

# NEW EUROPE COLLEGE



## The EU as the Paradigm of Future European Statehood/ Uniunea Europeană ca paradigmă a statalității viitoare

Proceedings of the symposium organized at  
The New Europe College, Bucharest  
on May 15-16, 2006

Edited by / volum coordonat  
de Bogdan IANCU

The publication of this volume was made possible  
through funding from the Hertie Foundation

Text Editor: Irina VAINOVSKI-MIHAI

Copyright © 2007 – New Europe College

ISBN 978-973-88304-0-0

New Europe College

Str. Plantelor 21

023971 Bucharest

Romania

[www.nec.ro](http://www.nec.ro); e-mail: [nec@nec.ro](mailto:nec@nec.ro)

tel: (+40-21) 327.00.35; fax: (+40-21) 327.07.74

# THE EUROPEAN LEGAL SYSTEM: BETWEEN MIXED LEGAL TRADITIONS AND LAW AS CULTURE

Manuel GUTAN

## I. European legal system and European statehood

The European political will relies, undoubtedly, on the legal engine called Community or European Law.<sup>1</sup> The inherent link between State and Law is also well known. Traditionally, from a normativist-positivistic point of view, the (Nation) State is closely linked to a national legal system. Likewise, the European Union, a supranational political construction, rests on a supranational juridical construction. If one cannot confer to the European political construction the dimension of a classical (maybe federal) state, one can neither confer to the European Law the purview of a (state) legal system. Nonetheless, if we envision a peculiar European political order – like that of a **European federation of nation States** – having the vocation to become in the future a federal State, we may consider a peculiar supranational legal order having the vocation to become, in the future, a **supranational State legal system**.

---

<sup>1</sup> Hereinafter, “Community Law” and “European Law” are used as synonyms.

Irrespective of how we choose to label European Law (a supranational state legal system, a supranational legal order, a *sui generis* legal order, an autonomous legal order, a supranational legal system, a form of quasi-constitutional law), European Law is a political instrument to achieve political and economical goals. Therefore, the European political élite seems to focus, quite naturally, more on the results and less on the means. Irrespective of limits and specificity, **law as an instrument** fits the European political and economical purposes. Nevertheless, at the European level, this pragmatic view raises a plethora of problems among lawyers, if the construction of a **European (state) Law** is evaluated in terms of legal tradition, legal culture, legal identity, and legal mentality. The “culturalist” approach is inevitable and it flows from the inherent process of “finding”, interpreting, and applying European law.

If, however, we accept the paradigm of the “state legal system” as a blue-print for the European legal construction (irrespective of whether a specific form of European statehood exists or not), we must cope with all the logical consequences of this type of approach. In this respect, the edification of a European (state) legal system must give clear responses to the requirements of internal coherence, integrity or unity and must address the challenges of legal pluralism.

The plurality of European national legal systems and European legal traditions makes of the European legal construction an ‘obstacles race’. In order to achieve the political goals, these legal systems and traditions do not just simply coexist but they get to also **interact**. The effectiveness of the European legal construction and, therefore, the effectiveness of the European political and economic goals highly depend upon the possibility and success of this

interaction. Taking into consideration the different levels of possible interactions (legal or cultural), I shall focus both on what this interaction means today and on what this interaction could or should be tomorrow. This is the path between **law as rules** and **law as culture**.

## **II. Who interacts?**

The construction of a European legal order brought together not only different national legal systems but different legal traditions identified by specific historical developments and particular juridical methodologies. Perhaps an order limited to the Civil law tradition-dominated continent would have rendered this process more successful and easier to achieve. The real difficulty occurred when the integration of the UK and Ireland in the European Community brought the common law tradition in the EC official legal space. From that moment on, the construction of the European legal order meant the “struggle” between the two important legal traditions.

## **III. How do European legal traditions interact?**

Getting face to face in the frame of the European Union, Civil law tradition and Common law tradition **are compelled to interact**. This does not mean that the two legal traditions were isolated of each other and that signs of mutual influences were inexistent until the European integration. Not once, dealing with the reform of the national legal systems, English (Irish) and continental lawyers used the instruments of the rational or irrational legal import to inspire themselves from

each other's legal institutions.<sup>2</sup> Both legal traditions are compelled to be aware of their alterity and forced to interact. Consequently, beyond national legal reforms, the construction of European law is not just a matter of national political will but also a matter of political and legal consensus among European partners. Especially, creating a European law cannot be a process of legal imperialism as between the Member States and, therefore, no single national legal solution can be accepted *ab initio*. There is no room here for the philosophy of "conquer...plant the flag and beat up the residents" developed by the English people.<sup>3</sup> The appeal to comparative law is almost compulsory nowadays, as it seems to be the most effective way towards legal integration.<sup>4</sup> Thus, making European law is a political command, but also a serious burden for the legal élite using a particular law-making method. Only comparative law can "provide a comparative basis on which to develop a system of law for all Europe...by taking particular areas of law...and showing what rules are generally accepted throughout Europe and whether they are developing on

---

<sup>2</sup> See for details E. ORUCU, "Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition", in *Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking*, No. 59/1999, pp. 40-43; X. LEWIS, "The Europeanisation of the Common Law", in *Transfrontier Mobility of Law*, Edited by R. Jagtenburg & E. Orucu & A. de Roo, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 49-50.

<sup>3</sup> J. WARD, "The Limits of Comparativism: Lessons from UK-EC Integration", in *MJECL*, no. 2/1995, p. 24Ö

<sup>4</sup> See R. DEHOUSSE, "Comparing National and EC Laws: The Problem of the Level of Analysis", in *AJCL*, vol. 42/1994, pp. 762-764; See also B. DUTOIT, "Essai de synthèse", in *The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, colloquium organized by the Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne, 14-15<sup>th</sup> of April 2000, Schulthess, Zurich, 2002, pp. 185-199.

convergent or divergent lines”.<sup>5</sup> In this process, both Civil law and Common law traditions are implied and evaluated in a specific [“intersystemic” approach].<sup>6</sup> Consequently, the use of comparative law as an instrument for the legal integration process in Europe inevitably narrows the object of legal comparison to the European legal traditions and condemns it to being a “cultural deprivation approach”<sup>7</sup> where non-European legal traditions are neglected or even discriminated.

The recourse to comparative law in the European legal construction, at both the legislative and judicial levels,<sup>8</sup> leads us on the path of conscious legal receptivity at the national level, which could make the process of legal contamination and legal irritation a problem of reciprocity.<sup>9</sup> In this framework,

---

<sup>5</sup> K. ZWEIGERT and H. KOTZ, “An Introduction to Comparative Law, Third Edition”, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 29-30.

<sup>6</sup> M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, in *JCLQ*, vol. 47/1998, p. 533.

<sup>7</sup> See J. HUSA, “Emancipation or deprivation for the European Legal Mind? The Contribution of the Legal Traditions Approach”, in *MJECL*, no. 1/2006, p. 85. Why would be this “purposive” Comparative Law interested in other non-European / non-Western legal cultures / traditions when it gets a lot of trouble with the apparent “non-converging- European traditions?! The academic debate about European legal integration, European law and European legal culture is, almost exclusively, focused on the problems of commensurability, comprehensibility, convergence, cross-cultural legal fertilization between common law and civil law traditions.

<sup>8</sup> See K. LENAERTS, “Le droit comparé dans le travail du juge communautaire”, in *L’utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, p. 111-168.

<sup>9</sup> I used G. TEUBNER’s concept of “legal irritation” (see “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, in *MLR*, vol. 61/1998, pp. 11-32) in a particular view. Generally speaking, all the legal transplants, which are not rational

the so called “functional approach”, focused on a socio-cultural context, could try to solve the inconveniences of the incompatibility between the European legal institutions to be implemented and the legal culture of the receiving national legal system and can transform the process of legal tuning and adaptation into a great success.<sup>10</sup> This means that the comparative lawyer must avoid the trap of exclusively emphasizing the sameness in the European legal integration process.<sup>11</sup>

For those who accept this logic, comparative law a kind of “legal surgery” which can produce the predicted results if done by the right person with the right instruments. It is sufficient to get the political command to proceed. This is why the European legal system is continuously expanding, approaching new fields, like civil law, in the process of

---

(made when organically necessary and by a complete evaluation of the legal alternatives, internal or external) are legal irritants for a particular national legal system. In this case, the imported legal solution can be assimilated and naturally adapted (in this case a legal transposition will occur) or can be completely rejected. So, I do not see the “legal irritation” in a totally negative perspective.

<sup>10</sup> The lack of the comparative approach in the European law construction can lead to rejection by the national legal systems as it happened in the case of EC Telecoms Liberalisation. See F. R. VAN DER MENSBRUGGHE, “Comparative Methodology as a Means of Dissipating Tension”, in *L’utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, pp. 41-66.

<sup>11</sup> An exercise of the differentiations at the judiciary level is doing E. H. HONDIUS in his “The Judiciary: an Obstacle to the Harmonisation of Civil and Common Law?”, in *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, pp. 99-121.



reaching its efficiency and aims.<sup>12</sup> On the one hand, the effectiveness of comparative law is linked to the increasing statutory power of the Brussels institutions and to the desire of the political and legal élite to produce the projected economic and legal changes, including by means of codifications.<sup>13</sup> On the other hand, the awareness of this process faced lawyers with the problems of the limits, possibility, and realism of such a legal construction in the European Union.

#### **IV. What are the limits of this interaction?**

Discussing the **objective limits** of the European legal integration, we are inevitably facing concepts such as “legal culture” and “legal mentality”. In these respects, law is strictly linked to a society in which it had been developed and the understanding of the law in one particular human community is culturally determined, with no chances of any epistemological changes. Consequently, within this paradigm, the convergence between Civil law tradition and Common law tradition is impossible to achieve, due to the irreconcilable and unbreakable cultural features of the legal traditions, such as *the nature of legal reasoning, the significance of systematization, the character of rules, the role of facts, the meaning of rights and the attitude vis-à-vis the past*.<sup>14</sup> Although

---

<sup>12</sup> See J. SMITS, “A European Private Law as a Mixed Legal System”, in *MJECL*, no.4/ 1998, pp. 328-329.

<sup>13</sup> See T. HARTLIEF, “Towards a European Private Law? A Review Essay”, in *MJECL*, nr.1/1994, p. 169. The appetite for centralized unification of law in the EU by means of codifications goes beyond the literary limits imposed by art. 95 of the EC Treaty regarding “the establishment and functioning of the internal market”. Concerns about a European family law and a European law of succession could prove the establishment of some new political and juridical goals beyond the primary Community law.

some formal legal convergence may be achieved, its effectiveness is doubtful due to its different understanding.<sup>15</sup> The lawyers of the mentioned legal traditions may speak the same legal language, but they would have no chance to understand each other because of their different cognitive views. As a direct consequence of this agnostic theory, the legal mentality is petrified in a particular society (with no true chances to change in time under some specific circumstances) and represents an insoluble and compulsory spiritual state of mind of each lawyer within the given society. Therefore, it would be also logical for such a legal culture to be uninterested in importing legal institutions from other cultures, as those would be apriorically deemed ineffective.

This use of the concept of “(legal) culture” as an “epistemology of conflict”<sup>16</sup> strikes deeply the optimistic essence of the legal comparative methodology (in the context in which all the European legal and non-legal constructions are a matter of **optimism**) based on truly understanding ‘otherness’ and not just on postulating it. In this context, it would be perhaps of some use to draw the EU officials’ attention to the illusory legal construction they are undertaking in Brussels. At the same time, it would be necessary to understand that European Union is a political and economic construction built on a juridical quicksand and that the European politicians

---

<sup>14</sup> See P. LEGRAND, “European Legal Systems are not Converging”, in *ICLQ*, vol. 45/1996, pp. 64-74.

<sup>15</sup> See P. LEGRAND, “The impossibility of Legal Transplants”, in *MJEC*, nr. 4/1997, pp. 116-118. See also LEGRAND’s “Legal Traditions in Western Europe: the Limits of Commonality”, in *Transfrontier Mobility of Law*, Edited by R. Jagtenburg & E. Orucu & A. de Roo, Kluwer Law International, Haga, 1995, p. 63-84.

<sup>16</sup> See P. GLENN, “Legal Cultures and Legal Traditions”, in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 17.

are trying to move the European wagon towards prosperity by whipping the ephemeral body of European law. But this would be a useless attitude: as the European legal integration **must be achieved**, there is no reason to make a preliminary evaluation about the adjustments between law and society. All that must be done is to discover the problems and try, as long as it is possible, to solve them.

The discussion about the **subjective limits** of the European legal integration leads us to the problem of **national legal identity**. According to a few viewpoints, European law must preserve and respect the national legal traditions and national legal mentality.<sup>17</sup> Also, it seems that, sometimes, it is not the preservation of the national legal identity that is emphasized, but the sufficiency of a **legal nationalism**, according to which it is not proper for “an adult people” (like the French one) to be told the law by some remote bureaucrats in Brussels.<sup>18</sup> If “legal unity in legal diversity” means “unity in legal national vanity”, European legal integration is indeed no subject to discussion. This attitude proves that the above-mentioned lack of comprehensibility and convergence between Common law and Civil law traditions does not represent the real obstacle for the European legal integration. Legal nationalism and legal xenophobia are more difficult obstacles to overcome and to do that we need a change in legal mentality. The specificity of a national legal culture is not the real problem for the European legal integration, but the lack of a true understanding of the necessity of change of the national legal culture and mentality.

---

<sup>17</sup> See A.-H. HAHN, “The Harmonization of European Private Law Systems and the Role of Comparative Law”, in *IJLI*, no. 30/2002, p. 277.

<sup>18</sup> See F. TERRÉ, *Introduction générale au droit* 16<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2003, p. 248.

## **V. Which is the result? Mixed legal traditions as an integrated European law?**

Despite the chimera of European legal systems which are not converging, postulated by a few skeptical legal scholars, it is obvious that European law is a living body at the service of a largely achieved economic prosperity and political balance in the European Union. European legal construction is a necessity and, as a consequence, it is undertaken by the European political and juridical bodies. European legal traditions are, therefore, commensurable and the process can be simply explained through the mechanism of the “legal transplant” theory. If one **cause** of the legal transplant at the European level is envisaged, then the “classical” **comparative law** should be the proper rational cause for the European legal integration and used on the large scale by the European legal élite. It could also provide the authority necessary for the European integration process.<sup>19</sup> At the same time, the validity and effectiveness of the comparative law method are ensured not just by the logic of rationality, but also by the logic of the **legal cultural families**. By undertaking an anthropological and sociological analysis, comparative law stresses the common basic values and the common basic worldview of all Western peoples.<sup>20</sup> As a consequence, a common (legal) ideology already unified civil law tradition and common law tradition in the same and large **Western cultural legal family**. These common ideological foundations are the perfect context for the European legal construction and they increase the chances of coping with the need of a European legal culture inside the

---

<sup>19</sup> See A. WATSON, “Legal Culture v. Legal Tradition”, in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 2-3

<sup>20</sup> See M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *op. cit.*, p. 515.

European Union much better than the effort of “chasing” the “old European jus commune” as a historical argument for legal integration on the continent.<sup>21</sup>

It is true, on the other hand, that the recognition of a cultural legal family which includes the European legal traditions does not immediately ensure the existence of a profound convergence in the European legal system. Comparative law is a legal integration instrument but, technically and on the short run, the European legal system concerns the **positive law** and much less the legal mentality. Indeed, legal rules, principles, institutions and structures are easier and faster to unify and transpose in the law.<sup>22</sup> Being a voluntary, lucid, and rational intersystemic approach, European legal integration ensures the receptivity of the national legal systems for the new European Law, necessary in order not to be overshadowed by an unexpected rejection.

This logic of **law as rules** brings face to face the European legal rule and the national legal culture. An expected process of implementation (of the directives) and interpretation (of the regulations) of the European legal rules by national legislators or courts gives birth to a natural process of **legal transposition**. Given the existence of different national legal cultures, this process assumes the inherent different application and interpretation of the European Law in the Member States. It is

---

<sup>21</sup> F. WIEACKER proposes three essential constants of the European legal culture: personalism, legalism and intellectualism (see “Foundations of European Legal Culture”, in *AJCL*, vol. 38/1990, p. 20 and next). For the same logic can be cited S. STROMHOLM’s *L’Europe et le droit*, PUF, Paris, 2002. It is obvious that this “common ideology” base has, at his turn, a historical dimension as it has been developed during the centuries.

<sup>22</sup> See A. WATSON, “Legal Transplant and European Private Law”, in *EJCL*, [www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html](http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html), vol. 4/2000, p. 9.

a way to understand legal convergence as a normal adaptation of the legal rules in the different national legal cultures and, in the same time, a way to protect the national legal identity in the frame of a “unity in diversity” philosophy.<sup>23</sup> In this context, European Law must be understood more like a **Harmonized European Law** than a **Unified European Law**. Of course, to talk about all that supposes a final interest and political will of the Member State to overlook the political and cultural national peculiarities and effectively proceed to the implementation of the European Law.<sup>24</sup> This claims also a very important change in the role of some national Constitutional Courts to review Community acts and an increase of their fidelity to the European Union<sup>25</sup>.

The main result of this process is the European Law as a **legal mix**. Seen as a result of non-imposition of a particular legal system, this legal mix may be qualified as being pluralist<sup>26</sup>. But, despite the fact that the European legal systems are equally evaluated, this European Law as a result of **mixed legal traditions** raises questions about the **equality in chances** and **equality in results** as a proof of the very thin border between **European legal integration** and **European legal struggle**. There is a great sensitivity for strict determination of the “civilizations”

---

<sup>23</sup> See ORUCU, “Law as Transposition”, in *ICLQ*, nr. 51/2002, pp. 207-212; A. WATSON, *op. cit.* p. 9 and next.

<sup>24</sup> H. P. GLENN, “Harmonization of Private Law Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions”, in *Rapports généraux au XIIIe Congrès International de Droit Comparé*, Montréal-1990, Les Editions Yvon Blais Inc., 1992, pp. 87-88; See also T. M. J. MOLLERS, “The Role of Law in European Integration”, in *AJCL*, vol. 48/2000, pp. 685-686.

<sup>25</sup> M. ZULEEG, “A Community of Law: Legal Cohesion in the European Union”, in *FILJ*, no. 20/1996-1997, p. 637.

<sup>26</sup> See M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006, p. 102.

of the common law or the “common-arisation” of the civil law tradition<sup>27</sup> in the European legal construction. The answer to this problem would clarify the composition of this legal mix but also the deepness of this specific *mixité*.

For the moment, a brief examination of the European legal mix reveals the common law tradition as the favorite candidate for legal irritation in the European Union.<sup>28</sup> Unfortunately, this irritation frequently manifested itself rather as a dangerous virus than as a “healthy infusion”, therefore the English law tended to produce antibodies. Words like “anxiety” or “confusion” are relevant for the state of mind of the English judiciary confronted with the things like the “teleological interpretation” or the “principle of proportionality”.<sup>29</sup> This demonstrates the existence of some limits of comparative law as a legal panacea and proves that the European legal mix is far from being “blended” or a “legal purée”. In the same time, this proves that the European legal construction is not only a matter of scientific objectivity. The *mixité* is obvious and it is hard to say when this will imply a deep transformation in the English judge’s legal mentality; however, some examples of deductive interpretation of the European Law and even of the

---

<sup>27</sup> Especially the French lawyers are truly eager to establish the degree in which the purity of the French law is touched by the European law and, particularly, by the common law tradition. See M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, pp. 110-111. At their turn, English lawyers are sensitive about the vision of “*mission civilisatrice*” developed by the French lawyers. See B. S. MARKESINIS, “Our Debt to Europe: Past, Present and Future”, in *Millennium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 62.

<sup>28</sup> See B. S. MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 181-190.

<sup>29</sup> I. WARD, *op. cit.*, pp. 24-26.

English domestic law<sup>30</sup> may lead us to meditation and hope. Anyway, it is significant, at the spiritual level, that the new legal methodology has been received by English lawyers like a **natural** and efficient instrument to achieve a specific goal.<sup>31</sup> It still remains the problem of legal transpositions as the deductive interpretation seems to flow in the direction of the American version of the Common law system than to the ECJ one.<sup>32</sup>

This situation cannot be necessarily explained by concepts like “legal imperialism”. The inner mechanism of the European law-making procedure favors the continental statute as the main legal source, the appetite for codification and the statutory interpretation (including the *travaux préparatoires*).<sup>33</sup> After all, the Roman-Germanic legal methodology fits better the challenges of the **law as integration instrument**.<sup>34</sup> Due to the “Civil law tradition’s” lack of interest for social continuity in promoting legal normativity,<sup>35</sup> European law can manifest itself as a “system”. At the same time, the teleological / deductive / purposive “civilian” methodology of law interpretation is the best way to assure the correct application of Brussels` legislation all over the European Union in a multilingual context<sup>36</sup> and the European Court of Justice in Luxembourg (ECJ) is eager to keep things this way. On the other hand, joining the European

---

<sup>30</sup> See, for examples, E. ORUCU, *Critical Comparative Law...*, *op. cit.*, pp. 47-49; J. E. LEVITSKY, “The Europeanization of the British Legal Style”, in *AJCL*, Vol. 42/1994, pp. 371-374.

<sup>31</sup> See J. E. LEVITSKY, *op. cit.*, pp. 368-369.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 380.

<sup>33</sup> X. LEWIS, *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>34</sup> See P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 158.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>36</sup> See A. M. LOPEZ-RODRIGUES, “Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? The Link Between Law, Language and Culture”, in *JIL*, no. 29/2003-2004, pp. 1212-1213.



Union after decades, England, like Romania today, has been turned into a weak legal receptor by incorporating “lock, stock and barrel”<sup>37</sup> the European Law.

## **VI. From law as rules to law as culture in the European Union**

Unfortunately, as we have shown above, the European logic of **law as rules** does not assure the desired integration of the European Law,<sup>38</sup> whereas, without legal integration, the European Union’s political, social and economical goals cannot be effectively achieved. From some points of view, European legal convergence could be enhanced by appealing more and more to a **unified law** instead of a harmonized law. The ECJ stressed more than once the necessity of the uniform transposition and application of the European Law by the national legislators and courts: **this is a real prerequisite for the European legal unity**.<sup>39</sup> This view is justified both by the refusal of the member States to apply the EU law and the obvious differences in “recognizing the law” and “finding the law” at the level of and between the national jurisdictions with, sometimes, striking different results.<sup>40</sup> The principle of subsidiarity and the policy of the “opening clauses” in the

---

<sup>37</sup> See X. LEWIS, *op. cit.*, p. 49.

<sup>38</sup> K. ZWEIGERT and H. KOTZ, *op. cit.*, p. 28.

<sup>39</sup> See M. ZULEEG, *op. cit.*, p. 625.

<sup>40</sup> See E. HONDIUS, “Finding the Law in a New Millennium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union”, in *D’ici, D’ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l’honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 106-110; See also J. SMITS, *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal Systems*, Intersentia, Antwerp, 2002, p. 32.

application of the directives legitimate these differences in a consistent European legal pluralism context. The evolution of the “good faith” principle in the English jurisdiction,<sup>41</sup> of the “indirect sex discrimination” in the French jurisdiction,<sup>42</sup> of the “legal delay” process in the Italian jurisdiction<sup>43</sup> and of the “ideology of bound judicial decision-making” in the former European socialist countries<sup>44</sup> is a very illustrative example for this situation.

If the problem of the “recognition” of the EU law by the national legal systems is more a political one and seems to be easily solved by the principle of the priority of the European law over the national one, established by the ECJ, the problem of “law finding” is more sensitive, as it implies differences in the legal methodology used by the national courts. This perspective highlights the fact that the unity of the EU law resides more in the capacity of the national judiciaries to interpret and apply the Community legal provisions in order to achieve the effects desired by Brussels and less on the law-making process. Thus, the accent falls on the process of interpretation and application of the European legislation and the important role played, finally, by the judiciary in assuring the unity / integrity of the European law is stressed. Hence, the use of teleological / purposive interpretation of European Law in national courts, encouraged by the European Court, was a

---

<sup>41</sup> See G. TEUBNER, *op. cit.*

<sup>42</sup> See C. J. WALLACE, “European Integration and Legal Culture: Indirect Sex Discrimination in the French Legal System”, in *LS*, vol. 19/1999, pp. 397-414.

<sup>43</sup> See D. NELKEN, “Using the Concept of Legal Culture”, in *AJLP*, vol. 29/2004, pp. 11-26.

<sup>44</sup> See Z. KUHN, “World Apart: Western and Central European Judicial Cultures at the Onset of the European Enlargement”, in *AJCL*, vol. 52/2004, pp. 531-567.

logical consequence, as it fits better the preservation of the European legal unity.

Effectively, the existence of a European legal system must reside in his unity but this could be found out somewhere else than in the simple idea of a harmonized or unified European Law. **This is because the European Law's unity and even uniformity means an identical legal epistemology including an identical legal hermeneutics.** "...a determinant condition for the achievement of legal uniformity is the existence of a *common legal culture* generated by a *common legal discourse*".<sup>45</sup> And this could be a good answer for Legrand's skepticism: **if there is no common legal culture in contemporary Europe, we must create one.**

This dialectic goes beyond law as rules and claims a **law as culture** perspective. This also raises doubts on the preservation of the national legal culture or legal traditions discourse and proposes blueprints for the edification of a new **European legal culture** in which the national ones could be melted. Such a perspective is an obviously irritant challenge for the current national courts reservations and for the logic of "diversity in unity". By the same token, the necessity of a **common legal culture** flows from the inner life of European Law and the aims of European Union. Its existence would be possible because traditions, particular legal cultures and legal mentalities are not made for eternity. They can change.<sup>46</sup>

**How could a European legal culture be truly possible?** It is certain that it may not be the necessary result of a calculated and centralized imposition from Brussels or Luxemburg

---

<sup>45</sup> See. A. M. LOPEZ-RODRIGUES, *op. cit.*, p. 1208; See also J. SMITS, *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal Systems*, p. 33.

<sup>46</sup> See A. PETERS and H. SCHWENKE, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", in *JCLQ*, vol. 49/2000, p. 814 and next.

(although the insistence of the ECJ on the use of the purposive/teleological method of legal interpretation could demonstrate the contrary). Legal mentality cannot be imposed from the top to the bottom by the logic of law as rules. Perhaps the role of the comparative law as a rational **exclusive** instrument in the process of the European Law integration must be reconsidered. Also, Brussels' appetite for a centralized and quasi-systematic European law-making should be re-evaluated in this context and better oriented.

From my point of view, this does not imply the elimination of the **law as rules vision** from the European legal integration equation. I believe that Europe is "condemned" to a centered and purposive statutory legal construction and that the "free movement of the legal rules"<sup>47</sup> is not the appropriate solution.

---

<sup>47</sup> J. SMITS, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, p. 338. The hypothesis of J. Smits according to which a uniform European private law could be achieved by the way of importing, by the national legal systems, of the most efficient legal rule from a free market of legal rules, raises several problems: could all the available rules which regulate a specific economic segment be always known? What assures that a particular legal rule is the most efficient one? Could always one certain legal rule be singled out by the "buyers" on a free market of legal rules? If yes, what assures the compliance of all EU member states with this more efficient legal rule? What happens if the legal uniformity in other fields than the economic one is needed in the EU law? What happens if the legal actors (mainly the judges) of one national legal system are not interested in legal import or get no skills in comparative law? Most of all, what assures us that the efficient legal rule, once established in practice, will be understood, interpreted and applied in the same manner all over the EU member states? Despite the fact that the author himself denies the existence of a European legal culture, finally he conditions the success of his theory by the *a priori* existence of a particular legal cultural aspect: "judges in Europe must be prepared to use comparative law reasoning in their judgments". See *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal Systems*, p. 70.

The continuous and comprehensive process of legal harmonization and unification, on the basis of a re-evaluated law-making process and of an efficient implementation at the national level, is an important condition for achieving the EU goals.<sup>48</sup> All that must be done is to transform this process into a systematic one in order to become “systemic”. The principles of the direct effect and supremacy of the EC law over the national one, developed by the ECJ, are obvious examples of this tendency and justify a preference for legal unification rather than for the legal harmonization. Law as culture will develop alongside law as rules and there is still a lot to do in the process of unifying the European Law. Here, comparative law could be an element of identifying a European legal culture at the law-making actor’s level.

Taking into consideration this tendency to a classical “systemic” evolution of the European Law, I believe that Europe is not, theoretically speaking, prepared to leave the idea of the legal pluralism although, in its real life, EU law encounters some examples of “disturbing” legal plurality.<sup>49</sup> Civil law tradition and common law tradition will freely interact at different levels, finding a non-imposed balance and integration.<sup>50</sup> And the national legal cultures could be

---

<sup>48</sup> See T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, p. 694 and next.

<sup>49</sup> The most striking example lies in the refusal of some national constitutional courts (especially the German one) to accept the incidence of the Community law in their national legal systems if the European provisions are contrary to the national ones regarding the protection of fundamental rights.

<sup>50</sup> Dialog, openness and the change of experience between the common law and civilian judges seems to be the correct way in “searching for inspiration” in the field of the judicial methodology. See LORD GOFF OF CHIEVELEY, “Coming Together – the Future”, in *Millennium Lecturers: The Coming Together of the Common Law and Civil Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 248.

preserved in this process, not exactly as petrified “identities” but as equal legal (cultural) solutions providers. The ECJ case-law perfectly illustrates this reality.<sup>51</sup> How could anybody say that the civil law tradition and the common law tradition would necessary collapse in this process? They could naturally coexist as legal sub-cultures of the same European legal culture, just as the German and French legal cultures coexist as legal sub-cultures of the Civil law tradition.<sup>52</sup> This could be a perfect cultural base for the envisaged European federation,<sup>53</sup> whose member states would be equal political and legal identities.

The long way to achieve the necessary dimensions of the past and present of a legal tradition could be irrational but the result must be, at some point, clearly and rationally expressed in a new epistemology. I have to mention again that this “pastness” must not necessarily be the revived Roman law or *jus commune*, an idea which some scholars try to credit, because of its limited geographical application on the continent and due to the fact that Common law rejected it. Anyway, if it is to recover something from the European past, the logic of legal unity would overlook differences and stress commonality.

If a (legal) tradition is, as Patrick Glenn stated,<sup>54</sup> information maintained and communicated in a particular social network, a new legal tradition represents a new legal identity for that society. In the European Union, the creation

---

<sup>51</sup> See T. KOOPMANS, “The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions”, in *AJCL*, vol. 39/1991, pp. 500-505.

<sup>52</sup> See A. PETERS and H. SCHWENKE, *op. cit.*, p. 814. The same idea coagulated in the P. Glenn vision like complex or multivalent (legal) traditions. See *op. cit.*, pp. 347-365.

<sup>53</sup> See R. C. VAN CAENEGEM, “European Law in the Past and in the Future”, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 142-143.

<sup>54</sup> P. GLENN, *op. cit.*, p. 42.

of a European legal tradition would determine a new European legal identity. In spite of the general recognition of the fact that law and legal mentality are the products of a specific society and not that the society is the product of a specific legal culture, in the process of edification of a European legal culture, the pressure of a centralized European legislation and jurisprudence can determine changes in the national legal cultures and mentalities. As a consequence, a legal culture and a legal identity depend not just upon the corresponding general culture and identity of a given society, but also upon its openness and adaptability to the external irritants. It would be useful to mention that, in the “unity in diversity” context, a perspective of **the society changing the law** is equally appropriate as the one of the **law changing the society**. We need this vision in order not to make an axiom from the idea that **one cannot get a European legal culture without a European cultural identity**. In this logic, we could hope to construct in the same time a European legal culture and a European (general) culture. In this context, if we gather arguments for a possible European legal culture, than we can hope for a European statehood, as both are in search for a European cultural identity. The Preamble of the European Constitution, the European citizenship, the decades of the market commonality, the European common goals and symbols,<sup>55</sup> should give us hope for the existence of general principles of a, at least, European **political-economical (cultural) identity**.<sup>56</sup> Maybe this

---

<sup>55</sup> See R. C. SMITH, “Article 151 EC and European Identity”, in *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004, p. 284.

<sup>56</sup> For some North-American scholars the existence of a European culture related to the common market is self-evident. See F. DUINA and N. BREZNAU, “Constructing Common Cultures: The Ontological and Normative Dimensions of Law in the European Union and Mercosur”, in *ELJ*, vol. 8/2002, pp. 585-586.

political-economic identity is sufficient for some limited concept of the European legal culture but not for a complex and overarching idea of a European legal culture and the European legal life proves that this is about to emerge.

It remains, in this context, to debate and answer to some delicate but secondary questions: to what extent all these represent or could represent a state of mind of all or just a certain number of the European peoples? To what extent do we need the past in the process of identification of a European identity? It is the European cultural diversity a mark of some post-modern European identity which must be preserved? If yes, could the European cultural unity be achieved by assuming each national cultural specific feature as a part of a European culture?<sup>57</sup> At the same time, there must be established to what extent “the Human Rights philosophy” could be a reliable ethical base for a European (legal) culture instead of the more entitled Christian moral rules.

## VII. CONCLUSIONS

To conclude, it is hard to say now what would be the consistency and widespread of a possible **European legal culture**. It is still obvious from above that such a legal culture at the European level should exist for the complete success of the European legal integration. I could outline some apparent trends, which represent, to speak in Markesinis’s words, **a minimal legal cultural convergence in expectation for gradual developments**.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> In this sense, the European culture could be the sum of the national cultures or the conscience that the other people’s cultural specificity is also mine?

<sup>58</sup> See B. S. MARKESINIS, *op. cit.*, pp. 191-193.



- First of all, an increasing acceptance of the idea that the legal construction at the European level must be achieved by giving up the organic national legal development and by an openness to external legal solutions;
- At the legislative level, an increasing importance of the legal elite along the political one and comparative law as the appropriate law-making methodology are valued;
- An increasing interest for legal systematization can be noticed;
- It seems that some important cultural consistency has been gained at the judiciary level in the context of teleological / purposive method of law interpretation sustained by the ECJ.<sup>59</sup> At the same judiciary level, the comparative method is used on a large scale;
- In the ECJ law-finding process and even in some national courts, comparative law plays also a very important or at least increasing role;<sup>60</sup>
- This determines an important re-evaluation of the system of legal sources at the European level, in favor of the statutory rules, legal principles<sup>61</sup> and a specific judicial settlement "in which cases are decided by reference to earlier cases",<sup>62</sup>
- Dissenting opinions are accepted and provided in a personal style;
- Something akin to the constitutional review in the role of the ECJ preserves the unity of a desired European legal order;

---

<sup>59</sup> See T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, pp. 702-704.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 704.

<sup>61</sup> See T. KOOPMANS, *op. cit.*, pp. 496-497.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 504.

- European legislators and European judges seem to be equal-in-prestige partners in the European legal system construction, even if the impersonal style of the European Court judgments could discourage this ;
- European Law tends to express itself in two languages –English and French – which create the premises for legal comprehension and a unity of the legal style.<sup>63</sup>

Evidently, it is difficult to sustain that all these are deeply “European” as all of them are located at the top of the European legal mechanism. On the one hand, it takes time to see them rooted in the legal conscience of the Europeans and the future could bring important changes and surprises. On the other hand, if all these will not be strengthened by some moral and philosophical bases, the European law will remain rather a simple instrument in the hand of the European legal élite in order to achieve some negotiated aims. In the same time, we must be aware that the “law as culture” project will continuously depend upon the political foundations of the EU. There will be no use of a European legal culture if the law-making process, the transposition, the interpretation and application of the European law will be determined by “the ultimate supremacy” of the national Parliaments<sup>64</sup> and by the logic of ‘legal chauvinism’. Europe needs a common legal culture along with a common political will. After all, the European legal culture is not a goal *per se*. It is just a precondition for the success of a desired European political agenda.

---

<sup>63</sup> See T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, p. 705, 708.

<sup>64</sup> See THE LORD CHANCELLOR, LORD IRVINE OF LAIRG, “The Influence of Europe on Public Law in the United Kingdom”, in *Millennium Lecturers: The Coming Together of the Common Law and Civil Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 25.

This is why, most of all, European legal culture should be a sustained and continuous **discourse** about it and about the necessity to achieve common political goals. The new legal epistemology must necessarily take the shape of the legal scholarship within which comparative law must be the main way of understanding.<sup>65</sup> The academic dialog should promote theoretical bases for European identity, confidence in Europe and a feeling of belonging to Europe.<sup>66</sup> Unfortunately, in contemporary Romania such an approach is missing, as the interest is focused on the pragmatic gains of integration rather than on its cultural background. There are no serious theoretical reflections within the judiciary about the effects of the integration over the legal methodology and style and a very little interest, in the law faculties, in the comparative approach and the study of comparative law as discipline.

#### **ABBREVIATIONS:**

AJCL	American Journal of Comparative Law
AJLP	Australian Journal of Legal Philosophy
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ELJ	European Law Journal
FILJ	Fordham International Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJLI	International Journal of Legal Information
JIL	Journal of International Law
LS	Legal Studies
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review

---

<sup>65</sup> "Every European lawyer, and every UK lawyer, is now a comparative lawyer." See I. WARD, *op. cit.*, p. 24.

<sup>66</sup> See A. M. LOPEZ-RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 1216-1217.

# SISTEMUL DE DREPT EUROPEAN. ÎN TRE TRADIȚIA JURIDICĂ MIXTĂ ȘI DREPTUL CA EXPRESIE A CULTURII

Manuel GUȚAN

## I. Sistemul de drept european și statalitatea europeană

Este dincolo de orice îndoială că voința politică europeană rezidă într-un motor juridic exprimat prin ceea ce se numește Drept comunitar sau Drept european.<sup>1</sup> De asemenea, este bine cunoscută relația inerentă dintre Stat și Drept. În mod tradițional, dintr-o perspectivă pozitivist-normativistă, Statul (național) este strâns legat de un sistem de drept (național) specific. În același mod, Uniunea Europeană, ca o construcție politică supranațională, se bazează pe o anumite construcție juridică supranațională. Dacă nu putem conferi construcției politice europene dimensiunea unui stat clasic (poate chiar federal), atunci, teoretic, nu putem conferi nici Dreptului european dimensiunea unui sistem de drept (statal). Dar dacă luăm în considerare o ordine politică europeană particulară – ca aceea a unei **federații europene de state independente** – având vocația să devină în viitor un stat federal, putem lua în considerare și o ordine juridică supranațională specifică având

---

<sup>1</sup> În această lucrare, sintagmele Drept Comunitar și Drept european sunt utilizate ca sinonime.

vocația să devină, în viitor, un **sistem de drept statal supranațional**.

Cu toate acestea, indiferent cum am denumi Dreptul european – sistem de drept statal supranațional, ordine juridică supranațională, ordine juridică *sui generis*, ordine juridică autonomă, sistem de drept supranațional, drept cvasiconstituțional, etc. – Dreptul european este un instrument politic menit să atingă scopuri politice și economice. În consecință, elita politică europeană pare a se concentra, în mod natural, mai mult asupra rezultatelor și mai puțin asupra mijloacelor. Fără a se lua în calcul limitele și specificitatea sa, **dreptul ca instrument** trebuie să servească scopurilor politice și economice europene. În același timp, la nivel european, această viziune pragmatică ridică o serie de probleme în rândul juriștilor, în condițiile în care edificarea unui **Drept european** (statal) este evaluată în termenii tradiției juridice, culturii juridice, identității juridice și mentalității juridice. Această abordare „culturalistă” este inevitabilă și ea izvorăște din procesul inerent al edictării, interpretării și aplicării Dreptului european.

Pe de altă parte, dacă acceptăm paradigma sistemului de drept statal ca un cadru al construcției juridice europene (fără a conta dacă o formă specifică de statalitate europeană există sau nu), atunci trebuie să facem față tuturor consecințelor logice ale unui asemenea tip de abordare. În acest scop, procesul de edificare a unui sistem de drept (statal) european trebuie să dea un răspuns clar cerințelor privind coerența internă, integritatea sau unitatea acestui sistem și trebuie să clarifice provocarea pluralismului juridic.

Pluralitatea sistemelor de drept naționale la nivel european, precum și a tradițiilor juridice europene face din procesul construcției juridice europene o „cursă cu obstacole”.

În vederea atingerii scopurilor politice, aceste sisteme și tradiții juridice nu doar coexistă, pur și simplu, dar trebuie să și **interacționeze** într-un oarecare mod. Concretizarea construcției juridice europene și, în consecință, concretizarea idealurilor politice și economice ale Uniunii Europene depind în mare măsură de succesul acestei interacțiuni. Având în vedere diversele niveluri ale posibilei interacțiuni (legale sau culturale), vom avea cu prioritate în vedere ceea ce această interacțiune înseamnă astăzi și ceea ce ea ar putea sau ar trebui să fie mâine. Acest lucru reprezintă calea dintre **dreptul înțeles ca normă juridică și dreptul înțeles prin prisma culturii**.

## **II. Cine interacționează?**

Construcția ordinii juridice europene reunește nu doar sisteme de drept naționale diferite dar și tradiții juridice diferite ce se identifică prin evoluții istorice distincte și printr-o metodologie juridică particulară. Construcția europeană limitată la continentul european dominat de tradiția Dreptului civil ar fi făcut, probabil, acest proces mai ușor de atins și dotat cu șanse mai mari de succes chiar dacă, înăuntrul acestei familii juridice, tradiția juridică romană și tradiția juridică germană se caracterizează prin elementele ce le diferențiază clar una de cealaltă. Adevărata problemă a apărut însă în momentul în care integrarea europeană a Marii Britanii și a Irlandei a introdus tradiția *Common Law* în spațiul juridic oficial al Comunității Europene. Din acel moment, construcția ordinii juridice europene a însemnat „lupta” dintre cele două importante tradiții juridice.

### III. Cum interacționează tradițiile juridice europene?

Ajungând față în față în contextul edificării Uniunii Europene, tradiția dreptului civil și tradiția *Common Law* **sunt obligate să interacționeze**. Acest fapt nu înseamnă că cele două tradiții juridice au fost izolate una de cealaltă și că semne ale influenței reciproce au lipsit înainte de demararea procesului integrării juridice europene. Nu o singură dată, provocați de reforma propriului sistem de drept național, juriștii englezi și irlandezi, precum și cei continentali au utilizat instrumentele importului juridic rațional și irațional pentru a se inspira fiecare din soluțiile juridice ale celorlalți.<sup>2</sup> În acest moment, ambele tradiții juridice sunt **forțate** să fie conștiente de alteritatea lor și obligate să intre în contact cu aceasta. În consecință, dincolo de reforma juridică națională, construcția dreptului european nu este doar o problemă de voință politică națională dar, în același timp, o problemă a consensului politic și juridic între partenerii europeni. În mod special, edificarea dreptului european nu poate fi, cel puțin teoretic, un rezultat al imperialismului juridic între statele membre ale Uniunii și, în consecință, nici o soluție juridică națională nu poate fi acceptată *ab initio*. Filosofia lui „cucerește...”, înfige steagul și învinge-i pe băștinași” dezvoltată de poporul englez<sup>3</sup> nu-și găsește locul aici. Fără a exclude, totuși, vanitatea juridică națională din această ecuație, a crea dreptul european este un proces voluntar și rațional a cărui împlinire ar trebui să se

---

<sup>2</sup> V. pentru detalii E. ORUCU, „Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition”, în *Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking*, No. 59/1999, pp. 40-43; X. LEWIS, „The Europeanisation of the Common Law”, în *Transfrontier Mobility of Law*, Edited by R. Jagtenburg & E. Orucu & A. de Roo, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 49-50.

<sup>3</sup> J. WARD, „The Limits of Comparativism: Lessons from UK-EC Integration”, în *MJECJL*, no. 2/1995, p. 24.

realizeze cu ajutorul instrumentelor **dreptului comparat**. Apelul la dreptul comparat este astăzi aproape obligatoriu, în condițiile în care el pare cel mai eficient mod de a obține integrarea juridică.<sup>4</sup> Astfel, a construi dreptul european este o comandă politică însă, în același timp, o sarcină serioasă pentru elita juridică ce se raportează la această metodă specială de a edifica dreptul. Doar dreptul comparat poate „oferi bazele comparative pe care să se să se dezvolte un sistem de drept pentru toată Europa... luând anumite ramuri ale dreptului... și arătând care norme sunt general acceptate pretutindeni în Europa și dacă ele se dezvoltă pe direcții convergente sau divergente...”.<sup>5</sup> În acest proces, atât tradiția dreptului civil cât și cea a *Common law* sunt implicate și evaluate într-o abordare „intersistemică” specifică.<sup>6</sup> Drept consecință, utilizarea dreptului comparat ca instrument al procesului integrării juridice în Europa restrânge inevitabil obiectul comparării juridice la tradițiile juridice europene și condamnă integrarea la o „abordare a depravării juridice”,<sup>7</sup> unde tradițiile juridice noneuropene sunt neglijate și chiar discriminate.

---

<sup>4</sup> V. R. DEHOUSSE, „Comparing National and EC Laws: The Problem of the Level of Analysis”, în *AJCL*, vol. 42/1994, pp. 762-764; V., de asemenea, B. DUTOIT, „Essai de synthese”, în *The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, colloquium organized by the Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne, 14-15<sup>th</sup> of April 2000, Schulthess, Zurich, 2002, pp. 185-199.

<sup>5</sup> K. ZWEIGERT & H. KOTZ, *An Introduction to Comparative Law, Third Edition*, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 29-30.

<sup>6</sup> M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, „Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, în *ICLQ*, vol. 47/1998, p. 533.

<sup>7</sup> Vezi J. HUSA, *Emancipation or depravation for the European Legal Mind? The Contribution of the Legal Traditions Approach*, în *MJEL*, no. 1/2006, p. 85. De ce ar fi acest drept comparat „focalizat” interesat de alte culturi / tradiții juridice non-europene sau non-occidentale, când el are destule probleme cu acea aparentă non-convergență a



Recurgerea la dreptul comparat în construcția juridică europeană, atât la nivel legislativ cât și judiciar,<sup>8</sup> ne conduce pe calea unei receptivități juridice conștiente la nivel național, ceea ce ar putea face procesul contaminării juridice și al iritării juridice<sup>9</sup> o chestiune de reciprocitate. În aceste condiții, așa-numita „abordare funcțională”, concentrată asupra contextului socio-cultural, poate încerca să evite inconveniențele incompatibilității dintre instituțiile juridice europene ce se doresc a fi implementate și cultura juridică a sistemului de drept național ce receptează și poate transforma procesul armonizării și adaptării juridice într-un real succes.<sup>10</sup>

---

tradițiilor juridice europene!? Dezbaterea academică cu privire la integrarea juridică europeană, la dreptul European și la cultura juridică europeană este, aproape în exclusivitate, axată pe problemele comensurabilității, comprehensibilității, convergenței și fertilizării juridice inter-culturale între tradițiile dreptului civil și common law-ului.

<sup>8</sup> Vezi K. LENAERTS, „Le droit comparé dans le travail du juge communautaire”, în *L’utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, pp. 111-168.

<sup>9</sup> În această lucrare folosesc sintagma de „iritare juridică” a lui G. TEUBNER (v. „Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, în *MLR*, vol. 61/1998, pp. 11-32) într-un înțeles particular. La modul general, toate transplanturile juridice care nu sunt raționale (adică realizate atunci când este organic necesar și cu o completă evaluare a alternativelor juridice, interne și externe) reprezintă un iritant juridic pentru un anumit sistem de drept național importator. Soluția juridică importată poate fi asimiliată și natural adaptată (în acest caz, o transpunere juridică va avea loc) sau poate fi complet respinsă. Ca urmare, în ceea ce mă privește, nu înțeleg „iritarea juridică” dintr-o perspectivă complet negativă.

<sup>10</sup> Lipsa abordării comparative în procesul construcției juridice europene poate determina, pe de altă parte, o reacție de respingere din partea sistemelor de drept naționale, cum s-a întâmplat în cazul EC Telecoms Liberalisation, și la insuccesul proiectului comunitar. Vezi F. R. VAN DER MENSBRUGGHE, „Comparative Methodology as a Means of Dissipating Tension”, în *L’utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaire de Namur, Namur, 2003, pp. 41-66.

Acest lucru înseamnă că juriștii comparațiști trebuie să evite capcana accentuării exclusive a similitudinilor dintre sistemele de drept naționale în procesul integrării juridice europene.<sup>11</sup>

Pentru cei care acceptă această logică, dreptul comparat este un fel de chirurgie juridică care poate produce rezultatele dorite dacă este realizată de persoana potrivită și cu instrumentele potrivite. În consecință, este suficient să existe comanda politică pentru a demara procedura juridică. De aceea, sistemul juridic european se află într-o continuă expansiune, abordând noi domenii și ramuri – ca dreptul civil – în demersul de a-și atinge eficiența și scopurile.<sup>12</sup> Pe de o parte, însă, eficacitatea dreptului comparat este legată de tot mai importanta putere de legiferare a instituțiilor de la Bruxelles, precum și de dorința elitei politice și juridice de a produce schimbările economice și juridice proiectate, inclusiv prin mijloacele codificării.<sup>13</sup> Pe de altă parte, conștientizarea acestui proces ridică în rândul juriștilor problema limitelor, posibilității și realismului unei asemenea construcții juridice în Uniunea Europeană.

---

<sup>11</sup> Dar vezi E. H. HONDIUS, *The Judiciary: an Obstacle to the Harmonisation of Civil and Common Law?*, în *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, pp. 99-121.

<sup>12</sup> Vezi J. SMITS, „A European Private Law as a Mixed Legal System”, în *MJECL*, nr.4/ 1998, pp. 328-329.

<sup>13</sup> Vezi T. HARTLIEF, „Towards a European Private Law? A Review Essay”, în *MJECL*, nr.1/1994, p. 169. Apetitul pentru unificarea centralizată a dreptului în UE prin intermediul codificărilor depășește limitele literale impuse de art. 95 al Tratatului CE privind „înființarea și funcționarea pieței comune”. Preocupări cu privire la Dreptul european al familiei și Dreptul succesoral european pot dovedi crearea unor scopuri politice și juridice noi dincolo de prevederile dreptului primar european.

#### **IV. Care sunt limitele acestei interacțiuni?**

Dacă am încerca să stabilim conturul integrării juridice în Uniunea Europeană, am putea identifica unele limite obiective și subiective.

Dezbaterea cu privire la **limitele obiective** ale integrării juridice europene ne conduce la concepte ca „mentalitate juridică” și „cultură juridică”. În această perspectivă, dreptul este strict legat de societatea în care el este creat iar înțelegerea dreptului într-o anumite comunitate umană este determinată cultural, fără nici o șansă pentru transformări epistemologice. Pentru acest tip de logică, convergența tradiției Dreptului civil cu tradiția *Common Law* este foarte dificil de realizat datorită trăsăturilor culturale imposibil de reconciliat și de depășit ale acestora, precum *natura gândirii juridice, semnificația sistematizării, caracterul normelor juridice, rolul faptelor, înțelegerea drepturilor subiective și atitudinea față de trecut*.<sup>14</sup> Chiar dacă o oarecare convergență juridică este atinsă în plan formal, funcționalitatea sa este pusă sub semnul întrebării datorită înțelegerii diferite a ei.<sup>15</sup> Chiar dacă juriștii acestor tradiții juridice ar vorbi aceeași limbă juridică, ei nu au nici o șansă să se înțeleagă unii pe alții, datorită perspectivelor lor cognitive diferite. Ca o consecință a acestei viziuni agnostice, mentalitatea juridică este pietrificată într-o societate anume, fără a exista șansă de schimbare în timp în anumite condiții specifice și reprezintă stare de spirit obligatorie și insolubilă pentru fiecare jurist al respectivei societăți. De aceea, ar fi

<sup>14</sup> Vezi P. LEGRAND, „European Legal Systems are not Converging”, în *ICLQ*, vol. 45/1996, pp. 64-74.

<sup>15</sup> See P. LEGRAND, „The Impossibility of Legal Transplants”, în *MJEC*, nr. 4/1997, pp. 116-118. V. și P. LEGRAND, „Legal Traditions in Western Europe: the Limits of Commonality”, în *Transfrontier Mobility of Law*, Edited by R. Jagtenburg & E. Orucu & A. de Roo, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 63-84.

logic pentru o asemenea cultură juridică să fie neinteresată, datorită lipsei de eficiență, de importul juridic din alte culturi juridice și să fie satisfăcută de un simplu paralelism cultural exploatat doar spiritual (nu și practic).

Această utilizare a conceptului de „cultură (juridică)” drept o „epistemologie a conflictului”<sup>16</sup> afectează profund esența optimistă a metodologiei comparării juridice, în măsura în care construcția juridică și nejuridică europeană este o chestiune de optimism bazat pe o reală înțelegere a alterității și nu doar pe postularea alterității. În acest context, ar fi poate indicat să se atragă atenția oficialilor UE asupra construcției juridice iluzorii pe care o desfășoară la Bruxelles. În același timp, ar fi necesar să înțelegem că Uniunea Europeană este o construcție politică și economică ridicată pe un castel de nisip iar politicienii europeni încearcă să mute căruța europeană spre prosperitate biciuind corpul efemer al dreptului european. Dar aceasta ar fi o atitudine lipsită de sens: deoarece integrarea juridică europeană **trebuie să fie realizată**, nu există nici un fel de justificare pentru a face o evaluare preliminară a interrelațiilor dintre drept și societate. Tot ceea ce trebuie făcut este să se descopere problemele și să se încerce, atât cât este posibil, căutarea unor soluții.

Discuția despre limitele subiective ale integrării juridice europene ne conduce spre problema identității juridice naționale. Din anumite puncte de vedere, dreptul european trebuie să respecte și să conserve tradițiile juridice naționale și mentalitatea juridică națională<sup>17</sup>. De asemenea, se pare că, uneori, nu pe conservarea identității juridice naționale se pune

---

<sup>16</sup> Vezi P. GLENN, „Legal Cultures and Legal Traditions”, în *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 17.

<sup>17</sup> Vezi A.-H. HAHN, „The Harmonization of European Private Law Systems and the Role of Comparative Law”, în *IJLI*, no. 30/2002, p. 277.

accentul, ci pe suficiența unui **naționalism juridic** unde nu este potrivit pentru „un popor adult” (ca cel francez) să fie învățat cum se face dreptul de către niște juni birocrați străini de la Bruxelles.<sup>18</sup> Dacă „unitatea juridică în diversitatea juridică” înseamnă „unitate în vanitatea juridică națională”, integrarea juridică europeană nu este, într-adevăr, un subiect de discuție. Această atitudine demonstrează că nu mai sus amintita imposibilitate de înțelegere și convergență între tradițiile Dreptului civil și *Common Law* reprezintă obstacolul real al integrării juridice europene. Naționalismul juridic și xenofobia juridică sunt obstacole mult mai dificil de depășit și este necesară o profundă schimbare de mentalitate pentru ca acest lucru să se întâmple. Nu specificitatea unei culturi juridice naționale este adevărata problemă a integrării juridice europene ci lipsa unei adevărate înțelegeri a necesității schimbării acestei culturi și mentalități juridice naționale.

## **V. Care este rezultatul? Tradiția juridică mixtă – o soluție pentru un drept european integrat?**

În ciuda himerei neconvergenței sistemelor juridice europene, postulată de analiștii sceptici ai dreptului, este evident că dreptul european este un corp viu pus în serviciul bunăstării economice și echilibrului politic în cadrul Uniunii Europene. Construcția juridică europeană este, în consecință, o necesitate realizată de elitele politice și juridice ale Europei. Tradițiile juridice europene sunt, de aceea, comensurabile iar procesul poate fi simplu explicat prin mecanismele teoriei **transplantului juridic**. Dacă se are în vedere o **cauză** a transplantului juridic la nivel european, atunci **dreptul**

---

<sup>18</sup> Vezi F. TERRÉ, *Introduction générale au droit* 16<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2003, p. 248.

**comparat clasic** ar trebui să fie cauza rațională potrivită pentru integrarea juridică europeană și folosită pe scară largă de elita juridică europeană. Ea ar putea oferi, de asemenea, autoritatea necesară procesului integrării europene.<sup>19</sup> În același timp, validitatea și eficacitatea metodei comparării juridice nu este asigurată doar de logica raționalității, dar și de logica **famiilor culturale juridice**. Realizând o analiză antropologică și sociologică, dreptul comparat subliniază valorile fundamentale comune și viziunea comună despre lume a popoarelor occidentale.<sup>20</sup> În consecință, o ideologie (juridică) comună deja unifică tradițiile Dreptului civil și *Common Law* într-o unică și vastă **familie culturală juridică occidentală**. Aceste baze ideologice comune sunt un context perfect al construcției juridice europene și ele au mai multe șanse să facă față necesității existenței unei culturi juridice europene în interiorul Uniunii Europene decât efortul de a „vâna” vechiul *jus commune* european ca un argument istoric în favoarea integrării juridice pe continent.<sup>21</sup>

Este adevărat, pe de altă parte, că recunoașterea unei familii culturale juridice care să includă tradițiile juridice europene nu asigură automat existența unei profunde convergențe în cadrul sistemului de drept european. Dreptul

---

<sup>19</sup> Vezi A. WATSON, „Legal Culture v. Legal Tradition”, în *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 2-3.

<sup>20</sup> Vezi M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *op. cit.*, p. 515.

<sup>21</sup> F. WIEACKER propune trei constante esențiale ale culturii juridice europene: personalism, legalism și intelectualism (a se vedea *Foundations of European Legal Culture*, in *AJCL*, volum. 38/1990, p. 20 și următoarele). Pentru aceeași logică poate fi amintit S. STROMHOLM cu a sa lucrare *L'Europe et le droit*, PUF, Paris, 2002. Este evident că această „ideologie comună” are, la rândul ei, o dimensiune istorică având în vedere că a fost dezvoltată de-a lungul secolelor.

comparat este un instrument al integrării juridice dar, tehnic vorbind și pe termen scurt, sistemul juridic european are în vedere **dreptul pozitiv** și mai puțin mentalitatea juridică. Într-adevăr, normele juridice, principiile, instituțiile și structurile sunt mai simple și mai rapid unificabile și de transpus în domeniul dreptului.<sup>22</sup> Fiind rezultatul unei abordări voluntare, lucide și raționale, integrarea juridică europeană asigură receptivitatea sistemelor de drept naționale față de noul drept european, necesară în scopul de a nu fi blocată de o neașteptată respingere din partea celor din urmă.

Această logică a **dreptului înțeles ca normă juridică** aduce față în față norma juridică europeană și cultura juridică națională. Un așteptat proces de implementare (a directivelor) și interpretare (a regulamentelor) a dreptului european de către legiuitorii și instanțele naționale dă naștere unui proces natural de **transpunere juridică**. În prezența unor culturi juridice naționale diferite, acest proces presupune, inerent, o interpretare și aplicare diferențiată a dreptului european în statele membre. Este un mod de a înțelege convergența juridică sub forma unei firești adaptări a normei juridice europene în diferitele culturi juridice naționale și, în același timp, o modalitate de a proteja identitatea juridică națională în contextul filosofiei „unității în diversitate”.<sup>23</sup> În acest context, dreptul european trebuie înțeles mai mult ca un **drept european armonizat** decât ca un **drept european unificat**. Bineînțeles, pentru a vorbi despre toate acestea este nevoie de un interes suprem și de o voință politică a statelor membre de a depăși particularitățile politice și culturale naționale, precum

---

<sup>22</sup> A se vedea. A. WATSON, *Legal Transplant and European Private Law*, in EJCL, [www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html](http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html), vol. 4/2000, p. 9.

<sup>23</sup> A se vedea ORUCU, *Law as Transposition*, in ICLQ, nr. 51/2002, pp. 207-212; A. WATSON, *op. cit.* p. 9 și următoarele.

și de a proceda efectiv la implementarea dreptului european.<sup>24</sup> Acest lucru implică, de asemenea, o schimbare importantă în rolul unor curți constituționale naționale de a controla constituționalitatea normelor comunitare și o sporire a fidelității lor față de Uniunea Europeană.<sup>25</sup>

Rezultatul esențial al acestui proces este construirea dreptului european ca un **mixaj juridic**. Înțeles ca fiind rezultatul unei ne-impuneri a unui anume sistem de drept, acest mixaj juridic poate fi calificat ca fiind pluralist.<sup>26</sup> Dar, în ciuda faptului că sistemele de drept europene sunt evaluate în mod egal, acest Drept european ca **mixaj al tradițiilor juridice** ridică întrebări cu privire la **egalitatea de șanse și egalitatea în rezultate** ca o dovadă a graniței foarte subțiri între **integrarea juridică europeană și lupta juridică europeană**. Există o mare sensibilitate cu privire la stricta determinare a „civilizării” acestui *Common Law* sau cu privire la „*common*-arizarea” tradiției dreptului civil<sup>27</sup> în construcția juridică europeană.

---

<sup>24</sup> H. P. GLENN, *Harmonization of Private Law Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions*, în *Rapports generaux au XIIIe Congres International de Droit Compare*, Montreal-1990, Les Editions Yvon Blais Inc., 1992, p. 87-88; Vezi și T. M. J. MOLLERS, „The Role of Law in European Integration”, în *AJCL*, vol. 48/2000, pp. 685-686.

<sup>25</sup> M. ZULEEG, „A Community of Law: Legal Cohesion in the European Union”, în *FILJ*, no. 20/1996-1997, p. 637.

<sup>26</sup> Vezi M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006, p. 102.

<sup>27</sup> În mod special, juriștii francezi sunt foarte preocupați să stabilească gradul în care puritatea dreptului francez este atinsă de dreptul european și, în particular, de tradiția *Common Law*. Vezi M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, pp. 110-111. La rândul lor, juriștii englezi sunt sensibili la acea „*mission civilisatrice*” dezvoltată de juriștii francezi. A se vedea B. S. MARKESINIS, „Our Debt to Europe: Past, Present and Future”, în *Millennium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 62.



Răspunsul la problemă ar clarifica compoziția acestui mixaj juridic dar, în același timp, și profunzimea acestei mixități specifice.

Pentru moment, o scurtă privire asupra mixajului juridic european ne descoperă tradiția *Common Law* ca fiind candidatul favorit la iritare juridică în Uniunea Europeană.<sup>28</sup> Din nefericire, această iritare, nu o singură dată, s-a manifestat mai mult ca un virus periculos decât ca o „infuzie sănătoasă” iar sistemul de drept englez tinde să producă anticorpi. Cuvinte ca „anxietate” sau „confuzie” sunt relevante pentru starea de spirit a corpului judecătoresc englez confruntat cu lucruri străni ca „interpretarea teleologică” sau „principiul proporționalității”.<sup>29</sup> Acest aspect mărturisește multe despre limitele dreptului comparat ca un panaceu universal și dovedește că mixajul juridic european este destul de departe de a fi „amestecat” și de a fi devenit un „amalgam juridic”. În același timp, el dovedește că această construcție juridică europeană nu este doar o problemă de obiectivitate științifică. Caracterul mixt este totuși evident dar este greu de spus când aceasta va implica o transformare profundă în mentalitatea juridică a judecătorilor englezi; cu toate acestea, unele exemple de interpretare deductivă a dreptului european și chiar a dreptului intern englez<sup>30</sup> ne pot conduce spre meditație și speranță. În orice caz, este semnificativ, la nivel spiritual, că noua metodologie juridică a fost primită de juriștii englezi ca un instrument **natural** și eficient pentru a atinge anumite

---

<sup>28</sup> Vezi B. S. MARKESINIS, „Foreign aw and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis”, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 181-190.

<sup>29</sup> I. WARD, *op. cit.*, pp. 24-26.

<sup>30</sup> V., pentru exemple, E. ORUCU, *Critical Comparative Law...*, *op. cit.*, pp. 47-49; J. E. LEVITSKY, „The Europeanization of the British Legal Style”, în *AJCL*, Vol. 42/1994, pp. 371-374.

scopuri specifice.<sup>31</sup> În ciuda acestui aspect, rămâne încă problema transpunerii juridice, în condițiile în care interpretarea deductivă pare a se canaliza în direcția versiunii americane a *Common Law* decât în direcția propusă de Curtea Europeană de Justiție (CEJ).<sup>32</sup>

Această stare de lucruri nu poate fi, în mod necesar, explicată prin concepte ca „imperialism juridic”. Mecanismul intern al procesului creării dreptului european favorizează dreptul scris continental (legea), ca izvorul cel mai important al dreptului, apetitul pentru codificare și interpretarea teleologică (incluzând așa numitele *travaux preparatoires*).<sup>33</sup> Până la urmă, metodologia juridică romano-germanică face mult mai bine față provocărilor **dreptului ca instrument al integrării**.<sup>34</sup> Datorită „lipsei de interes a tradiției Dreptului civil pentru continuitate socială în promovarea normativității juridice”,<sup>35</sup> dreptul European se poate manifesta ca un „sistem”. În același timp, metodologia continentală teleologică (deductivă) centrată pe anumite scopuri de interpretare a dreptului este cea mai bună cale de a asigura corecta aplicare a reglementărilor juridice ale Bruxellesului pe întreg cuprinsul Uniunii Europene și într-un context multilingvistic<sup>36</sup> iar CEJ din Luxemburg este dornică să păstreze această cale. Pe de altă parte, aderând la Uniunea Europeană după decenii, Anglia, ca și România astăzi, a fost transformată într-un

---

<sup>31</sup> Vezi J. E. LEVITSKY, *op. cit.*, pp. 368-369.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 380.

<sup>33</sup> X. LEWIS, *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>34</sup> Vezi P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 158.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>36</sup> Vezi A. M. LOPEZ-RODRIGUES, „Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? The Link Between Law, Language and Culture”, în *JIL*, no. 29/2003-2004, pp. 1212-1213.

*Sistemul de drept european. Între tradiția juridică mixtă și dreptul ca expresie...*

receptor neputincios de drept prin încorporarea „la grămadă”<sup>37</sup> a dreptului european.

## **VI. De la dreptul înțeles ca normă la dreptul înțeles prin prisma culturii în Uniunea Europeană**

Din nefericire, din cele expuse mai sus rezultă clar că logica europeană a **dreptului înțeles ca normă** nu asigură mult dorita integrare a dreptului european.<sup>38</sup> Iar fără o puternică integrare juridică se consideră că scopurile politice, sociale și economice ale Uniunii Europene nu pot fi atinse. Din anumite puncte de vedere, convergența juridică europeană poate fi întărită prin apelul tot mai intens la un **drept unificat** în locul unui drept armonizat. Dar completa depășire a discrepanțelor dintre normele juridice nu este suficientă pentru a asigura dimensiunea **unității** dreptului european. Curtea Europeană de Justiție din Luxembourg a subliniat, nu o singură dată, necesitatea unei transpuneri și aplicări uniforme a dreptului european de către legiuitorii și instanțele naționale iar acest lucru reprezintă o **reală condiție pentru unitatea juridică europeană**.<sup>39</sup> Această viziune este justificată atât de refuzul statelor membre de a aplica dreptul european, cât și de evidentele discrepante în procesul de „recunoaștere a dreptului” și „descoperire a dreptului” la nivelul și între jurisdicțiile naționale, de unde și derivă, uneori, rezultate în mod izbitor diferite.<sup>40</sup> Principiul subsidiarității și politica

<sup>37</sup> Vezi X. LEWIS, *op. cit.*, p. 49.

<sup>38</sup> K. ZWEIGERT și H. KOTZ, *op. cit.*, p. 28.

<sup>39</sup> Vezi M. ZULEEG, *op. cit.*, p. 625.

<sup>40</sup> Vezi E. HONDIUS, „Finding the Law in a New Millennium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union”, în *D’ici, D’ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l’honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, Paris,

„clauzelor deschise” în aplicarea directivelor legitimează aceste diferențe în contextul unui pluralism juridic european consistent. Evoluția principiului „bunei credințe” în sistemul de drept englez,<sup>41</sup> a „discriminării sexuale indirecte” în sistemul de drept francez,<sup>42</sup> a fenomenului întâzierii la nesfârșit a proceselor în sistemul de drept italian<sup>43</sup> și a „ideologiei deciziei judecătorești limitate” în fostele state socialiste europene<sup>44</sup> reprezintă un exemplu foarte relevant pentru această situație.

Dacă problema „recunoașterii” dreptului european de către sistemele de drept naționale este mai mult una politică și pare a fi ușor de rezolvat datorită principiului priorității dreptului european asupra celui național, stabilit de către CEJ, problema „descoperirii dreptului” este mult mai sensibilă, având în vedere că ea implică diferențe în metodologia juridică utilizată de instanțele naționale. Toate această perspectivă scoate în evidență faptul că unitatea dreptului european rezidă mai mult în capacitatea instanțelor naționale de a interpreta și aplica reglementările juridice ale Comunității în scopul de a obține efectele dorite de Bruxelles și mai puțin în procesul efectiv al creării dreptului european. Astfel, accentul cade asupra procesului de interpretare și aplicare a legislației europene și

---

1999, p. 106-110; V. și J. SMITS, *The Making of European Private Law. Toward a *Ius Commune Europaeum* as a Mixed Legal Systems*, Intersentia, Antwerp, 2002, p. 32.

<sup>41</sup> Vezi G. TEUBNER, *op. cit.*

<sup>42</sup> Vezi C. J. WALLACE, „European Integration and Legal Culture: Indirect Sex Discrimination in the French Legal System”, în *LS*, vol. 19/1999, pp. 397-414.

<sup>43</sup> Vezi D. NELKEN, „Using the Concept of Legal Culture”, în *AJLP*, vol. 29/2004, pp. 11-26.

<sup>44</sup> Vezi Z. KUHN, „World Apart: Western and Central European Judicial Cultures at the Onset of the European Enlargement”, în *AJCL*, vol. 52/2004, pp. 531-567.

asupra rolului jucat, în cele din urmă, de instanțe în asigurarea unității și integrității dreptului european. În consecință, încurajarea de către CEJ a interpretării teleologice a dreptului european în instanțele naționale a fost o atitudine logică, având în vedere faptul că ea se potrivește cel mai bine cu ideea de preservare a unității juridice europene.

În mod cert, existența unui sistem de drept european trebuie să rezide în unitatea sa dar acest lucru poate fi găsit în altă parte decât în simpla idee a unui drept european unificat sau armonizat. Aceasta deoarece **unitatea și chiar uniformitatea dreptului european presupune o epistemologie juridică identică ce include o hermeneutică juridică identică.** „o condiție determinantă pentru obținerea uniformității juridice este existența unei *culturi juridice comune (s.n.)* generate de un *discurs juridic comun*” (s.n.).<sup>45</sup> De aici se poate desprinde și un răspuns foarte bun pentru scepticismul lui Legrand: **dacă nu există o cultură juridică europeană, trebuie să creăm una.**

Această dialectică merge dincolo de dreptul înțeles ca normă și pretinde o perspectivă a **dreptului înțeles prin prisma culturii.** Aceasta ridică, de asemenea, dubii asupra conservării discursului culturii juridice naționale sau al tradiției juridice și propune o schemă pentru o nouă **cultură juridică europeană** în care cele naționale ar putea fi topite. Pe de altă parte, o asemenea perspectivă reprezintă un factor iritant evident pentru instanțele naționale contemporane și pentru logica „diversității în unitate”. Pe de altă parte, necesitatea unei **culturi juridice europene comune** rezultă din viața internă a dreptului european și din scopurile Uniunii Europene. Existența sa ar fi

---

<sup>45</sup> Vezi A. M. LOPEZ-RODRIGUES, *op. cit.*, p. 1208; vezi și J. SMITS, *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal Systems*, p. 33.

posibilă deoarece tradițiile, culturile juridice particulare și mentalitățile juridice nu sunt făcute pentru eternitate. Ele se pot schimba.<sup>46</sup>

**Dar, cum ar putea fi o cultură juridică europeană cu adevărat posibilă?** Este sigur că ea nu poate fi rezultatul necesar al unei impuneri calculate și centralizate din partea Bruxelles-ului sau a Luxemburgului (cu toate că insistența CEJ asupra utilizării metodei teleologice de interpretare juridică ar putea demonstra contrariul). Mentalitatea juridică nu poate fi impusă de la vârf spre bază de logica dreptului înțeles ca normă. Poate, în acest context, rolul dreptului comparat ca un instrument rațional **exclusiv** în procesul integrării juridice europene ar trebui reconsiderat. De asemenea, apetitul Bruxelles-ului pentru o creare centralizată și cvasi-sistematică a dreptului european ar trebui reevaluat în acest context și mai bine orientat.

Din punctul nostru de vedere, acest demers nu implică eliminarea viziunii **dreptului înțeles ca normă juridică** din ecuația integrării juridice europene. Credem că Europa este condamnată la o construcție juridică centralizată și focalizată pe scopuri clare prin intermediul dreptului edictat (al legii) și că „mișcarea liberă a normelor juridice”<sup>47</sup> nu este soluția cea

---

<sup>46</sup> Vezi A. PETERS and H. SCHWENKE, „Comparative Law Beyond Post-Modernism”, în *ICLQ*, vol. 49/2000, p. 814 și următoarele.

<sup>47</sup> J. SMITS, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, p. 338. Ipoteza lui Smits conform căreia un drept privat european uniform poate fi realizat prin intermediul importului de către sistemele de drept naționale a normei juridice celei mai eficiente dintr-o piață liberă a normelor juridice ridică o serie de probleme: pot fi întotdeauna cunoscute toate normele juridice ce reglementează un anume segment al economiei și pieței? Ce anume ne asigură că o anume normă juridică particulară este cea mai eficientă? Poate fi întotdeauna remarcată o anume normă juridică de către „cumpărătorii” pe o piață liberă a normelor juridice? Dacă da, ce poate asigura aplicarea de către toți

mai potrivită. Procesul continuu și conștient al unificării și armonizării dreptului pe bazele unui proces reevaluat de edictare a dreptului și ale unei eficiente implementări la nivel național reprezintă o condiție importantă pentru atingerea scopurilor Uniunii Europene.<sup>48</sup> Tot ceea ce trebuie făcut este a transforma acest proces într-unul sistematic, în scopul de a deveni „sistemic”. Principiile efectului direct al dreptului european și al supremației dreptului european asupra celui național dezvoltate de CEJ sunt relevante pentru această tendință și justifică o preferință pentru unificarea juridică mai degrabă decât pentru armonizarea juridică. Dreptul înțeles prin prisma culturii va fi dezvoltat paralel cu dreptul înțeles ca normă juridică și mai există încă destule de făcut în procesul de unificare a dreptului european. Aici dreptul comparat poate fi un element de identificare a culturii juridice europene la nivelul actorilor creatori ai dreptului european.

Luând în considerare această tendință spre o evoluție „sistemică” clasică a dreptului european, credem că Europa nu este acum, teoretic vorbind, pregătită să părăsească ideea

---

membrii Uniunii Europene a acestei legi mai eficiente? Ce se întâmplă dacă uniformitatea juridică în alte domenii decât cel economic se dorește a fi realizată în dreptul European? Ce se întâmplă dacă actorii dreptului (mai ales judecătorii) aparținând unui sistem de drept național nu sunt interesați de importul juridic sau nu au nici un fel de cunoștințe în materie de drept comparat? Dincolo de toate acestea, ce ne poate asigura că acea normă juridică eficientă, odată detectată în practică, va și înțeasă interpretată și aplicată în același mod pe tot cuprinsul Uniunii Europene? În ciuda faptului că însuși autorul neagă existența unei culturi juridice europene, el condiționează, în final, succesul teoriei sale de existența *a priori* a unui aspect particular al culturii juridice: „judecătorii în Europa trebuie să fie pregătiți să folosească raționamentul comparării juridice în judecățile lor”. Vezi *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, p. 70.

<sup>48</sup> Vezi T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, p. 694 și următoarele.

pluralismului juridic chiar dacă, în viața sa reală, dreptul european întâmpină câteva exemple de pluralitate juridică „perturbatoare”.<sup>49</sup> Chiar dacă, însă, pluralismul juridic va fi conservat prin intermediul armonizării juridice deoarece el „poate ajuta la asigurarea unui respect mutual și control” între instanțele naționale și europene<sup>50</sup> ori va învinge, după un puternic proces de unificare juridică, ideea unui sistem de drept european statal, problema aplicării diferite a dreptului european și soluția unei culturi juridice europene rămân încă în picioare.

Fără a exclude dreptul comparat din această evoluție, cultura juridică europeană trebuie lăsată să-și găsească propria cale în cadrul procesului de dezvoltare în practica juridică a dreptului european de către diverșii actori ai dreptului. Tradiția Dreptului civil și cea a *Common Law* vor interacționa liber la diverse niveluri, descoperind astfel modalități neimpuse de echilibru și integrare.<sup>51</sup> În acest proces, culturile juridice naționale pot fi păstrate, nu ca „identități” pietrificate ci ca furnizori egali de soluții juridice (culturale). Jurisprudența CEJ ilustrează perfect această realitate.<sup>52</sup> Cum ar putea, oricum, cineva să susțină că tradiția Dreptului civil și cea *Common*

---

<sup>49</sup> Cel mai izbitor exemplu este reprezentat de refuzul unor curți constituționale naționale (în special cea a Germaniei) de a accepta incidența dreptului european în sistemul de drept național propriu dacă reglementările europene sunt contrare celor naționale în ceea ce privește protecția drepturilor fundamentale.

<sup>50</sup> Vezi N. W. BARBER, „Legal Pluralism and the European Union”, în *ELJ*, vol. 12/2000, p. 328.

<sup>51</sup> Dialogul, deschiderea și schimbul de experiență între judecătorii „civilisti” și cei ai *Common Law* pare a fi calea corectă în „cautarea inspirației” în domeniul metodologiei judiciare. A se vedea LORD GOFF OF CHIEVELEY, „Coming Together – the Future”, în *Millennium Lecturers: The Coming Together of the Common Law and Civil Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 248.

<sup>52</sup> Vezi T. KOOPMANS, „The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions”, în *AJCL*, vol. 39/1991, pp. 500-505.



Law s-ar prăbuși în mod necesar în cadrul acestui proces? Ele pot să coexiste în mod natural ca subculturi ale aceleiași culturi juridice europene, așa cum culturile juridice franceză și germană se manifestă ca subculturi juridice ale tradiției juridice romano-germanice.<sup>53</sup> Această viziune poate fi o bază culturală perfectă pentru o prognozată federație europeană<sup>54</sup> unde statele membre sunt identități politice și juridice egale.

Lungul drum spre dobândirea unei dimensiuni necesare a trecutului și prezentului unei tradiții juridice poate fi irațional dar rezultatul trebuie să fie, la un moment dat, clar și rațional exprimat într-o nouă epistemologie. Trebuie să menționăm din nou că acest „trecut” nu trebuie să fie cu necesitate dreptul roman reînviat sau celebrul *ius commune* pe care unii teoreticieni încearcă să-l acrediteze, și asta din cauza aplicării sale geografice limitate pe continent și, foarte clar, din cauză că tradiția *Common Law* l-a respins. Oricum, dacă trebuie să recuperăm ceva din trecutul Europei, logica unității juridice trece peste diferențe și accentuează aspectele comune.

Dacă o tradiție (juridică) este, așa cum accentua P. Glenn,<sup>55</sup> informație menținută și comunicată într-o rețea socială particulară, o nouă tradiție juridică ar însemna o nouă identitate pentru acea societate, bazată pe o nouă epistemologie juridică. În Uniunea Europeană, de asemenea, crearea unei tradiții juridice europene ar determina apariția unei noi identități juridice europene. În ciuda faptului că este general recunoscut că dreptul și mentalitatea juridică sunt produsele unei anumite societăți și nu societatea produsul unei

---

<sup>53</sup> Vezi A. PETERS and H. SCHWENKE, *op. cit.*, p. 814. Aceeași idee s-a coagulat în viziunea lui P. Glenn sub forma tradițiilor (juridice) complexe sau multivalente. Vezi *op. cit.*, pp. 347-365.

<sup>54</sup> Vezi R. C. VAN CAENEGEM, „European Law in the Past and in the Future”, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 142-143.

<sup>55</sup> P. GLENN, *op. cit.*, p. 42.

anume culturi juridice, în procesul edificării unei culturi juridice europene presiunea unei legislații și jurisprudențe centralizate europene poate determina schimbări în culturile și mentalitățile juridice naționale. Drept consecință, o cultură juridică și o identitate juridică nu depind doar de o cultură generală și identitate corespondente ale unei anumite societăți ci și de deschiderea și adaptabilitatea la iritanții externi. Ar fi util să menționăm că, în contextul „diversității în unitate”, o perspectivă a **societății ce determină dreptul** este la fel de potrivită ca și cea a **dreptului care determină societatea**. Avem nevoie de această viziune în scopul de a nu face o axiomă din ideea că **nu putem avea o cultură juridică europeană fără o identitate culturală europeană**. În această logică, putem spera să construim în același timp o cultură juridică europeană și o cultură europeană (generală). În acest context, dacă găsim argumente pentru o posibilă identitate culturală europeană, atunci putem spera și pentru o statalitate europeană, având în vedere că amândouă se află în căutarea unei identități culturale europene. Preambulul Constituției europene, cetățenia europeană, decadele de piață comună, obiectivele și simbolurile comune europene,<sup>56</sup> ar trebui să ne dea, tehnic vorbind, speranțe cu privire la existența unor principii generale ale, cel puțin, unei **identități (culturale) politico-economice europene**.<sup>57</sup> Poate că această identitate politico-economică este suficientă pentru un concept limitat al culturii juridice europene dar nu îndeajuns și pentru ideea complexă și

---

<sup>56</sup> Vezi R. C. SMITH, „Article 151 EC and European Identity”, în *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004, p. 284.

<sup>57</sup> Pentru o serie de autori nord-americani, existența unei culturi europene legată de piața comună este de la sine evidentă. Vezi F. DUINA and N. BREZNAU, „Constructing Common Cultures: The Ontological and Normative Dimensions of Law in the European Union and Mercosur”, în *ELJ*, vol. 8/2002, pp. 585-586.

atocuprinzătoare a unei culturi juridice europene iar viața juridică europeană ne dovedește că aceasta din urmă este pe cale să se nască.

Rămâne, în acest context, să se dezbată și să se răspundă la niște întrebări delicate dar secundare (pentru dezbateră noastră): în ce măsură toate acestea reprezintă sau ar putea reprezenta o stare de spirit printre toate sau o bună parte a popoarelor europene? În ce măsură avem nevoie de trecut în procesul de identificare a unei identități europene? Este diversitatea culturală europeană un semn al unei identități europene post-moderniste care trebuie să fie conservată? Dacă da, poate fi dobândită identitatea culturală europeană prin asumarea fiecărei specificități culturale naționale ca o parte a culturii europene?<sup>58</sup> În același timp, trebuie să fie stabilit în ce măsură „filosofia drepturilor omului” poate fi o bază etică validă pentru o cultură (juridică) europeană în locul mult mai îndreptățitelor norme morale creștine.

## VII. CONCLUZII

În concluzie, este dificil a spune în acest moment care ar fi consistența și răspândirea unei posibile culturi juridice europene. Este evident, din cele de mai sus, că o atare cultură juridică la nivel european ar trebui să existe pentru a asigura succesul deplin al integrării juridice europene. Putem enunța câteva tendințe aparente care reprezintă, pentru a utiliza cuvintele lui Markesinis, **o convergență culturală juridică minimală în așteptarea unei dezvoltări graduale**.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> În acest sens, cultura europeană poate fi suma culturilor naționale sau conștiința că specificitatea culturală a altor popoare europene este și a mea?

<sup>59</sup> Vezi B. S. MARKESINIS, „Foreign aw and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis”, pp. 191-193.

- În primul rând, trebuie remarcată o crescândă acceptare a ideii că o construcție juridică europeană trebuie realizată prin renunțarea la dezvoltarea juridică națională organică și prin deschiderea spre soluții juridice externe.
- La nivel legislativ, se constată o importanță crescândă a elitei juridice alături de cea politică iar dreptul comparat este valorizat ca cea mai potrivită metodologie pentru edictarea dreptului.
- Poate fi observat un continuu interes pentru sistematizarea dreptului, inclusiv prin apelarea la codificare.
- Se pare că o consistență culturală a fost dobândită la nivelul judiciarului în contextul aplicării metodei teleologice de interpretare a dreptului susținută de CEJ.<sup>60</sup> La același nivel al judiciarului, metoda comparativă este folosită pe scară largă.
- În procesul de „stabilire /descoperire a dreptului” desfășurat la nivelul CEJ și chiar la nivelul unor instanțe naționale, dreptul comparat joacă un rol important sau unul crescând în importanță.<sup>61</sup>
- Acest fapt determină o importantă reevaluare a sistemului izvoarelor formale ale dreptului la nivel european în favoarea dreptului edictat (statutar), principiilor dreptului<sup>62</sup> și a unei modalități specifice de a judeca „în care ipoteze litigiile sunt soluționate prin referirea la cazuri mai vechi”.<sup>63</sup>
- Opiniile divergente sunt acceptate și expuse într-un stil personal.

<sup>60</sup> Vezi T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, pp. 702-704.

<sup>61</sup> Vezi T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, pp. 702-704.

<sup>62</sup> Vezi T. KOOPMANS, *op. cit.*, pp. 496-497.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 504.

- Ceva înrudit cu controlul de constituționalitate în rolul CEJ menține unitatea unei dorite ordini juridice europene.
- Legiuitorii și judecătorii europeni par a fi parteneri egali în prestigiu în procesul de construire a sistemului de drept european chiar dacă stilul impersonal al hotărârilor judecătorești ale CEJ poate descuraja această idee.
- Dreptul european tinde să se exprime doar prin intermediul a două limbi – engleza și franceza – ceea ce crează premisele comunicării juridice și unității stilului juridic.<sup>64</sup>

În mod evident, este dificil să se susțină că toate aceste tendințe sunt profund europene, având în vedere că toate sunt localizate la vârful mecanismului juridic european. Pe de o parte, a le vedea pe toate înrădăcinate în conștiința europenilor presupune timp, iar viitorul poate aduce importante transformări și surprize. Pe de altă parte, dacă toate acestea nu vor fi consolidate de o bază morală și filosofică, dreptul european va rămâne mai degrabă un simplu instrument în mâinile unei elite juridice europene în scopul de a atinge obiective dinainte negociate. În același timp, trebuie să fim conștienți de faptul că proiectul „dreptului înțeleș prin prisma culturii” va depinde în mod constant de bazele politice ale Uniunii Europene. Nu există nici o justificare pentru o cultură juridică europeană dacă procesul edictării dreptului, transpunerea și interpretarea dreptului european vor fi determinate de „supremația finală” a parlamentelor naționale<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Vezi T. M. J. MOLLERS, *op. cit.*, p. 705, 708.

<sup>65</sup> Vezi THE LORD CHANCELLOR, LORD IRVINE OF LAIRG, „The Influence of Europe on Public Law in the United Kingdom”, în *Millennium Lecturers: The Coming Together of the Common Law and Civil Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 25.

și de logica „șovinismului” juridic. Europa are nevoie de o cultură juridică europeană în paralel cu o voință politică europeană comună. Până la urmă, cultura juridică europeană nu este un scop în sine. Ea este doar o precondiție pentru succesul unei agende politice europene dorite.

De aceea, mai mult decât orice, cultura juridică europeană ar trebui să fie un discurs contiuu și susținut despre ea și despre necesitatea atingerii unor scopuri politice comune. Noua epistemologie juridică trebuie să ia, în mod necesar, forma învățământului juridic înăuntrul căruia dreptul comparat trebuie să fie cale esențială de înțelegere.<sup>66</sup> Dialogul academic ar trebui să ofere bazele teoretice ale identității europene, încredere în Europa și un sentiment al apartenenței la Europa.<sup>67</sup> Din nefericire, în România contemporană o astfel de abordare lipsește, având în vedere că interesul se concentrează mai mult pe avantajele pragmatice ale integrării decât pe contextul său cultural. Nu există reflecții teoretice serioase în cadrul corpului judecătoresc cu privire la efectele integrării asupra metodologiei și stilului juridic și doar un mic interes în cadrul facultăților de drept pentru abordarea comparativă și studiul Dreptului comparat ca disciplină.

---

<sup>66</sup> „Fiecare jurist european, și fiecare jurist britanic, este acum un jurist comparatist.” Vezi I. WARD, *op. cit.*, p. 24.

<sup>67</sup> Vezi A. M. LOPEZ-RODRIGUES, *op. cit.*, p. 1216-1217.

**ABREVIERI:**

AJCL	American Journal of Comparative Law
AJLP	Australian Journal of Legal Philosophy
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ELJ	European Law Journal
FILJ	Fordham International Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJLI	International Journal of Legal Information
JIL	Journal of International Law
LS	Legal Studies
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review