fictive, singura potrivită să o exprime”<sup>30</sup>.

*Verificării ipotezei îi corespunde justificarea ficțiunii.*

În cazul ipotezelor se selectează totdeauna cea mai *probabilă*; în cazul ficțiunilor se selectează cea mai *utilă*.

Ipoteza se va respinge cândva, pentru că ea a intrat în sfera realului; ficțiunea va dispărea cândva, pentru că nu-și mai justifică utilitatea.

– Unele ipoteze sunt atât de generale încât ele pot fi considerate ficțiuni. Ficțiunile, dintr-un început, nu pot deveni ipoteze, ele neavând nici măcar o fărâmbă din realitate pentru a face posibilă o verificare incipientă. Pe de o parte, este deci recomandabil să eliminăm orice posibilitate de eroare, considerând o supoziție drept o ficțiune. Pe de altă parte, ar putea fi uneori recomandabil să nu includem o supoziție dată numai decît în categoria ficțiunilor, îndeosebi acolo unde mai există vreo îndoială cu privire la posibilitatea ca ea să nu corespundă cu ceva real<sup>31</sup>. „Trebuie să fim atenți – sfătuia H. Vaihinger – să nu blocăm calea spre verificare prin utilizarea termenului de «ficțiune», și cu atât mai mult nu trebuie să comitem greșeala mai vădită de a numi o supoziție ficțiune din

<sup>29</sup> H. Vaihinger, op. cit., p. 160.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 158.

simplă comoditate, numai pentru a evita astfel sarcina mai dificilă a verificării. În anumite cazuri, faptul că o supoziție dată este o ficțiune sau o ipoteză poate fi extrem de discutabil și, în orice caz dat, ar trebui să adoptăm *ipoteza că ea nu este decât o ficțiune*<sup>32</sup> [s.n.].

– Ipoteza are un scop esențialmente teoretic; ea «umple golurile» existente, făcând legătura dintre fapte. Ficțiunea are un scop practic – «explicarea» a ceea ce este inexplicabil, rezolvarea a ceea ce este nerezolvabil. „Ipoteza se străduiește să elimine contradicțiile observate în fapt, pe când ficțiunea introduce contradicții logice în existență. Din acest motiv, atât direcția, cât și metoda lor de aplicare se disting net. Ipoteza încearcă să *descopere*, iar ficțiunea să *inventeze*”<sup>33</sup> [s.n.]. Ipoteza izvorăște din elemente reale și tinde să se reîntoarcă la ele; ficțiunea rămâne cantonată în imaginar.

d) Ficțiunile sunt mijloace folosite în vederea atingerii unui scop, ele sunt așadar *eficace*. Unde nu există eficacitate, ficțiunea nu are un caracter științific. „Aceasta este, practic – spunea Vaihinger – esența poziției noastre (...) Pentru noi, elementul esențial într-o ficțiune nu este faptul că ea constituie o abatere conștientă de la realitate, o simplă plăsmuire – noi punem accentul pe natura utilitară a acestei devieri”<sup>34</sup>. Accentul pus își dovedește stringența mai ales în drept, unde eventuala existență a unor ficțiuni ineficace, așadar inutile, ține exclusiv de retorică, nu de jurisprudență.

Întâlnind, cum se va vedea, diverse *ficțiuni juridice*, clasificarea în general a ficțiunilor științifice poate prezenta interes<sup>35</sup>: *clasificarea artificială*, având o valoare euristică – aceea de a pregăti și de a facilita descoperirea unui sistem natural sau real<sup>36</sup>; *ficțiuni*

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 66 și urm., p. 266 și urm.

<sup>36</sup> Astfel cum se poate constata din cuprinsul art. 462 C. civ. și al art. 472 C. civ., criteriul «fizic» de clasificare a bunurilor este «retușat» în raport cu destinația acestora, din considerente de oportunitate juridică și economică. Destinația bunului are uneori ca și consecință faptul că dreptul

*abstractive sau neglective*, adică diversele metode în care abaterea de la realitate se manifestă în mod specific prin neglijarea anumitor elemente<sup>37</sup>; *ficțiunile schematice*, cele care edifică un complex, un eșafodaj, lipsit însă de multe dintre trăsăturile realității<sup>38</sup>; *ficțiunile*

---

conferit are o natură juridică diferită de natura lui fizică. Sau se ia în considerare o situație viitoare: un imobil devenind mobil ori un mobil devenind imobil prin destinație (nu poate fi vorba de imobile prin anticipație, nici de mobile prin destinație). Mai pe larg însă, a se vedea *infra*, nr. 59. Articolul 415 din proiectul Codului civil consacră, de asemenea, categoria *bunurilor care rămân sau devin imobile*, iar art. 417 reconstituie categoria *bunurilor mobile prin anticipație*.

<sup>37</sup> De exemplu, «celebra ficțiune» *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* – copilul conceput este considerat născut totdeauna când aceasta va fi în interesul său [art. 7 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954 prevede că: „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu”]. Articolul 654 C. civ., în materie de succesiune, precizează între altele: „Copilul conceput se consideră că există”. Copilul conceput nu este pur și simplu o «persoană viitoare»; el este protejat juridic «ca și cum» ar exista deja (a se vedea și *infra* nr. 64). Articolul 22 din proiectul Codului civil, referindu-se la drepturile copilului conceput, precizează, de asemenea, că drepturile acestuia „sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu”. Articolul 714 alin. (2) din același proiect reiterează dispozițiile anterioare: „Copilul conceput este considerat că există dacă se va naște viu”.

<sup>38</sup> Aparența în drept credem că poate fi un exemplu: o punere în acord *a posteriori* a faptelor cu exigențele juridice. Sau un exemplu particular: „contractul este acordul între două sau mai multe persoane spre a constitui sau a stinge între dânsii un raport juridic” – spune art. 942 C. civ. Ar rezulta, logic, că obligația contractuală nu există decât de la momentul încheierii definitive a contractului, pe de o parte; pe de alta, că obligația este o noțiune unitară, care nu poate fi concepută decât ca efect al contractului perfectat. Dacă unul dintre aceste elemente este ignorat, s-ar putea spune că suntem în prezența unei ficțiuni juridice. Considerând că oferta de a contracta este «un act juridic» obligatoriu pentru autorul lui – deși, în anumite condiții, revocabil – înseamnă că, prin abatere de la realitate, oferta însăși produce efecte contractuale și, dintr-o asemenea perspectivă, ea ar fi constitutivă de ficțiune (a se vedea și *infra*, nr. 30). Datele problemei ar fi esențialmente diferite în ambianța noii reglementări: după ce

*paradigmatice* sau cazurile imaginare, mai cu seamă în argumentele demonstrative<sup>39</sup>; *ficțiunile utopice*, cele derivate din utopii<sup>40</sup>; *ficțiunea-tip* sau forma originară imaginară<sup>41</sup>; *ficțiunile simbolice* sau analogice ori tropice – o instituție nouă este aperceptută printr-un construct ideatic în care există o relație similară, o propoziție analoagă celei existente în seria percepțiilor observate<sup>42</sup>; *ficțiuni personificatoare*, analogia interesând, în acest caz, grupul de idei

art. 904 din proiectul Codului civil înscrie contractele printre izvoarele obligațiilor, art. 905 definește contractul ca „acord de voință între două sau mai multe părți cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic”.

<sup>39</sup> Am putea constitui ca exemplu situațiile imaginate pentru a face posibilă declararea morții unei persoane neprecedată de declararea dispariției.

<sup>40</sup> Statul ideal al lui Platon poate fi considerat un exemplu. Contractualismul a fost de asemenea o ficțiune filosofică, urmărind înlăturarea reprezentării unei anteriorități a societății în raport cu indivizii, ca și teza originii divine a puterii.

<sup>41</sup> Fără dezvoltările care, poate, s-ar impune, spunem doar că între criteriile pentru stabilirea culpei s-a înscris și unul obiectiv, abstract, având ca reper un om cu o capacitate medie, normală, un om-etalon (celebra ficțiune statistică de *homme moyen* aparține, se pare, lui Quetelet, propusă în lucrarea sa „Sur l’homme et le développement de ces facultés, ou essai de physique sociale”, publicată în 1835. Cum se știe, în drept, «condiția medie» a omului, «bunul părinte de familie», *culpa levis* își găsește uneori aplicare în domeniul răspunderii civile delictuale.) În concepția lui Russell, ficțiunea logică – precum și cea a «omului mediu» – este o construcție logică. Afirmarea poate implica o ușoară confuzie, întrucât, spre deosebire de ficțiuni, construcțiile logice există cu adevărat.

<sup>42</sup> Bunăoară, s-a considerat că dispozițiile art. 21 din Decretul nr. 31/1954, aplicabile comorienților, sunt aplicabile pentru identitate de rațiune și codecedaților. Soluția – «singura posibilă» – are ca și consecință lipsa capacității succesoriale reciproce sau unilaterale, legale sau testamentare [art. 716 alin. (1) din proiectul Codului civil, cu privire la comorienți consacră de asemenea prezumția că persoanele au murit în același moment, „dacă cel puțin una dintre ele este chemată la succesiunea celeilalte”; în acest caz, precizează alin. (2) al articolului menționat, „succesiunea fiecăreia este transmisă persoanelor care ar fi fost chemate să o culeagă în absența lor”].

legat de o persoană<sup>43</sup>; *ficțiunile practice*, care sunt în contradicție nu numai cu realitatea, dar sunt în sine contradictorii<sup>44</sup>; *ficțiunea-forță*, derivând din legătura a două evenimente care succed unul celuilalt<sup>45</sup>; *ficțiunile sumative* sau ideile generale<sup>46</sup> etc. etc.

Înăuntrul acestor categorii interesează însă, mai ales, deocamdată în termeni generali, *ficțiunile juridice*. „Mecanismul psihologic al aplicării lor constă în subsumarea unui singur caz unui construct conceptual, care, la drept vorbind, nu i-a fost destinat lui, a percepția fiind, prin urmare, o simplă analogie”<sup>47</sup>.

De exemplu, într-un sens mai larg, *ultima ratio* ar putea fi considerată și *analogia iuris*, recurgerea deci la principiile de drept pentru ca, totuși, în sensul art. 3 C. civ., judecătorul să se poată pronunța<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Potrivit art. 25 din Decretul nr. 31/1954, statul este „persoană juridică” în raporturile în care participă nemijlocit, în nume propriu, ca subiect de drepturi și obligații civile [art. 147 alin. (1) lit. a) din proiectul Codului civil precizează doar că statul este persoană juridică. A se vedea însă și dispozițiile art. 163-166 din același proiect].

<sup>44</sup> De exemplu, ideea continuității personalității juridice a autorului de către succesorii săi. O simplă și naivă întrebare: cum se continuă persoana lui *de cuius* atunci când există mai mulți moștenitori în viață?

<sup>45</sup> Evenimentul precedent este numit «forță» celui care îl urmează. Pe planul răspunderii civile, raportul de cauzalitate între faptă și prejudiciu implică o asemenea ficțiune, prin transformarea acestei relații, a acestei simple succesiuni, în ceva real și special, într-o condiție iminentă a răspunderii.

<sup>46</sup> O frază sumativă ia locul cazurilor particulare reale. Se recurge deci la un «artificiu substitutiv». De exemplu: răspunderea pentru prejudicii cauzate de lucruri; răspunderea institutorilor pentru prejudicii cauzate de elevi; răspunderea comitentului pentru fapta prepusului.

<sup>47</sup> H. Vaihinger, op. cit., p. 87.

<sup>48</sup> Articolul 8 din proiectul Codului civil consacră „analogia legii și analogia dreptului” – de fapt a principiilor generale ale dreptului civil și numai dacă nici acestea nu ar fi suficiente a principiilor dreptului – fiind însă „interzis judecătorului să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecării”.

Un alt exemplu ar putea fi mai sugestiv, cel derivat din adagiul *ubi eadem ratio idem ius – actio de in rem verso*. Sesizându-se anormalitatea îmbogățirii patrimoniului unei persoane în paguba alteia, fără nici o cauză justificativă a îmbogățirii și, respectiv, a sărăcirii, prohibirea unei astfel de îmbogățiri a stăruit, deși legea nu a consacrat-o expres<sup>49</sup>. Acțiunea de *in rem verso* este acordată în toate cazurile în care s-a produs o îmbogățire fără cauză, dacă, între altele, cel păgubit nu are nici o altă cale pentru a cere restituirea valorii folosului decât *actio de in rem verso*.

Într-adevăr, „datorită unor interese practice, un caz particular este încadrat unui concept general căruia, în fapt, nu îi aparține”<sup>50</sup>.

Între ficțiunile analogice, în calitate de categorii, și ficțiunile juridice – *fictiones iuris* – există o identitate de principiu. Și la *factio iuris* un lucru care nu s-a întâmplat este considerat «ca și cum» s-ar fi întâmplat sau *vice versa*, ori un caz particular este pus într-o relație de analogie aflată în contradicție cu realitatea.

Și alte metode de interpretare logică, precum *a simili ad simile*, *a fortiori*, *a pari*, conduc la același rezultat.

Iată un exemplu, convingător credem, de aplicare a argumentului că legiuitorul, reglementând o situație, a stabilit toate celelalte cazuri similare. Anterior modificării legii de procedură civilă, inclusiv a dispozițiilor art. 296 C. proc. civ., potrivit căroră, în principiu, părții nu i se poate crea o situație mai grea, în propria cale de atac, decât aceea din hotărârea atacată, prin referire la art. 372 alin. (1) C. proc. pen., s-a făcut totuși aplicarea principiului *non reformatio in peius* și în procesul civil „ca măsură de logică juridică și de echitate” – cum s-a exprimat cândva instanța supremă.

Pe baza argumentului *a fortiori*, reglementarea legii de la un anumit caz se extinde la un alt caz, asemănător primului, dar nereglementat expres. De exemplu, debitorului i se aplică sancțiunea

<sup>49</sup> Remarcăm că art. 904 din proiectata legiuire civilă înscrie printre izvoarele obligațiilor și „îmbogățirea fără justă cauză”. Articolul 1093 precizează condițiile și limitele obligației subsidiare de despăgubire, iar art. 1094 menționează ipotezele de «justă cauză».

<sup>50</sup> H. Vaihinger, op. cit., p. 87.

civilă prevăzută de art. 1025 C. civ., decade deci din beneficiul termenului, atunci când micșorează garanțiile pe care le-a dat creditorului, iar această micșorare îi este imputabilă. A fortiori aceeași trebuie să fie sancțiunea când el refuză să constituie garanțiile promise<sup>51</sup> (firește, este vorba de acele mijloace specifice de garantare a obligațiilor care exced dreptului de gaj general al creditorilor chirografari, instituit prin art. 1718 C. civ.).

Dacă, în ipotezele arătate sau în altele asemănătoare, suntem sau nu în prezența unei ficțiuni juridice rămâne încă de discutat. Aceasta, întrucât ficțiunea juridică nu este în primul rând un procedeu tehnic de extrapolare a normelor juridice pe calea metodelor logice de interpretare a acestora, cât, mai ales, o soluție juridică prin care, *conștient, deliberat, se ignoră unele elemente ale realității ori, deși nu sunt ignorate, ele sunt contrazise.*

Totdeauna ficțiunea juridică complinește, adaptează sau actualizează reglementarea legislativă, dar nu totdeauna complinirea unei lacune legislative înseamnă ficțiune.

**3. Problema imanenței ficțiunilor.** Sunt oare ficțiunile indispensabile dreptului? Nu s-ar putea ajunge la același rezultat fără să se recurgă la ficțiuni? Propozițiile ficționale, chiar normative, nu pot fi oare «re-crise», pentru a ne «elibera» astfel de ficțiuni? În cuprinsul unui demers, răspunsul a fost categoric afirmativ, considerând că simpla înlocuire a unor termeni într-o propoziție juridică, chiar normativă, este suficientă pentru a se asigura același rezultat ca și cel urmărit prin prezumții și ficțiuni, fără ca totuși să se recurgă la acestea<sup>52</sup>. Abstracție făcând de calificarea dată unor

---

<sup>51</sup> Decăderea debitorului din beneficiul termenului este reglementată și prin dispozițiile art. 1159 din proiectul Codului civil, inclusiv pentru situația când, cu intenție sau dintr-o neglijență gravă, diminuează prin fapta sa garanțiile constituite în favoarea creditorului sau nu constituie garanțiile promise. Mai mult chiar, decăderea poate fi cerută și atunci când, din vina sa, debitorul ajunge în situația de a nu mai satisface o condiție, considerată esențială de creditor la data încheierii contractului.

<sup>52</sup> A. Bayart, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique?*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 27 și urm.