

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

4/2024
octombrie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

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

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

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

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB

prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf.univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

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

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

CUPRINS/TABLE OF CONTENTS/TABLE DES MATIÈRES

Studii	VASILESCU Paul: <i>Conceptul juridic – o incursiune în jargonul de-drept/The legal concept: a linguistic exploration of legal jargon/Le concept juridique – incursion langagière en droit</i>13-90
Articole	Alămoreanu Sorin, MOȘOARĂ Claudia-Laura: <i>Despre excesul în raportul de expertiză criminalistică (sau „est modus in rebus”)/About the excess in the forensic expert report (or „est modus in rebus”)</i> 91-109
Articole	GOICOVICI Juanita: <i>Clauzele abuzive privind dobânda variabilă în cazul publicării indicelui de referință printr-un act administrativ/Unfair terms regarding the variable interest rate in the event of publication of the reference index by an administrative act</i>110-145
Articole	LAZĂR Laura, LAZĂR Ioan: <i>Objective justifications in article 102 TFEU cases</i> 146-163
Articole	ȘUMANDEA-SIMIONESCU Ioan: <i>Problema asimetriei informației în jocul creditorilor și debitorului în procedura insolvenței – premise si perspective/The issue of information asymmetry in the creditors' and debtor's game in insolvency proceedings – assumptions and perspectives</i> 164-195

LISTA ABREVIERILOR

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

Următoarele abrevieri sunt prezentate în ordine alfabetică:

^	-----	indice [al articolelor de lege];
a.c.	-----	anul curent;
A.R.P.R	-----	Academia Republicii Populare Române (1948- 1965);
A.R.S.R.	-----	Academia Republicii Socialiste România (1965-1989);
AACR	-----	<i>Anglo-American cataloguing rules</i> ;
ABGB	-----	Codul civil austriac (<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>);
acad.	-----	academician;
ACS	-----	<i>American Chemical Society</i> – (stil de citare);
AEGRM	-----	Arhiva electronică de garanții reale mobiliare;
AIP	-----	<i>American Institute of Physics</i> – (stil de citare);
alin.	-----	alineat;
anon.	-----	<i>anonymus</i> (fără autor);
ANSI	-----	American National Standards Institute;
APA	-----	American Psychological Association – (stil de citare);
arh.	-----	arhitect;
ARK	-----	Archival Resource Key – tip de identificator peren;
art.	-----	articol;
ASRO	-----	Asociația de Standardizare din România;
B.of.:	-----	Buletinul Oficial al R.S.R., partea I nr.;
B2B	-----	<i>business-to-business</i> (contracte);
B2C	-----	<i>business-to-consumer</i> (contracte);
BGB	-----	Codul civil german (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>);
c.	-----	contra;
C.adm.	-----	Codul administrativ;
C.cass.	-----	Curtea de Casație franceză;
C.civ.	-----	Codul civil 2009: Legea 287/2009, M.of.: 511 din 24 iulie 2009, republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011

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

	în M.of.: 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;
C.civ.fr.-----	Codul civil francez (<i>Code civil des Français</i>);
C.civ.it.-----	Codul civil italian (<i>Codice civile italiano</i>);
C.civ.q.-----	Codul civil Québec;
C.civ.v.-----	Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011;
C.com.-----	Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ. 2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009;
C.cons.-----	Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
C.fam.-----	Codul familiei adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);
C.m.-----	L: 53/2003 – Codul Muncii–, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;
C.pen.-----	Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
C.pen. 1864-----	Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
C.pen. 1968-----	Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012;
C.poc.pen.sl-----	C.proc.pen. sloven;
C.proc.civ.-----	Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of.: 485/15.07.2010;
C.proc.civ.v.-----	Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
C.proc.pen.-----	Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013;

C.proc.pen.1864	-----	Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936;
C.proc.pen.1936	-----	Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968;
C.proc.pen.1968	-----	Codul de procedură penală 1968, L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013;
C.proc.pen.fr.	-----	Codul de procedură penală francez;
C.proc.pen.it	-----	Codul de procedură penală italian;
C.proc.pen.nl	-----	Codul de procedură penală olandez;
CA	-----	Curtea de Apel (urmată de abrevierea județului n.r.);
CAB	-----	Curtea de Apel București;
cap.	-----	capitol;
cart.jud.	-----	carte de judecată;
CC	-----	Curtea de Conturi;
CCJ	-----	Curtea de Casație și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
CCPCJ	-----	<i>UN:Commission on Crime Prevention And Criminal Justice</i> ;
CCR	-----	Curtea Constituțională a României;
CD	-----	compact disc;
CD-1970	-----	Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
CDP	-----	Caiete de Drept Penal;
CE	-----	Consiliul Europei;
CEDO	-----	Curtea Europeană a Drepturilor Omului/Convenția Europeană a Drepturilor Omului;
CETS	-----	<i>Council of Europe Treaty Series</i> (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 et seq.);
CF	-----	Cartea Funciară;

cf. -----	<i>confer</i> , se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru <i>versus</i> în abrevierea unor cauze, din jurisdicții străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi”;
CJCE -----	Curtea de Justiție a Comunităților Europene;
CJEU -----	<i>Court of Justice of the European Union</i> ;
CJUE -----	Curtea de Justiție a Uniunii Europene;
CNCD -----	Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării;
CODATA-ICSTI -----	<i>Committee on Data of the International Science Council – International Council for Scientific and Technical Information</i> ;
com. -----	comuna;
conf.univ. -----	conferențiar universitar;
Constituția României -----	Adunarea Constituantă: „Constituția României”, M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Modificată și completată prin L: 429/2003, M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată în M.of.: 767 din 31 octombrie 2003;
coord. -----	coordonator;
CPJC -----	Culegere de practică judiciară;
CS -----	Curtea Supremă (1949-1952);
CSE -----	<i>Council Of Science Editors</i> – (stil de citare);
CSJ -----	Curtea Supremă de Justiție a României (1991[3]-2003[4]);
CSM -----	Consiliul Superior al Magistraturii;
CSR -----	<i>corporate social responsibility</i> ;
D-L: -----	Decretul-Lege nr.;
D: -----	Decret al Consiliului de Stat al RSR nr.;
d.Hr. -----	după Hristos;
DAE -----	dobânda anuală efectivă;
dec.adm. -----	decizie administrativă;
dec.civ. -----	decizie civilă;
dec.pen. -----	decizie penală;
dir. -----	coordonator al unui volum colectiv;
DMA -----	<i>Digital Markets Act: Regulation (EU) 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector, OJ L 265, 12.10.2022</i> ;
DOI -----	<i>Digital online identifier</i> – identificator peren;
DPO -----	<i>data protection officer</i> ;

dr. -----	doctor (prin tradiție se păstrează punctul de final);
<i>E.g./e.g.</i> -----	<i>exempli gratia</i> ;
EC -----	<i>European Commission</i> ;
ECHR: -----	<i>European Court of Human Rights</i> ;
ECJ -----	<i>European Court of Justice</i> ;
ECLI: -----	<i>European case law identifier</i> – identificator peren;
ECU -----	<i>European currency unit (1979-1999)</i> ;
ed. -----	editură sau ediție;
ELI: -----	<i>European legislation identifier</i> – identificator peren;
eng. -----	englez, limba engleză;
<i>et al.</i> -----	<i>(et aliae/et alii)</i> și altele, și alții;
<i>et seq.</i> -----	<i>și următoarele (pagini, numere etc.)</i> ;
etc. -----	<i>et cetera</i> ;
ETS -----	<i>European Treaty Series</i> (Seria Tratatelor Europene (1-193));
Eur. Comm'n H.R. Dec & Rep. -----	<i>Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights</i> ;
Eur. Ct. Hr. -----	<i>European Court of Human Rights (Reports of Judgements and Decisions)</i> ;
Eur. H.R. -----	<i>European Human Rights Reports</i> ;
fr. -----	francez, limba franceză;
FRAD -----	<i>Functional Requirements for Authority Data</i> ;
FRBR -----	<i>Functional Requirements for Bibliographic Records</i> ;
FRSAD -----	<i>Functional Requirements for Subject Authority Data</i> ;
gr. -----	grec, limba greacă;
GTS -----	grupuri transnaționale de societăți;
H: -----	hotărârea nr.;
HCCH -----	<i>Hague Conference on Private International Law</i> ;
HCGMB -----	Hotărâre de consiliu general al Municipiului București;
HCL -----	Hotărâre de consiliu local;
HCM -----	Hotărâre a Consiliului de Miniștri;
HG: -----	Hotărârea de Guvern nr.;
hot. -----	hotărâre judecătorească;
HTML -----	<i>Hypertext Markup Language</i> ;
<i>i.e.</i> -----	<i>id est</i> (aceasta înseamnă);
<i>i.f.</i> -----	<i>in fine</i> ;
<i>ibidem (ibid.)</i> -----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la aceeași pagină;
<i>idem</i> (1) -----	alineatul (1) al articolului deja citat;

<i>idem (id.)</i> -----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la o pagină diferită.;
IEEE -----	<i>Institute of Electrical and Electronics Engineers</i> – (stil de citare);
ILFA -----	<i>International Federation of Library Associations and Institutions</i> ;
<i>infra</i> -----	mai jos;
ing. -----	inginer;
INML -----	Institutul de Medicină Legală „Mina Minovici”;
IRPH -----	<i>Índice de referencia de préstamos hipotecarios</i> indice de referință pentru creditele ipotecare în Spania, definit în anexa VIII la Circulara 8/1990;
ISBD -----	<i>International Standard Bibliographic Description</i> ;
ISBN -----	<i>International Standard Book Number</i> , - identificator peren;
ISC -----	<i>International Science Council</i> ;
ISMN -----	<i>International Standard Music Number</i> – identificator peren;
ISO -----	Organizația Internațională de Standardizare/standard al asociației;
ISRC -----	<i>International Standard Recording Code</i> – identificator peren;
ISSN -----	<i>International Standard Serial Number</i> – identificator peren;
it. -----	italian, limba italiană;
î.Hr. -----	înainte de Hristos;
ÎCCJ -----	Înalta Curte de Casație și Justiție;
JN -----	Justiția Nouă, revista;
JO/JOUE -----	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene;
Jud. -----	Judecătoria(a);
jud. -----	județul;
L: -----	Legea nr.;
L: 71/2011 -----	Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.of.: 409/10.06.2011;
L.S. -----	locul sigiliului;
LCA -----	Legea contenciosului administrativ;
lect. -----	lector;
lit. -----	litera;

loc.cit.	-----	loco citato;
LRM	-----	<i>Library Reference Model A conceptual Model for Bibliographic Information;</i>
M.of.	-----	Monitorul Oficial al României, partea I;
MARC	-----	<i>MAchine-Readable Cataloging;</i>
MC	-----	CEDO, Marea Cameră;
MDA	-----	Mic dicționar academic;
MEC	-----	Ministerul Educației și al Cercetării;
MLA	-----	<i>Modern Language Association</i> (stil de citare);
mun.	-----	municipiul;
n.	-----	nota/ă de subsol (din propria lucrare, din lucrarea citată);
n.a.	-----	nota/ă din lucrarea care se citează (observația, completarea autorului/creatorului);
n.n.	-----	nota noastră (a autorului care scrie – observația, completarea);
n.r.	-----	nota redacției;
N.Y.	-----	New York;
NISO	-----	<i>National Information Standards Organization;</i>
nr	-----	număr;
nr.	-----	numărul;
O:	-----	ordin (de ministru) nr.;
OECD	-----	<i>Organization for Economic Co-operation and Development;</i>
OG:	-----	Ordonanța de Guvern nr.;
OMJ:	-----	Ordinul Ministrului Justiției nr.;
op.cit.	-----	<i>opus citatum, opere citato;</i> [de evitat, a se înlocui cu titlu scurt n.r.];
OUG:	-----	Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
p.	-----	pagina;
passim	-----	în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
pct.	-----	punctul;
pen.	-----	penal(ă);
pg.	-----	paragraf;
pp.	-----	paginile;
PR	-----	Pandectele române, revista;
proc.pen.fr	-----	Codul de procedură penală francez;
prof. univ.	-----	profesor universitar ;
Ptk.	-----	Codul civil ungar (<i>Polgári Törvénykönyv</i>);
PUD	-----	Plan urbanistic de detaliu;
PUG	-----	Plan urbanistic general;
PUZ	-----	Plan urbanistic zonal;

R: -----	Regulament nr.;
RDA -----	<i>Resource Description and Access</i> – standard de citare;
RDC -----	Revista de Drept Comercial;
rep. -----	republicată (legea);
RFDA -----	<i>Revue Française de Droit Administratif</i> ;
RGPD -----	Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1 din 4 mai 2016;
RLU -----	Regulament local (de urbanism);
ROIIJ 2005-----	Regulament din 2005 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 387/2005 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 958/28 octombrie 2005;
ROIIJ 2015-----	Regulament din 2015 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 1.375/2015 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 970/28 decembrie 2015;
ROIIJ 2022-----	Regulament din 2022 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 3243/2022 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 1254 și 1254 bis/27 decembrie 2022;
ROLINeST-----	<i>Romanian Library network science & technology</i> ;
RRD -----	Revista Română de Drept;
RRDP -----	Revista Română de Drept Privat;
s.a. -----	fără autor - în construcția referințelor;
S.C. -----	Societate Comercială;
s.d. -----	fără dată;
s.l. -----	fără loc;
s.n. -----	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n. -----	sublinierea noastră;
s.n.s.-----	fără editură cunoscută – în construcția referințelor;
S.R.L.-----	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S. -----	cu semnătura sa;
Sec. -----	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec. -----	secțiune;

Sec.cont.adm.	-----secția de contencios administrativ;
sen.	-----sentință;
SR ISO	-----standard românesc ce transpune un standard ISO;
STAS	-----STAndard de Stat;
sub.	-----subliniere;
SUBB Iurisprudentia	----Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i>	-----mai sus;
SZGB	-----Codul civil elvețian;
ș.a.	-----și alții, și altele; [de preferință: <i>et. al. n.r.</i>]
ș.a.m.d.	-----și așa mai departe; [de preferință: <i>etc. n.r.</i>]
T	-----Tribunal [se adaugă, fără blanc, abrevierea județului <i>e.g.</i> : <i>TCJ, TB etc. n.r.</i>];
t.	-----tomul;
t.n.	-----traducerea noastră (a autorului/autorilor);
tc.	-----turc, limba turcă;
TFEU	----- <i>Treaty on the Functioning of the European Union</i> ;
th.	-----teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.	-----titlul;
TReg.	-----Tribunalul Regiunii;
TS	-----Tribunalul Suprem (1952-1991);
TUB	-----Tipografia Universității București;
UAT	-----unitate administrativ-teritorială;
UBB	-----Universitatea Babeș-Bolyai;
UNICODE	----- <i>Universal Coded Character Set</i> ;
UNIDROIT	----- <i>International Institute for the Unification of Private Law</i> ;
UNODC	-----Organizației Națiunilor Unite: Biroul Națiunilor Unite pentru Droguri și Criminalitate (<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>);
URI	----- <i>Uniform Resource Identifier</i> – identificator peren;
URN	----- <i>Uniform Resource Name</i> – identificator peren;
var. (ist.)	-----variațiune și istoric (arhaism);
vol.	-----volumul;
<i>vs</i> [fără punct]	----- <i>versus</i> ;
Y.B. Eur. Conv. Hr.	----- <i>Yearbook of the European Convention on Human Rights</i> .

Listă îngrijită și actualizată, în baza principalelor abrevieri utilizate în paginile revistei, de:

Dorin JOREA
Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

STUDII

CONCEPTUL JURIDIC – O INCURSIUNE ÎN JARGONUL DE-DREPT

DOI:	10.24193/SUBBjur.69(2024).4.13-90
Data publicării online:	16.04.2025

Paul VASILESCU*

« *Ce qui est simple est faux ; ce qui est complexe est inutile* ». Paul VALÉRY

Rezumat. Textualismul juridic impune abordarea dreptului actual ca o realitate discursivă, cu structură și lexic aparte. Enunțurile juridice au valoare prin semnificațiile lor deontice, ceea ce ne obligă să diferențiem componentele sale morfologice. De aceea suntem interesați să separăm, printre altele, conceptele de noțiunile juridice. Impactul segregării este nu doar explicativ, ci și practic, căci natura juridică nu este decât o mulțime ordonată de reguli aplicabile în concret, care fac deosebirea între concept și alți termeni juridici. Iată teza noastră. Antiteza e multiplă, iar încercând să o sintetizăm, putem oferi câmpuri de cercetare și înțelegere întretăiate, care să ne permită surprinderea distincțiilor între drept și textele despre drept.

Cuvinte cheie: categorie; concept juridic; epistemologie juridică; jargon în drept; noțiune juridică; ontologie juridică; pozitivism analitic; pozitivism structural; textualism juridic.

* Facultatea de drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj, e-mail: paul.vasilescu@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0007-1203-9403>.

LE CONCEPT JURIDIQUE – INCURSION LANGAGIERE EN DROIT.

Bref. L'aperçu textualiste du droit positif d'aujourd'hui surprend son lexique et sa structure propre. Tout énoncé juridique n'a de valeur que par sa force déontique, ce qu'est la fin de toute recherche en droit conçu comme somme de textes ayant une morphologie et des parties à part entière. Un concept juridique n'est pas synonyme avec une notion en droit, car seul le premier est et peut être défini comme régime juridique acquis déjà. Voici notre thèse, qui entérine aussi la différence entre la doctrine de droit et son épistémologie. Les antithèses seront synthétisées pour mieux cerner notre recherche, mais aussi pour ne pas le boucler.

Mots-clés : catégorie ; concept juridique ; épistémologie ; jargon en droit ; notion juridique ; ontologie juridique ; positivisme analytique ; positivisme structurel ; textualisme juridique.

THE LEGAL CONCEPT: A LINGUISTIC EXPLORATION OF LEGAL JARGON

Abstract: The textualist overview of contemporary positive law reveals its unique lexicon and structure. Every legal statement holds value only through its deontic force, which is the ultimate goal of all legal research conceived as a collection of texts with their own morphology and integral parts. A legal concept is not synonymous with a legal notion, as only the former can be defined as an already established legal regime. This is our thesis, which also confirms the difference between legal doctrine and its epistemology. The antitheses will be synthesized to better refine our research, but also to avoid closing it off.

Keywords: category; legal concept; epistemology; legal jargon; legal notion; legal ontology; analytical positivism; structural positivism; legal textualism.

Cuprins

I. Teza.....	19
A. Noțiunea juridică.....	19
B. Conceptul juridic.....	23
1. Clasificare	39
C. Importanța tezei.....	48
II. Antiteze	51
A. Indiferență și inversiune semantică.....	52
1. Conceptul de concept.....	53
2. Conceptul de concept, conceptul juridic și conceptul de drept.....	59
3. Noțiunea de noțiune juridică	61
4. Categoria juridică vs. conceptul juridic.....	64
B. Ontologism juridic	68
1. Ontologie apofatică.....	72
C. Nihilism conceptual	75
D. Normativism juridic	80
III. Concluzie	86
Bibliografie.....	87

Orice incursiune în lumea juridică actuală este un act de limbaj. Suntem prea obișnuiți cu faptul de a comunica, cu modalitatea de a intra în contact inclusiv cu universul juridic, ca să mai observăm banalitatea că totul se petrece cu ajutorul limbajului. Luăm contact, analizăm și înțelegem orice chestiune de drept prin limbaj, prin limba pe care o vorbim, citind texte de-lege sau despre-lege, care compun un discurs aparte. Unul deosebit de orice discurs al cărui sens ori semnificație¹ este estetic, moral sau ingineresc, ca să nu mai amintim că viața cotidiană nu ne impune nicio sistematizare apriorică a discuțiilor, ori clasificarea acestora după criterii lingvistice. Ușurătatea cu care comunicăm în limbajul natural, descris frecvent de limba maternă, îi face pe juriști să ignore specificul jargonului lor profesional, raporturile eventuale ale acestuia cu limba pe care o vorbim zilnic.

Jargonul juridic², adică limbajul de specialitate folosit de legiuitor și juriști, nu poate fi nici izolat, nici identificat cu limba ori limbajul natural, oricare ar fi expresia sa concretă (română, maghiară, engleză etc.). Raporturile dintre jargon și limba comună, expresie a limbajului natural, sunt prea complexe ca să fie expediate sau cercetate exhaustiv aici. Ne propunem doar câteva remarci legate mai degrabă de lexicul juridic, parte a jargonului juridic, decât o analiză lingvistică completă, chiar schematică, a limbajului juridic. Totuși suntem obligați să subliniem truismul că jargonul juridic păstrează structura limbii naturale din care se desprinde, majoritatea enunțurilor juridice folosindu-se de cuvinte din limba comună. Specificul este

¹ Nu distingem aici între *sens* și *semnificație*. Pentru deosebirea lor (la Frege și Carnap), v. A. BOBOC, *Semantică și interpretare conceptul semantic de adevăr*, în *Probleme de logică*, vol. XVIII, ed. Academiei Române, București, 2015, p. 8.

² Despre limbajul juridic, considerat de „specialitate”, precum și raportul său cu limba comună ori naturală, v. V. FIODOROV, *Particularitățile structural-semantice ale terminologiei juridice a CEDO în limba engleză*, teză de doctorat dactilo, Universitatea de stat din Moldova, Chișinău, 2019, p. 27-38.

dat frecvent de specificația juridică a enunțurilor de drept, iar nu neapărat de folosirea unor cuvinte speciale, care nici acestea nu lipsesc. Esențial, distincția dintre jargon și limbajul comun este stabilită de aceste două aspecte: sensul specific asociat unor enunțuri și expresii compuse din cuvinte comune, plus cuvinte și sintagme proprii, de negăsit în limbajul comun.

O inventariere a acestor acte de limbaj (expresii și lexic juridice) ar fi inutilă, căci nu ar marca un plus de cunoaștere nici juridică, nici lingvistică. Primordial, ne propunem să discutăm despre unele asocieri de cuvinte, enunțuri și sintagme care fac posibil limbajul juridic, și prin intermediul acestuia, universul conceptual de drept, distinct de realitatea discursivă cotidiană.

Specificul jargonului juridic este oferit de noțiunile și conceptele proprii dreptului înțeles ca discurs, adică ca sumă de texte-de-lege, pozitivismul structural fiind o evidență a lumii juridice de astăzi. De altfel, nimănui nu îi trece prin cap să nege sursa formală a dreptului, identificată în textele publicate în Monitorul oficial. Din acest unghi, limbajul juridic este ceea ce rămâne din textele-de-lege din care scădem limbajul natural, însoțit de semnificațiile comune create, exprimate de acesta.

Prima mențiune ar fi că jargonul juridic, lexicul asociat acestuia, nu este identic și trebuie deosebit de vorbire curentă, de limbajul comun. Două pot fi palierele pe care se desfășoară aceste deosebiri. Unul este concretizat în semnificațiile juridice ale unor cuvinte și enunțuri, adică noțiunile și conceptele juridice – distincte de cele din limbajul comun. Al doilea este marcat de funcțiile diferite ale celor două limbaje. Astfel, limba comună doar înfățișează ori descrie lumea înconjurătoare, în timp ce jargonul juridic creează realitatea juridică. Funcția constitutivă de real social o ignorăm acum, încercând să trasăm câteva aliniamente pentru analiza structurală a jargonului juridic. Morfologia acestuia ne impune să izolăm cuvintele comune

de noțiunile juridice, pe care le vom diferenția mai apoi de conceptele juridice, ceea ce vom face aici.

Observația inițială de la care pornim este că jargonul juridic e totuși distinct de limba comună. Iar în acest sens, avem nevoie de identificarea unor diferențe specifice care să marcheze depărtarea, iar nu asemănarea, dintre lexicul natural și jargonul tehnic. Conceptele și noțiunile juridice devin astfel indispensabile și din punct de vedere tehnic, pentru a clădi două edificii discursive diferite, dar legate intelectual. Primul se referă la creația juridică *de lege lata*, al doilea – la cunoașterea juridică. Celor două le corespunde diferența între discursul de-drept și metadiscursul juridic (practicat frecvent de doctrină și arareori chiar de legiuitor ori de judecător). Accentul pe care urmează să îl punem se referă la primul aspect, la vocabularul creat de legiuitor, cu funcție și semnificații deontice. Aceasta întrucât orice concept juridic are nevoie de o normă de-drept, care fie îl cuprinde, fie i se constituie ca referent, transformându-l astfel într-o entitate discursiv-funcțională în drept.

În ultimul sens, ar fi de notat că nu orice cuvânt folosit de legiuitor este *ipso facto* o noțiune juridică, după cum nici fiecare noțiune nu exprimă automat un concept juridic. Chiar și atunci când noțiunile sunt prezente în lege, adică își găsesc expresia formală legală, ele devin concepte juridice numai când textul-de-lege le creează, instituind un regim juridic aparte. Adică conceptele au nevoie întotdeauna de o normă juridică, pe care o exprimă condensat, în timp ce noțiunile doar înfățișează o idee (juridică). De aceea noțiunile pot fi generate sau create atât în discursul juridic, cât și în metadiscursul despre drept. Izolarea noțiunii de conceptul juridic nu este o chestiune de stil, ci de substanță a fenomenului discursiv numit drept.

În continuare, înfățișăm mai întâi **[I]** teza noastră, urmată de unele **[II]** antiteze, pentru a surprinde forța euristică a discursului juridic actual, pentru ca la final să reluăm, succintă, **[III]** o concluzie.

I. Teza

Teza avansată este a distincției funcționale dintre noțiuni și concepte (juridice), fiindcă doar ultimele participă la structura codată a discursului de-drept. Ceea ce implică să discutăm separat de (I.A) noțiunea juridică și apoi de (I.B) conceptul juridic, pentru a încheia subliniind (I.C) însemnătatea tezei propuse.

A. Noțiunea juridică

În limbajul curent, *noțiunea*³ semnifică „cunoașterea imediată, intuitivă a ceva”⁴, altfel spus o „cunoștință generală despre valoarea, sensul, însemnătatea unui lucru; idee, concepție despre ceva” (DEx). Rezultatul cognitiv, un produs de cunoaștere – semnifică noțiunea, în sensul că referentul existent în realitate este însoțit intelectual, apt de acum să fie obiect de reflexie critică. Sensul comun nu ne oferă, dar nici nu ne impune, un mecanism de însușire intelectuală, o schemă de cunoaștere (juridică). Termenul *noțiune* este generic⁵ și poate fi utilizat atât în cunoașterea comună, cotidiană, exprimată prin limbajul natural, cât și în cunoașterea specializată,

³ < *notio* [< *nosco*] (lat.), acțiunea, facultatea de a cunoaște, idee, semnificație (Gaffiot).

⁴ <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/notion>.

⁵ Noțiunea însăși ar fi „definită ca o idee generală”, în timp ce conceptul „fie ar reprezenta obiectul, fie nu ar fi decât o formă spirituală care înfățișează obiectul” cunoașterii, v. X. BIOY, *Notions et concepts en droit: interrogation sur l'intérêt d'une distinction*, în G. TUSSEAU (coord.), *Les notions juridiques*, ed. Economica, Paris, 2009, p. 36 și 37.

indiferent de domeniul acesteia ori de metodele folosite. *Ierbivor* este o noțiune pe care am putea-o folosi atât generic, dar și cu un sens specializat, dacă suntem zoologi, biologi ș.a. de profesie. La fel se întâmplă cu *cheia de boltă*, noțiune care își păstrează referentul și semnificația indiferent dacă suntem sau nu arhitecți, specialiști în arta gotică sau zidari. Noțiunea poate fi deci adjectivată, adică circumstanțiată exact unui domeniu, pentru a-și dezvălui un sens, o semnificație tehnică, caz în care putem abandona limbajul curent, pentru a ne instala într-un domeniu specializat de cunoaștere (biologia, arhitectura, dreptul etc.).

Noțiunea marchează o diferență între diversele elementele lexicale, semnalând că nu toate cuvintele sunt noțiuni⁶, ci doar cele care semnifică o sumă de cunoștințe. Referentul unui cuvânt rămâne un lucru (ideal sau aievea), iar sensul cuvântului ține să semnaleze prezența discursivă a acelui lucru. Dacă văd un câine pe stradă, cuvântul *câine* indică acel lucru, în propoziția *am văzut un câine*; la fel se întâmplă și cu *albastru* sau *genial*, cuvinte care se referă la proprietăți ale unor obiecte sau idei, desemnate anterior prin lucruri. Noțiunile devin, deci, entități cognitive, nefiind simple cuvinte; ele se compun firesc din vocabule, dar se definesc prin conținutul cognitiv, nu doar prin indicarea unui lucru. Semnificația noțiunii ține loc de referent, căci orice noțiune este un produs de cunoaștere.

Avantajul discursiv al existenței noțiunilor este că ele sunt abrevieri ale cunoașterii, semne prescurtate ale unui proces deja încheiat de înțelegere a unui lucru, a unui fenomen. Când spui *ierbivor* deja se declanșează un

⁶ S-a remarcat că „la nivel terminologic în logica tradițională sau clasică există o folosire sinonimică a termenilor *concept*, *idee* și chiar *gând* pentru *noțiune*.” v. Ș.N. NICOLAU, *Noțiuni, concepte și genuri de categorii în tratatul aristotelic De caelo*, în *Probleme de logică*, volumul XVI, ed. Academiei Române, București, 2013, p. 127; Ș.N. NICOLAU, *Aspecte ale teoriei noțiunii la Aristotel*, în *Probleme de logică*, vol. XV, ed. Academiei Române, București, 2012, p. 128.

proces de identificare mintală a unor elemente și trăsături ale lucrului pe care nu mai e nevoie să le descrii, pentru că le-ai înțeles intuitiv deja. În lipsa noțiunilor, privite ca produse ale cunoașterii, comunicarea ori discursul ar fi dificile și temporizate de înfățișarea recurentă a caracteristicilor lucrului în chestiune de fiecare dată când am vorbi despre el.

Noțiunea juridică este un cuvânt sau o expresie din jargonul juridic⁷ cu o anumită denotație tehnică. Tehnic înseamnă aici adjectivarea ori circumstanțierea noțiunii la elementele ce compun universul cunoașterii juridice. Dreptul – normă și doctrină – produce un tip de cunoaștere care se exprimă specific prin noțiuni juridice, ele având funcția esențială de comunicare și înțelegere a fenomenului juridic. Esențial, noțiunea juridică există fără să descrie, să exprime ori să formeze un concept juridic. Cuvinte, termeni sau locuțiuni precum debitor, creditor, preț, terți, vinovăție, clauză, drept subiectiv etc. sunt noțiuni juridice. Ele declanșează un proces intuitiv de înțelegere a sensului discursului juridic pe care îl cuprind, fără să mai fie nevoie de explicații detaliate cu privire la obiectul exprimat prin noțiuni. Însă, termeni precum rezonabil, echitabil, aparență, abuziv, proporțional etc. nu sunt decât cuvinte ori vocabule din limbajul curent, care au nevoie de o circumstanțiere ulterioară pentru a putea fi utili discursului juridic. Referentul cuvintelor curente – folosite în limbajul juridic – este întotdeauna contextual și accidental, căci nu înmagazinează o semnificație ori un sens prestabilit și determinat aprioric. În schimb, referentul fiecărei noțiuni este relativ fix, conferind o semnificație specială vocabulei sau sintagmei care îl

⁷ Pentru unii, noțiunea ar fi un termen al dreptului pozitiv, iar conceptul al aparține „științei dreptului ieșit dintr-o construcție care descrie funcționarea noțiunilor”, v. X. BIOY, *Notions et concepts en droit*, op.cit., p. 39.

exprimă (creditor, warant, preț, clauză⁸, drept subiectiv, modalitate a actului civil etc.).

Gândim că importanța noțiunilor juridice este instrumentală. Adică, raportat la jargonul și discursul juridic, existența noțiunii juridice permite distincția limbii juridice față de limbajul comun, mai exact față de vocabulele pe care acesta le folosește, dar și față de conceptul juridic. Noțiunea juridică face posibilă translația semantică de la cuvintele comune la concepte, marcând pentru drept și existența eventuală a unei cunoașteri intuitive⁹, care să coexiste cu cea rațională și sistemică. Fenomenul lingvistic de trecere de la limbajul comun la cel specializat (juridic) poate fi sesizat analizând numeroasele noțiuni juridice concretizate în cuvinte comune cărora dreptul le impune doar o denotație suplimentară. Aceasta nu înseamnă că nu ar exista și termeni juridici cărora nu le corespunde nimic în limbajul comun sau, altfel spus, cuvinte juridice care circulă în limba comună exclusiv cu sensul deja precizat în drept (scadență, contribuabil, debitor etc.). În fine, mai pot fi depistate și noțiuni juridice fără corespondent semantic în limba naturală și comună, aceasta ignorând existența și sensul lor juridic specific (anticeză, fiducie, cambie etc.). Ultimul aspect este de notorietate pentru limbajul științelor tari ori al matematicii, care își păstrează pentru sine majoritatea

⁸ Într-o analiză lingvistică, s-a susținut că „contractul <este> ca un amalgam de forțe ilocuționare în care fiecare dintre co-contractanți *garantează, declară și se obligă*. În acest caz, fiecare clauză contractuală este un act de limbaj *comisiv, directiv, declarativ sau asertiv*.” v. C. Șuș, *Tradiție și evoluție în limbajul juridic: o analiză pragmatică a contractului în engleză, franceză și română pe baza unui corp format din texte comparabile*, teză de doctorat dactilo, UBB, Cluj, 2016, p. 298. Sublinierile aparțin autorului citat.

⁹ Pentru o abordare din unghiul științelor cognitive a jargonului juridic, care admite un asemenea tip de cunoaștere inclusiv în drept, v. M. CUMYN, F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, no. 62 (2), 2016, p. 329–387, online: <https://doi.org/10.7202/1040050ar>.

termenilor și vocabulelor, inaccesibile semantic profanilor (impedanță, rezistivitate, ipotenuză etc.).

B. Conceptul juridic

Conceptul juridic este un enunț normativ constitutiv de obiect juridic distinct. El exprimă și cuprinde o *res* juridică, adică un obiect creat de normă și identificat cu un anumit regim juridic. Conceptul juridic semnalează o selecție de norme juridice aplicabile obiectului pe care îl creează. El este parte a discursului juridic, concretizat într-un termen sau o sintagmă, dar și fragment al realității juridice pe care o semnifică.

Ca parte discursivă a unui text-de-lege, conceptul juridic se distinge de o simplă noțiune juridică, pentru că este autoreferențial¹⁰. Conceptul juridic nu trimite la o lume exterioară normei care îl creează, ci este cuprins de această normă, pe care o sintetizează. Referentul conceptului e chiar el¹¹, în sensul că orice concept juridic se comprimă și explică normativ. Accidental pare că referentul ar fi dintr-o altă zonă, dar conceptul este un produs juridic tipic, inexistent în alt discurs ori altă realitate discursivă. Conceptul juridic nu are nicio legătură cu lumea înconjurătoare, fiind un produs exclusiv discursiv, care exprimă și explică norma ce l-a generat. Conceptul juridic nu este expresia intelectuală a vreunui fapt, ci rezultatul concepției nomothetului despre ce trebuie să fie un fapt. De aceea conceptul nu oglindește, nu exprimă

¹⁰ Nici măcar în logică, „autoreferențialitatea, pozitivă, nu conduce, neapărat, la paradox”, v. M. DUMITRU, *Principia mathematica* după 100 de ani. Un eseu expozitiv, *Revista de filosofie*, nr. 2/2015, p. 180.

¹¹ Lipsa referentului nu este identică cu auto-referențialitatea. „Problema numelor vide sau non-referențiale – nume care nu au referent, chiar dacă figurează într-un discurs care are înțeles (semnificație) – continuă să fie una dintre cele mai dezbătute probleme din filosofia limbajului.” v. M. DUMITRU, *Semnificație, non-existență și termeni non-referențiali*, în *Probleme de logică*, volumul XVII, ed. Academiei Române, București, 2014, p. 27.

și nici nu permite gândirea realității în sensul de lume care ne înconjoară. După cum dreptul nu este o explicație a lumii, nici conceptele sale nu sunt o exprimare ori o oglindire a lumii. Aluviunea ori avulsiunea sunt fenomene naturale, dar conceptele juridice omonime nu le reflectă, nu le exprimă, ci reglează atribuirea dreptului de proprietate imobiliară, în condițiile Codului civil.

Semnificația conceptului juridic nu este exprimată, nici contaminată de sensurile noțiunilor, termenilor ori cuvintelor care îl compun. Un asemenea proces ar fi posibil doar la noțiunile juridice, care pot avea o putere de sugestie împrumutată din limbajul comun sau chiar din jargonul juridic. Semnificația conceptului este regimul juridic aplicabil sieși. Regimul juridic este exact ansamblu de norme ori reguli pe care le aplicăm unei situații juridice, în anumite condiții. Sub acest aspect, conceptul juridic se prezintă ca un indicator, un marker al unui anume regim juridic, care e desfășurătorul său. Când spunem persoană căsătorită, imediat evocăm conceptul de căsătorie, adică un ansamblu complex de reguli care dirijează viața personală și patrimonială a celui căsătorit. Conceptul juridic evocă, deci, regimul juridic. Dar de aici nu trebuie înțeles că el ar fi înafara regimului deja creat; conceptul este chiar regimul juridic.

Funcțiunea sau rolul conceptului juridic ar fi azi dublă: substanțială și simbolică. Substanțial, pentru că orice concept descrie o *res*, adică un obiect juridic reglementat aparte, căutându-se să se distingă de altele. Sinonimia conceptelor juridice devine astfel un nonsens legislativ. Pozitivismul structural, în limitele căruia se desfășoară azi viața juridică și identificat cu normele dreptului obiectiv, impune o textură conceptuală specifică. Conceptele juridice se prezintă tocmai ca piesele unui *lego* textual, create și îmbinate pentru a permite exprimarea discursului juridic și aplicarea dreptului concret.

Dar orice concept joacă și un rol în comunicare, în transmiterea ideilor juridice, dincolo de substanța normativ-discursivă a dreptului contemporan. Conceptul este efigia normativă a unei *res*, semnul textual exterior al ansamblului de reguli aplicabile. Valoarea de circulație discursivă a conceptului este dată exclusiv de importanța textelor-de-drept care îl propun, îl creează, din litere, din cuvinte. Clauza abuzivă e un concept izolat în dreptul consumului și îi privește personal doar pe profesioniști, în timp ce căsătoria sau proprietatea mobilă au o circulație socială mai intensă. Însă nu răspândirea conceptului îi dă consistență, ci normele sale formatoare, la care se adaugă uneori și intensitatea jurisprudenței¹².

Simbolic, conceptul juridic rămâne un cod. El e o expresie codată a realității juridice, accesibilă și comprehensibilă doar celor avertizați deja că ne referim la drept. Codarea îndeplinește o funcție de comprehensiune rapidă și extensibilă a naturii juridice a obiectului despre care vorbim, scriem. Dacă și noțiunile juridice pot fi asimilate codurilor de comunicare, ele având un rol în intuiția sensului discursului, conceptele sunt mai mult. Ele permit gândirea rațională, sintetică a dreptului, a unei părți a acestuia, parte despre care vorbim acum. Și din acest unghi, conceptele sunt autoreferențiale, căci înglobează un ansamblu de norme (exprese sau nu), prezumate că există cu un efect de-drept distinct.

Așadar, orice concept juridic este o *res*, un obiect textual și juridic, nu numai o simplă abstracțiune. El nu este un termen oarecare, un simplu semnificant, ori o vocabulă având conotații aleatorii, conferite de fiecare

¹² „Jurisprudența nu este o sumă de spețe: ea generează propriul sistem de norme endogene, reperabile în regularitatea prezentă în deciziile individuale luate în interacțiunea instanței cu societatea.” v. D. BOURCIER, *Pour une morphogenèse du droit : comment analyser l'émergence d'un concept juridique ?*, în *Désordre(s)*, ed. PUF, Paris, 1997, p. 220. Aci nu ne ocupăm totuși de practica dreptului, ci am vrut să semnalăm că pozitivismul structural cuprinde toate normele de-drept, indiferent de sursa lor.

locutor. Conceptul juridic există exclusiv în și pentru realitatea juridică. El rămâne însă bidimensional: generat și utilizat în cele două dimensiuni ale discursului juridic. Dacă ar fi altfel, iar conceptul ar fi o reflexie a lumii înconjurătoare, dreptul ar deveni ontologie, ceea ce îi este peste putință. Dreptul se reflectă pe sine creându-se.

Textele-despre-lege, metadiscursul juridic nu creează concepte, ci doar noțiuni juridice. Indiferent cine generează discursul explicativ despre drept – legea, doctrina sau jurisprudența –, el nu se poate folosi decât de conceptele deja existente normativ, pe care le poate studia cu ajutorul unor noțiuni create (poate și) în acest scop. Dacă considerăm că debitorul cedat din materia cesiunii de creanță ar fi un *terț specific*¹³, această sintagmă nu e decât o noțiune, căci regimul juridic este propriu nu acestei noțiuni, ci categoriei de cesiune de creanță. Schimbarea frecventă a registrului discursiv (de la text la metatext), pe care o practică legiuitorul în conținutul aceleiași legi, facilitează confuzia între noțiuni și concepte, dacă ne limităm să le privim pe ambele ca aparținând lexicului juridic. Linia de demarcație severă între cele două – în fond un criteriul nelingvistic, ci substanțial pe care suntem îndreptățiți să-l folosim – este dată de regimul juridic: doar conceptul juridic ne semnalează un regim normativ decelabil. Noțiunea juridică, inclusiv atunci când reiese dintr-un text-de-lege, nu face decât oficiul unui indicator de urmat, pentru a depista un regim juridic deja cuprins într-un concept juridic. Norma de drept generatoare de noțiuni juridice rămâne una de trimitere.

Termenii de jargon juridic, folosiți legal în definițiile analitice¹⁴, pot fi doar noțiuni juridice sau cuvinte comune, în timp ce conceptele juridice sunt

¹³ P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2024, p. 43.

¹⁴ Definiția analitică este un enunț descriptiv. *Definiendumul* (termenul de definit) este explicat succint printr-un *definiens* ce înfățișează caracteristicile sale proprii, uneori structurale, fără vreo trimitere la o altă categorie înrudită. De pildă, art. 1469 alin. (2) C.civ. ne

cuprinse numai în definițiile sintetice¹⁵. Cât de permisiv poate fi nomothetul cu lexicul și nominalismul juridic? E posibil să desprindem conceptul juridic de forma sa de expresie, ori monopolul exprimării, a alegerii cuvintelor, aparține exclusiv legiuitorului? Nu este esențial ca legiuitorul să folosească o anumită expresie sau vorbă pentru a genera un concept juridic. În fond, definitoriu este regimul juridic înființat *de lege lata*, iar nu enunțurile în sine, care nu au nicio valoare de-drept. Dreptul nu este o magie de cuvinte, nu investește cuvintele cu o forță distinctă de semantica lor, ci doar generează un regim deontic special. Cuvintele pot deveni obligatorii pentru că sunt cuprinse într-o formulă legală imperativă, ceea ce este specific numai dreptului strict, al ritualului unei formule compuse din diverse vocabule. Astăzi aplicațiile acestuia sunt marginale¹⁶, dreptul fiind deschis și permițând folosirea diverselor sinonime. Conceptele juridice nu mai invocă, ci doar evocă un regim prestabilit normativ. Prin urmare, nu este esențial ca nomothetul să

spune că „Plata constă în remiterea unei sume de bani sau, după caz, în executarea oricărei alte prestații care constituie obiectul însuși al obligației.” „Analiza este arta parafrazării, a reformulării: ea clarifică, explică, dar nu aduce nicio cunoștință nouă.” v. F. COLONNA D’ISTRIA, *Le concept de concept juridique*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. 2012-5 – N° spécial. Cahiers de méthodologie juridique, no. 26 [/2012], p. 2252.

¹⁵ Definiția sintetică este un enunț diferențial. Ea cuprinde un concept în *definiens*, având un regim juridic deja stabilit, plus unele trăsături specifice doar *definiendumului*. Sensul unei asemenea definiții este de a diferenția conceptele sau noțiunile, având deja un numitor juridic comun, cu sublinierea specificului termenului definit. De exemplu, art. 1566 alin. (1) C.civ. dispune că „Cesiunea de creanță este *convenția* prin care creditorul cedent transmite cesionarului o creanță împotriva unui terț.” Apropos de nota anterioară, „plata este un act juridic extinctiv de obligație” este o definiție sintetică a plății, pentru că *definiensul* conține conceptul de *act juridic*. Pentru o altă semnificație a termenilor analitic/sintetic, v. F. ROUVIÈRE, *Le fondement du savoir juridique*, Revue trimestrielle de droit civil, no. 2/2016, p. 279-296. halshs-01428210.

¹⁶ Asemenea formule precise se pot regăsi în jurământ, cambii, în formula executorie ș.a.

folosească anumite sintagme ori termeni, ci să reglementeze, trasând de-drept soarta obiectului juridic (*res*).

Fiducie este un cuvânt din lexicul juridic, folosit expres de legiuitor¹⁷ pentru a marca un regim de drept special, practicabil circumstanțiat, iar aplicarea concretă a regimului va genera efectiv fiducia. Legiuitorul nu exercită un monopol lexical, chiar dacă vorbim exclusiv de jargonul juridic, ci doar unul normativ, de generator de texte-de-lege. Frecvent, atunci când există deja consacrări lexicale ale unor categorii, acestea ar trebui folosite, parafrizarea ori sinonimiile neavând decât valoare metaforică, ceea ce uneori poate marca o scădere a acribiei exprimării juridice. Alteori chiar sinonimia este lingvistic imposibilă, fiind de folosit exclusiv termenii consacrați legislativ, pentru a desemna un concept, cum este în exemplul de mai sus cu *fiducia*.

Definițiile analitice ale conceptelor juridice ridică o seamă de interogații. Dintre acestea cel mai evident este că un concept juridic (*definiendum*) explicat printr-un altul (*definiens*) va genera cel puțin două seturi de probleme. Prima se referă la clasificarea conceptelor, înfățișată aici ceva mai jos, iar cea de-a doua, la regresia la infinit a *definiens*ului. Regresia nu poate fi însă la infinit, căci telescopajul conceptelor este practic limitat, căci la un moment dat va trebui să definești ultimul *definiens* fie analitic, adică explicându-l, fie prin raportare la un alt *definiens*, aparținând însă unei clase juridice diferite. Acest ultim aspect este poate cel mai spinos, pentru că acceptarea lui valorează indicarea unui alt regim juridic decât cel general în care era cuprins aprioric *definiens*ul ori primul *definendum* din lanțul definițiilor.

¹⁷ Art. 773-791 C.civ.

Faptul juridic licit (civil) este expresia aleasă de legiuitor¹⁸ în locul anticului eponim cvasicontract. Ambele sunt noțiuni¹⁹ juridice, perfect sinonime în ciuda preferinței nomothetului pentru prima sintagmă. Niciuna dintre ele nu concretizează vreun concept juridic. În interiorul legii și sub titlul „Faptul juridic licit” găsim seturi de reguli distincte și dedicate separat gestiunii de afaceri, plății nedatorate și îmbogățirii fără justă cauză²⁰. Acestea trei sunt concepte juridice, cu regim civil aparte, reunite forțat sub un numitor comun eminamente nominal, iar nu neapărat tehnic. Este indiferent, pentru aplicarea sau interpretarea acestor concepte juridice, dacă folosim termenii de cvasicontract, gestiunea intereselor altuia, plata indebitului sau îmbogățirea fără just titlu. Ultimele sintagme sunt sinonime cu expresiile juridice folosite *expressis verbis* de legiuitor. Mult mai important este să observăm că regimul juridic al gestiunii este diferit de cel al plății nedatorate, iar îmbogățirea nejustificată este separată normativ. Apoi, obligatoriu ar fi să notăm că „faptul juridic licit” nu desemnează niciun concept juridic, ci constituie un enunț asertiv. Noțiunea juridică propriu-zisă prezentă aici este „faptul juridic”, iar adjectivarea sa (prin *licit*) ne semnalează existența unui perimetru normativ mai larg. Cel din urmă ar putea fi foarte bine exprimat și antinomic, prin expresia: „răspunderea civilă este exclusă!” Alegerea cuvintelor constituie întotdeauna un indiciu al convingerilor redactorilor Codului civil. Exprimarea legală devine apoi o probă a concepției legiuitorului (și) asupra surselor obligațiilor civile, făcându-se distincție între act și fapt, ultimul putând fi sau nu în acord cu legea.

¹⁸ Se poate vedea denumirea folosită deasupra art. 1330 C.civ.

¹⁹ Observăm că la redactarea Codului civil, s-a preferat cuvântul *noțiune*, pentru orice *definiendum* și indiferent de tipul definiției, legea civilă folosindu-se de ambele specii de definiții deja evocate mai sus. Rezultă că sensul *noțiunii* din legea civilă nu este juridic, ci doar comun, împrumutat din limba curentă.

²⁰ Art. 1330-1348 C.civ.

Semnificația conceptului juridic este, deci, regimul normativ dedicat. În lipsa semnificației, conceptul decade la nivel de maxim noțiune juridică. Marcând o natură juridică specifică, conceptul juridic nu se scindează în enunț și semnificație. Natura discursivă a dreptului presupune o nediferențiere între formă și fond, între expresie și regulă. Lumea sensibilă nu se insinuează între concept și semnificația sa²¹. Ansamblul coerent de norme juridice, formând regimul de drept, conține semnificația. Norma juridică nu este semnificația textului-de-lege. La fel, sensul conceptului nu este distinct de forma sa de expresie. Altfel ar trebui să depistăm un intermediar insinuat între cuvânt și sens, între semnificant și referent, urmarea fiind că conceptele juridice nu creează, nu inventează dreptul, ci numai îl reflectă dintr-o lume exterioară sieși. Există aievea un animal desemnat prin cuvântul *câine*. Animalul și cuvântul sunt lucruri diferite, deși desemnate prin aceeași vocabulă (*câine*). Însă, spre deosebire de limbajul comun, unde referentul poate exista într-o lume exterioară limbajului [*animalul câine (numit astfel)*], jargonul juridic își conține referentul, compus normativ și desfășurat într-un regim juridic (aplicabil la nevoie). Termenul *sezină* nu desemnează altceva decât ceea ce exprimă el juridic, inclus deja în enunțul *sezină*. Dacă cuvântul (semnificantul) dispare juridic, referentul nu mai există. Iată înfățișarea bidimensională a dreptului, creată de vocabularul său, prin contopirea semnificatului cu referentul, semnificantul marcând doar limita sa semiotică externă.

Conceptul juridic constituie condiția de posibilitate a întregului instrumental de-drept. El oferă existență juridică mijloacelor, tehnicilor și efectelor constituite *de lege lata* ori în acord cu aceasta. Un dublu palier se dezvăluie realității construite juridic: unul fixat de texte și prins în concept,

²¹ Constant „conceptul juridic nu desemnează un obiect din lume, ci un obiect abstract, de putem crede că a apărut *ex nihilo*.” v. D. BOURCIER, op.cit., p. 222.

altul dinamic, concretizat în practica comună juridică. Al doilea este imposibil fără primul, iar cu cât sistemul de drept e mai formal, cu cât materia e reglementată mai strict, cu atât devine mai limpede că o construcție intelectuală are nevoie de elemente structurale, de temeiuri și de sensuri. Toate acestea sunt oferite de conceptul juridic. Mulțimea ideală a tuturor conceptelor juridice formează realitatea juridică. O mulțime ideală care se conține pe sine, pentru a se separa perfect de lumea exterioară, simplu pretext discursiv.

Conceptele juridice au referent, pe care îl creează și proiectează în și din această realitate juridică. Ar fi inexact, deci, să conchidem că ele ar fi lipsite de un referent. Numai că, față de limbajul comun și discursul științelor tari, referentul oricărui concept juridic se regăsește în dimensiunea juridică discursivă. La aceasta se referă orice concept juridic, la discursul dreptului, iar nu la ansamblul lucrurilor sensibile ori comprehensibile, pe care îl putem numi lumea înconjurătoare. Identic ar fi să spunem că dreptul are un referent specific inclus, cu efectul că orice concept juridic este autoreferențial. Nu este nicio contradicție, ci o subliniere a certitudinii că conceptele sunt imanente realității juridice, pe care o formează, descriind-o. Astfel se poate mai clar evidenția specificitatea unui fenomen (juridic), care are nevoie de întemeiere normativă, concretizată prin enunțuri deontice, strânse în jurul unor concepte care le exprimă abreviat. Un contract de închiriere concret a unui imobil din Lugoj este imposibil [neputând nici exista aievea, dar nici măcar imaginat] fără conceptul de locațiune. Imobilul și închirierea sunt posibile doar în realitatea juridică, una care le pune la dispoziție persoanelor mijloacele discursive adecvate acestei situații *de jure* (e.g. act juridic, creanțe, chirii, termene extinctive, cauză juridică). Prin urmare, nu uzul sau folosința efectivă a imobilului din Lugoj face posibilă și explică închirierea, ci invers. Dacă ne imaginăm un tărâm ori un ev în care locațiunea nu era cunoscută juridic,

realitatea omonimă nu ar fi existat. *Ex facto oritur jus* pare, deci, eficient doar în mitologia juridică.

Conceptele juridice condensează un regim juridic, fiind de aceea enunțuri prescriptive. Destinatarii acestui de discurs sunt oamenii, transfigurați în subiecți de drept, în persoane care se văd ținute ori îndrituite la un anumit comportament social. Întrebarea ar fi dacă unor asemenea propoziții sau enunțuri li se pot stabili o valoare de adevăr. Altfel spus: conceptele juridice ar putea fi judecate ca adevărate ori false? Când se consideră că doar enunțurile descriptive ar putea fi adevărate (sau nu), se ia în considerare că ele se raportează la o lume din exteriorul discursului care îl exprimă. Deci, propozițiile descriptive au un referent plasat în lumea înconjurătoare. „Acum plouă!” este un enunț simplu de verificat: se constată *propriis sensibus* dacă starea actuală de fapt corespunde meteorologic semnificației propoziției. În același perimetru factual²² și descriptiv poate funcționa și principiul logic al non-contradicției, căci empiric este imposibil de probat ca simultan în același loc să plouă și să nu plouă.

Conceptul juridic poate fi înțeles ca un enunț prescriptiv, dar nu unul de genul „închide ușa!”. Cel din urmă ordin este exprimat verbal, având și un referent factual: ușa dintr-o anumită cameră, rămasă deschisă. Referentul oricărui concept rămâne discursiv și i se măsoară valoarea de adevăr raportat la dimensiunea discursivă la care se referă, iar nu direct la vreun reper *de facto*. Consecința nulității unui contract poate fi inclusiv obligarea la restituirea prestațiilor executate în temeiul titlului nul. *Restituirea* este un

²² La fel se întâmplă și dacă reperul este strict intelectual ori ideal, dar rămâne străin de a-realul juridic. De pildă, atunci când ne referim la senzații, idei, construcții intelectuale sau teorii, valori ori opțiuni estetice, toate sunt excentrice dreptului, putând fi considerate *fapte* (non-juridice). Sensibil și abstract nu este o deosebire care să intereseze conceptul juridic.

concept juridic, adică are un regim juridic anume²³ al cărui referent este exclusiv juridic, iar nu factic. Referentul este strict juridic și cuprinde actul civil plus sancțiunea nulității, iar efectul juridic al unui determinism discursiv impune *restituirea*, care prinde consistența de-drept a unei *creanțe*. Astfel fiind, conceptele juridice pot fi judecate ca adevărate ori false, însă nu relativ la un reper exterior realității juridice ori factual, pe care conceptele nici nu-l pot exprima. Conceptul juridic nu este o oglindă.

Sensul specific al adevărului conceptului juridic este coerența sistemului de drept. E o exigență derivată nu din raportarea la lumea înconjurătoare, ci la regulile logicii de respectat și de integrat în discursul juridic. Dacă un concept este construit contradictoriu, cu tensiuni logice interne, avem de-a face cu un enunț prescriptiv fals. În definitiv, nici în viața cotidiană ordinul „închide și deschide ușa!” nu are sens și nu va fi urmat. Paradoxul este că discursul juridic se prezintă azi atât de dens (textual) încât face dificilă (uneori) observarea lipsei sale de coerență ori înfrângerea principiului non-contradicției. Dar textele-de-lege care simultan impun și exclud consimțământul creditorului la preluarea de datorie²⁴, ori cele care definesc contractul ca acord de voință al părților sale ce poate fi însă completat de voința unui terț²⁵, ridică cel puțin semne de întrebare asupra valabilității parțiale a conceptelor vizate. Iar interogațiile se traduc curent atât într-un regim juridic incert (de aplicat la spețe propriu-zise), cât și în ambiguitatea logică a conceptelor reglementate contradictoriu. *A fortiori* exigența coerenței ori respectul principiului non-contradicției ar fi de aplicat obligatoriu inclusiv noțiunilor juridice, chiar dacă funcția lor practică le face doar instrumente explicative.

²³ Art. 1635-1649 C.civ.

²⁴ De comparat art. 1605 și 1608 C.civ.

²⁵ De juxta pus art. 1166 și 1182 alin. (2) C.civ.

Enunțurile descriptive de fapte, oricare ar fi acestea (economice, naturale etc.)²⁶, nu pot constitui concepte juridice²⁷. Evident, există definiții legale descriptive, adică analitice, există de asemenea enumerări și alte tehnici de redactare a normelor de drept care par să imite propozițiile descriptive din limbajul comun sau din științele tari, care ne explică lumea înconjurătoare (fizica, chimia...). În plus, textele-despre-drept compunând metadiscursul juridic, înfățișate în special prin lucrările doctrinei, sunt pline de propoziții descriptive și repetitive ale textelor-de-drept, a normelor în sine. Niciuna dintre cele două situații nu justifică concluzia că ar exista concepte juridice sub forma unor enunțuri descriptive de fapte prezente aievea, ci doar de ipoteze *de jure*. Pentru metadiscursul doctrinal, situația este simplă, căci un asemenea discurs nu are în sine puterea să pună, să edicteze o normă, adică un regim juridic. Mai mult, exemplificarea clasică a dolului cu faptul că unei persoane i se prezintă tabloul pus la vânzare ca fiind original și nu o fotocopie, este o descriere a unei situații de fapt, nu a dolului în sine, nu a conceptului însuși. În fine, în primul caz, cel al definițiilor legale descriptive, enunțul definitoriu și enumerările legale²⁸ cuprind elemente de drept constitutive de

²⁶ Afară plouă. Ursul nu are coadă. Prețul vinetelor a scăzut. În schimb, „România este republică” descrie o stare de drept, nu una de fapt. Enunțul e parafrizarea textului-de-lege constitutiv de republică al articolului 1 din Constituție: „(2) Forma de guvernământ a statului român este republica.”

²⁷ Acestea nu definesc și nici nu califică juridic faptele. O împrejurare sau un eveniment nu devine „fapt juridic” decât dacă este descris ori sugerat de ipoteza unei norme, altfel evenimentul rămâne doar un fapt (nejuridic, adică neinteresând dreptul). Forța majoră e doar o noțiune. Evenimentul (la care ea se referă) dobândește valoare juridică, devenind un „fapt juridic”, doar pentru că referentul său este discursiv, exprimat printr-o normă de-drept, de pildă art. 1351 C.civ.

²⁸ Art. 1481 alin. (3) C.civ. poate constitui un exemplu de jaloane, necesar calificării în concret a unei obligații ca fiind de mijloace.

concepte, iar nu stări de fapt, care nu pot intra în componența intelectuală a unui concept.

Cercetând scopul și funcțiunea categoriilor juridice, putem lesne înțelege că ar fi dificil de redus conceptele juridice doar la regimuri normative onerative sau imperative. Dacă există ansambluri de texte-de-lege interpretative, de drept tranzitoriu, supletive, dispozitive, de drept internațional privat ori chiar de drept internațional și european etc., devine obligatoriu de acceptat expansiunea, dacă nu inflația discursivă ce afectează astăzi mulțimea conceptelor juridice. Prin urmare, în toate cazurile, concepte juridice sunt enunțuri constitutive de realitate juridică, care presupun să fie examinate sub aspectul validității și a eficienței lor. Ultimele două aspecte ori criterii nu înlătură din discuție valoarea de adevăr a conceptului juridic, ci doar îl exemplifică (prin validitatea normei, specie de coerență normativă), respectiv îi cântărește utilitatea socială (eficiența juridică).

Teza permite distincția netă între ceea ce este un anumit drept deja normat, printr-un text-de-lege, de ceea ce se spune despre acesta. Eventuala confuzie dintre cele două aspecte se disipă de îndată ce evidențiem regimul juridic aplicabil concret, care nu este o părere ori o opinie analitică, ci un set de reguli juridice. Triajul se aplică inițial normelor, pentru a putea identifica *in vitro* regimului juridic, nu faptelor, pentru ca ulterior să transliterăm juridic și faptele. Acceptarea conceptului juridic ca obiect de-drept ne permite interpretarea normelor în conexiune nu numai cu celelalte reguli de-drept, dar și cu realitățile nejuridice. Doar un exemplu.

Astfel, raportul de cauzalitate, prezent structural în răspunderea civilă, este un concept eliptic, indispensabil oricărei tip de responsabilitate, dar frecvent redus analitic la un determinism fizic ori mecanic. Determinismul, comprimat aici la ideea că orice fenomen are o cauză, trebuie distins după cum vorbim de răspunderea civilă sau de realitatea înconjurătoare.

Determinismul juridic nu este o consecință a celui mecanic, ci o modalitate de a face posibilă tehnic, printre altele, răspunderea civilă. Raportul de cauzalitate nu se rupe juridic decât dacă părintele dovedește că faptul prejudiciabil al copilului său a fost determinat de altceva anume, mai puternic decât copilul. Nu se măsoară însă fizic forțele implicate, ci se compun juridic după reguli civile (cum ar fi forța majoră). În fine, tot raportul de cauzalitate ar putea fi evocat și cercetat pentru a ilustra că un concept nu e oglindirea unui fapt nejuridic ori înfățișarea juridică a determinismului mecanic. Raportul de cauzalitate implică imputare, dacă răspunderea e subiectivă, pe care o înlocuiește însă cu o conexiune între alte noțiuni juridice, atunci când răspunderea e obiectivă²⁹. Prin urmare, același efect factual (dauna) impune raporturi cauzale juridice diferite în funcție de tipul de răspundere invocată. Iată o dovadă a respingerii aplicării în drept a determinismului mecanic, ultimul impunând inexorabil ca același cauză să producă același efect, în circumstanțe identice ori similare.

În fine, conceptul juridic ne permite să acceptăm imperfecțiunea normativă ca fenomen inherent și endogen discursului juridic. Imperfecțiunea reglementării în drept nu este urmarea firească a lucrării unei ființe umane recunoscut perfectibile, dar nici a substanței mundane a dreptului pozitiv. Explicația ține de specificul discursului juridic exprimat prin textele-de-lege. Orice ansamblu de norme, oricum le-am grupa (național, european) sau decupa (civile, penale, administrative), formează o mulțime structurată de propoziții și enunțuri juridice. Autoreferențialitatea acestor enunțuri explică atât fenomenul curent de inflație legislativă, cât și carența normativă, manifestate concomitent și exprimate distinct, printr-o repudiare publică fie a labirintului infernal juridic, fie a vidului legislativ.

²⁹ Elementele concrete depind exclusiv de răspunderea invocată, cum ar fi paza lucrului, raportul de prepușenie, vinovăția calificată, viciu ascuns etc.

Ambele se condiționează și se explică prin deschiderea sensurilor conceptului juridic. Un concept se întâmplă să devină neadecvat prin utilizare, căci regimul juridic pe care îl exprimă e considerat insuficient (ideologic, practic, tehnic). Logic însă, insuficiența juridică se raportează la sine, la obiectul pe care îl creează și exprimă orice concept juridic. Nu e vorba că acesta nu ar mai corespunde progresului societății, ci că posibilitățile sale de interpretare sunt epuizate, fiind astfel justificată înlocuirea sa cu un nou concept, ori cu modificarea legislativă a celui preexistent. Producția normativă este un efort de creare a unui nou referent juridic la care se raportează conceptul (cel nou, cel vechi, cel modificat). Asistăm la un proces de expansiune a referentului juridic, înglobat în concepte, care se accelerează pe măsură ce se urmărește explicarea doar juridică a normativității sociale. Întreaga societate devine captivă dreptului, iar limitele interpretării sau calificării sale explică, deci, atât supraelasticitatea semanticii conceptului, cât și nevoia retorică de primenire a acestuia.

Surprindem astfel un fenomen politic de ajustare referențială a conceptelor juridice, prin propoziții. Iar orice enunț (autoreferențial sau nu) există firesc numai prin înfățișarea și înțelegerea propriei sale semnificații. Însă premisele silogismului, constitutive de concept juridic, nu pot fi infinite, căci altfel concluzia devine imposibilă³⁰, prin mulțimea de sensuri pe care ar presupune-o. Practicarea unui drept ca un discurs³¹, prins astăzi în texte-de-

³⁰ Dacă privim exclusiv la structura unei norme, ipoteza sa nu poate cuprinde o infinitate de situații, exprimate în tot atâtea propoziții minore (logice), cărora să le corespundă tot o infinitate de propoziții majore. Și un număr mare de enunțuri, nu neapărat o infinitate, ar face silogismul imposibil, căci nu se poate trage o concluzie.

³¹ Dacă dreptul nu ar fi un discurs, o înșiruire ordonată de enunțuri, nu i s-ar aplica regulile logicii, care ținesc aceste propoziții de-drept. Un drept înțeles ontologic [ca armonie naturală, ca fapt (social sau nu) împlinit, ca parte a unei cosmogonii încă în derulare, ca magie, ca lucrare

lege, impune și analiza sa logică, iar constrângerile logicii evidențiază clar limitele sale structurale și semantice.

Clausa abuzivă din dreptul consumației și dreptul la viață ar putea fi luate aici ca situații textuale exemplare. Prima înfățișează neputința tehnică a noțiunii civile de „viciu de consimțământ” să asigure cenzurarea morală a contractului de consumație, iar a doua este expresia monopolului normativ de-drept total, exercitat integrat substanțial și interpretativ asupra întregii societății contemporane, unde totul are o expresie juridică, ca rațiune de-drept.

Autolimitarea logică³² a dreptului ar impune și soluționarea relației sale cu metadiscursul juridic. Din vastitatea subiectului, ridicăm aici doar o chestiune³³ legată de calificarea ori de interpretarea juridică. Problema se

divină, ca echitate căutată etc.] nu ar permite concluzia avansată, căci logica nu s-ar aplica dreptului, ci doar propozițiilor exprimând ceea ce se spune despre-drept (metadiscursul doctrinal).

³² Acesta dacă admitem „teza că logica exercită constrângeri normative asupra raționării”, v. M. DUMITRU, *Despre normativitatea logicii*, în Probleme de logică, vol. XXIII, ed. Academiei Române, București, 2020, p. 64. Tipul de logică folosit și natura dreptului (ca sistem) sunt două repere esențiale de considerat cât vom încerca să discutăm interogațiile de mai sus. „*Concepția standard* despre logică – cel puțin în tradiția filosofiei analitice – este aceea că logica este o știință *a priori*. De aceea, dovezile empirice nu au – și chiar, mai puternic, *nu pot* avea – nici o legătură semnificativă cu justificarea logică. Mulți aprioriști logici susțin că principiile și regulile de inferență logice sunt justificabile *a priori* și că, în consecință, ele nu sunt nici cororabile, dar nici infirmabile empiric.” *Ibidem*. Sublinierile aparțin autorului citat. O tensiune logică în plus, deci, pentru empirismul juridic.

³³ Practic, interpretarea juridică urmărește adesea să susțină (și să explice) un text printr-un metatext. O normă e judecată ca validă dacă raționamentul despre ea e considerat corect (logic). Interpretarea devine astfel punctul de intersecție între text și metatext, deși aceste enunțuri ar trebui să se găsească în câmpuri discursive paralele. Altfel spus, silogismul interpretării e compus din premise ce aparțin simultan atât textului de-lege, cât și a celui despre-lege, iar

referă la inferarea, inducerea, unei valori de adevăr din metatext către text. Adică, valoarea de adevăr [validitatea] a unei propoziții din metatext (fals/adevărat) stabilită deja implică aceeași valoare în text (sau a textului)? Este permis, deci, să translatăm validitatea silogismului din metatext asupra textului-de-drept care a constituit referentul metadiscursului? Dacă da, atunci devine posibilă interpretarea în drept, iar valoarea de adevăr îi aparține discursului interpretativ, care devine normă juridică de aplicat. Dacă nu, validitatea unei norme nu poate fi stabilită logic, ci doar tehnic (juridic), iar interpretarea ilogică ar fi singura acceptabilă. Interesant de semnalat că această chestiune nu se dizolvă nici dacă considerăm că enunțurile de-drept diferă în conținut de cele despre-drept³⁴.

1. Clasificare

Conceptele juridice ne permit să percepem sistemul juridic ca pe o structură intelectuală, materializată tehnic în regimuri de-drept variate, cu însemnătate și aplicare practică foarte diferită. Apoi, legăturile stabilite între diferitele concepte sunt de varii naturi și intensități, dar ele ocupă întregul spațiu ori context juridic discursiv. Aceste raporturi sunt, deci, discursive, frecvent textual stabilite, și permit clasificarea și ordonarea conceptelor oferite *de lege lata*. Ele nu ar trebui imaginate izolat și din motivul că unele concepte le explică pe altele, dar mai important, pentru că există *concepte compuse* ori complexe. Înțelegerea lor are nevoie de mai multe regimuri

concluzia interpretativă se impune imperativ cu valoare de adevăr doar textului normativ. Este acceptabilă o astfel de turnură logică? Interpretarea istorică (diacronică), sistematică ori teleologică a normei juridice nu intră sub semnul acestei interogații.

³⁴ Limpede, enunțurile din metadiscurs sunt posibil de validat logic (ca adevărate sau nu), fiind judecați de valoare cu referent extern (constituit din norma juridică). Asemenea propoziții sunt descriptive/explicative, formate după regulile aplicabile oricărui silogism (logic formal).

juridice aplicabile, distincția funcțională fiind că asemenea concepte produc consecințe distincte de regimurile elementare și generice care le compun. În fond, efectele distincte și specifice sunt rațiunea creării unor asemenea concepte complexe, prin manipularea conceptelor deja existente. Demontarea lor analitică poate învedera o structură aparte, stratificată și formată dintr-un anumit regim juridic generic, căruia i se asociază un efect juridic specific, definitoriu.

Lingvistic, orice concept complex poate fi definit sintetic, adică prin raportare la un alt concept, căruia i se atașează analitic efectele proprii, pentru a fi recognoscibil. Plata este un *act* juridic săvârșit cu scopul de a stinge o obligație preexistentă. Gajul este un *contract* încheiat pentru a constitui o garanție reală mobilă. Legatul este o dispoziție *testamentară* de natură patrimonială. În general, toate contractele speciale constituie concepte complexe, definite sintetic prin conceptul elementar și generic de contract/act juridic și deosebite prin efectul lor specific, exprimat analitic. Ultimul aspect devine curent și criteriu de clasificare a contractelor, creându-se astfel clase sau categorii distincte de contracte. Pentru contractele nenumite, logica doar pare identică, dar nu se aplică, chiar dacă ele cuprind vocabula „contract”. „Contractul nenumit” nu e decât o noțiune, iar nu un concept, el nefiind caracterizat de un anumit regim juridic tipic, fiind numai rezultatul bricolajului juridic permis de libertatea contractuală. Din acest motiv, „contractul nenumit” nu are o definiție funcțională, ci doar una diferențială, care indică contrapunerea sa generică față de contractele special reglementate, dar fără să poată exprima funcția și efectele tehnice concrete ale *definiendumului*. Efectele juridice și funcția depind esențial de interesul părților actului nenumit, posibil de manifestat grație libertății juridice a cocontractanților.

Dreptul continental funcționează clasic numai în regim de instituire discursivă a *conceptelor elementare și generice*. Acestea descriu regimuri juridice recunoscutibile tehnic, diferite unele de altele, dar care practic nu se pot aplica ca atare. Un concept elementar a fost imaginat fie să alcătuiască un alt concept aplicabil practic, fie să explice juridic, adică să facă posibil intelectual conceptul complex pe care îl compune. Contractul, testamentul, capacitatea civilă, patrimoniul, cauza actului civil etc. sunt exemple din dreptul comun de concepte elementare și generice. Fără ele nu poate exista tehnic, adică un regim juridic special aplicabil, contractul de vânzare sau de donație, asociațiile ori societățile agricole, legatul, compensația obligațională etc. Toate acestea par doar ipostazieri juridice concrete ale unor abstracțiuni lexico-normative. Conceptul elementar și generic este condiția de posibilitate discursivă a instrumentelor existente *de lege lata* sau în practica juridică curentă. În fond, nimic concret nu ar putea exista juridic înainte de a fi imaginat și exprimat (textual/verbal), ceea ce trasează inclusiv limita între două lumi juridice vecine și diferite: raționalismul conceptual și empirismul juridic. Ultimul își dă silința să descopere faptele (sociale, jurisprudențiale, economice) cu importanță și explicație juridice, utilizând jargonul doar un mijloc de comunicare, fără vreo forță euristic-juridică aparte. Orice concept elementar și generic este borna care marchează distincția intelectuală între un orizont juridic constituit discursiv, cu funcție aplicativă social, și orice altceva intelectual posibil (morală, politică, filosofie etc.).

Conceptele elementare și generice nu pot fi definite decât analitic³⁵, adică pot fi explicate prin recursul la perifrază, nu prin trimitere la un alt

³⁵ Reciproca nu e adevărată, în sensul că nu orice definiție analitică generează automat un concept elementar și generic ori s-ar referi la vreunul. Un asemenea concept poate fi identificat și altfel decât printr-o definiție analitică, care să fie explicită și legală. Esențial rămâne totuși regimul juridic acordat obiectului de-drept (*res*), desemnat prin conceptul elementar. Astfel,

concept. Orice definiție a capacității civile constă efectiv dintr-o descriere a elementelor sale constitutive, plus evocarea eventuală a scopului său tehnic. Ansamblul de valori economice și obligații atașate ideal persoanei, cuprins de orice *definiens* al patrimoniului, nu este decât o parafrază, o explicitare lexicală a abstracțiunii *definiendumului*. Conceptele elementare sunt vădit autoreferențiale, surprinzând doar o descriere a obiectului ce urmează să existe intelectual după ce a fost înțeleasă substanța sa abstractă. Triunghiul există independent de trasarea semnului său geometric pe nisip, devenind recognoscibilă o urmă concretă a poligonului cu trei laturi doar pentru cei ce au deja ideea de triunghi.

Conceptele elementare nu sunt reductibile la altceva decât la ceea ce ele exprimă discursiv, descriind astfel o natură juridică autonomă, un reper definitoriu [*definiens*] pentru conceptele complexe. Oferta de a contracta este un act unilateral, dar acest act poate fi comprimat doar la „act civil” ori „act juridic”, expresii sinonime, desemnând un concept generic și elementar. Regresia *definiensului* este finită, numai până la evidențierea unei naturi juridice elementare, ireductibile și indivizibile tehnic. Un act civil este, deci, un *act*. Orice încercare de echivalare a conceptelor elementare seamănă confuzie, prin dislocarea sau echivalarea semantică a unor categorii care trebuie să rămână bine separate, izolate. Propoziția: „actul civil e fapt pentru

dacă ar fi să comparăm codul vechi cu Codul actual civil, am constata că patrimoniul și capacitatea civilă au aceeași natură de concepte elementare, aceeași semnificație tehnică, dar astăzi sunt definite legal (art. 31; art. 34-35 și 37 C.civ.), lipsite fiind *illo tempore* de orice descriere ori definiție în codicele din 1865.

terți”³⁶, justificată civil prin invocarea regimului probatoriu³⁷ al operațiunii juridice, provoacă tensiuni semantice inutile, căci actul nu e *juridic* fapt pentru nimeni, el având continuu aceeași natură juridică *erga omnes*. „Actul juridic” a fost conceput, ca obiect juridic (*res*), pentru a avea o funcție juridică specifică, un regim propriu și o structură tehnică aparte. Distincția sa față de „faptul juridic” este doar o consecință survenită, o urmare logică a structurii și regimului aparte caracterizând legal actul, și nicidecum scopul original al creării conceptului elementar „act”. În plus, ideea că *orice* ar putea fi considerat *cândva* fapt (juridic) își are originea într-o folosire neadecvată a jargonului juridic. Neglijența lingvistică are efectul fie să rupă cuvintele de semnificația lor proprie, fie să extindă abuziv și inutil unele denotații prestabilite la un referent nepotrivit. Proprietatea termenilor juridici. Jargonul juridic sancționează utilizarea improprie a conceptelor prin semnalarea unor greșeli tehnice, nu lingvistice.

În dreptul privat, conceptele elementare și generice par să își găsească domeniul predilect de desfășurare discursivă atunci când vorbim despre

³⁶ Ideea e recurentă în dreptul civil, *e.g.* P. COSMOVICI (coord.), *Tratat de drept civil*, vol. I, ed. Academiei RSR, București, 1989, p. 278.

³⁷ Libertatea probatorie există plenar pentru dovada faptelor juridice, justificată și de imposibilitatea (absurditatea?) de a preconstitui probele unor evenimente ce urmează eventual să se întâmple. Cu toate acestea, dovezile nu definesc faptele ori substanța lor, ci doar identifică existența lor circumstanțiată (temporal și spațial). Argumentul probatoriu al identității de fapt al unui act față de terți contorsionează raportul între a ști de un fapt și a-l defini, căci probându-l trebuie să admiti că îl cunoști. Terții cunosc despre actul civil, pe care îl pot dovedi prin orice mijloace, căci nu puteau ei să preconstituie înscrisul nefiind părți, dar aceasta nu înseamnă că actul ar fi un *fapt*. Mai mult, uneori chiar și părțile contractului se pot bucura de libertatea de a-și alege mijlocul probatoriu, ceea ce nu semnifică că actul lor ar fi un fapt, ci o consecință a consensualismului. În alt registru, situația se regăsește, de pildă, și la simulație, v. art. 1292 *in fine* C.civ.

operațiuni juridice. Faptele ilicite ori delictele civile, tehnic pendinte de răspunderea civilă, ar intra în aceeași logică de conceptualizare?

„Răspunderea civilă” nu este totuși decât o noțiune, căci conceptual există mai multe specii diferite de răspundere concrete, iar practic se va aplica una sau alta dintre acestea, iar nu o etichetă generică. Într-o speță, se vor dovedi practic condițiile necesare angajării răspunderii pentru fapta proprie ori a celor definatorii pentru răspunderea pentru lucruri sau se probează elementele răspunderii contractuale ori a celei speciale pentru viciile ascunse cu ocazia vinderii etc. Concret (practic sau teoretic), nu se discută despre elementele generice ale „răspunderii civile”, care de altfel nici nu există normativ ca tare, ea fiind doar o noțiune. Cuvintele „răspundere civilă” nu desemnează un regim juridic aplicabil, ci au forța să sugereze că în discuție sunt delikte sau ne referim la fapte ilicite civile. Noțiunea aproximează câmpul de cunoaștere, oferindu-ne intuiția unui obiect juridic, care se clarifică odată cu indicarea unui concept adecvat.

„Răspunderea civilă” nu este o sintagmă polisemantică, ea nu poate avea decât sensul de *răspundere* și trimite nemijlocit la ipotezele de răspundere prefabricate legislativ. Univocitatea semantică a expresiei „răspundere civilă” este dificil de observat din cauza generalității maxime a noțiunii omonime. În plus, ea pare să aibă o pluralitate nu foarte exactă de referenți, pentru că se referă la toate cazuri speciale de răspundere existente, neidentificând niciunul concret, tocmai pentru că e o noțiune, iar nu un concept. În fine, specificul tehnic al răspunderii subiective, descriind un pretins drept comun în materie de responsabilitate civilă delictuală, contribuie din plin la obliterarea funcției de noțiune generică a sintagmei „răspundere civilă”. Generalitatea immanentă a unei noțiuni ar trebui să ne oprească logic să discutăm despre sensurile *lato* ori *stricto* ale răspunderii

civile³⁸. „Răspunderea civilă” este numai un numitor *lingvistic* comun și lax al unor concepte juridice distincte *normativ*, prin regimul lor juridic special. Noțiunile juridice, prin natura lor sunt generice, iar nu concrete, importanța lor lingvistică premergând celei funcționale, care rămâne definitorie pentru conceptul juridic.

Din cele ce preced ar trebui dedus că în toate situațiile de reglementare legală a unor acte juridice, vom asista la o creație *de lege lata* a unor concepte juridice? Nu neapărat!

„Remiterea de datorie are loc atunci când creditorul îl liberează pe debitor de obligația sa.”³⁹ Este remiterea de datorie o noțiune sau un concept, aducând chiar cu unul elementar și generic? E sintagma „remitere de datorie” denumirea unei operațiuni juridice dotată cu un regim juridic suficient de caracterizat pentru a conchide că suntem în prezența unui concept? Regula ne spune că remiterea de datorie desemnează o convenție, iar excepția o reprezintă legatul de liberare; asta dacă considerăm că regimul de drept comun al obligațiilor se desfășoară *inter vivos*, succesiunile marcând o arie normativă distinctă și, deci, exclusă aici. Remiterea de datorie este deci un contract extinctiv ale cărui părți coincid cu subiecții raportului obligațional

³⁸ *Contra*, C. PAZIUC, *Răspunderea contractuală*, ed. Universul Juridic, București, 2019. Autorul se referă expres la răspunderea contractuală al cărei sens restrâns ar desemna „doar remediul daunelor-interese pentru neexecutarea obligației contractuale”, iar în sens larg, sintagma ar viza „ansamblul remediilor pe care legea le pune la dispoziția creditorului pentru protecția interesului său pozitiv.” *Idem*, p. 24. Se întemeiază astfel înțelesurile largi pe o noțiune vagă (*remediul*), ceea ce face infernală depistarea unei naturi juridice (în sens larg?) a răspunderii contractuale *lato sensu*, cuprinzând varii mecanisme (*e.g.* daune-interese, executări silite, rezoluțiunea ș.a.). Numai că fiecare dintre acestea are regimul său aparte, atașat *stricto sensu* unui termen, iar nu generic „răspunderii contractuale”.

³⁹ Art. 1629 alin. (1) C.civ.

stins integral⁴⁰. Regimul dedicat legal expres acestui presupus contract special e scheletic și inutil, căci efectul urmărit de acest regim special se poate obține simplu și direct prin aplicarea normelor generale (de la obligații). Totuși, între aceste norme speciale, una singură se remarcă: remiterea de datorie „poate fi cu titlu oneros sau cu titlu gratuit, potrivit naturii actului prin care aceasta se realizează.”⁴¹

Dacă luăm ca premisă definiția legală și efectul urmărit de părțile remiterii de datorie, ultimul text legal citat mai sus ar trebui să-l considerăm nescris, neavând sens – dacă ne referim la *oneros*, și inutil – dacă ne referim la *gratuitatea* remiterii. Remiterea de datorie rămâne, prin cauza sa juridică, o liberalitate. Onerozitatea sa nu este decât o falsă variantă, la fel de absurdă ca și cum am spune că vânzarea ar putea fi oneroasă ori gratuită, iar donația, fie gratuită, fie oneroasă. În alți termeni, imperativele logice impun concluzia incoerenței reglementării, cu efectul eliminării din regimul juridic a normei care prevede „titlu oneros” al iertării de datorie.

Miza textului legal, care prevede și posibilitatea unei improbabile iertări oneroase de datorie, era dată de faptul că el constituie singurul reper normativ ce ar fi permis eventuala calificare a remiterii de datorie ca un concept juridic aparte, iar nu o simplă aplicație a unor reguli preexistente. Remiterea gratuită rămâne o donație indirectă, căreia i se aplică regimul obișnuit al liberalităților *inter vivos*, cu puține excepții. Donația este conceptul complex prin care se explică remiterea de datorie. Ultima nu constituie decât o noțiune juridică, o aplicație a unui concept mult mai

⁴⁰ Remiterea parțială de datorie poate fi privită și din alt unghi, unul materialist, care nu înfățișează efectul stingător al actului de iertare de plată, ci doar o diminuare a prestației datorate. Aici nu ne interesează decât efectul extinctiv total și nici deosebirea eventuală între remiterea de datorie și iertarea de plată a debitului.

⁴¹ Art. 1630 alin. (2) Cciv.

sofisticat, căci iertarea oneroasă⁴² rămâne inclusiv teoretic imposibilă. Concluzia – în această materie – ar interesa mai degrabă tehnica de legiferare și ar depinde de răspunsul la întrebarea: care ar fi sensul prezenței *expressis verbis* a unor norme legale neputincioase să creeze regimuri juridice specifice? Problema subzistă însă și analitic, din moment ce obiectul juridic de prisos reglementat se poate [întâmpla și explica] tehnic prin simpla aplicare concretă a regulilor preexistente în dreptul comun.

Exemplul cercetării specificului remiterii de datorie ne permite să evidențiem că orice concept juridic are un tăiș normativ, funcționând ca un brici al lui Occam. El devine un instrument al principiului simplității, care ne comandă să rămânem firești și să nu complicăm inutil nici textele-de-lege, dar nici textele-despre-lege. Conceptele juridice trebuie create exclusiv când se urmărește instituirea unui regim juridic special, iar nu pentru a evidenția *de lege lata* doar o eventuală aplicație, posibilă tehnic prin jocul principiilor și al normelor generale de drept.

Și alte clase ori categorii ale conceptelor juridice mai pot fi evidențiate, dar aici ne oprim. Terminologic, ar trebui totuși să limpezim și sensul „instituției juridice”. O sintagmă tocită deja prin utilizare aleatorie, ea fiind aplicată – practic și doctrinal – oricărui obiect juridic, ceea ce nu pare foarte lămuritor. Prețul nu are cum să fie o *instituție*, pusă alături de acceptarea succesiunii ori de beneficiul de inventar, de daunele morale sau de ipotecă. Semnificația *instituției* are o valoare eminent stilistică, iar nu instrumentală. Ea interesează exclusiv maniera de exprimare, atunci când am

⁴² Onerozitatea trebuie să caracterizeze chiar actul iertării de datorie (art. 1172 C.civ.), iar nu să fie dedusă dintr-un alt act sau dintr-o succesiune de alte acte. De pildă, în schimbul reducerii datoriei, debitorul plătește unui terț ceea ce îi datora deja acestuia creditorul *solvensului*. O asemenea ipoteză descrie nu o remitere oneroasă de datorie, ci o succesiune de acte distincte. Oricum, nici pentru o asemenea schemă juridică nu ar fi indispensabilă reglementarea expresă a remiterii de datorie în forma existentă *de lege lata* azi.

dori să desemnăm un mecanism juridic ori un ansamblu normativ centrat în jurul aceluiași obiect al reglementării, cum ar fi succesiunile, contractele, căsătoria, drepturile de autor, tratatele internaționale, justiția constituțională etc. „Instituția juridică” nu are, deci, o valoare funcțională ori analitică proprie, ci exclusiv metaforică, dar care riscă să se estompeze drastic până la dispariția forței sale de sugestie, ca efect al excesului de întrebuințare pentru a indica orice noțiune juridică, oricât de anodină ar fi aceasta.

C. Importanța tezei

Distincția între noțiune și conceptul juridic ar aduce mai multe beneficii, unele strict lingvistice, altele inclusiv tehnice. Lexicul juridic ar câștiga în coerență și limpezime, folosind diferit termenii *noțiune* și *concept*. Am profita și de o atenționare suplimentară semantică, înregistrându-se mai apăsător separația dintre discursul ori textul-de-drept și metadiscurs, adică textul-despre-drept. Termenii apar în jargonul juridic din două surse principale – fie din lege, fie din explicarea ei doctrinală, pentru esențial –, ceea ce nu ne indică și valoarea ori importanța lor tehnică. Noțiunea poate fi detașată de conceptul juridic, ultimul fiind o creație exclusiv de-drept, identificată primordial într-o sursă legală, ceea ce imprimă conceptului semnul unui regim juridic distinct (aplicabil special și concret). În lipsa acestuia, vom discuta exclusiv despre noțiuni juridice. Orice concept este și o noțiune, dacă ne referim doar la lexicul juridic, dar tehnic, un concept este un cod, un semn al unui regim juridic, semnificația sa fiind de obiect juridic aparte (*res*). Preluarea în metatextul juridic a conceptelor nu poate avea decât importanță explicativă, căci apariția lor este datorată exclusiv nomothetului, oricare ar fi acesta. Deci, numai conceptul juridic este simbolul unui regim juridic depistabil (și aplicabil concret).

Principiul coerenței⁴³ conceptelor juridice, dedus din analiza logică a propozițiilor juridice și a autoreferențialității conceptului, ne pune la dispoziție un instrument de analiză legislativă obiectiv. Adică un mijloc, un instrument de cercetare ce poate fi folosit indiferent de orientarea ideologică a autorului cercetării juridice. Obiectivitate nu înseamnă renunțarea la opiniile proprii, ci utilizarea unor repere fixe, iar nu arbitrar, depinzând de înclinațiile și părerile fiecăruia. Orice text existent *de lege lata* ar trebui, deci, cercetat dintr-o perspectivă strict tehnică, adică evidențiind importanța sa raportat la semnificația sa juridică proprie, fără vreo interferență cauzată de unele preferințe sau urgențe personale. Concentrarea pe discursul legislativ, pe suportul său textual, face posibilă izolarea factorilor externi de juridic în cercetarea conceptelor juridice. Coerența conceptului permite să evidențiem tensiunile sale interne, dacă există, lipsa de respect față de celelalte repere textuale, dar și identificarea diverselor influențe ideologice, recognoscibile în special datorită cuvintelor strecurate în textele-de-lege.

Nicio o analiză discursivă nu face inutilă o privire asupra juridicului și din alte unghiuri (economice, sociologice, psihologice, morale etc.), dar ea surprinde lumina venită din interiorul textului de-lege, care poate clarifica tensiunile și specificul său discursiv. După cum textualismul juridic nu devine un manifest pentru neutralizarea persoanei juristului, căruia nu îi prescrie nimic: nici să devină aseptice filozofice, nici apolitice ori amoral, cu atât mai puțin vegan. Coerența textuală a conceptului juridic nu este decât o riglă de măsură a ceea ce deja dreptul a exprimat obiectiv, egal cu sine însuși, nu raportat la promisiuni *de lege ferenda*.

⁴³ Un concept e considerat fals, dacă generează un „conflict de calificări”, din cauza contradicțiilor sale interne, v. F. ROUVIÈRE, *Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. 2014-5 – N° spécial. Cahiers de méthodologie juridique, no. 28 [/2014], p. 2226.

Simplitatea reglementării juridice și exprimarea clară a normelor de drept ar fi mai degrabă imperative ale bunului-simț juridic, decât descrierea vreunei reguli sofisticate ori a vreunui principiu mirobolant. Dar, asiduitatea cu care se înfrâng nonșalant aceste imperative firești ar impune totuși folosirea unui instrumentar suplimentar (pe lângă apelul la cumpătare textuală), într-un prezent continuu al abolirii simțului măsurii juridice al legiferării. Conceptul juridic poate fi manipulat pe post de asemenea instrument ori mijloc tehnic, căci el ne permite să comparăm exact ce aduce *juridic* fiecare normă nou apărută, ce eventual concept creează sau modifică ea (în mod semnificativ și necesar). În absența unui asemenea efort de creație, orice nou text de-lege e gol, umplându-se de inutil juridic, sporind redundanța discursivă și inflamând cronic logoreea legislativă.

Practicarea unui textualism analitic nu ne împiedică să subliniem că unele valori esențiale, pentru individ și societate, sunt lăsate în afara sferei semantice a conceptului juridic, fără de care viața ar deveni infernală: libertatea, iubirea, echitatea, morala, fericirea, coeziunea socială... Dreptul nu este însă decât o sumă de texte plate cărora trebuie să le circumscriem exact semnificația funcțională, denunțând simultan orice tendință de imperialism explicativ și regulator al dreptului pozitiv.

Conceptul juridic pare imposibil de disociat de norma de drept, care îi permite să existe și pe care simultan o exprimă. Calificând starea actuală a dreptului ca un pozitivism structural, orice concept devine un produs textual de natură normativă. Vorbim despre un enunț de-lege constitutiv de obiect juridic (*res*), având o funcție prospectivă variabilă – de la imperativ-regulator, la cea simplu-organizatoare –, care frecvent ilustrează caracterul dogmatic⁴⁴

⁴⁴ Dogmatica juridică înțeasă aici în sensul unui „discurs savant care urmărește să interpreteze și să sistematizeze dreptul în vigoare.”, v. F. ROUVIÈRE, *Le fondement du savoir juridique*, op.cit., p. 20.

atât al dreptului, cât și al meta-discursului său. Nu în ultimul rând, unele concepte ar putea fi deturnate și către o funcție interpretativă, concretizată în reperul de drept pe care ele îl exprimă, dar și în transformare lor în grilă de citire a unui ansamblu normativ, a unor instituții, pe care le-ar putea caracteriza ori măcar descrie.

II. Antiteze

Viziunii noastre, mai sus înfățișate, i se pot contrapune alte abordări, sistematizarea lor forțându-ne să observăm **(II.A)** indiferența și inversiunea semantică, unde amalgamat se discută despre *conceptul de concept juridic; conceptul de concept, conceptul juridic și conceptul de drept; noțiunea de noțiune juridică* ori doar se preferă conceptului termenul de *categorie juridică*. Apoi vom caracteriza succint **(II.B)** ontologismul juridic, cu surprinderea unei *ontologii apofatice*, abordând inclusiv **(II.C)** nihilismul conceptual, dar și o specie de **(II.D)** normativism juridic, pentru a încheie discuția cu o concluzie, iar nu cu o sinteză.

A. Indiferență și inversiune semantică

În limbajul comun, *conceptul*⁴⁵ înseamnă o „idee generală care reflectă corect realitatea; noțiune” (DEX), putând fi, deci, sinonim cu *noțiunea*. Raportul de sinonimie îl regăsim inclusiv în jargonul juridic⁴⁶, căci atât doctrina⁴⁷, cât și practica folosesc de obicei nediferențiat celor două vocabule, conotația lor fiind identică: un termen abstract, ori un rezultat al înțelegerii lumii, pe care conceptul/noțiunea o reflectă parțial. Noțiunea ori conceptul nu ar fi decât un condensat de cunoaștere, de însușire abstractă, o „representare simbolică”⁴⁸ a existenței unui anumit lucru cercetat. Ultima idee, un *definiens* oferit și de DEX, face din *concept* un instrument al cunoașterii lumii înconjurătoare, căci el ar descrie ideal – mai mult sau mai puțin exact – imaginea lucrurilor găsite în lume. Această accepțiune implică, pentru doctrina juridică, recunoașterea tacită a unei substanțe obiective a dreptului, poate nedeterminată, dar sigur autonomă față de orice discurs juridic, pe care dreptul numai o reflectă, o transpune terminologic prin *conceptul* juridic.

⁴⁵ < *conceptus* [< *concipio*] (lat.), acțiunea de a conține, de a cuprinde, gândire, fruct, concepțiune (Gaffiot).

⁴⁶ M. LOISELLE, *L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte*, în L. ISRAËL, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, L. WILLEMEZ (coord.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, Paris, 2005, p. 35.

⁴⁷ De pildă: A. SÉRIAUX, *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, *Revue trimestrielle de droit civil*, no. 4/1999, p. 801; E. FOUASSIER, *La notion juridique de médicament : simple qualification ou véritable définition ?*, *Titre VII du Conseil constitutionnel*, no. 11/2023.

⁴⁸ L. ROLLAND, *Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers*, *Revue générale de droit*, 35(4), 2005, p. 533, online: <https://doi.org/10.7202/1027180ar>.

O asemenea viziune este de inspirație ontologică. Ea transformă dreptul într-o ontologie, aparatul său discursiv devenind un simplu instrument textual asertiv, care doar explicitează o lume deja instalată în afara discursului juridic. O lumea dată și oglindită lexical nu are nevoie neapărat de distincția *noțiune vs. concept*, pentru că ambele cuvinte pot îndeplini aceeași funcție: reprezintă ideal o lume deja alcătuită, aptă a fi cuprinsă intelectual și explicată, mai apoi. Implicațiile ontologiei juridice asupra jargonului juridic sunt mai jos amintite, dar ele sunt oricum incongruente cu textualismul juridic, căci un text-de-drept nu este acceptat decât ca expresia discursivă a realului, lipsit de orice putere constitutivă de-drept (pozitiv).

1. Conceptul de concept

François Collona d'Istria – pentru a se depărta de o asemenea ontologie – ne propune experiența unui „concept al conceptului juridic”⁴⁹. Efortul intelectual este fracționat aici în două, căci el presupune întâi „să observăm conceptele în vigoare în știința înțeleasă ca o zonă de investigare, mai apoi, să emitem o ipoteză asupra a ceea ce este un concept”⁵⁰. De subliniat că pentru autor „în știința juridică vor trebui căutate conceptele și modul lor de folosire”⁵¹, el având ambiția de a propune o definiție generală a conceptului, pusă la căpătâiul oricărui discurs științific, aplicabilă apoi fiecărui domeniu de cunoaștere specializat, inclusiv dreptului.

Toate acestea după ce acceptăm că „conceptul de concept în drept presupune să putem cunoaște și vorbi despre non-sensibil. Dacă există ceva precum conceptele în drept, concepte despre care va fi vorba atunci când

⁴⁹ F. COLONNA D'ISTRIA, *Le concept de concept juridique*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. 2012-5 – N° spécial. Cahiers de méthodologie juridique, no. 26 [/2012], p. 2246.

⁵⁰ *Idem*, p. 2247.

⁵¹ *Ibidem*.

înțelegem natura și sensul conceptului de concept, aceasta implică să-l cunoaștem, admitând ca el să poată purta asupra unui alt lucru decât sensibilul. Altfel spus, conceptul conceptului în drept presupune o evidențiere dublă a metalimbajului. Mai întâi, pentru că orice considerare a conceptului asupra conceptului ține de epistemologie. Apoi, pentru că materia asupra căreia poartă conceptul în drept nu poate fi una empirică, în sensul clasic al sensibilului: dreptul este înainte de toate format prin texte și conținut de acestea, iar sensul acestor texte este vehiculat și organizat de concepte.”⁵²

Abandonând orice pretenție de ontologie, conceptul se plasează acum într-un ansamblu fenomenologic explicativ – strâns legat de definițiile sintetice (de sinteza în general, înțeleasă ca proces cognitiv aparte) – și centrat în fond pe semnificația pe care o oferă lucrurilor la care el se referă.

„Conceptul este definiție, căci – înainte ca un cuvânt să fie definit – nu poate exista conceptualizarea. Un cuvânt pe care nu știm să-l înlocuim print-un enunț definitoriu nu ține de domeniul conceptului, ci de înțelegere intuitivă. Astfel, dacă reluăm triada lingvisticii clasice, unde se distinge semnificantul, semnificatul și referentul, conceptul este ceea ce corespunde semnificatului. Cât timp semnificatul nu este formulabil în alte cuvinte decât în cele ale semnificatului, nu există niciun concept. Altfel spus, conceptul sau semnificatul nu poate fi decât în ordinea formulării de limbaj.”⁵³ „Ideea generală și abstractă – aceasta este noțiunea de concept. Sinteza – ea este conceptul conceptului. Rezultă că un concept al conceptului propus aici este nu o noțiune de concept. Aportul său cognitiv se cristalizează în funcția sa argumentativă.”⁵⁴

⁵² *Idem*, p. 2245.

⁵³ *Idem*, p. 2249.

⁵⁴ *Idem*, p. 2264.

Aceasta nu înseamnă că alegerea vocabulei *concept*, pentru a numi instrumentul de cunoaștere omonim, ar fi aleatorie, sinonimia sa cu *noțiunea* fiind obligatoriu exclusă. „Putem numi definiția analitică *noțiune* sau *calificare*, în timp ce definiția sintetică este *conceptul* însuși.”⁵⁵ Există deosebire de tip de cunoaștere și de profunzime cognitivă, ambele separând cei doi termeni, cu efectul că întregul jargon juridic e compus doar din concepte și noțiuni. „Fiecare cuvânt din vocabularul juridic ar avea propria definiție analitică, pe care o putem numi noțiune sau calificare, dar și definiția sa sintetică, care nu este altceva decât conceptul. Astfel se distribuie între ele funcțiile analizei și ale sintezei. De ce conceptul s-ar limita doar la definiția sintetică? Pentru că o asemenea definiție, prin maniera sa de construcție – adică în mod empiric – *concepe* realul sesizat. Conceptul este demersul specific cunoașterii: numai conceptul, deci sinteza, aduce o cunoaștere nouă.”⁵⁶

Practic juridic, adică la nivelul pozitivismului structural (raportat deci la normele legale care compun dreptul obiectiv), impactul sintezei cercetării juridice se traduce în identificare naturii juridice aplicabile *in casu*; ea rămâne atașată tot conceptului juridic, iar nu noțiunii. „Natura juridică nu este altceva decât maniera în care juriștii desemnează definițiile sintetice, deci, conceptele. Juriștii sintetizează cu ajutorul interogațiilor care țin de natura juridică.”⁵⁷ Utilitatea practică a fiecărui concept e evidențiată când el „este o grilă de interpretare a regulilor pozitive”⁵⁸, oferind oricărui jurist un mijloc de

⁵⁵ *Idem*, p. 2258.

⁵⁶ *Idem*, p. 2262. Respinsă, ontologia pare să revină, sugerându-ni-se că un concept ar descrie o realitate preexistentă, exact ca în fizică: *gravitația* e numele unei forțe de fapt, prezentă întotdeauna independent de orice nume îi dăm. Așa să fie și cu forța obligatorie a contractului?

⁵⁷ *Idem*, p. 2257.

⁵⁸ *Idem*, p. 2266.

ordonare atât a cunoașterii, cât și a regulilor pe care trebuie să le aplice într-o speță.

Conceptul ajunge în practica juridică desprins din știința dreptului⁵⁹. El este apoi restituit practicii, pentru că orice „cunoaștere nu se limitează la a descrie lumea: ea o explică, teoretizând-o.”⁶⁰ Aspect care devine acut în drept. Pentru Colonna d’Istria, conceptul juridic este un produs al epistemologiei dreptului, inserat într-un metalimbaj aparte, ce reușește în cele din urmă să se răsfrângă chiar asupra dreptului pozitiv. Metadiscursul epistemologic are nevoie de „o definiție sau un concept, ele având o funcție explicativă”⁶¹, iar nu discursul juridic, adică dreptul ca atare, deși explicațiile metadiscursive se reîntorc la bază: dreptul pozitiv. Pentru noi, conceptul e un produs *de lege lata* (al dreptului pozitiv), iar nu simplu enunț asertiv, generat de metadiscurs (oricare ar fi acela – doctrinal sau epistemologic juridic). După cum nu credem că jargonul juridic s-ar putea limita numai la concepte și noțiuni. El este mult mai complex, nelăsând la o parte elemente și structuri existente deja în limbajul natural (*e.g.* vocabular, semantică, morfologie, sintaxă etc.).

Dintre multiplele aplicații făcute de Colonna d’Istria în încercarea de a trasa deosebirea dintre analiză și sinteză, pentru a ajunge cu ajutorul ultimei la concept, amintim aici doar ideile dedicate condiției – modalitate a contractului. „Legea⁶² dă o definiție analitică condiției suspensive, care se mulțumește să descrie ce se ascunde sub această sintagmă, înlocuind-o cu o altă expresie echivalentă. Astfel, condiția suspensivă va fi acel eveniment viitor și incert căruia îi este subordonată încheierea contractului, nașterea

⁵⁹ „Știința rezidă nu în enunțarea regulilor de drept care compun regimul, ci în enunțul care cuprinde justificarea lor conceptuală, aceasta e funcția conceptului, înțeles ca sinteză mai degrabă decât ca justificare ori argumentare” a normelor. *Idem*, p. 2268.

⁶⁰ *Idem*, p. 2268.

⁶¹ *Idem*, p. 2249.

⁶² Dreptul civil românesc are aceeași înțelegere a condiției suspensive, v. art. 1399-1400 C.civ.

obligației. Iar numai un examen minuțios al regimului ne va arăta natura condiției suspensive, deci, definiția sa sintetică.”⁶³ Iar această „definiție sintetică, sau natură juridică, are o dublă funcție: să justifice regimul existent și să fixeze regimul într-un punct încă nedeterminat, dacă e nevoie. Acest regim se caracterizează înainte de toate prin forța obligatorie a condiției.”⁶⁴ Iar concluzia nu întârzie: „conceptual, condiția este un antecontract.”⁶⁵

În termenii noștri, nu sinteza, ci regimul preexistent *de jure* face conceptul, iar expresia *condiție suspensivă* nu este decât *semnificantul* acestui regim prescris legal. „Evenimentul viitor și incert” nu e *semnificatul* condiției, ci constituie un reper *de facto* de evidențiat atunci când trebuie să calificăm o întâmplare ca interesând (sau nu) condiția suspensivă. Esențial însă, reperul *de jure* al evenimentului – referent al conceptului *condiție suspensivă* – e însăși regimului juridic al condiției, activat fiind de voința părților actului. Referentul este textual, inclus în conceptul de condiție suspensivă: norma fiind cea care suspendă efectele actului (iar nu faptul). Autoreferențial fiind, conceptul juridic pune semnul egalității între semnificat și referent, exprimat prin textul-de-drept. Niciun *fapt* [oricât de *viitor* și *incert* ar fi] nu suspendă actul civil, ci doar regula de-drept, în lipsa căreia e imposibilă existența juridică a vreunei condiții suspensive.

Imediat sesizăm esența acestui raționament dacă îl aplicăm *termenului*. Și acesta poate fi o modalitate a contractului ori a obligației. Termenul mai poate fi însă și de prescripție, de decădere, de grație etc., dar *nu* ca urmare a *sintetizării* cercetării juridice asupra sa, ci ca efect al unei anumite norme de-drept, căci *de facto*, termenul e mereu același: *timpul*. Semnificatul normativ face conceptul textual. În fine, condiția suspensivă nu

⁶³ F. COLONNA D’ISTRIA, op.cit., p. 2260.

⁶⁴ *Idem*, p. 2261.

⁶⁵ *Ibidem*.

poate fi – structural vorbind – decât o clauză dintr-un contract, iar nu un antecontract, căci partea nu cuprinde întregul.

Collona d'Istria, pentru a trage linie de final, preferă să identifice epistemologia cu metadiscursul, pentru a redescoperi ulterior tot aici originea conceptului. Acceptarea acestui punct e și ea problematică. Aceasta pentru că în drept există – spre deosebire de științele tari⁶⁶ – [minim] trei rânduri de discursuri concentrice: unul legal, al doilea explicator și al treilea de glosă a explicației. Primul e constituit din textul de-lege, al doilea din textul-despre-lege (știința juridică/doctrina), iar abia ultimul formează epistemologia: un discurs despre știința juridică – luată ca obiect aparte de reflecție, pe care vrea să o înțeleagă și să o explice. Observația noastră se impune, pentru că ipoteza de lucru e fixată liber chiar de Collona d'Istria [dreptul e un text], pentru a fi mai apoi abandonată voluntar. În plus, dispozitivul argumentativ propus implică concluzia că adevărurile stabilite în meta-meta-discurs se impun identic pentru textul-de-lege, adică pentru dreptul pozitiv. Acest ultim aspect trebuie studiat separat, căci logic nu se impune de la sine o asemenea inducție ori inferență.

⁶⁶ Ca parte a fizicii, mecanica este o știință al cărei sistem de cunoaștere poate fi aparte studiat (ignorând practic orice fenomen fizic), ceea ce constituie obiectul epistemologiei (mecanicii). Orice epistemologie e un metadiscurs, căci cercetează și lămurește cum, ce și de ce există mecanica (ca știință și intelectual vorbind), iar nu raportat la lumea fizică. Logica e un metadiscurs ce poate fi aplicat matematicii, de exemplu. În ipoteza științelor discursive, se poate construi mai mult de un singur strat cognitiv, în funcție de obiectul reflexiei, al cunoașterii specializate. Atunci când întrebi: ce știință a dreptului civil se practică azi în România?, încerci să faci epistemologie, lămurind eventual sensurile *teoriei* dreptului privat, nu a *dreptului* civil în sine. Epistemologia juridică este un meta-meta-discurs, pentru că legea e primul discurs. „Oricum, o epistemologie constructivistă se impune. «Nimic nu e dat, totul e construit», scrie Gaston Bachelard.”, v. F. OST, *L'anachronisme des concepts: un symptôme ?*, în N. LAURENT-BONNE, X. PREVOST (coord.), *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, LGDJ, Paris, 2018, p. 47.

2. Conceptul de concept, conceptul juridic și conceptul de drept

„Dacă dreptul există (...), este pentru că el produce uneori modificări ale stărilor de lucruri din realitatea exterioară limbajului (efectivitate extralingvistică)”⁶⁷ e de părere Jean-Marie Denquin. Cu ajutorul limbajului, dreptul întâlnește lumea înconjurătoare, o poate descrie, „înțelege, critica, modifica”⁶⁸, folosind resursele limbii, care și ea face parte din *real*, ca și dreptul. Pentru a înfăptui această cuprindere a realului, dreptul are nevoie de structuri de gândire, de mijloace intelectuale, create (și) lingvistic. De aceea autorul separă conceptul de concept, mai concret și precis, de *noțiune* – un termen cam vag și generalist, de conceptul juridic, dar și de conceptul de drept. Acesta din urmă „definește dreptul ca entitate și permite astfel să-l distingem de alte entități definite la același nivel de generalitate, cum ar fi istoria sau economia”⁶⁹, dar gradul său de generalitate îl face disfuncțional, fiind abandonat. Conceptul juridic – element al metalimbajului – este o specie de „concept de concept”, deci, un instrument epistemologic, iar nu unul de-drept. Cu toate acestea, trebuie reamintit că „conceptul de concept juridic nu este un concept juridic. Aspect care e de altfel mai puțin paradoxal decât am putea gândi: conceptul de cerc nu e circular, iar conceptul de tigru nu este un tigru.”⁷⁰ Miza finală este de a face loc conceptului juridic într-un discurs provenit din exteriorul dreptului, unde și-ar găsi unele aplicații specifice, pentru a integra mai bine probabil dreptul în gândirea (filosofică și logică) despre real.

⁶⁷ J.M. DENQUIN, *Les concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, ed. Classiques Garnier, Paris, 2021, p. 443.

⁶⁸ *Idem*, p. 446.

⁶⁹ *Idem*, p. 216.

⁷⁰ *Idem*, p. 218.

„În calitate de concepte, *conceptele* juridice *sunt* niște definiții. Dar în calitate de concepte *juridice*, ele *au* o definiție, una în sensul de *identitate*.”⁷¹ Definițiile prin identitate pun semnul egalității [*este*] reciproc în *definiendum* și *definiens*, fiind considerate de autor ideale, căci ar disipa echivocul. Pentru a-și dezvălui specificitatea, dar și funcțiile de discriminare, respectiv de clasificare, „conceptele juridice de prim ordin (precum contractul, furtul etc., acum înțelese în sensul de *condiționări materiale*, anume ca *relații* de genul: *dacă* un cutare fapt e recunoscut ca furt, *atunci* o anumită consecință apare) sunt cele care subsumează obiectele individuale (un furt concret, un anumit act).”⁷² Observăm că rostul conceptului juridic ar fi să permită o individualizare ori o concretizare juridică, exprimată precis printr-un concept *de...* (e.g. conceptul *de* furt, *de* act, *de* arvună etc.). Ni se explică astfel că aceste obiecte juridice nu pot exista în lipsa întregii teoretizări oarecum baroce care presupune izolarea analitică a dreptului, făcută cu instrumente juridice – rezultate din efortul de ajustare a unora filosofice similare și preexistente – pentru a caracteriza *realul* său, diferit de cel al lumii, dar și de cel al limbajului.

La mise en abîme semantică a conceptului juridic, cu efectul că el coboară în sine până la o adâncime în care termenii își pierd proprietatea, face din lucrarea lui Denquin un instrument dificil de folosit chiar în *realul* dreptului, pe care autorul îl țintește predilect. Ni se prezintă un *real* juridic pretins a fi discurs, dar care devine simultan și contrariul său, ceea ce reclamă urgent nevoia unei suprapunerii, a unei stratificări a semnificației conceptelor în drept. Acestea însă, odată desprinse din metadiscurs, nu-și mai găsesc utilitatea în discurs, adică în pozitivismul structural, în textul-de-drept, devenind veștede inclusiv analitic.

⁷¹ *Idem*, p. 251. Sublinierile aparțin autorului.

⁷² *Idem*, p. 269. Sublinierile aparțin autorului.

Dacă noi am rezervat conceptului juridic un loc doar în textul-de-drept, am făcut-o pentru a marca atât diferența față de metadiscursul juridic, care se poate mulțumi cu *noțiuni*, cât și față de orice epistemologie ori de orice altă etajare multiplă de discursuri despre-drept. Există un început, cel exprimat de obiectul juridic în textele de lege, iar când acestea descriu discursiv un regim juridic distinct, avem un concept juridic. Acesta nu e o simplă aplicație, explicație sau extensie semantică a vreunui alt termen, oricât de luminos sau celebru ar fi el, ci un obiect de-drept distinct.

3. Noțiunea de noțiune juridică

Guy Quintane apreciază că „noțiunea ca instrument de investigație a realului pare (...) un instrument mult mai adaptat cercetării în drept”⁷³, deși o „analiză pur lexicală nu ne permite să distingem ușor între noțiune și concept.”⁷⁴ Aceasta și pentru că noțiunea ar sugera lexical „o abordare «mentalistă»”⁷⁵, în timp ce conceptul „exprimă o «construcție mentală». O construcție mentală, sigur, dar care evocă faptul că ea își propune să sesizeze, să pună în ordine, obiectele.”⁷⁶

⁷³ G. QUINTANE, *Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit*, în G. TUSSEAU (coord.), *Les notions juridiques*, ed. Economica, Paris, 2009, p. 20.

⁷⁴ *Idem*, p. 12.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

Mențiunea autorului vine după ce notează că dintre „termenii: categorie, noțiune, concept, se pare că în vocabularul juriștilor, cel de categorie ar fi în proximitatea celui de noțiune (...). Iar dacă unii introduc o distincție, mizele acesteia sunt destul de puțin dense: în fapt, ar fi vorba frecvent de utilizarea termenului «categorie», pentru a desemna un dispozitiv de clasificare a datelor ale cărui elemente constitutive sunt suficient de precise pentru a constitui un criteriu al dispozitivului, date pe care le dorim grupate în funcție de unul sau mai multe caracteristici atribuite lor ca fiind comune.”⁷⁷

Distincția dintre noțiune și concept trebuia lămurită în drept, ceea ce îl face pe G. Quintane să părăsească definițiile academice, pe cât de generale, pe atât de inutile în întreprinderea sa analitică.

„Chiar dacă apare că demarcația între termenul de noțiune și cel de concept rămâne vagă, se pare totuși că în spatele termenului noțiune există două idei, care îl particularizează. Prima, ideea unui obiect preexistent, aproape sub o formă materială, la descrierea căruia am putea încerca să contribuim; a doua, ideea unei forme de indecizie în ceea ce privește elementele constitutive ale amintitului obiect. Cu conceptul, pare – la prima vedere – că se admite frecvent că suntem deja în prezența unei construcții spirituale, utilizată pentru a delimita cunoașterea, închizând-o, chiar dacă – într-o abordare kantiană – conceptul are vocația să fie suprapus unei realități empirice: el este, deci, produsul spiritului, iar nu rezultatul experienței.”⁷⁸

Preferința terminologică se îndreaptă către *noțiune*, pentru că ea ar constitui chiar „un instrument al reconcilierii înțelegerii cu sensibilitatea”⁷⁹, ultimii doi termeni luați în sens kantian. *Noțiunea* ar corespunde unui dispozitiv de cunoaștere care ar permite descrierea obiectului cercetat, prin selecția elementelor sale definitorii, care să ne ofere o reprezentare a sa cât mai exactă. În esență, ni se propune să acceptăm gândul că, fără să fie ruptă de realitate, reflexia are nevoie de un obiect, care nu e identic cu cel din

⁷⁷ *Idem*, p. 10-11.

⁷⁸ *Idem*, p. 11.

⁷⁹ *Idem*, p. 17.

realitate, nu este cel „natural, ci artificial creat în scopul cunoașterii”⁸⁰ sale. Efectul imediat va fi că „noțiunea dă o imagine, o descriere satisfăcând exigențele investigației științifice”⁸¹ a realității juridice sesizate.

Eforturile analitice depuse de Guy Quintane sunt însă pe palierul metadiscursului, ceea ce devine limpede din moment ce și-l ia ca aliat pe Bachelard, invocând școala franceză de epistemologie. Nici noi nu putem nega că definirea aparatului de gândire necesar unei judecăți a cunoașterii ori științei juridice ar fi altceva decât o afacere pur epistemologică. Trebuie totuși distins între textele-de-drept și discursul despre-drept, legiuitorul ori nomothetul – oricare ar fi originea sau specificul său – ignorând legitim orice epistemologie, el fiind preocupat de funcția sa: punerea, edictarea sau creare de norme (scrise). În fine, și dacă am achiesa integral la propunerile hermeneutice quintanene, ar rămâne altminteri de explicat separat lexicul legiuitorului, distinct de cel al epistemologului (deși ambele își găsesc loc în jargonul juridic). Aceasta și pentru că explicațiile semantice propuse pentru termenii metadiscursului juridic nu implică lămurirea imediată și automată a sensurilor cuvintelor și sintagmelor prezente în legi.

Odată acceptat clivajul discurs/metadiscurs, e necesar să subliniem evidența că pot exista sensuri variabile ale acelorași vocabule, în funcție după cum sunt folosite în discurs ori numai în metadiscurs, implicând urmări tehnice și științifice complet aparte. Cert, dorim evidențierea unor vocabule și sintagme care să se dovedească utile inclusiv (c) epistemologiei juridice, dar abia după ce termenii juridici propuși se susțin semantic în textele-de-drept (a), și ulterior în cele despre-drept (b).

⁸⁰ G. BACHELARD *apud idem*, p. 18.

⁸¹ G. QUINTANE, *op.cit.*, p. 18.

4. Categoria juridică vs. conceptul juridic

Frecvent se preferă⁸² juridic termenul *categorie* celui de *concept*, ca un fel de sinonim implicit al *noțiunii*. Aceasta, și pentru că în limba comună se consideră că o *categorie* este o „noțiune fundamentală (cu sferă deosebit de largă) care reflectă trăsăturile și relațiile generale și esențiale ale obiectelor și fenomenelor realității” (DEx)⁸³. Etimologic⁸⁴, vocabula „categorie” trimite la sursa sa intelectuală, aflată în opera lui Aristotel⁸⁵, și însemnând „clasă în care se așază persoane sau obiecte de aceeași natură” (Șăineanu). Acest ultim sens ni-l însușim, categoria desemnând o clasă, o grupă de obiecte juridice, rezultată în urma unui proces de clasificare. *Categoria* și *clasificarea* sunt termeni indispensabili analitic, după cum *conceptul* juridic nu poate fi separat de regimul normativ pe care îl exprimă.

⁸² A. POPOVICI, *Repenser le droit civil: un nouveau défi pour la doctrine québécoise*, Thémis, vol. 29, no. 2/1995, p. 552. Orice categorie ar fi inițial o noțiune, care devine categorie juridică prin „introducerea ei într-un text sau o normă juridică”, v. D. LOCHAK, *La race : une catégorie juridique ?*, Mots, no. 33/1992, p. 292, online: <https://doi.org/10.3406/mots.1992.1760>.

⁸³ Ar fi de observat, și poate cândva chiar de analizat, frecvența exprimarea cu inflexiuni materialist-dialectice a Dicționarului explicativ al limbii române (DEx). Asemenea sugestii semantice abuzive (când nu sunt greșeli de-a dreptul) ar putea fi evitate, dacă *definiensul* nu ar evoca inutil „realitatea” sau materialitatea lumii înconjurătoare. *Le Robert* poate fi o pildă demnă de urmat, el definind neutru sensurile *categoriei* prin: „1. Atributele esențiale ale ființei (Kant), 2. Clasă în care aranjăm obiectele de aceeași natură, 3. Ansamblu de persoane cu caractere comune.”

⁸⁴ < *categoria* (lat.) < κατηγορία (gr.), categorie logică (Gaffiot), v. <https://www.cnrtl.fr/etymologie/categorie>.

⁸⁵ ARISTOTEL, *Categorii*, (traducere și interpretare de C. NOICA), ed. Humanitas, București, 1994.

Există o sumă de dificultăți⁸⁶, pe care le considerăm insurmontabile, ce împiedică identitatea de sens între categorie și concept, precum folosirea primei vocabule cu prioritate și preferință raportat la cea de-a doua. O primă opreliște rezidă tocmai în *etimologia* categoriei și în denotația sa specifică, derivată etimologic. Ar trebui rezervat termenul *categorie* unui *definiens* legat de clasificare, de un proces de discernere și discriminare intelectuală, deosebit de unul de creație, cum este cel definitoriu pentru *concept*. *Categoria* este o clasă, un grup, un ansamblu de obiecte legate de suficiente proprietăți comune pentru a justifica alăturarea lor. Drepturile reale și creanțele sunt categorii distincte, formând subclase ale drepturilor patrimoniale. Legatele și donațiile sunt categorii aparte de liberalități. Obligațiile de a face (*facere*) diferă de cele de a da (*dare*), fiecare formând o categorie diferită. Conceptul juridic se regăsește îndeobște în interiorul fiecărei clase, iar nu în noțiunea care exprimă clasa (drepturi patrimoniale, liberalități etc.)

La categorii, interesează criteriul clasificării, reperul care pune în lumină atât ceea ce e comun obiectelor aparținând aceeași clase, cât și ceea ce le separă de cele din afară. Juridic, clasificarea e invocată frecvent pentru a sublinia practic un anumit regim juridic aplicabil, prin evidențierea unuia dintre cele două repere. Clasificarea ne apare ca un substitut de calificare, de determinare a naturii juridice a unui obiect juridic, prin evitarea definirii acestuia. Nu se definește, ci se identifică locul intelectual pe care l-ar avea obiectul în discuție, iar consecința este fixarea regimului său juridic. Structural, categoria nu poate avea aceeași semnificație cu conceptul – numai acesta din urmă are nevoie de o definire, cu funcție inclusiv instrumentală. Categoria necesită doar etalarea unor criterii de apropiere-respingere, pentru

⁸⁶ Acestea au fost și ignorate, punându-se semnul egalității semantice între concept și categorie: „Natura juridică corespunde categoriilor de drept, adică conceptelor având un grad ridicat de generalitate.”, v. F. ROUVIÈRE, *Karl Popper chez les juristes*, op.cit., p. 2223.

a constata apoi dacă obiectul astfel delimitat face parte dintr-o anumită clasă ale cărei elemente sunt legate de un regim juridic anume (mai mult sau mai puțin omogen; regimul *identic* juridic ținând de ideal ori de idealism). Clasa mijloacelor juridice cu efect extinctiv de creanțe cuprinde de la plată, remitere de datorie, compensație ș.a. până la imposibilitatea fortuită de executare a obligației, categorii foarte variate. Ele sunt rânduite după criterii felurite: unele repere sunt subiective (voința subiecților, supraviețuirea lor), altele obiective (timp, circumstanțe fortuite), numitorul lor comun fiind însă efectul stingător scontat. La fel se poate urmări și clasa instrumentelor juridice prin care se asigură dinamica obligațiilor, subrogația personală și cesiunea de creanță exemplificând două categorii diferite din același grup.

A doua piedică – în fața generalizării utilizării *categoriei* în dauna vocabulei *concept* – ține de semnificațiile (dacă nu chiar de implicațiile) ontologice ale unui asemenea uz. Dacă existența intelectuală și lexicală a categoriei se datorează Stagiritului, denotația *ontologică* originară a termenului, chiar dacă am alunga-o contextual, ar persista latent mereu într-o conotație secundă. Ceea ce ar deturna înțelegerea dreptului ca discurs, ca un artefact textual, dator vândut limbii și jargonului juridic. Dreptul este integral *făcut*, un ansamblu de norme create și exprimate prin limbă. El e un produs uman de la zero, iar nu o oglindă ori o înfățișare conceptuală a unei lumi deja *date* (social). Dreptul nu preexistă limbajului său.

În *Categoriile* lui Aristotel „va fi vorba despre *ființa în exprimarea logosului* (...). Prin urmare, tratatul pune problema la nivel ontologic, vorbind despre realitățile surprinse de logos. Numai că *λόγος* avea în genere pentru gândirea greacă o triplă semnificație. Era *cuvânt*, *gând*, dar și *rațiune de a fi* a lucrului [...]. Nivelul logosului nu este unul simplu, al simplei rostiri, ci unul întreit. Problema se va pune deci deopotrivă *în planul rostirii* [...] sau *în voce* cum spuneau scolastici, *în planul gândirii* [...] sau *în mente*, dar și în planul

realului, *în lucru* [...] sau *in re*. Va fi deci vorba aici, spune Constantin Noica (...), de diferențierea claselor de *cuvinte-gânduri-lucruri*, sau de *cuvintele* ce semnifică *lucruri* prin mijlocirea *gândurilor*. *Categoriile* deschid astfel una din cele două mari probleme, alături de dualitatea formă-materie din *Metafizica*, ale aristotelismului, anume problema *claselor de realitate*.⁸⁷ De unde, „adevărata și marea problemă a tratatului <*Categoriile*>, cum o numea la început Constantin Noica, <este> problema *claselor de realitate*.⁸⁸ Aceste realități (*ὄντα*) sunt, deci, obiectul de reflecție, ca putințe ale logosului⁸⁹, când vorbim despre *categorii*, iar nu *cuvintele*. Extrăgând din enorma gândire aristotelică termenul *categorie*, inevitabil și insesizabil vom deplasa discuția către un orizont ontologic, pe care teza noastră îl exclude, atunci când vorbim despre drept.

Dacă nu repudiem ontologia juridică, vom fi ținuti să acceptăm irevocabil că enunțurile categoriale nu reprezintă decât expresii textuale înfățișând lumea înconjurătoare, ceea ce este destul de comun și intuitiv acceptat, dar fals. De aceea s-a și spus: „categoriile juridice întrețin cu alte categorii, și în special cu categoriile experienței curente, un raport variabil: partea lor *dată* fiind inegală cu cea *construită*. Astfel, unele categorii juridice sunt pe de-a întregul *construite* și apar ca pure concepte juridice (emfiteoza sau ipoteca, de pildă), aparținând exclusiv lexicului juridic, fără alt sens decât cel oferit lor de drept. Altele reprezintă formalizarea unor fapte sau situații având deja o existență empirică (căsătoria sau furtul). Alte categorii sunt

⁸⁷ Ș.N. NICOLAU, *Interpretarea lui Constantin Noica la categoriile aristotelice*, în *Studii de teoria categoriilor*, vol. XI, 2019, ed. Academiei Române, București, 2019, p. 80. Sublinierile aparțin autorului; am eliminat însă din textul citat cuvintele grecești.

⁸⁸ *Idem*, p. 85.

⁸⁹ „În greacă, *λόγος* provine din rădăcina *λεγ*, care a dat și *λέγω* (*a spune, a vorbi*)”, v. Ș.N. NICOLAU, op.cit., p. 92, n. 75. Noi am mai putea adăuga că același *λέγω* a dat în latină *lego* – a citi cu voce tare, din care derivă *lex*, lege scrisă (Gaffiot).

importate dintr-un alt univers disciplinar: biologia (distincția bărbat/femeie/copil), morala (vina)... În sfârșit, altele sunt transcrierea unor categorii ale simțului comun (moralitatea, riscul, dauna), altele corespund unui decupaj obiectiv al realității empirice (distincția major/minor), după cum anumite categorii juridice întrețin cu ideologia raporturi mai mult sau mai puțin strânse (bunele moravuri).”⁹⁰ Dreptul nu este totuși o descriere a lumii înconjurătoare, ci o creație politică *ex nihilo*.

B. Ontologism juridic

Semnele și efectele oricărei ontologii juridice sunt atât de insidioase, încât orice tentativă de a ne sustrage tentaculelor sale (chiar numai lexicale!) pare sortită eșecului. Dreptul este ordine juridică⁹¹; dreptul este statul; dreptul este un ansamblu normativ juridic, piramidal sau nu. Inclusiv ultima propoziție, care exprimă un pozitivism structural, existent fără dubiu *de lege lata* în timpurile actuale, insinuează brut tot o ontologie de-drept. Pentru a înțelege aici ontologia, precum și eventuala sa vocație explicativă, putem spune simplu că orice viziune, teorie ori enunț sintetic care identifică dreptul cu ceva ce *este* – social⁹² sau nu – se consideră o ontologie juridică. Dreptul este (ὄν). El are o substanță, poate chiar o ființă distinctă; dreptul există în sine. Lingvistic, esența dreptului (*esse*) se constituie ca referință al oricărui termen juridic, aflată în exteriorul limbajului ori al discursului. Dreptul ocupă astfel un spațiu aflat în afară cuvintelor; el e situat într-o dimensiune obiectivă

⁹⁰ D. LOCHAK, op.cit., 291-292. Sublinierile aparțin autorului.

⁹¹ „Dreptul devine o categorie fondatoare a raporturilor sociale, beneficiind de o ontologie aparte.” v. P. NOREAU, *La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire*, Politique et Sociétés, no. 19 (2-3), 2000, p. 158, online: <https://doi.org/10.7202/040229ar>.

⁹² „Dreptul redevine un obiect sociologic.” *Idem*, p. 173. Sublinierea aparține autorului citat.

și înconjurătoare, în fapt. Ontologic, dreptul se în-ființează; e o realitate [inerent] *de facto*, care impune sensul cuvintelor⁹³ și constituie termenul de referință pentru judecarea tuturor enunțurilor juridice.

Ontologic, realitatea ori ființa dreptului nu poate fi discursivă, iar tehnica de stabilire a valorii de adevăr a propozițiilor juridice este identică cu cea din științele tari. Adică dreptul este capabil să furnizeze un adevăr științific, cântărit prin corespondența stabilită analitic dintre enunțul juridic și obiectul-referent al său. Adevărul juridic este deci științific, de tip *aletheia*⁹⁴, condensat în adecvarea semnificației (enunțului) la obiectul factual pe care îl surprinde și exprimă. Acest *obiect este* realitatea, ființa dreptului, distinctă de numele său. Realitatea se opune aparenței, nu discursului, aceasta putând fi chiar problema centrală a ontologiei juridice, stresată continuu de „vidul legislativ”. Oricum, am îndrăzni să întrebăm: prezența dreptului este sinonimă cu realitatea dreptului? Sigur, ontologia face posibil pozitivismul analitic, varianta științifică a dreptului.

Orice abordare ontologică a dreptului presupune, deci, ca referentul să fie exterior enunțului juridic. Limbajul juridic reflectă⁹⁵, exprimă ceea ce

⁹³ „Dreptul, ca discurs normativ, utilizează noțiuni pentru a califica faptele, ele însele construite în drept mulțumită noțiunilor. Dreptul creează un dublu al realului și își importă finalitățile cu ajutorul noțiunilor, întotdeauna funcționale.” v. X. BİOY, *Notions et concepts en droit*, op.cit., p. 39. Pentru acest autor, conceptele juridice țin de știința dreptului căruia îi și garantează autonomia, raportat la alte științe, *idem*, p. 47.

⁹⁴ În sensul: „Adevărul unei expresii constă în acordul (corespondența) ei cu realitatea”; „o expresie este adevărată, dacă desemnează un conținut de fapt, care există. În acest spirit Tarski spune: «Enunțul zăpada este albă» este adevărat exact atunci când zăpada este albă.” A. Tarski *apud* A. BOBOC, op.cit., p. 15.

⁹⁵ „Vocabularul pune etichete care ne permit să întrevădem de o manieră imperfectă lucrurile pe care le acoperă (...). Rămâne deci să dibuim cuvintele susceptibile să descrie cât mai puțin imperfect realul, și puțin contează că realul e fizic și tangibil sau psihologic și cognitiv.”, v. B.

constată: lumea juridică reală. Aceasta trebui compusă doar din fapte, nu din altceva, căci, dacă obiectele juridice ar fi doar discursive, în mod necesar ontologia devine fie paradoxală, fie metadiscursivă, ceea ce îi distruge caracterul ontic. Avulsiunea – mod de dobândire a proprietății⁹⁶ – nu e decât o oglindire, o transliterație juridică a unui fenomen natural (omonim). Jargonul juridic doar reflectă, exprimă și explică (eventual) ceea ce există deja în exteriorul discursului, în lumea juridică. Acesta este motivul pentru care diferențierea sa față de limbajul natural și comun este minimă, redusă doar la unii termeni tehnici, fără funcție constructivă.

Discuția despre limbajul juridic, despre funcția sa euristică și distincțiile între discurs și metadiscurs nu pot interesa serios nicio ontologie juridică. Poate că dreptul e silit să fie ontologie, speriat de forța cuvintelor și de o teorie a discursului unde conceptul pierde calitatea de vector al adevărului *dat*.

„Teorie, căci conceptul nu mai este un instrument al adevărului și, de aceea, nu mai discutăm despre care ar fi adevărul conceptului. Teorie, căci nu numai că nu mai e vreun adevăr care se exprimă prin concept, dar conceptul nu mai este, prin urmare, adevărul însuși în expresia ultimă a dezvoltării sale ca absolut.”⁹⁷

Jargonul juridic este limba folosită de juriști, ar fi concluzia desprinsă din orice ontologie de-drept. Adică o definire subiectivă ori personalistă a limbajului, pentru că esențială rămâne lumea, iar nu cum o numim. Paradoxal însă, ontologia juridică își poate găsi sursa chiar în constructivismul juridic,

BARRAUD, *La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts*, Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 2016, 76, p. 9, online: <https://doi.org/10.3917/riej.076.0005>, hal-01367484. În aceste condiții, „un concept este o «reprezentare stabilă» a unui obiect concret sau abstract”. *Idem*, p. 16.

⁹⁶ Art. 572 C.civ.

⁹⁷ F. COLLONA D'ISTRIA, op.cit., p. 2246.

în efortul de a-l separa terminologic, prin creare de concepte și jargon, de lumea înconjurătoare. Aceasta pentru că a „considera dreptul ca «o idealizare sintetică a realului» ne conduce în ultimă instanță să-l considerăm o realitate printre altele”⁹⁸. Creaționismul juridic, presupus de orice constructivism, pare să reifice dreptul, fixând locul său aparte în lume.

Pentru orice ontologie, lipsit fiind de consistență proprie, jargonul juridic nu se afirmă decât relațional și reflexiv. Obiectivitatea sa e substituită de propria sa structură semantică, pe care o exprimă raportat numai la obiectul său – realitatea juridică (extra-discursivă). *Contract* ori *convenție* pot fi și sinonime, căci contează realitatea înțelegerii părților, iar nu cuvântul folosit. Da, *contract* este o noțiune, o categorie ori un concept juridic, dar nu din punct de vedere substanțial, pentru că aceste cuvinte doar indică, numesc o realitate: *ființa* contractului. Efectul lexical constatat este că devin sinonimi termenii de noțiune, de categorie, de concept, iar sursele lexical eficiente ar rămâne de identificat concret, alegând, în fiecare speță, între legiuitorul propriu-zis și alte entități normative. Acum doar nomothetul ar fi capabil să genereze realitatea juridică, *ființa* ori obiectul juridic de studiat, printr-un efort de a cerne juridicul de non-juridic. Prin limbaj suntem doar anunțați de existența creației juridice. Definițiile legale rămân indicii textuale ale ontologiei juridice.

⁹⁸ C. LEMOINE, *La distinction en droit. Une approche épistémologique*, teză dactilo, l'Université Jean Moulin-Lyon III, Lyon, 2009, p. 34.

1. Ontologie apofatică

„Primul efort pentru a defini cuvinte precum *societate*, *drept* ori *datorie* constă în a accepta că acești termeni nu au nicio legătură directă cu vreo realitate din lumea faptelor, ceea ce se întâmplă însă și cu majoritatea lexicului comun. Nu există nimic care să corespundă termenilor juridici când încercăm să-i definim, și constatăm că expresiile pe care le propunem în definițiile noastre, specificând diverse (...) evenimente și procese materiale și psihologice, nu sunt niciodată echivalentul precis al termenilor juridici, deși în relație cu acestea într-o anumită măsură.”⁹⁹

Viziunea lui H.L.A. Hart asupra conceptului juridic, care în fond nu îl interesează în sine¹⁰⁰ – ca element de jargon, ci doar sub diferitele sale forme – inclusiv paradoxal sub înfățișarea sa cea mai generică, de drept, ca sistem –, pare să secționeze cordonul ombilical al dreptului cu lumea înconjurătoare.

Totuși, „importanța tezei metodologice este fondată pe premise ontologice – nu ar exista o contrapartidă empirică a conceptelor juridice. Conceptele juridice nu sunt deci concepte empirice, iar contextul în care ele sunt utilizate e considerat decisiv pentru Hart.”¹⁰¹ Lumea înconjurătoare nu este aptă să ne sugereze nici semantica termenilor juridici, nici semnificația enunțurilor din drept. Iar definirea „conceptelor prin referința la un gen și la diferența față de acesta este înlocuită cu viziunea care valorifică condițiile de utilizare a cuvintelor în regulile de drept, așa cum pot fi ele interpretate cu ocazia aplicării lor.”¹⁰² Este un abandon asumat al metodei clasice,

⁹⁹ H.L.A. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Law Quarterly Review, 70, 1954, *apud* J.Y. CHEROT, *L'analyse des concepts en droit : Sur quatre thèses de Hart et quelques questions*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2013, XXXVII (145), p. 2276, n. 12. halshs-01056119

¹⁰⁰ Acest aspect este declarat expres, chiar când se referă la *drept*, deși însuși titlul lucrării sale ar sugera contrariul, v. H.L.A. HART, *Conceptul de drept*, ed. Sigma, Chișinău, 1999, p. 28.

¹⁰¹ J.Y. CHEROT, *op.cit.*, p. 2274.

¹⁰² *Idem*, p. 2273.

aristotelice¹⁰³, care construiește sensurile limbajului prin raportare la un gen, cu scopul de a-i surprinde specificul definitoriu.

„Să recunoaștem principiul cardinal după care cuvintele pot fi clarificate numai luând în considerare condițiile în care enunțurile, în care ele sunt folosite în sens propriu, sunt adevărate.”¹⁰⁴ Iată temeiul pentru care metoda hartiană a fost calificată ca una „deductivă – recomandând găsirea sensului termenilor <juridici> în măsura în care el se poate deduce din condițiile prevăzute pentru uzajul aceluia cuvânt din aplicarea regulii de drept”¹⁰⁵. În fond, termenii juridici nu sunt înzestrați cu o denotație unică, ci doar cu conotații. Acestea sunt variabile și circumstanțiate normelor de drept, iar din faptul aplicării lor într-un anumit fel, va rezulta și semnificația exactă a noțiunilor juridice, cuprinse în acele norme. Există, deci, un context practic stabilit *in casu*, am zice specific *common law*, în care se aplică și se explică concret fiecare element al jargonului juridic. Iată cum elementul factic reapare, pentru a permite cercetarea empirică a dreptului, care ignoră specificul *dat* al lexicului juridic. Experiența juridică este chiar dreptul aplicat, în special, precedentul judiciar; un drept care premerge analitic însăși normei juridice. Bref, semnificația unui concept juridic nu îi aparține acestuia, ci speței și normei, fiind dedusă empiric din împrejurările practice ale aplicării normei.

Două precizări am fi tentați să adăugăm. Prima se referă la lipsa de semnificat propriu al oricărui termen juridic. Astfel, sensul termenului aflându-se în afara sa, el nu are o denotație prestabilită, ci doar o semnificație

¹⁰³ Nu e un simplu accident aici, convingerea lui Hart fiind fermă în sensul că o asemenea specie de definiție, *per genus et differentiam*, este „inutilă în cazul dreptului, deoarece nu există nicio categorie generală bine cunoscută și bine înțeleasă la care s-ar referi dreptul”, v. H.L.A. HART, *Conceptul de drept*, op.cit., p. 26.

¹⁰⁴ H.L.A. HART *apud* J.Y. CHEROT, op.cit., p. 2275.

¹⁰⁵ J.Y. CHEROT, op.cit., p. 2275.

labilă contextual, datorată exclusiv interpretării normei aplicate. Deci, conceptul juridic – în măsura în care mai acceptăm existența lui – nu are un referent unic, ci unul variabil, stabilit exclusiv prin calificarea faptelor. Deși pare, o asemenea poziție hartiană nu presupune totuși stabilirea unui context discursiv: norma nu e un discurs, ci un fapt, când e deja materializată într-o decizie (frecvent, judiciară). A doua precizare ar sublinia că, pentru Hart, acest context circumstanțial e tot factual [– rezultatul *de facto* al normei aplicate], ceea ce permite o cercetare empirică a semanticii jargonului juridic. Dar procedând astfel, ne vedem siliți să recunoaștem că dreptul lui Hart e ontologie, faptele devenind mai tari analitic decât textele [-de-lege]. E o turnură a raționamentului hartian: se refuză ontologia când dreptul nu își regăsește semantica termenilor în lumea înconjurătoare, dar aplicarea dreptului devine singura cale de urmat pentru a preciza cu exactitate rațiunea acestuia. Dacă conotația este excentrică conceptului juridic, cuvintele care îl exprimă impun dreptul.

Teza lui Hart pare un sofism. Contextul-discursiv e textual, de fiecare dată când vrei să stabilești semnificatul, sensul conceptelor juridice. Negarea acestora înseamnă că jargonul juridic nu există, termenii în drept neavând niciun sens stabil, nicio denotație fixată, ci doar o conotație dezvăluită interpretativ în interiorul contextului, reprezentat însă de norma aplicată ce cuprinde *textual* termenul. Dar interpretarea hartiană se face nu textual, ci contextual – analizând empiric¹⁰⁶ întâmplările la care se referă dreptul.

¹⁰⁶ Reamintim că „metodele empirice afirmă că originea cunoașterii se găsește în experiență. Concretul devine inteligibil prin sensibil. O asemenea metodă e însă cea mai puțin adaptată dreptului public. Căci (...) există noțiuni nesusceptibile de un examen empiric și pentru care nu există niciun mijloc care să permită o verificare obiectivă a cunoștințelor noastre juridice pretins empirice. Nici observația, nici senzația nu pot concretiza semnificația unei norme <juridice> care recunoaște libertatea de conștiință, de pildă. În schimb, această libertate poate

Rezultă că dreptul, că lexicul juridic, va avea doar sensul pe care poate să-l aibă... *in casu*. Oportunism semantic.

C. Nihilism conceptual

Juridic, ceea ce contează, pentru Alff Ross, nu este decât faptul, social ori generat jurisprudențial, de care putem lega eventual discursul și jargonul juridice. „Susțin că nu există nicio rațiune pentru ca un filosof jusnaturalist să nu accepte teza pozitivistă după care o ordine juridică este un fapt social, care trebuie să fie descris în termeni pur empirici, fără vreo referință la validitatea sa.”¹⁰⁷ În definitiv, puțin contează „dacă ne servim de cuvintele «ordine juridică» pentru a desemna o ordine de fapt (...), ceea ce contează e structura acestei ordini.”¹⁰⁸

Structura juridică, chiar dacă nu o reducem esențial la enunțuri juridice, se exprimă, după cum și încearcă să fie explicată tot prin propoziții, ceea ce arată importanța analizei textuale. Astfel se poate observa că ar exista enunțurile cu un referent precis (normativ), deși ele sunt alcătuiri lingvistice cuprinzând inclusiv cuvinte cărora le lipsește semnificația¹⁰⁹ proprie, așa cum

fi conceptualizată, concretizată prin interpretarea jurisprudențială care o face posibilă. Ea precizează implicațiile pe o cale rațională și logică. Dar o interpretare judecătorească nu constituie decât elementele unor propoziții juridice, privind atât normele cât și faptele juridice și sociale.” W. SABETE, *La théorie du droit et le problème de la scientificité. Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste*, *Archive de philosophie du droit*, no. 43/1999, p. 323.

¹⁰⁷ A. ROSS, *La validité et le conflit entre le positivisme et le droit naturel*, în A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, ed. Bruyant LGDJ, Paris, 2004, p. 156. Lucrarea e o creștomatie, referința făcându-se distinct la fiecare articol consultat.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 157.

¹⁰⁹ A. ROSS, *Tû-tû*, op.cit., p. 105.

a exemplificat-o Ross cu deja celebrul *tû-tû*¹¹⁰. Semnificația nu este decât efectul unui efort relațional, în sensul că enunțul juridic indică sau descoperă norma de aplicat în speță. Normele juridice, fiind enunțuri prescriptive (/imperative¹¹¹), nu pot avea valoare de adevăr. Silogismul juridic nu permite depistarea a ceea ce este adevărat de ceea ce ar fi fals, ci doar verificarea formală a corectitudinii logice a concluziei. Orice silogism fiind de fapt o capcană de evitat, căci dreptul nu este efectul „unei recunoașteri teoretice a adevărului, ci o decizie luată în temeiul uzajului curent al limbii, în acord cu o serie de considerente practice finaliste.”¹¹²

Situația s-ar explica și prin aceea că jargonul juridic ar lipsi cu desăvârșire, profesioniștii dreptului vorbind limba obișnuită¹¹³, iar conceptele juridice ar fi absente, inutile fiind cunoașterii și practicii juridice cotidiene. De aceea „conceptul de *drepturi* (*rights*) este un instrument folosit în tehnica de reprezentare, având doar finalități de sistematizare, dar în sine, el nu

¹¹⁰ *Tû-tû* este o vocabulă din limba vorbită de tribul polinezian noî-t-cif al cărei sens exact nu este cunoscut. Deci, *tû-tû* ar fi exemplul ideal de cuvânt fără vreo semnificație proprie (/semnificat), dar a cărui folosire nu face propoziția absurdă ori fără referent. Ross se folosește de *tû-tû* – simplu semnificant sau semn grafic/acustic – tocmai pentru a dovedi că noțiunea de *drept* (*right*) prisosește, aplicându-se practic regula (obiectivă). „Dreptul subiectiv” ar fi, prin urmare, un *tû-tû* – un cuvânt gol de sens. Demonstrația lui Ross e simplă. Astfel, propozițiile (a) „Cine ucide un animal totem devine *tû-tû*. (b) Persoana care este *tû-tû* va fi supusă unui ritual de purificare.” se pot reduce la (c) „Persoana care ucide un animal totem va fi supusă unui ritual de purificare.” *Idem*, p. 107. Rezultă că *tû-tû* poate fi omis din sintaxa unui enunț prescriptiv, fără ca acesta să își piardă semnificația sau puterea de imperativ.

¹¹¹ Ross e puțin interesat de diferența existentă între cei doi termeni, folosindu-i alternativ, v. A. Ross, *Les impératifs et la logique*, op.cit., p. 41 și A. Ross, *Tû-tû*, op.cit., p. 104.

¹¹² A. Ross, *Les impératifs et la logique*, op.cit., p. 58-59.

¹¹³ „Este clar că dreptul nu se servește de terminologia unei teorii științific definite. El folosește limba naturală și familiară, iar conceptele sale nu sunt definite astfel încât să permită verificarea lor.” *Idem*, p. 58.

semnifică nimic.”¹¹⁴ *A fortiori* dacă termenul „drept subiectiv” nu înseamnă nimic – în sensul că el nu posedă o „«substanță» autonomă”¹¹⁵, ci constituie doar un semn de trimitere la o normă sau alta, ar fi inutil de abordat celelalte vocabule juridice, desemnând curent noțiuni ori instituții, iar efectul cognitiv al cunoașterii lor poate fi aproximat la zero.

Termenii juridici, oricum i-am numi [noțiuni, concepte, instituții], nu au referent real. Adică, unor asemenea vocabule pretins juridice nu le corespunde nimic în sau din „starea lucrurilor la care ele se referă.”¹¹⁶ Structura dreptului nu poate fi, deci, textuală ori discursivă, ci factuală.

Riscul major ar fi ca și propozițiile juridice să devină autoreferențiale, descriind doar antinomii sau paradoxuri, fără vreo utilitate analitică, dacă nu se referă la faptul dreptului, ci doar la entități discursive. Prin urmare, printre premisele unei propoziții juridice trebuie să se regăsească și elemente din lumea înconjurătoare, diferite de cele de limbaj, pentru a-i verifica astfel utilitatea, nu valabilitatea sau valoarea de adevăr. Propozițiile juridice sunt oricum imposibil de judecat ca adevărate sau false. Realismul rossian obligă la o analiză a enunțurilor juridice simultan formală și reală. Formal, va fi vorba de raporturile care se stabilesc între propoziții după regulile logicii formale. Real, e necesar ca orice concept să aibă un referent nondiscursiv; deciziile jurisprudenței, fenomenul social ori înfăptuirea echității pot fi luate ca reper efectiv al sistemului juridic. Mai exact spus, „existența unei reguli sau a unui sistem de reguli este o chestiune empirică de fapt și depinde de maniera în care, în practică, tribunalele identifică ceea ce trebuie considerat a fi de drept”¹¹⁷ sau nu.

¹¹⁴ A. Ross, Tû-tû, op.cit., p. 116.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ A. Ross, Tû-tû, op.cit., p. 104.

¹¹⁷ A. Ross, *Le concept de droit chez Hart*, op.cit., p. 189.

Criteriul utilității limbajului juridic e empiric și ține de referentul său, nu de forma sa de expresie. Lexical, rămâne lipsit de orice interes să deosebim între concepte, noțiuni, sintagme ori vocabule. Acestea sunt vidate de sens propriu, semnificația lor fiind de reprezentare și doar raportat la referentul lor, stabilit în lumea (socială ori juridică) pe care cuvintele doar o descriu. Nici jargonul juridic nu ar excela prin importanță, precizia lexicului nu ține de denotații tehnice, ci tot de relația sa cu un referent din exterior – norma. Se diminuează astfel până la dispariție orice relevanță a vocabularului juridic și a sintaxei juridice, importantă ar putea rămâne doar analiza logică a propozițiilor juridice, ele exprimând un sens al imaginării lucrurilor exterioare discursului juridic. În fond, utilitatea jargonului juridic s-ar justifica doar arareori și *in extremis*, redusă la prezența unor termeni speciali, căci limbajul natural are oricum suficientă vitalitate semantică încât să cuprindă explicativ faptul, lumea. Ross e apostolul învățaturii despre inutilitatea funciară a jargonului juridic în sine, distrugătorul semnificațiilor sale tehnice, el fiind complet de prisos în prezența unei norme juridice *in casu*.

Cuvintele (folosite juridic) fac posibile propozițiile juridice. Acestea nu pot fi evaluate logic (în termenii de valabilitate), ci exclusiv normativ – cărămizi ale ordinii de fapt, pe care o considerăm ca și când ar fi de-drept –, fără să ne preocupe valabilitatea ori legitimitatea acestor norme.

Lumea devine rossian juridic atunci când se vorbește astfel despre ea, dar nu în termeni și enunțuri descriptive, ci în propoziții prescriptive. Explicarea lumii nu este o sarcină a juriștilor, ci doar ordonarea ei, prin executarea ordinelor, prin exprimarea unor ordine care să reflecte un anumit fapt (social). Cercul se închide când orice decizie devine un fapt – precum orice act de limbaj, care constituie viitoarea premisă a unui alt silogism prescriptiv. „Închide ușa!”¹¹⁸ este o poruncă exprimată printr-o propoziție

¹¹⁸ A. ROSS, *Tû-tû*, op.cit., p. 104.

care nu poate fi judecată nici adevărată, nici falsă, pentru că nu descrie nimic, ci impune ceva. Ordinul normativ pare singura desprindere din fapt a lui Ross, pentru a avea unde reveni. Imperativul juridic, cuprins de orice enunț prescriptiv, modelează realitatea socială, se integrează în ea, fiind și modul de modificare a faptului. În fond, eficiența practică a normei, eficacitatea socială a ordinului, contează, iar nu valoarea de adevăr ori validitatea enunțului normativ interesează pe juristul rossian.

Empirismul rossian ignoră orice funcție a metadiscursului juridic, deși logica și efortul exprimat prin logicismul lui Bertrand Russell îi erau familiare lui Ross¹¹⁹. El recompune dreptul prin propoziții (prescriptive/descriptive) a căror sintaxă discursivă o ignoră, pentru a le confrunta doar cu exigențele logicii (clasice). Logica formală este ea însăși un metadiscurs. Ea are ca obiect întotdeauna o altă realitate. Aceasta poate fi chiar discursivă, cum e matematica, de pildă, dacă preferăm să ne mai gândim la Russell ori să evocăm curentul logicist. În drept, logica formală apare ca un discurs, mânuind propoziții cu referent juridic, care la rândul său e un simplu text, un discurs, ceea ce o forțează să rămână bidimensională ori autoreferențială. A doua concluzie surprinzătoare este că nihilismul discursiv rossian întemeiază o ontologie juridică. În fond nu o întemeiază, ci doar o exprimă, din moment ce orice referent juridic important este nondiscursiv. Din acest unghi, merită menținut apelativul de realism, dacă vrem să etichetăm gândirea lui Alf Ross, dar ea rămâne acidă raportat la metadiscurs, corodându-i până la dizolvare sensurile funcționale.

¹¹⁹ P. BRUNET, *Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit*, Droit et Société, no. 50/2002, p. 21.

D. Normativism juridic

Înțelegerea și explicarea pozitivismului structural modern ca normativism eminent poate caracteriza efortul științific al lui Hans Kelsen¹²⁰. Centrarea întregii explicații a dreptului pe *norma* juridică are scopul de a ni-l înfățișa fără recursul la argumente ajutătoare și externe, împrumutate din sfera eticii, politicii, ideologiei ori a sociologiei. Normativismul kelsian se opune formal oricărui empirism juridic. El abordează dreptul nu prin prisma efectului său social, ci privind la mecanismul său reglementar, dotat cu capacitatea de a se autogenera și de a se valida singur. Teoria este *pură* asupra dreptului, pentru că Kelsen elimină din discuție orice influență eficientă străină asupra existenței și explicației dreptului. Într-o asemenea viziune, apare oarecum surprinzător că se mai poate găsi loc și pentru cercetarea enunțurilor juridice, adică atât a celor care exprimă norma, cât și a celor care o explică. Ne este permis să subliniem că deosebirea practică de Kelsen, între aceste tipuri de propoziții, ne oferă ocazia să discutăm despre limitele limbajului juridic.

Observăm astfel o distincție între discurs și metadiscurs tipic kelsiană, care, deși nu este epuizată analitic, iar pe alocuri devine confuză, permite autorului să se concentreze optim pe explicarea normei. Scopul esențial urmărit pare dublu: marcarea în sine a diferenței între diversele tipuri de propoziții (juridice), dar și precizarea funcțională a unor termeni necesari

¹²⁰ Sistemul român *de lege lata* actual pare să datoreze cel puțin două caracteristici structurale majore gândirii kelsiene: (1) dreptul e normă și (2) piramida normativă. Ziguratul normativ e vizibil fie că privim spre Constituție (art. 73), fie în alte texte-de-lege, cum ar fi Codul civil (art. 1). În timp ce pozitivismul structural de tip normativ este prezent și susținut în orice cod, la capitolul „izvoarele” dreptului. Această influență ar putea explica singură alegerea noastră analitică de acum.

metadiscursului său, cum ar fi *atribuirea*¹²¹. Aceasta marchează limita față de determinismul ce caracterizează atât lumea obișnuită, cât și științele naturale, unde cauzalitatea se erijează deopotrivă în metodă și fapt (de evidențiat, de cercetat).

„A înțelege ceva în mod juridic nu poate însă însemna nimic altceva decât a-l înțelege ca drept, deci ca normă de drept sau ca un conținut al unei norme de drept, ca fiind determinat de o normă de drept.”¹²² Suntem astfel avertizați că obiectul cercetării este norma, iar pentru înțelegerea ei exactă trebuie să fie deosebită cât mai precis de meta-propoziția juridică. „Definițiile prin care știința juridică descrie aceste relații <dintre normă și comportament> trebuie distinse ca propoziții juridice de normele juridice, norme produse de organele de drept și care trebuie aplicate de ele și urmate de subiecții de drept. *Propozițiile* juridice sunt judecări ipotetice care afirmă că în sensul unei ordini de drept (...) date cunoașterii juridice trebuie să apară, în anumite condiții determinate de această ordine de drept, anumite urmări determinate de această ordine de drept. *Normele* juridice nu sunt judecări, deci afirmații referitoare la un obiect de cunoaștere. Ele sunt, în funcție de înțelesul lor, porunci, imperative; însă nu doar porunci, ci și permisiuni și împuterniciri; în orice caz, nu sunt – așa cum se afirmă uneori, identificându-se dreptul cu știința juridică – învățăături. Dreptul poruncește, permite, împuternicește, dar nu *învață*.”¹²³

Citatul consemnează limpede necesitatea kelsiană de a evita confuzia între textul normei și textul despre normă, dacă dreptul este scris, pentru a distinge astfel între drept și meta-drept, adică știința dreptului, care oglindește și analizează obiectul numit normă juridică. „Ceea ce contează însă nu este forma verbală, ci sensul actului care produce dreptul și stabilește

¹²¹ M. DORAY, *Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé*, Les Annales de droit, no. 8/2014, p. 151, online: <https://doi.org/10.4000/add.727>.

¹²² H. KELSEN, *Doctrina pură a dreptului*, ed. Humanitas, București, 2000, p. 95.

¹²³ *Idem*, p. 96-97. Sublinierile sunt în textul citat. Expresia „propoziție de drept” este identică cu „propoziția juridică”, iar „norma juridică”, echivalentă cu „norma de drept”, în traducerea pe care am folosit-o. Pentru caracterizarea propoziție juridice, care compune „legi juridice” (sic!), v. *idem*, p. 109-111.

norma.”¹²⁴ Este permis să deducem că trebuie făcută deosebirea între text și sensul acestuia, dacă ne referim la normă, iar imperativul ține numai de sens. Adică semnificația textului normei este chiar imperativul (regulii). Distincția text-sens rămâne o zonă de explorat din perspectiva lingvisticii generale, dar tehnic trebuie admis că textul este singurul mijloc de expresie a normei de-drept, obiect al interpretării. În fond, orice text lipsit de sens nu este decât poate material semiotic, care nu interesează aici. În plus, transpare distincția kelsiană pe care o putem evidenția ca diferență între propozițiile *prescriptive* și cele *descriptive*. Primele cuprind normele ori regulile, cele din urmă sunt formulate de doctrină, de știința care explică regulile. Iar importanța acestei deosebiri se condensează în ideea că doar enunțurile descriptive pot fi logic judecate ca adevărat sau false, în timp ce normele sunt doar valabile sau nu¹²⁵. Normele sunt tratate ca *realități* care „nu sunt nici adevărate, nici neadevărate, ci doar există sau nu există, numai enunțurile despre realități pot fi adevărate sau neadevărate”¹²⁶.

Restaurarea unei ontologii plecând de la semantica enunțurilor juridice este punctul terminus al unui sistem de a gândi dreptul care inițial și-a propus altceva: doar validarea¹²⁷ autarhică a dreptului-normă. Autoreferențialitatea enunțurilor prescriptive conduce la identificarea kelsiană a unei realități care poate fi studiată separat de altele, cu efectul de susținere a sistemului juridic prin cuprinderea¹²⁸ sa în norma de drept. Asistăm nu la o analiză discursivă, ci la o cosmogonie juridică, la crearea

¹²⁴ *Idem*, p. 97.

¹²⁵ *Idem*, p. 99.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Despre locul central al validității normative în gândirea kelsiană, v. G.M. MOROIANU, *Actualitatea normativismului kelsian*, ed. All Beck, București, 1998, p. 49.

¹²⁸ „Proiectul kelsian face din știința dreptului o activitate prescriptivă”, v. M. DORAY, op.cit., p. 196.

normei printr-un enunț cufundat în semnificația sa. Nu interesează aici diferența între enunțuri pentru a se întemeia discursiv analiza, ci pentru a evidenția că unele texte de-lege sunt realitatea juridică. De altfel, știința kelsiană pură a dreptului este vecină cu științele naturii, căruia îi sustrage determinismul inerent, înlocuindu-l cu atribuirea¹²⁹. Acesta ar fi argumentul suplimentar¹³⁰ pentru care enunțurile prescriptive nu pot fi analizate logic, logica fiind rezervată exclusiv propozițiilor descriptive. Numai că argumentul ontologic îl strivește pe cel logic, nefiind esențial să se continue analiza discursului de-drept, ci să se evidențieze prezența normei juridice în sine. Trapa ontologică este lăsată astfel întredeschisă: identificându-se o realitate, pare secundar să mai analizăm enunțurile, zicerile despre ea. Realul cuprinde propozițiile.

Un asemenea dispozitiv argumentativ se debarasează de textualism ori de cercetarea distinctă a discursului juridic, chiar dacă interpretarea ocupă și ea un loc aparte, prezentă fiind printre instrumentele folosite tehnic de Kelsen¹³¹. Dreptul pur este realitatea juridică. Aceasta interferează totuși cu propozițiile juridice, distincte de normele juridice. „Propozițiile juridice ce trebuie formulate de știința juridică nu pot fi decât propoziții imperative. Însă (...) odată cu folosirea cuvântului *trebuie*, propoziția juridică formulată de

¹²⁹ H. KELSEN, *Doctrina pură*, op.cit., pg. 18.

¹³⁰ Refuzul de a aplica logica la enunțurile prescriptive este limpede exprimat, deși vrea să fie întemeiat pe natura distinctă a acestora raportat la propozițiile descriptive (/explicative). Ne pare însă că e vorba aici de un argument ontologic patent, iar nu de o simplă discriminare semantică: „Afirmația potrivit căreia o normă juridică a fost într-adevăr stabilită nu este o descriere sau o redare a normei de drept, ci a unei stări de *fapt* (s.n.) al cărui sens este norma juridică”, *idem*, p. 106, n. 65. Norma devine fapt, ieșind din text și înfățișându-se ca obiect concret de studiu (explicitat în metatext). Dreptul kelsian există și altfel decât ca un simplu fapt de limbaj, o simplă exprimare a unei reguli, norma caracterizând un fapt social.

¹³¹ *Idem*, pg. 45-47.

știința juridică nu preia și sensul autoritar al normei juridice descrise de ea. *Trebuie* are în propoziția juridică un caracter doar descriptiv.”¹³² Doar propozițiilor juridice le-am putea acorda calificativul de enunțuri descriptive, supuse logicii formale și respectând regula cauzalității naturale. Normele sunt enunțuri care există numai dacă sunt valabile în drept, cărora li se aplică regula atribuirii, locuind dincolo de adevăr (ori de fals).

Conceptul juridic nu poate fi deci o entitate analitică la Kelsen. Ordinul se execută, fiind dispensat de o expresie sintetică care să-i cuprindă regimul juridic. Aceasta chiar dacă cercetarea kelsiană se abate și asupra statului, contractului, subiecților de drept, capacității juridice ș.a., noțiuni juridice certe. Regimul lor juridic fiind exprimat de normă – privită ca act de voință, iar du înțelegere – nu are nevoie de o *de-numire* aparte; el nu este decât o sumă de reguli¹³³. În schimb, conceptul juridic este pentru noi un cod autoreferențial, nu o realitate în sens kelsian. Sistematizarea permisă de concepte, înțelese ca obiecte juridice, permite analiza logică a dreptului, ceea ce îi asigură coerența, o valoare cel puțin la fel de importantă ca și validitatea sa.

¹³² *Idem*, p. 108. Sublinierile sunt în textul citat.

¹³³ Pare surprinzător că în „Doctrina pură a dreptului” Kelsen nu pune la punct un dispozitiv conceptual propriu, ci se mulțumește cu cercetarea (oarecum) funcțională a obiectelor juridice. Aspectul este bine exemplificat de studiul dedicat capacității juridice, pe care nu o califică terminologic și nu vrea să îi stabilească locul în ansamblul normativ (*idem*, pg. 31). După noi, capacitatea e un concept elementar, fără de care nu poate fi înțeles sistemul dreptului privat actual (compus din acte, subiecți și drepturi subiective), dar nici evoluția sa istorică. Pe de altă parte, situația semnalată se poate explica prin aceea că norma juridică „funcționează ca o schemă de interpretare” (*idem*, p. 16), la Kelsen. În acest sens, funcția analitică a normei juridice pare suficientă, făcând inutil orice efort de dezvoltare a unui metalimbaj aparte, după cum aceeași funcție explică prioritatea acordată instrumentalizării normei față de analiza substanței sale.

Coerența (normativă) nu este o noțiune specifică lui Kelsen, care vede în drept un dat, nu un discurs. Lipsa de coerență invalidează logic norma, a cărei existență formală nu poate să-i mai susțină realitatea juridică ori textuală. Refuzul logicii în cercetarea normei nu este un gaj de puritate a dreptului, nici măcar un semn al tăriei distincției între enunțuri (prescriptiv *vs.* descriptiv), ci o opțiune *pur* analitică. Aceasta devine obligatorie din momentul în care depistezi că norma există, că dreptul are o *ființă* juridică. Însă dreptul devine acum pur pentru că e metafizic, iar nu pentru că ar fi necondiționat politic, social ori moral. Alternativ, un drept pur ar fi însă unul exclusiv *logic*, compus din propoziții coerente, care nu își împrumută sensurile din ființa pe care pretinde că o creează, ci din semnificația discursului pe care îl compune juridic.

Uneori s-a susținut că orice este real ar fi și adevărat, Kelsen încearcă să ne convingă însă că norma e valabilă pentru că ea există, ceea ce logic e nedemonstrabil. Expedierea logicii din cercetarea textelor-de-lege nu aduce beneficii analitice, ci ne va forța inevitabil să explicăm și să aplicăm norme contradictorii unor situații similare, abandonând astfel criteriul de echitate în tratarea juridică a realității sociale.

III. Concluzie

Orice textualism juridic își va propune să dezlege cel puțin două chestiuni esențiale. Prima se leagă de sintaxa și lexicul juridice, a doua privește introducerea lumii în textul-de-drept. Noțiunile și conceptele juridice le-am abordat și definit exclusiv legate de jargonul juridic, ca elemente lexicale ale acestuia, care își vădesc sensurile în drept, într-o lume discursivă specială. Nu le înțelegem nici ca simple aplicații în drept (a unor termeni dovediți de valoare și conotație generală în filosofie), dar nici ca formule lingvistice extensive, ele diminuându-și valabilitatea semantică odată cu părăsirea discursului juridic. Evident, jargonul juridic, nefiind decât desprins din limba naturală, folosește o sumedenie de cuvinte cu semnificația lor obișnuită, oferită de înțelegerea comună și explicată în dicționarele de limbă, ceea ce face superfluă abordarea lor tehnică.

Admiterea ideii că dreptul este un discurs (special) permite însă evidențierea conceptului juridic ca un obiect juridic (*res*), definit de un regim juridic propriu. Aspect ce ne îndeamnă să acceptăm coerența reglementării ca principiu legislativ, dar și interpretativ, indiferent de partizanatele ideologice. Un alt beneficiu ar putea fi distincția netă între drept și meta-discursul juridic, conceptul juridic neputând fi format decât odată cu norma de-drept. În schimb, celelalte vocabule de jargon pot admite o paternitate incertă ori indiferentă, ele având tehnic aceeași valoare, indiferent dacă sunt create de doctrină, de epistemologia juridică ori chiar de legiuitor.

Ontologia juridică rămâne atrăgătoare prin prezumția sa absolută că dreptul ar avea un sens immanent, dar dosit, urmând a fi văzut, *descoperit*. Ontologia satisface orgoliul de alpinist al juristului: culmi de cucerit (intelectual). Ontologia în drept este o cauză și un efect al jusnaturalismului. Nici injurie, nici paradox, ci o consecință dialectică: ceea ce există determină

ceea ce va exista. Axiomă care atrage concluzia că vocabularul juridic nu poate decât să exprime o lume străină de sine, pe care *nu* o creează din litere și semnificații. Forța discursivă decade la nivel de metaforă acum, ceea ce tehnic își refuză firesc stilistica juridică. Deși în orice ontologie juridică, precizia semantică a lexicului depinde exclusiv de viziunea locutorului, căci el este cel care vede primul ce a descoperit juridic. Aici conceptul juridic poate fi sinonim cu noțiunea ori poate chiar să absenteze. Ontologia juridică este invazivă ca și lumea înconjurătoare, din care pretinde că ar face parte dreptul, insinuând evidența obiectivității sale aparente.

Bibliografie

- ARISTOTEL, *Categorii*, (traducere și interpretare de C. NOICA), ed. Humanitas, București, 1994;
- BARRAUD, B., *La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts*, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2016, 76, <https://doi.org/10.3917/riej.076.0005>, hal-01367484;
- BIOY, X., *Notions et concepts en droit: interrogation sur l'intérêt d'une distinction*, în G. Tusseau (coord.), *Les notions juridiques*, ed. Economica, Paris, 2009;
- BOBOC, A., *Semantică și interpretare conceptul semantic de adevăr*, în *Probleme de logică*, vol. XVIII, ed. Academiei Române, București, 2015;
- BOURCIER D., *Pour une morphogenèse du droit : comment analyser l'émergence d'un concept juridique ?*, în *Désordre(s)*, ed. PUF, Paris, 1997;
- BRUNET, P., *Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit*, *Droit et Société*, no. 50/2002;

- CHEROT J.Y., *L'analyse des concepts en droit : Sur quatre thèses de Hart et quelques questions*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2013, XXXVII (145), halshs-01056119;
- COLONNA D'ISTRIA, F., *Le concept de concept juridique*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. 2012-5 – N° spécial. Cahiers de méthodologie juridique, no. 26 [/2012];
- COSMOVICI (coord.), P., *Tratat de drept civil*, vol. I, ed. Academiei RSR, București, 1989;
- CUMYN, M., F. Gosselin, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, no. 62 (2), 2016, online: <https://doi.org/10.7202/1040050ar>;
- DENQUIN J.M., *Les concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, ed. Classiques Garnier, Paris, 2021;
- DORAY, M., *Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé*, Les Annales de droit, no. 8/2014, online: <https://doi.org/10.4000/add.727>;
- DUMITRU, M., *Despre normativitatea logicii*, în Probleme de logică, vol. XXIII, ed. Academiei Române, București, 2020;
- DUMITRU, M., *Principia mathematica după 100 de ani. Un eseu expozitiv*, Revista de filosofie, nr. 2/2015;
- DUMITRU, M., *Semnificație, non-existență și termeni non-referențiali*, în Probleme de logică, volumul XVII, ed. Academiei Române, București, 2014;
- FIODOROV, V., *Particularitățile structural-semantice ale terminologiei juridice a CEDO în limba engleză*, teză de doctorat dactilo, Universitatea de stat din Moldova, Chișinău, 2019;
- FOUASSIER, E., *La notion juridique de médicament : simple qualification ou véritable définition ?*, Titre VII du Conseil constitutionnel, no. 11/2023;
- HART H.L.A., *Conceptul de drept*, ed. Sigma, Chișinău, 1999;

- HART H.L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, Law Quaterly Review, 70, 1954;
- KELSEN H., *Doctrina pură a dreptului*, ed. Humanitas, București, 2000;
- LEMOINE, C., *La distinction en droit. Une approche épistémologique*, teză dactilo, l'Université Jean Moulin-Lyon III, Lyon, 2009;
- LOCHAK, D., *La race : une catégorie juridique ?*, Mots, no. 33/1992, online: <https://doi.org/10.3406/mots.1992.1760>;
- LOISELLE, M., *L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte*, în L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (coord.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, Paris, 2005;
- MOROIANU G.M., *Actualitatea normativismului kelsian*, ed. All Beck, București, 1998;
- NICOLAU, Ș.N., *Aspecte Ale Teoriei Noțiunii La Aristotel*, În Probleme De Logică, Vol. XV, Ed. Academiei Române, București, 2012, P. 128;
- NICOLAU, Ș.N., *Interpretarea lui Constantin Noica la categoriile aristotelice*, în Studii de teoria categoriilor, vol. XI, 2019, ed. Academiei Române, București, 2019;
- NICOLAU, Ș.N., *Noțiuni, concepte și genuri de categorii în tratatul aristotelic De caelo*, în Probleme de logică, volumul XVI, ed. Academiei Române, București, 2013;
- NOREAU, P., *La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire*, Politique et Sociétés, no. 19 (2-3), 2000, online: <https://doi.org/10.7202/040229ar>;
- OST, F., *L'anachronisme des concepts: un symptôme ?*, în N. Laurent-Bonne, X. Prevost (coord.), *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, LGDJ, Paris, 2018;
- PAZIUC, C., *Răspunderea contractuală*, ed. Universul Juridic, București, 2019;

- POPOVICI, A., *Repenser le droit civil: un nouveau défi pour la doctrine québécoise*, Thémis, vol. 29, no. 2/1995;
- QUINTANE, G., *Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit*, în G. Tusseau (coord.), *Les notions juridiques*, ed. Economica, Paris, 2009;
- ROLLAND, L., *Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers*. Revue générale de droit, 35(4), 2005, online: <https://doi.org/10.7202/1027180ar>.;
- ROSS, A., *La validité et le conflit entre le positivisme et le droit naturel*, în A. Ross, Introduction à l'empirisme juridique, ed. Bruyant LGDJ, Paris, 2004;
- ROUVIÈRE, F., *Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. 2014-5 – N° spécial. Cahiers de méthodologie juridique, no. 28 [/2014];
- ROUVIÈRE, F., *Le fondement du savoir juridique*, Revue trimestrielle de droit civil, no. 2/2016, halshs-01428210.;
- SABETE, W., *La théorie du droit et le problème de la scientificité. Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste*, Archive de philosophie du droit, no. 43/1999;
- SÉRIAUX, A., *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, Revue trimestrielle de droit civil, no. 4/1999;
- ȘUȘ, C., *Tradiție și evoluție în limbajul juridic: o analiză pragmatică a contractului în engleză, franceză și română pe baza unui corp format din texte comparabile*, teză de doctorat dactilo, UBB, Cluj, 2016;
- VASILESCU, P., *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2024.

DESPRE EXCESUL ÎN RAPORTUL DE EXPERTIZĂ CRIMINALISTICĂ (SAU „EST MODUS IN REBUS”)

DOI:	10.24193/SUBBIur.69(2024).4.91-109
Data publicării online:	16.04.2025

Sorin ALĂMOREANU, Claudia-Laura MOȘOARCĂ*

Rezumat: O tipologie a *excesului* în cuprinsul rapoartelor de expertiză criminalistice deschide o scurtă perspectivă teoretică asupra necesității conciziei și echilibrului conținutului lor științific, ca cerințe complementare rigorii și validității acestuia.

Cuvinte-cheie: exces, raport de expertiză criminalistică, grafoscopie, criminalistică.

ON THE EXCESS IN THE FORENSIC EXPERT REPORT (OR „EST MODUS IN REBUS”)

Abstract: A typology of *excess* in forensic expert reports opens a short theoretical perspective on the need for brevity and balance of their scientific content, as complementary requirements to its rigor and validity.

* Conf.univ.dr.hab. Sorin ALĂMOREANU, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, e-mail: sorin.alamoreanu@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0007-9777-9506>; drd. Claudia Laura MOȘOARCĂ, expert criminalist autorizat, e-mail: claudia-laura.mosoarca@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0004-3395-8669>.

Keywords: excess, forensic expert report, forensic handwriting analysis, forensic.

Cuprins

I. Ce înseamnă <i>exces</i> ?	93
II. Scurte considerații despre conținutul raportului de expertiză criminalistică	94
III. Excese în rapoartele de expertiză criminalistică	96
A. Excesul de date privind expertul criminalist	96
B. Excesul în stabilirea obiectivelor unei expertize criminalistice	97
C. Excesul în descrierea materialelor supuse expertizei criminalistice	100
D. Excesul în demonstrațiile de specialitate	102
E. Excesul de zel	104
IV. Efectele exceselor	107
Considerații finale	109

Generat cu precădere de experiența practicii de expertiză criminalistică, acest articol se construiește în jurul ideii de *exces* în cuprinsul lucrărilor de specialitate pe care, bineînțeles, le denumim rapoarte de expertiză. Așezăm demersul teoretic preponderent în orizontul grafoscopiei și încercăm să descriem situații concrete în care un raport conține mai mult decât e necesar în plan științific, deși nu ne putem referi la o normă clară, ci doar la un „*common sense*” izvorât din materia expertizei criminalistice (incluzând simțul comun și bunul-simț). O tipologie a *excesului* ar pune în lumină ce ar prisosi unui raport științific care ar trebui să fie nu doar supus rigorii științei, ci și concis, lămuritor și, îndeosebi, echilibrat.

I. Ce înseamnă *exces*?

Cuvântul „exces” anticipează viziunea unei creșteri, fie dimensionale, fie cantitative, care *deranjează* o normă general acceptată: conform dicționarului, înseamnă o „depășire a unei măsuri sau limite obișnuite”¹, ori permise - un exces de zel, de mâncare, de cheltuială, de putere ori alte infinite exemple, de la lucruri aparent banale, la cele care pot îmbrăca chiar forme abuzive sau ilegale. La modul general, discuția ar fi în ce măsură putem accepta manifestările exagerate la care asistăm și cât de conștienți suntem de cele pe care noi înșine le producem și de impactul lor asupra celor din jur, fie că este vorba de familie, de comunitate profesională sau chiar de societate.

Practica ne-a arătat că ceea ce poate fi numit „excesul” expertului criminalist are cauze extreme de diverse și, deși l-am întâlnit în forme diferite deopotrivă în rapoartele emise de experții oficiali (din laboratoarele publice) sau de experții independenți (din mediul privat), unele sunt specifice acestora din urmă, după cum se va observa din exemplele incluse în articol.

Mai mult, putem spune, privind retrospectiv și analitic, că în unele lucrări l-am atins în forme, considerăm noi, ușoare și care credem că nu au produs vreo consecință mai gravă decât pierderea răbdării cititorului. Prin această ultimă observație, ajungem în punctul sensibil și important al dezbaterii: credem că *excesul nu poate fi echivalat cu eroarea* (deși poate exista un nefericit exces de erori într-un raport), astfel că vom încerca să aducem în discuție ce efecte au exagerările/surplusurile în raportul de expertiză criminalistică într-o procedură judiciară sau extrajudiciară. Nu avem pretenția ca abordarea noastră va fi una completă, întrucât prin practica noastră nu acoperim toate domeniile de expertiză criminalistică, așa cum sunt

¹ <https://dexonline.ro/definitie/exces/definitii>.

ele prevăzute în Ordonanța nr.75/2000², dar credem că tipologiile selectate, deși preponderent venite din sfera grafoscopiei, se pot regăsi în oricare din acestea.

II. Scurte considerații despre conținutul raportului de expertiză criminalistică

O apreciere fundamentală referitoare la conținutul raportului de expertiză criminalistică ar fi că acesta trebuie să aibă caracter științific, în acord total cu domeniul pe care îl vizează și cu liniile metodologice ale specialității respective. Expertul criminalist autorizat³ întocmește acest raport pentru a descrie constatările sale și argumentele științifice pe baza cărora s-a conturat opinia sa profesională (și prezumat științifică) pentru obiectivele formulate de organele judiciare, sau de persoanele interesate. Prezumtiv, lucrarea sa va avea un caracter strict specializat, fără să se dorească a fi un

² OG: 75/2000 privind organizarea activității de expertiză criminalistică, M.of.: 407/29 aug. 2000.

Art. 2 alin. (2) OG: 75/2000: „Specialitățile de expertiză criminalistică în care se poate obține calitatea de expert criminalist autorizat sunt următoarele: a) expertiza grafică și tehnică a documentelor; b) expertiza dactiloscopică a urmelor palmare și plantare; c) expertiza traseologică a urmelor lăsate de ființe și obiecte; d) expertiza balistică a armelor și a munițiilor; e) expertiza fizico-chimică a probelor materiale; f) expertiza criminalistică în accidente de trafic terestru; g) expertiza criminalistică în accidente de trafic aerian; h) expertiza criminalistică în accidente de trafic fluvial și maritim; i) expertiza criminalistică în explozii și incendii; j) expertiza vocii și vorbirii; k) expertiza imaginilor; l) expertiza biologică; m) expertiza genetică; n) expertiza aplicațiilor și datelor informatice; o) expertiza pentru detecția comportamentului simulat (poligraf); p) expertiza drogurilor și a stupefiantelor.”

³ Sintagma include atât experții oficiali, din laboratoarele publice, cât și pe cei independenți, din mediul privat. În continuare, vom evita repetarea atributului de „autorizat”, se subînțelege în acest context.

material de popularizare a criminalisticii, o carte de profil, articol de revistă mondenă, ori în contradictoriu, un text abscons, doar „pentru uzul inițiaților” - aceste extreme reprezentând, în fapt, un exces față de cuprinsul său normat⁴.

Caracterul științific, obiectivitatea, claritatea, coerența și exactitatea sunt esențiale pentru conținutul raportului care va folosi, într-o formă sau alta, organelor judiciare, iar din această perspectivă decurg două chestiuni importante: pe de-o parte, demonstrațiile științifice și opiniile expertului criminalist vor trebui să fie corect receptate și înțelese în primul rând de persoanele cu rol și pregătire juridică (judecător, procuror, avocați, etc.) dar nu exclusiv, bineînțeles; pe de altă parte și extrem de relevant, argumentele și concluziile din conținutul științific pot fi contestate doar de persoane cu aceeași pregătire de specialitate, dacă, bineînțeles, erorile, neconcordanțele sau contradicțiile nu sunt prea evidente și facil de respins de către organul judiciar sau de părți – fapt mai rar întâlnit în practică, din simplul motiv că, de multe ori, este citită doar concluzia raportului de expertiză.

⁴ Art. 178 C.proc.pen. – intitulat „Raportul de expertiză” – prezintă, la aliniatul 4, doar schema generală a unui raport de expertiză, fiecărui domeniu științific fiindu-i specific un anumit conținut, structurat pe baza regulilor teoretice și după norme instituționale interne și specifice. „(4) Raportul de expertiză cuprinde: a) partea introductivă, în care se arată organul judiciar care a dispus efectuarea expertizei, data când s-a dispus efectuarea acesteia, numele și prenumele expertului, obiectivele la care expertul urmează să răspundă, data la care a fost efectuată, materialul pe baza căruia expertiza a fost efectuată, dovada încunoștințării părților, dacă au participat la aceasta și au dat explicații în cursul expertizei, data întocmirii raportului de expertiză; b) partea expozitivă prin care sunt descrise operațiile de efectuare a expertizei, metodele, programele și echipamentele utilizate; c) concluziile, prin care se răspunde la obiectivele stabilite de organele judiciare, precum și orice alte precizări și constatări rezultate din efectuarea expertizei, în legătură cu obiectivele expertizei.”

Facem precizarea necesară că, prin caracterul său sumator, concluzia nu poate și nici nu trebuie să reia și să reproducă toate argumentele care, în cuprinsul raportului, au condus la formularea sa. Ar fi nu numai inutil redundant, dar și conceptual illogic. Prin concluzie se înțelege o încheiere a unui șir de judecăți sau gândire dedusă dintr-o serie de argumente sau constatări. Termenul mai are și sensul de parte finală a unei expuneri sau lucrări în care sunt cuprinse și expuse rezultatele.

III. Excese în rapoartele de expertiză criminalistică

Pornim conturarea tipologiilor de *exces* în rapoartele de expertiză criminalistică de la sublinierea, din nou, a faptului că *acest exces nu înseamnă, în sine, o eroare*, și nu afectează corectitudinea concluziei științifice a raportului de expertiză criminalistică, dar în unele cazuri excepționale poate ascunde una sau poate induce în eroare. Excesul de date privind expertul criminalist, excesul în stabilirea obiectivelor expertizei, excesul în descrierea materialelor și cel în demonstrațiile de specialitate sunt elemente care nu atrag efecte negative în plan juridic, însă *excesul de zel* ar putea încălca, în unele forme, limitele acceptabilității, afectând validitatea demersului științific.

A. Excesul de date privind expertul criminalist

Evident, situația enunțată de subtitlu este specifică raportului expertului criminalist independent, care are nevoie de o referință profesională, ne(mai)fiind angajat al unui laborator public, așadar am putea spune, ușor ironic, că nu se (mai) află sub o „protecție oficială”. Expertul s-ar putea simți obligat să se prezinte, însă o desfășurare lungă, uneori de prea multe pagini, a biografiei sale nu „avantajează” nici formatul lucrării, nici

conținutul științific, nici imaginea proiectată a autorului în ochii cititorului avizat al raportului de expertiză⁵. În sistemul judiciar românesc, autorizarea de către Ministerul Justiției prezumă competența în domeniul profesional respectiv, iar un CV atașat raportului de expertiză poate constitui o variantă de prezentare - considerăm că descrierile personale nu își au locul într-o lucrare științifică cu obiective clar stabilite. În locul reclamei biografice, un scurt paragraf cu referințe profesionale ar fi opțiunea favorabilă. Existența, însă, chiar a opt pagini de prezentare a activității expertului criminalist – titluri, afilieri, publicații etc. – este de natură a fi interpretată ca o insinuaare a autorității profesionale, pentru influențarea modului în care este receptat raportul de expertiză.

B. Excesul în stabilirea obiectivelor unei expertize criminalistice

Un subiect problematic este, frecvent, stabilirea obiectivelor expertizei criminalistice, care intră în atribuțiile organului judiciar, obligat să fie atent la modul în care formulează întrebările pentru expertiza criminalistică.

Însă expertul criminalist joacă și el un rol important, fie oferind consultanță (când este solicitat să sprijine elaborarea acestor întrebări), fie formulând „observații cu privire la obiectul expertizei, modificarea sau completarea acestuia”, conform art. 7, alin (1) OG: 75/2000. Uneori, expertului îi impune rolul său activ o „reformulare” a obiectivelor - „*proprio motu*” ori la solicitarea părților –, dată fiind modalitatea improprie și uneori redundantă în care acestea au fost enunțate de organul judiciar.

⁵ Este adevărat că unele sisteme judiciare – de influență *common law* - adoptă acest mod de prezentare a „acreditărilor” expertului („*credentials*”), expunerea constatărilor fiind, de fapt, realizată în sala de dezbateri, în regim de contradictorialitate.

Nu doar formulările lasă de dorit, ci sunt afectate și așteptările clienților/beneficiarilor (organe judiciare sau justițiabili), în raport cu posibilitățile reale de răspuns la problematicile care fac obiectul cauzei – se generează, bineînțeles, nu doar expectanțe, ci și întârzieri, tergiversări și consum inutil de resurse.

Avem de-a face cu un exces în stabilirea obiectivelor nu neapărat atunci când numărul acestora este mare (întrebări care repetă un același obiectiv, sub o formulare diferită), ci și când conținutul întrebărilor depășește problematica în sine a cazului (nu au relevanță juridică) ori posibilitățile de lucru metodologic și/sau tehnic în domeniul de expertiză criminalistică în cauză.

Într-o cauză, fiind contestat în instanță un testament olograf, avocatul uneia dintre părți a formulat obiectivele pentru expertiza grafoscopică, acestea fiind preluate în încheierea instanței: enunțurile pretențioase în fapt ocolesc și complică întrebarea simplă fundamentală a speței – dacă testamentul a fost scris, datat și semnat de titular. Faptul că titularul ar fi putut scrie textul, data sau semna la momente diferite, cu instrumente diferite, nu are vreo relevanță juridică în măsura în care, prin concluziile expertizei, autorul prezumtiv este confirmat ca scriptor al textului, datei și semnăturii, căci primează voința lui de a dispune asupra bunurilor sale sau de a lăsa dispoziții și, concomitent, sunt îndeplinite condițiile de validitate ale testamentului olograf⁶. Mai mult, observarea și indicarea eventualei folosiri a unor instrumente de scris diferite pentru text, datare, semnătură, ori prezența unor adăugiri, modificări etc. fac parte din ceea ce constituie „rolul activ” al expertului și ar fi, de asemenea, incluse firesc în descrierile detaliate ale actului în litigiu examinat.

⁶ Art. 1041 C.civ.

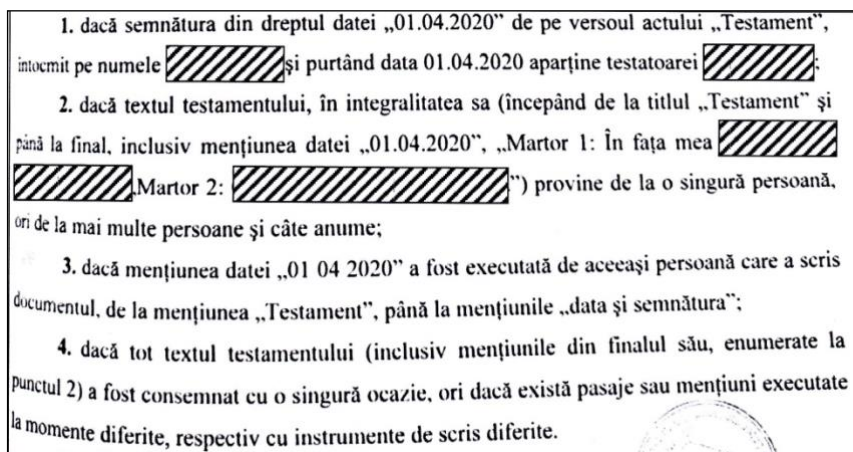


Figura 1. Exemple de obiective pentru expertiza grafoscopică a unui testament olograf.

Într-un alt caz, se solicită stabilirea vechimii unor contracte tehnoredactate, cu date menționate 2015-2016, fiind suspectată o întocmire a lor după anul 2017. În plus, se cere lămurirea dacă textul tehnoredactat computerizat al contractelor a fost realizat de o aceeași persoană. S-a pus în vedere organului judiciar că la astfel de obiective nu se poate da un răspuns științific de natură criminalistică, întrucât nu există metode valide de determinare a perioadei de întocmire, nici măcar relativă, a unor documente cu date recentă și relativ contemporane, și nici de stabilire a vechimii prin analiza hârtiei moderne, chiar dacă acest tip de expertiză este unul ce ține de chimia judiciară, nu de tehnica documentelor. Apoi, în mod logic, textele tehnoredactate cu mijloace computerizate pot fi preluate și/sau modificate în orice fel, fiind imposibil să se precizeze, prin examinări criminalistice de grafică și tehnica documentelor, dacă o singură persoană le-a redactat; probabil, la acest obiectiv s-a ajuns prin analogie cu textele dactilografiate. Oricum, în ansamblul cazului, astfel de întrebări nu dețineau nici consistența, nici relevanța necesară lămuririi faptelor, însă ele au obligat expertul

criminalist care a efectuat expertiza judiciară să le „contabilizeze” și să repete, firesc, observațiile la obiective enunțate de expertul recomandat.

- stabilirea relativă a perioadei de întocmire și de imprimarea a actelor, respectiv stabilirea vechimii documentelor contestate ca false prin analiza hârtiei pe care a fost imprimat conținutul,
- dacă documentele au fost redactate de aceeași persoană, dacă prezintă diferențe, modificări, adăugiri, ștersături.

Figura 2. Exemple de obiective pentru o expertiză grafică și tehnică a documentelor.

Credem că întrebările/obiectivele pentru expertizele criminalistice ar putea fi, de multe ori, mai clare, concise și puse în slujba adevărului cauzei prin consultarea preliminară cu un expert criminalist autorizat, sau măcar prin acceptarea unor observații pertinente și juste cu privire la obiective. Întrucât domeniile de expertiză criminalistică sunt complexe, se întâmplă să se ceară chestiuni ce nu se pot stabili (cel puțin la acest moment al cunoașterii), în timp ce știința ar putea furniza răspunsuri importante la ceea ce organul judiciar nu știe să ceară sau că poate să ceară... De exemplu, o urmă papilară poate să nu fie aptă pentru identificare dactiloscopică, dar poate fi exploatată în laboratorul de genetică judiciară; dimensiunile unei impresiuni papilare nu indică sexul persoanei de la care provine; vechimea reală a unui document cu data menționată 1950 poate fi stabilită aproximativ prin anacronismele prezente în text, nu neapărat prin expertiza chimică a hârtiei (care e și distructivă, și costisitoare); diferențe de timp de ordinul orelor, zilelor, între două sau mai multe semnături nu pot fi evaluate cu exactitate prin niciun mijloc (metodă) disponibil(ă) în prezent etc.

C. Excesul în descrierea materialelor supuse expertizei criminalistice

S-a întâmplat ca, de multe ori, un capitol întreg privitor la datele generale despre materialele ce fac obiectul expertizei să ocupe pagini întregi,

descrierile acoperind mai mult decât necesar un volum mare de informații – mod de ambalare și sigilare, conținut mai mult decât detaliat al documentelor, toate impresiunile de ștampile prezente, fotografii numeroase etc. Fără tăgadă, orice material în litigiu merită atenție în individualizarea și prezentarea sa, dar o meticulozitate excesivă în a enunța caracteristicile detaliate pentru toate materialele de referință atrage doar o încărcare a paginației, de cele mai multe ori fără relevanță în ansamblul lucrării. Nu ne referim aici la cazuri de excepție, în care un material de comparație are caracter special sau s-a obținut în condiții speciale – de exemplu, trageri experimentale, pentru o expertiză balistică –, a căror descriere reprezintă, în fapt, evidențierea unor operații de efectuare a expertizei criminalistice. Analiza modului de ambalare și sigilare este aplicabilă mai degrabă domeniului traseologiei și/sau balisticii judiciare, însă nu contestăm nici faptul că, în domeniul grafoscopiei, uneori descrierea detaliată preliminară a actului oferă o imagine completă și orientează corect observațiile ulterioare ale expertului.

D. Excesul în demonstrațiile de specialitate

Esența unui raport de expertiză se regăsește, firesc, în partea descriptivă a operațiilor, examinărilor, constatărilor, demonstrațiilor și ilustrărilor acestora, care vor converge spre opinia finală, asigurându-i fundamentarea necesară. Nici această parte nu este scutită, uneori, de încărcare suplimentară cu informație de prisos sau cu ilustrație prea bogată, iar atunci se întrevăd cauze diverse (nesiguranța expertului, dorința de a impresiona, intenția de a justifica timpul rezervat lucrării etc.), cu efecte diverse (pierderea atenției sau interesului celui care citește, aprecierea cantității în defavoarea calității etc.). Câteva exemple pot fi aduse în discuție în continuare, fără ca să se epuizeze posibilitățile reale ce pot fi întâlnite în practică.

În spețe cu număr mare de materialele în litigiu, de ordinul zecilor sau sutelor, demonstrațiile le-au cuprins pe toate, fiecare individual analizate, deși acestea (materialele) suportau ușor o grupare pe categorii sau chiar selecția celor relevante⁷. Nu este de folos ca pagini întregi din raport să cuprindă zeci de semnături cu elemente caracteristice similare, ori zeci de obiecte pirotehnice cu aceeași descriere a procedurilor cărora au fost supuse. În mod similar, pot genera confuzii și descrieri prea amănunțite ale unor elemente care nu joacă rol în identificare sau, în ansamblu, în soluționarea obiectivului. În fond, prin statutul său profesional, prin acreditarea care i-a fost dată pregătirii și experienței sale, expertul criminalist se bucură de încrederea că examinările și constatăările sale din laborator sunt judicioase, amănunțite și complete, cert aflate sub „umbrela” metaforică a științei, iar

⁷ A se vedea FRĂȚILĂ, Adrian, PĂȘESCU, Gheorghe, *Expertiza criminalistică a semnăturii*, Ed Național, București, 1997, p. 174.

raportul întocmit este un rezumat științific, concis și convingător, al acestora, adresat beneficiarului.

Majuscula **M** are atac concav sau semiunghiulat stânga, median (1) unghiulare superioară (2) descendentă semiunghiulată (3), unghiulare sau dedublare superioară dreapta (4), cu final concav eterat (5), minuscula **e** are atac amputat median stânga (6) laț median (7), și final concav dreapta (8) sau traseu circular (41), cu atac pe linia de bază stânga (42) și final ascendent dreapta, minuscula **n** are atac liniar stânga, două unghiulări sau semiunghiulări mediane (9), legate prin dedublare descendentă (10), sau atac liniar, dedublare descendentă (39), unghiulare dreapta (40) cu final descendent liniar (41), minuscula **g** are ductă concavă cu atac median stânga, amputat (11), unghiulare sau dedublare mediană dreapta (12), laț inferior (13), cu final ascendent dreapta, liniar (14), minuscula **h** are atac liniar stânga, laț superior (15), descendentă cu dedublare (16), podiș convex median dreapta (17), cu final pe linia de bază, unghiulat (18), sau atac stânga, unghiulare superioară (43), descendentă liniară cu final amputat (44) și unghiulare adițională mediană stânga (45) minuscula **r** are atac liniar stânga, unghiulare sau ochi virtual median (20), descendentă cu final în croșet (21), majuscula **E** are oval orizontal superior, cu atac în croșet superior stânga (22), descendentă semiunghiulată cu ochi median dreapta (23), descendentă semiunghiulată cu final liniar ușor ascendent dreapta (24), minuscula **u** are atac liniar stânga, două dedublări mediane cu unghiulare pe linia de bază (25), legate prin ductă unghiulată (26), cu final ascendent dreapta, minuscula **f** are atac median stânga (27), laț superior (28), descendentă cu final inferior, eterat (29), minuscula **o** are atac liniar, unghiulare mediană stânga (30), ductă concavă, ochi median dreapta (31), cu final median dreapta, liniar, orizontal, minuscula **s** are atac liniar stânga, unghiulare mediană (32), descendentă cu ochi pe linia de bază (33), minuscula **i** are unghiulare mediană (34) cu atac liniar și final amputat, diacriticul fiind liniar, de dimensiuni medii, în treimea superioară (35).

La unele litigii se mai execută suplimentar, pe final o semiunghiulare (36) cu final semispiralat dextrogir (37), traseu liniar vertical de mici dimensiuni (38), minuscula **a** (39) sau un traseu semicircular, semiunghiulat, deschis stânga (40).

Figura 3. Descrieri de caracteristici grafice.

Lecțiile pentru cititori presupun, firesc, preluări inutile de informații specializate din diverse domenii științifice în textul raportului de expertiză: definiții, descrieri ale aparatelor utilizate, clasificări etc. Multitudinea de paragrafe cu citate și cu rezumate din literatura de specialitate obnubilează viziunea persoanei îndrituite să citească raportul și al cărei efort e îndreptat spre lămurirea aspectului științific, nu spre o documentare. Fără îndoială și chiar recomandabil ar fi ca, atunci când este cazul unor chestiuni dificil de tranșat și problematice chiar în domeniul respectiv, argumentele expertului să fie completate cu scurte citări pertinente, fără însă ca acestea să țină loc unor formulări strict legate de materialul supus expertizei, care este unic și absolut specific unei situații reale.

Spectroscopia Raman este o tehnică de analiză chimică nedistructivă care oferă informații detaliate despre structura chimică, cristalinitate și interacțiuni moleculare. Se bazează pe interacțiunea luminii cu legăturile chimice dintr-un material. Raman este o tehnică de dispersie a luminii, în care o moleculă dispersează lumina incidentă de la o sursă de lumină laser de mare intensitate. Cea mai mare parte a luminii dispersate are aceeași lungime de undă (sau culoare) ca sursa laser și nu oferă informații utile – acest lucru este numit Dispersia Rayleigh. Cu toate acestea, o cantitate mică de lumină este dispersată la diferite lungimi de undă (sau culori), care depind de structura chimică a materialului – acest lucru este numit Dispersia Raman.

Un microscop Raman cuplează un spectrometru Raman la un microscop optic standard, permițând vizualizarea cu mărire mare a unei probe și analiza Raman cu un punct laser microscopic.

De obicei, un spectru Raman reprezintă o amprentă chimică distinctă pentru o anumită moleculă sau material.

Figura 4. Descrierea unei tehnici de analiză în cuprinsul unui raport de expertiză fizico-chimică.

Adesea, rolul activ al expertului este văzut prin prisma introducerii de date și descrieri aparent complicate (și adesea nerelevante pentru subiect), prin intermediul cărora cantitatea mimează calitatea, numărul de pagini fiind perceput drept „profundzime a examinărilor sau analizei problemelor”. Nu negăm importanța oferirii unor date de specialitate în vederea ușurării înțelegerii argumentelor expertului, dar ele ar trebui să fie proporționale cu dificultatea și amploarea problematicii științifice supuse expertizei criminalistice.

E. Excesul de zel

Acest ultim tip de exces asupra căruia ne oprim credem că este cel care poate produce și prejudicii reale, dacă depășește rigorile științei și insinuează deseori o intervenție a expertului într-un domeniu în care nu are competență, sau chiar o susținere nelegitimă a unei cauze/ipoteze. Fiindcă asemenea efecte au gravitatea lor, și clar ar obliga la o analiză critică ce depășește intenția acestui articol, vom trece sumar și nu vom face nici noi exces de zel.

De exemplu, apar uneori tipuri de expertiză care, în fapt și de drept, nu există, cum ar fi cel prezentat mai jos, doar pentru ca analiza realizată de expert să se preteze la cerințele clientului: „Raport de expertiză criminalistică grafoscopico-grafologică”. Această formă hibridă încalcă prevederile legale, poate crea confuzii și poate induce în eroare, întrucât e generată de o terminologie cu nuanțări fine, aflate într-o relație complexă: grafologia interpretează personalitatea unui individ după scrisul său, în timp ce în știința grafoscopiei se urmărește identificarea autorului unui scris, însă unele secvențe ale acestui proces se consideră a fi tributare abordării inițiale a grafologiei, care încerca să explice mecanismele neuropsihice ale mișcării scripturale⁸. În unele cazuri, cum e cel de față, modificările specifice apărute în scris ca urmare a îmbătrânirii sau a unor stări de boală, evaluate din punct de vedere grafoscopic, sunt calificate drept aspecte „grafologice”, deși, în realitate, sunt doar parte integrantă din expertiza grafică. Denumirea de „grafoscopico-grafologică” justifică, așadar, doar o depășire a cadrului științific prin interpretări inadecvate, care să conducă spre concluzii de natură a susține o ipoteză convenabilă.

RAPORT
DE EXPERTIZĂ CRIMINALISTICĂ
GRAFOSCOPICO - GRAFOLOGICĂ

Figura 5. Titlu extras dintr-un raport de expertiză criminalistică.

Concluzii „hibride” le putem numi pe acelea care, nefondate științific, se așază la limita dintre două domenii științifice și întrepătrund, în mod

⁸ A se vedea, pentru diferențierea grafologiei de grafoscopie, Sorin ALĂMOREANU, Adrian FRĂȚILĂ, *Comentarii metodologice la expertiza criminalistică a semnăturii*, Ed. Alma Mater, Cluj-Napoca, 2012, pp. 14-18.

eronat, noțiuni, principii și cauzalități. Am întâlnit raport de expertiză criminalistică grafică în care se alătură un diagnostic psihiatric și medico-legal, ori raport de expertiză criminalistică din sfera traseologiei în care sunt analizate și interpretate leziuni și procese traumatice, ce ar fi trebuit să facă obiectul fie al unei expertize medico-legale, fie al uneia complexe, solicitate criminalistului și medicului-legist.

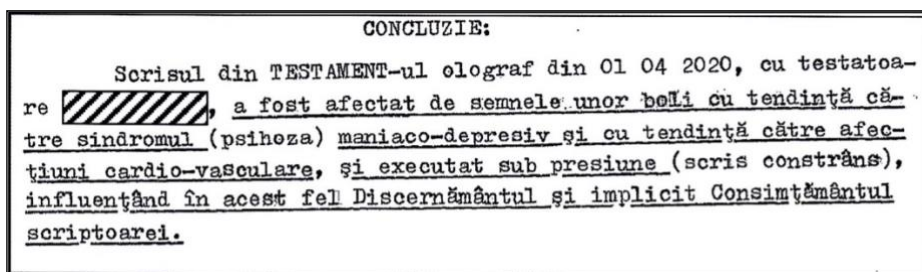


Figura 6. Exemplu de concluzie dintr-un raport de expertiză criminalistică.

Deși rar semnalată, o formă de exces de zel este apariția în cuprinsul unui raport de expertiză a deprecierilor la adresa unui alt expert sau specialist, care, din nefericire, aduce în discuție probleme de etică profesională și chiar duce în derizoriu principiul contradictorialității și știința asimilată cauzei în sine. De exemplu, un expert independent include în raportul său de expertiză dactiloscopică⁹ un paragraf în care își exprimă clar convingerea că raportul de constatare tehnico-științifică efectuat în cauză a fost întocmit „fără profesionalism” de cei doi specialiști criminaliști. Necesitatea și frumusețea duelului științific profesional nu trebuie să fie corelate cu atitudini ostile, ci cu demonstrații judicioase și relevante, care să transforme raportul de expertiză în probă indubitabilă. Indiferent de forma pe care o ia combaterea unei

⁹ În mod ironic, în cuprinsul lucrării sale, expertul inventează o cicatrice inexistentă în impresiunea papilară în litigiu (prelevată de la un cadavru cu identitate necunoscută), pentru a „demonta” concluzia raportului de constatare dactiloscopică, confirmată chiar printr-o expertiză genetică dispusă în speța respectivă.

concluzii științifice (prin raport de expertiză, obiecțiuni sau observații ale expertului), ar fi onorabil ca aceasta să nu depășească argumentele științifice pertinente și impersonale¹⁰.

Abaterile de la terminologia specifică domeniului reprezintă un alt fel de exces, fie că descrierile din raport sunt prețioase și exagerate, fie că se inventează denumiri atipice și nepotrivite acolo unde literatura de specialitate a consacrat deja un limbaj profesional. Evident, ar părea că un asemenea mod de exagerare nu ar putea avea consecințe, însă ar fi periculos să ne lăsăm înșelați de aparențe: lipsa unei culturi profesionale are riscul său..... Întâlnim uneori „licențe poetice” ale unor experți care folosesc termeni neadecvați, în locul unora deja consacrați: de exemplu, „semnătură înzorzonată” pentru a indica un model cu o construcție complicată; linie de bază „crenelată” pentru o linie de bază scaliformă etc.

IV. Efectele exceselor

Tema efectelor exceselor în raportul de expertiză criminalistică ar merita o dezbatere pe larg, cu numeroase exemplificări. Fiindcă nu avem, la momentul de față, date de analiză pentru toate domeniile de expertiză, și nici despre impactul pe care aceste rapoarte îl au asupra soluționării cauzelor judiciare, preferăm să nu abordăm subiectul în detaliu. Reluăm câteva dintre observațiile incluse pe parcursul acestui articol și punctăm cele mai relevante dintre efectele excesului, care se produc și sub condiționarea pregătirii și a interesului celui care citește un raport de expertiză criminalistică, beneficiind sau nu de el.

¹⁰ Din nefericire, astfel de situații nu pot fi sancționate, atât timp cât nu există un for comun al experților criminaliști autorizați, ceea ce ridică, din nou, problema coordonării adecvate și unitare a activității în acest domeniu.

Cel mai frecvent efect ar fi dezinteresul organului judiciar pentru conținutul raportului de expertiză și parcurgerea sa parțială ori pe sărite, doar concluzia fiind receptată complet. S-ar putea însă întâmpla ca în cuprinsul necitit să se fi strecurat erori și neconcordanțe, a căror importanță în ansamblul cazului să fie deloc neglijabilă. De asemenea, în cuprins pot fi prezente date importante care nu au fost reluate în concluzie, deși evident sunt determinante pentru aceasta.

Un al doilea efect ar consta în sentimentul de neîncredere, generat celui ce citește raportul, cu privire la pregătirea expertului, scopul urmărit de el (în ce măsură este preocupat de lămurirea problemei științifice sau de un alt aspect colateral) și corectitudinea concluziilor la care a ajuns.

Ca urmare, pot apărea, după cum deja am amintit, tergiversări ale cauzei, consum excesiv de resurse sau abordări ale unor ipoteze neverosimile, care prejudiciază procesului judiciar.

Inducerea în eroare ar constitui un efect periculos și păgubitor al excesului de zel, atunci când el ia forme contrare legii, iar în acest teritoriu analiza deja vizează elemente delictuale. Cele două exemple descrise pentru ultima tipologie se așază foarte aproape de linia fină de demarcație între exagerare și intenția directă de inducere în eroare prin demonstrații și concluzii contrare adevărului științific.

Considerații finale

Practica în domeniul expertizelor criminalistice a furnizat material optim pentru conturarea unei tipologii a *excesului* ce poate fi manifestat de către expert în procesul de realizare a unui raport, ca urmare a efectuării expertizei propriu-zise. Efectele în plan juridic ale celor cinci tipuri de exces sunt, de cele mai multe ori, fără prejudicii considerabile, însă analiza lor îndreptățește o completare a viziunii expertului criminalist asupra importanței echilibrului și conciziei conținutului lucrării științifice pe care o pune în balanța justiției, complementară validității demonstrațiilor și concluziilor acesteia.

ARTICOLE

CLAUZELE ABUZIVE PRIVIND DOBÂNDA VARIABILĂ ÎN CAZUL PUBLICĂRII INDICELUI DE REFERINȚĂ PRINTR-UN ACT ADMINISTRATIV

DOI:	10.24193/SUBBIur.69(2024).4.110-145
Data publicării online:	16.04.2025

Juanita GOICOVICI*

Rezumat. Articolul abordează problematica eliminării clauzelor abuzive privind dobânda variabilă din contractele de credit, în contextul publicării indicelui de referință printr-un act administrativ, din perspectiva exigențelor de transparență în raporturile precontractuale care revin în sarcina profesionistului. Pornind de la argumentele desprinse din considerentele reținute prin decizia CJUE din 12 decembrie 2024, în cauza C-300/23, *Kutxabank*, am concluzionat că necomunicarea către consumator a informațiilor referitoare la ajustarea ratei dobânzii, prin raportare la o marjă negativă, deschide acestuia calea unei acțiuni în eliminarea clauzelor abuzive, în pofida faptului că respectiva clauză litigioasă trimite la un indice de referință oficial, ale cărui detalii au fost publicare într-un act administrativ.

Cuvinte-cheie: clauze abuzive, consumator, credit, indice de referință, dobândă variabilă, obligația de transparență.

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

UNFAIR TERMS REGARDING THE VARIABLE
INTEREST RATE IN THE EVENT OF
PUBLICATION OF THE REFERENCE INDEX BY
AN ADMINISTRATIVE ACT

Abstract. The article addresses the invalidation of the unfair terms regarding the variable interest rates from credit agreements, in the hypotheses of the publication of the reference index by an administrative act, while valorizing the transparency requirements in the pre-contractual relationships that are incumbent on the professional creditor. Emphasizing the arguments contoured in the recitals of the CJEU decision of December 12th, 2024 in case C-300/23, *Kutxabank*, we concluded that the failure to communicate to the debtor the information relating to the adjustment of the interest rate by reference to a negative margin opens the door to the elimination of unfair terms, despite the fact that the term at issue refers to an official benchmark, the details of which were published in an administrative act.

Keywords: unfair terms, consumer, credit, reference index, variable interest rate, requirement of transparency.

Cuprins

Introducere	113
I. Tratatamentul juridic aplicabil selectării indicelui oficial pentru calculul dobânzii variabile.....	117
A. Implicații asupra exigențelor de transparență precontractuală.....	117
B. Omiterea dolosivă a comunicării informațiilor referitoare la ajustarea ratei dobânzii prin raportare la o marjă negativă.....	120
C. Situații în care DAE cuprinde elemente de ajustare periodică.....	122
D. Prezumarea relativă a relei-credințe a profesionistului creditor	123
E. Dezechilibrul ostensibil generat prin raportare la interesele financiare ale consumatorului	126
F. Recurgerea la normele supletive din dreptul național, fără posibilitatea completării contractului de către instanța de judecată	128
G. Inexistența dreptului creditorului la dobânda remuneratorie aferentă neutilizării capitalului, în ipoteza desființării retroactive a contractului	130
II. Excesul de informație, ca versiune a comportamentului dolosiv <i>versus</i> strategiile manipulative bazate pe incompletitudine contractuală	131
III. Refuzarea <i>versus</i> acceptarea de către consumator a eliminării clauzelor abuzive care gestionează efectele oneroase ale contractului.....	134
A. Dreptul potestativ al consumatorului de a se prevala de constatarea caracterului abuziv al clauzelor	134
B. Implicații în materia obligațiilor asociate efectului retroactiv al desființării contractului de credit	136
Concluzii	138
Bibliografie.....	143

Introducere

Selectarea indicelui de referință publicat într-un act administrativ, pentru calculul dobânzii remuneratorii variabile a fost abordată, prin prisma conformării profesioniștilor prestatori de servicii de finanțare la exigențele de transparență¹ specifice dreptului unional al consumului², de către CJUE prin decizia pronunțată în 12 decembrie 2024, în cauza C-300/23, *Kutxabank*³, în care, prin cererea de decizie preliminară, au fost adresate CJUE 22 de întrebări⁴. Cauza supusă analizei a implicat un litigiu derulat între un debitor consumator și Kutxabank, în contextul raportării la conținutul unui act administrativ la care clauza litigioasă făcea directă trimitere, act oficial ale cărui conținut ar fi putut fi accesat/consultat de către consumator chiar și în absența unor explicații directe ori a unor comunicări informative între profesionist și consumator, la momentul formării contactului de credit. Clauza litigioasă nu menționa însă partea finală a definiției IRPH al caselor de economii, iar această omisiune ar fi fost de natură să afecteze formarea unui consimțământ avizat al consumatorului, după cum reieșea din susținerile

¹ Joasia LUZAK, Mia JUNUZOVIĆ, „Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts”, *Journal of EU Consumer and Market Law*, n. 3, 2019, pp. 97-107.

² Monika JÓZON, „Judicial governance by unfair contract terms law in the EU: Proposal for a New Research Agenda for Policy and Doctrine”, *European Review of Private Law*, vol. 28, n. 4, 2020, pp. 909-930.

³ CJUE, C9, C-300/23, din 12.12.2024, N.B. vs. Kutxabank, ECLI:EU:C:2024:1026, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A62023CJ0300>.

⁴ Răspunsul interpretativ furnizat de judecătorii CJUE la cele 22 de întrebări preliminare a fost comasat pe 7 paliere, însumând 7 direcții interpretative focusate asupra condițiilor de admisibilitate a acțiunii în eliminarea clauzelor abuzive.

acestui, în pofida faptului că aceste detalii ar fi putut fi consultate pe cont propriu în cuprinsul unui act administrativ publicat de Banca Spaniei. Consumatorul reclamant a învederat că, întrucât cunoștințele sale de profan erau insuficiente, situația ar fi necesitat orientarea atenției sale către elemente precum aplicarea unei marje negative de ajustare periodică a ratei dobânzii în favoarea băncii, prin oferirea directă, de către profesionist, a unor informații precontractuale suficient de precise⁵.

Asimetriile contractuale specifice raporturilor dintre profesioniști și consumatori fac necesară aplicarea unor exigențe de transparență⁶ semnificativ mai accentuate decât cele incidente în raporturile contractuale clasice. Din partea lui *proferens* se așteaptă un comportament diligent, care nu se limitează doar la furnizarea unor informații neutre, standardizate, ci care traversează frontierele obligației de informare pre-contractuală, pentru a pătrunde pe teritoriul obligației de consiliere⁷ ori de „calibrare” a volumului de informații și a conținutului acestora la trebuințele specifice ale consumatorului, adaptându-le necesităților economice ale acestuia din urmă. Accentul este plasat, totodată, pe necesitatea ajustării volumului de informații

⁵ Dată fiind durata amplă, de 35 de ani, pentru care era contractat creditul ipotecar, consumatorul reclamant a evidențiat faptul că, în timp, implicațiile financiare ale aplicării marjei negative de ajustare a ratei dobânzii variabile erau consistente sau deloc neglijabile, cu consecința că prevederea contractuală care omitea aceste mențiuni ar fi prezentat caracter abuziv, în pofida accesibilității acestor informații în cuprinsul unui act administrativ oficial.

⁶ Marco B. LOOS, „Crystal Clear? The Transparency Requirement in Unfair Terms Legislation”, *European Review of Contract Law*, vol. 19, n. 4, 2023, pp. 281-299, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2023-2018>.

⁷ Serviciile de consiliere pot fi prestate la cerere, iar nivelul comisioanelor practicate pentru ca potențialul debitor să beneficieze de consiliere în etapa precontractuală vor fi indicate în mod transparent de către profesionist, după cum rezultă din prevederile art. 16, alin. (2), lit. (b) din Directiva 2023/2225.

precontractuale transmis consumatorului, evitând furnizarea unui volum inadecvat de informații⁸ care nu ar fi corelate cu nivelul capacității de înțelegere a acestuia⁹. În caz contrar, va exista riscul ca excesul de informație livrată consumatorului să reprezinte o strategie reprobabilă a profesionistului¹⁰ și să se manifeste, în sine, ca o formă a dolului¹¹, cu consecința alterării consimțământului lui *adherens*.

Importanța alocată obligației de informare¹² și de consiliere precontractuală a profanului consumator este evidențiată în art. 16 alin. (2) din Directiva (UE) 2023/2225¹³, astfel încât revine creditorului profesionist responsabilitatea de a oferi explicații pertinente, facilitând consumatorului posibilitatea de a analiza adecvarea ofertei de creditare la nevoile și situația sa financiară, fără a exagera în privința volumului de informații oferit, care trebuie menținut la un nivel „digerabil” pentru consumatorul cu capacități comprehensive medii, fără a deturna vigilența consumatorului dinspre clauzele care gestionează consecințele financiare majore ale creditării către clauzele și elementele accesorii ale contractului; prin prisma obligației de consiliere a profanului, profesionistul trebuie să ofere consumatorului

⁸ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 101-102.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Juanita GOICOVICI, „Elementele constitutive ale practicilor comerciale neloiale în relațiile cu consumatorii”, *Studia Universitatis Babeș Bolyai Iurisprudentia*, vol. 61, n. 3, 2016, pp. 88-100, online: <https://studia.law.ubbcluj.ro/index.php/iurisprudentia/article/view/1051>, arhivă: <https://perma.cc/2QJB-HMH9>.

¹¹ Juanita GOICOVICI, *Creditele de consum și de investiții imobiliare. Comentarii și explicații*, Ed. C. H. Beck, București, 2014, p. 98-106.

¹² Jérôme JULIEN, *Droit de la consommation*, 4e édition, L.G.D.J., Paris, 2022, p. 63-71.

¹³ E. ARROYO AMAYUELAS, „A Third Directive on Consumer Credit”, *European Review of Contract Law*, vol. 20, n. 1, 2024, pp. 1-24, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2024-2001>.

informații relevante despre oportunitatea încheierii contractului, permițându-i, de asemenea, să își contureze opțiunea în funcție de nevoile sale particulare. Aceleași standarde de diligență sunt aplicabile și intermediarilor de servicii de creditare, din art. 32, alin. (1), lit. d) din Directiva (UE) 2023/2225 reieșind că acestora le incumbă obligația manifestării de onestitate, corectitudine, transparență și profesionalism în raporturile cu consumatorii, nefiind scuizabil un comportament pasiv și recurgerea la un discurs evaziv; exonerarea de răspundere a intermediarilor nu va putea interveni la adăpostul argumentului că misiunea principală de informare a consumatorului și de orientare a alegerii acestuia prin consiliere ar reveni creditorului, dispozițiile din dreptul unional¹⁴ partajând această responsabilitate și plasând-o inclusiv în sarcina intermediarilor de credite.

De asemenea, sub aspect temporal, prin prisma intervalului alocat pentru „cristalizarea” consimțământului consumatorului, art. 10, alin. (2) din Directiva 2023/2225 prevede că revine în sarcina creditorului sau a intermediarului de credit misiunea informării consumatorului asupra existenței dreptului de retragere a consimțământului și asupra modalității de exercitare a acestui drept (potestativ), atenționare care trebuie transmisă consumatorului într-un interval temporal de până la șapte zile de la momentul acordului de voințe, supus procedului formării progresive a consimțământului (dată fiind incidența dreptului de retragere al cărui titular este consumatorul).

Decizia CJUE din 12 decembrie 2024 în cauza C-300/23¹⁵ este relevantă pentru practicienii dreptului consumului pe 7 paliere,

¹⁴ Monika JÓZON, „Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, n. 4, 2017, pp. 157-166.

¹⁵ *Supra*, n. 3.

corespunzătoare celor șapte direcții interpretative trasate în dispozitivul hotărârii, centrate îndeosebi pe aspecte precum: (a) exigențele de transparență în raporturile precontractuale care conduc la formarea contractelor de credit B2C cu dobândă variabilă revin în sarcina profesionistului; (b) necomunicarea către consumator a informațiilor referitoare la ajustarea ratei dobânzii prin raportare la o marjă negativă deschide acestuia calea unei acțiuni în eliminarea clauzelor abuzive, în pofida faptului că clauza litigioasă trimite la un indice de referință oficial, ale cărui detalii au fost publicate într-un act administrativ.

I. Tratamentul juridic aplicabil selectării indicelui oficial pentru calculul dobânzii variabile

A. Implicații asupra exigențelor de transparență precontractuală

Exigențele de transparență¹⁶ în raporturile precontractuale care conduc la formarea contractelor de credit B2C cu dobândă variabilă, se referă la comunicarea clară, exactă și precisă a indicatorilor obiectivi pe suportul cărora se va proceda, lunar, la recalcularea ratei dobânzii aferente capitalului împrumutat. Despre acestea, se poate afirma că sunt respectate nu doar în cazurile în care creditorul profesionist comunică în manieră directă și nemijlocită aceste informații către debitorul consumator, facilitând astfel formarea consimțământului avizat al acestuia, ci și cazul unui comunicat oficial publicat de banca națională din respectivul stat-membru, act

¹⁶ Fabrizio ESPOSITO, Mateusz GROCHOWSKI, „The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration”, *European Review of Contract Law*, vol. 18, n. 1, 2022, pp. 1-31, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2022-2035>.

administrativ care conține o prezentare detaliată și adecvată a indicelui oficial folosit pentru calculul dobânzii variabile. Această soluție este consolidată de aspecte precum publicarea valorilor anterioare ale acestui indice într-un act oficial emis de instituțiile publice. Nu este, astfel, indispensabil ca profesionistul creditor să procedeze la informarea în mod neintermediat a consumatorului asupra valorii indicelui menționat și la evoluția anterioară a respectivului indice de calcul. Soluția se menține inclusiv în situațiile în care, prin prisma modului său de calcul, indicele în cauză (selectat, de regulă) pentru stabilirea valorii lunare a dobânzii variabile în contractul de credit B2C nu ar corespunde ratei dobânzii remuneratorii, ci dobânzii anuale efective (DAE), întrucât ar fi fost stabilit, în mod atipic, nu pentru calculul dobânzii lunare aplicabile capitalului împrumutat, ci pentru calcularea altor componente ale costului lunar al creditului, regăsite în cuantumul DAE. În ambele tipuri de situații, indiferent că indicele publicat în actul administrativ oficial ar fi fost selectat de către *proferens* în cuprinsul contractului de adeziune pentru calculul dobânzii remuneratorii variabile (fructele civile generate de capitalul împrumutat, în baza convenției părților) ori că ar fi fost selectat pentru alte componente ale dobânzii anuale efective, va fi suficientă menționarea sa în contract, precum și indicarea cu precizie a modalităților prin care consumatorul poate accesa sursa informațiilor, și anume textul integral al actului administrativ publicat oficial, fără a mai fi necesară pentru creditor o preluare integrală sau parțială a cuprinsului actului administrativ relevant și reproducerea acestuia în comunicările directe adresate debitorului consumator.

Rezolvarea menționată este însă condiționată de un nivel suficient de accesibilitate, prin prisma capacităților de înțelegere și vigilență ori de conduită asertivă specifice unui consumator mediu (aspect apreciat, în fiecare caz în parte, de către instanța de judecată), a informațiilor din actul

administrativ la care face trimitere documentul contractual și care ar conține detalii privind indicele de referință selectat. Rămâne necesară difuzarea către consumator a informațiilor precontractuale care fac trimitere la actul administrativ relevant, referitor la particularitățile sale și la consecințele ce pot fi văzute ca fiind implicate în conturarea consimțământului consumatorului, având ca scop evaluarea corectă a implicațiilor economice ale contractului de împrumut ipotecar propus. Ca o concluzie parțială, este responsabilitatea profesionistului să ofere consumatorului totalitatea informațiilor pe care reglementările naționale aplicabile la momentul încheierii contractului le impun pentru etapa precontractuală. Dacă profesionistul selectează pentru calculul dobânzii remuneratorii variabile (ori, *in extremis*, pentru calculul altor componente ale DAE) un indice de referință detaliat într-un act administrativ publicat de către o autoritate publică ori de către banca națională, va fi necesar să furnizeze consumatorului repere clarificatoare cu privire la accesarea acestor informații. Modalitatea de accesare, de către debitor (pe cont propriu, însă în baza reperelor înaintate de către profesionist), a textului actului administrativ relevant, din care se desprind elementele caracteriale pentru indicele de referință selectat în contractul B2C trebuie indicată expres consumatorului.

B. Omiterea dolosivă a comunicării informațiilor referitoare la ajustarea ratei dobânzii prin raportare la o marjă negativă

Consumatorului îi rămâne deschisă calea unei acțiuni în eliminarea clauzelor abuzive în ipoteza în care clauza litigioasă s-ar referi la selectarea (pentru calculul dobânzii remuneratorii variabile sau pentru calculul altor componente ale DAE) unui indice de referință publicat într-un act administrativ, iar profesionistul ar fi omis să informeze consumatorul asupra necesității acestor ajustări periodice. Fiind vorba despre raporturi de dreptul consumului, reaua-credință a profesionistului ori intenția dolosivă a acestuia se prezumă (prezumție relativă), prin prisma posedării cunoștințelor relevante în aria sa de activitate, rămânând ca misiunea creditorului, în materie de probațiune, să fie aceea de a răsturna prezumția relei-credințe care planează asupra comportamentului său precontractual, în contextul în care, deliberat ori dintr-o neglijență nescuzabilă, a omis să deconspire consumatorului necesitatea aplicării unei marje negative, aspect care ar putea afecta previziunile financiare ale debitorului consumator, reprezentând, astfel, un element indispensabil pentru „maturarea” consimțământului acestuia. Din nou, dispozitivul hotărârii CJUE în cauza C-300/23¹⁷ face trimitere la standardul consumatorului mediu, iar acțiunea în eliminarea clauzei abuzive referitoare la selectarea unui indice de referință (publicat într-un act administrativ) care ar implica, pe parcursul evoluției sale, ajustări ca marjă negativă pentru alinierea la un prag valoric mediu pe piața respectivelor servicii de finanțare va fi admisibilă dacă informațiile esențiale au fost inaccesibile *de facto* unui consumator mediu, în absența avertismentului care ar fi trebuit enunțat expres și direct de către profesionistul creditor.

¹⁷ *Supra*, n. 3.

Este semnificativ, prin urmare, pentru evaluarea posibilei eliminări, prin prisma caracterului său abuziv, a clauzei litigioase faptul că această clauză se referă la respectivul indice fără a menționa și necesitatea ajustării periodice prin aplicarea unei marje negative, cu efecte potențial dezavantajoase pentru debitor. În contextul în care informațiile din actul administrativ care a stabilit elementele caracteriale ale indicelui de referință arată că, din cauza particularităților calculului său, ar fi necesară aplicarea unei marje negative, însăși clauza de selectare a modalității de calcul periodic al dobânzii variabile practicate în contractul de credit B2C ar fi compromisă, sub aspectul opozabilității sale *inter partes*. Neproducând efecte contra consumatorului, clauza abuzivă este inopozabilă în raporturile cu *adherens*, permițând instanței, din oficiu sau la cerere, să dispună eliminarea acesteia, cu acordul debitorului. În principiu, instanța națională va elimina clauza abuzivă, invitând părțile să negocieze clauzele privitoare la dobânda variabilă, care să colmateze lacunele contractuale generate și să înlocuiască clauza eliminată fără de care raporturile contractuale nu pot continua. Date fiind implicațiile asupra caracterului oneros al operațiunii de creditare, clauza elaborată unilateral de către *proferens*, care omite detaliile referitoare la aplicarea marjei negative de ajustare a procentului dobânzii variabile va deveni, prin decizia instanței, inutilizabilă în raporturile cu *adherens*.

Merită reamintit că, pe baza criteriilor prevăzute la art. 4, par. (2) și art. 6, paragraf final din Directiva 93/13/CEE, adaptată prin Directiva 2019/2161, evaluarea naturii dezechilibrate¹⁸ a clauzei implică excluderea din domeniul de aplicare al analizei alocate caracterului abuziv, implicând asimetrii ostensibile ori dezechilibre contractuale semnificative, a clauzelor

¹⁸ Juanita GOICOVICI, „Elementele constitutive ale practicilor comerciale neloiale...”, *supra*, n. 10, p. 92.

referitoare la principalele efecte oneroase, dacă au fost enunțate într-un limbaj simplu, clar și inteligibil prin raportare la capacitățile comprehensive ale consumatorului mediu. Or, intervenția instanței pentru analizarea caracterului abuziv al clauzei (care a stabilit elementele caracteriale ale indicelui de referință pentru dobânda variabilă, omițând mențiunile referitoare la aplicarea periodică ulterioară a unei marje negative pentru a corela dobânda anuală efectivă a operațiunii cu nivelul DAE mediu practicat pe piață) este justificată de însăși lipsa de transparență, în raporturile cu consumatorul, a clauzelor referitoare la aspectele oneroase esențiale ale contractării creditului. Din nou, în mod ostensibil, cerința enunțată reverberează nu numai în planul inteligibilității în sens gramatical¹⁹ pentru consumatorul cu capacități medii de înțelegere, ci și în planul „decriptării” pentru debitorul profan a implicațiilor economice atrase în patrimoniul acestuia prin acceptarea clauzei propuse de *proferens*.

C. Situații în care DAE cuprinde elemente de ajustare periodică

Ipotezele în care *proferens* a propus, în contractul de adeziune²⁰, o clauză care trimite la elemente de ajustare periodică ar putea implica inclusiv situații în care consumatorul ar contesta eficacitatea juridică și opozabilitatea *inter partes*²¹ a înseși clauzei care gestionează modul de calcul al dobânzii variabile, prevedere contractuală pe care o suspectează că ar fi abuzivă. În aceste cazuri, interpretarea reținută de judecătorii CJUE este în direcția

¹⁹ Pentru detalii, a se consulta Judit FAZEKAS, „The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation – before and after Kásler”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, n. 3, 2017, pp. 99-106.

²⁰ Juanita GOICOVICI, Elementele constitutive ale practicilor comerciale neloiale..., *supra*, n.10, p. 94.

²¹ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, *supra*, n. 8, p. 102.

imposibilității invalidării automate a înseși clauzei privitoare la calculul dobânzii variabile, dacă eliminarea clauzei s-ar fonda exclusiv pe faptul că au fost invalidate în alte litigii, de către alte complete de judecată, clauzele care gestionau elementele DAE luate ca reper în contractul litigios din care face parte clauza privitoare la dobânda variabilă contestată de consumator. Soluția interpretativă propusă de CJUE este echilibrată, întrucât inopozabilitatea clauzei litigioase nu poate fi acroșată invalidării altor clauze care gestionează elementele la care clauza face referire, respectiv nu poate fi atrasă de invalidarea²² unor prevederi din contractele unor terți, chiar dacă inclusiv în contractul litigios a fost selectată ca reper o modalitate similară de calcul, ci se va aprecia în ce măsură clauza litigioasă a generat pentru consumator o formă de dezechilibru procesual ori economic semnificativ, neignorabil și care necesită intervenția instanței de judecată, în sensul eliminării respectivelor disparități.

D. Prezumarea relativă a relei-credințe a profesionistului creditor

Prezumarea bunei-credințe a lui *proferens* la momentul selectării unilaterale a versiunii clauzelor contractuale care vor fi propuse lui *adherens*, deși prezintă caracterul unei reguli indeniabile în cadrul raporturilor civile/comerciale clasice, este inaplicabilă în raporturile dintre profesioniști și consumatori²³, luând ca reper un indice de referință publicat într-un act administrativ, dar care prevede aplicarea periodică a unei marje negative de

²² Francisco DE ELIZALDE, „Partial Invalidity for Unfair Terms? CJEU in Abanca – C-70 & 179/17”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, n. 4, 2019, pp. 147-149, online:

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal%20of%20European%20Consumer%20and%20Market%20Law/8.4/EuCML2019027>.

²³ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, supra, n. 8, p. 102.

ajustare a valorii ratei, aspect asupra căruia consumatorul nu a fost înștiințat la momentul contractării împrumutului. Argumentul că debitorul consumator s-ar fi putut informa pe cont propriu asupra implicațiilor economice ale ajustărilor ulterioare rezultate din aplicarea marjei negative nu poate fi acceptat, în absența unor informații precontractuale²⁴ furnizate de creditorul profesionist, menite să ghideze consumatorul. „Mascarea” elementelor ce țin de aplicarea ulterioară a unei marje negative menite să ajusteze rata dobânzii nu permite instanței să mai rețină buna-credință a lui *proferens*, bazată doar pe argumentul că indicele de referință, precum și detaliile privitoare la marja negativă figurau în actul administrativ publicat. Totodată, s-a evidențiat în dispozitivul interpretativ al deciziei CJUE în cauza 300/23²⁵, pg. (4), că abordarea naturii abuzive a clauzei litigioase are loc din perspectiva contingentelor cauzei. Elementele de apreciere care pot servi instanței în conturarea soluției ar fi cele care țin de nerespectarea exigențelor de transparență în etapa precontractuală. În perimetrul raporturilor dintre profesioniști și consumatori, acest raționament atrage aplicarea unei prezumții relative de rea-credință aplicabile conduitei profesionistului care este prezumat a fi posesorul cunoștințelor și al informațiilor esențiale privind implicațiile economice ale clauzelor selectate. Prin urmare, faptul că profesionistul nu a deconspirat aceste aspecte consumatorului la momentul formării acordului de voințe atrage prezumarea intenției sale dolosive (ori, după caz, a neglijenței nescuzabile). La antipodul raționamentului aplicabil administrării probatoriului în litigiile civile/comerciale clasice, abordarea clauzei abuzive implică inversarea sarcinii probei, revenind profesionistului

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Supra*, n. 3.

misiunea de a răsturna prezumția relei-credințe care i se aplică în astfel de contexte.

De asemenea, în aprecierea caracterului abuziv al clauzei de ajustare a ratei dobânzii, instanța va putea proceda la compararea modalității de calcul al ratei dobânzilor selectată în contractul de credit supus analizei și modalitățile de calcul reținute prin uzanțele pieței de servicii de finanțare relevante. Deși uzanțele bancare nu sunt direct opozabile consumatorului²⁶, care nu se numără printre actorii acestor piețe de servicii, acestea pot servi profesionistului în încercarea de persuadare a instanței asupra faptului că nu ar fi procedat în manieră dolosivă²⁷ la inserarea unor asemenea prevederi contractuale neexplicite în manieră ostensibilă consumatorului, în ideea răsturnării prezumției de rea-credință²⁸ ori de comportament dolosiv care planează asupra lui *proferens*. Din nou, este reiterată mențiunea din dispozitivul hotărârii CJUE în cauza *Kutxabank*, potrivit căreia simplul fapt că profesionistul a recurs la adoptarea unui indice de referință publicat într-un act administrativ oficial nu reprezintă *per se* un element disculpator în beneficiul profesionistului. Acest element nu permite să se fondeze o eventuală prezumție relativă a bunei-credințe a lui *proferens*, într-un context în care, în realitate, acesta din urmă nu a dezvăluit consumatorului, la momentul formării contractului, decât reperele privind consultarea actului oficial. Fără a-i semna consumatorului existența unor potențiale implicații financiare negative atrase de aplicarea periodică a unei marje negative de ajustare a dobânzii variabile și fără a-i atrage atenția asupra acestor implicații

²⁶ *Idem*, pp. 176-177.

²⁷ Gert STRAETMANS, „Misleading practices, the consumer information model and consumer protection”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, n. 5, 2016, pp. 199-210.

²⁸ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, supra n. 8, p. 176.

economice ale clauzelor, comportamentul profesionistului se apropie de noțiunea dolului prin reticență²⁹.

Argumentația eventual înaintată de creditorul profesionist, potrivit căreia consumatorul debitor ar fi putut lectura aceste elemente (privitoare la incidența marjei negative) în cuprinsul actului administrativ publicat oficial (în speță, de către banca națională a statului-membru) nu servește creditorului la eliminarea suspiciunilor de dol care planează asupra sa. Aceasta deoarece, în raporturile cu debitorul profan, raportat la etalonul „consumatorului mediu”, operează exigențele specifice principiului transparenței. De unde ar rezulta că, deși, pentru restul elementelor de calcul al dobânzii variabile ar fi fost suficientă trimiterea la cuprinsul actului oficial care publica indicele de referință selectat de creditor, fără a mai fi necesară preluarea expresă a acelor informații de către profesionist și reiterarea lor directă în raporturile cu consumatorul, nu tot astfel stau lucrurile în privința aspectelor ce țin de aplicarea marjei negative de calcul în detrimentul consumatorului, aspecte care ar fi necesitat clarificări suplimentare pentru formarea consimțământului avizat al lui *adherens*.

E. Dezechilibrul ostensibil generat prin raportare la interesele financiare ale consumatorului

În cauza C-300/23³⁰ s-a ridicat, de asemenea, problema dacă, în vederea evaluării caracterului dezechilibrat al unei clauze în funcție de un indice de referință specificat (cum ar fi cel publicat de către banca națională din statul-membru respectiv), ar prezenta sau nu relevanță metodele de calcul utilizate în mod curent de către ceilalți furnizori de servicii de finanțare.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Supra*, n. 3.

Raportarea comparativă ar urma să se facă luând ca reper împrumuturile cu valoare și durată similare celor stipulate în contractul litigios, interpretare care a fost validată de către judecătorii CJUE, care au reliefat că aceste elemente comparative pot prezenta interes dacă ar permite instanței să evalueze potențialul clauzei litigioase de a cauza un dezechilibru³¹ ostensibil, generând un efect economic nefavorabil pentru consumator. Elementele contractuale care ar fi angajate în detrimentul intereselor financiare ale consumatorului în temeiul prevederii din contractul de adeziune care se referă la modalitatea de calcul a dobânzii variabile selectate de *proferens*, fără posibilitatea ca eventualele propuneri ale lui *adherens* să fie validate, ar putea fi apreciate ca abuzive tocmai prin prisma discrepanței dintre acestea și prevederile la care recurgeau la acel moment competitorii de pe piața serviciilor de creditare relevantă, respectiv uzanțele contractuale în raporturile cu consumatorii pe piața respectivă.

Incompletitudinea contractuală³² la care a recurs profesionistul ar putea reprezenta o posibilă strategie de manipulare a textului clauzei incomplete în favoarea sa, în eventualitatea unei dispute ulterioare ori de a manevra în interes propriu efectele clauzei neclare, incomplete, susceptibile de multiple accepțiuni, privitoare la calculul dobânzii remuneratorii variabile.

³¹ Melvin TJON AKON, „The Unfairness of Personalised Price Terms in Consumer Credit Products”, *European Review of Contract Law*, vol. 20, n. 1, 2024, pp. 77-104, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2024-2003>.

³² Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, *supra*, n. 8, p. 91.

F. Recurgerea la normele supletive din dreptul național, fără posibilitatea completării contractului de către instanța de judecată

Iποτεzele vizate sunt cele în care s-ar constata, de către instanța de judecată investită cu soluționarea acțiunii în eliminarea clauzelor abuzive (sau care ar fi examinat din oficiu caracterul abuziv al unor prevederi contractuale³³) că clauza litigioasă prezintă caracter abuziv, instanțele naționale³⁴ oscilând între desființarea retroactivă a contractului de credit (cu consecința obligării imediate a consumatorului debitor³⁵ la rambursarea capitalului) sau introducerea unei norme supletive, după cum rezultă din considerentul (52) din Ordonanța CJUE din 17 noiembrie 2021, *Gómez del Moral Guasch* (C-655/20³⁶).

³³ Juanita GOICOVICI, „Aprecieria caracterului abuziv al clauzelor contractuale în cazuistica recentă a CJUE și impactul acesteia asupra jurisprudenței naționale: schimbări palpabile sau implicare secvențială?”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVI/II, 2020, pp. 47-63

³⁴ Emilia MIȘCENIĆ, Piotr TERESZKIEWICZ, Marta INFANTINO, „The Interplay Between the CJEU and National Courts in the Case Law on Unfair Contract Terms in Foreign Currency Loans: A Comparative Overview”, *European Review of Contract Law*, vol. 19, n. 4, 2023, pp. 346-374, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2023-2021>.

³⁵ Nicolae-Horia ȚIȚ, „Încuviințarea executării silite a debitorului consumator-exigențe europene, realități naționale”, *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, vol. 66, n. 2, 2020, pp. 91-110, online: https://pub.law.uaic.ro/files/articole/2020/2020_ii/06_tit.pdf, arhivă: <https://perma.cc/S7ER-RK2H>.

³⁶ CJUE, C9, C-655/20, din 17.11.2021, *Gómez del Moral Guasch vs. Bankia SA*, ECLI:EU:C:2021:943, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62020CO0655>.

Astfel de clauze relative la prețul serviciilor ori la costul total al creditului, respectiv la cuantumul dobânzii remuneratorii practicate nu pot fi examinate de către instanță din perspectiva caracterului dezechilibrat³⁷ decât dacă sunt atacate prin prisma neconformării profesionistului care le-a propus, la exigențele obligației de transparență și claritate contractuală în raporturile cu consumatorii (comportament care, în termeni clasici, s-ar apropia de noțiunea dolului prin reticență sau a dolului omisiv, putând fi, însă, vorba și despre un dol comisiv, dacă reiese că profesionistul a recurs în mod deliberat la strategia incompletitudinii contractuale, animat de intenția manipulării ulterioare în beneficiul său a caracterului incomplet, neclar, obscur ori evaziv al clauzei litigioase).

În cauza 300/23³⁸, judecătorii CJUE au reținut că, în contextul afectării existenței pentru viitor a contractului de împrumut în urma extirpării de către instanța de judecată a clauzei abuzive referitoare la calculul dobânzii remuneratorii variabile, iar desființarea contractului³⁹ ar angaja consecințe excesiv de nefavorabile consumatorului, rămâne deschisă instanței naționale posibilitatea înlocuirii clauzei eliminate cu o normă supletivă preluată din legislația națională. Se menține însă imposibilitatea modificării cuprinsului contractului⁴⁰ prin intervenția directă a instanței de judecată, concretizată în

³⁷ Aneta WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, „Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loans”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, n. 5, 2020, pp. 206-212.

³⁸ *Supra*, n. 3.

³⁹ Juanita GOICOVICI, „Consumatorul aparent și profesionistul veritabil: frontierele (volutele) noțiunii de «consumator»”, în Adriana ALMĂȘAN, Ioana VÂRSTA, Cristina Elisabeta ZAMȘA (coord.), *In honorem Flavius Antoniu Baias. Aparența în drept*, Ed. Hamangiu, București, 2021, vol. 2, pp. 727-752.

⁴⁰ Marco FARINA, „Unfair Terms and Supplementation of the Contract”, *European Review of Private Law*, vol. 29, n. 3, 2021, pp. 441-462, online: <https://doi.org/10.54648/erpl2021023>.

crearea de noi norme contractuale (pe care doar părțile le-ar putea negocia) ori prin adăugarea de către judecătorul național a unor prevederi contractuale care nu s-ar regăsi în legislația națională (supletivă), ci ar fi rodul viziunii instanței asupra colmatării lacunelor contractuale rămase în urma eliminării clauzelor abuzive; după cum se evidențiază în dispozitivul hotărârii CJUE în cauza 300/23, este interzis instanței naționale să creeze prevederi contractuale impuse părților, respectiv să modifice clauze abuzivă⁴¹. Prohibiția completării contractului a fost reținută inclusiv în Ordonanța CJUE din 7 decembrie 2022, în cauza C-566/21⁴².

G. Inexistența dreptului creditorului la dobânda remuneratorie aferentă neutilizării capitalului, în ipoteza desființării retroactive a contractului

Direcția interpretativă trasată în cauza C-300/23 ar putea părea o sancțiune exorbitantă prin prisma principiilor dreptului civil clasic, focusat pe recompensarea creditorului pentru pierderile înregistrate într-un anumit interval de timp, ca urmare a deplasării unei sume de bani dinspre patrimoniul său către patrimoniul debitorului. Este avut în vedere un interval în care creditorul a fost privat de posibilitatea de a fructifica respectivul capital, ceea ce ar justifica dreptul său la dobânda legală, acompaniind dreptul de creanță corespunzător obligației de restituire care incumbă debitorului.

În sialul hotărârii CJUE în cauza *Kutxabank*, se reține că profesionistul creditor nu trebuie încurajat să recurgă la introducerea de clauze abuzive în contractul de adeziune, mizând, ulterior, pe posibilitatea

⁴¹ CJUE, C-300/23, *supra* n. 3, p. 172 pct. 6).

⁴² CJUE, C9, C-566/21, din 07.12.2022, S. vs. A.A., ECLI:EU:C:2022:980, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:62021CO0566>.

recuperării unor dobânzi remuneratorii corespunzătoare dobânzii legale, pentru intervalul de timp de până la desființarea retroactivă a contractului (situație generatoare a obligației de restituire a capitalului rămas de rambursat) drept consecință a eliminării clauzei netransparente care atingea efectele oneroase ale contractului, cum ar fi clauza privitoare la modalitatea de calcul a dobânzii variabile. Suplimentar, se poate argumenta că însuși principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ar împiedica profesionistul să solicite plata dobânzii legale în astfel de situații, acestuia nefiindu-i permis să profite de propriul comportament ilicit (dată fiind prohibiția din debutul Directivei 93/13 de a utiliza clauze abuzive).

II. Excesul de informație, ca versiune a comportamentului dolosiv *versus* strategiile manipulative bazate pe incompletitudine contractuală

Caracterul exorbitant al informațiilor⁴³ transmise consumatorului în etapa precontractuală, furnizarea unei cantități exagerate de informații⁴⁴ (în special prin includerea unei multiple de informații redundante în textul standardizat al contractului⁴⁵) poate constitui o tactică de persuasiune utilizată de profesioniști în interacțiunile cu consumatorii, ca parte a unei strategii în care, sub pretextul oferirii de explicații terminologice suplimentare sau detalii despre efectele juridice importante, se urmărește, ca scop final, distragerea atenției ori vigilenței consumatorului⁴⁶ de la aspectele esențiale ale contractului astfel creat, inclusiv din perspectiva onerozității

⁴³ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, supra, n. 8, p. 101.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Idem*, p. 102.

⁴⁶ *Ibidem*.

acestui, imprimată de anumite clauze cu efecte dezechilibrate⁴⁷. Informarea consumatorului trebuie să aibă loc fără a încălca excesiv textul propriu-zis al contractului cu explicații stufoase privind diferitele aspecte corelative contractării, întrucât o asemenea manieră de abordare ar putea deturna vigilența consumatorului dinspre termenii esențiali ai contractului și dinspre gravitatea consecințelor economice angajate de acceptarea anumitor clauze. Apreciem că omiterea dolosivă de către comerciant a informării explicite a consumatorului asupra faptului posibilității retragerii din contract a consumatorului în intervalul legal, respectiv includerea unor informații suplimentare în corpul principal al contractului, inadecvate prin volum, ar urma să fie tratată ca o practică comercială neloială asimilată dolului, cu toate consecințele care decurg dintr-o asemenea calificare.

Prin prisma prevederilor Directivei 2023/2225, în special în baza explicațiilor din considerentul (37), facilitarea pentru consumatori a înțelegerii termenilor contractuali, încât să fie capabili să îi compare cu versiunile contractuale mai mult sau mai puțin oneroase propuse în ofertele altor furnizori de servicii de finanțare, depinde de anumite rigori care devin aplicabile manierei în care sunt furnizate aceste informații potențialilor debitori: (a) informațiile esențiale vor fi incluse în debutul formularului informativ; (b) profesionistul se va asigura că, în acest context, consumatorii pot accesa informațiile decisive, inclusiv când canalul de acces este ecranul unui telefon mobil; (c) afișarea pe cel mult două pagini a elementelor principale ale creditării este obligatorie; (d) *proferens* ar trebui să aloce atenție unor exigențe de transparență a formulării clauzelor prin raportare la nivelul de comprehensibilitate adaptat consumatorului mediu; (e) de asemenea, asigurarea accesului la informațiile esențiale aferente conținutului

⁴⁷ Juanita GOICOVICI, Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor..., *supra*, n. 33, pp. 49-50.

ofertei de creditare în condiții de egalitate, nediscriminatorii va implica, pentru profesionist, obligativitatea afișării informațiilor pe diferitele canale alternative disponibile (precum accesarea paginii web a furnizorului serviciilor de finanțare, accesarea versiunii tipărite a condițiilor de contractare, transmiterea acestora prin email, consultarea la ghișeul instituției bancare, consultarea informațiilor publicate într-un act oficial etc.).

Extremele caracteriale pentru comportamentul dolosiv al profesionistului, în ipostaza de *proferens*, vizează versiunea includerii unei cantități de informație inadecvate ori inaccesibile prin volum consumatorului, respectiv, la antipodul acestei strategii, poate fi identificat cazul profesionistului care a omis, în mod intenționat, ca tactică de manipulare a unei eventuale interpretări a clauzei neclare ori ca formă de incompletitudine contractuală „planificată”, să includă expres în textul contractului pe care l-a redactat unilateral mențiuni cu privire la aplicarea unei marje negative de ajustare a ratei dobânzii remuneratorii care ar putea genera efecte economice nefavorabile pentru consumator. Ambele strategii sunt prohibite, fiind incompatibile cu rigorile de transparență și loialitate aplicate profesioniștilor la momentul formării contractului de adeziune. Interzicerea acordării dobânzii remuneratorii aferente sumelor reintrate în patrimoniul creditorului ar urma să sancționeze încălcarea, de către creditorul profesionist, a prohibiției includerii de clauze abuzive în contractele al căror text este redactat unilateral de către profesionist, formate fără posibilitatea acordată consumatorului de a propune modificarea unora dintre aceste clauze ori de a negocia cuprinsul contractului.

III. Refuzarea *versus* acceptarea de către consumator a eliminării clauzelor abuzive care gestionează efectele oneroase ale contractului

A. Dreptul potestativ al consumatorului de a se prevala de constatarea caracterului abuziv al clauzelor

Elementul care diferențiază ostensibil sancțiunea nulității absolute de cea a inopozabilității *inter partes* a clauzelor abuzive rezidă în însuși faptul că, spre deosebire de regimul aplicabil clauzelor afectate de nulitate absolută, fără posibilitatea confirmării de către una dintre părțile litigante, dimpotrivă, în perimetrul examinării clauzelor abuzive (din oficiu ori la cerere), invalidarea clauzelor litigioase depinde de decizia consumatorului de a le menține în contract ori de a se prevala de caracterul abuziv al acestora. Dreptul unional al consumului nu cuprinde prevederi exprese asupra modalității de exercițiu al acestui drept potestativ de opțiune avându-l ca titular pe consumator, astfel încât în practica judiciară a statelor membre pot fi regăsite soluții discrepante și neomogene. De pildă, o posibilă versiune de gestionare a exercitării respectivului drept potestativ ar consta în pronunțarea de către instanță a hotărârii, la cerere sau din oficiu, posterior plasării în dezbateră părților a acestor aspecte, respectând principiul contradictorialității; ulterior, decizia instanței de invalidare a clauzei va fi comunicată inclusiv consumatorului, fixând în cuprinsul comunicării un interval de exercitare a dreptului de a se prevala ori de a refuza să se prevaleze de caracterul abuziv al clauzei, optând eventual pentru menținerea acesteia (de exemplu, în cazurile în care a negociat elemente mai favorabile pe celelalte paliere contractuale, la propunerea profesionistului, ceea ce ar face tolerabilă clauza dezavantajoasă al cărei caracter abuziv ar fi fost constatat).

În cea de a doua versiune procedurală, dreptul de opțiune pentru preservarea ori eliminarea clauzei dezechilibrate ar putea fi exercitat de consumator în cursul dezbaterilor pe fond, mai înainte de pronunțarea deciziei instanței. În ambele variante, dacă debitorul consumator refuză eliminarea clauzei litigioase, instanța de judecată va lua act de această opțiune, fără a putea invalida clauza examinată. Această caracteristică procedurală desparte sancțiunea aplicabilă clauzelor abuzive (inopozabilitatea între părți sau reputarea clauzei ca nescrisă) de sancțiunea clasică a nulității absolute, ultima neputând fi confirmată de părțile litigante, fiind, prin urmare incompatibilă cu intervenția vreunui drept potestativ de opțiune a consumatorului pentru menținerea clauzei. Dacă acest element separă sancțiunea nulității absolute de cea a reputării clauzei ca nescrisă, ceea ce le apropie este caracterul imprescriptibil al dreptului la acțiune în cazul amândurora. Comparativ cu regimul nulității relative, de protecție a intereselor private, acțiune în eliminarea clauzei, valorificând sancțiunea aplicabilă clauzelor abuzive (reputarea ca nescrisă a acestora, reprezentând o specie de inopozabilitate *inter partes*, ca formă de ineficacitate) este imprescriptibilă, în timp ce acțiunea în pronunțarea nulității relative este supusă termenului de prescripție. Cea de a doua deosebire intervine pe palierul naturii intereselor protejate, întrucât cazurile de nulitate relativă ocrotesc interese individuale, private, în timp ce normele prohibitorii incidente în materia contractelor de adeziune conținând clauze abuzive ocrotesc nu doar fațeta intereselor private ale consumatorului implicat, ci și interesele generale ale grupurilor de consumatori, luând ca etalon „consumatorul mediu”.

B. Implicații în materia obligațiilor asociate efectului retroactiv al desființării contractului de credit

Dacă, posterior eliminării de către instanță a clauzei abuzive privitoare la elementele oneroase ale convenției, contractul nu poate supraviețui, întrucât invalidarea clauzei litigioase a contaminat întregul obiect contractual (precum în cazul contractelor de credit care, dacă nu este identificată o normă-surogat supletivă ori dacă părțile eşuează în a înlocui clauza litigioasă în urma renegocierii, încetează cu efecte retroactive în urma reputării ca nescrisă a clauzei netransparente privitoare la dobânda variabilă), va fi activată obligația debitorului consumator de a restitui imediat, în întregime, restul capitalului împrumutat (diferența dintre ratele achitate anterior și valoarea capitalului accesat), un astfel de efect putând avea consecințe financiare defavorabile ori chiar dezastruoase pentru consumator. Prin urmare, una din rațiunile care justifică existența dreptului de opțiune aparținând consumatorului pentru menținerea clauzei dezechilibrate/netransparente (ori, dimpotrivă, de a se prevala de caracterul abuziv al acesteia, achiesând la decizia instanței, de eliminare a clauzei) rezidă tocmai în posibilitatea de a gestiona situațiile în care, deși ar câștiga pe fond, obținând admiterea eliminării clauzei al cărei caracter dezechilibrat ar fi constatat, decizia s-ar solda cu activarea obligației de rambursare imediată a capitalului împrumutat, obligație care, pentru o parte din consumator, nu ar putea fi executată voluntar, condiționată fiind de inexistența resurselor financiare disponibile. De altfel, una dintre întrebările adresate CJUE în cauza C-300/23 a fost aceea de a stabili dacă, atunci când desființarea contractului în ansamblul său (drept consecință a eliminării clauzei care afecta caracterul oneros al convenției) ar acroșa pentru consumator efecte financiare extrem de dăunătoare, ar subzista obligația instanței naționale de a proceda la

substituirea clauzei eliminate cu o normă supletivă disponibilă în legislația internă, iar în caz de refuz al acestei rezolvări ca nefiind concordante cu exigențele dreptului unional, dacă instanța poate corecta retroactiv situația prin includerea în calculul dobânzii a unui element care să corijeze aspectele dezechilibrate, întrebare căreia i s-a răspuns afirmativ.

S-a evidențiat, totodată, că exigibilitatea imediată a creanței privind rambursarea capitalului împrumutat ar putea depăși capacitățile financiare ale debitorului, vulnerabilizând poziția procesuală a acestuia, rezolvarea tinzând să aibă un indezirabil efect penalizator asupra consumatorului⁴⁸, deși cel vizat de consecințele penalizatoare ar trebui să fie creditorul care, în calitate de *proferens*, a recurs la inserarea unor clauze abuzive.

⁴⁸ CJUE, C1, C-269/19, din 25.11.2020, Banca B. vs. A.A.A., ECLI:EU:C:2020:954, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0269>.

Concluzii

Principală concluzie care se desprinde din decizia CJUE în cauza C-300/23 este aceea că, prin prisma exigențelor transparenței contractuale care să permită formarea unui consimțământ avizat al consumatorului, creditorul este dispensat de sarcina informării directe a consumatorului, în măsura în care detaliile relative la acest indice au fost publicate într-un act oficial al instituțiilor publice. Ar rezulta, din acest raționament, că profesionistului nu i se solicită să-l informeze pe debitor, preluând și reiterând mențiunile din actul administrativ oficial, fiind suficient să facă trimitere, cu claritate, la modalitățile pe care le are la dispoziție consumatorul pentru consultarea textului actului administrativ. La antipod, soluția se inversează în privința incidenței unei marje negative de ajustare a ratei dobânzii, care ar fi menționată, la rândul său, în actul administrativ, însă nu a fost reluată în textul contractului de credit. Deși ar antrena pentru viitor efecte economice potențial defavorabile consumatorului profan, asemenea marje negative implică obligația profesionistului de a atenționa expres consumatorul la momentul încheierii contractului (obligația precontractuală de informare) și de a reitera precizările despre aplicarea periodică a marjei negative, în cuprinsul contractului printr-o clauză explicită (obligația respectării formalismului informativ⁴⁹).

Prezumția [relativă a] bunei-credințe este inaplicabilă în beneficiul creditorului profesionist care a omis, în mod deliberat (ca strategie de manipulare a unei eventuale interpretări a clauzei neclare, ca formă de incompletitudine contractuală „programată”) ori din neglijență grosieră,

⁴⁹ Juanita GOICOVICI, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, supra, n. 8, pp. 85-88.

nescuzabilă, să insereze expres în cuprinsul contractului la a cărui redactare unilaterală a procedat, în calitate de *proferens*, a mențiunilor privitoare la incidența unei marje negative de ajustare a ratei dobânzii remuneratorii care ar avea potențialul de a genera consecințe economice defavorabile pentru consumator. Fiind vorba despre raporturi de consum caracterizate prin forme mai mult sau mai puțin avansate de inegalitate informațională⁵⁰, economică⁵¹ ori psihologică între partenerii contractuali, este incidentă prezumția relativă a relei-credințe, forțată pretorian contra profesionistului creditor în astfel de cazuri. Instanța națională va permite profesionistului, în etapa dezbaterii pe fond, să inverseze această prezumție a comportamentului netransparent ori dolosiv. Prezintă relevanță inclusiv o abordare comparativă la care ar recurge instanța investită cu acțiunea în eliminarea clauzei abuzive, și anume compararea manierei în care a procedat profesionistul pârât cu uzanțele acceptabile pe piața serviciilor de finanțare relevantă și care ar fi respectate de către concurenții profesionistului pârât.

Decizia CJUE în cauza C-300/23 reiterează principiul conform căruia este interzis instanței să (re)construiască elementele oneroase ale contractului prin înlocuirea clauzei compromise⁵² cu o versiune elaborată de către judecătorul național, în situațiile în care amputarea clauzei abuzive din contractul de împrumut, referitoare la o modalitate de calcul netransparentă

⁵⁰ Maddalena GINESTRI, „Equality or Superiority of the Weak Party? Consumer Protection and the Issues at Stake”, *European Review of Contract Law*, vol. 19, n. 4, 2023, pp. 375-393, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2023-2022>.

⁵¹ Juanita GOICOVICI, „Clauze abuzive versus clauze lezionare în contractele consumatorilor”, *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, vol. 59, n. 4, 2014, pp. 83-98, online: <https://studia.law.ubbcluj.ro/index.php/iurisprudentia/article/view/1102>, arhivă: <https://perma.cc/C58V-ZTCG>.

⁵² Juanita GOICOVICI, *Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor....*, *supra* n. 33, pp. 61-62.

ori insuficient de clară aplicabilă dobânzii variabile, ar atrage desființarea contractului în întregime, cu efecte retroactive, întrucât acesta nu ar putea supraviețui în absența clauzei eliminate, fiindu-i afectat însuși caracterul esențialmente oneros⁵³, iar instanța de judecată nu ar avea la îndemână, în dreptul național, norme supletive care să servească drept surogat pentru clauza eliminată.

Remarcabilă, ca element interpretativ conturat în decizia CJUE în cauza C-300/23, rămâne inexistența dreptului creditorului profesionist de a percepe dobânda legală remuneratorie (ori o eventuală dobândă convențională) pentru intervalul de timp în care a fost privat de fondurile împrumutate, pe care consumatorul le-a exploatat până la momentul rambursării integrale a capitalului ca urmare a desființării retroactive a contractului de credit, posterior eliminării clauzei abuzive privitoare la calculul netransparent al dobânzii variabile (desigur, în ipotezele în care fie părțile nu au ajuns la un consens în urma negocierii clauzei de înlocuire, fie instanța nu a identificat în dreptul național o prevedere legală supletivă care să gestioneze problema dobânzii variabile în absența acordului părților). În interpretarea dispozițiilor art. 6, alin. (1) și ale art. 7, alin. (1) din Directiva 93/13, cu modificările aduse prin Directiva 2019/2161, CJUE a reținut că este inadmisibilă (inadecvată, prin prisma prevederilor din dreptul unional) solicitarea profesionistului de a i se rambursa cuantumul capitalului majorat cu dobânzile de la data virării sumelor în contul consumatorului. Dată fiind prohibiția generală din debutul textului Directivei 93/13 privitoare la recurgerea de către profesioniști la inserarea de clauze abuzive (interzise în mod absolut în dreptul consumului), o asemenea rezolvare este logică,

⁵³ Juanita GOICOVICI, *Creditele pentru consum și de investiții imobiliare...*, supra n. 11, pp. 114-121.

întrucât soluția contrară, de admitere a cererii profesionistului pârât de a primi o dobândă remuneratorie care să acopere elemente din categoria *lucrum cessans*⁵⁴ ar fi dificil de conciliat atât cu principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, cât și cu ideea că profesioniștii serviciilor de creditare ar trebui descurajați să practice clauze abuzive privind calculul dobânzii variabile, interzicându-li-se să perceapă avantaje în urma încălcării prohibiției de a utiliza clauze abuzive.

În fine, decizia CJUE în cauza 300/23 este tranșantă în privința inexistenței dreptului creditorului la dobânda legală calculată de la momentul virării capitalului în contul consumatorului, în ipoteza în care contractul de credit ipotecar ar înceta să existe în absența clauzei privitoare la calculul dobânzii variabile. Reverberațiile acestei interpretări se vor resimți nu doar în situațiile litigioase care presupun eliminarea unor clauze abuzive privind dobânda variabilă în cazul publicării indicelui de referință printr-un act administrativ, ci în toate celelalte situații care implică desființarea retroactivă a contractului ca urmare a extirpării clauzei privitoare la calculul netransparent al dobânzii variabile, când debitorului îi revine obligația restituirii imediate a capitalului împrumutat, întrucât instanța nu a identificat o normă legală supletivă care să funcționeze ca surogat pentru clauza eliminată, iar părțile nu au negociat cu succes o prevedere contractuală de substituie a clauzei abuzive. Creditorului profesionist i se va refuza posibilitatea obținerii de dobânzi remuneratorii care să acopere *ad interim* elementul *lucrum cessans* pentru sumele împrumutate, care îi sunt rambursate ca urmare a desființării contractului. Soluția contrară, de

⁵⁴ Juanita GOICOVICI, „Beneficiul ratat și comisionul datorat de către debitorul consumator creditorului bancar pentru rambursarea anticipată a capitalului împrumutat, după decizia CJUE în cauza VR Bank Ravensburg-Weingarten”, *Revista Universul Juridic*, n. 5, 2024, pp. 87-109.

admitere a solicitării de acordare a dobânzii legale pentru intervalul de la momentul la care capitalul împrumutat a fost virat în contul consumatorului până la momentul în care este recuperat integral de creditor ca urmare a desființării contractului ar încuraja un comportament impardonabil al lui *proferens*, de recurgere la clauze netransparente de calcul al dobânzii variabile, mizând pe posibilitatea de a-și acoperi prin astfel de dobânzi prejudiciul rezultat din deplasarea capitalului înspre patrimoniul debitorului consumator.

Bibliografie

- DE ELIZALDE FRANCISCO, „Partial Invalidity for Unfair Terms? CJEU in Abanca – C-70 & 179/17”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, n. 4, 2019, pp. 147-149, online: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal%20of%20European%20Consumer%20and%20Market%20Law/8.4/EuCML2019027>;
- ESPOSITO Fabrizio, GROCHOWSKI, Mateusz, „The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration”, *European Review of Contract Law*, vol. 18, n. 1, 2022, pp. 1-31, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2022-2035>;
- FARINA Marco, „Unfair Terms and Supplementation of the Contract”, *European Review of Private Law*, vol. 29, n. 3, 2021, pp. 441-462, online: <https://doi.org/10.54648/erpl2021023>;
- FAZEKAS Judit, „The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation – before and after *Kásler*”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, n. 3, 2017, pp. 99-106;
- GINESTRI Maddalena, „Equality or Superiority of the Weak Party? Consumer Protection and the Issues at Stake”, *European Review of Contract Law*, vol. 19, n. 4, 2023, pp. 375-393, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2023-2022>;
- GOICOVICI Juanita, *Dreptul relațiilor dintre profesioniști și consumatori*, Ed. Hamangiu, București, 2022;
- GOICOVICI Juanita, „Consumatorul aparent și profesionistul veritabil: frontierele (volutele) noțiunii de «consumator»”, în Adriana Almășan, Ioana Vârsta, Cristina Elisabeta Zamșa (coord.), *In honorem Flavius Antoniu Baias. Aparența în drept*, Ed. Hamangiu, București, 2021, vol. 2, pp. 727-752;

- GOICOVICI Juanita, „Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractuale în cazuistica recentă a CJUE și impactul acesteia asupra jurisprudenței naționale: schimbări palpabile sau implicare secvențială?”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Seria Științe Juridice*, Tomul LXVI/II, 2020, pp. 47-63;
- GOICOVICI Juanita, *Creditele pentru consum și de investiții imobiliare. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
- GOICOVICI Juanita, „Elementele constitutive ale practicilor comerciale neloiale în relațiile cu consumatorii”, *Studia Universitatis Babeș Bolyai Iurisprudentia*, vol. 61, n. 3, 2016, pp. 88-100, online: <https://studia.law.ubbcluj.ro/index.php/iurisprudentia/article/view/1051>, arhivă: <https://perma.cc/2QJB-HMH9>;
- GOICOVICI Juanita, „Clauze abuzive versus clauze lezionare în contractele consumatorilor”, *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia* vol. 59, n. 4, 2014, pp. 83-98, online: <https://studia.law.ubbcluj.ro/index.php/iurisprudentia/article/view/1102>, arhivă: <https://perma.cc/C58V-ZTCG>;
- JÓZON Mónika, „Judicial governance by unfair contract terms law in the EU: Proposal for a New Research Agenda for Policy and Doctrine”, *European Review of Private Law*, vol. 28, n. 4, 2020, pp. 909-930;
- JÓZON Mónika, „Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, n. 4, 2017, pp. 157-166;
- JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation*, 4e édition, L.G.D.J., Paris, 2022;
- LOOS Marco B.M., „Crystal Clear? The Transparency Requirement in Unfair Terms Legislation”, *European Review of Contract Law*, vol. 19, n. 4, 2023, pp. 281-299, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2023-2018>;

- LUZAK Joasia, Junuzović Mia, „Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts”, *Journal of EU Consumer and Market Law*, n. 3, 2019, pp. 97-107;
- MIŠĆENIĆ Emilia, TERESZKIEWICZ Piotr, INFANTINO Marta, „The Interplay Between the CJEU and National Courts in the Case Law on Unfair Contract Terms in Foreign Currency Loans: A Comparative Overview”, *European Review of Contract Law*, vol. 19, n. 4, 2023, pp. 346-374, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2023-2021>;
- STRAETMANS Gert, „Misleading practices, the consumer information model and consumer protection”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, n. 5, 2016, pp. 199-210;
- TJON AKON Melvin, „The Unfairness of Personalised Price Terms in Consumer Credit Products”, *European Review of Contract Law*, vol. 20, n. 1, 2024, pp. 77-104, online: <https://doi.org/10.1515/ercl-2024-2003>;
- ȚÎȚ Nicolae-Horia, „Încuviințarea executării silite a debitorului consumator-exigențe europene, realități naționale”, *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, vol. 66, n. 2, 2020, pp. 91-110, online: https://pub.law.uaic.ro/files/articole/2020/2020_ii/06_tit.pdf, arhivă: <https://perma.cc/S7ER-RK2H>;
- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA Aneta, „Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loans”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, n. 5, 2020, pp. 206-212.

OBJECTIVE JUSTIFICATIONS IN ARTICLE 102 TFEU CASES

DOI:	10.24193/SUBBIur.69(2024).4.146-163
Data publicării online:	16.04.2025

Laura LAZĂR, Ioan LAZĂR*

Abstract: Objective justifications in EU competition law refer to legal defences invoked by undertakings to justify behaviour that would otherwise be considered anticompetitive under EU competition rules. In the context of the provisions of art. 102 TFEU, these justifications provide exceptions to the general prohibition of abuse of dominance, permitting companies to engage in activities deemed necessary to achieve legitimate business objectives or serve the public interest. Objective justifications are pivotal in ensuring fair competition within the European Single Market, particularly under Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). While Article 101 TFEU contains an exemption clause, the concept of objective justification in the context of Article 102 TFEU has been developed by the Courts.

The entry explores the significance, application, and limitations of objective justifications within the framework of Article 102 TFEU, focusing on key defences,

* Laura LAZĂR: PhD. Teaching Assistant, EU Law, EU Business Law, Legal English, Department of Public Law, Faculty of Law, Babeş-Bolyai University of Cluj-Napoca, e-mail: laura.lazar@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0007-0251-782X>; Ioan LAZĂR: PhD., Associate Professor, Faculty of Law and Social Sciences, „1 Decembrie 1918”, University of Alba Iulia; PhD. Thesis Coordinator, Faculty of Law, „Nicolae Titulescu” University of Bucharest; Lawyer – Alba County Bar Association, e-mail: avocat_lazar@yahoo.com, <https://orcid.org/0009-0005-8125-3468>.

such as: efficiency gains, objective necessity, public interest, legitimate business behaviour.

The assessment of objective justifications involves a case-by-case analysis, considering factors such as the conduct's effects on competition, consumer welfare and the fulfilment of a proportionality test. Objective justifications play a crucial role in balancing the enforcement of Article 102 TFEU with the need to allow dominant firms to engage in legitimate business activities. By providing a framework for defending certain conduct, objective justifications ensure that the application of EU competition law remains fair and focused on protecting competition rather than punishing dominance.

Keywords: Article 102 TFEU, abuse of dominance, objective justification, efficiencies, economic approach, consumer welfare, objective necessity

Table of contents

Definition.....	148
A. Types of Objective Justifications.....	149
1. Efficiency Gains Defence	149
2. Objective Necessity Defence	153
3. Public Interest.....	155
4. Legitimate Business Objectives	158
Conclusions.....	161
Bibliography	162

Definition

Objective justifications in EU competition law refer to the legal defences or rationales that parties may invoke to justify behaviour that would otherwise be considered anticompetitive under EU competition rules¹. In other words, objective justification means that certain types of conduct of dominant undertakings' do not fall within the category of abuse of dominance². These justifications serve as exceptions to the general prohibition of abuse of dominance contained in art. 102 TFEU, allowing companies to engage in certain activities that may restrict competition but are deemed necessary to achieve legitimate business objectives, or serve the public interest.

The provisions of Article 102 TFEU does not contain an exemption similar to Article 101, para. 3, the concept of objective justification in the context of abuse of dominance being developed by the Courts³. Within the scope of Article 102 TFEU, two critical elements are often invoked to justify potentially anticompetitive behaviour: efficiency gains and the objective necessity defence⁴. Beside mentioned defences, in practice we can also identify defences related to consideration of public interest and legitimate business behaviour. Article 106(2) TFEU provides an exception to the prohibitions laid down in the TFEU, including Article 102, for undertakings

¹ P.I. COLOMO, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 41.

² R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *Law and Economics of Article 102 TFEU*, Bloomsbury Publishing, London, 2020, p. 344.

³ W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Springer Publishing, Berlin, 2015, p. 423.

⁴ EC, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ series C no. 45/24. O2. 2009, para. 28-31.

entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly:

‘Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in the Treaties, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Union.’⁵

A. Types of Objective Justifications

1. Efficiency Gains Defence

In the context of Article 102 TFEU, efficiency gains refer to the benefits accrued from activities or strategies undertaken by dominant undertakings that result in enhanced productivity, cost reductions, technological advancements, or improvements in product quality⁶. These gains often translate into tangible benefits for consumers, such as lower prices, increased product variety, or enhanced service quality. The rationale behind the recognition of the efficiency defence „relates to the concept of competition on merits and the assumption that consumers benefit from meritorious competitive market behaviour”⁷.

Efficiency gains can serve as a legitimate justification for conduct that may otherwise be deemed abusive under Article 102 TFEU. Dominant

⁵ Art. 106, par. 2, *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ series C no. 202/7.06.2016, p. 1.

⁶ J. Van de GRONDEN, C. RUSU, *Competition Law in the EU: Principles, Substance, Enforcement*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 273.

⁷ A. JONES, B. SUFRIN BRENDA, N. DUNNE, *Jones & Sufrin’s EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 8th edition, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 418.

undertakings may argue that their behaviour, although potentially restrictive of competition, ultimately leads to overall efficiency improvements that outweigh any negative effects on competition. For instance, a dominant firm may engage in pricing strategies aimed at achieving economies of scale or investing heavily in research and development to innovate and improve product offerings. These activities, while potentially limiting competition in the short term, can result in long-term benefits for consumers, such as lower prices, better-quality products, or increased consumer choice. Analysing efficiency gains will imply balancing the positive and negative competitive effects generated by a given behaviour⁸.

Regarding the conditions which needs to be met in case of the efficiency gains defence, the Commission Guidance regarding the priorities in applying article 102 TFEU⁹ mentions: a) the existence of a causal link between the conduct in question and the realised or likely to be realised efficiency gains; b) the indispensable character of the conduct from the perspective of the realisation of efficiencies; c) the outweighing of negative effects on competition and consumers by the efficiency gains; d) the non-elimination of effective competition from the relevant market¹⁰. The justification based on efficiency gains possess an objective character, so as far as efficiencies are present, generated by the behaviour in question and are outweighing the negative competitive effects, they can justify a presumptive abusive

⁸ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (GRAND CHAMBER), Case C-413/14 P, *Intel Corp. v. EC*, Judgment of 6 September 2017, ECLI:EU:C:2017:632., par. 140.

⁹ EC, *GUIDANCE on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ series C no. 45/24. O2. 2009, par. 30.

¹⁰ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 8th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 223.

behaviour, even if they appeared accidentally and was not the intent of the dominant company to generate them¹¹.

Despite their potential benefits, efficiency gains as a justification under Article 102 TFEU are subject to several *conditions*¹².

Firstly, *the burden of proof* lies with the dominant undertaking to demonstrate that the *efficiency gains are genuine and outweigh any negative effects on competition*¹³. This requires a robust economic analysis and empirical evidence to substantiate the claimed efficiencies. Secondly, the European Commission and courts have emphasized that efficiency gains must be passed on to consumers in the form of lower prices, improved quality, or increased choice. Mere assertions of efficiency improvements, without concrete evidence of consumer benefits are unlikely to suffice as a valid defence under Article 102 TFEU.

Secondly, *efficiency gains must not result in the foreclosure of competitors or the creation of insurmountable barriers to entry in the market*. Foreclosure effect occur not only where access on the market is impossible, but also where access to the market is made more difficult¹⁴. Conduct that eliminates or substantially restricts competition to the detriment of consumers and other market participants is unlikely to be justified solely on the grounds of efficiency gains.

Thirdly, *efficiency gains must be passed on to consumers*. Consumer welfare lies at the heart of competition law, reflecting the principle that

¹¹ A. JONES, B. SUFRIN Brenda, N. DUNNE, *op.cit.*, p. 420.

¹² *Ibidem*, p. 421.

¹³ GENERAL COURT, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. EC*, Judgment of 17 September 2007, ECLI:EU:T:2007:289, para. 688; CJEU, Case C-23/14, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, Judgment of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:651, par. 42.

¹⁴ A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Bloomsbury Publishing, London, 2021, p. 290.

competition should ultimately benefit consumers, by ensuring lower prices, better quality products, increased choice, and innovation¹⁵. Under Article 102 TFEU, *abusive conduct by dominant undertakings that harms competition, and, by extension, consumer welfare, is prohibited*. However, certain behaviours that may restrict competition can be justified if they result in overall benefits for consumers. Consumer welfare can serve as a legitimate justification for conduct by dominant undertakings that enhances consumer welfare, outweighing any potential negative effects on competition¹⁶. Certain business practices, while potentially limiting competition in the short term, can lead to long-term benefits for consumers. For instance, a dominant firm may engage in pricing strategies aimed at reducing costs and passing on savings to consumers in the form of lower prices. Similarly, investments in research and development to innovate and improve products or services can enhance consumer welfare by offering better-quality products, increased choice, or improved convenience. The burden of proof rests on the dominant undertaking, who should demonstrate that its conduct results in tangible benefits for consumers¹⁷. The mere assertions of consumer welfare benefits, without concrete evidence are unlikely to suffice as a valid defence. Competition authorities and courts will assess whether the purported benefits to consumers outweigh any negative effects on competition. Conduct that leads to the foreclosure of competitors, the creation of barriers to entry, or the distortion of competition in the market is unlikely to be justified solely on the grounds of passing on efficiency benefits to consumers. Moreover, the long-

¹⁵ F. FERRETTI, *EU Competition Law, the Consumer Interest and Data Protection*, Springer, Berlin, 2014, p. 103.

¹⁶ R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Object and Purpose of Article 102*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 167.

¹⁷ T. KÄSEBERG, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in EU and the US*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 94.

term effects on consumer welfare must be taken into account. While certain practices may lead to short-term benefits, they may also have adverse consequences for competition and consumer welfare in the long run. Competition authorities and courts will carefully weigh these factors in their assessment of the objective justification invoked.

2. Objective Necessity Defence

The objective necessity defence revolves around the notion that a certain conduct by dominant undertakings is objectively necessary to achieve legitimate business objectives or serve compelling public interests. It provides a framework for justifying behaviour that may otherwise be considered abusive under Article 102 TFEU on grounds of necessity.

Under the objective necessity defence, a dominant undertaking may argue that its conduct was indispensable to achieve legitimate business objectives, such as ensuring product safety, maintaining financial stability, or safeguarding intellectual property rights¹⁸. For example, in the Android Case¹⁹, Google claimed the objective necessity of its abusive conduct consisting in anti-fragmentation agreements in order to protect the integrity and the quality of the Android platform against possible risks which could arise from incompatibilities. The Court rejected Google claims. The defence requires demonstrating that there were no less restrictive means available to achieve the same objectives without harming competition. In Volvo Case²⁰ the

¹⁸ R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *op.cit.*, p. 344; EC, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ series C no. 45/24. O2. 2009, par. 29.

¹⁹ GENERAL COURT, Case T-604/18, *Google LLC and Alphabet Inc. v. EC*, Judgment of 14 September 2022, ECLI:EU:T:2022:541, para. 867.

²⁰ CJEU, Case C-238/87, *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.*, Judgment of 5 October 1988, ECLI:EU:C:1988:332.

Court ruled that a refusal to license designs is not abusive as it constitutes the substance of the exclusive right, except in cases of arbitrary refusal, unfair pricing, or ceasing production of necessary spare parts. As well, in the *Tiercé Ladbroke Case*²¹ the Court of First Instance upheld the Commission's decision that refusal to license rights for broadcasting horse races in Belgium was not abusive as it did not involve discrimination or market partitioning. On the other hand, in *Commercial Solvents*²², the Court ruled that a dominant company cannot cease supplying an existing customer to eliminate them from the market. Accordingly, in *United Brands*²³, the Court retained that a dominant company cannot stop supplying a long-standing customer who follows regular commercial practices.

The objective necessity defence is not absolute and is subject to strict scrutiny by competition authorities and courts. Dominant undertakings bear the burden of proving that their conduct meets the criteria of objective necessity and that the benefits to consumers or the public interest outweigh any negative effects on competition.

Moreover, the defence does not provide *carte blanche* for dominant firms to engage in conduct that harms competition²⁴. Competition authorities and courts will assess the proportionality of the conduct in question, considering whether less restrictive alternatives were available and whether

²¹ GENERAL COURT, Case T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA v. Commission of the European Communities*, Judgment of 12 June 1997, ECLI:EU:T:1997:84.

²² CJEU, Joined Cases C-6/73 and C-7/73, *ICI SpA v. Commission of the European Communities*, Judgment of 14 July 1974, ECLI:EU:C:1974:18.

²³ CJEU, Case C-26/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, Judgment of 14 February 1978, ECLI:EU:C:1977:167.

²⁴ M. GAL, *Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition?* European Competition Law Review (ECLR), Vol. 28, No. 6, 2007, p. 8.

the purported benefits justify the potential harm to competition (Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82, par. 29).

3. Public Interest

Certain behaviours may be justified on grounds of public interest, such as safeguarding national security, protecting the environment, or promoting social cohesion. Public interest considerations can provide a basis for exempting certain activities from the application of competition rules, especially when other regulatory objectives are at stake²⁵. So, in specific contexts, societal goals (*e.g.* production and distribution of essential medical supplies, postal monopoly in certain types of mail delivery, support of public transportation system in order to reduce carbon dioxide emission etc.) may take precedence over strict competition enforcement. Public interest considerations encompass a broad range of objectives and values that extend beyond the realm of competition law. While competition law primarily focuses on promoting competition and consumer welfare, it also recognizes that there are instances where public interest concerns may justify certain behaviours by dominant undertakings.

Under Article 102 TFEU, dominant undertakings may invoke public interest considerations to justify conduct that is otherwise abusive under competition law. For example, a dominant energy supplier may engage in conduct that restricts competition in the market, such as exclusive dealing arrangements or tying practices, on the grounds that it is necessary to ensure

²⁵ I. LIANOS, D. GERARDIN, *Handbook of European Competition Law: Substantive Aspects*, Edward Elgar, 2013, p. 58.

the security and reliability of energy supply to consumers. In *DEI Case*²⁶ the Public Power Corporation (DEI), which held a dominant position in the Greek electricity market was abusing its dominant position on the market for lignite and electricity generation via exclusive dealing arrangements and tying practices. DEI argued that its conduct was necessary to ensure the security and reliability of energy supply to Greek consumers. The ECJ emphasized that while security of supply is a legitimate public interest objective, any restriction of competition must be proportionate and necessary to achieve that objective. demonstrating that the restrictive practices are essential and the least restrictive means to achieve the public interest objective.

Similarly, a dominant firm in the pharmaceutical sector may refuse to license its patents to generic manufacturers in order to protect public health by maintaining incentives for innovation and ensuring the availability of life-saving drugs. In the *IMS Health Case*²⁷. NDC Health, a competitor of IMS Health, the possessor of an intellectual property right on the market for pharmaceutical data services requested access to the specific method developed by IMS health for collecting and organizing pharmaceutical sales data in Germany, IMS refusal to licence its service was considered an abuse of dominance. Although the Court had retained that protecting patents and maintaining incentives for innovation are crucial for public health, such protections must not be used to unjustifiably prevent competition and the development of new products that can benefit consumers.

In such cases, public interest considerations may outweigh the potential harm to competition, justifying the dominant undertaking's

²⁶ CJEU, Case C-553/12 P, *European Commission v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)*, Judgment of 17 October 2013, ECLI:EU:C:2013:807.

²⁷ CJEU, Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, Judgment of 29 April 2004, ECLI:EU:C:2003:537.

behaviour under Article 102 TFEU. In the decisional practice of the Commission, public interest considerations like *passenger safety* could be considered an objective justification²⁸. Also, space and capacity restraints were recognized as possible objective justification²⁹ for the refusal to allow independent ramp-handling and self-handling services at an airport. *Health and public safety* considerations were mentioned in cases *Hilti*³⁰ and *Tetra Pak II*³¹, but they were rejected on the grounds that public safety is enforced by state regulations and public bodies actions and cannot justify private undertakings exclusionary practices.

The Commission's decisional practice and the Courts case-law both recognize the fact that objective justifications need to fulfil *the proportionality test*. For example, in the *Romanian Power Exchange Case*³² the necessity to avoid an unlawful mismatch of VAT payments in order to justify the discriminatory treatment of power exchanges from other Member States was rejected by the Court as an objective justification, because of its disproportionate character.

Conduct that disproportionately restricts competition or discriminates against competitors without sufficient justification is unlikely to be deemed permissible under Article 102 TFEU. Competition authorities and courts will carefully scrutinize the balance between the public interest and the preservation of competition in the market. Public interest considerations

²⁸ EC, *Case AT.39813 – Baltic Rail*, Decision of 2 October 2017, paras. 325-328 in A. Jones, B. Sufrin Brenda, N. Dunne, *op.cit.*, p. 417.

²⁹ EC, Decision in *Case FAG/Flughafen-Frankfurt/Main*, OJ series L no. 72/11.03.1998, p. 30.

³⁰ GENERAL COURT, *Case T-30/89, Hilti AG v. Commission of the European Communities*, Judgment of 12 December 1991, ECLI:EU:T:1991:70.

³¹ EC, Decision in *Case IV/31043 Tetra Pak II*, OJ series L no. 72/18.03. 1992.

³² EC, *Case AT.39984*, OJ C 314/11.09.2014, p. 7.

must not serve as a pretext for anticompetitive behaviour or the protection of private interests at the expense of consumers and competition. Competition authorities and courts will assess the legitimacy of the public interest invoked, ensuring that it genuinely serves the common good rather than individual or corporate interests³³.

4. Legitimate Business Objectives

Dominant firms may claim that their conduct is necessary to achieve legitimate business objectives, such as ensuring product safety, maintaining financial stability, or preserving the integrity of contractual relationships.

The concept of legitimate business behaviour encompasses actions undertaken by dominant undertakings in pursuit of lawful and commercially justifiable objectives, which are consistent with the rational profit-maximizing behaviour of undertakings in general³⁴. Such behaviour may include, for example, efforts to protect intellectual property rights, ensure product safety and quality, maintain brand reputation, or safeguard contractual relationships. While such conduct may have an impact on competition, it is deemed necessary for the normal operation of businesses.

Under Article 102 TFEU, dominant undertakings may invoke legitimate business behaviour as an objective justification to defend conduct that might otherwise be considered abusive³⁵. For instance, a dominant firm may refuse to supply essential inputs to competitors to protect its intellectual

³³ N. DUNNE, 'Public Interest and EU Competition Law' in *The Antitrust Bulletin* vol. 65 no. 2/2020, pp. 269. <https://doi.org/10.1177/0003603X20912883>.

³⁴ CJEU, Case C-26/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, Judgment of 14 February 1978, ECLI:EU:C:1977:167, paras. 189-190.

³⁵ T. van der VIJVER, 'Objective Justification and Article 102 TFEU', *World Competition*, vol. 35/2012, Issue no. 1, pp. 55, online: <https://doi.org/10.54648/woco2012004>.

property rights or maintain the integrity of its products. To successfully rely on this defence, the dominant undertaking must demonstrate that its conduct is objectively necessary to achieve legitimate business objectives and that there are no less restrictive means available to achieve the same objectives without harming competition³⁶. This requires a robust justification supported by evidence showing the positive impact of the conduct on legitimate business interests.

The burden of proof rests on the dominant undertaking to demonstrate the legitimacy and necessity of its conduct³⁷. Competition authorities and courts will assess also the proportionality of the conduct in question, considering whether less restrictive means was available to achieve the same objectives without harming competition. Conduct that disproportionately restricts competition or is not strictly necessary to achieve legitimate business objectives is unlikely to be deemed permissible under Article 102 TFEU³⁸.

In practice, the protection of the undertakings' own commercial interest as a defence was first accepted in *United Brands*³⁹, where the company refused to supply to a distributor for participating in a competitors promotion campaign. The Court of Justice of the European Union held that abusive conduct must be assessed in light of its effects on competition and consumer welfare. The CJEU recognized that conduct that may restrict

³⁶ E. ØSTERUD, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 256.

³⁷ J. Van de GRONDEN, C. Rusu, *Competition Law in the EU: Principles, Substance, Enforcement*, Edward Elgar, Cheltenham, 2024, p. 169.

³⁸ A. JONES, B. SUFRIN BRENDA, N. Dunne, op.cit., p. 423.

³⁹ CJEU, Case C-27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, Judgment of 14 February 1978, ECLI:EU:C:1978:22.

competition may be justified if it is necessary to achieve legitimate business objectives and if the benefits to consumers outweigh any potential harm to competition. More recently, in the *Microsoft case*⁴⁰, the European Commission found that Microsoft's bundling of its Windows operating system with its media player constituted an abuse of dominance. However, the Commission also acknowledged that bundling could be justified if it enhanced consumer welfare by improving interoperability and reducing costs for consumers. In the *Sot. Lelos case*⁴¹ the Court of Justice had recognized the entitlement of dominant companies to protect their commercial interests, without having the objective to strengthen the detained dominant position or to abuse to it. Similarly, in *Post Danmark*⁴² the Court had retained that even an exclusionary effect on the market can be counterbalanced and outweighed by advantages in terms of efficiency that also benefits consumers. So, according to the case-law of the Court, dominant undertakings can provide justification for their anticompetitive market strategies⁴³. The Court had mentioned in this case the objective justification of efficiency gains and objective necessity (para. 41).

⁴⁰ GENERAL COURT, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. EC*, Judgment of 17 September 2007, ECLI:EU:T:2007:289.

⁴¹ CJEU, Case C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton*, Judgment of 16 September 2008, ECLI:EU:C:2008:504, para. 50

⁴² CJEU, Case C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, Judgment of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:651, paras. 40-41.

⁴³ CJEU, Case C-26/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, Judgment of 14 February 1978, ECLI:EU:C:1978:22, para. 184; Joined Cases C-242/91 P and C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities*, Judgment of 6 April 1995, ECLI:EU:C:1995:98, paras. 54-55.

The proportional character of the behaviour was also retained in case-law⁴⁴, where it was mentioned that the normal profit-maximizing behaviour of the dominant undertaking should be based only on methods that are necessary to pursue legitimate aims and may not act in a way that will foreseeably limit competition more than necessary.

Conclusions

Objective justifications play a vital role in the enforcement of Article 102 TFEU, allowing dominant undertakings to engage in conduct that may restrict competition but is justified by legitimate business objectives or serves the public interest. However, their application requires careful scrutiny to ensure they are not used as a pretext for anticompetitive behaviour. Adherence to the principles of transparency, proportionality, and non-discrimination is essential to maintain the integrity and effectiveness of EU competition law. The assessment of such justifications involves a case-by-case analysis, taking into account the specific facts and circumstances of each situation. The burden of proof rests on the parties invoking them. As such, objective justifications function as important safeguards, enabling a balanced approach that protects competition while acknowledging the legitimate interests of businesses and consumers.

⁴⁴ GENERAL COURT, Case T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA v. Commission of the European Communities (Tetra Pak I)*, Judgment of 10 October 1990, ECLI:EU:T:1990:15, para. 68.

Bibliography

- COLOMO, Pablo Ibañez, *The Shaping of EU Competition Law* (Cambridge University Press, 2018);
- DUNNE, Niamh, *Public Interest and EU Competition Law* in *The Antitrust Bulletin* vol. 65 no. 2/2020, pp. 256-281; online: <https://doi.org/10.1177/0003603X20912883>;
- EZRACHI, Ariel, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases* (Bloomsbury Publishing, 2021);
- FERRETTI, Federico, *EU Competition Law, the Consumer Interest and Data Protection*, Springer, 2014);
- FRENZ, Walter, *Handbook of EU Competition Law* (Springer Berlin, 2015);
- GAL, Michal, *Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition?* *European Competition Law Review (ECLR)*, Vol. 28, No. 6, 2007, pp. 7-20;
- JONES, Alison, SUFRIN Brenda, Dunne Niahm, Jones & Sufrin's *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 8th edition, (Oxford University Press, 2019)
- KÄSEBERG, Thorsten, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in EU and the US* (Hart Publishing, 2012);
- LIANOS, Ioannis, Damian Gerardin, *Handbook of European Competition Law: Substantive Aspects* (Edward Elgar, 2013);
- NAZZINI, Renato, *The Foundations of European Union Competition Law. The Object and Purpose of Article 102* (Oxford University Press, 2011);
- O'DONOGHUE, Robert & PADILLA, Jorge, *Law and Economics of Article 102 TFEU* (Bloomsbury Publishing, 2020);
- ØSTERUD, Erik, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law* (Wolters Kluwer, 2010);

- Van BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Union*, 9th edition, (Wolters Kluwer, 2021);
- Van de GRONDEN, Johan W., Rusu, CĂTĂLIN, *Competition Law in the EU: Principles, Substance, Enforcement* (Edward Elgar, 2021);
- Van de GRONDEN, Johan W., Rusu, CĂTĂLIN, *Competition Law in the EU: Principles, Substance, Enforcement* (Edward Elgar, 2024);
- TJARDA van der VIJVER, 'Objective Justification and Article 102 TFEU', *World Competition*, vol. 35/2012, Issue no. 1, pp. 55-76, <https://doi.org/10.54648/woco2012004>;
- WHISH, Richard, BAILEY, David, *Competition Law*, 8th edition, (Oxford University Pres, 2012).

ARTICOLE

PROBLEMA ASIMETRIEI INFORMAȚIEI ÎN JOUL CREDITORILOR ȘI DEBITORULUI ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI – PREMISE ȘI PERSPECTIVE

DOI:	10.24193/SUBBiur.69(2024).4.164-195
Data publicării online:	16.04.2025

Ioan ȘUMANDEA-SIMIONESCU*

Rezumat: La nivel european și mondial, legislația privind insolvența pare să urmeze un model specific național. Cu toate acestea, în funcție de nivelul de protecție alocat fie creditorului, fie debitorului, sistemele de insolvență pot fi împărțite în sisteme orientate spre creditor sau spre debitor. Scopul final al acestei analize este de a arăta că, contrar percepției concepute la nivel european și românesc, protecția creditorilor nu poate fi realizată prin implementarea unei legi a insolvenței strict pro-creditor. Acest rezultat final poate fi atins doar prin implementarea unui sistem de insolvență pro-debitor.

Această concluzie, așa cum vom arăta mai jos, se bazează pe premisa că interesele creditorilor și ale debitorilor nu se află pe poziții contradictorii, așa cum au fost percepute până în acest moment. Mai degrabă am constatat că pare să existe o aliniere a intereselor celor doi. Astfel, eficiența legislației românești privind insolvența nu poate fi analizată și testată în raport cu mecanismul existent de protecție a creditorilor. Adevărata sa eficiență poate fi demonstrată doar prin luarea

* Membru în Center for Business Law & Information Technology (UBB) și Cercetător Asociat în European Banking Institute (EBI), e-mail: ioan.sumandea@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-3304-0573>. Prezentul studiu reprezintă o parte din cercetarea doctorală realizată de către autor, finalizată în monografia intitulată: „Banca în paradigma insolvenței. Între eficiență, risc și guvernantă”.

în considerare a ratei de recuperare a debitorilor, asigurând astfel un rezultat final în care satisfacția și interesele economice ale creditorilor sunt îndeplinite.

Această analiză este împărțită în două părți. În prima parte, luăm în considerare principalii indicatori ai unei legi a insolvenței pro-creditor, concentrându-ne pe analiza modelului românesc de insolvență. De asemenea, vom lua în considerare eficiența acestei tipologii de lege, concluzionând că aceasta nu atinge rezultatul dorit de a oferi o protecție adecvată pentru creditorii în cadrul procedurii de insolvență. A doua parte a demersului nostru aduce o regândire a protecției sistemice a creditorilor în cadrul procedurilor de insolvență prin analiza conceptului de asimetrie informațională și a guvernantei corporative. În cele din urmă, concluzionăm că singura modalitate prin care se poate obține un nivel adecvat de protecție a creditorilor în legislația românească în materie de insolvență este implementarea unei legislații eficiente mixte.

Cuvinte cheie: lege favorabilă creditorilor; lege favorabilă debitorilor; eficiență; asimetrie informațională; guvernanta corporativă.

THE ISSUE OF INFORMATION ASYMMETRY IN THE CREDITORS' AND DEBTOR'S GAME IN INSOLVENCY PROCEEDINGS – ASSUMPTIONS AND PERSPECTIVES

Abstract: At the European and global levels, bankruptcy laws seem to follow a specifically national pattern. However, depending on the level of protection allocated either to the creditor or the debtor, bankruptcy systems can be divided into creditor-oriented or debtor-oriented systems. The ultimate goal of this analysis is to show that, contrary to perception devised at the European and Romanian level, the protection of creditors cannot be achieved by implementing a strict pro-creditor bankruptcy law. This end result can only be reached by implementing a pro-debtor bankruptcy system.

This conclusion, as we will show below, is based on the premise that the interests of creditors and debtors are not on contradictory positions as they have been perceived up to this moment. Rather we have found there seems to be an alignment of the interests of the two. Thus, the efficiency of the Romanian bankruptcy laws cannot be screened and tested in relation to the existing creditor protection mechanism. Its true efficiency can only be shown by considering its debtors recovery rate, thus

ensuring an end result where the satisfaction and economic interests of creditors are met.

This analysis is divided into two parts. In the first part we consider the main indicators of a pro-creditor bankruptcy law focusing on the analysis of the Romanian bankruptcy model. We will also consider the efficiency of this typology of law, concluding that it does not achieve the desired result of providing an adequate protection for creditors in bankruptcy proceedings. The second part of our endeavour brings forth a rethinking of the systemic creditor protection during bankruptcy proceedings through the analysis of the concept of informational asymmetry and corporate governance. Finally, we conclude that the only way one can achieve a adequate level of creditor protection in Romanian bankruptcy law is through the implementation of an efficient mixed-incentive bankruptcy legislation.

Keywords: creditor friendly bankruptcy law; debtor friendly bankruptcy law; efficiency; informational asymmetry; corporate governance.

Cuprins

Introducere și premise.....	167
I. Introspecții asupra legii insolvenței pro-creditor	169
A. Legea pro-creditor și valențele sale	169
1. Declanșarea procedurii insolvenței.	169
2. Gestiunea controlului în insolvență.....	170
3. Desemnarea administratorului judiciar în insolvență	171
4. Inițiativa în privința planului de reorganizare	172
5. Ierarhia priorităților în insolvență	173
B. Eficiența ex-ante și ex-post a legii insolvenței pro-creditor	174
II. Reevaluarea protecției creditorilor în insolvență prin prisma asimetriei informaționale	178
A. Asimetria informației - punct de origine al regândiri protecției creditorilor în insolvență	178
B. Influența asimetriei informației asupra procesul decizional al debitorului și creditorului - un model ipotetic.....	180
C. Procedura insolvenței și paradigma guvernanței corporative	185
Concluzii	190
Bibliografie.....	194

Introducere și premise

În cadrul Uniunii Europene, numeroase state membre au implementat, sub diverse forme, proceduri menite să faciliteze reorganizarea și redresarea situației economice a societăților afectate. Insolvența rămâne un subiect central al dezbaterilor, mai ales într-o perioadă în care statele europene resimt încă efectele crizei economice. În ultimul deceniu, percepția statelor europene asupra insolvenței/falimentului s-a schimbat, vizând sporirea șanselor ca o societate aflată în dificultate să își continue activitatea. Totuși, concluziile sugerează că procedurile actuale nu reușesc să optimizeze în mod real situația economică a societăților. Reorganizarea poate oferi o șansă de revitalizare, însă succesul acesteia depinde în mare măsură de implicarea creditorilor majoritari, care joacă un rol esențial în proces.

Atât practica, cât și studiile de specialitate¹ arată că reformele în acest domeniu pot contribui semnificativ la consolidarea sistemului economic și financiar al unei țări. Un sistem de insolvență eficient constituie un sprijin esențial pentru sectorul bancar intern, oferind băncilor protecție împotriva deteriorării calității activelor lor, fie prin reorganizare judiciară, fie, când este necesar, prin lichidare eficientă. Reforma insolvenței este deosebit de relevantă pentru economiile în tranziție, cum este cazul României, unde poate avea un rol critic în gestionarea dificultăților legate de întreprinderile de stat insolubile. În contextul dezechilibrelor financiare generate de criză, un sistem de insolvență bine structurat poate facilita implicarea adecvată a sectorului privat în rezolvarea acestor probleme. În cele din urmă, deși procedurile de insolvență sunt gestionate de instanțe, existența unui sistem

¹ HOPKINS, J.: *Orderly & Effective Insolvency Procedures - Key Issues*, Legal Department - International Monetary Fund, 1999, pp. 9-12.

eficient încurajează negocierile directe între debitori și creditori, favorizând soluționarea problemelor în afara cadrului strict judiciar.

Se poate observa că la nivel european și chiar mondial legea insolvenței urmează un specific național. Cu toate acestea, sistemele de insolvență sunt împărțite în sisteme pro-creditor (denumite în literatura de specialitate severe) sau pro-debitor (denumite și flexibile). În prima categorie sunt țări precum Canada, Elveția sau Marea Britanie, în timp ce în a doua categorie intră Statele Unite ale Americii sau Franța. România are în principiu un sistem pro-creditor dar cu unele nuanțări în privința măsurilor de protecție a debitorilor.

În analiza de față am urmărit să demonstrăm că, în ciuda percepțiilor existente la nivel european și românesc, protecția directă a creditorilor nu se poate realiza prin introducerea unui sistem pro-creditor ci prin implementarea unui sistem pro-debitor. Această concluzie, după cum vom arată mai jos, se bazează pe faptul că interesele creditorilor și ale debitorilor nu sunt în poziție de contradicție așa cum a fost percepută până în momentul de față ci mai degrabă există o aliniere a intereselor acestora. Astfel eficiența sistemului român de insolvență nu poate fi testată raportându-se la existența unui mecanism de protecție a creditorilor ci la o redresare a debitorilor având ca finalitate o satisfacere a nevoilor și intereselor economice ale creditorilor.

Analiza de față este structurată pe două părți. În prima parte, am analizat principalii indicatori ai unei legislație pro-creditor, focalizându-ne atenția asupra modelului insolvenței existent în România, precum și eficiența reală a acestei tipologii de lege, concluzionând că aceasta nu își atinge scopul dorit de a oferi o protecție adecvată a creditorilor. Partea a doua propune o regândire a angrenajului de protecție a creditorilor în cadrul insolvenței prin intermediul analizei asimetriei informației cât și a guvernantei corporative, ajungând la concluzia că singura metodă prin care se poate atinge un nivel de

protecție a creditorilor eficient și adecvat este prin intermediul introducerii la nivelul României a unei legislații a insolvenței pro-debitor.

I. Introspecții asupra legii insolvenței pro-creditor

A. Legea pro-creditor și valențele sale

Premisa principală de la care pornește orice sistem de insolvență pro-creditor este următoarea: principala caracteristică a unui sistem funcțional de protecție a creditorilor este opțiunea de a acorda prioritate intereselor creditorului în detrimentul direct al debitorului². Dreptul englez al insolvenței, un model al insolvenței pro-creditor, pornește de la acest principiu. Pentru a individualiza elementele constitutive ale unei legislații pro-creditor în scopul testării eficienței acesteia, vom analiza un grup de indicatori semnificativi³. Aceștia vor fi testați la nivelul României în vederea determinării tipologiei insolvenței românești. Indicatorii semnificativi utilizați în analiză sunt: declanșarea procedurii insolvenței, controlul, desemnarea administratorului (judiciar) în insolvență, inițiativa în privința planului de reorganizare și ierarhia priorităților în insolvență.

1. Declanșarea procedurii insolvenței.

Într-un lege a insolvenței pro-creditor ideală, creditorul are dreptul să inițieze procedura insolvenței. În cazul în care și debitorul poate solicita

² BLAZY, R., DEFFAINS, B.: *Severe or gentle bankruptcy law: Which impact on investing and financing decisions?* Economic Modeling, nr. 34/2013, pp. 129-144.

³ Armour, J., Lele, P., MOLLIKA, V., SIEMS, M.: *CBR Creditor Protection Index for the UK, the US, Germany, France and India*, Center for Business Research, University of Cambridge, Noiembrie 2006, pp. 29-30.

deschiderea procedurii insolvenței, criteriile utilizate pentru verificarea existenței stării de insolvență sunt diferite de cele existente în cazul inițiativei creditorului, fiind mai dificil de îndeplinit. Astfel creditorul poate să controleze momentul începerii procedurii insolvenței, prin alegerea momentului optim de inițiere a acesteia, maximizându-și astfel șansele de recuperare a creanței. În cazul Marii Britanii, condițiile în care debitorul poate să declanșeze insolvența sunt restrictiv trasate prin lege iar acesta nu poate declanșa unilateral o procedură de reorganizarea a societății.

La nivelul României, art. 31 din Legea nr. 85/2006 (fosta lege a insolvenței) prevedea că orice creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii împotriva unui debitor prezumat în insolvență poate introduce o cerere introductivă dacă creanță împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 90 de zile. Însă Legea nr. 85/2014 (publicată în Monitorul Oficial nr. 466 din 25 iunie 2014, cu intrare în vigoare din 28 iunie 2014) prevede o reducerea termenului în care un creditor putea formula cererea de deschidere a procedurii insolvenței de la 90 de zile la 60 de zile⁴. Se poate deci observa o tendință a legiuitorului spre simplificarea procedurii de deschidere a procedurii de către creditor corelată cu o înăsprire a condițiilor de declanșare a insolvenței de către debitor.

2. Gestiunea controlului în insolvență

După momentul declanșării insolvenței, într-un model de insolvență pro-creditor ideal, administratorul și/sau asociații nu mai au nici o formă de control asupra societății, existând posibilitatea ca un creditor să solicite sancționare administratorilor societății. Prin intermediul acestui mijloc de protecție, creditorii pot să înlocuiască managementul deficitar al societății

⁴ Art. 5 alin. (1) pct. 20 L: 85/2014.

care a creat starea de insolvență. Această măsură are de asemenea efectul de a descuraja tendințele oportuniste ale administratorilor în perioada în care societatea este *in bonis*. În cazul Marii Britanii, în momentul declanșării procedurii insolvenței administratorul pierde orice control asupra activității societății spre deosebire de Franța în care administratorul poate să își păstreze drepturile de management în anumite cazuri prevăzute de lege.

Similar Franței, în România administratorul poate să își păstreze drepturile de administrare în perioada de observație în anumite condiții. Trebuie să menționăm însă că prin intermediul Legii nr. 85/2014 s-a încercat o înăsprire a mecanismului de sancționare a administratorilor. Astfel faptele pentru care se poate angaja răspunderea administratorilor nu mai sunt limitativ prevăzute de lege. Aceștia nu numai că suportă o parte sau întreg pasivul neacoperit al debitorului, ci riscă interdicția de a mai putea fi desemnați administratori sau, dacă sunt administratori în alte societăți vor fi decăzuți din acest drept, timp de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii⁵.

3. Desemnarea administratorului judiciar în insolvență

Conform acestui indicator doar creditorii (fie ei garantați sau chirografari) pot numi un administrator judiciar. Acest tip de măsură de protecție a creditorilor are aceeași finalitate ca și gestiunea controlului în insolvență, adică permite creditorilor să înlocuiască managementul deficitar al societății care a creat starea de insolvență. În Marea Britanie, acest privilegiu este acordat doar creditorului garantat și instanței de judecată.

În România, art. 57 din Legea nr. 85/2014 reglementează procedura de numire a administratorului judiciar. Prin urmare, practicienii în insolvență

⁵ Art. 169 alin. (10) L: 85/2014.

interesați de această poziție trebuie să înainteze o ofertă în dosar. În cazul în care nu se primește nicio ofertă, judecătorul-sindic va desemna interimar, până la prima adunare a creditorilor, un practician în insolvență ales aleatoriu din Tabloul U.N.P.I.R. La prima ședință a adunării creditorilor sau ulterior, creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor pot, la recomandarea comitetului creditorilor, să decidă desemnarea unui administrator judiciar sau lichidator și să îi stabilească remunerația. Creditorii pot, de asemenea, să confirme în funcție administratorul judiciar/lichidatorul numit provizoriu de către judecătorul-sindic.⁶

4. Inițiativa în privința planului de reorganizare

Într-un sistem de insolvență pro-creditor model, doar creditorii garantați și chirografari pot propune un plan de reorganizare iar aceștia conduc procedura de reorganizare. Creditorii astfel dețin controlul asupra procedurii reorganizării, fiind cei care decid în ce măsură o societate poate să fie salvată.

În România, art. 132 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 85/2014 prevede că debitorul, administratorul judiciar cât și un creditorul ce dețin cel puțin 20% din creanțe pot propune un plan de reorganizare a entității economice. Însă debitorul care a formulat contestație la cererea de deschidere a insolvenței formulate de către creditor, contestație care a fost respinsă, își va pierde dreptul de a propune un plan de reorganizare, fiind astfel o variantă de măsură pro-creditor.

⁶ Art. 57 L: 85/2014; prerogativa creditorului(ilor) majoritar(i) de a desemna administratorul/lichidatorul judiciar a fost confirmată prin Decizia nr. 14/2024 a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

5. Ierarhia priorităților în insolvență

Conform acestui indicator semnificativ, într-un sistem pro-creditor, creanțele garantate nu sunt subordonate ca și clasă creanțelor statului nici în reorganizare nici în faliment. Mai mult creanțele garantate pot fi recuperate preferențial anterior încheierii procedurii insolvenței. Creditorul garantat poate astfel să își asigure recuperarea creanței prin intermediul procedurii insolvenței fără ca acesta să necesite o formă de protecție suplimentară a creanței sale.

Având în vedere cele specificate anterior în prezentarea indicatorilor aleși în analiza prezentă, putem remarca că aceștia nu sunt prezenți în totalitate la nivelul sistemului de insolvență aplicat în România. Astfel acesta din urmă nu poate fi considerat în mod ideal pro-creditor fapt care este întărit pe de o parte prin examinarea priorității de plată a creanțelor creditorilor față de cele ale administratorilor/acționarilor, prin atribuțiile Adunării Creditorilor cât și a Comitetului Creditorilor, inclusiv rolul acestora în adoptarea planului de reorganizare, iar, pe de altă parte, prin sistemul de *checks and balances* existent între administratorul judiciar/lichidator judiciar și organul colectiv de reprezentare a creditorilor, printre altele.

În România, dreptul insolvenței pare însă să fie orientat spre protecția creditorilor. Mai mult, în baza analizei Legii nr. 85/2014 întreprinse mai sus, se poate observa că evoluția legislativă română este în sensul unui protecții a intereselor creditorului în detrimentul debitorului. Există, desigur, elemente de insolvență pro-debitor, de exemplu, art. 75 din Legea 85/2014 care prevede că de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale sau art. 65 din lege care reglementează inițierea procedurii insolvenței la cererea debitorului.

B. Eficiența ex-ante și ex-post a legii insolvenței pro-creditor

Teoretic, eficiența reprezintă capacitatea unui anumit angrenaj de a atinge rezultatul dorit/scopul pentru care a fost creat. Pentru a putea determina în ce măsură o lege a insolvenței pro-creditor reușește să atingă rezultatul dorit (protecția creditorilor în insolvență) este necesar să distingem între eficiență ex-ante și eficiența ex-post.

Eficiența ex-ante a unei legii pro-creditor este considerată capacitatea acelei legii de a descuraja orice activitate a debitorului dăunătoare creditorului, anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței⁷. Teoretic, punerea în aplicare a unei legi pro-creditor este justificată din prisma eficienței ex-ante. Susținătorii acestor sisteme⁸ se referă la efectul de stimulent pentru administratori și directori oferit de amenințarea riscului de lichidare a societății sau de simpla posibilitate a înlocuirii lor ca efect al insolvenței. Putem presupune astfel că dreptul de proprietate asupra capitalului unei societăți este alocat creditorilor în caz de faliment. Argumentul este unul de governanță corporativă eficientă. Acest tipar este temelia oricărei legi severe împotriva debitorilor. Administratorul pierde, în general, controlul companiei în favoarea unui administrator judiciar care reprezintă interesele creditorilor.

Avantajele unei legi pro-creditor menționate mai sus pot fi combătute în măsura în care analizăm eficiența ex-post⁹ a acestei tipologii de lege.

⁷ BERGSTROM, C., EISENBERG, T., SUNDGREN, S.: *On the Design of Efficient Priority Rules for Secured Creditors: Empirical Evidence from A Change in Law*, European Journal of Law and Economics, no. 18/2004, p. 273-297.

⁸ *Id.*

⁹ BLAZY, R., CHOPARD, B.: *Building legal indexes to explain recovery rates: An analysis of the French and English bankruptcy codes*, Journal of Banking & Finance, nr. 37/2013, pp. 1936-1959.

Raportat la eficiența ex-post a procedurii există două tipuri de riscuri cu care orice sistem de insolvență se confruntă: fie posibilitatea că aplicarea procedurii insolvenței va salva o societate care nu este viabilă (eroare de tip I) fie că va lichida în mod nejustificat o societate viabilă (eroare de tip 2). Primul risc este temut de către creditorii. Un număr mare de sisteme de drept favorizează reducerea acestui risc. De exemplu legea insolvenței britanice optează pentru această strategie cu scopul de a evita crearea unui tipar al creditorilor care, încercând să preîntâmpine posibilitatea existenței unor pierderii economice, vor opta pentru creșterea costurilor tranzacțiilor (ex. creșterea dobânzilor). Reducerea celui de-al doilea risc (eroare de tip 2) este favorizat de o lege orientată spre salvarea debitorilor. Pe plan social, scopul este acela de a reduce costurile de lichidare.

Astfel chiar dacă legile pro-creditor au avantajul de a evita reorganizări ineficiente totuși riscul de faliment nemeritat sau prematur este mai mare. În plus, dreptul pro-creditor favorizează reorganizare creditelor prin lichidarea lor, parțială sau totală, față de opțiunea mai viabilă a reorganizării datoriilor. Mai mult o lege a insolvenței influențează deciziile de investiții generând cel puțin două tipuri de ipostaze ineficiente: riscurile de subinvestiție sau suprainvestiție¹⁰. Riscurile de subinvestiții se referă la ipostaza în care o societate refuză să întreprindă o activitate care oferă o speranță de profit imediat, insuficient pentru a acoperi datoriile companiei, în ciuda faptului că această activitate prezintă o valoare netă actualizată pozitivă. Astfel poate exista posibilitatea ca anumite proiecte profitabile din punct de vedere economic să nu fie desfășurate. Riscul de suprainvestiție constă în posibilitatea ca debitorul, sub presiunea unei legii severe, să opteze pentru

¹⁰ BLAZY, R., DEFFAINS, B.: *Severe or gentle bankruptcy law: Which impact on investing and financing decisions?*, Economic Modeling, nr. 34/2013, pp. 129-144.

proiecte de afaceri a căror valoare pozitivă netă actualizată este negativă, dar a căror profituri pe termen scurt sunt atrăgătoare.

De aici se poate deduce că o lege pro-creditor poate genera obstacole în calea unei politici investiționale sănătoase. Din perspectiva subinvestițiilor, administratorul a căror poziție este amenințată va încerca mai degrabă să obțină cel mai mare profit decât să adopte un comportament de *pater familias*. Pentru a realiza acest lucru va favoriza proiectele riscante cu profit pe termen scurt.

În ceea ce privește incidentele de suprainvestiție, concluziile sunt mult mai complexe¹¹. În acest sens trebuie să aruncăm o privire asupra comportamentului administratorului înainte și după declanșarea problemelor financiare. Anterior declanșării problemelor financiare, o lege pro-creditor exercită presiune psihologică asupra administratorului din cauza severității sancțiunilor și prin urmare nu încurajează politica de suprainvestiție. Odată ce problemele financiare au apărut, administratorul va aborda o politică predispusă spre risc fiind conștient de faptul că, din momentul declanșării procedurii insolvenței, orice putere de decizie a lui va fi probabil censurată, iar el va pierde controlul asupra societății, reorganizare nefiind o soluție viabilă. El se va concentra astfel pe profituri pe termen scurt în detrimentul adoptării unei politici de investiție viabilă pe termen lung, în speranța că influxul temporar de lichiditate va amâna inevitabila declanșare a procedurii insolvenței. În ambele ipostaze, creditorii sunt direct afectați de acest tipar viciat.

Astfel, structura legii pro-creditor orientată spre stimularea activității economice, generează comportamente logic opuse față de starea de sănătate a societății conducând la o situație paradoxală. Când starea de sănătate a

¹¹ *Id.*

societății este bună, o lege pro-creditor încurajează însă subdezvoltarea. Dimpotrivă atunci când situația se înrăutățește legea pro-creditor accelerează deteriorarea activelor prin deciziile de investiții nehibzuite.

Acest tipar poate fi observat clar și în cazul României. Potrivit Studiului Coface privind insolvențele din România pentru anul 2013¹², nu sub-performanța financiară a fost principalul factor care a dus la încetarea activității acestor societăți (deși a avut un impact, nu a fost determinant), ci mai degrabă erorile în deciziile de management al riscului de credit, gestionarea inefficientă a trezoreriei nete, lipsa unei finanțări adecvate a ciclului de exploatare, insuficiența capitalizării și procesul continuu de dezinvestire în cadrul acestor companii.

Administratori români, aflându-se în preajma insolvenței, au optat pentru un comportament predispus spre risc în detrimentul adoptării unei politici sănătoase de investiții. Astfel, aproximativ un sfert din companiile insolvente în anul 2013 erau profitabile sau înregistrau o lichiditate teoretică pozitivă (capital de lucru pozitiv). Această pondere nu este suficientă, deoarece atât capitalul de lucru, cât și profitul pozitiv reprezintă o potențare a unor lichidități viitoare care, dacă nu se materializează (stocurile nu sunt vândute conform așteptărilor, creanțele nu se încasează conform scadențelor) atunci firma are probleme în onorarea obligațiilor de plată exigibile (ajunse la maturitate).

Finalizând prima parte a analizei de față, putem observa că, din perspectiva eficienței, legea pro-creditor nu obține rezultatul dorit de a oferi o protecție reală creditorilor, determinând o deteriorare a politicii investiționale a societății debitoare. Având în vedere cele menționate mai sus,

¹² COFACE. *Panorama. Studiu privind situația insolvențelor în România pentru anul 2013, ianuarie 2013*, pp. 2-5.

devine imperativă regândirea angrenajului de protecție a creditorilor în cadrul legii insolvenței, demers ce va fi realizat în Partea II a prezentei lucrări.

II. Reevaluarea protecției creditorilor în insolvență prin prisma asimetriei informaționale

A. Asimetria informației - punct de origine al regândiri protecției creditorilor în insolvență¹³

Eșecul are, în esență, o natură financiară. O societate care eșuează este definită prin incapacitatea de a-și respecta obligațiile contractuale. Astfel, insolvența devine un element fundamental al relațiilor de creditare.

Contractele de acest tip implică doi actori: debitorul și creditorul. Debitorii trebuie să facă față unor provocări importante. Pe de o parte, este necesar să implementeze un proiect economic, iar pe de altă parte, să obțină resursele financiare pentru derularea acestuia. Creditorii, în schimb, întâmpină dificultăți în a evalua viabilitatea proiectelor pentru a decide finanțarea. Ulterior, debitorii analizează propunerile primite, încercând să estimeze dacă termenii de finanțare sunt avantajoși.

Aceste interacțiuni sunt influențate de asimetria informațională, care generează o relație de adversitate între cele două părți. Deși se tinde să se perceapă această problemă drept un dezavantaj al creditorilor, nu trebuie

¹³ O analiză mai detaliată a relației dintre eșecul economic și informația asimetrică (așa cum este prezentată în această secțiune) se regăsește în I. ȘUMANDEA-SIMIONESCU, *Corelația dintre eficiența procedurii insolvenței în cazul IMM-urilor și măsurile de protecție a creditorilor. Analiza economică a dreptului insolvenței din perspectiva băncii – creditor chirografar*, Revista Phoenix nr. 87 (Ianuarie-Martie 2024), pp. 20-27, online: https://www.unpir.ro/sites/default/files/2024-04/Revista_Phoenix_nr_87.pdf.

neglijată și poziția vulnerabilă a debitorilor, afectată de oportunismul creditorilor. Într-o colaborare de lungă durată, creditorul poate utiliza informațiile obținute în interes propriu, afectând ceilalți creditori. Acesta poate propune o rată a dobânzii peste nivelul optim, dar suficient de mică pentru a descuraja competiția. Prin urmare, debitorii pot fi privați de condiții favorabile de finanțare.

Aceste situații se bazează pe un dezechilibru informațional, în care o parte dispune de mai multe date decât cealaltă. Cu toate acestea, lipsa de informații poate afecta în mod egal ambele părți. Creditorii pot avea dificultăți în a evalua riscurile asociate unui debitor, la fel cum debitorii pot întâmpina obstacole în a estima corect potențialul profitabil al proiectului lor.

Dacă cele două părți nu ajung la o înțelegere, debitorul va fi constrâns să abandoneze proiectul planificat. O posibilă soluție rămâne intervenția judecătorului sindic în sensul aplanării acestui dezechilibru creat de asimetria de informație.

În principiu, rolul unei legii a insolvenței este de a asigura reușita societăților care trebuie să supraviețuiască (A) și lichidarea celor care nu ar trebui să desfășoare activitate economică (B). Prin urmare pot apărea două erori de selecție: eroare de tip 1 (A) care constă în lichidarea unei societăți eficiente economic și eroare de tip 2 (B) care constă în salvarea unei societăți ineficiente¹⁴.

Desigur eficiența/ineficiența unei societăți este o formă de informație ascunsă și astfel insolvența vizează dezvăluirea în mod public a acesteia. Totuși accesul la informație nu este gratuit. Astfel este mai profitabil pentru o societate să evite complet instanțele de judecată, negociind direct cu

¹⁴ BLAZY, R., CHOPARD B., FIMAYER A., GUIGOU J.-D.: *Employment Preservation vs. Creditors' Repayment Under Bankruptcy Law: The French Dilemma?*, International Review of Law and Economics no. 31/2011, pp. 126-141.

creditorul. În acest context creditorul afectat de asimetria informației nu mai poate decide în mod pertinent care este societatea eficientă și prin urmare va spori costurile de tranzacție (inclusiv dobânzile) ca și mijloc de protecție¹⁵. Din această perspectivă, este optimă introducerea unei forme de selecție între aceste două tipuri de societăți. Considerăm că acest rol poate fi preluat de către mecanismul unei proceduri a insolvenței eficiente. De exemplu, prin eficientizarea bancrutei simple (infrațiune reglementată de art. 143 alin. (1) din Legea 85/2006, text în prezent abrogat) cât și prin introducerea sancțiunii decăderii din dreptul de a ocupa o funcție de management pentru o anumită perioadă de timp în cazul administratorilor culpabili de cauzare intrării în insolvență¹⁶, debitorii ineficienți pot fi determinați să se supună procesului de selecție realizat în mod natural de procedura insolvenței. Având în vedere cele menționate mai sus, considerăm că este necesar să analizăm, sub forma unui model ipotetic, procesul decizional creat de paradigma asimetrică amintită anterior.

B. Influența asimetriei informației asupra procesul decizional al debitorului și creditorului - un model ipotetic

Piața românească, în mare parte, este formată din societăți de tip închis (în general SRL-uri, denumite generic IMM) care încep prin a nu avea o formă de finanțare. Pentru a fi finanțate, acestea trebuie să împrumute capital de la cel puțin un creditor. După cum am menționat mai sus, pornim de la presupunerea că există două tipuri de societăți: eficiente și ineficiente. Posibilul creditor însă nu poate să stabilească exact cu ce tip de societate

¹⁵ FROUTÉ, P.: *Theoretical Foundation for a Debtor Friendly Bankruptcy Law in Favour of Creditors*, *European Journal of Law and Economy*, no. 24/2007, pp. 201-214.

¹⁶ Art. 169 alin. (10) L: 85/2014.

interacționează. Această este paradigma asimetriei de informație raportată la situația IMM-urilor românești care, conform legislației române, nu sunt supuse unei forme de auditare privând creditorul de o forma viabilă de acces la informația dorită. Indiferent de tipul de societate, administratorul ei nu știe cu certitudine dacă proiectul de afaceri va avea succes sau nu. Incertitudinea cu privire la succesul proiectului este astfel suportată în același timp de către creditor și debitor. Obiectivul administratorului se presupune a fi asigurarea supraviețuirii societății considerată principala sa sursă de venit. În această ipoteză, supraviețuirea societății se supune principiului maximizării averii. La un anumit interval, societatea se confruntă cu o problemă de lichiditate. Debitorul are în acel moment două opțiuni¹⁷. Fie că negociază un împrumut cu un creditor, fie decide să opteze pentru declanșarea insolvenței. Negocierea poate duce la reorganizarea datoriilor sau, în caz de eșec, la deschiderea unei proceduri a insolvenței. Această procedură se încheie fie prin lichidarea societății, fie prin reorganizarea acesteia. Existența cheltuielilor judiciare aferente invalidează această opțiune pentru o societate care este oricum eficientă. O societate eficientă are astfel doar opțiune negocierii directe. În schimb societățile ineficiente vor pune în balanță profitul posibil - rezultatul negocierii și sancțiunile prevăzute de procedura insolvenței, în luarea unei decizii privind amânarea deschiderii insolvenței.

În cadrul insolvenței, o societate trebuie să fie supusă reorganizării dacă există o posibilitate ca această să își îndeplinească obligațiile pe termen lung. Odată deschisă procedura insolvenței, rolul de selecție (screening) a acesteia este activat. Există posibilitatea, însă, ca prin aplicarea insolvenței să rezulte una din cele două tipuri de erori menționate mai sus, adică salvarea unei societăți ineficiente și/sau lichidarea unei societăți eficiente. După cum

¹⁷ *Id.*

am menționat mai sus, o lege a insolvenței pro-creditor (severă) urmărește preponderent evitarea primului risc, în timp ce o normă pro-debitor (flexibilă) urmărește preponderent evitarea celui de-al doilea. Severitatea sau flexibilitatea sunt semnale (*feedbackuri* sistemice) trimise creditorului prin acest sistem. Urmărind acest tipar, cu cât o normă de insolvență este mai flexibilă, cu atât numărul de reorganizări este mai mare și cu atât mai multe societăți ineficiente vor opta pentru declanșare procedurii insolvenței¹⁸.

Decizia administratorilor de a opta sau nu pentru deschiderea procedurii insolvenței este la rândului ei un semnal sistemic trimis de această dată creditorilor. Creditorii se adaptează și ei în funcție de *feedbackul* sistemic receptat. Ei își stabilesc costurile de tranzacție aferente unui proiect (inclusiv dobânzile) în funcție de nivelul de risc al acestuia. Cu cât un proiect este mai riscant, cu atât dobânda este mai mare. Din moment ce atitudinea creditorilor fluctuează în funcție de ceea ce a debitorilor, cu cât mai puține societăți ineficiente negociază direct cu creditorii, cu atât costurile de tranzacție vor fi mai mici prin soluționarea asimetriei informației (piața românească este purificată de societăți ineficiente) și cu atât mai multe societățile eficiente vor putea să obțină finanțarea dorită.

Astfel, cu cât semnalul trimis de către un mecanism de insolvență este unul mai flexibil pentru debitori, cu atât este mai mare probabilitatea ca proiectul prezentat creditorilor să fie unul profitabil. Pe de o parte, tipologia procedurii insolvenței are un impact direct asupra profitabilității proiectelor de afaceri. Pe de altă parte, este evident faptul că o îmbunătățirea situației debitorului îi favorizează direct pe creditori. Semnalul sistemic pro-debitor destigmatizează întreaga procedură a insolvenței. Astfel, societățile ineficiente sunt încurajate să intre în insolvență reducând astfel riscul

¹⁸ *Id.*

suportat de către creditorii în măsura în care aceștia pot negocia societățile viabile.

Conform teoriei economice¹⁹, creșterea economică este generată de procesul de distrugere creativă, prin care societățile neviabile sunt înlocuite cu altele capabile să ofere produse adaptate cerințelor actuale ale consumatorilor. Procedura de insolvență joacă un rol important în modelarea tranziției dintre expansiune și recesiune economică. Cu cât capitalul este redistribuit mai eficient, cu atât perioada de recesiune va fi mai scurtă. Astfel, implementarea unei proceduri de insolvență eficiente devine o condiție esențială în acest proces. O componentă esențială a analizei insolvenței ca factor economic este reprezentată de costurile implicate în desfășurarea activităților economice. Prin optimizarea procedurilor de insolvență, crește numărul societăților redresate și se îmbunătățește rata de recuperare a creanțelor. Acest rezultat pozitiv sporește încrederea creditorilor în protecția oferită de sistem, reducând nevoia de măsuri suplimentare de siguranță în cadrul contractelor, ceea ce duce la scăderea costurilor operaționale. Măsurile de protecție, care includ și o creștere a dobânzilor, contribuie la majorarea inflației, însă eficientizarea procedurilor de insolvență are ca efect reducerea acestora și a pierderilor economice, stimulând astfel creșterea economică. Prin adoptarea unei legislații favorabile debitorilor, riscul general scade, iar eficiența economică a României se îmbunătățește semnificativ.

Specialiștii²⁰ care au analizat acest tip de model au afirmat că la centrul relației creditor-debitor și deci vital pentru remedierea asimetriei de informație este instanța/administratorul judiciar. Aceștia consideră că

¹⁹ VILANOVA, L: *L'impact des effets de réputation sur l'incitation des banques à pratiquer une stratégie de soutien abusive*, *Finance*, no. 23 (1)/2002, pp.77-109.

²⁰ FROUTÉ, P.: *Theoretical Foundation for a Debtor Friendly Bankruptcy Law in Favour of Creditors*, *European Journal of Law and Economy*, no. 24/2007, pp. 201-214.

judecătorul-sindic și administratorul judiciar sunt cei care emit *feedbackul* sistemic prin felul în care își exercită rolul de selecție a societăților²¹.

Considerăm însă că această presupunere, deși parțial adevărată, nu este suficientă pentru a asigura funcționalitatea și reușita modelului prezentat mai sus. *Feedbackul* sistemic pe care îl primește debitorul nu este generat doar de mentalitatea și atitudinea organelor judiciare ale insolvenței. Mai degrabă considerăm că vorbim despre eficiență la două niveluri diferite: eficiență a sistemului și eficiență a procesului de monitorizare și implementare. Rolul judecătorului-sindic/administratorului judiciar este vital doar din perspectiva celui de-al doilea nivel. În acest sens eficiența cu care administratorul judiciar și judecătorul-sindic reușesc să îndeplinească procesul de selecție a unei societăți este important pentru modelul de față. Însă, simpla prezență a unor competențe legale de monitorizare nu sunt de ajuns pentru a acorda un rol central acestor organe. De fapt, eficiența cu care acestea își îndeplinesc obligațiile legale și deci asigură îndeplinirea rolului lor în angrenajul de selecție poate fi determinată doar raportându-ne la *feedbackul* sistemic pe care îl transmit debitorilor cu consecințele aferente.

În plus, capacitatea acestor participanți la procedura insolvenței de a-și îndeplini rolul de selecție este la rândul lor condiționată de tipologia legii insolvenței în vigoare cât și de eficiența ei. Astfel considerăm că elementul-cheie al acestui model este eficiența normelor de insolvență. Prevederile legii române trebuie să fie analizate din prisma aceluiași feedback de sistem pentru a determina în ce măsura scopul pentru care acestea au fost create a fost îndeplinit. Dacă eficiența procesului de monitorizare este o etapă premergătoare necesară în restabilirea funcționalității în cadrul procedurii

²¹ În acest context, prin rol de selecție se înțelege capacitatea unui participant la procedura insolvenței de a decide dacă a): o societate este eficientă și merită deci să fie salvată prin reorganizare sau b) o societate este ineficientă și trebuie deci să fie lichidată.

insolvenței românești, cheia de boltă rămâne analiza eficienței procedurii insolvenței, fiind următoarea etapă logică a oricărui demers științific privind remedierea acestei procedurii. Rolul prezentei analize este acela de a facilita o nouă perspectivă și o nouă fundație a relației creditor-debitor prin intermediul căreia să fie analizată și regândită procedura insolvenței din România. Concluzia noastră este următoarea: o bună protecție a creditorilor în cadrul procedurii insolvenței se poate realiza doar prin protecția debitorilor, adică prin implementarea unei legii pro-debitor.

C. Procedura insolvenței și paradigma guvernanței corporative

La nivelul României, după cum s-a amintit anterior, mare parte din societățile insolvente intră în categoria celor de tip închis (în general societăți cu răspundere limitată, numite generic IMM). Având în vedere acest fapt, teoria lui Sefa Franken privind o lege a insolvenței funcțională capătă o importanță crucială în dezbaterile pro-creditor/pro-debitor. Sefa Franken²² argumentează că eficiența unei legii a insolvenței nu poate fi analizată fără a avea în vedere structura guvernanței corporative a societății insolvente.

În ceea ce privește IMM-ul, aceasta este caracterizată prin controlul capitalului concentrat în mâna unui acționar, administrator sau un mic grup de acționari care deține o parte substanțială din acțiuni²³. De asemenea acest gen de societate în general va avea o relație contractuală pe termen lung cu un creditor principal, în general o instituție de credit. În ciuda faptului că principalul creditor - bancă va realiza doar aproximativ 40% din finanțarea

²² SEFA, F.: *Creditor-and Debtor-Oriented Corporate Bankruptcy Regimes Revisited*, European Business Organization Law Review, nr. 4/2004, pp. 19-27.

²³ BERGER, A.N., UDELL, G.F.: *The economics of small business finance: The role of private equity and debt markets in the financial growth circle*, Journal of Banking & Finance, nr. 22/1998, pp. 640-650.

aferentă datoriilor societății, aceasta totuși va beneficia de garanții asupra unei părți importantă a activelor debitorului. Creditorii sunt în general dispersați. Deoarece interesele acționarilor coincid cu cele ale administratorului - acționar majoritar, conflictul creditor - administrator domină în cazul IMM-urilor.

Conform teoriei lui Franken, acest tip de societate poate beneficia de efectul de pârghe al unui creditor majoritar garantat. Astfel, avantajul existenței acestuia sub forma unui supraveghetor a stării economice și financiare a societății este că, odată ce firma se confruntă cu o perioadă de recesiune, creditorul garantat poate solicita societății să ia măsuri adecvate de restructurare. Dreptul de deschidere al insolvenței va fi, de asemenea, deținut de către creditor, având în vedere garanțiile de care acesta dispune, motiv pentru care interesele societății sunt aliniate în mod inerent cu cele ale creditorului. O lege pro-creditor, subliniază autorul ²⁴, întărește funcția de monitorizare a creditorului principal prin crearea unei amenințări reale ca element de presiune în perioada anterioară insolvenței. Prin urmare administratorii sunt obligați să urmeze politici de investiții conservatoare care reduc riscul de insolvență. Mai mult decât atât, o astfel de lege îndeamnă financiar și economic debitorii aflați în dificultate să renegocieze creditele și restructureze datoriile aferente în afara de procedurii insolvenței. Costurile aferente sunt destul de scăzute din moment ce negocierea are loc numai între debitor și creditorul principal. Desigur se menționează că dezavantajul unui astfel de regim pro-creditor pare a fi faptul că vânzările silite aferente falimentului sau licitațiile de active în faliment afectează prețurile acestor active și duce la grade scăzute de recuperare pentru creditorii chirografari.

²⁴ SEFA, F.: *Creditor-and Debtor-Oriented Corporate Bankruptcy Regimes Revisited*, European Business Organization Law Review, nr. 4/2004, pp. 19-27.

Totuși aceste costuri ex-post sub formă de șanse scăzute de recuperare a creanțelor chirografare trebuie să fie raportate la posibilele beneficii mai atractive ex-ante care rezultă din structura creată de pârghiile de control pe care se bazează creditorul principal cât și din beneficiile regimului pro-creditor²⁵. Această teorie sugerează că un creditor principal îndeplinește un rol important de monitorizare în guvernarea IMM-urilor generând o aliniere, forțată sau nu, a intereselor debitorului și creditorului principal. Aceste beneficii revin de asemenea creditorilor chirografari nu sub formă de recuperare în insolvență, dar sub formă de relații de afaceri continue și de durată care sunt păstrate pe linia de plutire în afara procedurii insolvenței, pe baza unui efect de *ride-along*²⁶.

Acest tip de teorie este probabil unul dintre cele mai populare argumente ale unei legi pro-creditor uzitate²⁷. Deși atractivă, vom arăta în continuare de ce un astfel de model nu este în mod practic funcțional la nivelul sistemului insolvenței românești. Teoria pornește de la un principiu al simetriei paradigmei controlului în perioada anterioară insolvenței raportat la perioada insolvenței din perspectiva guvernantei corporative. Creditorul principal în perioada ex-ante, prin intermediul legii pro-creditor, își va păstra supremația și în insolvență. La nivel practic însă, în insolvența românească, situația este alta. Creditorul garantat își pierde poziția de supremație prin intermediul unei legislații care, prin sistemului de clase aferente distribuirii bunurilor, distorsionează această poziție privilegiată inițială prin apariția unor creditori

²⁵ *Id.*

²⁶ În cadrul efectului de *ride-along*, creditorul chirografar optează pentru o atitudine pasivă față de deciziile luate de către debitor, fiind protejat de controlul exercitat de către acționarul majoritar garantat.

²⁷ SEFA, F.: *Creditor-and Debtor-Oriented Corporate Bankruptcy Regimes Revisited*, European Business Organization Law Review, nr. 4/2004, pp. 19-27.

noi principali (statul, angajații etc.). Un alt exemplu este procedura de alegere a planului de reorganizare care nu permite alocarea acestei decizii direct în mâna creditorului principal în vederea desfășurării funcției acestuia de monitorizare. Acestea sunt doar două exemple dintr-o listă mult mai amplă.

Situația ex-ante a creditorului majoritar este de asemenea una dificilă. Această teorie pornește de la premisa că ex-ante creditorul are pârghiile necesare pentru a monitoriza activitatea debitorului. Teoria nu ia însă în considerare asimetria informației – amintită mai sus – care invalidează orice încercare de a controla o societate care nu este obligată să respecte nici o forma de auditare. Acest argument este validat de studiul realizat de Coface în 2013 privind cazurile de insolvență din România.

Conform acestuia²⁸ „s-a remarcat extinderea termenelor de încasare, pe fondul creșterii mai agresive a creanțelor, comparativ cu dinamica cifrei de afaceri. Acest fapt indică o relaxare a condițiilor de creditare printre companiile private prin desfășurarea relațiilor de afaceri cu parteneri ce prezintă un risc mai ridicat. Astfel, firmele intrate în insolvența în anul 2013 au înregistrat o scădere a cifrei de afaceri în anul 2012, comparativ cu 2011 de 11%, în timp ce valoarea creanțelor a crescut cu 2%. Trendul menționat anterior este observat cu precădere în zona firmelor mari, care au avut capacitatea să preia rolul de creditor net în această buclă a tranzacțiilor comerciale, și care au fost afectate de intrarea în insolvența a unui număr record de IMM-uri în anul 2012, fiind practic o manifestare a riscului sistemic.” Astfel creditorii principali nu au putut în mod eficient să își îndeplinească prerogativele de monitorizare, optând pentru parteneri comerciali ineficienți care au abordat un tipar riscant de afaceri. În consecință

²⁸ COFACE. *Panorama. Studiu privind situația insolvențelor în România pentru anul 2013, ianuarie 2013*, pp. 2-5.

societatea debitoare este golită de active până în momentul în care aceasta își deschide insolvența, înlăturând orice eficiență a drepturilor oferite de modelul ideal pro-creditor menționat la începutul analizei de față.

Mai mult, teoria înaintată de S. Franken promovează o alinierea forțată a intereselor debitorului cu cele ale creditorului principal care poate duce la încadrarea acestuia din urmă în categoria administratorilor de fapt dacă activitatea de monitorizare a influențat semnificativ poziția debitorului. Se poate ajunge la situația în care creditorul majoritar să fie sancționat pentru comportamentul său în cadrul procedurii insolvenței debitorului său.

Astfel, considerăm că este mai eficientă o aliniere organică a intereselor debitorului cu cele ale creditorului cauzată de eliminare asimetriei de informație prin intermediul *feedbackului* sistemic declanșat de o legislație a insolvenței pro-debitor. În acest context, debitorul eficient va putea să fie protejat de creditorul principal, acesta la rândul său întărindu-și poziția de control și monitorizare asupra debitorului. Mai mult, în ceea ce privește situația creditorilor chirografari, dacă acceptăm premisa principiului de *ride-along*, poziția acestora este una mai favorabilă dacă ex-ante interesele debitorului și ale creditorului principal sunt aliniate organic prin intermediul existenței unei norme pro-debitor eficiente care asigură o prosperitate a societății debitoare eficiente.

Având în vedere cele menționate mai sus, se poate observa că, din perspectiva eficienței, legea insolvenței românești nu își atinge scopul dorit de a oferi o protecție eficientă a creditorilor. Regândind angrenajul de protecție a creditorilor în cadrul insolvenței prin intermediul analizei asimetriei informației cât și a guvernantei corporative, am ajuns la concluzia că singura metodă prin care se poate atinge un nivel de protecție a creditorilor eficient și adecvat este prin introducerea la nivelul României a unei legislații a insolvenței hibridă eficientă.

Concluzii

Analiza legislației insolvenței în România și în alte sisteme naționale și internaționale scoate în evidență impactul profund al normelor juridice asupra relației dintre creditori și debitori. În contextul actual, eficiența unui sistem de insolvență nu poate fi măsurată doar prin protecția acordată creditorilor, ci mai ales prin capacitatea de a permite redresarea debitorilor viabili și de a filtra eficient societățile nefuncționale. De aceea, o legislație pro-debitor bine construită nu doar că poate satisface interesele economice ale creditorilor, dar contribuie și la consolidarea unui mediu economic stabil și predictibil.

Unul dintre punctele cheie ale analizei îl constituie problema dezechilibrelor cauzate de asimetria informațională. În contextul unei accesibilități inegale la informații relevante, atât debitorii în procesul decizional privind investițiile, cât și creditorii în evaluarea riscurilor, se confruntă cu vulnerabilități sistematice. Sistemul românesc a încercat să atenueze aceste distorsiuni prin implementarea unor proceduri de reorganizare mai flexibile și prin consolidarea rolului administratorului judiciar în monitorizarea procesului. Cu toate acestea, eficacitatea acestor mecanisme rămâne parțial limitată atât din cauza unor inconsistențe legislative, cât și din cauza unei capacități instituționale de aplicare inegală pe teritoriu.

La nivel european, modelele de insolvență sunt împărțite între cele orientate spre creditori și cele favorabile debitorilor. Analiza comparativă demonstrează că, deși un regim pro-creditor pare să ofere avantaje prin descurajarea comportamentelor riscante ale debitorilor, el poate genera efecte secundare negative, precum subinvestiția sau supraexpunerea la riscuri. De exemplu, în cazul României, studiile arată că sub-permanța financiară nu

a fost întotdeauna cauza principală a insolvențelor, ci mai degrabă deciziile de management defectuoase și lipsa unei finanțări adecvate a ciclului economic. Aceste concluzii susțin necesitatea unei legislații mai flexibile, care să încurajeze reorganizarea și să ofere debitorilor viabili șansa de a-și continua activitatea. Astfel, sistemele puternic orientate spre creditori, deși descurajează riscul moral al debitorilor, tind să inhibe în mod contraproductiv procesul de redresare a întreprinderilor viabile, fenomen observabil în cazul românesc prin problema subinvestiției cauzată de accesul restrictiv la finanțare. Pe de altă parte, sistemele excesiv favorabile debitorilor, deși promovează reorganizarea, riscă să erodeze în mod progresiv încrederea creditorilor în sistem. Experiența națională ilustrează această tensiune structurală: pe fondul unui cadru legislativ cu rădăcini istorice creditoriale, au fost adoptate progresiv instrumente inspirate din abordările pro-debitor, precum planurile de reorganizare. Rezultatul este un sistem hibrid funcțional, dar care manifestă în continuare lacune importante de implementare, mai ales în cazul întreprinderilor mici și mijlocii, unde absența unor proceduri adaptate și accelerate amplifică disproporționat problemele de operare.

În contextul actual, admitem că eficiența unui sistem de insolvență nu poate fi redusă la o simplă clasificare binară (pro-creditor vs. pro-debitor), ci trebuie evaluată prin prisma capacității sale de a echilibra protecția creditorilor cu oportunitățile de redresare ale debitorilor viabili. Studiarea cazului românesc poate releva astfel un sistem mixt, care combină elemente din ambele abordări, reflectând o tendință modernă de adaptare la nevoile economiei dinamice.

Un punct central al analizei îl constituie dezechilibrele cauzate de asimetria informațională. În România, aceasta a condus la situații în care insolvențele au fost declanșate nu doar de sub-performanță financiară, ci și de decizii de management defectuoase sau de lipsa unor mecanisme flexibile

de reorganizare. Procedurile de insolvență trebuie să funcționeze ca instrumente de corectare a acestor distorsiuni, reducând costurile tranzacționale și încurajând soluții negociate. Sistemul românesc, deși înclinat inițial spre protecția creditorilor, a integrat progresiv elemente pro-debitor (*e.g.*, proceduri de reorganizare, rolul sporit al administratorului judiciar), ceea ce sugerează o evoluție spre un model mixt. Această hibridare nu este însă lipsită de contradicții, necesitând o armonizare mai bună între cele două abordări tradiționale.

La nivel european, diversitatea regimurilor de insolvență confirmă că niciun model extrem nu este optim. În cazul României, o abordare rigidă pro-creditor poate inhiba redresarea întreprinderilor viabile, în timp ce prea multă flexibilitate poate submina încrederea creditorilor. Soluția constă într-un cadru legislativ echilibrat, care să permită filtrarea eficientă a societăților neviabile, dar și salvarea celor cu potențial. De exemplu, rolul judecătorului-sindic și al administratorului judiciar este crucial în selecția întreprinderilor, dar simpla prezență a unui cadru legislativ nu este suficientă; succesul depinde de modul în care normele sunt aplicate și de capacitatea instituțiilor implicate de a implementa procedurile în mod corect și echitabil.

Din perspectiva guvernantei corporative, IMM-urile reprezintă o categorie distinctă, caracterizată prin controlul concentrat al capitalului și relații contractuale pe termen lung cu creditorii principali. În acest context, noțiunile despre pârghiile de control exercitate de creditorii principali sugerează că o lege pro-creditor poate funcționa eficient doar dacă există o aliniere organică a intereselor debitorilor și creditorilor. Pentru IMM-uri, caracterizate prin relații contractuale apropiate între debitori și creditori, sistemul ar trebui să recunoască specificitatea acestor interacțiuni. În prezent, lipsa unor mecanisme adaptate (*e.g.*, proceduri accelerate pentru IMM-uri) și asimetria informațională limitează potențialul de reorganizare.

Sistemul românesc de insolvență contemporan nu mai poate fi catalogat tradițional în una dintre categoriile tradiționale. El reflectă mai degrabă o tendință globală de „hibridizare” legislativă, dar care necesită în continuare rafinări importante. Printre prioritățile de reformă se numără perfecționarea mecanismelor existente, cu accent pe dezvoltarea de proceduri accelerate specializate pentru întreprinderile mici și mijlocii, îmbunătățirea transparenței sistemice pentru reducerea cronică a asimetriei informaționale, precum și investiții strategice în consolidarea capacității instituționale. Abordarea eclectică actuală, dacă este implementată în mod coerent și sistematic, poate transforma procedura de insolvență dintr-un simplu mecanism punitiv într-un instrument eficient de redresare economică și de maximizare a valorii, contribuind substanțial la creșterea stabilității, performanței și predictibilității mediului de afaceri național.

Bibliografie

- ARMOUR, J., LELE, P., MOLLIKA, V., SIEMS, M.: *CBR Creditor Protection Index for the UK, the US, Germany, France and India*, Center for Business Research, University of Cambridge, Noiembrie 2006
- BERGER, A.N., UDELL, G.F.: *The economics of small business finance: The role of private equity and debt markets in the financial growth circle*, Journal of Banking & Finance, nr. 22/1998
- BERGSTROM, C., EISENBERG, T., SUNDGREN, S.: *On the Design of Efficient Priority Rules for Secured Creditors: Empirical Evidence from A Change in Law*, European Journal of Law and Economics, no. 18/2004
- BLAZY, R., CHOPARD B., FIMAYER A., GUIGOU J.-D.: *Employment Preservation vs. Creditors' Repayment Under Bankruptcy Law: The French Dilemma?*, International Review of Law and Economics nr. 31/2011
- BLAZY, R., CHOPARD, B.: *Building legal indexes to explain recovery rates: An analysis of the French and English bankruptcy codes*, Journal of Banking & Finance, nr. 37/2013
- BLAZY, R., DEFFAINS, B.: *Severe or gentle bankruptcy law: Which impact on investing and financing decisions?*, Economic Modeling, nr. 34/2013
- COFACE. Panorama. *Studiu privind situația insolvențelor în România pentru anul 2013*, ianuarie 2013
- FROUTÉ, P.: *Theoretical Foundation for a Debtor Friendly Bankruptcy Law in Favour of Creditors*, European Journal of Law and Economy, no. 24/2007
- HOPKINS, J.: *Orderly & Effective Insolvency Procedures - Key Issues*, Legal Department - International Monetary Fund, 1999
- SEFA, F.: *Creditor-and Debtor-Oriented Corporate Bankruptcy Regimes Revisited*, European Business Organization Law Review, nr. 4/2004

- ȘUMANDEA-SIMIONESCU .I.: *Corelația dintre eficiența procedurii insolvenței în cazul IMM-urilor și măsurile de protecție a creditorilor. Analiza economică a dreptului insolvenței din perspectiva băncii – creditor chirografar*, Revista Phoenix nr. 87 (Ianuarie-Martie 2024)
- VILANOVA, L.: *L'impact des effets de réputation sur l'incitation des banques à pratiquer une stratégie de soutien abusive*, Finance, no. 23 (1)/2002, pp.77-109.