

Un exercițiu de drept transnațional (privat)

An exercise of transnational (private) law

Radu Bogdan Bobei¹

Rezumat: Acest articol contemplează dreptul transnațional (privat), iar asemenea *sui generis* versiune a dreptului transnațional nu poate face abstracție de instituția contractului. Tabloul litigiului *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de ferro de Lisboa S.A. și alții* și litigiul însuși exersează din plin sus-menționata instituție. În accepțiunea sa transnațională, instituția contractului diluează distincția dintre contractele interne și contractele internaționale. În lumina instituției contractului transnațional, contractele interne conferă subiectelor de drept privat intern posibilitatea să acceseze piețe financiare care se află dincolo de granițele politice ale statelor-națiune. Acest „dincolo de” ne situează metodologic în aria dreptului transnațional. Inclusiv în versiunea sa „privată”.

Cuvinte-cheie: drept transnațional, contract intern, contract internațional, contract transnațional

Abstract: This paper aims to contemplate transnational (private) law, and such *sui generis* version of transnational law cannot neglect the concept of contract. The background of the dispute *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de ferro de Lisboa S.A. and others* and the dispute itself fully exercises the above-mentioned concept. In its transnational meaning, the concept of contract blurs the distinction between domestic and international contracts. In the light of the concept of transnational contract, domestic contracts enable domestic private actors to enter financial markets which are beyond the political frontiers of the nation-States. Such „beyond” situate us methodologically in the area of transnational law. Including in its „private” version.

Keywords: transnational law, domestic contract, international contract, transnational contract

1. Un anumit mod de a privi contemporaneitatea normativă și quasi-normativă

Realitățile post-post-moderne mi-au sugerat necesitatea efectuării unor exerciții de drept transnațional². Din multitudinea de asemenea exerciții, am optat

¹ Membru *ad honorem* în Consiliul de Conducere al UNIDROIT (Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat) (Roma), conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, specialist în drept transnațional, drept internațional și teoria conflictului de legi; email: radu-bogdan.bobei@drept.unibuc.ro

² Pentru rațiunile de scriere ale acestui articol, localizez temporalmente începuturile realității post-post-moderne în jurul anului 2000. Îmi pare că, ulterior anului 2000, omenirea experimentează de-globalizarea înțeleasă ca expresie a unei comprimări a spațiului și

pentru efectuarea unui exercițiu de drept transnațional (privat). Exercițiul în discuție nu putea face abstracție de instituția contractului. Aceasta nu înseamnă că efectuarea exercițiilor de drept transnațional se reduce, indiferent de natura „publică” sau „privată” a acestora - dacă există cu adevărat asemenea naturi distincte în mod net -, la instituția contractului ca atare. Exercițiile de drept transnațional „public” pot implica, logic, instituții de drept public. Așa fiind, exercițiile de drept transnațional „public” pot implica, *exempli gratia*, instituția tratatelor și acordurilor multinaționale³. Este adevărat că natura contractuală a instituției tratatului, izvor de drept internațional, ne-ar putea sugera că suntem tot în ipoteza exersării dreptului transnațional prin recurgerea la instituția contractului⁴. Însă din considerente de curtoazie, efectuez, totuși, distincția între contractul „lor” (contractul conceptualizat de privațiștii-interniști, n.n.) și contractul „lor” (tratatul conceptualizat de publiciștii-internaționaliști, n.n.). În orice caz, instituția contractului este evaluabilă, cel puțin în varianta „privată”, ca fiind expresia unui Drept al societății umane⁵.

timpului. Pentru una din accepțiunile termenului „globalizare”, a se vedea A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 64-65. Analiza celor trei valuri ale globalizării a fost efectuată de D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and legal Thought: 1850-2000*, în D. M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73. A se vedea și M. Shapiro, *The Globalization of Law*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1(1994), nr.1, pp. 37-64. Pentru înțelegerea dreptului quasi-federal al Uniunii Europene ca expresie (sub-regională, n.n.) a dreptului transnațional, este utilă reamintirea uneia dintre ideile formulate de Martin Shapiro în 1993. În lumina acestei idei, nevoia de juriști a Uniunii Europene este mare, întrucât multiplicarea legilor (legi naționale și quasi-federale) aplicate simultan aceleiași tranzacții reclamă acerb punerea în practică a transnaționalismului. În considerarea consolidării pieței interne, transnaționalismul marca „Uniunea Europeană” implică trecerea de la stadiul de tip unitar la reglementările de tip federal (quasi-federal, n.n.).

³ Expresia „tratate și acorduri multinaționale” este utilizată de A. C. Aman, Jr., C. J. Greenhouse, *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017, pp. 54-72.

⁴ Pentru analiza analogiilor de drept privat în aplicarea tratatelor, izvoare de drept internațional, a se vedea H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law. With Special Reference to International Arbitration*, Longmans, Green and Co. Ltd., London/New York/Totonto/Bombay/Calcutta/Madras, 1927, republicată de The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2002/2013, pp. 155-180. Atenție: reputatul autor analizează analogiile de drept privat în considerarea funcțiilor politice și publice exercitate de statele-națiune numai *de jure imperii*, iar nu și *de jure gestionis*.

⁵ Denumeste contractul ca fiind „reglementarea sau legea societății umane” P. Zumbansen, *The Law of Society: Governance Through Contract*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14(2007), nr. 2, pp. 191-233. Contractul este, inevitabil, un „spațiu” al contradicțiilor. S-a menționat că inevitabilele contradicții sunt ecoul diferențierilor ivite în porii socialului. A se vedea G. Teubner, *Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law*, în *Social and Legal Studies*, vol. 9(2006), nr. 3, pp. 399-417.

Aceleași realități post-post-moderne au proiectat contractul în derutantul proces de erodare a distincțiilor dintre dreptul public și dreptul privat, pe de o parte, dintre dreptul intern și dreptul internațional, pe de altă parte. Este vorba despre distincțiile cel puțin în variantă netă. Îmi pare că această erodare a survenit grație sau din cauza viziunii holistice de tip nord-american propagate în considerarea instituției contractului; această viziune a invadat Europa după căderea fizică (și psihologică?, n.n.) a Zidului Berlinului. Mesajul politic „Ich bin Berliner!” a devenit, între timp, mesajul economic „Sunt o viziune holistă a contractului!”. Potrivit viziunii în discuție, dreptul privat - cu a sa instituție a contractului -, se înțelege ca având o dimensiune constituțională. Cu alte cuvinte, contractul este „constituția” părților acestuia, cu efecte de constituționalizare a mediului social în care părțile însele utilizează instituția contractului însuși.

În Uniunea Europeană, a avut loc, îmi pare pe filiera tradițiilor doctrinare germane și italiene, un proces invers. Concret: se vorbește despre constituționalizarea dreptului privat, iar nu despre dreptul privat evaluat ca o *sui generis* constituție⁶. Indiferent de cum evaluăm instituția contractului, aceasta din urmă a constituit avanpostul neo-liberalizărilor propagate în Sudul Global în ultimii treizeci de ani⁷. Iată de ce mi s-a părut util să propun exersarea dreptului

⁶ Pentru analiza comparativă a instituției contractului din perspectiva concepțiilor nord-americane, pe de parte, din perspectiva concepțiilor italiene și germane, a se vedea F. Maultzsch, *Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess*, în *Juristenzeitung*, vol.67 012), pp. 1040-1050. Acest autor rememorează tradiția juridică germană care pune accent pe distincția netă dintre ordinea de drept privat și ordinea de drept public. Această distincție netă funcționează sub „umbrela” supremației dreptului constituțional. Grație sau din cauza rolului Germaniei în Uniunea Europeană, statele-națiune membre ale acestei structuri quasi-federale experimentează consecințele tranziției de la stadiul „dreptul privat evaluat ca o constituție” la stadiul „constituționalizarea dreptului privat”. Un autor chiar consideră că suntem în plin stadiu al constituționalizării dreptului privat. A se vedea D. Wielsch, *Responsible Contracting. The Requirements of EU Fundamental Rights on private Law Regimes*, în H. Collins (ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 257-283. Într-o notă personală, aș spune că izvoarele constituționalizării originare a dreptului privat din Uniunea Europeană (dreptul privat al statelor membre ale Uniunii Europene, n.n.) sunt tratatele constitutive ale Uniunii Europene însele. Tratatele, izvoare de drept internațional, sunt expresia unei constituționalizări originare și latente a sus-menționatei regimuri de drept privat. Există și izvoare subsecvente, respectiv evolutive ca natură, ale aceleiași constituționalizări. Aceste izvoare sunt instrumentele legislative denumite „Regulamente”. În sfârșit, reținem că ordoliberalismul a „pavat (cel puțin în Europa, n.n.) drumul către constituționalizarea dreptului privat”. A se vedea H.-W. Micklitz, *The Threefold Phenomena of Constitutionalization in Private Law*, în UNIDROIT (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol.1, UNIDROIT, Roma, 2016, prima ediție, pp.168-186.

⁷ Un alt vehicul al neo-liberalizărilor l-a constituit prezumția contra aplicării extrateritoriale a legislațiilor naționale. Este semnificativ litigiul *RJR Nabisco, Inc. v. Comunitatea Europeană* (Uniunea Europeană, n.n.) soluționat, după o perioadă de mai mult de 15 ani, de instanțele nord-americane în 2016. Pentru trecerea în revistă a acestui litigiu,

transnațional în versiunea sa „privată”, dacă există cu adevărat, prin recurgerea la instituția contractului. Am procedat la asemenea exersare, chiar dacă acum Sudul Global exersează epoca post-privatizărilor sau chiar a post-post-privatizărilor. Îmi pare că, în epoca post-post-privatizărilor pe care o exersăm acum, se diluează contractualizarea societății⁸; pe cale de consecință, se diluează și vitalitatea dreptului privat care funcționează, aș spune preponderent -dacă nu chiar vital -, în jurul instituției contractului. Se reactivează, inevitabil, exersarea dreptului transnațional, chiar în versiunea sa „privată”, prin recurgerea la mecanismele dreptului public. Însă dreptul public nu se mai manifestă astăzi așa cum se manifesta în secolele al XIX-lea și XX-lea. Am asistat, poate neputincios, la un *face lift* (sa-mi fie iertat frivolul englezism!) al dreptului public. Într-adevăr, dreptul public, fie intern, fie internațional, a fost reconfigurat în perioada 1990-2020. A contribuit sau „contribuit” la această reconfigurare „privatizarea” însăși a dreptului public și a ordinii juridice de drept public, inclusiv a instituțiilor de drept public. Artizanele privatizării evocate sunt surzătoarele, informalele, „discret” de zgomotoasele subiecte de drept privat. În perioada 1990-2020 cel puțin, au început să ființeze, pe orizontală, cu statele-națiune și organizațiile internaționale, subiectele de drept privat. „Pe orizontală” constituie o consecință a faptului că subiectele de drept privat au fost impulsionate, cel puțin de arealul neoliberal, să creeze drept ... public și politici publice în plurale și diverse domenii ale vieții sociale. Iar dacă nu le-au creat, în mod cert au influențat funcționarea dreptului public și crearea de politici publice. Ca efect al acestei stări de lucruri, resimțim acum, noi, cei din Estul . Sudului Global cel puțin, consecințele „private” ale transnaționalului normativ și quasi-normativ. Aceste versiuni ale transnaționalului s-au manifestat preponderent prin instituția contractului. Însăși instituția contractului a constituit fundamentul generator de sisteme de producere, respectiv de distribuție, a mărfurilor pe mapamond.

Grație sau din cauza acestor sisteme, dreptul intern și internațional, pe de o parte, dreptul public și dreptul privat, pe de altă parte, au dobândit în recente perioade de timp identități interșanjabile. Interșanjabilitatea este sursa erodării distincțiilor, cel puțin a distincțiilor nete, dintre dreptul public și dreptul privat, respectiv dintre dreptul intern și internațional. M-aș hazarda să spun că, începând

a se vedea D. F. Vagts, W. S. Dodge, H. L. Buxbaum, H. H. Koh, *Transnational Business Problems*, Foundation Press, West Academic, 2019, St. Paul, pp. 96-107. Pentru analiza aspectelor privind chestiunea extraterritorialității aplicării legislațiilor naționale, a se vedea M. Lehmann, *New challenges of extraterritoriality: superposing laws*, în F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo, *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar Monographs in Private International Law, Cheltenham (UK)/Northampton, MA(USA), 2019, pp. 258-291.

⁸ Ascensiunea contractualizării societății a fost facilitată de privatizările de active economice ale statelor-națiune din Sudul Global, inclusiv din Estul ... Sudului Global. Fundamentul ideologic al ascensiunii în discuție se regăsește în ideile lui M. Weber, N. Luhmann. A se vedea K. H. Eller, *Transnational Contract Law*, în P. Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 513-530.

din anul 2020, transnaționalul normativ și quasi-normativ va continua să se manifeste în versiune „privată” și, în consecință, prin instituția contractului. Vom vedea dacă așa va fi. Instinctul juridic îmi sugerează că, o dată cu sfârșitul privatizărilor din Sudul Global, dar și cu sfârșitul epocii post-privatizare, se va fi inițiat o schimbare de macaz. Concret: transnaționalul va pedala, semnificativ, pe componenta sa „publică”. În ton cu butada „toate reglementările sunt de drept public”, se va reactiva dreptul transnațional public. Una din consecințe poate fi „publicizarea” instituțiilor de drept privat, inclusiv publicizarea contractului. Vehiculele publicizării pot fi sistemul de drept internațional și sistemele de drept național.

În ipoteza Europei, pe care o confund, din considerente de curtoazie, cu Uniunea Europeană, publicizarea va fi amplificată printr-un alt canal. Este vorba despre sistemul de drept quasi-federal al Uniunii Europene. Îmi pare că, în considerarea consolidării pieței interne, Uniunea Europeană va continua, mai fervent, practicarea transnaționalului în versiunea sa „publică”. Dacă va fi așa, acest demers va atrage, inevitabil, reconfigurarea destinului dreptului privat din Uniunea Europeană. Concret: privaștii vor învăța sau vor fi nevoiți să învețe că formularea „toate reglementările sunt de drept privat” a devenit formularea „toate reglementările sunt de drept public”. Aceasta semnifică faptul că, în litigii de drept privat pur, se va fi infiltrat raționamentul specific dreptului public. Privaștii va trebui să gândească în modalitatea specifică publiciștilor. De altfel, înțelegerea manifestării operative, anume pe domenii de specializare (conflictul de legi în materia statutului personal sau real sau mixt etc., n.n.) este indestructibil legată de înțelegerea unui alt aspect: poate pe filiera concepției suveranității politico-legislative a statelor-națiune, Uniunea Europeană a „intrat”, prin Tratatul de la Amsterdam, în domeniul normelor aplicabile în statele membre și în domeniul conflictului de legi în materie civilă și comercială. Chiar dacă, în domeniul „Spațiul de libertate, securitate și justiție”, competențele sunt partajate între Uniunea Europeană și statele membre, instituția conflictului de legi civile (civile în sens larg, n.n.) a devenit, din perspectiva acestei structuri quasi-federale, o instituție de drept public. Cu alte cuvinte, instituția conflictului de legi constituie un instrument de guvernare politică al Uniunii Europene. Și a dobândit acest statut, chiar dacă nu este în atenția Parlamentului European sau a Comisiei Europene chestiunea concretă a divorțului dintre un/o resortisant(ă) spaniol(ă) și un/o resortisant(ă) român/româncă, care dețin imobile în Viena, respectiv au copiii înscriși la școli gimnaziale din Graz și București. În orice caz, nu se mai putea, cel puțin din perspectiva Uniunii Europene, ca instituția conflictului de legi civile să nu devină un asemenea instrument de guvernare politică.

Susțin acest lucru, întrucât buna funcționare a pieței interne implica și un „stimulent” emanente politic. Stimulentul *sui generis* a fost pus în funcțiune prin Regulamentele - veritabile instrument de drept constituțional quasi-federal -, emise în diverse domenii (domeniul obligațiilor contractuale, necontractuale etc., n.n.). Așa fiind, privaștii din Uniunea Europeană au fost invitați, prin Tratatul de la

Amsterdam, chiar de instituțiile acestei structuri-quasi federale să învețe că instituția conflictului de legi civile constituie un areal familiar dreptului public însuși. Îmi pare că teoria conflictului de legi civile constituie un domeniu exersabil doctrinar și didactic de un specialist de drept public, chiar constituționalist. Manifestările operative ale conflictului de legi civile pot fi exersate doctrinar și didactic de privațiști. Este vorba despre privațiștii care chiar au înțeles că fundamentul latent (teoria, n.n.) al instituției conflictului de legi civile este eminente de interes public și aparține dreptului public. Nu poate să nu intereseze state-națiune, atât timp cât acestea sunt interesate să știe când, cum și ce legi străine se aplică pe teritoriul lor - esența suveranității politice de tip Westphalia. Or, acest interes este ... public și destinat să fie satisfăcut prin mecanismele dreptului public, chiar și în versiune reconfigurată.

Reținem însă că dreptul public quasi-federal al Uniunii Europene este coloana vertebrală a ordinii juridice quasi-federale în discuție. Ordinea juridică quasi-federală a Uniunii Europene este pusă în practică, politic, de instituțiile acestei structuri quasi-federale. Economic, este pusă în practică actorii de drept privat ai Uniunii Europene însăși. Instituțiile centrale (Comisia Europeană, Parlamentul European etc.) de drept public vor continua să coabiteze cu subiectele de drept privat ale Uniunii Europene. Însă această coabitare se va efectua, o dată finalizată epoca privatizărilor, sub cupola lui „trans” în versiunea sa publică. Subiectele de drept privat vor fi devenit publicizate, pe de o parte, vor exersa comportamente de drept public, pe de altă parte.

În orice caz, cel puțin în Europa, anii 1980 consemnează faptul că instituția contractului a fost re-gândită, pe filiera doctrinei germane, ca instrument al constituționalismului societal⁹ sau, printr-o concepție mai „blândă”, ca instrument de organizare a societății prin „rețele” de contracte¹⁰. Această regândire a fost

⁹ I-a trebuit 30 de ani doctrinarului Gunther Teubner pentru emiterea teoriei constituționalismului societal. A se vedea G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization* (traducere Gareth Norbury), Oxford University Press, Oxford, 2012. Această teorie a inspirat analiza instituției conflictului de legi sub cupola pluralismului juridic. A se vedea H. Muir Watt, *Conflicts of Law Unbounded. The Case for a Legal-Pluralist Revival*, în P. S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 649-685.

¹⁰ „Rețelele” de contracte constituie energia latentă a regimurilor de drept privat transnațional. Am evaluat, măcar incipient, asemenea regimuri în propriul articol *Este viitorul dreptului internațional transnațional? Două ipoteze comerciale*, publicat în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2021, pp. 41-73. A se vedea și F. Caffaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, în *Journal of Law and Society*, vol. 38(2011), nr. 1, pp. 20-49. Acest din urmă autor sugerează existența a patru categorii de regimuri de drept privat transnațional. Fabrizio Caffaggi mai menționează că, prin instituirea regimurilor de drept privat transnațional, subiectele de drept privat sunt veritabili meta-legiuitori. În orice caz, statele-națiune însele (încă, n.n.) validează, prin reglementări de drept public, aceste regimuri de drept privat transnațional, dar și pe meta-legiuitori. Cu privire la acest aspect, a se vedea P. Zumbansen, *Manifestations and Arguments. The Everyday Operation of Transnational Legal Pluralism*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota

impulsionată și de concepția potrivit căreia instituția contractului îndeplinește, prin subiectele contractante, o funcție normativă. Grație sau din cauza acestei funcții normative, a fost subminată legătura indestructibilă dintre mecanismele de producere a normelor juridice și statul-națiune. Cu alte cuvinte, sunt creatoare de norme juridice nu numai statele-națiune. Sunt creatoare de norme (quasi)juridice și plurale, respectiv, diverse subiecte de drept, inclusiv de drept privat. Sunt creatoare de asemenea norme și părțile contractului, iar contractul constituie sau fost adus în situația să constituie o veritabilă realitate normativă. Ideea realității normative a contractului s-a hrănit conceptual în cadrul teoriei pluralismului juridic¹¹. Or, teoria în discuție, de altfel valorificată și de Gunther Teubner, orizontalizează „locurile” politice, legale, sociale și, aș adăuga „locurile” din economie, în care se elaborează norme juridice și quasi-juridice.

Această orizontalizare nu este altceva decât manifestarea unei egalități între toți acești poli de producere de norme juridice și quasi-juridice¹². De altfel, această egalitate (sau egalitarism, n.n.) constituie sursa faimoasei sau infamei diluări a distincției nete dintre juridic și quasi-juridic. Nu a mai fost nevoie decât de efectuarea unui mic pas doctrinar în sensul pulverizării distincțiilor între drept intern și drept internațional, pe de o parte, drept public și drept privat, pe de altă parte. În lumina acestor pulverizări, auto-validarea normativă și quasi-normativă de către subiectele de drept privat a permis manifestarea ideii, de altfel controversate, a contractului fără lege. A mai permis auto-validarea în discuție inițierea unei *sui generis* privatizări de către subiectele de drept privat a ordinilor juridice, inclusiv a normelor referitoare la executarea silită. Aceasta semnifică și faptul că instituția executării silite nu mai intră în competența exclusivă a statelor-națiune de legiferare în acest domeniu¹³. Ce sacrilegiu din perspectiva

de subsol nr. 9, pp. 231-266. Toate aceste aspecte sunt în acord cu ideea potrivit căreia „neoliberalismul caută să reglementeze prin raporturi contractuale (de drept privat, n.n.), iar nu prin legislații (interne sau internaționale, n.n.)”. A se vedea E. Guntrip, *International Investment Law, Hybrid Authority and Jurisdiction*, în S. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Cragl, E. Guntrip (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 431-454.

¹¹ Pluralismul juridic a fost conceptualizat metaforic ca fiind expresia unei Bucovine globale. A se vedea G. **Teubner**, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, în G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth: Aldershot, 1997, pp. 3-28.

¹² Remarcă această egalitate și K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr.8, pp. 513-530.

¹³ Literatura străină sesizează de ceva timp demersul dublei privatizări a instituției executării silite. În anii 1990, persoana juridică de drept privat nord-american nu a fost străină de punerea în practică, printr-o quasi-reglementare („Codul de Conduită Nike”), a respectivului demers. A se vedea R. Michaels, *The Dual Privatisation of Law in Privatisation*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) & Northampton, MA(USA), 2019, pp. 162-171. Prin valorificarea doctrinei preexistente, K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530, evidențiază legătura indestructibilă dintre privatizarea instituției executării silite și auto-validarea subiectelor de drept privat prin tulburătoarea idee a contractului fără lege. Doctrina preexistentă

proceduriștilor (clasici, n.n.) care încă mai visează și se auto-iluzionează cu ideea supremației statelor-națiune în domeniul elaborării normelor de procedură aplicate, respectiv aplicabile, pe teritoriul acestora! Însă este lesne de sesizat faptul că, cel puțin în ultimii treizeci de ani, elaborarea regulilor în domeniul executării silite a fost acaparată, în părțile esențiale, de subiectele de drept privat¹⁴.

Acapararea respectivă nu este străină de ceea ce s-a întâmplat, cel puțin în perioadele recente și mai puțin recente de timp, prin recurgerea la mecanismele specifice teoriei realismului juridic. Într-adevăr, această teorie a contribuit la diluarea distincțiilor dintre dreptul internațional și dreptul intern, dintre dreptul public și dreptul privat, pe de o parte, dintre realități normative și quasi-normative, pe de altă parte. Nu laud, nu condamn nici abordarea doctrinară a realismului juridic, nici diluarea distincțiilor sus-menționate, inclusiv diluarea distincției dintre dreptul public și dreptul privat sau dintre dreptul intern și dreptul internațional. Însă recomand să se țină seama de, ceea ce denumesc pentru rațiunile de scriere ale acestui articol, „un exercițiu de drept transnațional (privat)”. Exercițiile de acest tip au fost, respectiv sunt practicate, și/sau preponderent în domeniul instituției contractului. Practicarea a operat fie pe filiera doctrinei realismului juridic, fie pe filiera doctrinei universaliste promotoare a autonomiei, îmi pare, absolute, a dreptului privat¹⁵.

În orice caz, înțelegerea exercițiilor de drept transnațional în general, inclusiv de drept transnațional (privat), este condiționată de asimilarea doctrinară a evoluției de la legea națiunilor (de la dreptul internațional, n.n.) la dreptul

valorificată se referă la H.-W. Micklitz, A. Wechsler (eds.), *The Transformation of Enforcement*, Oxford/Hart, 2016. Se mai referă și la S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York/Public Affairs, 2019, pp. 208-2010, care, sugerând noțiunea „necontractul”, atrage atenția asupra măcar a unui aspect. Prin așa-numita „contractare automată (sau automatizată, n.n.)”, interacțiunea personală este înlocuită de tehnologie.

¹⁴ Este mai puțin potrivită utilizarea termenului „transformare” în considerarea instituției executării silite. Îmi pare că a avut loc, și prin Codurile de conduită emise subiectele de drept privat, o acaparare a instituției în discuție de subiectele de drept privat însele.

¹⁵ Pentru analiza liniilor conceptualizatoare ale contractelor transnaționale, astfel instituite de doctrinele realismului juridic și ale universalismului dreptului privat, a se vedea K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530. Cu titlu personal, consider că jurisprudența franceză a exagerat, în sensul proclamării ideii de autonomie absolută. Este vorba despre autonomia absolută a dreptului privat, dar și despre autonomia absolută a părților de a alege legea procedurală aplicabilă în litigiul arbitral dintre autohtoni și străini. Din considerente de spațiu, nu dezvolt acest aspect, însă menționez numai următoarele litigii: (i) litigiul *Hilmarton Ltd v. Sté Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* soluționat de Curtea Supremă franceză de Casație, secția I Civilă în data de 23 martie 1994; (ii) litigiul *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding* soluționat de Curtea Supremă franceză de Casație, secția I Civilă în data de 29 iunie 2007; (iii) litigiul *General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Arendal AB* soluționat de Curtea de Apel din Paris în date de 21 februarie 1980. Prin valorificarea doctrinei anterioare, menționează tendințele jurisprudențiale evocate S. Ali, *Transnational Commercial Law – Developments and Controversies*, în P. Zumbasen (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 437-467.

transnațional. Sub cupola noțiunii „drept transnațional”, s-a ajuns la concluzia, de altfel dureroasă pentru adepții distincțiilor nete, potrivit căreia există arii de specializare ne-subsumabile în mod clar, conform viziunii tradiționale, nici dreptului public, nici dreptului privat¹⁶. În exemplul meu (dreptul concurenței, n.n.) pe care îl am acum în minte, este vorba despre o arie de specializare situabilă metodologic „dincolo de”¹⁷ dreptul public și dreptul privat; aria de specializare în discuție (dreptul concurenței, n.n.) coagulează, ca într-un „mozaic” conceptual, noțiuni de drept public și privat deopotrivă. Însăși osatura dreptului concurenței este, indubitabil, subsumabilă gravului drept public aureolat de energia normelor imperative.

Poate că nu întâmplător este *exclusivă*, iar nu partajată, competența Uniunii Europene în domeniul referitor la stabilirea normelor privind concurența; aceste norme (de drept public, n.n.) sunt necesare pentru funcționarea pieței interne¹⁸. În orice caz, sugerez că aria de specializare exemplificată se află conceptualmente, în mod simultan, în precarul perimetru al lui „în- dintre” dreptul public și dreptul privat. Este prezent și dreptul privat măcar pentru faptul că subiecte de drept privat fac și desfac, potrivit propriilor interese, cursul unei piețe interne (de drept public, n.n.). Însă prezența subiectelor de drept privat și comportamentele acestora nu schimbă natura normelor (de drept public, n.n.) referitoare la concurența pe piața Uniunii Europene. În plus, chiar dacă normele de drept public din aria concurenței comerciale conțin remedii de drept privat, nu înseamnă că ne aflăm în perimetrul dreptului privat. Ne aflăm, cel mult, în perimetrul lui „în-dintre” dreptul public și dreptul privat aureolat de dreptul public însuși. Au sesizat acest lucru englezii în anul 1623 care, prin Legea Monopolurilor, au prefătat Legea Sherman (*Sherman Antitrust Act*) din 1890. Din considerente de spațiu, nu dezvolt acest subiect, însă poate fi contemplat prin valorificarea

¹⁶ Încă de acum 20 de ani, s-a menționat faptul că există arii de specializare imposibil de încadrat fie în conținutul dreptului public, fie în conținutul dreptului privat. S-a menționat chiar exemplul dreptului Uniunii Europene. A se vedea M. Reimann, *From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum*, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 22(2004), nr. 3, pp. 397-415. În ipoteza Uniunii Europene, dreptul privat a contribuit la proiectul supra-național denumit „Uniunea Europeană”, în egală măsură ca dreptul public însuși. Pentru analiza proiectului din 1980 referitor la ideea „integrare prin drept (lege, n.n.)”, a se vedea D. Caruso, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, în *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39(2006), nr. 1, pp. 1-74.

¹⁷ Prin „dincolo de” suntem în spațiul normativ și quasi-normativ al lui „trans” valorizat prin noțiunea dreptului transnațional.

¹⁸ Îmi pare că specialiștii în dreptul public trebuie să-și adauge în propria arie de specializare și domeniul dreptului concurenței comerciale. Termenul „comerciale” este inapt de a propaga ideea potrivit căreia aria de specializare a privaștilor-interniști s-ar fi îmbogățit cu o nouă specializare (dreptul concurenței comerciale, n.n.). Așa cum teoria conflictului de legi civile intră în aria de preocupări a unui specialist în drept public, tot așa și arealul dreptului concurenței comerciale intră în arealul aceluiași specialist în drept public.

doctrinei anterioare¹⁹. Perimetrul „în-dintre”, consolidat de „dincolo de”, constituie identitatea lui „trans” exersat prin noțiunea dreptului transnațional.

Același perimetru „în-dintre” nu este străin nici de mecanismele de diluare a distincțiilor nete dintre dreptul intern și dreptul internațional. A contribuit la fortificarea lui „în-dintre” stadiul în care a intrat omenirea după prăbușirea ordinii juridice întreținute de Războiul Rece²⁰. Este vorba despre stadiul unei Păci Calde, de altfel mult mai ... reci decât Războiul Rece însuși. Susțin acest lucru, întrucât Pacea Caldă a generat frisoane statelor-națiune, ordinilor juridice naționale și ordinii juridice internaționale. În acest stadiu, a jucat un rol relevant guvernanta complexă, astfel desfășurată pe diverse paliere interconectate prin „rețele” (preponderent prin „rețele” de contracte)²¹. Suntem în miezul exercițiilor de drept transnațional. Dreptul transnațional poate fi conceptualizat și ca un mecanism de înțelegere a interdependențelor dintre subiectele de drept public și privat răspândite pe mapamond. Din acest punct de vedere, dreptul transnațional chiar contează sau cel puțin a contat în ultimii ani²². Și a contat, pentru noi, cei din Estul Sudului Global, dreptul transnațional în versiunea sa „privată”. I-am simțit din plin, poate fără a-i conștientiza, consecințele.

¹⁹ De exemplu, prin lecturarea articolului scris de R. Wai, *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40(2002), nr. 2, pp. 209-274.

²⁰ Este de analizat dacă respectivul stadiu și-a epuizat resursele în anul 2020.

²¹ Sesizează acest aspect P. S. Berman, *From International Law to Law and Globalization*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43(2005), pp. 485-556. Sesiza acest autor cel puțin trei aspecte valabile în perioada 1990-2020: (i) există o serie de convenții internaționale (tratate multilaterale, n.n.), astfel ratificate de subiecte de drept public (state-națiune, n.n.), prin care acestea din urmă „împuternicesc” pe subiectele de drept privat (pe investitori, n.n.) să instituie și să propage norme de drept internațional; (ii) accentul pus pe „rețele” de contracte constituie expresia mutării accentului de la guvernare politică la guvernanta economică; (iii) prin crearea de comunități legate prin și de interese (*exempli gratia*, interese economice), iar nu prin ideea de localizare geografică, diaspora constituie o amenințare la teritorialitatea statelor-națiune. „Diaspora”, cuvânt de origine greacă, a constituit obiect de analiză doctrinară efectuată în considerarea celebrului litigiu *Jivraj v. Hashwani*. Pentru analiza acestui litigiu, a se vedea și F.-X. Licari, *Beyond Legal Pluralism: Some Thoughts on Paideic Arbitration*, în H. Muir Watt, L. Biziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra.cit.*, nota de subsol nr.13, pp. 182-190.

²² A se vedea H. H. Koh, *Why Transnational Law Matters*, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 24(2006), nr. 4, pp. 745-753. Pentru a înțelege de ce contează dreptul transnațional, este util să înțelegem mecanismul legal transnațional incident și în sfera relațiilor inter-naționale (inter-etatice, n.n.). A se vedea H. H. Koh, *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process*, în *Nebraska Law Review*, vol. 75(1996), nr. 1, pp. 181-207. A se vedea și H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, în *Yale Law Journal*, vol. 106(1997), nr. 8, pp. 2599-2659. Toate acestea merită să fie contemplate, întrucât Uniunea Europeană practică dreptul transnațional în versiune sub-regională. De exemplu, a se vedea K.-H. Ladeur, *European Law as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as an heterarchical Network and Not as a Superstate*, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 10, pp. 1357-1365.

2. Un exercițiu de drept transnațional (privat)

Prilejul expunerii unui exercițiu de drept transnațional (privat) mi-a fost conferit, preponderent, de jurisprudența de drept transnațional. Acest tip de jurisprudență este denumit, îmi pare neinspirat, „jurisprudență de drept internațional privat global”²³. Este adevărat că mecanismul dreptului transnațional implică sau poate implica abordări specifice sistemului de drept internațional sau instituției conflictului de legi sau instituției pluralismului juridic, respectiv pluralismului politic, cultural, economic etc. Aceasta nu înseamnă că mecanismul în discuție se confundă cu ariile de specializare evocate sau că își vede diminuat instrumentarul la aria de „unelte” utilizate de aceleași arii de specializare. Totodată, este imprudent științific să considerăm domeniul dreptului transnațional ca fiind un ezoteric domeniu de specializare caracterizat doctrinar, poate simandicos, ca fiind hibrid²⁴. Avertizez, în sensul că exercițiul de drept transnațional (privat) regăsit mai jos nu constituie o analiză a jurisprudenței transnaționale însăși generatoare de asemenea exercițiu. Fără îndoială că voi reaminti, succint, cel puțin o opinie doctrinară deja exprimată prin filtrul analizei jurisprudenței în discuție. Nu voi ezita să contemp lu, chiar dacă minimal, fie doctrina preexistentă, fie chiar raționamentele efectuate pe cale jurisprudențială. Însă, așa cum am menționat, aceasta nu înseamnă că voi proceda la efectuarea unei așa-numite „analize de speță”. Dimpotrivă, respectiva contemplare va constitui punctul de început al încercării de efectuare a unui demers doctrinar. Am în vedere demersul doctrinar de a merge la rădăcina lucrurilor. Nu știu dacă voi ajunge acolo, dar măcar voi încerca. Sunt, în fond, în perimetrul exercițiilor de drept transnațional care pot da greș. Așa fiind, voi încerca să surprind latentul generator al chestiunii sau chestiunilor uzuale de drept analizate, uzual, de doctrina preexistentă.

În lumina acestui demers, mi-am exercitat libertatea academică de a proceda la efectuarea unui exercițiu de drept transnațional (privat), așa cum anunț titlul articolului meu. Întrucât mecanismul dreptului transnațional implică publicizarea dreptului privat și privatizarea dreptului public, cu fireasca repercusiune a creării unei ordini juridice metise, m-am hazardat să exersez dreptul transnațional în versiune „privată”. Susțin că m-am hazardat, întrucât îmi pare puțin potrivit să vorbim despre existența, în mod distinct, a unui drept transnațional public, respectiv a unui drept transnațional privat. Îmi pare mai puțin

²³ „Drept internațional privat global” este denumirea unui volum publicat în 2019. A se vedea H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13.

²⁴ De exemplu, pentru unii autori, dreptul transnațional în versiunea sa „privată” (dreptul transnațional privat) constituie o combinație între ordinile juridice naționale de drept privat și dreptul internațional privat (instituția conflictului de legi, n.n.). Prin valorificarea scrierilor profesorului Derrida, s-a propagat ideea potrivit căreia dreptul privat transnațional - pe care subsemnatul îl asimilează dreptului transnațional în versiune „privată” -, constituie un „regim de toleranță și de ospitalitate cosmopolită condiționată”. Cu privire la toate aceste aspecte, a se vedea R. Wai, *The Interlegality of Transnational Private Law*, în *Law and Contemporary Problems*, vol. 71(2008), nr. 3, pp. 107-128.

potrivit tocmai în considerarea faptului că, prin mecanismul dreptului transnațional, dreptul privat „urcă în” sau „coboară din” dreptul public, iar dreptul public „urcă în” sau „coboară din” dreptul privat. Și se procedează la aceste excursii normative și quasi-normative sub cupola unui iureș furibund²⁵. Acest iureș implică „urcări” și „coborări” simultane sau succesive, în orice caz cu efect inter-penetrante în considerarea dreptului public și privat deopotrivă. M-am hazardat, așadar, însă prudent, întrucât am pus în paranteze cuvântul „privat” din titlul acestui articol. Aceeași atitudine doctrinară prudentă am manifestat-o și în considerarea modestului demers de contemplare a dreptului transnațional în versiunea sa „publică”²⁶.

Pentru acest exercițiu readuc în memoria noastră bine-cunoscutul litigiu *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A. și alții* (denumit în continuare „litigiul Banco Santander”). Acest litigiu a fost soluționat de instanțele engleze în data de 4 martie 2016 (hotărârea primei instanțe engleze de judecată) și în data de 13 decembrie 2016 (hotărârea instanței engleze de apel). Prin valorificarea rezumatului acestui litigiu, reținem că toate părțile erau subiecte de drept portughez²⁷. În calitate de reclamantă figura *Banco Santander Totta*, iar în calitate de pârâte figurau o serie de companii de transport public; transportul public implica metrourile, autobuzele și tramvaiele. Pârâtele, veritabile companii de stat, erau *Companhia de Carris de Ferro de Lisboa SA*, *Sociedade Transportes Coletivos do Porto SA*, *Metropolitano de Lisboa* și *Metro do Porto SA*. În perioada 2005-2007, toate aceste subiecte de drept privat portughez au încheiat o serie de contracte de schimb (*swap*)²⁸ în versiunea contractelor-cadru (contracte-standard, n.n.) elaborate de o entitate de drept privat cu sediul în statul New York (SUA), denumite în continuare „contracte ISDA”. Entitatea în discuție este faimoasa sau infama Asociație Internațională de Contracte de Schimb (*Swap*) și Derivate (*International Swaps and Derivatives Association*), denumită în continuare „ISDA”. Litigiul a rezultat ca urmare a faptului că pârâtele nu au mai plătit ratele crescânde de dobânzi survenite prin „jocul” condițiilor de piață.

²⁵ Aceleași mecanisme de „coborâre”, respectiv „urcare”, au loc și în considerarea dreptului internațional și dreptului intern. A se vedea H. H. Koh, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 22, pp. 745-753, respectiv pp.181-207.

²⁶ „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios” constituie titlul prezentării mele susținute în cadrul conferinței naționale „Ipostaze ale principiului legalității în dreptul național și european” prilejuite de aniversarea a 167 de ani de învățământ juridic la Iași, astfel desfășurată on line în date de 29 octombrie 2021.

²⁷ Pentru rezumatul în limba engleză al tabloului acestui litigiu, a se vedea H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13, p. 456.

²⁸ Pentru o analiză doctrinară română recentă a contractului de schimb (*swap*), a se vedea Manole Ciprian Popa, *Piețe de capital*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 194-197. Autorul menționează și categorii ale contractului de schimb (*swap*) în variantele următoare: „operațiuni swap”, „swap pe rata dobânzi (*interest rate swap*)”, „swap valutar pe rata dobânzii (*currency swap*)”, „swap pe riscul de credit (*credit default swap- CSD*)”. Îmi pare că, în litigiul Banco Santander, era vorba despre încheierea unor contracte de schimb (*swap*) în versiunea „swap pe rata dobânzii (*interest rate swap*)”.

Acest „joc” a influențat cuantumul propriu-zis al dobânzilor, chiar dacă ratele de dobândă erau fixe în considerarea angajamentelor contractuale de plată care incumbau părâtelor. În orice caz, în anul 2013 părâtele au încetat efectuarea plăților de dobânzi către entitatea bancară portugheză. Acesta este motivul pentru care respectiva entitate bancară a solicitat instanțelor engleze să constate natura obligatorie a obligațiilor asumate de companiile portugheze de transport public; s-a mai solicitat și obligarea acestora din urmă la plata de despăgubiri. Contractele ISDA stipulau aplicarea legii engleze, iar forurile alese sau „alese” erau forurile judiciare engleze. Am folosit ghilimelele pentru cuvântul „alese”, întrucât ce libertate de voință poate exista în condițiile în care ești nevoit (*exempli gratia*, de circumstanțe economice neprietenoase, chiar neprielnice, n.n.) să perfectezi contracte fie în versiune standard sau non-standard (versiune cu adevărat negociată, n.n.)? În orice caz, părâtele au susținut că, în momentul încheierii contractelor ISDA, „toate elementele relevante pentru situația din momentul stabilirii legii aplicabile aveau legătură numai cu Portugalia”²⁹; acest aspect implica, inevitabil, incidența normelor imperative portugheze. Potrivit normelor imperative portugheze, contractele ISDA deveniseră lipsite de eficacitate juridică ca urmare a „jocului” condițiilor de plată. Din cauza acestui „joc”, a operat, au susținut părâtele, o modificare a circumstanțelor existente în momentul încheierii contractelor ISDA. Or, această modificare, de altfel învederată potrivit dreptului portughez, permitea aplicarea dreptului portughez însuși (aplicarea normelor imperative portugheze, n.n.), cu cel puțin o consecință juridică: părâtele erau îndreptățite să sisteze executarea obligațiilor de plată a ratelor de dobânzi al căror cuantum fusese amplificat prin „jocul” condițiilor de plată.

Într-adevăr, părâtele au invocat aplicarea normelor portugheze imperative prin recurgerea la articolul 3(3) din Convenția referitoare la legea aplicabilă obligațiilor contractuale semnată la Roma în data de 19 iunie 1980, intrată în vigoare în anul 1991, denumită în continuare „Convenția de la Roma”³⁰. Au mai susținut părâtele că, prin aplicarea dreptului portughez (prin aplicarea normelor imperative portugheze, n.n.) era incidentă, prerogativa de încetare a contractelor ISDA, astfel valorificată prin aplicarea articolul 3(3) din Convenția de la Roma. Însă reclamanta a susținut, cu succes, următoarele: această din urmă prevedere „nu poate fi utilizată pentru înlocuirea dreptului englez (...) în favoarea dreptului portughez, întrucât toate elementele relevante situației din momentul stabilirii legii aplicabile nu aveau legătură numai cu Portugalia”³¹. În consecință, instanțele

²⁹ Am reprodus formularea din rezumatul efectuat în considerarea tabloului litigiului Banco Santander. A se vedea *supra*. nota de subsol nr. 27.

³⁰ Convenția de la Roma a fost înlocuită, între timp, de Regulamentul Roma I (593/2008). Este relevant art. 24 din Regulamentul Roma I (593/2008). Prin lecturarea acestui din urmă text, reținem că a supraviețuit, fie și parțial, ulterior intrării în vigoare a Regulamentului Roma I(593/2008), instrumentul denumit „Convenția de la Roma”. A se vedea și art. 3(3) din Regulamentul Roma I(593/2008).

³¹ Am reprodus formularea din rezumatul efectuat în considerarea tabloului litigiului Banco Santander. A se vedea *supra*. nota de subsol nr. 27.

engleze au respins solicitarea de aplicare, în temeiul articolului 3(3) din Convenția de la Roma, a normelor portugheze imperative, astfel formulată de pârâte, persoane juridice de drept portughez. Instanțele engleze au considerat că, prin utilizarea contractelor ISDA, care stipulau aplicarea legii engleze, dar și o clauză de alegere a forurilor judiciare engleze, raportul contractual avea legătură (și) cu o ordine juridică străină (engleză, n.n.), deși toate părțile contractante erau persoane juridice de drept portughez. Așa fiind, instanțele engleze de judecată, aplicând dreptul englez ca atare, însă cu excluderea aplicării normelor imperative portugheze, au dat câștig de cauză reclamantei.

În litigiul Banco Santander, dreptul privat este „peisajul” pulverizării distincției, cel puțin a distincției așa cum o cunoșteam, între instituția contractului intern și instituția contractului încheiat de autohtoni cu străinii³². Mai concret: a

³² Atunci când subiecte de drept privat, care provin din ordini juridice diferite, încheie un contract, respectivul contract nu este internațional din perspectiva ordinilor juridice naționale ca atare. Nu are cum să fie inter-național (inter-etatic) din perspectiva respectivelor ordini juridice, întrucât subiectele de drept privat nu sunt subiecte de drept ... public. Concret: nu sunt state-națiune; este cu totul altceva faptul că anumite subiecte de drept privat (*exempli gratia*, corporații, n.n.) „au jucat” rolul statelor-națiune în contextul ultimilor cel puțin 30 de ani. Cu alte cuvinte, din perspectiva fiecărui subiect de drept privat în parte și din perspectiva fiecărei ordini juridice naționale, respectivul contract este un contract care are, prin elementul străin sau elementele străine, contacte și cu alte ordini juridice decât ordinea juridică autohtonă. Prin faptul că are contacte și cu ordini juridice alogene, se pune problema stabilirii, prin normele de legătură utilizate de instituția conflictului de legi, a legii aplicabile, dar și a stabilirii, prin aplicarea normelor de procedură, a instanței de judecată competente să soluționeze litigiul care decurge sau care are legătură cu respectivul contract. Elementul străin aduce în discuție stabilirea legii aplicabile și identificarea instanței de judecată competente să soluționeze litigiul care decurge din contractul încheiat de un autohton cu un străin. Elementul străin nu inter-naționalizează contractul; nu îl inter-naționalizează, în sensul că nu îi schimbă natura, nu îl face inter-etatic; respectivul contract rămâne un instrument non-etatic perfectat între subiecte de drept privat. Atenție însă: elementul străin „aruncă” respectivul contract în acel simultan „în-dintre” ordinele juridice naționale. Întrucât acest „în-dintre” este rezolvabil prin recurgerea numai la instituția conflictului de legi, nu este incidentă metodologia dreptului transnațional. Aceasta din urmă ar fi fost incidentă în ipoteza în care se recurgea nu numai la instituția conflictului de legi, ci și la dreptul internațional sau/și la mecanisme specifice economiei politice, antropologiei juridice etc. În orice caz, *din perspectiva* statelor-națiune ca atare, care creează dreptul internațional cu a sa ordine juridică inter-națională (logic inter-etatică, n.n.), respectiv care sunt terți față de un contract de drept privat încheiat de subiecte de drept privat, acel contract este calificabil ca fiind internațional. Este calificabil astfel, este de-a dreptul internațional, în sensul că, aflându-se, *între* ordini juridice naționale, contractul nu are legătură numai cu un singur stat-națiune. Aceasta este explicația minimală a noțiunii „contracte internaționale” utilizate de un instrument de drept internațional denumit „Principii” și elaborat de UNIDROIT. A se vedea și propria, respectiv imperfecta, traducere a instrumentului internațional denumit „Principiile

fost pulverizat chiar criteriul original și tradițional de efectuare a distincției dintre cele două versiuni de contracte. Acest criteriu implica și implică ideea potrivit căreia, în ipoteza contractului care are legătură cu o singură ordine juridică națională (ipoteza contractului intern, n.n.), chestiunea stabilirii legii aplicabile se abordează distinct de chestiunea stabilirii legii aplicabile în ipoteza contractului care are legătură cu mai mult de o singură ordine juridică națională (ipoteza contractului încheiat cu parteneri străini, n.n.). În prima ipoteză (ipoteza contractului intern, n.n.), nu se poate, potrivit criteriului sus-menționat, să se stabilească, *prin voința părților* (criteriu subiectiv), aplicarea unei legi străine; imposibilitatea decurge din faptul că, prin recurgerea la legea străină, s-ar crea, dacă s-ar accepta aplicarea acesteia, posibilitatea înlăturării normelor imperative din ordinea juridică națională în discuție. Este vorba despre ordinea juridică a statului-națiune în considerarea exclusivă a căreia contractul prezenta legătură. În cea de-a doua ipoteză (ipoteza contractului încheiat cu parteneri străini, n.n.), se poate, potrivit aceluiași criteriu tradițional, să se stabilească, *prin voința părților* (criteriu subiectiv), aplicarea unei legi străine. Posibilitatea se datorează faptului că respectivul contract, fiind încheiat cu parteneri străini, are, inevitabil, legături nu numai cu ordinea juridică autohtonă, ci și cu ordinea juridică alogenă (străină, n.n.)³³.

În litigiul Banco Santander ne aflăm, potrivit criteriului tradițional aplicat în momentul încheierii contractelor ISDA, iar nu ulterior încheierii acestora, în ipoteza unor contracte interne. Suntem, potrivit respectivului criteriu, în ipoteza unor contracte *numai* interne (numai contracte de drept portughez, n.n.). Justificare: în momentul încheierii sale, respectivele contracte aveau, prin naționalitatea părților sale (subiecte de drept portughez), legătură numai cu ordinea juridică portugheză³⁴. Extravaganța din litigiul evocat decurge din cel

UNIDROIT privind contractele comerciale internaționale (2016)³³, astfel publicată cu amabilitatea și profesionalismul Editurii C.H. Beck România, București, 2018.

³³ Cel puțin o parte a doctrinei franceze consideră că nu (mai) există, din punctul de vedere al criteriului subiectiv (voința părților), o diferențiere între contractele interne și contractele „internaționale” (contractele încheiate de francezi cu parteneri străini, n.n.). Se susține acest lucru în considerarea faptului că, prin voința părților (factor subiectiv), se poate ajunge la aplicarea legii străine atât contractelor „internaționale”, cât și contractelor interne. „În această din urmă situație, ar fi suficient ca părțile să stabilească ca legea străină să le guverneze contractul care, de altfel, nu ar avea nicio legătură cu nicio țară străină”. Am citat din G. Cuniberti, *Choice of Law in Domestic Contracts: Towards a Right to Access Foreign Financial Markets?*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 13, pp. 464-471. Acest autor valorifică și pe doctrinarii M.E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Paris, Sirey, 2017, No. 12.

³⁴ Este adevărat că naționalitatea (criteriu obiectiv) părților contractante nu constituie, în chestiuni de drept contractual, un criteriu de stabilire a „naționalității” contractului (contract intern sau contract încheiat cu străinii, n.n.). Însă constituie un element apt să indice legătura cu ordinea juridică a statului-națiune a cărui naționalitate o au părțile

puțin un aspect: deși au fost încheiate de autohtoni (persoane juridice de drept portughez, n.n.), instanțele engleze de judecată au considerat că, ulterior perfectării propriu-zise în versiunea ISDA, respectivele contracte au legătură, prin clauza de alegere a legii engleze, și cu o ordine juridică străină (engleză, n.n.) față de ordinea juridică portugheză. Or, am menționat deja că această din urmă legătură le-a permis instanțelor engleze în discuție să nu aplice normele imperative portugheze invocate de părțile portugheze; reiau ideea potrivit căreia acestea din urmă au considerat că „toate elementele relevante pentru situația din momentul stabilirii legii aplicabile aveau legătură numai cu Portugalia”³⁵. Într-o exprimare nefericită, s-a considerat de instanțele engleze de judecată că respectivele contracte sunt internaționale³⁶. Natura „internațională” a fost conferită de instanțele engleze de judecată³⁷ în considerarea faptului că „swaps’ (contractele de schimb) sunt ancorate pe o piață (piața contractelor de schimb și a derivatelor, n.n.) care, prin modul de operare, este, inevitabil (în mod necesar/obligatoriu, n.n.) internațională”. Cu alte cuvinte, contractele au fost considerate „internaționale”, deși persoane juridice de drept portughez le-au încheiat cu o persoană juridică tot de drept portughez. Însă contractele erau de tip ISDA, iar asemenea contracte ISDA conțineau clauze de alegere sau „alegere” a legii în favoarea dreptului englez. Prin această clauză, poate combinată cu o altă clauză de alegere a unui for judiciar străin (englez, n.n.), contractele în discuție, de altfel considerate interne potrivit criteriilor tradiționale, deveneau, potrivit criteriilor netradiționale, contracte ... internaționale.

Spre deosebire de contractele interne tradiționale, contractele interne din litigiul Banco Santander confereau acces părților contractante autohtone (portugheze, n.n.) la o piață neautohtonă. La nivel concret, această piață este, logic, o piață străină prin raportare la ordinea juridică portugheză. Putea fi această piață oricare din piețele naționale de profil răspândite pe mapamond; contractele ISDA

contractului în discuție. S-a spus înaintea mea că naționalitatea constituie un punct de legătură obiectiv în materia statutului personal, locul producerii prejudiciului constituie un punct de legătură obiectiv în materia obligațiilor necontractuale. De altfel, aceste materii sunt compatibile cu puncte de legătură obiective, iar nu subiective. Punctele de legătură subiective (voința părților) sunt specifice chestiunilor de drept contractual. Cu privire la aceste din urmă aspecte, a se vedea G. Cuniberti, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471. Aceasta nu înseamnă că nu pot fi utilizate, în absența punctelor de legătură subiective, chiar și în ipoteza chestiunilor de drept contractual, puncte de legătură obiective (*exempli gratia*, reședința obișnuită a vânzătorului sau prestatorului de servicii, n.n.). Pentru ipoteza dreptului quasi-federal al Uniunii Europene, este relevant art. 4 din Regulamentul Roma I (593/2008).

³⁵ Am reprodus formularea din rezumatul efectuat în considerarea tabloului litigiului Banco Santander. A se vedea *supra.* nota de subsol nr. 27.

³⁶ A se vedea *supra.* nota de subsol nr.32.

³⁷ În considerarea paragrafelor din hotărârea judecătorească, reproduce raționamentul judiciar C. Avasilencei, *Financial markets: Banco Santander v. Transport Companies*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13, pp. 457-464.

nu excludeau efectuarea de tranzacții pe orice piețe naționale de profil, inclusiv engleză. La nivel general, piața neautohtonă este piața trans-națională de profil care poate cuprinde oricare din piețele naționale de profil, inclusiv piața engleză. Contemplată la nivel general, piața neautohtonă (străină prin raportare la ordinea juridică portugheză, n.n.) este o veritabilă piață trans-națională. Aceasta din urmă cuprinde, repet, oricare din piețele naționale de profil, inclusiv piața engleză. Spre deosebire de instanțele engleze de judecată, consider că este vorba, la nivel general, despre o piață trans-națională, iar nu inter-națională, a încheierii de contracte de schimb (*swap*). Această piață este trans-națională, întrucât este autonomă față de piețele de profil din ordinile juridice naționale (inclusiv engleză). Este și rămâne autonomă această piață trans-națională chiar dacă, paradoxal, cuprinde toate aceste piețe naționale de profil, pe de o parte, executarea propriu-zisă a contractelor de schimb (*swap*) se poate efectua pe oricare din aceste piețe naționale de profil „înghițite” de piața trans-națională însăși, pe de altă parte.

Prin guvernarea contractelor ISDA de legea engleză, indiferent de locul geografic în care se execută contractele de schimb (*swap*), dreptul englez însăși devine și a devenit un instrument legislativ trans-național. Iată cum se poate governa mapamondul financiar printr-un sistem de drept național! Din perspectiva tuturor ordinilor juridice, dreptul englez este expresia unei „naționalizări” legislative *sui generis*³⁸ a contractelor de schimb (*swap*) de tip ISDA. Din perspectiva ordinii juridice engleze, dreptul englez este expresia unui instrument legislativ trans-național. Este trans-național, întrucât „străbate”, prin autonomia de voință a părților³⁹, ordinile juridice naționale în al căror areal teritorial sunt localizate sus-menționatele piețe de profil naționale. Dacă tranzacțiile de tip ‘*swap*’ se desfășurau pe piața engleză de profil, contractele în discuție rămâneau, potrivit criteriilor tradiționale aplicate din perspectiva ordinii juridice portugheze, interne, însă asigurau accesul pe piața financiară străină (engleză, n.n.), componentă a pieței financiare trans-naționale. Trans-naționalitatea acestora din urmă era hrănită de contractele ISDA. Respectivele contracte au fost proiectate să ființeze „dincolo de” ordinile juridice naționale, dar și „dincolo de” ordinea juridică inter-națională (inter-etatică, n.n.) perfectată, logic, numai de state-națiune pe tărâmul dreptului inter-național.

Chestiunile uzuale de drept, de altfel, analizate, uzual, de doctrina preexistentă⁴⁰ în litigiul Banco Santander, implică cel puțin două aspecte.

În primul rând, este vorba despre distincția dintre contractul intern și contractul perfectat cu străinii (contractul „internațional”, n.n.). Mai este vorba despre „internaționalizarea” (trans-naționalizarea, n.n.), printr-o ordine juridică

³⁸ A se vedea *infra*. nota de subsol nr. 39.

³⁹ A se vedea și *infra*. notele de subsol nr. 41 și 46.

⁴⁰ A se vedea, de exemplu, G. Cuniberti, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471, C. Avasilencei, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 37, pp. 457-464.

internă sau națională (ordinea juridică engleză, n.n.)⁴¹, a unui contract perfectat numai între autohtoni (subiecte de drept portughez, n.n.).

În al doilea rând, este vorba despre contracte interne *sui generis* care conferă partenerilor contractuali (autohtoni, n.n.) posibilitatea de a intra pe piețe financiare străine. În lumina raționamentelor juridice tradiționale, contractele interne confereau partenerilor contractuali posibilitatea de a rămâne numai pe „piața” internă furnizată de ordinea juridică națională în discuție. În orice caz, contemporaneitatea post-post-modernă relevă faptul că piețele financiare străine pot fi accesate de subiectele de drept public (state-națiune, n.n.), respectiv de subiectele de drept privat, și prin încheierea unor contracte interne. Chiar dacă aceste contracte dobândesc, numai prin clauzele de alegere a legii aplicabile sau prin clauzele de alegere a forului *sui generis* elemente de extraneitate, contractele își păstrează, totuși, natura internă. Însă conceptul de „situație contractuală”⁴² ca atare, de altfel diferit de conceptul de „contract”, poate avea legătură, de exemplu prin clauza de alegere a unei legi străine sau a unui for străin, (și) cu ordinea juridică a unui alt stat (străin, n.n.).

⁴¹ Grația contractelor ISDA dreptul englez guvernează piața serviciilor financiare prestate în orice loc al mapamondului, chiar dacă stabilirea aplicării legii engleze nu a fost efectuată prin valorificarea cu adevărat liberă a principiului autonomiei de voință. Asemenea valorificare cu adevărat liberă ar fi fost posibilă prin perfectarea unor contracte cu adevărat negociate. Or, intrarea subiectelor de drept portugheze pe piața financiară trans-națională nu se putea face decât prin încheierea contractelor ISDA. Aceste contracte stipulează, în mod obligatoriu, fie aplicarea dreptului englez, fie aplicarea legii statului New York (USA). Observăm că trans-naționalizarea contractelor ISDA este de esența acestora. Trans-naționalizarea operează prin legea statului New York sau, în ipoteza litigiului Banco Santander, prin dreptul englez ales sau „ales” de părțile contractante în temeiul principiului *lex voluntatis*. Am utilizat și ghilimelele pentru cuvântul „ales”, întrucât subiectele de drept nu puteau să intre pe piața transnațională a contractelor de schimb (*swap*) decât prin perfectarea contractelor ISDA. Așa fiind, nu era nevoie să încheie contracte cu străinii (contracte „internaționale”, n.n.) pentru a intra pe acea piață transnațională. Trebuia doar utilizate de către partenerii de afaceri (parteneri autohtoni, n.n.) contractele ISDA. Aceste contracte interne confereau accesul pe piețele financiare străine „înghițite” de o piață financiară transnațională. Pentru analiza acestei *sui generis* categorii de contracte interne, a se vedea G. Cuniberti, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471. Contractul-Cadru ISDA stipulează aplicarea dreptului englez și competența instanțelor engleze de judecată. A se vedea H. Muir Watt, *Financial Governance through Private International Law and the Global Political Economy*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 13, pp. 272-280.

⁴² Dreptul quasi-federal al Uniunii Europene a optat, fie și indirect, pentru conceptul de „situație contractuală „internațională” (situație care are legătură și cu ordinea juridică a unui alt stat-națiune, n.n.)”. S-a abținut să abordeze legislativ conceptul de „contract „internațional” („contract care are legătură cu ordinea juridică a unui alt stat-națiune, n.n.). Sunt relevante alineatele 3 și 4 ale art. 3 din Regulamentul Roma I (593/2008). Prin valorificarea doctrinei anterioare, sesizează acest aspect și G. Cuniberti, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471.

Spre deosebire de litigiul Dexia, instanțele engleze de judecată au considerat că, în litigiul Banco Santander, trebuie efectuată distincția între contract „internațional” și situație „internațională”, chiar dacă respectivele contracte erau pur interne. Am arătat mai sus, fie și indirect, că situația a fost considerată ca fiind „internațională”, chiar dacă nu a putut fi identificat niciun punct de legătură cu ordinea juridică a unui alt stat-națiune (ordinea juridică engleză, n.n.). Clauza de alegere a legii engleze sau a forului judiciar englez, dar și contractele ISDA ca atare, de altfel elaborate de o entitate de drept privat străin prin raportare la ordinea juridică portugheză, au fost destinate utilizării în raporturile de afaceri derulate și cu parteneri străini. Însă sus-menționatele clauze nu au identitatea juridică a unui punct de legătură. Vom vedea mai jos că nici limba de redactare (limba engleză) a unui contract, inclusiv a contractelor ISDA, nu „joacă” rolul unui punct de legătură. În orice caz, în lumina efectuării distincției sus-menționate, instanțele engleze de judecată au stabilit „internaționalitatea” (caracterul străin prin raportare la ordinea juridică portugheză, n.n.) situației contractuale chiar dacă aceasta nu avea niciun punct de legătură cu ordinea juridică străină (engleză, n.n.), pe de o parte, părțile contractante au utilizat versiunea contractelor ISDA destinată să fie utilizată în raporturile de afaceri care implică cel puțin două ordini juridice naționale, pe de altă parte⁴³.

Îmi pare că nu trebuie omis faptul că piețele financiare străine sunt veritabile componente ale unei piețe financiare transnaționale. În litigiul Banco Santander, contractele ISDA contribuiau la trans-naționalitatea, în sens de autonomie, a pieței financiare în discuție. În plus, Piața financiară, care înglobează piețele financiare naționale și internațională deopotrivă, este și trans-teritorializată. Este trans-teritorializată prin clauzele de alegere a unei legi emise de un stat-națiune; în litigiul Banco Santander, este vorba despre dreptul englez. Grație sau din cauza caracterului trans-teritorial și trans-teritorializat al pieței financiare

⁴³ Prin acest tip de utilizare, se instituie sau/și se perpetuează posibilitatea ca părțile să genereze, eminent subiectiv, o situație „internațională”. Se generează asemenea situație prin utilizarea unor documentații contractuale emise de o entitate străină în considerarea unor raporturi de afaceri derulate cu parteneri străini. Or, cel puțin din perspectiva art. 3(3) din Regulamentul Roma I (593/2008), este imposibil de generat de către părți o asemenea situație. Sesizează și analizează acest aspect și G. Cuniberti, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471. Autorul mai menționează că, în litigiul *Dexia Crediop SpA v. Comune di Prato (2015)* soluționat tot de instanțele engleze de judecată, acestea din urmă au statuat după cum urmează: (i) contractele încheiate de părți italiene și executate în Italia erau contracte de drept intern italian; (ii) clauza de alegere a legii engleze nu excludea aplicarea normelor imperative de drept italian. Cu privire la litigiul Banco Santander, autorul sus-menționat a mai indicat că nu avea nicio importanță distincția dintre contract „internațional” și situație „internațională”. Nu avea nicio importanță, din moment ce situația contractuală avea legătură, prin părțile contractante (subiecte de drept portughez, n.n.) numai cu ordinea juridică portugheză. În plus, nu avea importanță chiar dacă părțile au utilizat contracte-standard destinate utilizării în raporturi de afaceri derulate cu parteneri străini.

evocate, dreptul englez se manifestă ca un instrument de guvernare globală. N-aș spune că se manifestă ca un drept global, întrucât nu este incident, cel puțin în litigiul Banco Santander, prin mecanisme „de sus în jos”⁴⁴, adică prin mecanisme impuse de factori extrajuridici (politici, n.n.). Ar putea juca rolul unui drept global dacă am considera că impunerea aplicării sale a operat, prin contractele ISDA, „de sus în jos”, iar impunerea a fost efectuată de factorul economic. Întrucât în ultimii treizeci de ani, factorul economic a înlocuit supremația factorului politic, se poate spune că economicul – un *alter ego* neoliberal al politicului, a jucat, în societatea deschisă, rolul (de impunere, coercitiv, n.n.) pe care îl juca politicul în societatea închisă.

În calitate de instrument de guvernare globală în domeniul pieței financiare, dreptul englez se bucură de un mecanism de aplicare trans-teritorială. Acest mecanism face inutil demersul de construire a excepțiilor de la aplicarea teritorială a dreptului englez. Același mecanism aruncă în inutilitate mecanismele de drept internațional prin care statele-națiune ar putea ajunge la perfectarea unui veritabil compromis legislativ în domeniul pieței financiare. Compromisul este veritabil numai atunci când, prin negociere și persuasiune bi- sau/și multilaterală, concepțiile de drept național se topesc în creuzetul normativ specific dreptului internațional însuși. Or, în ipoteza aplicării trans-teritoriale, dreptul englez se bucură, cel puțin în domeniul pieței financiare, de aplicare (aplicare unilaterală sub cupola libertății de voință, n.n.) pe piețele financiare. Pe aceste piețe participă subiecte de drept public (state-națiune) și privat deopotrivă. Dreptul englez devine, așa cum am menționat, un drept cu aplicare răspândită pe mapamond (aplicare globală, n.n.), cel puțin în domeniul pieței financiare. Dobândește această identitate grație sau din cauza contractelor ISDA. De data aceasta, „compromisul” a fost realizat prin impunerea aplicării dreptului englez în conținutul contractelor ISDA. Sfera subiectelor cuprinse în acest compromis este extinsă. Este așa, întrucât nu include numai subiecte de drept, ci și subiecte de drept public (state-națiune, n.n.). Ori de câte ori statele-națiune intenționează să acceseze piața trans-națională a contractelor de schimb (*swaps*), statele-națiune, inclusiv entitățile de drept public, sunt nevoite să accepte „compromisul” concretizat prin încheierea contractelor ISDA.

În plus, mecanismul de aplicare trans-teritorială al unui drept național (englez în ipoteza exersată, n.n.) aruncă în inutilitate și instituția conflictului de legi. Îmi pare că se întâmplă acest lucru, din moment ce oricum se aplică, prin

⁴⁴ Așa s-ar fi manifestat dreptul global dacă omenirea ar fi ajuns în stadiul experimentării ideii de universalitate în versiunea dreptului global (unic, n.n.) însuși. Într-adevăr, globalizarea implică o reglementare centralizată (logic unică, n.n.) de sus în jos. A se vedea M. Shapiro, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 2, pp. 37-64. Întrucât omenirea a eșuat în demersul de atingere a stadiului unui drept globa (a eșuat globalizarea, n.n.), renaște rolul transnaționalului. Pentru analiza rolui transnaționalului în epoca post-globalizare generatoare a fenomenului „de-globalizare”, a se vedea R. Michaels, *State Law as a Transnational Legal Order*, în UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law, vol. 1(2016), nr. 1, pp. 141-160.

clauzele de „alegere” a forului englez stipulate în conținutul contractelor ISDA, dreptul englez. Se aplică dreptul englez fără a mai apela la punerea în mișcare a „jocului” normelor de legătură (normelor conflictuale, n.n.). Întrucât ești nevoit să accepți, în temeiul principiului „libertății” de voință, aplicarea dreptului englez, îmi pare că principiul *lex voluntatis* a intrat în perimetrul simulacului; dreptul englez nu se aplică potrivit aplicării clasice și tradiționale a principiului evocat. Așa fiind, nu se poate spune, decât cu o oarecare inocență academică, că aplicarea însăși a dreptului englez s-a efectuat prin tradiționala punere în mișcare a „jocului” unei anumite norme de legătură. Este vorba despre acea normă de legătură incidentă prin voința părților.

Să fi devenit instituția conflictului de legi un subiect de domeniul trecutului, cel puțin în domeniul pieței financiare transnaționale?⁴⁵ Să contribuie sau să „contribuie” contractele-standard, astfel emise de actorii de drept privat, veritabili seniori neo-medievali ai timpurilor noastre, la eradicarea tehnicii conflictului de legi redade omenirii de statutarii italieni ai secolului al XII-lea? Dacă nu pot să spun „Aceasta este întrebarea!”, pot să spun măcar „Aceasta chiar este o întrebare!”. Până la formularea unui răspuns, reținem doar că suveranitatea trans-teritorială a unor categorii de subiecte de drept privat este izvorul latent al știrbirii incidenței, la nivel de principiu, a tehnicii conflictului de legi.

Să nu se omită avertismentul meu nicidecum autoritar. Într-adevăr, am avertizat deja: mi-am propus să surprind latentul generator al chestiunii sau chestiunilor uzuale de drept analizate, uzual, de doctrina preexistentă în ipoteza litigiului Banco Santander. Este vorba, logic, despre chestiunile uzuale ale căror aspecte au fost menționate mai sus, pe de o parte, sunt incidente în litigiul Banco Santander – veritabilă expresie a unui exercițiu de drept transnațional (privat), pe de altă parte. Contemplu acest latent prin analiza de tipul „de jos în sus”. Concret: „de jos” semnifică faptul că pornesc în propriul demers de la contractele ISDA ca atare încheiate în ipoteza litigiului Banco Santander; „în sus” semnifică faptul că urmează să evidențiez conceptul care a inspirat și redactarea contractele ISDA de către ISDA. Am spus „și”, întrucât conceptul evidențiat mai jos a inspirat redactarea unor contracte-standard în plurale și diverse domenii, nu numai în domeniul pieței financiare.

În lumina palierului „de jos”, rețin cele ce urmează. Contractele ISDA se auto-validează permanent. Cu alte cuvinte, își sunt suficiente lor însele. Respectiv contractele și-au construit un veritabil soclu. De pe acest soclu, contractele ISDA răspândesc ideea potrivit căreia nu au nevoie de nicio validare externă⁴⁶. Ar fi putut să fie vorba despre validarea contractelor în discuție de către

⁴⁵ Este util de lecturat H. Berman, *Is Conflict of Laws Becoming Passé? An Historical Response*, în H.-E. Rasmussen-Bonne, R. Freer, W. Luke, W. Weitnauer (eds.), *Balancing Of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70. Geburtstag*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, Emory Public Research Paper nr. 05, pp. 42-48.

⁴⁶ Auto-validarea mecanismelor contractuale a survenit, de-a lungul timpului, și în alte domenii, iar nu numai în domeniul piețelor financiare. De exemplu, a survenit auto-

subiecte de drept public (de state-națiune, n.n.); asemenea validare poate fi operată de statele-națiune ca atare fie în propriile ordini juridice (ordini juridice naționale, n.n.), fie în „spațiul” (normativ și chiar quasi-normativ, n.n.) existent între aceste ordini juridice naționale; în acest din urmă spațiu regăsim ordinea juridică internațională. Din perspectiva structurii quasi-federale a Uniunii Europene, chestiunea recunoașterii, pe propriul teritoriu quasi-federal, a „suveranității” normative a unor contracte-standard⁴⁷ comportă o situație specială. Acest din urmă subiect necesită o analiză distinctă, posibil viitoare. În orice caz, situația specială acoperă și alte aspecte, de asemenea analizabile în viitor.

Asemenea alte aspecte se pot referi, de exemplu, la clauza de alegere a legii aplicabile în contractele de agenție comercială. În bine-cunoscutul litigiu C-381/98 *Ingmar v. Eaton Leonard Technologies* (2000), Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în sensul că „dreptul Uniunii Europene exclude orice clauză de stabilire a legii aplicabile stipulată în conținutul contractului (de agenție comercială, n.n.) și trebuie să fie aplicat chiar dacă părțile nu au stabilit aplicarea acestuia (aplicarea dreptului Uniunii Europene, n.n.)”⁴⁸. Acest alt aspect este semnificativ generos. Este generos, în sensul că implică și analiza chestiunii arbitrabilității sau non-arbitrabilității litigiilor din aria dreptului concurenței; mai implică și chestiunea arbitrabilității sau non-arbitrabilității litigiilor din aria litigiilor de drept investițional⁴⁹. Am menționat că mi-am propus să efectuez numai o remarcă preliminară cu privire la aceste alte aspecte. Așa fiind, revin la raționamentul instanțelor engleze din litigiul Banco Santander.

Îmi pare că raționamentul instanțelor în discuție s-a sprijinit pe ideea de auto-validare a contractelor ISDA. Însă acest raționament ar putea conduce și la propagarea unei alte idei (sau pseudo-idei, n.n.): încheierea unui contract între subiecte de drept autohton (române sau portugheze, etc.) în limba engleză sau germană sau rusă ar însemna că respectivul contract are legătură, din perspectiva

validarea mecanismelor contractuale perfectate în domeniul activității sportive sau în domeniul comunicării digitale sau în domeniul copyright-ului. Remarcă aceste aspecte K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530. Pentru auto-validarea contractelor perfectate în domeniul sportului, a se vedea A. Duval, *What Lex Sportiva tells you about Transnational law*, în P. Zumbansen (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 269-293.

⁴⁷ Am în vedere contractele-standard elaborate de o entitate de drept privat (de exemplu, de ISDA) din afara Uniunii Europene.

⁴⁸ Formularea îi aparține autoarei G. Corderro-Moss, *Balancing Arbitrability and Court Control*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13, pp. 82-91.

⁴⁹ Pentru efectuarea de mențiuni referitoare la bine-cunoscutul litigiu aflat, prin mecanismul trimiterii preliminare, pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene (C-281/16, Republica Slovacia v. Achmea (2016)), a se vedea G. Corderro-Moss, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 48, pp. 82-91. Autoarea nu avea cum să nu se refere și la litigiul investițional *Achmea B.V. v. Republica Slovacia* soluționat de Curtea Permanentă de Justiție în temeiul Regulilor de arbitraj UNCITRAL, versiunea 1976 (dosarul nr. 2008-13).

instituției conflictului de legi, cu ordinea juridică engleză sau germană sau rusă. Cu alte cuvinte, ar însemna că legea aplicabilă contractului este legea engleză sau legea germană sau legea rusă, întrucât părțile au încheiat contractul în limba engleză sau germană sau rusă. În plus, această idee (pseudo-idee, n.n.) ar fi fortificată de faptul că părțile autohtone au ales (sau au fost nevoite să aleagă din cauza unor împrejurări/necesități, inclusiv economice, n.n.)⁵⁰ să încheie contractul fie în limba engleză, fie în limba germană, fie în limba rusă. Or, s-a stabilit și în vechea practică arbitrală română de comerț exterior (iar nu internațională, n.n.)⁵¹ că limba de încheiere a unui contract nu are nicio relevanță asupra stabilirii legii aplicabile (*lex causae*) contractului în discuție. Însă vital este următorul argument: din punct de vedere ideologic-doctrinară, limba de încheiere a unui contract nu constituie un punct de legătură, așa cum este voința părților sau locul încheierii, respectiv executării, contractului etc, între contractul ca atare și ordinea juridică neautohtonă (străină, n.n.).

În lumina palierului „în sus”, nu pot să nu constat că dreptul privat a devenit, grație sau din cauza subiectelor de drept privat, un instrument de organizare a vieții sociale. A devenit un asemenea instrument și prin instituția contractului. De altfel, însăși instituția contractului a devenit de ceva timp un instrument de organizare a socialului. Acesta este conceptul care inspiră palierul „în sus”: conceptul de contract evaluat sau evaluabil în calitatea sa de instrument de organizare a socialului, respectiv de organizare a societății umane în ansamblul ei. Nu laud, nu condamn acest concept venit, cel puțin în Europa de Est, pe „aripile” ultimilor treizeci de ani. Însă doctrina fie română, fie străină, nu poate să-l neglijeze sau să îi neglijeze manifestările. În lumina acestui gând doctrinar, survine întrebarea: se poate spune că dreptul privat, cu a sa instituție a contractului, a apropiat ordinea de drept public fie în versiune internă (ordinea de drept public din statele-națiune, n.n.), fie în versiunea internațională (ordinea publică identificabilă *între* ordinele juridice naționale, n.n.)? Propun ca, și în România, să se înceapă efectuarea unei analize doctrinare, în sensul identificării unui răspuns, oricare ar fi acesta.

În orice caz, este util de reținut măcar un aspect. Prin utilizarea instituției contractului-standard, persoanele juridice de drept intern intră în ordinea juridică trans-națională creată de contractul-standard însuși. Combinând palierul „de jos” cu palierul „în sus” în litigiul Banco Santander, survine cel puțin o formulare. Prin utilizarea contractelor ISDA, toate părțile contractante, persoane juridice de drept portughez, au intrat în ordinea juridică trans-națională creată de ISDA, persoană juridică de drept privat nord-american. ISDA a creat respectiva ordine juridică pe

⁵⁰ În această ipoteză, poate surveni întrebarea: Este o falsă exersare a principiului libertății de voință?

⁵¹ A se vedea sentința arbitrală nr. 10 din 7 aprilie 1972 (cu privire la limba germană) sau sentința arbitrală nr. 58 din 22 iunie 1976 (cu privire la limba engleză), în V. Babiuc, O. Căpățână (coord.), *Jurisprudență comercială arbitrală 1953-2000*, Editura Edimpres Camro S.R.L., București, 2002, p. 144.

piața contractelor de schimb (*swap*) și a derivatelor. Motorul generator al naturii trans-naționale al ordinii juridice în discuție a îmbrăcat forma juridică a contractelor ISDA. Ordinea juridică este trans-națională, în sensul că, prin aceste contracte-standard (prin contractele ISDA, n.n.), instituția contractului nu mai este un simplu instrument de guvernare inter-personală. Ne aducem aminte de formularea „contractul are putere obligatorie între părțile contractante”. Formularea evocată este expresia acestei guvernări inter-personale.

Însă instituția contractului nu s-a mai mulțumit cu această identitate de a fi un instrument numai de guvernare inter-personală. I s-a părut sau a fost adusă în situația de a i se părea că merită mai mult. Așa fiind, instituția contractului a devenit - și pe filiera doctrinară de tip Max Weber sau Niklas Luhman -, un instrument de guvernare a vieții sociale în toate cotloanele sale. Se confundă chiar cu socialul, astfel că putem avea o răvășitoare revelație: mapamondul nu mai este populat de oameni, ci de ... contracte. Iar acestea din urmă, veritabili „locuitori” ai mapamondului, ne atenționează măcar asupra unui fapt: viața socială a contractului este viața socială însăși. Sau viața socială ca atare se confundă cu viața socială a contractului. Consecința nu poate fi decât următoarea: nu (mai) exiști în viața socială decât dacă închei contracte! Nu mai exiști decât dacă închei, preponderent tacit, pe de o parte, preponderent în versiunea contractelor-standard, contracte, pe de altă parte!

Contractele-standard uniformizează psihologia umană și ... standardizează comportamentele sociale, chiar viața socială în ansamblul acesteia. Standardizarea nu se produce numai *pe* teritoriile statelor-națiune (în ordinele juridice naționale, n.n.) sau/și numai *între* teritoriile statelor-națiune (în ordinea juridică inter-națională, n.n.); cu titlu de succintă digresiune, remarc faptul că ordinea juridică inter-etatică (internațională, n.n.) s-a trans-naționalizat grație sau din cauza subiectelor de drept privat⁵². Standardizarea în discuție operează și *dincolo*

⁵² Am invitat doctrinar la analiza naturii transnaționale pe care a dobândit-o dreptul internațional. A se vedea propriul articol, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 10, pp. 41-73. Este de analizat dacă trans-naționalizarea ca atare este consecința sau vehiculul fărâmițării dreptului internațional. În orice caz, „luminile sau umbrele” trans-naționalizării au generat de-a lungul timpului veritabile anxietăți. A se vedea M. Koskeniemi, P. Leino, *Fragmentation of international law? Postmodern Anxieties*, în *Leiden Journal of International Law*, vol. 15(2002), nr. 3, pp. 553-579. Aș sugera Comisiei de Drept Internațional să includă pe propria agendă de lucru subiectul „Noua identitate a dreptului internațional: trans-naționalul”. Trans-naționalul, de altfel pus în mișcare și prin instrumente de drept privat (de exemplu, prin instituția contractului, n.n.), reconfigurează identitatea originară de tip pozitivist a dreptului internațional. Această din urmă identitate era construită pe tiparul rezultat prin Pacea de Westphalia (1648). Suveranitatea teritorială constituie unul din fundamentele cheie al dreptului internațional construit pe respectivul tipar. Or, astăzi, potente subiecte de drept privat perforază de-a dreptul conceptul de suveranitate teritorială a statelor-națiune. Procedează la asemenea perforare și prin instituția contractului în versiunea contractului-standard. Contractele ISDA sunt un exemplu grăitor, din moment ce, chiar prin respectivele contracte, ISDA, o entitate de drept privat, „străbate” teritoriile statelor-națiune. În plus, ISDA și-a auto-conferit luxul de a fi indiferentă față de ordinele juridice

de teritoriile statelor-națiune sau în acel simultan, respectiv concomitent, „în-dintre”. Prin „dincolo de”, respectiv prin „în-dintre”, suntem în spațiul normativ și quasi-normativ al lui „trans”. Așa fiind, standardizarea s-a produs, preponderent, trans-teritorial. A facilitat această trans-teritorialitate faptul că viața socială a contractului este nedelimitată prin granițe politico-administrative, astfel cum sunt delimitate teritoriile statelor-națiune. Este chiar nedelimitabilă (încă)!

Grație sau din cauza acestei noi identități, instituția contractului a început să practice o stare de beatitudine ireal de nepământeană. Această practicare generează, a generat cel puțin până în 2020, efecte acaparatoare ale socialului pământean. Din mijlocul acestei beatitudini, instituția contractului, preponderent în versiunea contractului-standard, ne-a arătat, nouă doctrinarilor, de ce este în stare. A fost în stare să devină un veritabil instrument de guvernare socială. Întrucât statele-națiune sunt actori ai vieții sociale, instituția evocată a ajuns să le guverneze pur și simplu. Să fi fost transformate statele-națiune, cel puțin unele dintre acestea, din subiecte ale vieții sociale în obiecte ale vieții sociale? De data aceasta, exclam „Aceasta este întrebarea!”; însă formularea unui răspuns, fie și incipient, necesită o reflecție desfășurată într-un interval de timp nicidecum scurt.

În orice caz, instituții de drept internațional, guverne ale statelor-națiune i-au recunoscut instituției contractului, cel puțin până în anul 2020, supremația. În această nouă postură, instituția contractului a avut, încă mai are, cel puțin trei modalități de manifestare: (i) contractul cu vocație de organizare a socialului; (ii) contractul de lungă durată; și (iii) „contractul-rețea”⁵³. Pentru că am intrat în

naționale și față de ordinea juridică internațională. Și, culmea ironiei!, în ipoteza litigiului Banco Santander, chiar statele-națiune au consimțit sau au fost nevoite să consimtă la această perforare a propriilor teritorii de către contractele ISDA. Spun acest lucru, întrucât pârătele erau dezmembrăminte de drept public portughez. Au consimțit sau „consimțit” la sus-menționata perforare, întrucât nu puteau intra pe piața trans-națională a contractelor de schimb (*swap*) dacă nu valorizau, prin utilizare, contractele ISDA elaborate de un entitate non-guvernamentală de drept privat. Iată cum sugestia mea formulată mai sus își deoalează pertința: grație sau din cauza contractelor-standard (inclusiv de tip ISDA), dreptul internațional s-a trans-naționalizat. Titlul subiectului poate fi reformulat în lumina unor întrebări: „Semnifică transnaționalul colapsul dreptului internațional?” sau „Semnifică transnaționalul cheia supraviețuirii dreptului internațional în versiunea pluralismului juridic?” Aș opta parcă pentru această din urmă întrebare. O nuanță de optimism trebuie să existe: trans-naționalul recompune dreptul internațional, dar nu în versiunea în care îl cunoșteam noi odinioară. Îl recompune în versiunea plurală și diversă de identități, nu numai de conținut. Ideea pluralismului juridic ajută la această recompunere de identități. Este util de lecturat F. Mégret, *International Law as a System of Legal Pluralism*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 533-555.

⁵³ Cu privire la aceste manifestări ale contractului – instrument de guvernare socială, a se vedea K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530. Autorul citează, printre alții, pe G. Teubner, *Networks as Connected Contracts*, Oxford: Hart, 2011, în S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori, *The Contractual Basis of Long-Term Organizations – The Overall Architecture*, în S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori (eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Londra/New York/Routledge, 2016, pp. 3-38.

palierul „în sus” al latentului evocat, scriu și spun că aceste modalități de manifestare sunt incidente nu numai în aria pieței financiare. Sunt incidente și în alte arii ale vieții sociale⁵⁴. Nu am spus mai sus că toate cotloanele vieții sociale din post-post-modernism au fost acaparate de instituția contractului ?

Aspectele menționate mai sus sunt expresia unui exercițiu de drept transnațional (privat). Concret: sunt expresia unui exercițiu de drept transnațional (privat) în plenitudinea acțiunii sale practice. Contractele ISDA din ipoteza litigiului Banco Santander conferă natură practică exercițiului de drept transnațional (privat). Am proiectat, minimal și introductiv, natura practică a acțiunii respective în curente doctrinare propagate de-a lungul timpului; de exemplu, în curente doctrinare de tip Max Weber sau Niklas Luhman. Însă există și exerciții de drept transnațional (privat) în acțiunea lor doctrinară. Un asemenea exercițiu mi-am propus să efectuez prin scrierea acestui articol. Sunt mai puțin dispus, chiar deloc dispus, să emit pretenția de a genera un exercițiu de drept transnațional (privat) în acțiunea sa doctrinară plenară. Însă pot rememora la finalul acestui articol, prospectiv, măcar un aspect. Este vorba despre aspectul care preocupă de mult timp pe erudiții din aria dreptului transnațional în versiunea sa „comercială” (din aria dreptului comercial transnațional, n.n.). Am în vedere aspectul referitor la sau care chiar implică, în esența lucrurilor, armonizarea reglementărilor și quasi-reglementărilor din domeniul vieții de afaceri.

Cel puțin pentru unii dintre aceștia⁵⁵, categoria contractelor-standard și a Condițiilor Generale constituie una din categoriile sau instrumentele de

⁵⁴ A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 46.

⁵⁵ A se vedea R. Goode, *Reflections on the Harmonisation of Commercial Law*, în R. Goode (ed), *The Development of Transnational Commercial Law. Policies and Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 3-24. Autorul a efectuat chiar o listă a instrumentelor de armonizare a reglementărilor locale și obiceiurilor locale deopotrivă. În conținutul, de altfel exemplificativ, al acestei liste regăsim următoarele instrumente: (i) convenția multilaterală – ne-expresie a unei reglementări de drept uniform; (ii) convenția multilaterală – expresie a unei reglementări de drept uniform; (iii) convențiile (tratatele, n.n.) bilaterale constituite într-un set sau mănunchi de asemenea convenții; (iv) legislația Uniunii Europene edictate, în mod uzual, în versiunea instrumentului denumit „Directivă”; (v) Legea-Model; (vi) codificarea obiceiurilor și uzanțelor, astfel „promulgată” de o organizație non-guvernamentală „internațională” (trans-națională, n.n.); (vii) așa-numiții „termeni comerciali uniformi” sistematizați în versiunea unui dicționar de abrevieri a termenilor comerciali; respectivii termeni comerciali uniformi sunt „promulgați” de o organizație non-guvernamentală „internațională” (trans-națională, n.n.); (viii) contracte-model sau Condiții Generale Contractuale; (ix); „codificările” efectuate de mediul academic sau de experți. Aceste din urmă *sui generis* codificări, de altfel elaborate sub influența „codificărilor” efectuate în SUA de experți recunoscuți în propriile arii de specializare, sunt cunoscute sub denumirea „Restatements”. Strict juridic, acestea din urmă au o forță quasi-normativă (neobligatorie, n.n.). Însă respectivele codificări *sui generis* pot constitui o sursă de inspirație pentru judecătorii naționali chemați să aplice fie propriul drept național, fie dreptul internațional în materie de comerț. Pot constitui asemenea sursă de inspirație prin prezumtiva putere de convingere a judecătorilor naționali. Concret: respectivele „codificări” îi conving pe respectivii judecători, în sensul că în conținutul propriu-zis al acestora se găsesc

armonizare a concepțiilor legislative, respectiv quasi-legislative, generatoare de reguli în arealul comercial sau de afaceri al vieții. În secolul al XX-lea, justificarea efectuării armonizării propriu-zise constituia chiar trăsătura esențială a însăși operațiunii de armonizare. Această trăsătură esențială a implicat reducerea impactului granițelor naționale. Aș spune că este vorba, mai degrabă, despre reducerea disconfortului generat de diferențele de concepție existente între reglementările existente de o parte și de alta granițelor statelor-națiune. În orice caz, tocmai în considerarea faptului că a implicat reducerea granițelor dintre statele-națiune, armonizarea în discuție nu poate fi decât inter-națională. Este vorba despre armonizarea inter-națională a reglementărilor locale și obiceiurilor locale deopotrivă⁵⁶. Cu titlu de digresiune, aș adăuga că iureșul armonizării, care a cuprins sfârșitul de secol XX și începutul de secol XXI, a proiectat armonizarea într-un alt registru. Este vorba despre tipul de armonizare operabil intra-frontalier și extra-frontalier, însă, în ambele situații, justificarea armonizării este reducerea impactului „granițelor” dintre concepțiile juridice. Similar raționamentului sugerat mai sus, este vorba despre reducerea disconfortului generat de diferențele de concepție existente chiar între concepțiile juridice propriu-zise aflate în „concurș”.

Și în ipoteza litigiului Banco Santander, contractele ISDA și-au dezvoltat identitatea. Concret: anumite contracte-tip, așadar și contractele ISDA, constituie expresia armonizării practicilor pieței; în ipoteza ISDA este vorba, logic, despre expresia armonizării practicilor din piața trans-națională a contractelor de schimb (*swaps*)⁵⁷. Din perspectiva altor „piețe”, de exemplu din perspectiva pieței arbitrajului comercial, armonizarea practicilor se poate realiza și sub cupola organizațiilor inter-etatice (internaționale, n.n.). Sub respectiva cupolă, armonizarea se poate realiza și prin instrumente denumite „Legi-Model”. Este grăitoare Legea-Model UNCITRAL referitoare la arbitrajul comercial internațional

cele mai bune „rețete” de soluționare a chestiunilor tipice de drept contractual. Cu privire la natura și scopul codificărilor *sui generis* (*Restatements*) fie în versiune normativă, fie în versiune non-normativă, a se vedea R. Goode, *International Restatements of Contract and English Contract Law* și *International Restatements and National Law*, în R. Goode, *supra. cit.*, prezenta notă de subsol, pp. 25- 40, respectiv pp. 41-53.

⁵⁶ Caracteristica-temei îi este atribuită operațiunii de armonizare inter-națională. A se vedea R. Goode, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 55, pp. 3-34. Mai efectuează respectivul autorul distincția între armonizarea internă (națională) și inter-națională. În ipoteza armonizării interne a reglementărilor și obiceiurilor locale, eforturile depuse de-a lungul timpului au generat sistemul de *common law* în Anglia și codificarea în Europa continentală. Fie că se propagă geografic prin colonizare (prin extinderea normativă a dreptului național dintr-un teritoriu în alt teritoriu, n.n.) sau prin adoptarea unui Cod emis de un stat-națiune dezvoltate de către un stat-națiune în curs de dezvoltare, armonizarea internă rămâne ... internă. Autorul amintit susținea acest lucru cel puțin din anul 1991.

⁵⁷ Pentru asemenea evaluare, a se vedea lucrarea autoarei A. Riles, *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*, Chicago Series in Law and Society, Chicago / London, University of Chicago Press, 2011.

adoptată în 1985, cu modificările operate în anul 2006⁵⁸, denumită în continuare „Legea-Model UNCITRAL”. Este adevărat, nu se poate efectua, potrivit concepțiilor tradiționale, o analogie între armonizarea efectuată de un subiect de drept privat (ISDA) și armonizarea efectuată de o instituție inter-națională (ONU prin UNCITRAL). Însă în perioada ulterioară celui de-al Doilea Război Mondial, actorii privați ne-au arătat, pe filiera curentului liberal-internaționalist, că armonizarea (*sui generis*, n.n.) efectuată de aceștia chiar contează într-o lume trans-teritorială. De altfel, doctrina străină din domeniul armonizării, astfel efectuate sub cupola dreptului comercial transnațional, a dreptului comercial însuși, pune pe picior de egalitate armonizarea dreptului contractual și armonizarea dreptului comercial în general efectuate de organizații inter-guvernamentale și non guvernamentale⁵⁹. Această egalitate (egalizare?, n.n.) între cele două versiuni de armonizare este consecința orizontalizării subiectelor de drept public și drept privat. Grație sau din cauza orizontalizării, respectivele subiecte acționează în „spațiul” normativ și quasi-normativ al lui „trans”. În respectivul „spațiu”, s-a diluat distincția netă între public și privat, pe de o parte, între intern și internațional, pe de altă parte. Orizontalizarea, egalitatea sus-menționate sunt expresii de manifestare a diluării distincției nete evocate.

Revenind la contractele ISDA și la contractele din aceeași categorie, se poate susține și următoarea idee: contractele-standard sunt expresia unei practici comerciale „internaționale” (trans-naționale, n.n.), pe de o parte, contribuie la armonizarea *de facto* a lui *lex mercatoria*, pe de altă parte⁶⁰. Se poate plusa: contractele-standard au devenit veritabile surse de drept. Au dobândit acest statut în lumina ideii de de(z)-naționalizare a dreptului contractual. Îmi pare că ideea în discuție a fost propovăduită de autorii din statele-națiune dezvoltate în considerarea dreptului contractual din statele-națiune în curs de dezvoltare sau

⁵⁸ Reputatul profesor rus Serghei Lebedev a propus, în cadrul Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional (UNCITRAL), redactarea unei convenții (tratat multilateral) în domeniul arbitrajului comercial internațional. Întrucât nu a fost agreată această propunere de reprezentanții statelor-națiune membre ale sus-menționatei Comisii, inclusiv de statele-națiune occidentale, s-a optat pentru adoptarea unei Legi-Model. Legea-Model UNCITRAL constituie un instrument de armonizare preventivă a legislațiilor locale în domeniul sus-menționat. În propria lucrare, *Curs de drept internațional cu privire numai asupra comerțului*, Editura CH Beck, București, 2019, pp. 15-16, am menționat aceste aspecte, astfel că nu mai insist. În orice caz, reținem că Legea-Model UNCITRAL este expresia unei înțelegeri a „regulilor esențiale ale dreptului arbitrajului, precum și ale regulilor referitoare la litigiul arbitral”. A se vedea Th. E. Carbonneau, *The Ballad of Transborder Arbitration*, în *University of Miami Law Review*, vol. 56(2002), nr. 4, pp. 773-829.

⁵⁹ Este vorba despre armonizarea efectuată de UNIDROIT, UNCITRAL, Conferința de drept internațional privat de la Haga, Camera Internațională de Comerț (Paris). A se vedea R. Goode, *Harmonisation(I)*, în R. Goode, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 55, pp. 3-174.

⁶⁰ Ideea îi aparține lui F. De Ly, *De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (Lex Mercatoria)*, în M. M. Fogt (ed.), *Unification and Harmonization of International Commercial Law. Interaction or Deharmonization?*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 151-160.

destinate să se afle în permanentul stadiu de „în curs de dezvoltare”⁶¹. În orice caz, panoplia izvoarelor dreptului comercial modern⁶² este completabilă, în mod inevitabil, cu instituția contractului (trans-național, n.n.)⁶³.

La nivel principal, armonizarea la care am făcut referire mai sus⁶⁴ nu poate face abstracție de așa-numitul „curent de drept comercial transnațional”. Acest curent doctrinar a fost propagat, preponderent, prin scrierile profesorului Roy Goode, pe de o parte, este cunoscut sub denumirea „Școala de la Oxford”, pe de altă parte⁶⁵. În orice caz, și pentru profesorul Roy Goode, dreptul comercial transnațional constituie „un set de reguli și principii de drept privat, oricare care ar fi izvorul acestora, care guvernează tranzacțiile comerciale internaționale (perfectate de autohtoni și străini, n.n.), toate aceste reguli și principii sunt comune

⁶¹ Pentru evaluarea doctrinară a discuțiilor și temelor de actualitate din dreptul transnațional în versiune sa „comercială”, a se vedea S. Ali, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 14, pp. 437-467. În lumina acestor discuții, s-a susținut că, cel puțin după cel de-al doilea Război Mondial, problema esențială nu este dacă există *lex mercatoria*. Chestiunea esențială implică analiza evoluției propriu-zise a lui *lex mercatoria*, dar și interacțiunea, mai exact consecințele interacțiunii, cu dreptul inter-național (inter-etatic). A se vedea, de exemplu, P. Zumbansen, *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, în *European Law Journal*, vol. 8(2002), nr. 3, pp. 400-432.

⁶² Etapa modernă a început după cel de-al Doilea Război Mondial și s-a sfârșit, îmi pare, în anul 1989. În anul 1963, profesorul Berthold Goldmann, originar din București, a susținut că „arbitrii (din litigiile care implică autohtoni și străini, n.n.) trebuie să aplice „dreptul transnațional”, un receptacol al principiilor comune legislațiilor naționale, dar și un creuzet al regulilor specifice comerțului internațional (comerțului desfășurat cu străinii, n.n.) și a căror aplicare este incidentă în litigiile comerciale internaționale (în litigiile comerciale cu străinii, n.n.)”. A se vedea B. Goldmann, *Frontières du droit et „lex mercatoria”*, în *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX (1964), pp. 177-192. A se vedea și A. Duval, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 46, pp. 269-293. Acest din urmă autor menționează și aportul profesorului Philippe Kahn, membru al Școlii de la Dijon, în dezvoltarea demersului de resuscitare a lui *lex mercatoria* după cel de-al Doilea Război Mondial. Mai reținem că, în anul 1983, profesorul Berthold Goldmann a susținut o prelegere în cadrul căreia a formulat argumente în favoarea unei contemporane legi a comerciantului (*law merchant*). Cu titlu de digresiune, observăm că este vorba despre legea comerciantului, iar nu despre legea comerțului. În orice caz, pentru analiza dreptului comercial contemporan, a se vedea J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 689-745. Cu această ocazie, sugerez că epoca post-modernă s-a desfășurat în perioada 1989-2020. Din 2021, am intrat în post-post-modernism care reînvie, cu particularizările imprimare de digitalizarea vieții sociale, spiritul Evului Mediu. La data scrierii acestor rânduri, experimentăm, cel puțin în Europa, neo-medievalismul.

⁶³ Evidențiază izvoarele dreptului comercial modern J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 689-745.

⁶⁴ Am în vedere armonizarea „à la Roy Goode”.

⁶⁵ Nenumărate dispute doctrinare s-au declanșat cu privire la faptul dacă există cu adevărat sau nu există *lex mercatoria*, dacă există o *lex mercatoria* modernă de sine-stătătoare sau aceasta din urmă este o „prelungire” a medievalei *lex mercatoria*. Sunt prezentate aceste dispute și de J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 689-745.

sistemelor de drept în general sau sunt comune unui număr semnificativ de sisteme de drept⁶⁶. Însă, spre deosebire de profesorul Ole Lando, Școala de la Oxford, nu echivalează, cel puțin prin profesorul Roy Goode, dreptul comercial transnațional îndelung controversatei, ca existență, conținut etc., *lex mercatoria*⁶⁷. Concret: raportul dintre dreptul comercial transnațional și *lex mercatoria* este, mai degrabă, raportul dintre întreg și parte. Dreptul comercial transnațional nu își epuizează temele de analiză la tema „*lex mercatoria*”; într-o exprimare plastică, există drept comercial transnațional și dincolo de *lex mercatoria*. Din considerente de spațiu, nu dezvolt această chestiune care, cu siguranță, merită să fie analizată într-un articol viitor distinct. Reținem însă că *lex mercatoria*, expresie a dreptului cutumiar, nu trebuie confundată cu instituția contractului-standard sau cu instituția codurilor de practici „promulgate” de organizații non-guvernamentale. Asemenea confuzie trebuie evitată fie și pentru motivul că dreptului cutumiar nu este unul și același lucru cu dreptul contractual⁶⁸.

Cel puțin potrivit Școlii de la Oxford, contractele ISDA din litigiul Banco Santander nu constituie o versiune de manifestare a lui *lex mercatoria*. Am menționat deja că respectivele contracte sunt expresia unei practici comerciale „internaționale” (trans-naționale, n.n.), pe de o parte, contribuie la armonizarea *de facto* a lui *lex mercatoria*, pe de altă parte⁶⁹. Însă litigiul Banco Santander ne sugerează că asemenea tip de contracte a devenit sau este pe cale să devină, și în alte domenii de activitate, veritabil izvor sau sursă de drept. Pentru mine, litigiul Banco Santander a constituit un prilej de reverie doctrinară. Numele acestei reverii este, v-ați dat seama deja, „Un exercițiu de drept transnațional (privat)”.

3. Concluzii

Neo-medievalismul contemporan ne îndeamnă să contemplăm fragilizarea caracterului net al distincțiilor dintre dreptul intern și dreptul internațional, pe de

⁶⁶ A se vedea R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, *Transnational Commercial Law: Text, cases and Materials*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 4.

⁶⁷ Cu privire la terminologia „drept comercial transnațional”, „*lex mercatoria*”, a se vedea R. Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, în R. Goode, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 55, pp. 263-294.

⁶⁸ Mai reținem și faptul că uzanțele comerciale și principiile generale de drept sunt categorii juridice distincte, dar care inter-relaționează în mod cert. A se vedea R. Goode, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 67, pp. 263-294. Cu privire la utilizarea categoriei „principii generale de drept” în litigiile arbitrale, a se vedea Ch. Kotuby Jr., *General Principles of Law, International Due Process and the Modern Role of Private International Law*, în *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 23(2013), pp. 411-443. Cu privire la posibilul rol nefast al aplicării principiilor generale de drept în ipoteza arbitrajului de drept transnațional (arbitrajul ICSID, n.n.), a se vedea J. Linarelli, M. E. Salomon, M. Sornarajah, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 145-174. Rolul este nefast sau a devenit nefast, întrucât anumite paneluri arbitrale se comportă, prin raportare la sistemele de drept național, ca adevărați hegemoni.

⁶⁹ A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 59.

o parte, dintre dreptul public și dreptul privat, pe de altă parte. În lumina acestei fragilizări, exercițiile de transnațional (privat) în versiune practică au dominat mapamondul ultimilor ani. Litigiul Banco Santander este unul dintre acestea. Exercițiile respective i-au impulsionat pe doctrinarii răspândiți pe același mapamond să conștientizeze că „Lumea s-a schimbat!”. Nu condamn, nu laud noua stare de lucruri. Din mijlocul propriei atitudini inevitabil subiective, sugerez doctrinei române și străine să contemple obiectiv starea de lucruri evocată. În ceea ce mă privește, am încercat să procedez astfel. Și am efectuat un exercițiu de drept transnațional (privat) în versiune prezumtiv doctrinară.

Referințe

- Aman Jr. A. C., Greenhouse C. J., *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017
- Ancel M. E., Deumier P., Laazouzi M., *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Paris, 2017
- Babiuc V., Căpățână O. (coordonatori), *Jurisprudență comercială arbitrală 1953-2000*, Editura Edimpress Camro S.R.L., București, 2002
- Berman H., *Is Conflict of Laws Becoming Passé? An Historical Response*, în Rasmussen-Bonne H.-E., Freer R., Luke W., Weitnauer W. (eds.), *Balancing Of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70. Geburtstag*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, Emory Public Research Paper nr.05, pp. 42-48
- Berman P.S.(ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2020
- Berman P.S., „From International Law to Law and Globalization”, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43/2005, pp. 485-556
- Bobei R. B., *Curs de drept internațional cu privire numai asupra comerțului*, Editura C.H. Beck, București, 2019
- Bobei R. B., „Este viitorul dreptului internațional transnațional? Două ipoteze comerciale”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 3/2021, pp. 41-73
- Cafaggi F., „New Foundations of Transnational Private Regulation”, în *Journal of Law and Society*, vol. 38, nr. 1/2011, pp. 20-49, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2011.00533.x>
- Carbonneau T.E., „The Ballad of Transborder Arbitration”, în *University of Miami Law Review*, vol. 56, nr. 4/2002, pp. 773-829
- Caruso D., „Private Law and State-Making in the Age of Globalization”, în *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, nr. 1/2006, pp. 1-74
- De Ly F., *De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses(Lex Mercatoria)*, în Fogt M.M. (ed.), *Unification and Harmonization of International Commercial Law. Interaction or Deharmonization?*, Wolters Kluwer International, 2012, pp. 151-160
- Duval, A., *What Lex Sportiva tells you about Transnational law*, în Zumbansen P. (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 269-293
- Giddens A., *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1991
- Goldmann B., „Frontières du droit et „lex mercatoria”, în *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX/1964, pp. 177-192
- Goode R., Kronke H., McKendrick E., *Transnational Commercial Law: Text, cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015

- Goode R., *The Development of Transnational Commercial Law. Policies and Problems*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- Grundmann S., Cafaggi F., Vettori G., *The Contractual Basis of Long-Term Organizations – The Overall Architecture*, în Grundmann S., Cafaggi F., Vettori G.(eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Londra/New York/Routledge, 2016, pp. 3-38
- Guntrip E., *International Investment Law, Hybrid Authority and Jurisdiction*, în Allen S., Costelloe D., Fitzmaurice M., Cragl P., Guntrip E. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2019, Oxford, pp. 431-454
- Kennedy D., *Three Globalizations of Law and legal Thought: 1850-2000*, în Trubek D. M., Santos A. (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73
- Koh H.H., „The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process”, în *Nebraska Law Review*, vol. 75, nr. 1/1996, pp. 181-207
- Koh H.H., „Why Do Nations Obey International Law?”, în *Yale Law Journal*, vol. 106, nr. 8/1997, pp. 2599-2659
- Koh H.H., „Why Transnational Law Matters”, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 24, nr. 4/2006, pp. 745-753
- Koskenniemi M., Leino P., „Fragmentation of international law? Postmodern Anxieties”, în *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, nr. 3/2002, pp. 553-579, DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156502000262>
- Kotuby Jr. C., „General Principles of Law, International Due Process and the Modern Role of Private International Law”, în *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 23/2013, pp. 411-443
- Ladeur K.-H., „European Law as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as an heterarchical Network and Not as a Superstate”, în *German Law Journal*, vol. 10, nr. 10/2009, pp. 1357-1365
- Lauterpacht H., *Private Law Sources and Analogies of International Law. With Special Reference to International Arbitration*, Longmans, Green and Co. Ltd., London/New York/Totonto/Bombay/Calcutta/Madras, 1927, republicată de The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2002/2013
- Lehmann M., *New challenges of extraterritoriality: superposing laws*, în Ferrari F., Fernandez Arroyo D. P., *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar Monographs in Private International Law, Cheltenham(UK)/Northampton, MA(USA), 2019, pp. 258-291
- Linarelli J., Salomon M.E., Sornarajah M., *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- Maultzsch F., *Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess*, în *Juristenzeitung*, vol. 67(2012), pp. 1040-1050
- Michaels R., „State Law as a Transnational Legal Order”, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1, nr. 1/2016, pp. 141-160
- Micklitz H. M., *The Threefold Phenomena of Constitutionalization in Private Law*, în International Institute for the Unification of Private Law (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol.1, UNIDROIT, Roma, 2016, Prima Ediție, pp. 168-186
- Micklitz H.M., Wechsler A.(eds.), *The Transformation of Enforcement*, Oxford/Hart, 2016

- Muir Watt H. M., Biziková L., de Oliveira A. B., Fernandez Arroyo D.P. (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK) & Northampton, MA(USA), 2019
- Popa M.C., *Piețe de capital*, Editura Hamangiu, București, 2020
- Reimann M., „From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum”, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 22, nr. 3/2004, pp. 397-415
- Riles A., *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*, Chicago Series in Law and Society, University of Chicago Press, Chicago / London, 2011
- Shapiro, M., „The Globalization of Law”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, nr. 1/1994, pp. 37-64
- Teubner G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization* (traducere Gareth Norbury), Oxford University Press Oxford, 2012
- Teubner G., „Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law”, în *Social and Legal Studies*, vol. 9, nr. 3/2006, pp. 399-417
- Teubner G., *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, în Teubner G.(ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-28
- Vagts D. F., Dodge W. S., Buxbaum H. L., Koh H. H., *Transnational Business Problems*, Foundation Press, West Academic, 2019, St. Paul
- Wai R., „The Interlegality of Transnational Private Law”, în *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, nr. 3/2008, pp. 107-128
- Wai R., *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40(2002), nr. 2, pp. 209-274
- Wielsch D., *Responsible Contracting. The Requirements of EU Fundamental Rights on private Law Regimes*, în Collins H.(ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 257-283
- Zuboff S., *The Age of Surveillance Capitalism*, Public Affairs, New York, 2019
- Zumbansen P.(ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021
- Zumbansen P., „Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law”, în *European Law Journal*, vol. 8, nr. 3/2002, pp. 400-432, DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00160>
- Zumbansen P., „The Law of Society: Governance Through Contract”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, nr. 2/2007, pp. 191-233

