

Marian Nicolae

**Teoria recursului în casație
Pentru recuperarea funcției naturale a
Casației civile sau despre posibilitatea
unei reforme imposibile**

La alcătuirea prezentei lucrări s-a folosit materialul documentar intern publicat până la data de 31 august 2022.

solomon
2022

Respectați cartea și legea!

Atragem atenția asupra faptului că, în baza Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, constituie **infrațiune** și se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă reproducerea operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de prezenta lege (art. 196). Prin **reproducere** se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloc și sub orice formă (art. 14).

De asemenea, constituie **infrațiune** și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă punerea la dispoziția publicului, inclusiv prin internet ori prin alte rețele de calculatoare, fără drept, a operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe ori de drepturi *sui-generis* ale fabricanților de baze de date sau a copiilor acestora, indiferent de suport, astfel încât publicul să le poată accesa în orice loc sau în orice moment ales în mod individual (art. 194).

Copyright © 2022, Editura Solomon

Toate drepturile sunt rezervate Editurii Solomon.

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al Editurii Solomon.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României**NICOLAE, MARIAN**

Teoria recursului în casație : pentru recuperarea funcției naturale a Casației civile sau despre posibilitatea unei reforme imposibile / Marian Nicolae. - București : Editura Solomon, 2022

Conține bibliografie

Index

ISBN 978-606-9628-21-8

34

Editura Solomon

Tel.: 0725.356.750

E-mail:

office@editurasolomon.ro

redactie@editurasolomon.ro

Websites:

www.editurasolomon.ro

www.e-drept.ro

www.taxnews.ro

Cuprins

Abrevieri	XVII
-----------------	------

Capitolul I. Noțiunea, caracteristicile și rolul

recursului în casație	1
Secțiunea 1. Noțiuni introductive	1
§1. Preliminarii	1
1. Sistemul căilor de atac	1
a. Regimul căilor de atac	1
b. Clasificarea căilor de atac	16
2. Căile de atac în Noul Cod de procedură civilă	22
a. Reforma procesului civil român	22
b. Regimul căilor de atac	23
§2. Dreptul la recurs și recursul în casație în Noul Cod de procedură civilă	24
3. Datele problemei	24
§3. Plan	27
4. Plan de cercetare	27
Secțiunea a 2-a. Noțiunea, originea și rolul (funcțiile) recursului în casație	30
§1. Noțiunea recursului în casație	30
A. Noțiunea și caracteristicile recursului în casație	30
5. Noțiunea recursului în casație	30
a. Definiție	30
b. Terminologie	31
6. Caracteristicile recursului în casație	32
B. Delimitarea recursului în casație	33
7. Comparație între apel și recursul în casație	33
a. Precizări prealabile	33

b. Asemănări.....	36
c. Deosebiri.....	36
8. Comparație între recursul în casație și alte căi extraordinare de atac.....	37
a. Precizări prealabile	37
b. Comparație între recursul în casație și contestația în anulare.....	38
c. Comparație între recursul în casație și revizuire	38
9. Comparație între recursul în casație și alte forme de recurs	39
a. Precizări prealabile	39
b. Comparație între recursul în casație și recursul în anulare.....	49
c. Comparație între recursul în casație și recursul în interesul legii	50
§2. Originea și evoluția recursului în casație.....	51
10. Originea recursului în casație	51
11. Evoluția recursului în casație	58
§3. Rolul (funcțiile) recursului în casație.....	60
A. Preliminarii	60
12. Datele problemei.....	60
B. Rolul și funcțiile clasice ale recursului în casație	62
13. Originea și funcțiile Tribunalului de Casație francez. Particularitățile recursului în casație.....	62
14. Interdicția judecătorilor de a interpreta legea. <i>Référé</i> -ul legislativ	79
15. Scurte observații concluzive.....	84
C. Rolul și funcțiile actuale ale recursului în casație	88
16. Precizări prealabile	88
17. Funcțiile recursului în casație în dreptul român contemporan. Repere de drept comparat.....	89
a. Dreptul franco-belgian	89
b. Dreptul italian.....	108
c. Dreptul spaniol.....	124

d. Dreptul român	127
18. Funcțiile recursului în casație în dreptul contemporan (continuare). <i>Tutela ius constitutionis vs. tutela ius litigatoris</i>	129
a. Precizări prealabile	129
b. Scopul esențial și propriu al recursului în casație: <i>Tutela ius constitutionis</i>	130
c. Scopul secundar și complementar al recursului în casație: <i>Tutela ius litigatoris</i>	139
Secțiunea a 3-a. Regimul juridic al recursului în casație.....	142
§1. Motivele de casare.....	142
19. Precizări prealabile	142
20. Sistemul deschis al motivelor de casare	143
a. Precizări prealabile	143
b. Sistemul francez.....	144
c. Sistemul belgian	148
d. Sistemul spaniol.....	151
21. Sistemul închis al motivelor de casare	153
22. Concluzii	173
§2. Judecata recursului în casație	173
23. Datele problemei.....	173
24. Competența judecării recursului în casație	175
a. Precizări prealabile	175
b. Sistemul competenței unice	175
c. Sistemul competenței difuze	176
25. Procedura de judecată.....	178
§3. Efectele recursului în casație	187
26. Soluții în recursul în casație	187
27. Efectele casării asupra judecătorilor fondului.....	192

Capitolul II. Recursul în casație în Noul Cod

de procedură civilă	201
Secțiunea 1. Regimul inițial al recursului în casație (2013-2018)	201
§1. Recursul în casație în Noul Cod de procedură civilă.....	201

28. <i>Sedes materiae</i>	201
29. Caracteristicile noii reglementări	205
§2. Funcțiile recursului în casație în materie civilă	208
30. Funcțiile recursului în casație în materie civilă. Enumerare	208
31. – 1 ^o Funcția de asigurare a respectării, interpretării și aplicării unitare (uniforme) a dreptului de către instanțele judecătorești (<i>tutela ius constitutionis</i>)	213
32. – 2 ^o Funcția de protecție (apărare) a drepturilor și intereselor legitime ale părților litigante (<i>tutela ius litigatoris</i>)	227
§3. Regimul recursului în casație	228
33. Precizări prealabile	228
34. Obiectul recursului în casație	230
35. Motivele de casare	232
a. Enumerare	232
b. Critica	236
36. Judecata recursului în casație	244
a. Datele problemei	244
b. Competența judecării recursului	244
c. Procedura de judecată	246
37. Efectele recursului în casație	248
a. Soluții în recursul în casație	248
b. Efectele casării asupra judecătorilor fondului	250
Secțiunea a 2-a. Curtea Constituțională și recursul în casație	252
§1. Preliminarii	252
38. Datele problemei	252
39. Plan	253
§2. Problema obligativității formulării recursului și reprezentării în recurs a părților prin avocat sau consilier juridic	255
40. Noul Cod de procedură civilă și obligativitatea formulării recursului și reprezentării în recurs a părților prin avocat sau consilier juridic [art. 13 alin. (2) teza a II-a]	255

41. Poziția Curții Constituționale	256
a. Deciziile Curții Constituționale nr. 462/2014 și nr. 485/2015.....	256
b. Argumentația Curții Constituționale	256
42. Apreciere critică.....	258
§3. Problema procedurii de „filtrare” a recursurilor	267
43. Noul Cod de procedură civilă și procedura de „filtrare” a recursurilor (art. 493)	267
44. Poziția Curții Constituționale.....	273
a. Decizia Curții Constituționale nr. 839/2015.....	273
b. Argumentația Curții Constituționale	274
45. Apreciere critică.....	275
§4. Problema admisibilității recursului în cererile evaluabile în bani (<i>summa cassationis</i>)	282
46. Noul Cod de procedură civilă și admisibilitatea recursului în cererile evaluabile în bani în funcție de plafonul valoric stabilit de lege [art. 483 alin. (2)]	282
47. Poziția Curții Constituționale.....	284
a. Decizia Curții Constituționale nr. 369/2017.....	284
b. Argumentația Curții Constituționale	286
48. Apreciere critică.....	287
Secțiunea a 3-a. Regimul actual al recursului în casație.....	291
§1. Modificările aduse Noului Cod de procedură civilă prin Legea nr. 310/2018.....	291
49. Datele problemei.....	291
50. Principalele modificări ale Noului Cod de procedură civilă în materia recursului.....	293
§2. Apreciere critică	294
51. Precizări prealabile	294
52. Critica modificărilor privitoare la obiectul, scopul și judecarea recursului în casație	295
53. Critica modificărilor privind suprimarea procedurii de „filtrare” a recursurilor	298
54. Critica modificărilor privitoare la soluțiile pe care le poate pronunța Înalta Curte de Casație și Justiție	299

Capitolul III. Quo vadit recursus in cassationem?

Repere și propuneri de lege ferenda	303
Secțiunea 1. Criza Casației civile și a recursului în casație	303
§1. Preliminarii	303
55. Precizări prealabile	303
56. Problema recursului în casație în general	305
57. Plan.....	309
§2 Modelul recursului în casație în materie civilă	309
58. Modelul legislativ francez al recursului în casație.....	309
59. Modelul ideal (“il modello puro”) calamandreian al recursului în casație.....	311
§3. Criza (avatarurile) recursului în casație în materie civilă.....	327
60. Principalele cauze ale crizei Casației și recursului în casație. Enumerare	327
61. Viciile de reglementare interne și externe	327
62. Supraaglomerarea Casației și prăbușirea mitului legicentrismului (absolutismului juridic legal)	332
63. Observații concluzive.....	338
Secțiunea a 2-a. Remedii și căi de revitalizare și eficientizare a recursului în casație	339
§1. Preliminarii.....	339
64. Precizări prealabile	339
§2. Remedii în dreptul comparat	344
65. Remediile clasice. Soluțiile lui Calamandrei	344
66. Remediile actuale.....	347
a. Precizări prealabile	347
b. Accesul la Curtea de Casație în Italia și Franța.....	348
c. Accesul la Curtea Federală de Justiție (Germania)	388
§3. Remedii în dreptul român	400
67. Precizări prealabile	400
68. Remediile în materia regimului căilor de atac în dreptul procesual civil propuse de DI Decan Viorel Mihai Ciobanu.....	401

69. Remediile în materia căilor de atac în dreptul procesual civil propuse de Dl. Decan Ioan Leș	406
70. Aprecieri critică.....	411
Secțiunea a 3-a. Concluzii finale. Propuneri <i>de lege ferenda</i>	415
§1. Este posibilă salvarea recursului în casație?	415
71. Datele problemei	415
72. Plan.....	420
§2. Pentru o reformă radicală a recursului în casație	420
73. Ce este de făcut?.....	420
74. Prima variantă. Suprimarea apelului și reintroducerea recursului ordinar, cu restructurarea și reconfigurarea recursului în casație (varianta radicală).....	429
75. A doua variantă. Remodelarea apelului, reintroducerea recursului ordinar, precum și restructurarea și reconfigurarea recursului în casație (varianta moderată)	445
§3. Propuneri de lege ferenda pentru remodelarea apelului, reintroducerea recursului ordinar și reconfigurarea recursului în casație și a contestației în anulare (varianta moderată).....	446
76. Precizări prealabile	446
77. Propuneri de lege ferenda în materia apelului și reintroducerea recursului ordinar	447
a. Principalele propuneri de lege ferenda în materia apelului (art. 466-482 C.pr.civ.)	447
b. Reintroducerea recursului ordinar și principalele propuneri de modificare a regulilor privind recursul cuprinse în art. 482 ¹ -482 ¹⁹ C.pr.civ.....	454
78. Propuneri de lege ferenda în materia recursului în casație (art. 483-501 C.pr.civ.)	461
79. Propuneri de lege ferenda în materia contestației în anulare. Corelarea cu hotărârile de principiu date pentru dezlegarea unor chestiuni de drept noi.....	485
80. În loc de concluzii, o „Curte supremă a precedentului” sau mai bine lipsă!	490

Anexe	497
Anexa nr. 1	497
A. Constituția din 1866 (Extras): Cap. III. Despre puterea judecătorească (art. 104-105)	497
B. Legea din 24.01.1861 pentru înființarea Curții de Casație și de Justiție (Extras): Art. 1-6, 35-75.....	497
Anexa nr. 2.....	505
A. Constituțiile interbelice (Extras)	505
a. Constituția din 1923 (Extras): Cap. IV. Despre puterea judecătorească (art. 101-107).....	505
b. Constituția din 1938 (Extras): Cap. V. Despre Puterea Judecătorească (art. 73-78).....	506
B. Legile Casației (Extras)	507
a. Legea nr. 144 din 19 decembrie 1925 privind Curtea de Casație și Justiție – M. Of. nr. 282 din 20 decembrie 1925 – (Extras): Art. 1-5, 23-57.....	507
b. Lege pentru Înalta Curte de Casație și Justiție, republicată în M. Of. nr. 212 din 14 septembrie 1939 (prin Legea nr. 624 pentru modificarea și completarea unor dispozițiuni din Legea pentru Înalta Curte de Casație și Justiție – Decretul nr. 3.319 din 5 septembrie 1939, M. Of. nr. 205 din 6 septembrie 1939) (Extras): Art. 1-3, 38-50, 57-89.....	518
Anexa nr. 3.....	532
A. Constituțiile comuniste (Extras).....	532
a. Constituția din 1948 (Extras): Titlul VII. Organele judecătorești și parchetul (art. 86-98).....	532
b. Constituția din 1952 (Extras): Cap. VI. Instanțele judecătorești și procuratura (art. 64-76)	533
c. Constituția din 1965 (Extras): Titlul VI. Organele judecătorești (art. 101-111); Titlul VII. Organele procuraturii (art. 112-115).....	534

B. Codul de procedură civilă, republicat în 1948 (Extras):	
Cartea II. Procedura contencioasă. Titlul IV. Căile ordinare de atac. Capitolul II. Recursul (art. 299-316); Titlul V. Căile extraordinare de atac. Cap. III. Recursurile speciale (art. 329-330).....	537
Anexa nr. 4.....	542
A. Constituția din 1991, republicată (Extras): Titlul III. Autoritățile publice. Cap. VI. Autoritatea judecătorească (art. 124-134).....	542
B. Codul de procedură civilă, republicat în 1948, cu mod. și compl. ulterioare (Extras).....	545
a. Mod. și compl. prin Legea nr. 59/1993 (Extras):	
Cartea II. Procedura contencioasă. Titlul IV. Căile ordinare de atac. Capitolul II. Recursul (art. 299-316); Titlul V. Căile extraordinare de atac. Cap. III. Recursul în interesul legii și recursul în anulare (art. 329-330 ⁴).....	545
b. Mod. și compl. prin O.U.G. nr. 138/2000, aprobată prin Legea nr. 219/2005 (Extras): Cartea II. Procedura contencioasă. Titlul V. Căile extraordinare de atac. Capitolul I. Recursul (art. 299-316); Titlul VI. Recursul în interesul legii (art. 329).....	551
C. Codul de procedură civilă din 2010, republicat în 2015, cu mod. și compl. ulterioare (Extras).....	556
a. Mod. prin O.U.G. nr. 1/2016, aprobată prin Legea nr. 17/2017 (Extras): Cartea II. Procedura contencioasă. Titlul II. Căile de atac. Cap. III. Căile extraordinare de atac. Secțiunea 1. Recursul (art. 483-502); Titlul III. Dispoziții pentru asigurarea unei practici judiciare unitare (art. 514-521).....	556
b. Mod. și compl. prin Legea nr. 310/2018 (Extras):	
Cartea II. Procedura contencioasă. Titlul II. Căile de atac. Cap. III. Căile extraordinare de atac. Secțiunea 1. Recursul (art. 483-502); Titlul III. Dispoziții pentru asigurarea unei practici judiciare unitare (art. 514-521).....	569

Anexa nr. 5. Propuneri de lege ferenda în materia căilor de atac	581
Bibliografie selectivă	609
<i>Index rerum</i>	647
<i>Index nominum</i>	657

Motto

Assicurare la giustizia del giudicato non è lo scopo ultimo della Cassazione, ma ai Tribunali d'appello.

La Cassazione è, invece, l'organo supremo destinato a mantenere l'esatta osservazione ed uniforme interpretazione della legge

(Piero Calamandrei)

Capitolul I

Noțiunea, caracteristicile și rolul recursului în casație

Motto

Une foi qu'une affaire a été jugée deux fois, en première instance et en appel, il est inutile de la juger une troisième fois

(Chief Justice William Howard Taft)

Secțiunea 1. Noțiuni introductive

§1. Preliminarii

1. Sistemul căilor de atac

a. Regimul căilor de atac

În epoca modernă și postmodernă, principiul că nimeni nu-și poate face dreptate¹ singur are valoare, practic, absolută. Rezultă că

¹ Dreptatea (justiția), spune Calamandrei, în celebra sa dispută cu Carnelutti și Satta, este scopul suprem al procesului, al oricărui proces judiciar (civil, penal, administrativ, fiscal etc.). V. P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in Idem, *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma TrE-Press, 2019, p. 453 sqq. Cf. S. Giallombardo, apud L. Tria, *La Corte di Cassazione: Introduzione*, in AA.VV., *Corte Suprema di Cassazione. Introduzione alla Corte*

di cassazione (a cura di Gianluca Grasso e Lucia Tria), Roma, 2017, p. 23 (pentru care "tutti i giudici devono avere «in sé vivo lo spirito delle norme fondamentali espresse della Costituzione, piena la consapevolezza e la conoscenza dei rapporti sociali e del loro regolamento più giusto» e che il singolo giudice non deve avere «altro superiore che la legge, altra meta che la giustizia, altra aspirazione che la conservazione della pace sociale»").

După celebra definiție ulpiană, „justiția este activitatea și voința permanentă și constantă de a da (*tribuere*) fiecăruia dreptul său” (*Ulpianus, Libro 1 Regularum, D. 1, 1, 10 pr.: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi»*). V., pentru amănunte, *F. Senn, De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice suivie d'une étude sur la distinction du ius naturæ et du ius gentium*, Recueil Sirey, Paris, 1926, p. 1 sqq. Adde, *recentius: G.C.J.J. Van den Bergh, Jedem das Seine, in Forum historiae iuris 2005* (disponibil la adresa: <http://www.forhistiur.de/zitat/0503vandenbergh.htm>; ultima accesare: 12 mai 2016); *G. Falcone, Ius suum cuique tribuere, in Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo (AUPA), LII (2007-2008)*, p. 133 sqq.; *P. Świecicka, Suum cuique is our Roman justice* (Shakesp. Tit. Andr. 1,1,284) – *William Shakespeare, Heiner Müller and Roman fundamenta, in 7 Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa 2014*, p. 169 sqq.

Potrivit art. 124 alin. (1) din Constituție, justiția se înfăptuiește în numele legii. Cu privire la justiția civilă, v., pentru amănunte, *ex primis, Ciobanu, Tratat, I, p. 12 sqq.*

Justiția nu este nu numai scopul suprem al procesului judiciar, ci și al dreptului în ansamblul său. Cu privire la principiul justiției și echității ca principiu general al dreptului civil (și nu numai), v. *Nicolae, Teoria generală, I, nr. 110, p. 264 sqq.*

In fine, justiția este și o virtute cardinală. Cu privire la justiția generală (virtute morală), ca sumă a tuturor virtuților, v. *M. Villey, Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit* (préface François Terré), Dalloz, Paris, 2001, n° 30 sqq., p. 49 sqq., iar în legătură cu justiția particulară, *i.e. justiția comutativă*, fondată pe egalitatea aritmetică, și *justiția distributivă*, bazată pe egalitatea geometrică, v., *specialiter: Aristotel, Aristotel, Etica nicomahică* (trad., studiu introductiv, comentarii și index de Stela Petecel), Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988, în special 1131a, 1131b, 1132a, pp. 109-113; *M. Villey, prœcit.*, n° 33 sqq., p. 49 sqq. Dreptul civil este bazat pe principiile directe ale libertății și egalității, pe de-o parte, și cele corectoare ale răspunderii și justiției comutative, pe de altă parte (cu privire la principiile dreptului civil,

elementul central al dreptului este justițiabilitatea², posibilitatea ca litigiile de orice fel să fie tranșate de un terț, prin ipoteză independent și imparțial, indiferent dacă este un judecător de scaun (etatic) sau un judecător privat (arbitru), iar nu de către părțile înseși. În acest scop, legea, în prezent chiar legea fundamentală (Constituția), garantează accesul liber la justiție [art. 21 alin. (1) și (2) din Constituție].

v.: Nicolae, Teoria generală, I, *præcit.*, nr. 97 sqq., p. 241 sqq.; *Idem*, Principiile cardinale ale Noului Cod civil în doctrină și jurisprudență, în RRDP nr. 3-4/2021, p. 33 sqq. Cu privire la distincția fundamentală dintre „justul” anticilor (pentru care o decizie de justiție este întotdeauna singulară și depinde, cel puțin în parte, de circumstanțe contingente, în așa fel încât cercetarea justului reclamă mai puțin știință și mai mult virtute – *phronesis*, la greci, *prudencia*, la romani –, care permite judecătorului ce o posedă de „a ajusta” decizia sa circumstanțelor speței și necesităților de moment) și „justul” modernilor [pentru care o decizie de justiție înseamnă, în primul rând, o decizie exactă, respectiv legală, *rectius* dată în litera legii, fără nicio putere de apreciere din partea judecătorului, în scopul „de a garanta în același timp libertatea cetățenilor (prin suprimarea interpretării extensive), egalitatea lor în aplicarea legii (prin aplicarea uniformă a legilor de către toți magistrații și toate jurisdicțiile) și securitatea juridică (prin stabilitatea și, deci, previzibilitatea) deciziilor de justiție”], v. B. Frydman, L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/4, mis en ligne le 11 octobre 2007, disponibil la adresa <http://www.philodroit.be> (ultima accesare: 13 decembrie 2018), p. 3 sqq.

² Cf. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2010, n° 2, p. 4 („La justiciabilité est même le critère le plus sûr de la juridicité: ainsi que l'écrit le doyen Carbonnier, à la suite d'Herman Kantorowics, «il se pourrait qu'en dernière instance, la définition la moins improbable fût encore celle-ci: qu'est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès; justiciable de cette activité, très particulière d'un tiers personnage qu'on appelle arbitre ou juge»). Mergând pe această linie de gândire, se poate spune, de asemenea, că nici drepturile subiective, fără a mai vorbi de așa-numitele «drepturi și libertăți fundamentale», nu sunt veritabile drepturi, dacă nu sunt „justițiabile”, *i.e.* realizabile, respectiv recunoscute și realizate, în mod real și efectiv, în justiție. O astfel de concepție este, evident, de origine romană, deoarece la Roma, se știe, procesul preceda dreptul subiectiv, *i.e.* remediul, în termenii, de azi, anglo-americani.

Judecătorul soluționează cauza în baza normelor de drept aplicabile, ținând seama, dacă este cazul, și de toate circumstanțele cauzei, precum și de exigențele echității și buneii-credințe [art. 22 alin. (7) C.pr.civ.]³.

De iure condito, legea⁴, mai larg, dreptul scris⁵ reprezintă în continuare principalul izvor al dreptului abstract (*law in the books*), în special în dreptul continental, însă actualizarea acestuia este opera judecătorului, iar nu a legiuitorului. De aceea, hotărârea judecătorească sau arbitrală, iar nu legea, este principalul izvor al dreptului concret (*law in the action*)⁶,

³ Cu privire la izvoarele (sursele) dreptului civil (art. 1 C.civ.), v. *Nicolae*, Teoria generală, I, nr. 71 sqq., p. 179 sqq.

⁴ *Ibidem*, nr. 78 sqq., p. 189 sqq.

⁵ Cu privire la dreptul nescris (dreptul cutumiar) – izvor de drept civil –, v. art. 1 C.civ., iar pentru amănunte, v. *Nicolae*, Teoria generală, I, nr. 85 sqq., p. 214 sqq.

⁶ În legătură cu problema practicii judiciare – izvor de drept, în pofida art. 124 alin. (3) din Constituție care prescrie îndatorirea judecătorului de a respecta legea, v. *Nicolae*, Teoria generală, I, nr. 124 sqq., p. 285 sqq., împreună cu aparatul critic acolo citat, iar cu privire la funcțiile judecătorului (1° de a înfăptui justiția; 2° de crea dreptul particular, al cazului concret; 3° de a interpreta și aplica dreptul; 4° de a completa sau dezvolta dreptul), *ibidem*, nr. 126, pp. 289-291. V. și *D. Fruth Oprișan*, Puterea judecătorească și independența judecătorului (prefață Savelly Zilberstein), Ed. Scripta, București, 2003. Asupra acestei probleme în dreptul francez, v., *recentius*, *J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé*, Traité de droit civil, t. I, Introduction générale, 5^e éd., LGDJ, Paris, 2018, n° 631 sqq., p. 577 sqq., iar în dreptul italian, încă „dominat” de rolul declarativ, iar nu creator de drept al judecătorului (*cf.* intervenția lui *E. Ruso*, *Ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impresa* 3/2012, p. 627 sqq., apropo de un celebru studiu, semnat de *Francesco Galgano*, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, *ibidem*, n° 2/2012, p. 77 sqq.), v., de ex.: *N. Lipari*, *La Giurisprudenza fonte del diritto*, in *Idem*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 15 sqq.; *Idem*, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, *ibidem*, p. 39 sqq.; *cf.* *L. Passanante*, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2018, p. 7 sqq., *specialiter*, p. 10 [unde se conchide că așa-zisul «drept care nu există (il diritto che non c'è)», conform concepției formaliste tradiționale, dimpotrivă, există, și că „dreptul este întotdeauna și drept jurisprudențial”, indiferent cum l-am încadra: „izvoare de producție normativă (fonti di produzione normativa)” (R. Sacco), „izvor creator de norme (iar nu de dispoziții normative) (R. Guastini), „izvor non-formal de drept” (N. Lipari)].

Întrucât și în dreptul continental interpretarea și aplicarea dreptului obiectiv atât în cazul concret, cât și în vederea uniformizării practicii judiciare sunt indispensabile, securitatea juridică și egalitatea în fața legii depinzând de activitatea judiciară, în principal, a curților supreme, înseamnă că și aici adevăratul drept nu este dreptul legislativ, ci dreptul judiciar, socotit și „dreptul viu” (*law in the action, diritto vivente*). În consecință, s-a apreciat, în mod just și elocvent, că nu este „hazardat să afirmăm că dreptul *quo utimur* este în mod prevalent acela care rezultă din deciziile Curților care judecă” litigiile [A. Torrente, P. Schlesinger, Manuale di diritto privato, Milano, 2007, p. 50, apud A. Caprara, La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l’approccio sostanziale alla teoria delle fonti, in G. Merruzi, G. Tantini (ed.), Le clausole generali nel diritto societario, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia (diretto da Francesco Galgano), CEDAM, Padova, 2011, p. 34]. Din această cauză s-a apreciat, *in terminis*, că însuși “[il] principio della certezza del diritto [...] non avrebbe nessun significato sul piano legislativo se non l’avesse soprattutto sul piano giurisdizionale. Certezza significa possibilità di prevedere la decisione e ciò non dipende solo dalla chiarezza delle leggi, ma anche soprattutto dalla uniforme interpretazione data ad essa dai giudici” (Fr. Viola, Ideologia e interpretazione del diritto nell’esperienza italiana, in AA.VV., Interpretazione e applicazione tra scienza e politica, Palermo, 1974, p. 182, apud A. Caprara, op. cit., p. 34, nota 96). Pentru amănunte cu privire la „dottrina del diritto vivente”, elaborată în Italia cu referire la controlul Curții Constituționale al interpretării constante pe care judecătorii de casație (giudici di legittimità) și cei de fond (giudici di merito) o dau dispozițiilor legale, v., de ex., L. Mengoni, Il ‘diritto vivente’ come categoria ermeneutica, in Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi, Milano, 1996, p. 141 sqq., iar cu privire la valoarea precedentului în dimensionarea actuală a dreptului „viu” (i.e. a dreptului judiciar), v. S. Sica, Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”, 26 settembre 2018, disponibil la adresa www.federalismi.it (ultima accesare: 20 aprilie 2022), p. 1 sqq. Contrastul (conflictul) între dreptul legislativ formal în vigoare și dreptul viu efectiv aplicabil de sorginte judiciară nu este străin nici dreptului penal, caracterizat mult timp de primatul legii penale, ca sursă exclusivă de drept (v., de ex., chiar în materie de recurs, P. Ferrua, L’inammissibilità del ricorso: A proposito dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente, in AA.VV., Inammissibilità: sanzione o deflazione, Atti del Convegno di Roma, 19-20 maggio 2017 (a cura dell’Osservatorio Cassazione U.C.P.I.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 21 sqq.); cu privire la problema dreptului jurisprudențial penal și a limitelor principiului legalității penale – *nullum crimen*

al așa-numitului «drept viu»⁷, al dreptului interpretat, fixat, adaptat,

sine lege, nulla pœna sine lege –, v. M. Donini, Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo, in Diritto penale contemporaneo 3/2016, p. 13 sqq.; *Idem*, Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza, in Questione Giustizia 4/2018, p. 79 sqq.).

În legătură cu problematica generală a jurisprudenței în sistemele de *civil law*, guvernate de principiul legalității hotărârilor judecătorești (al supunerii judecătorului legii, iar, actualmente, și Constituției), v., de ex.: AA.VV., La motivation des décisions de justice. Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1978; Fr. Zenati, La Jurisprudence, Dalloz, Paris, 1991. Adde AA.VV., La création du droit par le juge, in Archives de philosophie du droit, t. 50 (2006), p. 1 sqq.; AA.VV., Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, in Quaderni fiorentini, 2 tomi, 40 (2011); cf. AA.VV., Comparing the Perspective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions (Eva Steiner, Editor), Springer, 2015. V. și J.-L. Halpérin, Du Tribunal à la Cour de cassation, aperçu historique du juge de cassation, in AA.VV., Regards sur la réforme de la Cour de cassation, Dossier, in Revue de droit d'Assas, n° 16, 2018, p. 58, care include în categoria „tradițiilor inventate”, iar nu reale, și «celle qui voudrait faire croire que la *jurisprudence* serait un phénomène récent ou *ne serait pas une source de droit*» (s.n., M.N.). Cu privire la funcția normativă, iar nu doar pedagogică (doctrinală) a *obiter dicta*, v. S. Tourneaux, L'*obiter dictum* de la Cour de cassation, in RTD civ. 2011, p. 45 sqq., iar în legătură cu conflictul patent între doctrina savantă și doctrina jurisprudențială, destul de disputat în Franța, v. Y. Guenzoui, Un conflit de doctrines. Doctrine universitaire versus Doctrine de la Cour de cassation, in RTD civ. 2014, p. 275 sqq. În legătură cu reevaluarea funcției jurisprudențiale (a funcției normative, i.e. creatoare a dreptului, iar nu o funcție doar sau simplu interpretativă a dreptului obiectiv), în dreptul italian, v. St. Vinci, Riflessioni sulla rivalutazione della giurisprudenza nella scienza giuridica italiana postbelica, in Historia et ius 17/2020, disponibil la adresa www.historiaetius.eu (ultima accesare 3 iunie 2022), p. 1 sqq. Adde superbul eseu despre relația sinuoasă, dar necesară, dintre doctrina savantă și jurisprudența practică, semnat de Ph. Jestaz, Doctrine et jurisprudence: une liaison de 25 siècles, Éd. Thémis, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal (Québec), 2001.

⁷ În Italia, expresia „drept viu (*diritto vivente*)” indică, *in concreto*, un ansamblu de norme juridice aplicabile membrilor societății într-un anumit moment istoric, în baza interpretării judiciare operate pe baza raportului dintre textul normativ și contextul social, economic, cultural, politic etc. dat, variabil, prin ipoteză, în

corectat și dezvoltat de judecător, pe scurt, al dreptului judiciar (substitutul perfect al dreptului pretorian⁸), și, astfel, se înțelege de ce, nu întâmplător, pentru Oliver Wendell Holmes Jr, marele judecător american, adevăratul drept nu este cel declarat de către lege, ci, pur și simplu, cel prezis sau, după caz, prescris de către judecător⁹.

timp și loc. Cf. N. Lipari, *La giurisprudenza ...*, cit. *supra* [nota precedentă], p. 20 (l'espressione diritto vivente indica un «sistema di precetti che si impongono ai consociati, in un determinato momento storico, in forza di un operante rapporto tra testo e contesto, essendo il contesto caratterizzato anche dalla prevalente interpretazione che di quel determinato testo è stata riconosciuta»). O dovadă elocventă a recunoașterii importanței „dreptului viu” și a contribuției instanțelor judecătorești de toate gradele la afirmarea lui o reprezintă formalizarea lui legislativă prin Legea nr. 69/2009 care a modificat, *inter alia*, dispozițiile art. 118 alin. 1 ale Legii de punere în aplicare a Codului de procedură civilă din 1940, în sensul că motivarea hotărârii judecătorești “consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche delle decisioni, anche con riferimento ai precedenti conformi.” (v., pentru amănunte, *infra*, nota 207). Cf. A. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, in RTD civ. 1902, p. 12 sqq. (autor care aprecia, în mod remarcabil, la un secol de la adoptarea Codului Napoleon, dar în plină epocă a pozitivismului juridic, că jurisprudența, deci nu legea, ar reprezenta veritabilul drept pozitiv, deoarece numai ea poate asigura adaptarea legii scrise, în speță a Codului civil, la noile realități sociale și economice; în consecință, «[c]’est elle [la jurisprudence – n.n., M.N.] qui est la véritable expression du droit civil; elle est la loi réelle et positive, tant qu’elle n’est pas changée. C’est donc elle, autant que le Code civil lui-même, qu’il faut étudier directement et scientifiquement» – *ibidem*, p. 12).

⁸ *Papinianus, Lib. 2 Definitionum, D. 1, 1, 7, 1* «*Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam; quod ei honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum*». Numit și *ius honorarium*, acest drept creat de pretorul roman a fost «*viva vox*» a dreptului civil (*Marcianus, Lib. 1 Institutionum, D. 1, 1, 8* – «*Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*»), fiind deci un complement al dreptului civil (*ius strictum*); v., pentru scurte considerații asupra dreptului pretorian și edictelor magistraților romani, *Nicolae, Teoria generală, I, nr. 125, p. 286 sqq.*, text și notele de subsol.

⁹ “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” [O.W. Holmes Jr, *The Path of the Law*, in 10 Harv. L. Rev. 457, 461 (1897)].

Numai că nici legiuitorul, nici judecătorul nu sunt perfecți, prin urmare nicio lege nu este, la rândul ei perfectă și, mai ales, universal justă, după cum nicio hotărâre judecătorească nu poate fi considerată infailibilă.

Pentru legile imperfecte sau ineficace, remediul este fie în mâinile autorului lor, legiuitorul, fie în mâinile judecătorului, în timp ce, pentru hotărârile nedrepte, remediul nu este la legiuitor, ci tot la judecător, respectiv la un alt judecător, de regulă, un judecător superior, care funcționează în cadrul unei instanțe de alt grad.

În dreptul modern și postmodern (contemporan), judecata litigiilor civile sau de altă natură este supusă controlului judiciar¹⁰ în scopul de a corecta sau remedia erorile de judecată sau procedurale săvârșite în prima instanță de către judecători sau, după caz, de către arbitri.

Numărul, felul și motivele căilor de atac prin care se realizează acest control variază de la un sistem judiciar la altul¹¹, însă, în prezent,

¹⁰ În legătură cu distincția dintre conceptele de „**control judiciar**” (dreptul și obligația pe care le au în cadrul unui sistem judiciar instanțele judecătorești superioare de a verifica, în condițiile și cu procedura stabilită de lege, legalitatea și temeinicia hotărârilor pronunțate de instanțele judecătorești inferioare și de a casa sau modifica acele hotărâri ce sunt greșite sau de a le confirma pe cele ce sunt legale și temeinice) și „**control judecătorec**” (dreptul și obligația instanțelor judecătorești de a verifica, dacă legea nu stabilește alte competențe, legalitatea și temeinicia hotărârilor organelor de jurisdicție din afara sistemului judiciar sau, în condițiile legii, legalitatea unor acte administrative pretins ilegale, care vatămă drepturile sau interesele legitime ale particularilor), v. *Stoenescu, Zilberstein, Tratat, II*, pp. 9-14.

¹¹ Cu privire la principiul dublului grad de jurisdicție și regimul căilor de atac în diferite sisteme, în principal europene, în epoca noastră, v., de ex., *I. Leș, D. Ghiță, Instituții judiciare contemporane*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 48 sqq. Adde, pentru materia civilă: *Spinei, Reglementarea*, p. 177 sqq.; *I. Leș, Reflecții asupra reglementării căilor de atac în unele legislații procesual civile europene. Drept român și drept comparat*, în *Dreptul nr. 11/2020*, p. 104 sqq. (pentru căile de atac în sistemele judiciare francez, italian, spaniol și german). Asupra problemei dublului grad de jurisdicție, v. *S. Satta, C. Punzi, Diritto processuale civile*, 13^a ed. a cura di Carmine Punzi, CEDAM, Padova, 2000, n° 257, pp. 456-458, iar pentru fundamentul istoric al acestuia, *G. Chiovenda, Principii di diritto processuale*, IV ed. inalterata, Nicola Jovene E.C., Editori, Napoli, 1928, n° 20, pp. 392-393

s-au cristalizat câteva principii devenite comune, în special principiul dublului grad de jurisdicție, principiul legalității căii de atac sau principiul unicității căii de atac, consacrate, *in terminis*, și de Noul Cod de procedură civilă (art. 456, 457, 460) sau, după caz, implicit de Noul Cod de procedură penală (art. 2, 408).

[În esență, spune Chiovena, rațiunea principiului dublului grad de jurisdicție nu stă, ca odinioară, în subordonarea unui judecător altuia, ci exclusiv în intenția de a se obține o judecată mai bună, apelul nefiind o reclamație contra judecătorului inferior, ci pur și simplu mijlocul de a trece de la unul la altul judecarea uneia și aceleiași cauze; principiul dublului grad de jurisdicție înseamnă, așadar, posibilitatea ca o cauză să fie succesiv judecată de două tribunale, dar, observă același ilustru autor, “il doppio grado può disciplinarsi diversamente: o parificando pienamente il secondo al primo, o limitando il secondo grado (ad esempio, disponendo che non si possano produrre nuove prove; o che si debba ritenere il fatto quale fu stabilito dal primo giudice). Il sistema francese e italiano risponde al primo concetto” (*ibidem*, p. 392)]; v. și E. Herovanu, Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. 1, ed. anastatică [Iași, Institutul de Arte Grafice Viața Românească, 1926], Ed. Universul Juridic, București, 2020, nr. 29-30bis, pp. 88-95, în special p. 91:

„De ce [...] numai două grade? Rațiunea e simplă – zice ilustrul prof. Herovanu – și istoria civilizației umane a demonstrat-o pe cale experimentală. Prea multe instanțe care ar avea a se pronunța în fondul aceleiași cauze, ar lungi durata proceselor și ar menține prea mult starea de nesiguranță, de grijă, de surescitare, care înăsprește relațiile dintre impričinați ar favoriza șicana și ar spori în mod disproporționat spesele de judecată, a căror sarcină e și așa destul de apăsătoare; în fine, mai presus de toate ar expune justiția la prea multe contraziceri ceea ce i-ar slăbi prestigiul și autoritatea.”

Apelul, iar nu recursul în casație, asigură cel de-al doilea grad de jurisdicție. Într-adevăr, „Curtea de casație, chemată adeseori să verifice legalitatea hotărârilor date de instanțele de fond – scrie prof. Herovanu (*ibidem*, nr. 29, p. 89, nota 1) –, nu poate fi privită, în rolul ce i-l dă organizarea sa specială, ca un al treilea grad de jurisdicție. N-au acest caracter nici instanțele de fond, care prin efectul unei revizuirii admise, iau din nou în cercetare afacerile odată judecate. Rolul înaltei curți, care nu cercetează fondul procesului, și caracterul procedurii de revizuire, după care hotărârile se verifică de însăși instanțele care le-au pronunțat, iesă din sfera de aplicare a principiului expus.”